

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

ACORDOS E POLÍTICAS DE LENIÊNCIA: CONTRIBUIÇÃO PARA O DIÁLOGO E A HARMONIZAÇÃO

ORGANIZAÇÃO:

José Inácio F. de Almeida Prado Filho
Bruna Sellin Trevelin

PREFÁCIO:

Sebastião Botto de Barros Tojal

AUTORES:

Aluisio Miele
Amanda Fabbri Barelli
Andrea Astorga
Beatriz Cravo
Beatriz F. França
Bruna Anklam
Bruna Sellin Trevelin
Camila Manfredini de Abreu
Carolina Ruiz
Carolina Saito
Denis Alves Guimarães
Diogo R. Coutinho
Eduardo Molan Gaban
Fernanda Dalla Valle Martino

Guilherme F. C. Ribas
Guilherme Misale
Isadora Postal Telli
Jessica R. Ferreira
José Inácio F. de Almeida Prado Filho
Josie Menezes Barros
Julia Krein
Juliana Oliveira Domingues
Lucia Helena de Jesus
Luiz Guilherme Branco
Luiza Andrade Machado
Luiza Kharmandayan
Marcelo Queiroga
Miguel Garzeri Freire
Mylena A. Matos
Paula M. R. Bernini
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Priscila Viola Foureaux
Raquel de Mattos Pimenta
Ricardo Botelho
Ricardo Pastore
Tatiane Kimie Siqui
Vinicius da Silva Ribeiro

ACORDOS E POLÍTICAS DE LENIÊNCIA:
CONTRIBUIÇÃO PARA O DIÁLOGO
E A HARMONIZAÇÃO

ACORDOS E POLÍTICAS DE LENIÊNCIA:
CONTRIBUIÇÃO PARA O DIÁLOGO
E A HARMONIZAÇÃO

ORGANIZADORES:

José Inácio F. de Almeida Prado Filho
Bruna Sellin Trevelin

Autores: Aluisio Miele, Amanda Fabbri Barelli, Andrea Astorga, Beatriz Cravo, Beatriz F. França, Bruna Anklam, Bruna Sellin Trevelin, Camila Manfredini de Abreu, Carolina Ruiz, Carolina Saito, Denis Alves Guimarães, Diogo R. Coutinho, Eduardo Molan Gaban, Fernanda Dalla Valle Martino, Guilherme Ribas, Guilherme Misale, Isadora Postal Telli, Jéssica Ferreira, José Inácio F. de Almeida Prado Filho, Josie Menezes Barros, Julia Krein, Juliana Oliveira Domingues, Lucia Helena de Jesus, Luiz Guilherme Branco, Luiza Andrade Machado, Luiza Kharmandayan, Marcelo Queiroga, Miguel Garzeri Freire, Mylena A. Matos, Paula M. R. Bernini, Pedro Paulo Salles Cristofaro, Priscila Viola Foureaux, Raquel de Mattos Pimenta, Ricardo Botelho, Ricardo Pastore, Tatiane Kimie Siqui, Vinicius da Silva Ribeiro.

1.^a edição

São Paulo
2020

EDITORA SINGULAR

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Lumos Assessoria Editorial
Bibliotecária: Priscila Pena Machado CRB-7/6971

A185 Acordos e políticas de leniência : contribuição para o diálogo e a harmonização [recurso eletrônico] / organizadores José Inácio F. de Almeida Prado Filho e Bruna Sellin Trevelin. – 1. ed. – São Paulo: Singular, 2020.
Dados eletrônicos (e-Pub).

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-86352-11-5

1. Acordo de leniência – Brasil. 2. Corrupção – Legislação – Brasil.
3. Improbidade administrativa – Legislação – Brasil. 4. Concorrência – Legislação. 5. Cartéis – Legislação. I. Prado Filho, José Inácio F. de Almeida. II. Trevelin, Bruna Sellin. III. Título.

CDD 345.8102323

Coordenação editorial *José Carlos Busto*

Diagramação *Marcos Jundurian*

Capa *Dorival Lopes Junior*

Formato *16 x 23 cm*

Tipologia *Times New Roman*

Papel *Off-set 75g/m²*

Número de páginas ???

Copyright © 2020 IBRAC –

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,

Consumo e Comércio Internacional

Todos os direitos dessa edição reservados à Editora Singular.

Este texto foi preparado pelos integrantes do Comitê de Regulação e Concorrência do IBRAC acima indicados, e foi fechado em 15 de abril de 2020.

O propósito desta iniciativa é de contribuir com o debate público sobre as políticas de leniência no Brasil.

SOBRE OS AUTORES

Aluisio Miele. Mestre em Direito Econômico pela FDRP/USP. Membro do Grupo de Pesquisa de Concorrência e Inovação da FDRP/USP. Professor e Advogado.

Amanda Fabbri Barelli. Bacharel e Mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em direito pela *University of Pennsylvania*. Associada do BMA Advogados, com mais de 7 anos de experiência e atuação focada em Concorrencial (Antitruste).

Andrea Astorga. Bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e pós-graduada em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas. Possui especialização em Proteção de Dados e Privacidade pelo Insper. Associada de Caminati Bueno Advogados, com mais de 10 anos de experiência e atuação focada em Concorrencial (Antitruste), *Compliance* e Regulatório.

Beatriz Cravo. Sócia em Grinberg Cordovil Advogados. Mestre em Direito Internacional Econômico pela *Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne*. Especialista em Direito Econômico e Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Beatriz F. França. Sócia em Mundie e Advogados, atuando nas áreas de regulatório, infraestrutura, telecomunicações e internet. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e bacharel em Direito pela mesma universidade.

Bruna Anklam. Bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e pós-graduada em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada na área de antitruste.

Bruna Sellin Trevelin. Mestre em direito econômico pelo *Institut d'Études Politiques de Paris – SciencesPo Paris* e graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisadora do *Lawgorithm*, associação

de pesquisa em Inteligência Artificial e Direito. Atuou como advogada em direito da concorrência no Brasil..

Camila Manfredini de Abreu. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestrado em direito internacional público pela Universidade de Amsterdam. Possui experiência em Direito Concorrencial, Direito Criminal e Direitos Humanos. Atualmente, trabalha com Business and *Human Rights Litigation* no escritório internacional PGMBM.

Carolina Ruiz. Carolina Ruiz. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2015). Atua no escritório Pereira Neto, Macedo Advogados.

Carolina Saito. Doutoranda em Direito Econômico pela USP. Mestra em Direito Constitucional pela PUC-SP. Graduada em Direito pela PUC-SP. Foi consultora do Programa da ONU para o Desenvolvimento (PNUD) em projeto do CADE sobre melhores práticas e procedimentos de TCC. Foi Chefe de assessoria do Tribunal do CADE. Foi advogada no Grinberg e Cordovil Advogados.

Denis Alves Guimarães. Professor Colaborador do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo e *Michigan Grotius Research Scholar (Public Law and Regulatory Policy)*, *University of Michigan*. Sócio da consultoria AGPR.

Diogo R. Coutinho. Professor de direito econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pesquisador produtividade do CNPq. *Master in Science* em Regulação pela *London School of Economics and Political Science* e Doutor em Direito pela USP. Livre-docente em Direito pela USP. Foi pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap), do IGLP (*Harvard Institute of Global Law and Policy*, EUA) e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Foi professor visitante do *Center for Transnational Legal Studies* (CTLS, Reino Unido). É autor, coautor e organizador de diversos trabalhos no campo do direito econômico. É consultor nas áreas de direito da concorrência e direito da regulação econômica.

Eduardo Molan Gaban. Doutor em Direito pela PUC-SP. Foi *Visiting Fulbright Scholar* na *New York University School of Law* (2010-2011). Líder do Núcleo de Estudos e Pesquisa de Concorrência e Inovação (CNPQ e PUC-SP). Membro do Conselho Jurídico da FIESP. Professor convidado nos Programas de Pós-graduação em Direito Econômico da USP (campus de

Ribeirão Preto) e Direito Penal Econômico da PUC-PR. Sócio de Nishioka & Gaban Advogados e diretor do Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação.

Fernanda Dalla Valle Martino. Mestre em Direito Concorrencial pela *King's College London*. Participante do Programa de Pesquisa da Missão do Brasil junto à Organização Mundial do Comércio em Genebra. Pós-graduada em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduada em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Associada da área de Concorrencial de Madrona Advogados.

Guilherme F. C. Ribas. Sócio da área antitruste de TozziniFreire Advogados. Mestre em Direito Comercial e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Diretor de Compliance & Investigações do IBRAC.

Guilherme Misale. Sócio de Caminati Bueno Advogados. É também Secretário-Executivo da Comissão de Concorrência da ICC Brasil. É graduado em Direito e possui mestrado em Direito Comercial, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tem especialização em *Compliance* pela Fundação Getúlio Vargas.

Isadora Postal Telli. Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo e graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Jéssica Ferreira. Pós-graduada em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada associada nas práticas de antitruste, anticorrupção, proteção de dados e direito digital. Autora de artigos sobre direito concorrencial.

José Inácio F. de Almeida Prado Filho. Sócio da área antitruste de BMA Advogados. Graduated em Direito pela Universidade de São Paulo e em Economia pela Fundação Getulio Vargas - EESP. Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo.

Josie Menezes Barros. É Bacharel e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professora Assistente na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo na disciplina de Direito Administrativo. Atua no escritório SampaioFerraz.

Julia Krein. Pós-Graduada em Finanças e Economia: Especialização em Estratégia e Economia (*Masters in Economics and Management*) pela Escola

de Economia da Fundação Getúlio Vargas - EESP/FGV. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada no Grinberg Cordovil Advogados.

Juliana Oliveira Domingues. Professora Doutora de Direito Econômico da FDRP/USP. Secretária Nacional do Consumidor. *Visiting-Scholar Georgetown University* (2018).

Lucia Helena de Jesus. Graduada em direito pela PUC/SP e em Engenharia Química pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Advogada na área de antitruste.

Luiz Guilherme Branco. Graduado em Direito na Universidade de São Paulo, assessor no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Luiza Andrade Machado. Graduada em Direito na Universidade de São Paulo. Advogada na área de antitruste.

Luiza Kharmandayan. Graduada em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2009), especialização em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (2012) e mestrado em Direito também por essa universidade (2015). Foi assessora no Gabinete da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2013-2014) e chefe da Assessoria Internacional da mesma autarquia (2015-2016).

Marcelo Queiroga. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. LL.M em *Ludwig-Maximilians Universität München* e *Columbia Law School*. Advogado no Itaú Unibanco

Miguel Garzeri Freire. É Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Atua no escritório SampaioFerraz

Mylena A. Matos. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Foi Coordenadora Substituta e Assistente na Superintendência-Geral do CADE, tendo atuado em investigações de cartéis em licitações públicas e na negociação de acordos de leniência entre 2016 e 2018. Atualmente é advogada da área de Direito Concorrencial em TozziniFreire Advogados.

Paula M. R. Bernini. Bacharel em Direito pela Pontifício Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pós-graduas em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Atua no escritório Tozzini Freire.

Pedro Paulo Salles Cristofaro. Sócio de Chediak, Lopes da Costa, Cristofaro e Simões Advogados. Professor de Direito Econômico da PUC-Rio. Membro da Comissão de Arbitragem da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem. Integrante da Comissão de Concorrência da OAB/RJ. Diretor de Contencioso e Arbitragem do IBRAC.

Priscila Viola Foureaux. Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pós-graduanda em Compliance e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada na área de direito concorrencial.

Raquel de Mattos Pimenta. Pesquisadora de pós-doutorado *Global Fellow* na Fundação Getúlio Vargas. Mestre e doutora em direito econômico pela Universidade de São Paulo. Foi pesquisadora *Fulbright* na *Yale Law School* e pesquisadora visitante na *Georgetown University*.

Ricardo Franco Botelho. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); Master em Economia (MBE) pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV); Master em Direito Concorrencial Europeu (com Distinção) por *King's College London, UK*. Sócio de Marchini Botelho Caselta Advogados. Diretor de Regulação do IBRAC (2018/19 e 2020/21).

Ricardo Pastore. Graduado pela Faculdade de Direito da PUC-SP. Especialista em Direito Econômico pela FGVSP. LL.M em Direito Econômico Internacional pela *Stanford Law School*. Consultor não-governamental da ICN. Foi consultor jurídico externo do CADE para a elaboração do Guia de Remédios Antitruste. Foi advogado associado ao escritório *Freshfields, Bruckhaus, Deringer LLP* em Bruxelas, Bélgica. Sócio do escritório Pereira Neto | Macedo Advogados nas áreas de Antitruste e Regulação.

Tatiane Kimie Siqui. Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pós-graduanda em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada na área de antitruste.

Vinicius da Silva Ribeiro. Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP. Pós-graduado em Direito Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas.

SUMÁRIO

Lista de siglas	17
Prefácio	21
Introdução	25
1. Colaboração premiada	33
1.1. Infrações que podem ser objeto do Acordo de Colaboração Premiada	35
1.2. Legitimados a celebrar o Acordo de Colaboração Premiada..	35
1.3. Participação de outras autoridades na negociação e celebração do Acordo de Colaboração Premiada	37
1.4. Benefícios decorrentes da celebração do Acordo de Colaboração Premiada.....	38
1.5. Condições e obrigações para a celebração do Acordo de Colaboração Premiada.....	39
2. Acordos de leniência	41
2.1. Leniência Anticorrupção (Lei 12.846/2013).....	42
2.1.1. Infrações previstas na Lei Anticorrupção	43
2.1.2. Legitimados a celebrar o Acordo de Leniência Anticorrupção	43
2.1.3. Participação de outras autoridades na negociação e celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção	44
2.1.4. Participação da AGU	45
2.1.5. Participação do Ministério Público Federal.....	46
2.1.6. Participação do Tribunal de Contas da União	48
2.1.7. Participação dos demais Tribunais de Contas.....	49
2.1.8. Benefícios decorrentes da celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção.....	50

2.1.9. Condições e obrigações para celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção.....	51
2.2. Leniência referente a infrações licitatórias.....	51
2.2.1. Infrações previstas na Lei Anticorrupção referentes a infrações licitatórias.....	52
2.2.2. Legitimados a celebrar o Acordo de Leniência referente a infrações licitatórias.....	53
2.2.3. Participação de outras autoridades na negociação e celebração do Acordo de Leniência referente a infrações licitatórias.....	53
2.2.4. Benefícios decorrentes da celebração do Acordo de Leniência referente a infrações licitatórias.....	54
2.2.5. Condições e obrigações para celebração do Acordo de Leniência referente a infrações licitatórias.....	54
2.3. Leniência Antitruste.....	55
2.3.1. Infrações que podem ser objeto dos acordos de leniência.....	59
2.3.2. Legitimados a celebrar o acordo de leniência concorrencial.....	60
2.3.3. Participação de outras autoridades na negociação e celebração do acordo de leniência concorrencial.....	62
2.3.4. Benefícios decorrentes da celebração do acordo de leniência concorrencial.....	63
2.3.5. Condições e as obrigações para a celebração do acordo de leniência concorrencial.....	67
2.3.6. Termo de Compromisso de Cessação.....	67
2.4. Acordo Administrativo em Processo de Supervisão.....	70
2.4.1. Infrações que podem ser objeto do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão.....	72
2.4.2. Legitimados a celebrar o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão.....	73
2.4.3. Participação de outras autoridades na negociação e celebração do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão.....	75

2.4.4. Benefícios decorrentes da celebração do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão	76
2.4.5. Condições e obrigações para a celebração do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão	77
2.4.6. Termo de Compromisso.....	77
3. A experiência internacional em matéria de leniência antitruste	79
3.1. O programa de leniência concorrencial dos Estados Unidos	79
3.1.1. Autoridade competente.....	79
3.1.2. Tipos de Acordo de Leniência e Requisitos para sua Celebração.....	80
3.1.3. Fases de Negociação e Celebração do Acordo	84
3.1.4. Benefícios conferidos ao signatário do acordo.....	87
3.1.5. Interface com outras áreas	88
3.1.6. Cooperação com outras autoridades concorrenciais estrangeiras	89
3.2. O programa de leniência da União Europeia.....	89
3.2.1. Autoridade competente.....	89
3.2.2. Tipos de Acordo de Leniência e Requisitos para sua Celebração.....	92
3.2.3. Fases de Negociação e Celebração do Acordo	95
3.2.4. Benefícios conferidos ao signatário do acordo.....	98
3.2.5. Interface com outras áreas	99
3.2.6. Cooperação com outras autoridades concorrenciais.....	100
3.3. Programa de Leniência brasileiro em comparação com os programas dos Estados Unidos e da União Europeia	102
3.3.1. Autoridade competente.....	102
3.3.2. Tipos de Acordo de Leniência e Requisitos para sua Celebração.....	103
3.3.3. Fases de Negociação e Celebração do Acordo	107
3.3.4. Benefícios conferidos ao Beneficiário da Leniência	108
3.3.5. Interface com outras áreas	109
3.3.6. Cooperação com outras autoridades concorrenciais.....	111

4. Elementos econômicos subjacentes. A experiência do Cade – acordos de leniência e TCC	113
4.1. Programas de Leniência: alicerces e efetividade	116
4.2. Efeito dissuasivo dos programas de leniência	117
4.3. A experiência do CADE – Acordos de leniência e o TCC	123
4.4. Breve comparação entre os programas de leniência antitruste e anticorrupção.....	129
5. A multiplicidade institucional nos acordos de leniência	135
5.1. A multiplicidade institucional sob a ótica da Administração Pública	135
5.2. Os desafios da multiplicidade institucional em acordos com autoridades	137
5.3. Colaborações institucionais em acordos de leniência.....	141
5.4. A colaboração institucional como um aprimoramento dos acordos de leniência	144
5.5. Contribuição ao debate: a política americana do “ <i>no piling on</i> ”	146
6. Cooperação internacional: instrumental e obstáculos	157
6.1. Cooperação internacional no Brasil em defesa dos mercados e no combate à corrupção e crimes financeiros	158
6.1.1. De Havana a Doha: breve histórico da concorrência no sistema multilateral.....	158
6.1.2. Cooperação internacional no contexto da corrupção e crimes financeiros	164
6.2. O CADE e seus instrumentos de cooperação internacional ...	174
6.2.1. O Brasil e a teoria dos efeitos.....	174
6.2.2. Acordos de cooperação: MLATs e MOUs.....	174
6.2.3. Mecanismos informais de cooperação internacional....	179
6.2.4. Obstáculos à cooperação internacional no ordenamento jurídico brasileiro em âmbito concorrencial	179
6.2.5. Cartel: ilícito administrativo e criminal.....	182

6.2.6. Cartel de compressores de ar -- caso paradigmático de jurisdições distintas e sistemas repressivos distintos.....	183
6.3. Ministério Público Federal e o combate à corrupção a nível internacional	186
6.3.1. A Operação Lava Jato: discussões acerca do tema do combate à corrupção	188
6.3.2. Os acordos de leniência firmados pelo MPF e a cooperação internacional	189
6.4. Cooperação internacional na CGU	192
6.5. Atuação da Advocacia-Geral da União – AGU nos procedimentos de cooperação internacional no combate à corrupção e recuperação de ativos.....	195
6.6. Cooperação internacional no Mercado financeiro	198
6.6.1. Infrações puníveis pela CVM.....	198
6.6.2. Acordos e tratados internacionais sobre mercado financeiro no âmbito da CVM	199
6.6.3. Banco Central e Cooperação Internacional	201
6.6.4. Considerações finais	203
Conclusão: Colaboração institucional.....	207
Considerações finais sobre CADE, BCB, CVM e POL	213
Considerações finais sobre CGU, AGU e TCU	213
Considerações finais sobre MP e Judiciário	215
Considerações finais sobre cooperação internacinal.....	218
Bibliografia	221
Sobre o IBRAC.....	235

LISTA DE SIGLAS

- AGU – Advocacia Geral da União
- APS – Acordo Administrativo em Processo de Supervisão
- ASCJU – Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional
- APS – Acordo Administrativo em Processo de Supervisão
- BCB – Banco Central do Brasil
- CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
- CCJI – Centro de Cooperação Jurídica Internacional
- CGU – Controladoria Geral da União
- CSNU – Conselho de Segurança das Nações Unidas
- CTI – Cooperações Técnicas Internacionais
- CVM – Comissão de Valores Mobiliários
- DG Competition – *Directorate General for Competition*
(Diretório Geral de Concorrência)
- DOJ – Departamento de Justiça norte-americano
- ECN – *European Competition Network*
(Rede Europeia de Concorrência)
- FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*
- FTC – *Federal Trade Commission*
- GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
- GEDEC – Grupo Especial de Delitos Econômicos
- GRECO – Grupo de Estados contra a Corrupção
- ICN – *International Competition Network*
(Rede Internacional da Concorrência)

- IFIAR – *International Forum of Independent Audit Regulators*
- IOSCO – *International Organization of Securities Commissions*
- IOSCO MMoU – Memorando Multilateral de Entendimento da IOSCO
- LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
- MP – Ministério Público
- MPF – Ministério Público Federal
- MPF/SP – Ministério Público Federal em São Paulo
- MLAT – *Mutual Legal Assistance Treaty*
(Acordos de assistência jurídica entre países)
- MoUs – *Memorandum of Understanding*
(Memorando de Entendimento)
- NCA – *National Competition Authorities*
- OAG – *Office of the Attorney General of Switzerland*
- OCDE – Organização para a Cooperação
e Desenvolvimento Econômico
- OEA – Organização dos Estados Americanos
- OIM – Organização Internacional do Comércio
- OMC – Organização Mundial do Comércio
- ONU – Organização das Nações Unidas
- PAR – Processo Administrativo de Responsabilização
- PGR – Procuradoria-Geral da República
- ProCADE – Procuradoria do CADE
- POL – Delegado de Polícia
- RICADE – Regimento Interno do CADE
- SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
- SCI – Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional
- SDE – Secretaria de Direito Econômico
do Ministério da Justiça
- SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

- SG/CADE – Superintendência Geral do CADE
- STF – Supremo Tribunal Federal
- TACs – Termos de Ajustamento de Conduta
- TCC – Termo de Compromisso de Cessação
- TCU – Tribunal de Contas da União
- TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia
- UNCAC – *United Nations Convention Against Corruption*
(Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção)
- UNCTAD – *United Nations Conference on Trade and Development*
(Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento)

PREFÁCIO

Não obstante os acordos de leniência estarem crescentemente ocupando a atenção do público, especializado ou não, o fato é que o instituto, com o regime que lhe conferiu a Lei nº 12.846/2013, ainda está a merecer um enorme esforço no sentido de sua melhor compreensão e, especialmente, desenvolvimento de seu regime jurídico.

Com efeito, passados já alguns anos da edição da Lei nº 12.846, com alguns acordos tendo sido celebrados pela Controladoria Geral da União e Advocacia Geral da União, a par de outros poucos acordos celebrados pelo Ministério Público Federal, este órgão retirando sua legitimidade para firmar esse tipo de avença das suas próprias atribuições constitucionais, o fato é que os acordos de leniência continuam a esbarrar sua efetividade num imenso conjunto de dificuldades, que respondem pela enorme insegurança jurídica de que ainda se revestem.

Esse sentimento não é exclusivo das empresas signatárias da avença, nem particular deste ou daquele órgão investido de poderes para contratá-las. Ao contrário, o que não é ruim, bem ao contrário, há um sentimento unívoco de que é preciso avançar na regulamentação dos acordos de leniência, para que os mesmos efetivamente possam cumprir suas funções, fundamentalmente a reparação dos danos causados, a disponibilização de informações e provas que possam contribuir para o desenvolvimento de investigações em curso e a própria adoção pelas empresas contratantes de novos padrões de integridade no seu agir social.

É nessa perspectiva que se insere a exitosa iniciativa do Comitê de Regulação e Concorrência do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), que ora vem a público, de contribuir para o debate sobre as políticas de leniência no Brasil no sentido de sua disseminação e, melhor, aprimoramento. ACORDOS E POLÍTICAS DE LENIÊNCIA: CONTRIBUIÇÃO PARA O DIÁLOGO E HARMONIZAÇÃO é o título do trabalho que reúne a contribuição de diferentes autores, que não apenas procuram apresentar a sistemática atual dos acordos

de leniência, tanto no panorama nacional quanto internacional, mas que também trazem valiosas contribuições para o aperfeiçoamento do instituto.

Desnecessário enfatizar a vantajosidade dos acordos de leniência. Não se tem na história recente das ações reparatórias de danos ao Estado movidas contra particulares uma produtividade equivalente àquela dos termos de leniência. Nunca se ressarciu o erário no volume de recursos a cujo pagamento se obrigaram as empresas signatárias dos acordos de leniência recentemente celebrados. Sem embargo, muitas dificuldades remanescem, seja porque ainda vigora uma intensa disputa de competências para celebrá-los entre os diferentes órgãos investidos de tal atribuição, seja porque a validade dos acordos ainda não é reconhecida por órgãos de controle, seja, finalmente, porque ainda remanescem dúvidas quanto à avaliação dos próprios danos que se pretendem ressarcir.

De toda forma, os progressos têm se verificado. A Controladoria Geral da União e a Advocacia Geral da União agem, hoje, de forma bastante alinhada e, melhor, procuram junto ao Ministério Público Federal definir orientações comuns, capazes de guarnecer os acordos da necessária segurança jurídica. A definição de regras e critérios mais claros igualmente tem contribuído para o desenvolvimento do instituto, permitindo-se às partes interessadas maior controle do próprio processo de negociação.

Para além, no entanto, dos inafastáveis ganhos que a cultura da leniência vem apresentando entre nós, seguramente um ponto merece destaque, apesar de sua pouca visibilidade. Ele diz com a própria cultura da consensualidade, que, aos poucos, vem ganhando espaço, mas que, impende reconhecer, ainda é de rara presença na administração pública. Como já pude asseverar, a participação ativa do administrado no processo decisório da administração pública não é algo novo ou inusitado. Com efeito, diversos são os instrumentos de participação popular no âmbito dos processos administrativos (audiências e consultas públicas), os próprios termos de ajustamento de conduta e mesmo os acordos substitutivos celebrados na esfera das agências reguladoras demonstram com eloquência a participação do particular nos atos estatais, para cuja edição a imperatividade acaba sendo substituída pela consensualidade.

O vetor a orientar esse processo se confunde com a necessidade de o aparelho estatal agir com a mais plena eficiência, reclamada por demandas relacionadas à efetivação e concreção de direitos fundamentais.

De toda forma, é preciso avançar, permitindo-se que se implante uma verdadeira cultura da consensualidade, cujas vantagens hoje já são sobejamente reconhecidas. Nesse diapasão, todo o debate presente na coletânea

de textos ACORDOS E POLÍTICAS DE LENIÊNCIA: CONTRIBUIÇÃO PARA O DIÁLOGO E HARMONIZAÇÃO e os ensinamentos que dele poderão ser extraídos constituem inestimável contribuição, capaz de conferir racionalidade às discussões que se promovem ainda sob um intenso viés apaixonado.

Sebastião Botto de Barros Tojal

Professor da Faculdade de Direito da USP

Advogado

INTRODUÇÃO

Acordos de leniência e seus correlatos são instrumentos utilizados por diversas autoridades ao redor do mundo para detecção, investigação, prova e condenação de ilícitos. É por meio desse instituto que o colaborador aponta fatos e apresenta informações e documentos a fim de demonstrar a existência de prática ilícita, além de indicar os demais participantes, o período e o objeto da conduta. Em troca dessa colaboração com a autoridade, o signatário do acordo recebe como benefício uma redução das penalidades que seriam aplicáveis, que pode chegar à imunidade.

Programas de leniência surgem como uma ferramenta para reforçar a probabilidade de detecção de infrações administrativas e crimes de modo geral e, em particular, para combater ilícitos que se caracterizam pela atuação de mais de um agente e pela existência de um pacto secreto para ocultar a sua ocorrência¹. Antes da criação de um programa de leniência, a maior preocupação do potencial agente delitivo é esconder da autoridade os atos

¹ Reunindo informações de diversos países, a OCDE publicou, em 2001, relatório sobre a importância dos Programas de Leniência para os casos de cartel. OCDE, *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*, 2001. Nesse sentido “*It may seem odd, but leniency by competition law enforcers can help fight the most egregious competition law violations. (...) The difficulty in stopping cartels is secrecy. (...) Leniency programmes can break the code of silence among cartel conspirators. (...)*” (OCDE. **Using Leniency to Fight Hard Core Cartels**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018. p. 1.) Quanto ao caráter secreto da corrupção, Carson, Lindsey D. & Mariana Mota Prado destacam que “*Corruption is a complex, secretive activity and therefore presents unique challenges to accountability institutions*”, no seu texto *Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem-Lessons from the Brazilian case* (CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem-Lessons from the Brazilian case. **The Quarterly Review of Economics and Finance**, v. 62, p. 56-65, nov, 2016. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1062976916300564>>. Acesso em: 30 nov. 2017.)

ilícitos praticados. Sua prioridade, portanto, é agir com extrema discrição e sigilo -- qualquer publicidade ou registro da atividade ilegal funciona sempre contra todos e cada um dos envolvidos. Com a instituição de programas de leniência, cria-se fator adicional de preocupação para o infrator, tendo em vista que algum dos demais membros pode quebrar o pacto secreto e delatar a conduta às autoridades competentes a qualquer momento -- aquelas informações ou registros da atividade ilegal podem ser usados por um dos envolvidos para a celebração bem sucedida de um acordo com as autoridades. Ao desestabilizar o pacto, o programa de leniência gera desincentivos para a prática delitiva.

Sob a ótica da autoridade pública encarregada do *enforcement* de um sistema anticorrupção e anticartel (ou do *enforcement* de outras disposições legais, como as regras de proteção do mercado financeiro e de capitais, ou das prescrições penais contra organizações criminosas em geral), as principais dificuldades enfrentadas são obter informações e documentos para investigar e julgar essas condutas, bem como tomar conhecimento da prática, em decorrência do pacto secreto. Assim, por meio do acordo, a autoridade passa não só a ter maior capacidade de detecção de práticas irregulares, como a ter acesso a provas e detalhes do *modus operandi* da conduta que, sem a colaboração de um dos membros envolvidos, dificilmente conseguiria obter; passa também a ter melhor capacidade de demonstrar a ocorrência da violação perante os tribunais ou autoridades administrativas, por meio da entrega de documentos e da tomada de depoimentos daqueles que decidiram cooperar. Ao final da instrução de um processo iniciado por acordo de leniência, a autoridade costuma dispor de conjunto probatório mais robusto, o que, conseqüentemente, resulta em maior efetividade na responsabilização dos agentes². Programas de leniência também possuem funções preventiva e dissuasória, já que a possibilidade de delação de um dos membros pesa na ponderação do possível infrator quanto à decisão de adotar ou não a prática.

O desenvolvimento do instrumento da leniência e correlatos como instituto jurídico relevante ao combate de ilícitos que envolvem múltiplos agentes decorreu, em larga medida, da maior compreensão das particularidades e dos mecanismos que caracterizam tais arranjos. A evolução desse instituto no tempo foi resultado de ajustes que trouxeram maior confiabilidade

² Op. Cit. 1 (OCDE 2001)

e previsibilidade a respeito dos aspectos procedimentais mais relevantes e dos desdobramentos de sua utilização.

A depender dos fatos concretos sob investigação, a mesma prática pode levar à responsabilização concomitante por diversas autoridades nas áreas criminal, civil e administrativa. Podem estar envolvidos o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), o Ministério Público (“MP”), a Controladoria Geral da União (“CGU”), a Advocacia Geral da União (“AGU”), o Tribunal de Contas da União (“TCU”), o Banco Central do Brasil (“BCB”), a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), além do Poder Judiciário -- isso a considerar apenas os programas de leniência que estão atualmente disponíveis. Estamos, portanto, no atual estágio da construção do arcabouço jurídico de acordos de leniência no Brasil, diante de um contexto de multiplicidade institucional³.

A esse respeito, vale mencionar recente decisão do Supremo Tribunal Federal (“STF”) reconhecendo a constitucionalidade da celebração de acordos

³ Carson & Prado (2016), p. 59 “*Institutional multiplicity is a concept that has long been used in organizational theory to explore the existence of more than one institutional arrangement or option, within a certain institutional field (Scott, 194) (...) there is no certainty about how these multiple institutions will interact with each other (Weijer, 2013)*”. A multiplicidade institucional é definida, à luz do caso brasileiro, por Maira Rocha Machado e Bruno Paschoal (Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção, in **Revista Novos Estudos CEBRAP** n. 104, mar/2016, p. 13) como “*muitas instituições com competências concorrentes e complementares lidando com uma mesma situação problemática*”. Apesar de tratar apenas sobre a prática de corrupção, o conceito de multiplicidade institucional pode ser utilizado para o tipo de variabilidade de instâncias e guichês públicos envolvidos direta e indiretamente no caso dos acordos de leniência. Detalhes sobre a multiplicidade institucional em casos de corrupção também podem ser encontrados em CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem-Lessons from the Brazilian case. **The Quarterly Review of Economics and Finance**, v. 62, p. 56-65, nov, 2016. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1062976916300564>>. Acesso em: 30 nov. 2017.. No caso específico da chamada “Operação Lava-Jato”, a multiplicidade institucional é apontada por Francisco Schertel Mendes e Vinicius Marques de Carvalho(MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. Compliance em corrupção e concorrência: os desafios da multiplicidade institucional. **Estadão**, maio, 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/compliance-em-corrupcao-e-concorrancia-os-desafios-da-multiplicidade-institucional/>>. Acesso em: 30 nov. 2011.).

de colaboração premiada pela autoridade policial em sede de inquérito – o que demonstra multiplicidade institucional mesmo dentro de uma das esferas jurisdicionais (a penal). A decisão ocorreu no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508 - DF que, proposta pela Procuradoria-Geral da República (“PGR”), questionava a constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º, do artigo 4º da Lei 12.850⁵, sob o argumento que a legitimidade para propor e negociar acordos de colaboração premiada seria privativa do MP, já que este detém titularidade da ação penal pública e em observância aos princípios do devido processo legal e moralidade.

No entendimento do STF, tanto o MP quanto a autoridade policial possuem competência para negociar acordos durante as investigações criminais e, uma vez instaurada a ação penal, a atribuição passa a ser exclusiva do órgão acusador. O MP deve se manifestar após envio do acordo ao juiz, porém seu parecer não é vinculante; a decisão de aceitar ou recusar o acordo firmado, de conceder redução da pena ou perdão judicial ao colaborador, será sempre do juiz, que pode ou não acatar a opinião do MP⁶.

⁴ *Art. 4º [...] § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). [...] § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.*

⁵ A Lei 12.850/2013 trata sobre organização criminosa e define o instituto da colaboração premiada como um meio legal de obtenção de provas.

⁶ *“O momento no qual realizada é relevante para que seja estabelecida, nos ditames da lei e da Constituição, a autoridade com atribuições para firmar o acordo: durante as investigações compete à autoridade policial, em atividade concorrente e com supervisão do membro do Ministério Público; instaurada a ação penal, tem-se a exclusividade do Órgão acusador. A insurgência contra o disposto no § 2º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 não prospera. [...] Em nenhum ponto o ato normativo em jogo afasta a participação do Ministério Público em acordo de colaboração premiada, ainda que ocorrido entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, não se podendo cogitar da afronta à titularidade da ação penal. Ao contrário, a legitimidade da autoridade policial para realizar as tratativas de colaboração premiada desburocratiza o instituto, sem importar ofensa a regras atinentes ao Estado Democrático de Direito, uma vez submetido o acordo à apreciação do*

Talvez esse seja mais um exemplo das dificuldades enfrentadas tanto pelo Estado quanto pelo setor privado no que diz respeito à celebração de acordos de leniência no país. Em meio a um processo de implementação e experimentação contínuos, procedimentos estão sendo construídos, papéis definidos e entendimentos firmados. Nem sempre são claros ou convergentes os objetivos de cada autoridade com competência para firmar acordos. Isso porque a multiplicidade institucional que marca a atual celebração de acordos de leniência e correlatos no Brasil envolve uma curva de aprendizado por vezes tortuosa, que tem gerado dúvidas e insegurança para pessoas jurídicas e físicas que pretendem colaborar com as autoridades, assim como para os agentes públicos responsáveis pela investigação. Isso sem considerar as práticas transnacionais, que trazem às discussões múltiplos órgãos de diversas jurisdições, e dificuldades adicionais de cooperação nacional e internacional ao mesmo tempo.

Para além de aspectos relativos ao desenho institucional dos programas de leniência e de seus atores, o contexto mais amplo e a conjuntura específica importam: acordos de leniência passaram a ser adotados sobretudo em um momento de aguda crise política e econômica, o que contribuiu para que o assunto ganhasse relevância, mas também para que incertezas e riscos adicionais pairassem sob o instrumento.

Além disso, no mundo contemporâneo, em que a interdependência dos mercados mundiais dilui e relativiza as fronteiras comerciais soberanas, o desenho institucional dos programas de leniência, especialmente relacionados a ilícitos envolvendo múltiplas jurisdições, é afetado pela prática internacional. O instrumental fornecido pelos mecanismos de cooperação internacional bilaterais e multilaterais, formais e informais, pode promover uma efetiva defesa dos mercados contra esses ilícitos. Mas, essa circunstância adiciona uma camada de complexidade, que demanda acomodação das diferentes jurisdições envolvidas.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende sistematizar informações referentes aos acordos de leniência e correlatos no Brasil e enfrentar algumas questões levantadas pela multiplicidade institucional presente no contexto.

Assim, o objeto deste trabalho foi delimitado de forma a compreender os seguintes institutos de colaboração com autoridades: (i) Colaboração

Ministério Público e à homologação pelo Judiciário.” Voto do Ministro Relator Marco Aurélio, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508 – DF, julgada em 20.6.2018.

Premiada e (ii) Acordos de Leniência, entre eles: (ii.a) acordo de leniência anticorrupção (Lei 12.846/2013); (ii.b) acordo de leniência para infrações licitatórias (Lei 12.846/2013); (ii.c) acordo de leniência antitruste (Lei 12.529/2011); e (ii.d) acordo de leniência nas esferas de atuação do BCB e da CVM (Medida Provisória 784/2017) e Lei 13.506/17 – denominado “Acordo Administrativo em Processo de Supervisão”. O estudo não considerou, porém, outros tipos de acordos que podem ser celebrados pelas mesmas autoridades, tais como Termos de Ajustamento de Conduta (“TACs”) ou Transações, o “acordo de não persecução” recentemente instituído pela chamada Lei Anticrime (Lei 13.964/2019)⁷, ou outras formas de redução de pena, como confissão espontânea⁸. Isso porque o ponto aqui aqui são aqueles instrumentos primordialmente focados na detecção de uma infração ainda não conhecida, marca mais típica das políticas de leniência.

Feita a seleção dos tipos de acordo, os Capítulos 1 e 2 analisam detalhadamente cada um deles. As variáveis estudadas e analisadas no presente trabalho em relação a cada um dos tipos de acordo são: (i) as infrações que podem ser objeto de cada um dos acordos; (ii) as pessoas legitimadas a celebrar o acordo, considerando tanto aqueles que podem figurar como colaboradores, quanto as autoridades legitimadas a negociá-los e celebrá-los;

⁷ A Lei Anticrime incluiu o art. 28-A no Código de Processo Penal, a permitir que o Ministério Público proponha a celebração de acordo de não persecução penal para as hipótese de infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos, em que o investigado tenha confessado, mediante algumas outras condições, dentre as quais: reparação do dano; renúncia aos instrumentos, produtos ou proveito do crime; prestação de serviços à comunidade ou de prestação pecuniária a entidade de interesse social (art. 28-A, *caput*, incs. I a IV, Código de Processo Penal). Não se admite a celebração do acordo nos casos em que seja cabível transação penal, nos termos do Juizado Especial Criminal da Lei 9.099/1995; o investigado for reincidente ou tiver conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional; houver se beneficiado de acordo de não persecução, transação penal ou suspensão condicional do processo nos cinco anos anteriores; em favor do agressor, nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou contra a mulher por razão da condição de sexo feminino (art. 28-A, §2º, incs. I a IV, Código de Processo Penal). A celebração do mesmo acordo de não persecução, sob a feição cível, também foi admitida para para solução consensual de ações regidas pela Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), conforme a nova redação dada ao art. 17 dessa lei. A Lei Anticrime entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020.

⁸ Em alguns momentos, o trabalho apresenta informações sobre o Termo de Compromisso de Cessação (TCC) que pode ser firmado no âmbito do CADE, para facilitar a compreensão sobre o próprio instituto da leniência antitruste.

(iii) a possibilidade de participação de outras autoridades na negociação e celebração do acordo; (iv) os benefícios que podem ser obtidos pelo agente colaborador em decorrência do acordo; e, por fim, (v) as condições e as obrigações exigidas pelas leis.

Em seguida, o Capítulo 3 traz um panorama sobre a experiência internacional em programas de leniência em matéria concorrencial, contrapondo tal experiência ao caso brasileiro. Para tanto, toma como referência os programas norte-americano e da União Europeia, os programas atualmente mais relevantes internacionalmente. Tais programas e o arcabouço normativo em que se inserem são descritos e analisados para, em seguida, serem comparados ao programa de leniência implementado pelo CADE. A concentração apenas na leniência antitruste se deve ao fato de que a experiência brasileira com o instrumento é mais antiga, a permitir comparações interessantes com outras jurisdições.

Com o objetivo de determinar quais seriam os elementos essenciais que devem compor uma política efetiva de acordo de leniência -- não limitado a matérias antitruste --, o Capítulo 4 apresenta os elementos econômicos subjacentes a esse acordo e traça algumas considerações sobre fundamentos e novas tendências aplicáveis à política de acordos de leniência, como as características que impactam sua efetividade e, ao final, considerações sobre a experiência recente do CADE com tais instrumentos de colaboração (acordo de leniência), além da experiência com outro acordo denominado Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”), no âmbito antitruste.

O Capítulo 5, então, discute algumas das questões indicadas nesta introdução -- a multiplicidade institucional em jogo, o potencial conflito de competências entre autoridades, dado que, no arcabouço jurídico de acordos de leniência e correlatos no Brasil, um mesmo fato pode levar à responsabilização concomitante por diversas autoridades nas áreas criminal, civil e administrativa. O capítulo discute aspectos positivos e negativos dessa multiplicidade institucional verificados pela doutrina para, em seguida, avaliar a situação dos acordos de leniência no Brasil. Por fim, busca-se verificar se a cooperação entre as diversas autoridades pode ser uma solução para as incertezas atualmente vivenciadas e como essa cooperação poderia ser realizada.

No mesmo sentido do potencial conflito de competências entre diferentes autoridades no Brasil, há possível conflito (ou possibilidade de cooperação) entre programas brasileiros e internacionais. As economias nacionais estão cada vez mais integradas, bem como os seus problemas muitas vezes

se sobrepõem e ultrapassam as barreiras de um único país. Os cartéis *hard core* internacionais se revelam como uma das principais preocupações das autoridades concorrenciais, que, na ausência de uma autoridade supranacional competente em esfera mundial, se veem obrigadas a cooperar entre si para proteger os seus mercados. O Capítulo 6 indica experiências internacionais relativas a acordos de leniência antitruste e busca, sucintamente, expor quais são os mecanismos que compõem o instrumental da cooperação internacional, suas possibilidades e principais obstáculos.

Entendemos que, dada a complexidade do contexto, os problemas que surgem dificilmente serão resolvidos apenas por via de regulamentação: subsistirá sobreposição de autoridades com interesse ou competência sobre os mesmos fatos, como também podem existir diversos países com jurisdição sobre o assunto. Embora a regulamentação não seja suficiente para contornar essas dificuldades, ela deve ser priorizada e construída de maneira a não desnaturar as políticas de leniência no que têm de especial e específico (em sua mecânica própria) e, tanto quanto possível, mitigar essas dificuldades da melhor forma possível. Antes de tudo, a regulamentação não deve causar danos. Nesse sentido, na conclusão deste trabalho, discutimos algumas sugestões e possibilidades de mudanças para a regulamentação brasileira.

Esperamos que esse trabalho possa contribuir para discussões e práticas no Brasil.

1

COLABORAÇÃO PREMIADA

A possibilidade de colaboração no âmbito do Direito Penal, foi introduzida no sistema jurídico nacional em 1990, por meio da Lei 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”). Com essa legislação, passou-se a autorizar a celebração de acordo de colaboração premiada para o crime de extorsão mediante sequestro e para o crime de quadrilha ou bando, quando se tratasse de crimes hediondos, e para prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Tendo em vista que a celebração da colaboração premiada só pode ocorrer quando expressamente prevista em lei, diversos outros dispositivos legais passaram a introduzir esse instrumento após 1990, ampliando o rol de crimes que podem ser objeto de colaboração premiada.

Objetivando padronizar as diversas regras que então surgiram sobre o assunto, foi editada a Lei 9.807/1999 (“Lei de Proteção a Testemunhas”). Destaca-se que essa é a legislação que embasa a maioria das colaborações premiadas. Em 2004, com a promulgação da Convenção da Organização das Nações Unidas contra o crime organizado (“Convenção de Palermo”), houve a introdução ao ordenamento jurídico brasileiro de regras internacionais sobre o tema.

Apenas com a aprovação da Lei 12.850/2013 (“Nova Lei das Organizações Criminosas”), o acordo de colaboração premiada foi tratado de forma mais detalhada e por uma única lei⁹. Essa Lei é o diploma que dispõe sobre determinados critérios e balizas para a colaboração premiada, na tentativa de trazer maior segurança e objetividade para a aplicação do instituto no que diz respeito às práticas elencadas na legislação. Isto porque, referida lei disciplina: (i) a legitimidade para a propositura da colaboração, (ii) a atuação dos envolvidos, (iii) os direitos do colaborador, (iv) os requisitos para a concessão dos benefícios e (v) o seu procedimento. A chamada Lei

⁹ Por essa razão, o presente trabalho considerará, principalmente os termos da referida lei para tratar do assunto.

Anticrime (Lei 13.964/2019, que entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020) trouxe relevantes inclusões ao instituto do acordo de colaboração premiada previsto na Nova Lei das Organizações Criminosas, relacionadas primordialmente a matérias procedimentais e de rito¹⁰.

Não é prevista a necessidade da cumulatividade dos resultados que devem ser alcançados para que o colaborador possa fazer jus ao prêmio. Com efeito, a identificação dos demais coautores e partícipes das infrações, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação parcial ou total do produto ou do proveito das infrações penais praticadas ou a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada, garante, junto com outras obrigações que podem ser estabelecidas, o direito de o signatário receber, total ou parcialmente, os benefícios negociados no acordo de colaboração premiada.

O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de produção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos¹¹. Por meio dele, um acusado, investigado, indiciado ou condenado colabora com a autoridade competente em troca de benefícios de natureza criminal. A colaboração é um instituto de extrema relevância, principalmente para a investigação de crimes em que é comum a destruição de provas, a ameaça a testemunhas, ou crimes que objetivam ocultar o próprio crime e nos quais há acordos / pactos de silêncio.

Destaca-se, desde logo, que as partes podem retratar-se da proposta a qualquer momento. Nesse caso, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor¹².

Após um apanhado histórico da colaboração premiada na legislação penal brasileira, o capítulo discorre a respeito das infrações que podem ser objeto deste acordo; os legitimados, tanto para figurar como colaboradores;

¹⁰ Dentre elas, destaca-se: (i) esclarecer a natureza jurídica do acordo de colaboração, como “*negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova*”, (ii) critérios de análise pelo juiz na fase de homologação, (iii) adequação dos benefícios aos regimes legais de cumprimento de pena, (iv) nulidade de previsões de renúncia ao direito de impugnar decisão homologatória, (v) direito do delatado de falar por últimos em todas as fases processuais, (vi) ilegalidade da decretação de cautelares ou sentença condenatória, e nem mesmo o recebimento de denúncia ou queixa-crime, com base apenas nas declarações do colaborador.

¹¹ Lei 12.850/2013, art. 3º-I e art. 3-A.

¹² Lei 12.850/2013, art. 4º, parágrafo 10º.

as autoridades competentes para celebrar os acordos; a possibilidade de participação de outras autoridades na negociação e celebração do acordo; os benefícios que poderão ser obtidos pelo agente colaborador em decorrência do acordo; e, por fim, os requisitos legais envolvidos.

1.1. Infrações que podem ser objeto do Acordo de Colaboração Premiada

Atualmente, a celebração de acordo de colaboração premiada é possível em casos de: (i) crimes praticados em organizações criminosas (Lei 12.850/2013); (ii) crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986); (iii) crimes contra a Ordem Tributária, Ordem Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei 8.137/1990); (iv) crime de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998); (v) crimes previstos na Lei de Tóxicos (Lei 11.343/2006); (vi) crime de extorsão mediante sequestro (Código Penal, art. 159); (vii) crimes hediondos (Lei 8.072/90); e (viii) Lei de Proteção às Testemunhas (Lei 9.807/99).

1.2. Legitimados a celebrar o Acordo de Colaboração Premiada

O acordo de colaboração premiada pode ser proposto apenas por pessoa física que tenha cometido algum dos crimes acima descritos e desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (i) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (ii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (iii) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (iv) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada¹³. Caso se trate de infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador (i) não for o líder da organização criminosa e (ii) for o primeiro a prestar efetiva colaboração.¹⁴

¹³ Lei 12.850/2013, art. 4º, I-V.

¹⁴ Lei 12.850/2013, art 4º, §4º. Sobre as possibilidades de negociação, cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan; MIELE, Aluísio de Freitas. “Delatar é preciso, punir não é preciso”: aspectos essenciais dos institutos que inovaram os processos sancionadores no Brasil. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella. (Orgs.). **Colaboração premiada:**

As negociações do acordo de colaboração premiada poderão ocorrer entre o delegado de polícia, o investigado e seu defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, pelo próprio Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor¹⁵. O juiz não é legitimado para participar das negociações, podendo apenas homologar o acordo – após verificar sua regularidade, legalidade, voluntariedade e analisar a adequação dos benefícios e do resultado do acordo, devendo ouvir sigilosamente o colaborador na presença de seu defensor¹⁶. Caso entenda que a proposta não atende aos requisitos legais, o juiz pode rejeitá-la, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias¹⁷.

O pedido de homologação do acordo de colaboração premiada deverá ser distribuído de forma sigilosa e conter apenas informações que não permitam identificar o colaborador e o objeto do acordo. Os detalhes da colaboração premiada serão dirigidos diretamente ao juiz responsável, que deverá decidir sobre a homologação no período de 48 horas¹⁸.

Esse acordo pode ser celebrado em qualquer fase da investigação criminal, da ação penal e mesmo após o trânsito em julgado, durante a execução da pena, desde que presentes os três requisitos à sua celebração: (i) voluntariedade, (ii) eficácia da colaboração; e (iii) conveniência e oportunidade nas circunstâncias objetivas e subjetivas do acordo¹⁹.

Caso o acordo de colaboração premiada ocorra antes de instauração de inquérito policial ou nos autos do inquérito policial, o próprio delegado de polícia poderá ofertar o prêmio e apresentar o termo para o juiz²⁰. Nesse

novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 251-252.

¹⁵ Lei 12.850/2013, art. 4º, §6º.

¹⁶ Lei 12.850/2013, art. 4º, §7º.

¹⁷ Lei 12.850/2013, art. 4º, §8º.

¹⁸ Lei 12.850/2013, art. 7º, §1º.

¹⁹ MENDONÇA, Andrey B. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37221319/A_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Andrey_Borges_de_Mendonca_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1507992953&Signature=TRSkUr7pdjAhizB33yc7Jy-2Tx%2Fo%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_C.pdf>. Acesso em 14 out. 2017.

²⁰ Até junho de 2018, a Polícia Federal e polícias civis estaduais podiam firmar acordos de leniência apenas com a anuência do Ministério Público. Isso mudou quando o

caso, como mencionada acima, se antes do conhecimento prévio da infração pela autoridade, há a possibilidade do não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público contra o colaborador, desde que este não seja o líder da organização criminosa e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração.

A depender da extensão e da relevância dos elementos revelados pelo agente colaborador, o Ministério Público (a qualquer momento) e o delegado de polícia (nos autos do inquérito policial) poderão requerer junto ao juiz a concessão do perdão judicial, o que ensejará a extinção da punibilidade nos termos do art. 107, IX, do Código Penal.

1.3. Participação de outras autoridades na negociação e celebração do Acordo de Colaboração Premiada

Não há, além da necessidade de homologação do acordo pelo Poder Judiciário, previsão de participação de outras instituições na legislação que regula a colaboração premiada, talvez por tratarem seus benefícios unicamente na esfera penal das infrações investigadas. Ou seja, autoridades administrativas não participam do processo de negociação e homologação da colaboração premiada, ainda que investiguem infrações que podem estar associadas à organização criminosa, tais como o cartel e a corrupção.

Apesar disso, não há vedação legal ao compartilhamento de informações colhidas em decorrência da colaboração premiada. Na prática, verifica-se que as autoridades compartilham entre si as evidências relevantes a que costumam ter acesso²¹, mediante solicitação, mas ainda são poucas aquelas que dão retorno sobre o que foi feito com o material enviado²².

Supremo Tribunal Federal julgou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República que questionava a legitimidade de delegados de polícia para celebrar acordos de colaboração.

²¹ A discussão sobre a possibilidade de compartilhamento de documentos e informações obtidos no âmbito de um acordo de colaboração premiada com outras autoridades que farão uso também contra os beneficiários ainda estava em andamento quando do encerramento do presente trabalho. Para maiores detalhes, verificar a decisão mais recente proferida até então, pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 3 de julho de 2019, sob a relatoria do Desembargador João Pedro Gebran Neto, no Mandado de Segurança nº 5000241-70.2019.4.04.0000/PR.

²² MACHADO, Máira R. Monitorar, Investigar, Responsabilizar e Sancionar: A multiplicidade institucional em casos de corrupção. **Revista Novos estudos Cebrap**, v. 35, n.1, ed. 104, mar., 2016Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/produto/104/>>. Acesso em: 14 out.2017.

1.4. Benefícios decorrentes da celebração do Acordo de Colaboração Premiada

Embora voltados à tutela de bens jurídicos diversos entre si, os acordos de colaboração premiada em âmbito criminal oferecem, na sua maioria, a possibilidade de redução da pena criminal em um ou dois terços, por vezes acompanhada de outros benefícios. Assim, os benefícios oferecidos por cada lei são:

Organizações Criminosas	Pena reduzida de um a dois terços Perdão Judicial Imunidade Troca da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos
Crimes financeiros²³	Pena reduzida de um a dois terços
Crimes tributários²⁴	Pena reduzida de um a dois terços
Lavagem de Dinheiro	Pena reduzida de um a dois terços Pena cumprida em regime aberto ou semiaberto Troca da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos
Lei de drogas	Pena reduzida de um a dois terços
Crimes hediondos	Pena reduzida de um a dois terços
Extorsão mediante sequestro	Pena reduzida de um a dois terços
Lei de Proteção às Testemunhas	Perdão judicial ao réu primário

Os acordos de colaboração premiada no âmbito da nova Lei das Organizações Criminosas são também aqueles que oferecem os maiores benefícios para os colaboradores. Particularmente, a possibilidade de que o Ministério Público deixe de apresentar denúncia caso o colaborador seja o primeiro a efetivamente colaborar com as investigações (imunidade) é

²³ Lei 7.492/86

²⁴ Lei 8.137/86

bastante próxima ao benefício do acordo de leniência, embora imponha requisito adicional: que o colaborador não seja o líder da organização²⁵.

Os demais benefícios previstos em lei configuram uma hipótese mais abrangente ao acordo de leniência, uma vez que podem ser estendidos mesmo àqueles que não são os primeiros a colaborar com as investigações. Essa maior abrangência revela uma sobreposição com os TCCs para práticas de cartel previstos na Lei de Defesa da Concorrência: este último (TCC) trata-se de acordo celebrado unicamente com o CADE, que oferece a redução da penalidade administrativa àqueles que colaborarem com a investigação, mesmo que não tenham sido os primeiros a denunciarem a infração concorrencial²⁶.

1.5. Condições e obrigações para a celebração do Acordo de Colaboração Premiada

Por meio da celebração do acordo de colaboração premiada espera-se obter os seguintes resultados²⁷: (i) identificação dos demais coautores ou participantes; (ii) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas (para os crimes realizados por meio de organizações criminosas); (iii) prevenção de infrações penais decorrentes da organização criminosa; (iv) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito decorrente dos crimes; e (v) a localização de eventual vítima, com a sua integridade física preservada. Para tanto, o colaborador deve prestar depoimentos, bem como apresentar documentos que demonstrem suas declarações. Nos termos do detalhamento trazido pela Lei Anticrime, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados²⁸, e o acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa²⁹. Além disso, após as alterações trazidas pela Lei Anticrime, o acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento na conduta ilícita.³⁰

²⁵ Destaca-se que, no passado, o acordo de leniência a ser celebrado com a autoridade de defesa da concorrência também vedava a possibilidade de celebração de acordo com o líder do cartel. Porém, essa previsão foi excluída com a edição da Lei 12.529/2011.

²⁶ Mais detalhes sobre o TCC serão fornecidos no Capítulo 4 do presente trabalho.

²⁷ Lei 12.850/2013, art. 4º.

²⁸ Lei 12.850/2013, art. 3-C, § 3.

²⁹ Lei 12.850/2013, art. 7-B, § 17.

³⁰ Lei 12.850/2013, art. 7-B, § 18.

De acordo com a legislação, não são admitidas sentenças condenatórias, medidas cautelares ou recebimento de denúncia/queixa-crime proferidas ou decretadas apenas com fundamento nas declarações de agente colaborador³¹.

Mesmo após a homologação do acordo, poderá o colaborador ser ouvido pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações. Nessas situações, deverá ser sempre acompanhado de seu defensor e deverá renunciar ao direito ao silêncio, bem como estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

O colaborador tem direito de: (i) usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; (ii) ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; (iii) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; (iv) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; (v) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem autorização prévia por escrito; e (vi) cumprir eventual pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados³².

Além desses direitos, o colaborador deverá estar acompanhado de defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução do acordo de colaboração.

³¹ Lei 12.850/2013, arts. 4º, § 16º.

³² Lei 12.850/2013, arts. 4º e 5º.

2

Acordos de leniência

O acordo de leniência é instituto integrante do processo administrativo sancionador que pode ser encontrado em alguns dispositivos da legislação brasileira. Trata-se de acordo celebrado entre o ente administrativo titular do poder de punir e o agente infrator. Este último possui a intenção final de alcançar a redução ou a extinção de algumas sanções estatais às quais está exposto pela subsunção da sua conduta ao tipo legal sancionador. Nesse caso, o agente infrator age como delator-colaborador, enquanto que o Estado personifica um papel leniente.³³

Sob o prisma do sistema jurídico, portanto, o acordo de leniência “*deve ser visto como um elemento adicional à tradicional lógica funcional da sanção*”, caracterizando-se como um incentivo negativo à ação ilícita por agentes privados³⁴, relativizando o princípio da indisponibilidade do interesse público.

O presente capítulo explora as quatro possibilidades atualmente previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro: Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção (Lei 12.486/2013); Acordo de Leniência para Infrações Licitatórias (Lei 12.846/2013); Acordo de Leniência Antitruste (Lei 12.529/2011); e Acordo de Leniência nas esferas de atuação do BCB e da CVM, nos chamados processos de supervisão (inicialmente previsto pela

³³ De acordo com Marrara, o acordo de leniência é um acordo administrativo integrativo, pois possui a finalidade de facilitar a instrução e a punição durante o processo administrativo sancionador, decorrendo daí uma relação essencial entre o instituto e o processo cujo ato administrativo final pode ser de natureza punitiva ou absolutória. (MARRARA, Thiago. Acordo de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regimes jurídicos e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo*, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdda>. Acesso em: 20 mar. 2018. p. 513).

³⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 320.

Medida Provisória 784, de 7 de junho de 2017 (“MP 784/2017”), e após encerrada sua vigência, pela Lei 13.506/2017). No âmbito de cada um dos tipos de acordo, serão analisados os mesmos pontos levantados em relação à colaboração premiada, trazendo uma análise uniforme que possibilita a fácil comparação entre os institutos.

2.1. Leniência Anticorrupção (Lei 12.846/2013)

Em resposta ao compromisso internacional assumido pelo Brasil quando da ratificação da convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da OCDE, a Lei 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), que entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014, reuniu normas esparsas que dispunham sobre o combate à corrupção pública e preencheu lacunas em relação à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira, que atentem contra o patrimônio público, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Dentre as diversas previsões, a Lei Anticorrupção passou a prever a possibilidade de celebração de acordo de leniência apenas com pessoas jurídicas. Trata-se de meio de prova que amplia a possibilidade de detecção e sanção de atos contra a administração pública, bem como de outros envolvidos, por meio do qual a empresa leva à autoridade elementos sobre o ato ilícito. Além disso, esse acordo de leniência amplia a possibilidade de reparação dos danos financeiros gerados ao Erário em decorrência do ato ilícito, na medida em que o signatário se obriga a repará-los. O signatário também se obriga a cumprir padrões de integridade e *compliance*, aperfeiçoando o ambiente de negócios por meio da prevenção.

Em geral, a negociação do acordo segue os seguintes passos: (i) a proposta é encaminhada à autoridade competente; (ii) a autoridade define a composição da Comissão de Negociação; (iii) a empresa e a autoridade assinam um Memorando de Entendimentos com os parâmetros do acordo; (iv) a Comissão de Negociação analisa as informações apresentadas pela empresa colaboradora; (v) a Comissão de Negociação elabora um relatório conclusivo sobre o acordo que será encaminhado às autoridades competentes; e (vi) as autoridades definem se o acordo de leniência será celebrado, com base no relatório conclusivo.

A pessoa jurídica proponente pode desistir da proposta de acordo de leniência a qualquer momento que anteceda sua assinatura. Nesta esteira, a

rejeição da proposta de acordo de leniência não importa em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado. Em tais hipóteses, os documentos apresentados durante a negociação do acordo de leniência são integralmente devolvidos à pessoa jurídica proponente (sem que sejam retidas cópias), sendo vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública federal tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta.

2.1.1. Infrações previstas na Lei Anticorrupção

De acordo com a Lei Anticorrupção, a lista exaustiva de atos contra a administração pública é composta pelas seguintes infrações definidas no artigo 5º da referida lei: (i) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, alguma vantagem considerada indevida a agente público ou a terceiro a ele relacionado; (ii) financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática de algum dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção; (iii) utilizar terceiro (pessoa física ou jurídica) para ocultar ou dissimular os reais interesses ou identidade dos beneficiários dos atos praticados; (iv) fraudar licitações; e (v) dificultar atividades de investigação ou fiscalização de autoridades ou intervir em sua atuação.

2.1.2. Legitimados a celebrar o Acordo de Leniência Anticorrupção

Nos termos da Lei Anticorrupção, são legitimadas para celebrar acordos de leniência pessoas jurídicas que tenham praticado atos lesivos à administração pública. Os efeitos do acordo de leniência podem ser estendidos a pessoas jurídicas que integrem o mesmo grupo econômico das signatárias, de fato e de direito, desde que estas tenham firmado o acordo em conjunto, e, portanto, se obriguem também às condições nele estabelecidas. A Lei Anticorrupção não prevê a possibilidade de celebração de acordos de leniência com pessoas físicas.

A Lei Anticorrupção estabelece em seu artigo 16, §10º, que: “A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira”. A CGU consiste em um órgão do Governo Federal cujas atribuições se relacionam à defesa do patrimônio público e fomento da transparência de gestão.

No mesmo sentido, o Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, estabelece a competência para a celebração de acordos de

leniência no âmbito do Poder Executivo federal e em atos lesivos contra a administração pública estrangeira à CGU. Este decreto prevê a possibilidade de elaboração de um memorando de entendimentos entre a pessoa jurídica proponente e a CGU para formalizar a proposta e definir os parâmetros a serem observados na negociação do acordo de leniência.

O Decreto 8.420/2015 estabelece que a proposta de acordo de leniência pode ser feita até a conclusão do relatório no Processo Administrativo de Responsabilização (“PAR”), de forma oral ou escrita. Esta proposta recebe tratamento sigiloso, podendo o proponente autorizar sua divulgação ou compartilhamento. Sendo este o caso, deve contar também com a anuência da CGU. Ademais, faculta à CGU a requisição dos autos de processos administrativos em curso em outros órgãos ou entidades da administração pública federal, que estejam relacionados aos fatos objeto do acordo de leniência.

Por fim, deve-se mencionar também a Portaria 910 da CGU, de 7 de abril de 2015 (“Port. 910/2015”), que define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa no âmbito da Lei Anticorrupção. Esta regulamentação versava também sobre os procedimentos para celebração de acordos de leniência no contexto dessa lei, tendo estes dispositivos sido revogados pela Portaria Interministerial 2.278, de 15 de dezembro de 2016 (“PI 2.278/2016”).

2.1.3. Participação de outras autoridades na negociação e celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção

Não obstante a competência legal atribuída à CGU para celebração dos acordos de leniência, os órgãos e instituições de controle estão delimitando um ambiente propício para uma efetiva colaboração institucional no esclarecimento, repressão e persecução de ilícitos previstos na Lei Anticorrupção. Nesse sentido, a CGU tem atuado em conjunto e de forma coordenada com outras instituições, como tem se verificado na chamada “Operação Lava Jato”. Tais experiências podem fornecer aprendizados importantes que, se incorporados, servem de base a entendimentos perenes entre autoridades.

Em relação à atuação conjunta com outras instituições, a PI 2.278/2016, celebrada entre a CGU e a AGU dispõe sobre a participação da AGU na celebração de acordos de leniência nos termos da Lei Anticorrupção. O Ministro da CGU afirmou à época da assinatura desta Portaria que haveria interesse em estender a mesma forma de cooperação aos demais órgãos envolvidos na negociação de acordos de leniência, como o TCU e o MPF.

No entanto, apesar de estudos e oficinas, não houve sucesso em formalizações do mesmo tipo.

2.1.4. Participação da AGU

A AGU é a instituição competente para representar a União, judicial e extrajudicialmente, exercendo função considerada essencial à Justiça (Capítulo IV da Constituição Federal). Desde a aprovação da Lei Anticorrupção, a AGU possui papel importante nas investigações relacionadas a supostos atos contra a administração pública: (i) é responsável pela manifestação jurídica prévia à aplicação das sanções previstas; (ii) dispõe sobre a possibilidade de ajuizar ações de reparação integral do dano causado por tais atos, como representante da União; e (iii) pode requerer a aplicação de sanções adicionais, de forma isolada ou cumulativa.

Em relação ao acordo de leniência, a participação da AGU não estava disposta de forma clara no texto inicial da Lei Anticorrupção. A Medida Provisória 703, de 18 de dezembro de 2015 (“MP 703/2015”) buscava, dentre outras previsões, esclarecer o papel das advocacias públicas, para trazer maior segurança jurídica para o acordo, bem como tornar a sua celebração mais célere e ampla.

Por meio da MP 703/2015, autorizou-se a celebração de acordo de leniência pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios de forma autônoma, por meio de órgãos legitimados ou em conjunto com a AGU ou Ministério Público. Quando celebrado em conjunto, impediria o ajuizamento de ação de improbidade administrativa ou o prosseguimento de ação já ajuizada, bem como de quaisquer outras ações cíveis, contra a pessoa jurídica signatária do acordo, desde que decorrentes do mesmo fato objeto do acordo.

Com o encerramento do prazo de vigência da MP 703/2015, em 29 de maio de 2016, e considerando a evolução das investigações da “Operação Lava-Jato”, surgiu a necessidade de nova regulamentação que balisasse a atuação da AGU nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção. Além da necessidade de se manter a segurança jurídica alcançada por meio da referida Medida Provisória, mostrou-se necessária a participação da AGU desde o início das negociações dos referidos acordos, tendo em vista ser esta a instituição responsável por defende-los perante instâncias judiciais ou administrativas.

É nesse cenário que a PI 2.278/2016 é publicada, estabelecendo, de forma clara, a participação da AGU em todas as fases da tramitação do acordo de leniência, quais sejam: (i) ser comunicada pela CGU sobre a existência

de proposta de acordo de leniência; (ii) indicar um ou mais advogados públicos para compor a comissão de negociação; (iii) avaliar a vantagem e procedência da proposta apresentada pela pessoa jurídica, no âmbito da comissão de negociação, considerando a possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais; (iv) elaborar análise das questões jurídicas, que constará do relatório conclusivo; (v) receber da comissão de negociação relatório conclusivo acerca das negociações, bem como sugerir, de forma motivada e quando for o caso, (v.a) o valor da multa aplicável e (v.b) se a pessoa jurídica estará isenta de publicar a decisão administrativa sancionadora, (v.c) proibir o recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, e/ou (v.d) isenção ou atenuação das sanções administrativas; (vi) decidir, conjuntamente com a CGU, sobre a celebração do acordo de leniência; (vii) rejeitar, a qualquer momento, a proposta de acordo de leniência; e (viii) registrar o cumprimento do acordo de leniência.

Em relação à PI 2.278/2016, destaca-se também previsão importante quanto à participação da AGU nas negociações dos acordos de leniência iniciadas antes da vigência da referida Portaria. A AGU poderá assinar termo de adesão aos Memorandos de Entendimento celebrados com as pessoas jurídicas antes da entrada em vigor e, portanto, passar a integrar a negociação desses acordos.

Há, por fim, Projeto de Lei (PL da Câmara 3636/2015³⁵), aguardando ser incluído em pauta para julgamento pela Câmara dos Deputados. Em relação à AGU, destaca-se apenas queo Projeto de Lei traz a possibilidade de celebração de acordo na esfera judicial.

2.1.5. Participação do Ministério Público Federal

Ainda não há previsão legal quanto à participação do Ministério Público Federal (“MPF”) nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção. Por

³⁵ Projeto de lei de autoria do Senador Ricardo Ferraço (MDB/ES), originalmente identificado como PL do Senado 105/2015, aprovado em Comissão do Senado Federal em decisão terminativa e direcionado à Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei acrescenta um parágrafo ao artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, determinando que os acordos de leniência celebrados por entes da Administração Pública sejam homologados pelo Ministério Público. Até o fechamento desta obra, o projeto aguarda a criação de Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei.

essa razão, em 2015 foi sugerida a alteração da referida lei para contemplar tal possibilidade, por meio do Projeto de Lei do Senado 105/2015/PL da Câmara 3636/2015.

Inicialmente, este Projeto de Lei apenas determinava que os acordos de leniência celebrados por entes da Administração Pública deveriam ser homologados pelo Ministério Público, para garantir a este órgão a possibilidade de controlá-los. Atualmente, este controle pode ser realizado em âmbito judicial por meio de ação civil pública, ação de improbidade administrativa, ou ação criminal, em busca de uma maior eficiência administrativa.

Após discussões e no âmbito do Senado, foi elaborado um Projeto de Lei Substitutivo, com previsões adicionais sobre a homologação do acordo de leniência pelo Ministério Público, tais como: (i) estar atento aos princípios da legalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, bem como conveniência e oportunidade, para evitar a captura de órgãos estatais pela corrupção; (ii) realizar a homologação por órgão colegiado ao qual as respectivas leis orgânicas atribuam função revisional, para garantir que o acordo impeça o ajuizamento ou o prosseguimento de ação já ajuizada pelos demais legitimados sobre os mesmos ilícitos, contra a pessoa jurídica colaboradora; e (iii) suspensão do prazo prescricional em decorrência do acordo, que voltaria a correr em situação de descumprimento.

Em 13 de novembro de 2015, foi aprovado o texto final do Projeto de Lei do Senado 105/2015, que contou com algumas emendas ao Relatório Legislativo descrito acima. O texto foi então remetido à Câmara dos Deputados, onde ganhou o número 3636/2015, e mais algumas emendas. Quando da finalização do respectivo texto, o projeto aguardava ser pautado para votação, momento em que foram realizadas novas sugestões quanto à atuação do Ministério Público no acordo de leniência, as quais são descritas a seguir.

A primeira delas diz respeito à forma de atuação do Ministério Público. O texto atual do Projeto de Lei da Câmara 3636/2015 prevê que poderão ser firmados acordos com ou sem a participação do Ministério Público. Porém, apenas os órgãos celebrantes estarão impedidos de aplicar ou propor a aplicação de outra sanção de natureza pecuniária decorrente dos atos e fatos objetos do acordo. Assim, de acordo com o texto atual, apenas o acordo celebrado em conjunto garantirá a proteção quanto a todas as medidas de ordem administrativa ou judicial que sejam atribuídas às competências das autoridades que participarem da celebração.

Em busca da eficiência administrativa, foi incluída uma alteração interessante ao referido Projeto de Lei na Câmara, prevendo que, quando

houver a celebração do acordo em conjunto com o Ministério Público que tenha atribuição para exercer ação penal e de improbidade pelos mesmos fatos, as pessoas físicas que são / serão réus nessas ações poderão ser signatários do acordo.

2.1.6. Participação do Tribunal de Contas da União

Há um cenário de incertezas quanto à participação do TCU nos acordos de leniência celebrados no âmbito da Lei Anticorrupção. O TCU não foi mencionado na redação original da Lei 12.846/2013. Como referimos acima, nessa lei, o acordo de leniência é celebrado pela “*autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública*” (no âmbito do Poder Executivo Federal, pela CGU).

A despeito da ausência de previsão legal expressa na Lei Anticorrupção, o TCU editou em 2015 sua primeira Instrução Normativa para tratar do assunto (a Instrução Normativa 74/2015, de 11 de fevereiro de 2015 – “IN 74/2015”). Em 2018, a matéria foi alvo de novo tratamento normativo com a edição da Instrução Normativa 73/2018, de 12 de dezembro de 2018 (“IN 73/2018”).

No âmbito da IN 74/2015, o TCU havia criado um processo bastante detalhado para sua atividade de fiscalização, inclusive criando a obrigação de que autoridades que estivessem negociando acordos de leniência enviassem informações ao TCU a cada uma das fases de negociação dos acordos de leniência.³⁶

Além do envio de informações, a IN 74/2015 também conferia ao TCU amplos poderes de supervisão mesmo ainda no curso do processo de negociação dos acordos. Segundo o referido instrumento normativo, o TCU iria “*emitir pronunciamento conclusivo quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados*” (art. 1º, §1º) em cada fase de negociação, sendo que tal pronunciamento “*constituir[ia] condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes*” (art. 3º).

³⁶ Para esta fiscalização, a IN 74/2015 dividiu o processo de negociação, celebração e acompanhamento do acordo de leniência em cinco etapas diferentes: (i) manifestação da pessoa jurídica interessada em cooperar para a apuração de ilícitos; (ii) negociação de condições e termos do acordo; (iii) celebração dos acordos; (iv) acompanhamento dos acordos; e (v) relatório conclusivo contendo avaliação dos resultados obtidos com o acordo.

A abrangência da supervisão do TCU foi alvo de críticas, inclusive no âmbito do Poder Legislativo.³⁷

Nesse cenário, em 12 de dezembro de 2018, o TCU editou a IN 83/2018, que revogou a IN 74/2015 e deu novo tratamento ao tema. Na nova regulamentação, autoridades devem apenas informar o TCU sobre o início de procedimentos administrativos para celebração de acordos de leniência (art. 1º), sendo que o TCU poderá requerer informações e documentos sobre tais procedimentos a qualquer momento (art. 2º).

Não há equivalentes às disposições de que o TCU teria poderes de supervisão ainda durante o processo de negociação dos acordos. O movimento denota uma retração do TCU em relação à extensão de suas competências no âmbito da negociação de acordos de leniência. Em vez disso, a IN 83/2018 prevê que a fiscalização seguirá, no que couber, “*o rito das demais ações de controle e será realizada de acordo com as diretrizes do Plano de Controle Externo, considerando os critérios de risco, materialidade e relevância*” (art.3º).

2.1.7. Participação dos demais Tribunais de Contas

A participação de Tribunais de Contas dos demais entes federativos (estados e municípios) dependerá da forma como a Lei Anticorrupção é regulamentada em cada uma dessas localidades. Para o presente trabalho, foram selecionados como amostra os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, além do Distrito Federal. No âmbito municipal, foram consideradas as capitais dos Estados selecionados.

De forma geral, a pesquisa nas localidades cobertas pela amostra demonstra que também não há clareza quanto à participação dos Tribunais de Contas em outros níveis da federação.

³⁷ Em 19 de fevereiro de 2015, o Deputado Federal Raul Jungmann (PPS-SE) submeteu à apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados o Projeto de Decreto Legislativo nº 5/2015, que propunha sustar a IN 74/2015. A justificativa apresentada para a sustação da referida IN baseou-se na interpretação de que o TCU estaria agindo de forma casuísta e em total desrespeito à esfera de competência privativa do Legislativo. De acordo com o autor do projeto, não haveria fundamento legal nem na Constituição Federal (art. 71) nem em sede infraconstitucional (Lei Orgânica do TCU e Lei Anticorrupção) para embasar a competência normativa do TCU na matéria. A proposição continuou a tramitar até 31 de janeiro de 2019, quando foi arquivada em razão do fim da legislatura.

No Distrito Federal, o decreto estadual que regulamentou a Lei Anticorrupção (Decreto Estadual 37.296, de 29 de abril de 2016) determina que, uma vez assinado, o acordo de leniência deve ser encaminhado ao Tribunal de Contas do Distrito Federal (art. 51, § 1º). Contudo, tal dispositivo faz menção ao §14 do art. 16 da Lei 12.846/2013, dispositivo que havia sido inserido na Lei Anticorrupção por força da MP 703 que, conforme acima mencionado, teve sua vigência encerrada em 29 de maio de 2016. Portanto, atualmente, não há clareza quanto ao papel do Tribunal de Contas em novos acordos de leniência.

No Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, o decreto que regulamentou a Lei Anticorrupção na localidade (Decreto Estadual 46.366, de 19 de julho de 2018) determina que o valor do ressarcimento (rubrica que também poderá ser inserida no acordo de leniência tal como regulamentado no Estado) dependerá de apuração do Tribunal de Contas do Estado ou do Ministério Público, a ser realizada na esfera administrativa ou judicial (art. 57, §6º). Embora tal dispositivo invoque uma interrelação entre a Administração Pública e o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, não há disposições disciplinando a relação entre tais órgãos no processo de negociação e na celebração de acordos de leniência.

A participação dos Tribunais de Contas não foi tratada na regulamentação existente nas demais localidades cobertas pela amostra.

2.1.8. Benefícios decorrentes da celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção

A pessoa jurídica que celebrar acordo de leniência tem reduzido em até 2/3 o valor da multa, que varia entre 0,1% e 20% do faturamento bruto (excluídos os tributos) da pessoa jurídica no exercício anterior à instauração do processo administrativo. Quando a utilização deste critério não for possível, a multa é estipulada entre R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões. Vale dizer ainda que a Lei Anticorrupção estabelece que a multa aplicada não deve ser inferior à vantagem auferida.

A celebração de acordo de leniência exige a pessoa jurídica de publicar, às suas expensas, a decisão condenatória em meios de grande circulação. Do mesmo modo, isenta da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de 1 a 5 anos.

Além da redução da multa e isenções acima, o Decreto 8.420/2015 inclui como benefício da celebração de acordo de leniência a isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas na Lei 8.666/1993 (“Lei de Licitações”). Como exemplo de sanções previstas nessa lei, pode-se citar a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública, por até 2 anos.

Por fim, cumpre ressaltar que a celebração de acordo de leniência não exime a pessoa jurídica que o celebrou de reparar integralmente o dano causado à administração pública.

2.1.9. Condições e obrigações para celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção

Em contrapartida aos benefícios decorrentes da celebração do acordo de leniência, as pessoas jurídicas se comprometem a colaborar com as investigações, identificando os demais participantes da infração e apresentando informações e documentos que comprovem o ilícito investigado. As seguintes condições também devem ser atendidas pela pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência: (i) ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo; (ii) cessar por completo sua participação na conduta investigada; (iii) admitir a participação na infração; e (iv) cooperar com as investigações, de forma plena e permanente, comparecendo, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento, identificando os demais envolvidos na infração.

A MP 703/2015, cuja vigência já se encontra encerrada, previa a responsabilização objetiva pelo não cumprimento integral do dever de cooperação, bem como determinava a inclusão de compromisso de implementação ou melhora dos mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo a denúncias de irregularidades e efetiva aplicação do código de conduta, quando existente. Apesar disso, o Decreto 8.420/2015, incluiu o dever de adotar, aplicar ou aperfeiçoar o programa de integridade entre os requisitos exigidos para o acordo de leniência, conforme os parâmetros que ele estabelece em capítulo próprio. Ademais, prevê como condição para a assinatura do acordo a obrigação de fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração.

2.2. Leniência referente a infrações licitatórias

A Lei 12.846/2013 (arts. 5º, IV e 17), interpretada de forma sistemática com o Decreto 8.420/2015 (art. 38), dispõe sobre uma possibilidade

distinta de acordo de leniência quando ocorrer infrações relacionadas aos ilícitos administrativos previstos na Lei 8.666/1993 e em outras normas de licitações e contratos.

Duas possibilidades de acordo de leniência são previstas no âmbito da Lei 12.846/2013 e o Decreto que a regulamenta (Decreto 8.420/2015): leniência anticorrupção (acima já explicada) e leniência sobre infrações licitatórias. Como ambos os acordos são regulamentados pela mesma lei, muitos pontos explicados no item acima sobre a leniência anticorrupção são aplicados para a leniência referente a infrações licitatórias.

É importante enfatizar que a conduta de acordar preço, combinar, manipular ou ajustar com concorrente preços e condições, vantagens ou abstenção em licitação pública constitui também uma infração à ordem econômica, conforme a Lei 12.529/2011 (art. 36, §3º, I, d). Neste tópico trataremos apenas da leniência referente a infrações licitatórias prevista na Lei 12.846/2013 e a leniência antitruste será abordada no próximo tópico.

2.2.1. Infrações previstas na Lei Anticorrupção referentes a infrações licitatórias

De acordo com a Lei 12.846/2013 (art. 5º, IV) as condutas referentes a infrações licitatórias são: (i) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (ii) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; (iii) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; (iv) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; (v) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; (vi) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; (vii) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

Para além dessas infrações, cobertas pelo Acordo de Leniência Anticorrupção, a Lei Anticorrupção também dispõe de uma possibilidade distinta de acordo de leniência, que pode ser celebrado *“com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.”* (art. 17).

Quanto às infrações e penalidades, a Lei de Licitações prevê que, no caso de inexecução total ou parcial do contrato são previstas as seguintes sanções: (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública, por até 2 anos; e (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública (art. 87, Lei de Licitações). A penalidade de multa pode ser imposta conjuntamente com qualquer uma das demais.

As sanções dos itens (iii) e (iv) podem ser impostas às empresas que (a) tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de qualquer tributo, (b) tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação e (c) demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Na hipótese de atraso injustificado na execução do contrato, há incidência de multa de mora, conforme previsão do instrumento convocatório ou contrato. A aplicação desta multa não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato (art. 86, Lei de Licitações).

2.2.2. Legitimados a celebrar o Acordo de Leniência referente a infrações licitatórias

Os legitimados para a celebração do acordo de leniência referente a infrações licitatórias e os respectivos requisitos, efeitos e benefícios são praticamente os mesmos daqueles aplicados e dispostos para leniência anticorrupção. Portanto, apenas pessoas jurídicas podem celebrar este acordo, ficando as pessoas físicas excluídas da negociação.

2.2.3. Participação de outras autoridades na negociação e celebração do Acordo de Leniência referente a infrações licitatórias

Da mesma forma que ocorre na leniência anticorrupção, a autoridade competente para celebração do acordo no caso de infrações licitatórias é a CGU, nos termos da Lei 12.846/2013. A participação da AGU está regulamentada pela PI 2.278/2016 e a atuação do Ministério Público e do TCU ainda não está legalmente estabelecida³⁸.

³⁸ Especificamente quanto à participação do TCU, uma vez que a disciplina do acordo é aquela da Lei Anticorrupção, fazemos referência ao item 2.1.6 deste trabalho,

2.2.4. Benefícios decorrentes da celebração do Acordo de Leniência referente a infrações licitatórias

A pessoa jurídica que celebrar acordo de leniência referente a infrações licitatórias terá como benefício a isenção ou a atenuação das sanções administrativas previstas nos arts. 86 a 88 da Lei de Licitações.

Dados os tipos infrativos e o contexto de sua prática pelos administrados contratados, não fica muito claro o propósito do legislador quando da inserção deste art. 17 na Lei Anticorrupção.

Há pouca doutrina sobre o art. 17. Os registros de autores sobre o tema criticam o instituto sob o argumento de que este seria incompatível com as infrações previstas nos artigos 86, 87 e 88, I da Lei de Licitações (i.e., atraso injustificado na execução do contrato, inexecução total ou parcial do contrato e fraude fiscal). Para esses autores, tais tipos infrativos têm fatos e autoria conhecidos, de forma que não haveria justificativas para celebração de acordos pela Administração Pública³⁹. Nessa linha, anotam que o acordo de leniência previsto no art. 17 só seria aplicável às hipóteses dos incisos II e III do art. 88 da Lei de Licitações, “cuja infrações descritas se assemelham àquelas da legislação de combate à corrupção e dependem de comprovação.”⁴⁰

2.2.5. Condições e obrigações para celebração do Acordo de Leniência referente a infrações licitatórias

As condições para celebração do acordo de leniência referente a infrações licitatórias são as mesmas estipuladas para a leniência anticorrupção.

que descreve a atuação desta corte de contas e sua IN 83/2018. Já em relação à participação dos Tribunais de Contas de outros entes da federação, vide item 2.1.7.

³⁹ Nesse sentido, ver PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). **Revista Brasileira de Infraestrutura**, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun., Belo Horizonte, 2016; MARRARA, Thiago. **Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015 e BERTONCINI, Mateus; FERREIRA, Daniel. Atividade Empresarial e Corrupção: crítica ao modelo de acordo de leniência previsto na Lei 12.846/2013. **Revista Jurídica Unicuritiba**, v. 3, n. 44, p. 451-472, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.44.22.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

⁴⁰ PEREIRA, op. Cit., p.109.

As pessoas jurídicas se comprometem a colaborar com as investigações, identificando os demais participantes e apresentando informações e documentos que comprovem o ilícito investigado. As seguintes condições também devem ser atendidas pela pessoa jurídica que pretende celebrar acordo de leniência: (i) ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo; (ii) cessar por completo sua participação na conduta investigada; (iii) admitir a participação na infração; e (iv) cooperar com as investigações, de forma plena e permanente, sempre que solicitada, identificando os demais envolvidos na infração. Note-se que, como nos demais acordos de leniência, aqui também não há a exigência de que o agente que pretende negociar não seja o líder da infração.

A MP 703/2015, cuja vigência já se encontra encerrada, previa a responsabilização objetiva pelo não cumprimento integral do dever de cooperação e determinava a inclusão no acordo de compromisso de implementação ou melhora dos mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo a denúncias de irregularidades e efetiva aplicação do código de conduta, quando existente. Apesar disso, o Decreto 8.420/2015, incluiu entre os requisitos exigidos para o acordo de leniência o dever de adotar, aplicar ou aperfeiçoar o programa de integridade, de acordo com os parâmetros que ele estabelece em capítulo próprio. Ademais, prevê como condição para a assinatura do acordo a obrigação de fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração.

Importa destacar que há outros instrumentos de consensualidade entre autoridade e pessoas jurídicas que não recebem o nome de acordo de leniência e que podem ter aplicação a ilícitos relacionado a infrações licitatórias. A Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), a qual responsabiliza agentes por danos morais e patrimoniais causados por infração à ordem econômica, ao patrimônio público, dentre outros, contém previsão de compromissos de ajustamento de conduta (art. 5, §6º) celebrados com órgãos públicos legitimados e interessados para adequar a conduta do órgão às exigências legais, mediante cominações. Tal instrumento tem eficácia de título executivo extrajudicial e pode ser compatibilizado com acordos de leniência.

2.3. Leniência Antitruste

O programa de leniência concorrencial fora incluído na ordem jurídica em 2000, sob emenda da Lei 8.884/1994 e, atualmente, está previsto nos artigos 86 e 87 da Lei 12.529/2011 e nos artigos 237 a 251 do Regimento

Interno do CADE (aprovado pela Resolução 20/2017) (“RICADE”).⁴¹ Além das referidas normas, a negociação e celebração desses acordos também segue a orientação do Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE⁴² (“Guia de Leniência”), publicado pelo CADE em maio de 2016. Embora o Guia de Leniência não seja vinculante, ele serve de referência para as negociações, pois consolida as melhores práticas adotadas pelo CADE desde a implementação do programa em 2000. De acordo com o RICADE, o Programa de Leniência é um conjunto de iniciativas que visam (i) detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; (ii) informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei 12.529/2011; e (iii) incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de acordo de leniência. O atual Programa de Leniência do CADE foi melhor implementado pela Lei 12.529/2011, que sistematizou boa parte da regulamentação existente e das práticas recorrentes.

Em geral, a negociação do acordo de leniência concorrencial ocorre em três fases: (i) pedido de senha (“*marker*”); (ii) apresentação de informações e de documentos que comprovem a infração denunciada; e (iii) formalização e assinatura do acordo de leniência.

A propositura e a negociação dos acordos de leniência são sempre sigilosas. Da mesma forma, a identidade dos signatários também costuma ser mantida em sigilo até a decisão final pelo Tribunal do CADE, embora os signatários do acordo de leniência possam optar pela publicização de sua identidade a partir da assinatura do acordo.

O proponente do acordo de leniência pode desistir da proposta a qualquer momento, desde que isso ocorra antes da assinatura do acordo (art. 246, RICADE). Em caso de desistência ou de rejeição da proposta pela SG/CADE, todos os documentos apresentados ao CADE são devolvidos

⁴¹ O CADE aprovou, pela Resolução 22/2019, em 19 de junho de 2019, seu novo Regimento Interno, ainda em *vacatio legis* (90 dias corridos após a publicação, a entrar em vigor em 24 de setembro de 2019) no fechamento desta obra. No novo Regimento Interno do CADE, o programa de leniência está previsto nos artigos 196 a 210.

⁴² O Guia do CADE para Programa de Leniência Antitruste está disponível para consulta em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2018.

ao proponente e todas as informações prestadas são mantidas sob sigilo⁴³. O CADE não poderá compartilhar ou fazer uso dessas informações para nenhum fim, inclusive investigatório (art. 86, §9º da Lei 12.529/2011).

Em outras palavras, é vedado ao CADE instaurar investigação com base nas informações prestadas por um proponente no âmbito de uma negociação fracassada de acordo de leniência. A SG/CADE pode, todavia, abrir investigação para apurar fatos relacionados à proposta de acordo de leniência quando a nova investigação decorrer de indícios ou provas autônomas (art. 246, § 4º, RICADE).

Além disso, a desistência ou rejeição da proposta de acordo de leniência não importa em reconhecimento de ilicitude da conduta analisada ou confissão quanto à matéria de fato (art. 86, §10 da Lei 12.529/2011). Caso haja outros proponentes na “fila de espera” (na ordem de obtenção dos *markers*), a SG/CADE entrará em contato com o próximo proponente, na ordem da fila, para que seja aberta nova negociação.

Via de regra, todo o conteúdo do acordo de leniência é de acesso restrito e, como consequência, não é divulgado para terceiros, ainda que tenha sido instaurado Inquérito ou Processo Administrativo pelo CADE, exceto quando houver expressa determinação legal, decisão judicial específica ou autorização do signatário do Acordo de Leniência, com a anuência do CADE, desde que não haja prejuízo à investigação. As pessoas físicas e/ou jurídicas investigadas a partir da infração noticiada têm acesso a todas as informações e documentos do processo, podendo utilizá-los apenas para fins do exercício do direito de ampla defesa e do contraditório no âmbito do processo administrativo. A identidade do signatário, via de regra, também é sigilosa, exceto para os demais investigados, também estritamente para fins do direito de defesa.

Após o julgamento do processo administrativo sancionador pelo Tribunal Administrativo do CADE, a identidade do signatário se torna pública e o CADE pode divulgar o voto público do Conselheiro Relator e demais

⁴³ É formado um time específico para isso no CADE, justamente visando a manutenção do sigilo das informações prestadas. O acesso ao marker e às informações e aos documentos apresentados no durante a negociação do Acordo de Leniência são restritos ao Superintendente-Geral, ao Superintendente Adjunto, ao Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral e aos servidores da Chefia de Gabinete da SG/Cade, responsáveis pela condução da negociação do Acordo de Leniência. Nenhum outro servidor do Cade tem acesso aos documentos.

Conselheiros⁴⁴. Assim, via de regra, a autoridade antitruste não confere a terceiros o acesso aos documentos e informações apresentados pelo signatário para além do que consta no voto público do Conselheiro Relator e demais Conselheiros. Contudo, quando houver decisão judicial que ordene a apresentação de documentos e informações sigilosas que derivem do acordo de leniência, é dever do CADE encaminhar os documentos e prestar as informações. Neste caso, sobre os documentos e as informações deve recair o mais absoluto sigilo por parte dos beneficiários da ordem judicial, sendo certo que apenas no âmbito da ação específica que trouxe o pedido de ordem é que podem ser utilizados (Guia, p. 53).

A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de leniência, poderá celebrar com a SG/CADE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o CADE não tenha qualquer conhecimento prévio (Leniência Plus), obtendo redução de pena na infração para a qual não se qualificou e os benefícios pertinentes à leniência para a nova infração relatada⁴⁵.

Igualmente, a empresa ou pessoa física investigada por prática anti-concorrencial poderá, independente da celebração de acordo de leniência, propor a celebração de TCC com o CADE (art. 85 da Lei 12.529/2011 c/c arts. 224 a 229 do RICADE).

Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente,

⁴⁴ Mais detalhes sobre o assunto estão disponíveis na Resolução 21/2018, que regulamenta procedimentos de acesso a documentos e informações constantes em processos administrativos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, como os oriundos de acordos de leniência, Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) e ações judiciais de busca e apreensão.

⁴⁵ Lei 12.529/2011, art. 86: (...)

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

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

conter a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário, que será estabelecido durante o processo de negociação e que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 da Lei 12.529/2011.

2.3.1. Infrações que podem ser objeto dos acordos de leniência

O acordo de leniência concorrencial é aplicável às infrações à ordem econômica. A Lei 12.529/2011 estabelece que os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante - ainda que esses efeitos não sejam alcançados - serão considerados infração à ordem econômica⁴⁶.

A Lei 12.529/2011 determina ainda que, na medida em que sejam produzidos os efeitos descritos no parágrafo precedente, são consideradas infrações à ordem econômica as condutas voltadas a (i) acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, (i.a.) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; (i.b.) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; (i.c.) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; e/ou (i.d.) os preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; e (ii) promover ou influenciar conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes (como acontece, por exemplo, no âmbito de associações e sindicatos), dentre (iii) diversas outras práticas listadas exemplificativamente na Lei 12.529/2011⁴⁷.

A legislação contém determinação de que o acordo de leniência concorrencial se aplica, genericamente, às infrações à ordem econômica. Logo, em que pese a existência de discussão doutrinária sobre o assunto, entende-se que o texto legal não limita o recurso a esse instituto apenas às condutas de acordos anticompetitivos e condutas concertadas, sendo teoricamente possível defender sua viabilidade também para práticas unilaterais⁴⁸. Na prática,

⁴⁶ Art. 36.

⁴⁷ Lei 12.529/2011, art. 36, § 2º.

⁴⁸ A esse respeito, Ana Paula Martinez aduz que “*Apesar do caput do artigo 86 da Lei 12.529/2011 referir-se genericamente a “infração à ordem econômica”, parece-nos que o instituto é restrito a atos lesivos à concorrência que envolvam ao menos dois*”

no entanto, os acordos de leniência concorrenciais têm sido celebrados, em geral, em relação a acordos ou ajustes entre concorrentes.

O Programa de Leniência do CADE se aplica tanto às condutas que foram, no todo ou em parte, praticadas no território nacional quanto às condutas praticadas em outra jurisdição, desde que essas condutas tenham produzido, produzam ou possam produzir efeitos diretos ou indiretos no Brasil. Para que as condutas ocorridas no exterior possam ser objeto de um acordo de leniência no Brasil, o proponente, seja ele pessoa física ou jurídica, deverá indicar provas de que os efeitos dessas condutas foram produzidos ou poderiam ser produzidos no território nacional, estabelecendo uma conexão entre a conduta anticoncorrencial e tais efeitos no Brasil.

2.3.2. Legitimados a celebrar o acordo de leniência concorrencial

De acordo com a Lei 12.529/2011, a SG/CADE poderá celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que foram autoras da infração à ordem econômica, desde que haja “colaboração efetiva” com as investigações e confissão de participação na conduta lesiva, conforme detalhado abaixo no item 2.1.9

A Lei 12.529/2011 trouxe quatro principais inovações em relação às exigências para a celebração de acordos de leniência concorrencial e suas consequências:

agentes potencialmente expostos à responsabilização por conduta ilícita, sejam duas pessoas jurídicas, duas pessoas físicas ou uma pessoa jurídica e uma pessoa física. Isso porque a lógica da espécie “delação premiada” é punir a conduta por intermédio da cooperação de um delator. [...] Ainda que, em tese, o instituto seja aplicável a qualquer ato anticompetitivo que envolva duas partes potencialmente expostas a sanções por infração à ordem econômica, historicamente ele vem sendo utilizado no Brasil exclusivamente para investigar e punir cartéis clássicos”. MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Editora Singular, 2013. p. 258. Por outro lado, a observação apresentada por Roberto Domingos Taufick merece destaque: “*A necessidade de que o delator identifique os demais envolvidos na infração – requisito habitualmente presente nas legislações correlatas – não limita, porém, per se, a leniência a casos de cartel. É possível que a mesma conduta unilateral seja cometida, de forma autônoma, por alguns agentes em mercados relacionados e que um dos infratores tome a decisão delatar essa prática. Nesse caso, os demais agentes econômicos, embora tenham praticado infrações autônomas, podem ser objeto de delação premiada.*” TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira**: Avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado. São Paulo: Almedina, 2017. p. 511.

(i) suprimiu a proibição, que existia na Lei 8.884/1994, quanto à concessão dos benefícios da leniência às empresas ou pessoas físicas que tenham liderado a conduta anticompetitiva. Atualmente, mesmo as empresas ou indivíduos que tenham exercido papel de liderança na conduta ilegal poderão ser beneficiários de acordo de leniência, desde que atendidas as demais condições previstas na Lei;

(ii) criou a possibilidade de adesão ao acordo de leniência, após sua assinatura pela pessoa jurídica, por meio de um aditivo para a inclusão de pessoas físicas, relativizando a exigência de que apenas o primeiro candidato a se apresentar ao CADE poderia pleitear a celebração do acordo. A assinatura de pessoas físicas e de empresas do mesmo grupo econômico pode ser realizada conjuntamente com a empresa proponente ou em adesão formalizada em documento apartado e em momento subsequente, quando admitida pela autoridade, segundo seu critério de conveniência e oportunidade (art. 238, §2º do RICADE);

(iii) caso o proponente do acordo de leniência seja empresa, os benefícios do acordo podem ser estendidos aos seus dirigentes, administradores e empregados (atuais ou passados), bem como às empresas do mesmo grupo econômico envolvidas na infração, desde que cooperem com as investigações e firmem o instrumento em conjunto com a empresa proponente (art. 86, § 6º da Lei 12.529/2011 c/c art. 238, §1º do RICADE). Contudo, se o proponente do Acordo de Leniência for pessoa física sem a adesão da pessoa jurídica, os benefícios decorrentes desse acordo não serão estendidos à empresa a que o funcionário está ou estava vinculado (art. 86, §6º, Lei 12.529/2011 c/c art. 238, §3º do RICADE). Trata-se de um fator que objetiva aumentar a instabilidade da violação, de modo que todos os participantes envolvidos, sejam eles empresas ou pessoas físicas, permaneçam incentivados a denunciar a prática anticompetitiva ao CADE o mais cedo possível; e

(iv) determinou, expressamente, o impedimento de oferecimento de denúncia criminal do ilícito praticado após a assinatura do acordo de leniência concorrencial, bem como a extinção da punibilidade criminal na hipótese de cumprimento total do acordo (art. 87, *caput* e parágrafo único, da Lei 12.529/2011).

2.3.3. Participação de outras autoridades na negociação e celebração do acordo de leniência concorrencial

Para a celebração de acordos de leniência concorrencial, a Lei 12.529/2011 determina que a autoridade competente será a SG/CADE.

Vale apenas notar que a Lei 12.529/2011 não exige a participação do Ministério Público, mas estabelece que a assinatura do acordo de leniência pela SG/CADE impede o oferecimento da denúncia contra os colaboradores e que o julgamento definitivo pelo Tribunal Administrativo do CADE que ateste o cumprimento integral do acordo de leniência acarreta extinção da punibilidade.

Tradicionalmente, estabeleceu-se um mecanismo de colaboração entre o Ministério Público e o SBDC, para assegurar a atratividade do instituto que era a possibilidade de impedir o oferecimento da denúncia criminal. Quando o Ministério Público participa de um acordo de leniência ele o faz como interveniente anuente, a fim de conferir maior segurança jurídica aos signatários, além de facilitar a investigação criminal do cartel.

Em regra, casos relacionados a infrações em um município ou inseridos em um único Estado são assinados com o Ministério Público Estadual competente, ao passo que casos relacionados a crimes contra a ordem econômica previstos no artigo 109, IV da Constituição Federal, casos de interesse suprarregional/nacional e casos com interesse da União (que envolvam, por exemplo, recursos federais) são assinados com o Ministério Público Federal.

A participação do Ministério Público (Estadual e/ou Federal), quando este decida participar, será resultado da escolha do proponente do acordo de leniência, salvo os casos em que a escolha enseje ilegalidade flagrante, quando, então, a SG/CADE poderá aconselhar sobre o tema. Em qualquer caso, será necessário o consentimento do próprio Ministério Público sobre sua atribuição para a assinatura no caso concreto. Tendo em vista as repercussões criminais derivadas da leniência, o Ministério Público é convidado a participar com bastante frequência, afinal ele é titular privativo da ação penal pública e detentor de atribuição criminal. Nesse sentido, o CADE e o Grupo de Combate a Cartéis da Procuradoria da República em São Paulo firmaram um memorando *“reconhecendo a atuação conjunta da SG/CADE e da PR/MPF/SP na celebração de Acordos de Leniência, com a concessão automática de benefícios administrativos e criminais, nos termos dos arts. 86*

e 87 da Lei 12.529/2011 c/c arts. 198 a 208 do RICADE”. (MEMORANDO DE ENTENDIMENTO n. 1/2016.)⁴⁹

2.3.4. Benefícios decorrentes da celebração do acordo de leniência concorrencial

Na esfera administrativa, o signatário do acordo de leniência poderá ser beneficiado com a extinção da ação punitiva da administração pública – leniência total – (se a SG/CADE não tiver conhecimento prévio da infração noticiada) ou a redução de um a dois terços das penas administrativas aplicáveis – leniência parcial – (se a SG/CADE já tiver conhecimento prévio da infração notificada) (art. 86, §4º inciso II da Lei 12.529/2011 c/c art. 249, I e II do RICADE). Embora o conceito “conhecimento prévio” não esteja definido na legislação brasileira, entende-se que a SG/CADE teria “conhecimento prévio” sobre algum fato apenas se, à época da apresentação da proposta de acordo de leniência, havia procedimento administrativo aberto com indícios razoáveis de práticas anticompetitivas para apurar a infração objeto da proposta de acordo de leniência em questão⁵⁰. Nesse

⁴⁹ Neste mesmo Memorando de Entendimento a importância da atuação conjunta também é expressa na seguinte passagem: “A atuação do CADE e do PR/MPF/SP a partir de um ponto comum – qual seja, o próprio Acordo de Leniência, que resulta em imunidade criminal automática, nos termos do artigo 87 da Lei 12.529/2011 – e das repercussões mútuas ao longo da investigação do ilícito do cartel – quais sejam, as comunicações entre CADE e o PR/MPF/SP, inclusive quanto à celebração de Termos de Compromisso Cessação administrativamente e Acordos de Colaboração e Confissões criminalmente –, evidenciam a relevância da cooperação e coordenação entre as instituições, para que tenham, no interesse da transparência de sua atuação conjunta, entendimento que permitam a definição de parâmetros consistentes entre os institutos administrativos e penais nas investigações de infrações da ordem econômica”. (MEMORANDO DE ENTENDIMENTO n. 1/2016).

⁵⁰ Domingues, Gaban e Miele explicam que “os benefícios alcançados pelo signatário estão estritamente relacionados como o caráter temporal (momento processual da propositura do acordo e início das negociações) e com o conhecimento prévio da infração noticiada”. (DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan; MIELE, Aluísio de Freitas. “Delatar é preciso, punir não é preciso”: aspectos essenciais dos institutos que inovaram os processos sancionadores no Brasil. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella. (Orgs.). **Colaboração premiada**: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 239-268. p. 245.

contexto, representações feitas por meio do “Clique Denúncia”, notícias na mídia ou informação sobre a existência de investigação em outro órgão da Administração Pública nacional ou internacional ainda não apuradas pelo CADE, dentre outras situações, em regra, não configuraram “conhecimento prévio”, exceto se trouxerem elementos probatórios suficientes para ensejar a abertura de procedimento administrativo.

Assim, conforme mencionado, na impossibilidade de se qualificar em um acordo de leniência total, será possível a celebração de acordo parcial – segundo critério de conveniência e oportunidade – no caso de a autoridade já possuir conhecimento prévio da infração, mas não dispor de provas suficientes para instaurar o Processo Administrativo e para garantir a condenação do signatário do acordo de Leniência.

Além disso, a empresa e/ou pessoa física que não se qualificar para a celebração do acordo de leniência total ou parcial, poderá, até a remessa do processo para julgamento pelo Tribunal, celebrar com a SG/CADE o acordo de leniência *plus*⁵¹. Nesse caso, diante da não habilitação como leniente na investigação em curso, a empresa e/ou pessoa física poderá reportar uma segunda infração, da qual o CADE não tenha conhecimento prévio, obtendo, dessa forma, uma redução de um terço da penalidade aplicável na investigação em curso, além dos benefícios da leniência total no que diz respeito à segunda infração reportada, na medida de sua cooperação com as investigações.

Os benefícios na esfera administrativa serão efetivamente concedidos com a declaração de cumprimento do acordo de leniência pelo Tribunal do CADE, quando do julgamento do Processo Administrativo (art. 86, §4º, I e II da Lei 12.529/2011). A declaração de cumprimento do acordo de leniência pelo Tribunal do CADE não precisa ser homologada em juízo.

⁵¹ Lei 12.529/2011, art. 86: (...)

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

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

Na esfera criminal, por sua vez, a celebração de acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao signatário do acordo de leniência no que tange aos crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei 8.137/1990), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993) e no artigo 288 do Código Penal (associação criminosa). Trata-se, portanto, de rol exemplificativo de crimes diretamente relacionados à prática de cartel. A extinção da punibilidade, por sua vez, ocorre automaticamente quando o Acordo de Leniência é declarado cumprido.

A esse respeito, cumpre também destacar que a Lei 8.137/90⁵², que tipifica, dentre outros, o crime de cartel, prevê a possibilidade de redução de um a dois terços da pena criminal, caso o co-autor ou partícipe reporte a infração à autoridade policial ou judicial (chamada de “confissão espontânea”). Nos termos do art. 87 da Lei 12.529/11, o acordo de leniência já conduz à extinção da punibilidade em matéria penal, independente de sua modalidade (*i.e.*, leniência total, leniência parcial ou leniência *plus*), absorvendo portanto o benefício da confissão espontânea, que é de redução da pena; apenas existirá diferença entre os diversos tipos de leniência em relação às penalidades administrativas a serem impostas pelo CADE, em que a leniência total contempla imunidade, enquanto a parcial uma redução na sanção administrativa e a *plus* imunidade na nova infração e redução na sanção da infração já sendo investigada.

Em relação à esfera civil, a legislação concorrencial brasileira não exige os signatários de um acordo de leniência de responder por danos concorrenciais em eventual ação civil pública ou ação privada de ressarcimento de danos movida em face do próprio signatário e demais coautores.

⁵² A Lei 8.137/1990 define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

Sobre o tema, o Projeto de Lei do Senado 283/2016⁵³, e seu sucessor na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei da Câmara 11.275/2018⁵⁴, tenta, embora ainda em discussão, estabelecer a restituição em dobro dos prejuízos causados – exceto pelos signatários de acordos de leniência e compromissários de TCCs com o CADE e desde que apresentem documentos que permitam estimar os danos decorrentes da infração. Segundo a justificção do Senador Aécio Neves⁵⁵, a criação de tal sanção estimulará o ajuizamento de ações privadas, além de possuir caráter de dissuasão à prática de cartel.

⁵³ Projeto de lei de autoria do Senador Aécio Neves (PSDB/MG), aprovado em Comissão em decisão terminativa e direcionado à Câmara dos Deputados. **O Projeto de Lei** altera a Lei nº 12.529/2011, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determinar a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; tornar a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, além de excluir a responsabilidade solidária dos beneficiários dos acordos de leniência ou Termos de Compromisso de Cessação.

⁵⁴ Projeto de lei de autoria do Senador Aécio Neves (PSDB/MG), inicialmente Projeto de Lei do Senado 283/2016 aprovado em Comissão em decisão terminativa, conforme citado acima. Até o fechamento desta obra, o Projeto de lei aguardava deliberação na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços (CDEICS) e passou a ser referido como Projeto de Lei n.º 11.275/2018.

⁵⁵ BRASIL. Projeto de lei ____ 2016. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=568008&ts=1548956354321&disposition=inline>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

2.3.5. *Condições e as obrigações para a celebração do acordo de leniência concorrencial*

Em contrapartida aos benefícios associados à celebração do acordo de leniência concorrencial, os proponentes do acordo deverão colaborar efetivamente com as autoridades na apresentação de documentos e informações que permitam a identificação dos demais envolvidos na conduta ilícita e a comprovação da conduta denunciada.

Além da colaboração efetiva ao longo de todo o Processo Administrativo, a Lei 12.529/2011 exige que alguns outros requisitos sejam preenchidos de forma cumulativa para que o acordo de leniência possa ser celebrado: (i) o proponente do acordo deverá ser o primeiro a se apresentar ao CADE em relação à conduta denunciada; (ii) o proponente deverá ter cessado completamente seu envolvimento na infração quando da apresentação da proposta de acordo ao CADE; (iii) a SG/CADE não deve dispor de provas suficientes para assegurar uma eventual condenação dos investigados (pessoas físicas ou jurídicas); e (iv) o proponente deverá confessar sua participação no ilícito.

2.3.6. *Termo de Compromisso de Cessação*

No caso da legislação antitruste, além do acordo de leniência, é possível que o CADE celebre acordos com os infratores que manifestem interesse em colaborar com a investigação conduzida pelo CADE. Ou seja, é possível celebrar acordo com *latecommers*, –seja porque uma leniência já foi firmada ou porque o Processo Administrativo já foi instaurado pelo CADE (sem acordo), não havendo interesse do CADE em firmar uma leniência parcial. Trata-se do Termo de Compromisso de Cessação (TCC), que consiste em uma outra modalidade de acordo que pode ser celebrado entre o CADE e as pessoas jurídicas e pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica, com aqueles que já não tenham mais a oportunidade de firmar acordo de leniência.

Os investigados em procedimentos preparatórios de inquérito administrativo, inquéritos administrativos e processos administrativos em trâmite perante o CADE são legitimados a celebrar TCC. A efetivação do acordo está sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade da autoridade concorrencial. O TCC poderá ser celebrado tanto perante a SG/CADE, momento em que é necessário apresentar evidências ou elementos adicionais que suportem a investigação do CADE, quanto em momento posterior perante o Conselheiro Relator do Tribunal Administrativo, quando então é admitido

um TCC meramente confirmatório, sem necessidade de apresentar novos elementos de prova. Os benefícios (descontos referentes à multa estimada) serão sempre maiores quando o TCC for celebrado perante a SG/CADE, e os proponentes anteriores devem ter mais benefícios que os seguintes.

Diferentemente do acordo de leniência (que concede isenção completa da multa administrativa quando celebrado antes de qualquer conhecimento da infração pela autoridade), o TCC não concede isenção completa da pena pecuniária ao signatário em caso de conduta anticompetitiva. O compromissário de TCC deve reconhecer sua participação na conduta investigada, comprometer-se a cessar a prática, colaborar com a instrução processual e recolher contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos, em troca do arquivamento do processo em âmbito administrativo e do desconto que é aplicado em relação ao valor da multa que seria aplicada em caso de condenação.

O valor da contribuição pecuniária é estabelecido com base no valor da multa esperada, sobre o qual incide uma redução percentual, que é estabelecida conforme a amplitude e utilidade da colaboração com a instrução processual e o momento da propositura do acordo. As reduções da multa podem variar (i) entre 30% e 50% para o primeiro proponente de TCC; (ii) entre 25% e 40% para o segundo proponente de TCC; ou (iii) até 25% para as partes que apresentarem proposta depois. Para propostas de acordo submetidas depois que a SG/CADE concluiu a instrução processual, quando os autos já foram remetidos ao Tribunal do CADE, a redução que incide sobre o valor da multa não deve ultrapassar 15%.

Importante destacar, ainda, a possibilidade de se conjugar os descontos decorrentes de TCC e de leniência *plus*. Segundo o art. 250, §3º do RICADE, tendo em vista que a negociação do TCC prevê faixas de descontos⁵⁶, a aplicação subsequente da redução de um terço da penalidade aplicável na investigação no caso de leniência *plus* com o TCC pode resultar nos seguintes parâmetros totais de desconto sobre a multa esperada: (i) caso seja o primeiro proponente de TCC com leniência *plus*, desconto de 53,33% a 66,67%; (ii) caso seja o segundo proponente de TCC com leniência *plus*, de 50% a 60%; e (iii) para os demais proponentes de TCC com leniência *plus*, até 50% de desconto.

⁵⁶ CADE. Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-Atualizado-11-09-17>. Acesso em: 18 fev. 2019. p. 40.

Conforme estabelecido pelo *caput* do artigo 85 da Lei 12.529/2011, o CADE também poderá celebrar TCC com investigados por condutas outras que não cartel. Nesses casos – de condutas unilaterais –, o reconhecimento de culpa e o recolhimento de contribuição pecuniária não são obrigatórios para a efetivação do acordo, como ocorre em casos de cartel cartel, mas podem ser exigidos.

Tendo em vista a ausência de previsão legal quanto à imunidade ou redução da penalidade penal, importante destacar que, de acordo com o Memorando de Entendimentos entre o CADE e o Grupo de Combate a Cartéis do Ministério Público Federal em São Paulo (“MPF/SP”)⁵⁷, os investigados que negociarem TCC com o CADE, poderão negociar paralelamente com o MPF/SP o Acordo de Colaboração Premiada (artigo 4º da Lei 12.850/2013) e a Confissão Qualificada pela Delação (artigo 16 da Lei 8.137/90). O mesmo ocorrerá quando as partes contatarem primeiro o MPF/SP, que poderá coordenar a apresentação de uma negociação de TCC junto ao CADE.

No mesmo sentido, o CADE tem firmado acordos de cooperação técnica e operacional com diversos tribunais de contas e ministérios públicos estaduais⁵⁸, com o objetivo de trocar informações e provas obtidas em investigações feitas por estes entes, além de desenvolver e aprimorar os procedimentos empregados em tais apurações⁵⁹.

⁵⁷ Memorando De Entendimento nº 1/2016, relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica, entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Grupo De Combate A Cartéis Da Procuradoria Da República em São Paulo (MPF/SP). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf>. Acesso em: 17 jul./2018.

⁵⁸ Estão vigentes acordos de cooperação com os ministérios públicos do Espírito Santo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Territórios, Minas Gerais, São Paulo, Goiás, Acre, Rondônia, Pará e Mato Grosso do Sul. Notícia publicada no site do CADE em 14/03/2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-ministerio-publico-do-espírito-santo-firmam-acordo-de-cooperacao-tecnica>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁵⁹ No que tange ao compartilhamento com outras autoridades de documentos provenientes de investigações pelo CADE (i.e., oriundos de Acordo de Leniência, TCC e busca e apreensão), é importante destacar que foi realizada a Consulta Pública nº 05/2016 do CADE, para proposta de Resolução, que busca esclarecer o momento e os tipos de documentos que serão disponibilizados para que terceiros afetados possam ajuizar Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC). Os

2.4. Acordo Administrativo em Processo de Supervisão

No âmbito do BCB e da CVM, a MP 784/2017⁶⁰ instituiu a possibilidade de celebração de acordos de leniência.⁶¹ A MP 784/2017 teve sua vigência encerrada em 19 de outubro de 2017, mas suas principais disposições foram transpostas para a Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017 (“Lei 13.506/2017”)⁶². No âmbito do BCB, a Lei 13.506/2017 foi regulamentada pela Circular 3.857, de 14 de novembro de 2017 (“Circular 3.857/2017”), posteriormente atualizada pela Circular 3.910, de 17 de agosto de 2018 (“Circular 3.910/2018”), e também pela Portaria 99.323, de 17 de agosto de 2018 (Portaria 99.323/2018).

No âmbito da CVM, a regulamentação da matéria foi submetida a audiência pública em meados de 2018 (Edital de Audiência Pública SDM 02/18). Após recebimento de comentários, a CVM editou a Instrução CVM 607/19 (“Instrução”), que dispõe sobre apuração de infrações administrativas, ritos dos processos administrativos sancionadores (PAS), aplicação de penalidades, termos de compromisso e acordo administrativo em processos de supervisão. A norma, que entrou em vigor em 1º de setembro de 2019, regulamenta no âmbito da CVM as regras trazidas pela Lei 13.506/17.

aspectos cíveis das ACRDC, como a prescrição e a extensão da responsabilidade civil do signatário do Acordo de Leniência e compromissários de TCCs nas ACRDC estão disciplinados em um Projeto de Lei do Senado de nº 283, de 2016, ainda em tramitação.

⁶⁰ Durante a sua vigência, a MP 784/2017 teve sua constitucionalidade contestada perante o Supremo Tribunal Federal. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.738/DF, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro pouco depois da edição da MP 784/2017. A ADI foi distribuída ao Ministro Dias Toffoli, que não proferiu qualquer decisão no caso. Dentre os argumentos para a suposta inconstitucionalidade da MP, havia (i) argumentos de natureza formal, porque (a) não haveria na hipótese relevância e urgência suficientes para justificar a edição de uma medida provisória e (b) os dispositivos da MP poderiam ser classificados como de direito processual e de direito penal, matérias que não podem ser tratadas por medidas provisórias, e (ii) argumentos de natureza material, uma vez que o sigilo dos acordos violaria os princípios constitucionais de publicidade e moralidade. Com o fim da vigência da MP 784/2017, o Supremo Tribunal Federal deverá extinguir a ação que discute a sua constitucionalidade por perda de objeto.

⁶¹ Ver artigos 30 a 33 da MP 784/2017. Esses artigos são aplicáveis à CVM por força do artigo 35 da referida MP.

⁶² Ver artigos 30 a 32 da Lei 13.506/2017. Esses artigos são aplicáveis à CVM por força do artigo 34 da referida Lei.

A Lei 13.506/2017 trouxe algumas diferenças em relação às disposições da MP 784/2017, dentre as quais o próprio nome dado ao instituto (que passa a ser chamado de *acordo administrativo em processo de supervisão*). As principais alterações⁶³ dizem respeito à: (i) interação com outros órgãos de controle, afirmando expressamente que o Ministério Público e demais órgãos públicos não terão suas atuações afetadas pelo acordo, no âmbito de suas competências; (ii) coordenação do processo de negociação do acordo administrativo com o Ministério Público, que obriga BCB/CVM que o notifiquem o órgão quanto ao recebimento de uma proposta de acordo administrativo; e (iii) possibilidade de manutenção dos acordos celebrados sob sigilo⁶⁴.

No âmbito da referida Lei, o programa de leniência (chamado acordo administrativo em processo de supervisão) permite ao BCB e à CVM celebrar acordos sobre infrações legais ou regulamentares a que tais entes tenham por incumbência fiscalizar. Na respectiva legislação, há um rol extenso de infrações que podem ser objeto do acordo administrativo em processo de supervisão⁶⁵, razão pela qual, para o presente trabalho, serão consideradas apenas aquelas que têm alguma relação com os demais institutos de leniência ora abordados.

Se celebrados e cumpridos, tais acordos garantem ao signatário benefícios que vão da redução de 1/3 da penalidade aplicável à extinção da ação punitiva em relação aos ilícitos cobertos pelo acordo. É importante destacar a regulamentação do procedimento aplicável aos acordos administrativos em processo de supervisão, inovação trazida pela Lei 13.506/17. O acordo pode extinguir a punibilidade, caso os fatos trazidos não sejam de conhecimento da CVM, ou reduzir a pena de 2/3 a 1/3 caso a investigação esteja em curso. O procedimento tramitará perante um Comitê de Acordo de Supervisão, cujo funcionamento e composição serão disciplinados por portaria. A proposta de acordo de supervisão pode ser apresentada até o início do julgamento do processo e permanecerá em sigilo até que o acordo seja celebrado.⁶⁶

⁶³ Lei 13.506/2017, arts. 30, §6º e 31, §2º.

⁶⁴ Essa previsão foi limitada no texto da Lei, quando comparada à redação existente na MP. Para um comparativo entre a MP e a Lei 13.506/2017, vide Anexo 1.

⁶⁵ Lei 13.506/2017, art. 3ª, sendo aplicável à CVM por força do art. 34 da referida Lei.

⁶⁶ O inteiro teor da Instrução CVM 607 se encontra disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst607.html>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

2.4.1. Infrações que podem ser objeto do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão

Inicialmente, é importante destacar que há uma antiga tensão institucional entre o BCB e o CADE pela competência para atuar em questões relacionadas ao setor financeiro.

No âmbito infralegal, as autoridades têm envidado esforços para melhor coordenar as competências no setor. Em 28 de fevereiro de 2018, o tema foi objeto de Memorando de Entendimentos celebrado entre CADE e BCB com o objetivo de melhor coordenar as competências das duas autoridades na análise de atos de concentração e na apuração de infrações à ordem econômica envolvendo instituições supervisionadas pelo BCB.⁶⁷

Em 5 de dezembro de 2018, CADE e BCB aprovaram o Ato Normativo Conjunto 1, que, *inter alia*, dispõe sobre o controle de condutas de instituições sujeitas à supervisão ou vigilância do BCB nas infrações à ordem econômica.

Por determinação do referido normativo, o CADE notificará o BCB sobre (i) a instauração do respectivo processo administrativo pela SG/CADE, com a indicação da infração imputada, e (ii) a remessa dos autos pela Superintendência Geral ao Presidente do Tribunal do CADE para julgamento (art. 5º).

Por seu lado, diante da ciência da possível aplicação de sanções, o BCB poderá se manifestar sobre a possibilidade de materialização de riscos relevantes e iminentes à solidez e à estabilidade do Sistema Financeiro Nacional, assim entendidos os que (i) envolvam risco à solidez de instituição financeira ou de segmento do Sistema Financeiro Nacional; (ii) comprometam a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional e a prevenção de crise sistêmica; (iii) prejudiquem a efetividade de regime de resolução aplicado em instituição financeira; (iv) prejudiquem a efetividade de medidas necessárias para mitigar a necessidade de aplicação de regime de resolução; e (v) prejudiquem a efetividade de medidas necessárias para reverter trajetória de perda de solidez de instituição financeira ou de segmento

⁶⁷ CADE e BCB. Memorando de Entendimentos entre CADE e Banco Central relativo aos procedimentos de cooperação na análise de atos de concentração econômica no sistema Financeiro Nacional. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/memorando_cade_bc.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

do Sistema Financeiro Nacional, com modelo de negócio identificado como inconsistente, vulnerável ou inviável (art. 5º, §1º c/c art. 6º).

No âmbito legislativo, o tema é objeto do Projeto de Lei do Senado 350/2015⁶⁸ e Projeto de Lei da Câmara 499/2018⁶⁹, que também visa harmonizar as competências do CADE e do BCB na investigação de infrações concorrenciais. Após um substitutivo apresentado pela Comissão de Assuntos Econômicos, o Projeto de Lei foi aprovado pelo Senado Federal em 18 de abril de 2018. Atualmente, o Projeto de Lei aguarda deliberação na Câmara dos Deputados.

Apesar do cenário de relativa indefinição, consideramos aqui a possibilidade de investigação, punição e celebração de acordo por ambas as instituições, além da CVM, para os casos de infração concorrencial realizada em mercado de valores mobiliários.

Nesse contexto, destacam-se as seguintes infrações como sendo passíveis de acordo administrativo em processo de supervisão: (i) realizar operações em desacordo com princípios previstos em normas legais e regulamentares que regem a atividade do BCB ou da CVM; (ii) opor embaraço à fiscalização do BCB ou da CVM; (iii) deixar de adotar controles internos destinados a conservar o sigilo previsto legalmente; (iv) negociar títulos, instrumentos financeiros e outros ativos, ou realizar operações de crédito ou de arrendamento mercantil, em preços destoantes dos praticados pelo mercado; e (v) praticar infrações graves de forma a contribuir para gerar indisciplina no mercado financeiro ou para afetar a estabilidade ou o funcionamento regular do Sistema Financeiro Nacional.

2.4.2. Legitimados a celebrar o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão

Os acordos de leniência nesse âmbito podem ser celebrados por pessoas físicas e jurídicas, tanto com o BCB quanto com a CVM. No caso

⁶⁸ Projeto de lei de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG), aprovado pelo Plenário e direcionado à Câmara dos Deputados. **O Projeto de Lei** altera a Lei nº 4.595/1964, e a Lei nº 12.529/2011, para definir, como competência do CADE a defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional, e, ao mesmo tempo, permitir que o Bacen intervenha para decidir acerca de casos que acarretem algum risco sistêmico ao Sistema Financeiro Nacional.

⁶⁹ Projeto de lei de autoria do do Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG), aprovado pelo Plenário do Senado (Projeto de Lei do Senado 350/2015) e direcionado à Câmara dos Deputados, conforme citado acima. O Projeto de Lei foi apensado ao PLP 265/2007 e, até o fechamento desta obra, estava sujeito à apreciação do Plenário.

do BCB, a decisão sobre a assinatura do acordo é tomada por órgão colegiado previsto em seu regimento interno. De acordo com o artigo 39 da Lei 13.506/2017, BCB e CVM “*deverão coordenar suas atividades para assegurar o cumprimento de suas atribuições com a maior eficiência e o menor custo para os regulados*”.

Repetindo os termos da MP 784/2017, a Lei 13.506/2017 estabelece que pessoa jurídica apenas pode celebrar o acordo se for a primeira a se qualificar em relação à infração noticiada ou sob investigação⁷⁰. Esse requisito foi excepcionado para as pessoas físicas⁷¹.

Apesar dessa previsão, os acordos administrativos previstos na Lei 13.506/2017 não se limitam ao primeiro agente a manifestar interesse em sua celebração, embora haja maiores vantagens para esse agente⁷², tendo em vista

⁷⁰ Lei 13.506/2017, art. 30, §2º, I.

⁷¹ Lei 13.506/2017, art. 30, §3º.

⁷² A extensão da leniência para outros agentes além do primeiro a manifestar interesse em sua celebração foi criticada pelo Ministério Público Federal, sob o argumento de que isso desvirtuaria os incentivos para a rápida celebração do acordo. Conforme disposto na Nota Técnica n. 4/2017 – 5ª CCR/MPF, que comenta o texto da MP 784, cujas disposições quanto ao assunto foram replicadas na Lei 13.506/2017. Vide <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Nota_Tecnica_4_2017_Analisa_MP_784.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.: *Não obstante os acertos, previu possibilidade de benefício específico a outras instituições envolvidas nas práticas objeto de acordo de leniência, que não conseguiram se qualificar em primeiro lugar, o que alarga o instituto, desvirtuando sua finalidade, a qual é, do ponto de vista estatal, obter, com celeridade e maior certeza, informações e provas de ilícitos, e não recuperação patrimonial ou atenuação de penas a arrependidos. O objetivo da leniência não é tão somente trazer benefícios ao infrator arrependido. Trata-se de técnica especial de investigação, que visa permitir que o Estado se valha da colaboração ativa e voluntária de infrator, que, antes de iniciada uma investigação ou, ainda que iniciada, mas em seu curso, traga relevantes e inéditas informações sobre práticas delitivas, autoria e materialidade, além de indicação de meios probatórios, pois por vezes o desbaratamento de tais ilícitos é tarefa complexa, que envolve atuação ilícita coordenada e organizada, com liame de confiança e sigilo entre os infratores. Ou seja, o instrumento de consensualidade é algo mais que confissão e, por isto, pode ensejar significativas mitigações das penas ou, em casos isolados, sua remissão total. Nesta medida, é também um meio de defesa; mas, ainda assim, trata-se de algo a ser permitido ao infrator, em juízo de proporcionalidade, que leve em conta sua cooperação com o Estado no curso de investigações e para o maior proveito em relação às sanções que lhe podem ser infligidas, em várias vertentes (criminal, civil, administrativa, de improbidade etc).*

que se não for o primeiro, o infrator que celebrar acordo de leniência recebe apenas 1/3 de redução da penalidade. De forma complementar, há a possibilidade de celebração de Termo de Compromisso⁷³ por parte do investigado, que não importa em confissão quanto à matéria de fato, nem quanto à ilicitude da conduta analisada, obrigação mais branda que a do acordo administrativo em processo de supervisão, posição bastante criticada pelo MPF⁷⁴.

2.4.3. Participação de outras autoridades na negociação e celebração do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão

A ausência de participação do Ministério Público foi alvo de ataques por membros do MPF, que fez críticas públicas à MP 784/2017⁷⁵. Em nota⁷⁶, representantes do MPF filiaram-se à tese de inconstitucionalidade da medida e, especialmente sobre a ausência de participação do MPF. Destacaram que a Medida Provisória afrontaria atribuições constitucionais e legais do Ministério Público, na medida em que (i) seus dispositivos poderiam ser interpretados de forma a se entender que o acordo de leniência traria também benefícios criminais e (ii) o sigilo garantido pela leniência poderia causar prejuízos à efetividade das investigações criminais.

Esse cenário foi alterado sensivelmente com a edição da Lei 13.506/2017, na qual foi inserido um artigo afirmando expressamente que a celebração do acordo na esfera administrativa “*não afeta a atuação do Ministério Público e dos demais órgãos públicos no âmbito de suas correspondentes competências*”⁷⁷. Além disso, foram inseridos artigos⁷⁸ para garantir que BCB e CVM deverão notificar o MP quando do recebimento de propostas de acordo, bem como deverão prestar informações sobre os acordos sempre que solicitado pelo MP.

⁷³ O Termo de Compromisso, previsto no art. 11 e seguintes da Lei 13.506/2017, poderá ser celebrado pelo investigado em qualquer momento até a tomada de decisão em primeira instância, e tem por efeito que o Banco Central suspenda (ou deixe de instaurar) processo administrativo relacionado à infração objeto do acordo.

⁷⁴ De acordo com a Nota Técnica n. 4/2017 – 5ª CCR/MPF mencionada.

⁷⁵ Conforme Nota Técnica n. 4/2017 – 5ª CCR/MPF mencionada acima.

⁷⁶ Vide <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-publico-federal-atacam-que-possibilita-acordo-de-leniencia-para-bancos,70001880096> e <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-vai-ao-congresso-discutir-medida-provisoria-que-institui-acordo-de-leniencia-no-sistema-financeiro-1> (Acesso em: 23 set. 2017).

⁷⁷ Lei 13.506/2017, art. 30, §6º.

⁷⁸ Lei 13.506/2017, art. 31, §§2º e 3º.

Assim, apesar de manter a competência para celebração dos acordos apenas ao BCB e à CVM, sem a participação de outras autoridades, a legislação deixou clara a competência concorrente do MP e de outros órgãos públicos.

2.4.4. Benefícios decorrentes da celebração do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão

A celebração e cumprimento do acordo de leniência garante ao signatário (i) a extinção da ação punitiva de natureza administrativa para a primeira pessoa jurídica a celebrar o acordo⁷⁹ ou (ii) a redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável em casos de acordos firmados por pessoas jurídicas que não sejam as primeiras a manifestar interesse na celebração do acordo.⁸⁰

Especificamente em relação às pessoas físicas, o requisito de ser o primeiro a se manifestar também é excetuado. Nesse tópico, a lei não limitou os benefícios à redução de 1/3 das multas aplicáveis, como fez com as pessoas jurídicas.

A lei⁸¹ determina ainda que, ao julgar o cumprimento do acordo de leniência, BCB e CVM deverão avaliar: (i) o atendimento às condições estipuladas no acordo, (ii) a efetividade da colaboração prestada e (iii) a boa-fé do infrator quanto ao cumprimento do acordo.

⁷⁹ Ainda na vigência da MP 784/2017, representantes do Ministério Público Federal levantaram preocupações de que a redação do artigo 30 fosse interpretada de forma a alcançar também benefícios criminais. De acordo com a referida nota: *“Mais grave ainda é a falta de clareza quanto às repercussões dos instrumentos de consensualidade da MP 784/2017 (termo de compromisso e acordo de leniência) no âmbito criminal, especialmente diante da redação do art. 30, que prevê a extinção punitiva ou redução de um a dois terços da penalidade aplicável às infrações às normas legais e regulamentares cujo cumprimento caiba ao BACEN e CVM fiscalizar. Ora, não se pode olvidar que estes órgãos têm também poderes de investigação, em sua esfera de atribuições, de fatos com repercussão criminal (notadamente os da Lei nº 7.492/86), e que a dubiedade que se extrai do texto da MP pode levar à interpretação equivocada de que a celebração de tais instrumentos de resolução negociada ou consensual teriam efeitos sobre a persecução de crimes, o que viola o monopólio da legitimidade para a ação pública, que é do Ministério Público.”* (p. 13-14 da Nota Técnica 4/2017) Como mencionado acima, a Lei 13.506/2017 deixou claro que a assinatura do acordo na esfera administrativa *“não afeta a atuação do Ministério Público e dos demais órgãos públicos no âmbito de suas correspondentes competências”* (art. 30, §6º).

⁸⁰ Lei 13.506/2017, art. 30, §4º.

⁸¹ Lei 13.506/2017, art. 32, I, II e III.

2.4.5. *Condições e obrigações para a celebração do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão*

A celebração do acordo de leniência depende de “*efetiva, plena e permanente cooperação para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo*”. Em especial, o signatário deverá (i) identificar os demais envolvidos na prática da infração, quando couber e (ii) conceder informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Além desses, a celebração do acordo tem por requisitos: (i) a cessação completa da infração a partir da data da propositura do acordo; (ii) que BCB e CVM não disponham de elementos suficientes para a condenação dos indicados, quando da propositura do acordo; (iii) a confissão da participação no ilícito; e (iv) a cooperação plena e permanente com as investigações e com o processo administrativo, e o comparecimento, às próprias expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até o seu encerramento.

2.4.6. *Termo de Compromisso*

Além do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, a Lei 13.506/2017 prevê a figura do Termo de Compromisso, instrumento alternativo de solução ao processo administrativo, por meio do qual a instituição financeira ou ente regulado pelo Banco Central se compromete a cessar a prática de determinados atos ou seus efeitos lesivos, a corrigir as irregularidades, a indenizar prejuízos e a recolher contribuição pecuniária. O tema é regido pelos artigos 11 e seguintes da Lei 13.506/2017 e pela Circular 3.587/2018 do BCB.

A proposta de Termo de Compromisso pode ser apresentada até a tomada da decisão de primeira instância pelo BCB. Por determinação legal, o Termo de Compromisso poderia versar sobre qualquer infração legal ou regulamentar sob a fiscalização do BCB (art. 11), mas a abrangência do instituto foi limitada pelo BCB. Nos termos da Circular 3.587/2018, não podem ser objeto de Termo de Compromisso infrações: (i) graves, na forma estabelecida pelo art. 14 da Circular 3.858, de 14 de novembro de 2017⁸²

⁸² Art. 14. Constituem infrações graves aquelas infrações que produzam ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos: I - contribuir para o desvirtuamento das finalidades dos instrumentos e das operações utilizados no âmbito das atividades sujeitas à fiscalização do Banco Central do Brasil; II - acarretar dano à imagem da instituição ou do segmento em que atua; III - contribuir para gerar indisciplina no mercado financeiro ou para afetar a estabilidade ou o regular funcionamento

e (ii) relacionadas ao registro e censo de capitais estrangeiros no país e à declaração de capitais brasileiros no exterior.

No âmbito da CVM, de acordo com a Instrução CVM 607, de 17 de junho de 2019, artigo 82, o interessado na celebração de termo de compromisso poderá apresentar proposta escrita à CVM, na qual se comprometa a (i) cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos, se for o caso; e (ii) corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos; e será admitida a apresentação de proposta de celebração de termo de compromisso ainda antes ou na fase de apuração preliminar dos fatos que, neste caso, deverá ser encaminhada à superintendência responsável pela apuração.

do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro; IV - afetar severamente a continuidade das atividades ou das operações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro; e V - contribuir para estimular conduta irregular no segmento. Parágrafo único. Também constituem infrações graves aquelas infrações cometidas mediante fraude ou simulação.

3

A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE

O presente capítulo busca trazer um panorama sobre a experiência internacional em programas de leniência antitruste, contrapondo tal experiência ao caso brasileiro. Para tanto, toma como referência os programas de leniência concorrencial dos Estados Unidos e da União Europeia. Tais programas e o arcabouço normativo em que se inserem são descritos e analisados abaixo e, em seguida, comparados ao programa de leniência concorrencial implementado pelo CADE. A concentração apenas na leniência antitruste se deve ao fato de ter sido tema em que a experiência brasileira é mais antiga com o instrumento, a permitir comparações interessantes com outras jurisdições.

3.1. O programa de leniência concorrencial dos Estados Unidos

3.1.1. *Autoridade competente*

O programa de leniência norte-americano se aplica apenas às violações criminais dispostas na Seção 1 do *Sherman Act*, notadamente, acordos entre concorrentes para: fixação de preços, em sede de licitações (fraude em licitação) e alocação de mercado ou de consumidores. Isto é, a leniência se aplica aos casos de cartel.

Diante desse recorte temático, convém ressaltar que, nos Estados Unidos, o *enforcement* da legislação antitruste na esfera federal cabe ao Departamento de Concorrência do *Federal Trade Commission* (“FTC”) e à Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano (*Department of Justice* - “DOJ”), autoridades cujas competências não estão divididas de maneira expressa⁸³. Não obstante, no que tange aos ilícitos antitruste que

⁸³ Em alguns aspectos, essas autoridades possuem competências concorrentes, mas, na prática, elas se complementam, haja vista que, ao longo dos anos, cada uma das autoridades desenvolveu expertise em mercados e indústrias específicos. O

também configuram ilícitos penais, a competência é reservada à Divisão Antitruste do DOJ. Assim, o FTC deve encaminhar quaisquer evidências de ilícitos desse tipo para o referido órgão⁸⁴, ao qual caberá processar criminalmente tais práticas e recomendar ao Judiciário a aplicação das sanções criminais correspondentes.

Tendo em vista a classificação de cartéis como ilícitos penais, bem como a competência do DOJ para tratar da matéria, é apenas lógico que o programa de leniência norte-americano seja administrado pela Divisão Antitruste do DOJ, sendo esta a autoridade competente para negociar e celebrar esses acordos.

3.1.2. Tipos de Acordo de Leniência e Requisitos para sua Celebração

Nos Estados Unidos, a negociação e celebração de acordo de leniência podem se dar com empresas ou pessoas físicas. No primeiro caso, isso ocorre por meio da leniência corporativa (*Corporate Leniency Policy*), a qual possibilita que, quando uma empresa propõe um acordo de leniência, todos os seus atuais diretores, funcionários e empregados que admitirem o envolvimento próprio na conduta e atenderem aos requisitos do programa podem, igualmente, aderir ao acordo⁸⁵, o qual, uma vez cumprido, confere imunidade penal a seus signatários.

FTC dedica a maioria de seus recursos para setores da economia cujos gastos dos consumidores são mais elevados, como serviços de saúde, produtos farmacêuticos, energia e algumas indústrias de tecnologia e Internet. Já o DOJ possui jurisdição antitruste exclusiva nos mercados de telecomunicações, bancos, ferrovias, e linhas aéreas. De toda forma, na ausência de divisão expressa de competências, na prática, as agências consultam uma a outra antes de abrir uma investigação, com vistas a evitar que esforços e recursos sejam despendidos em duplicidade. Federal Trade Commission, *The Enforcers*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Quanto à possibilidade de adesão, interessa destacar o esclarecido por Varney e Tazekan: “*The company must make its best effort to secure the cooperation of current employees, but failure to secure that cooperation will not necessarily disqualify it from consideration for leniency. The Antitrust Division will consider the number and significance of the individuals who do not cooperate in deciding whether the company has actually confessed its wrongdoing and whether the Division is receiving the full benefit of the leniency agreement. If the Division ultimately grant leniency to the corporation, however, employees who have declined to cooperate are not covered by the leniency grant and are subject to indictment*”. (VARNEY, Christine

O programa de leniência corporativo é dividido em duas espécies: leniência Tipo A e Tipo B. A empresa pode aplicar para a Leniência Tipo A quando, no momento em que reporta a conduta, a Divisão Antitruste ainda não tiver recebido nenhuma informação sobre o ilícito por meio de outras fontes. Para a celebração do acordo, nesse caso, os seguintes requisitos devem ser preenchidos: (i) a empresa requerente tomar medidas rápidas e efetivas para encerrar sua participação, ao descobrir a conduta⁸⁶; (ii) a empresa relatar a integralidade da conduta e cooperar com a Divisão Antitruste de forma integral e contínua ao longo da investigação; (iii) a empresa confessar o ilícito de forma que seja um ato empresarial e não confissões isoladas de executivos ou funcionários; (iv) a empresa, quando possível, restituir as partes prejudicadas⁸⁷; e (v) a empresa não ter coagido ninguém a participar da conduta e nem ter sido líder/percursor dela⁸⁸.

Se a Divisão Antitruste já tiver conhecimento do ilícito, independentemente de já ter iniciado sua investigação ou não, ainda é possível celebrar

A.; TERZAKEN, John F. United States. In: VARNEY, Christine (Ed.). *The cartels and leniency review*. Londres: Law a Business Research Ltd, 379-418, 2014. p. 395.)

⁸⁶ Quanto a esse critério, o DOJ esclarece o seguinte: “*The Division, however, generally considers the corporation to have discovered the illegal activity at the earliest date on which either the board of directors or counsel for the corporation (either inside or outside) was first informed of the conduct at issue. Thus, the fact that top executives, individual board members, or owners participated in the conspiracy does not necessarily bar the corporation from eligibility for leniency. The purpose of this interpretation is to ensure that as soon as the authoritative representatives of the company for legal matters—the board or counsel representing the corporation—are advised of the illegal activity, they take action to cease that activity*”. (DEPARTMENT OF JUSTICE. *Frequently Asked Questions About The Antitrust Division’s Leniency Program And Model Leniency Letters*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>>. Acesso em: 30 jan. 2018.)

⁸⁷ “*Restitution is excused only where, as a practical matter, it is not possible. (...) Thus, the applicant must demonstrate to the Division that it has satisfied its obligation to pay restitution before it will be granted final leniency.*” (Ibidem).

⁸⁸ “*Applicants are disqualified from obtaining leniency on this ground only if they were clearly the single organizer or single ringleader of a conspiracy. (...) Exclusion under the condition is rare and wherever possible, the Division has construed or interpreted its program in favor of accepting an applicant into the Leniency Program in order to provide the maximum amount of incentives and opportunities for companies to come forward and report their illegal activity.*” In *Frequently Asked Questions About The Antitrust Division’s Leniency Program And Model Leniency Letters*.” (Ibidem).

a Leniência Tipo B com a autoridade, contanto que, além de preencher os primeiros quatro requisitos acima, (i) seja a primeira a se qualificar à leniência relacionada ao ilícito que está sendo reportado; (ii) a Divisão Antitruste ainda não tenha nenhuma evidência substancial contra a empresa capaz de resultar em uma condenação fundamentada; e (iii) a Divisão Antitruste determine que a concessão da leniência não será injusta para com outros, considerando a natureza da atividade ilícita, o papel da confissão do requerente, e o momento no qual a leniência foi solicitada⁸⁹.

Destaca-se que, embora esses tipos de leniência impliquem em diferenças quanto ao grau de conhecimento da autoridade sobre a infração antes da propositura do acordo de leniência, ambos os tipos de acordo conferem o mesmo benefício para o signatário⁹⁰, qual seja, a proteção contra eventual condenação e aplicação das sanções penais correspondentes. Além disso, para ambas as espécies, apenas um agente participante de determinada conduta pode obter os benefícios. Isto é, o programa de leniência norte-americano

⁸⁹ DEPARTMENT OF JUSTICE. *Frequently Asked Questions About The Antitrust Division's Leniency Program And Model Leniency Letters*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

⁹⁰ Embora o próprio Departamento de Justiça norte-americano não mencione no documento 'Frequently Asked Questions About The Antitrust Division's Leniency Program And Model Leniency Letters' as diferenças nos benefícios conferidos na Leniência Tipo A e na Tipo B, Varney e Tarzaken sustentam o seguinte: "The Corporate Leniency Policy includes two types of leniency: Type A and Type B leniency. Type A leniency is available only when the Division has not received information about the activity being reported from any other source. Type B leniency, whose benefits are not as great, is available even after the Division has commenced an investigation" (grifo nosso). Não obstante, esses autores não deixam claro quais seriam as diferenças entre os benefícios conferidos em cada tipo de leniência. O único ponto levantado por eles diz respeito à extensão do acordo aos funcionários da empresa leniente, extensão esta que não seria automática na leniência de tipo B. Contudo, eles observam que, na prática, essa diferença não se verifica: "*If a corporation qualifies for Type A leniency, all directors, officers and employees of the corporation who admit their involvement in the violation and cooperate with the Antitrust Division's investigation will also receive leniency. (...) If the Corporation qualifies for Type B leniency, Antitrust Division policy states that directors, officers and employees of the Corporation will be considered for immunity from criminal prosecution. In practice, the Division Ordinarily provides leniency to qualifying employees of a Type B applicant on the same basis as it does for employees of a Type A applicant". (grifos nossos). VARNEY, Christine A.; TERZAKEN, John F. United States. *The cartels and leniency review*. Londres: Law a Business Research Ltd, p. 379-418, 2014.p. 390-391.*

diz respeito apenas ao primeiro requerente com quem o acordo for firmado, portanto, não há previsão quanto à possibilidade de assinatura de acordo com um segundo leniente em troca da redução da multa penal ou a assinatura de leniência que não leve à imunidade.

Apesar de não ser possível a celebração da leniência com mais de um proponente, outros agentes podem convencionar acordos de confissão (*plea agreements*) com a Divisão Antitruste, a fim de colaborar com as investigações em troca de benefícios significativos, como a redução substancial de multas e tratamento mais favorável aos executivos culpáveis. Para a celebração de tais acordos, também é necessária a confissão da conduta e a cooperação contínua e integral com a autoridade. Considerando que tais acordos não se confundem com o programa de leniência, a fim de executá-los, a Divisão Antitruste faz recomendações específicas para a Corte, indicando quais benefícios devem ser concedidos às partes, as quais são frequentemente atendidas. Nesse sentido, os benefícios não são aplicados pela própria Divisão Antitruste, mas sim pela Corte na qual o indivíduo ou a empresa está sendo investigado ou julgado.

Vale notar também que o ordenamento norte-americano possui uma política de “*Amnesty Plus*”, sob a qual uma empresa investigada por participação em cartel em determinado mercado (que não tenha celebrado acordo) pode receber benefícios em relação a essa conduta se fornecer informações, de forma voluntária, sobre a ocorrência de cartel de que tenha participado em outro mercado e satisfizer os requisitos para leniência nesse outro mercado. Mais especificamente, se satisfeita essa condição, além da celebração de leniência em relação ao cartel nesse segundo mercado, a Divisão Antitruste irá considerar referida colaboração como um fator atenuante no cálculo da multa⁹¹ que recomendará que a Corte aplique pela participação da empresa no cartel no mercado que já estava sob investigação da autoridade. Trata-se de instituto similar à leniência plus prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Além da leniência corporativa, o acordo de leniência também pode ser celebrado diretamente com a pessoa física. De acordo com o programa de leniência individual (*Individual Leniency Policy*), o acordo pode ser

⁹¹ De acordo com, Christine A. Varney e John F. Terzaken, “while sentencing discretion ultimately rests with the court, the Division will recommend to the sentencing court that the company receive substantial discount for its role in the ‘A’ conspiracy in light of its cooperation in the ‘B’ investigation”. (VARNEY, Christine A.; TERZAKEN, John F. United States. In: VARNEY, Christine (Ed.). *The cartels and leniency review*. Londres: Law a Business Research Ltd, p. 379-418, 2014.. p. 31.).

celebrado com o primeiro agente a se qualificar, assim como no caso da leniência corporativa. No entanto, os requisitos para a celebração da leniência individual distinguem-se daqueles do programa de leniência corporativo, seja ele o Tipo A ou o Tipo B.

Especificamente, qualquer pessoa que, individualmente, reporta o ilícito antitruste antes que a autoridade tenha recebido qualquer informação sobre a conduta, é elegível à leniência, se: (i) admitir a participação em um crime antitruste; (ii) relatar a integralidade da conduta e cooperar com a Divisão Antitruste de forma integral e contínua ao longo da investigação; (iii) não tiver coagido ninguém a participar da conduta e nem tiver sido seu líder/percursor. Verifica-se, portanto, que, embora os programas de leniência corporativo e individual sejam bastante semelhantes, os requisitos para a celebração desse último tipo de acordo são menores.

Vale ainda destacar que para o indivíduo poder se qualificar para a leniência individual, ele não pode ter buscado a autoridade previamente com uma proposta de leniência corporativa com relação a essa mesma conduta.⁹² Em outras palavras, o indivíduo que tenha sido parte de uma proposta de leniência corporativa fica impedido de tentar celebrar a leniência individual posteriormente com relação a essa mesma conduta. Ainda assim, em termos de vantagens conferidas ao signatário do acordo, em ambas as possibilidades de leniência, o indivíduo teria como benefício a imunidade penal pela prática de crime antitruste.

3.1.3. Fases de Negociação e Celebração do Acordo

No que tange às fases da negociação do acordo de leniência, a autoridade aplica um sistema de *markers*. Isso significa que o participante

⁹² Nos termos do próprio FTC: “*The individual must not have approached the Division previously as part of a corporate approach seeking leniency for the same conduct. Once a corporation attempts to qualify for leniency under the Corporate Leniency Policy, current directors, officers, and employees who come forward and admit their involvement in the criminal antitrust violation as part of the corporate confession will be considered for leniency under the provisions of the Corporate Leniency Policy. No current or former directors, officers, or employees of a company that has applied for leniency under the Corporate Leniency Policy may be considered for leniency under the Leniency Policy for Individuals.*” (DEPARTMENT OF JUSTICE. *Frequently Asked Questions About The Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>>. Acesso em: 30 jan. 2018.).

de um cartel que desejar celebrar um acordo de leniência, mas ainda não dispuser das informações e evidências necessárias para tanto, pode solicitar um *marker* à Divisão Antitruste do DOJ, para assegurar sua posição como o primeiro a pleitear o acordo⁹³.

O *marker* é concedido mediante o cumprimento de alguns requisitos pelo advogado do requerente, a saber: (i) a declaração de que possui informações ou evidências que indicam o envolvimento de seu cliente em um ilícito antitruste; (ii) a descrição da natureza da conduta; (iii) a identificação da indústria, do produto ou do serviço afetado, a fim de conferir especificidade suficiente para que a autoridade determine se a leniência ainda está disponível e também para proteger o *marker* do requerente; e (iv) a identificação do cliente. Quanto a esse último ponto, vale ressaltar que, embora o anonimato não possa ser mantido ao longo do procedimento, é possível assegurar um *marker* anônimo durante poucos dias, caso o advogado precise de mais tempo para verificar informações adicionais relativas à conduta. De qualquer modo, a identidade do requerente deve ser rapidamente revelada.

Em virtude desse sistema, enquanto um agente detiver o *marker*, nenhum outro membro do cartel pode se candidatar à leniência. Ao detentor do *marker* confere-se, então, um prazo (normalmente de trinta dias, que podem ser estendidos se o agente estiver fazendo progresso com a cooperação) para conduzir uma investigação interna e fornecer provas da conduta à autoridade. Isso deve ocorrer de maneira célere e efetiva, sob pena de a Divisão discricionariamente retirar o *marker* do agente que o detiver e concedê-lo a outro potencial candidato ao acordo de leniência⁹⁴.

O *marker* evolui para a concessão da leniência condicional quando os requisitos listados no item 2 acima (“Tipos de Acordo de Leniência e Requisitos para sua Celebração”) houverem sido devidamente satisfeitos e as informações necessárias sobre a conduta tiverem sido obtidas. Ademais,

⁹³ OCDE. Contribution from the United States submitted for Item III of the 120th meeting of the Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement on 16 December 2014. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. *Use of Markers in Leniency Programs*. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd\(2014\)51&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd(2014)51&doclanguage=en)>. Acesso: 23 maio. 2019.

⁹⁴ Ibidem.

para que a emissão da carta de leniência condicional ocorra, tanto as empresas quanto os indivíduos devem confessar seu envolvimento no ilícito antitruste e adotar medidas imediatas e efetivas a fim de cessar sua participação na conduta. Logo, nos Estados Unidos, a admissão de participação na conduta é outro requisito para a celebração de acordo de leniência e consequente obtenção dos benefícios penais⁹⁵.

Cumpridas essas exigências, celebra-se a leniência condicional (*conditional leniency*), a qual estabelece as obrigações a serem cumpridas pelo requerente ao longo da investigação criminal, para que a leniência seja bem-sucedida e para que seus benefícios sejam concedidos integralmente.

O modelo de carta de leniência condicional⁹⁶ estabelece as condutas que o leniente deve se comprometer a adotar para que obtenha os benefícios conferidos pelo programa. Conforme indicado acima, o requerente deve colaborar de forma contínua e integral durante a investigação, comprometendo-se a observar condutas como: (i) descrever de forma completa todos os fatos de que tiver ciência com relação à conduta reportada; (ii) fornecer todos os documentos, informações, e outros materiais sob a sua posse, custódia ou controle, independentemente do local onde estejam localizados; (iii) empenhar os melhores esforços para assegurar a cooperação completa e leal dos atuais diretores, funcionários, e empregados do requerente e encorajar tais indivíduos a fornecerem voluntariamente qualquer informação relevante que eles tiverem; (iv) facilitar a presença dos empregados nas entrevistas e testemunhos que a autoridade requerer; e (v) realizar todos os esforços razoáveis para restituir qualquer pessoa ou entidade prejudicada pelo resultado da conduta anticompetitiva.

Apenas quando todas as obrigações estabelecidas na carta de leniência condicional forem cumpridas – normalmente, depois de concluída a investigação e eventuais procedimentos contra os demais participantes – é que o

⁹⁵ OCDE. Contribution from the United States submitted for Item III of the 120th meeting of the Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement on 16 December 2014. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. *Use of Markers in Leniency Programs*. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd\(2014\)51&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd(2014)51&doclanguage=en)>. Acesso: 23 maio. 2019.

⁹⁶ DEPARTMENT OF JUSTICE. Disponível em: <www.justice.gov/atr/public/criminal/239524.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

leniente recebe a carta de leniência final (*final leniency letter*), indicando que a leniência foi cabalmente concedida.⁹⁷

3.1.4. Benefícios conferidos ao signatário do acordo

O programa de leniência norte-americano não envolve a aplicação da lei antitruste no âmbito civil. Assim, no caso de pessoas físicas, confere-se proteção contra sanções que variam de multas penais a penas privativas de liberdade, ao passo que as pessoas jurídicas são resguardadas, pelo acordo, contra multas penais aplicáveis ao crime de cartel.

No entanto, a proteção dos signatários do acordo no âmbito civil é assegurada pelo *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004* (ACPERA). Sob esse diploma normativo, na medida em que o signatário coopera de maneira satisfatória com o reclamante na esfera civil⁹⁸, ele pode ser responsabilizado apenas pelos “*danos reais provados (...) imputáveis às vendas feitas pelo requerente de bens e serviços afetados pela violação*”. O signatário fica, portanto, sujeito a reparar o dano por ele causado, mas imune à responsabilização civil punitiva (“*treble damages*”) – possibilidade de triplicar o valor a ser pago pelo causador do dano – e à responsabilidade solidária entre os participantes da conduta (“*joint and several liability*”), normalmente aplicada nos termos da Seção 4 do *Clayton Act*⁹⁹.

⁹⁷ DEPARTMENT OF JUSTICE. *Frequently Asked Questions About The Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

⁹⁸ A expressão “cooperação satisfatória”, usada no ACPERA, refere-se à colaboração do leniente no sentido de fornecer, no âmbito da ação civil, todos os fatos de seu conhecimento que são potencialmente relevantes para a ação civil, assim como prover documentos relevantes e se dispor a prestar depoimentos. (VARNEY, Christine A.; TERZAKEN, John F. United States. In: VARNEY, Christine (Ed.). *The cartels and leniency review*. Londres: Law a Business Research Ltd, p. 379-418, 2014. p.397).

⁹⁹ “Para compreender a aplicação dos *treble damages*, convém esclarecer que no direito norte-americano, ao contrário do que se passa no direito brasileiro, a imposição de condenações no âmbito civil em montante superior aos danos sofridos não é incomum. Em matéria de *torts*, deve-se mencionar que a aplicação nos Estados Unidos dos chamados *punitive damages*, os quais representam uma condenação, em âmbito civil, aplicada aos autores de determinadas práticas ilícitas consideradas graves, com o intuito de punir e desestimular o ofensor (e outras pessoas) a cometer novas infrações no futuro”. (CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes de prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016. p. 80).

Quanto aos benefícios relacionados ao acordo de leniência em questão, vale destacar, igualmente, que tal acordo vincula apenas a Divisão Antitruste do DOJ, e não suas demais repartições, nem os demais órgãos federais ou estaduais, os quais ainda podem investigar e julgar violações a outras leis que não o *Sherman Act*. Esse ponto será melhor explorado a seguir.

3.1.5. Interface com outras áreas

No modelo de carta de leniência condicional da Divisão Antitruste do DOJ, a autoridade se compromete a não processar criminalmente o signatário da leniência pela violação concorrencial por ele relatada, nem pelos ilícitos e respectivos atos que integrem tal violação. Segundo o modelo de carta de leniência (*model corporate leniency letter*), o benefício abarca “qualquer ato ou ofensa que possa ter sido cometida em conexão com a prática anticoncorrencial que está sendo reportada” (tradução livre)¹⁰⁰. Isso significa que a leniência cobre não apenas as violações antitruste criminais, mas também outras violações que possam ter sido cometidas em conexão com a referida violação antitruste.

No entanto, é necessário destacar que o acordo de leniência vincula apenas a Divisão Antitruste do DOJ. É dizer, os lenientes não podem ser investigados ou condenados pela Divisão Antitruste do DOJ por esses crimes conexos, mas as demais divisões do DOJ, autoridades federais e estatais não estão proibidas de mover ações outras relacionadas a esses fatos, já que não ficam vinculadas ao programa de leniência. Nesse sentido, se, por exemplo, o beneficiário da leniência tiver subornado funcionários públicos, violando o *Foreign Corrupt Practices Act*, ele não goza de nenhuma proteção com relação a investigações em demais órgãos, mesmo que o suborno tenha ocorrido para a execução do ilícito antitruste. Em virtude disso, a Divisão Antitruste adverte que, ainda que na prática as demais autoridades não costumem processar esses crimes conexos, os lenientes devem relatar os crimes que não são da esfera antitruste para as respectivas agências responsáveis por investigar cada um desses ilícitos¹⁰¹.

¹⁰⁰ DEPARTMENT OF JUSTICE. *Frequently Asked Questions About The Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁰¹ DEPARTMENT OF JUSTICE. *Frequently Asked Questions About The Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>>. Acesso em: 30 jan. 2018. p. 7-8

3.1.6. *Cooperação com outras autoridades concorrenciais estrangeiras*

Por fim, cumpre tratar do compartilhamento de informações entre a Divisão Antitruste e outras autoridades concorrenciais.

A fim de maximizar os incentivos para a leniência, a Divisão Antitruste confere confidencialidade à identidade do beneficiário da leniência e às informações fornecidas por ele. Nesse sentido, entende-se que haveria um grande desincentivo caso as informações fornecidas fossem transmitidas a autoridades estrangeiras, com base em acordos cooperativos, de forma que pudessem ser usadas contra os beneficiários da leniência em tais jurisdições. Assim, o interesse primordial da Divisão Antitruste reside em viabilizar uma política de leniência que não possibilite a divulgação de informações confidenciais a outras autoridades estrangeiras sem que o beneficiário da leniência tenha concordado previamente com esse compartilhamento¹⁰².

Contudo, vale ressaltar que essa política não exige o beneficiário da leniência de condenações em outros países, assegurando apenas que qualquer informação fornecida à autoridade norte-americana não será compartilhada com outras jurisdições sem que haja o prévio consentimento do beneficiário da leniência (concedido por um termo comumente referido como *waiver*), mesmo em casos de vigência de acordos de cooperação antitruste.

3.2. O programa de leniência da União Europeia

3.2.1. *Autoridade competente*

Em âmbito comunitário, a principal agência de *enforcement* antitruste é a Comissão Europeia (*European Commission*), sendo o respectivo Diretório Geral de Concorrência (*Directorate General for Competition – “DG Competition”*) responsável pela aplicação das normas concorrenciais presentes no Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). Para tanto, possui inúmeros poderes investigativos e pode impor multas às empresas que cometem ilícitos antitruste.

De maneira mais específica, o *DG Competition* é o órgão responsável por investigar e sancionar as práticas antitruste previstas nos artigos 101 e 102 do TFUE.¹⁰³ Em virtude disso, é também do *DG Competition* a in-

¹⁰² Ibidem, p. 28-29.

¹⁰³ COMISSÃO EUROPEIA. *Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFEU: Key actors and checks and balances*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/key_actors_en.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

cumbência de administrar o programa de leniência europeu, ferramenta de grande importância no combate aos cartéis, ilícito previsto no artigo 101 do TFUE. Importante registrar que o programa de leniência se aplica somente às práticas previstas no artigo 101, quais sejam, acordos anticompetitivos e práticas concertadas entre concorrentes. Segundo o artigo 101 do TFUE, são incompatíveis com o mercado os acordos entre empresas suscetíveis a coordenar comportamentos e/ou influenciar o ambiente concorrencial no comércio entre os Estados Membros. Conforme pacificado pelas Cortes Europeias, o artigo 101 do TFUE também pode ser aplicado em casos de cartéis entre empresas localizadas fora da União Europeia (“UE”), quando produzem efeitos na concorrência da Comunidade Europeia.¹⁰⁴

As autoridades concorrenciais nacionais dos Estados Membros (*National Competition Authorities* – “NCA”) também têm poder para investigar acordos entre concorrentes, assim como aplicar suas respectivas leis nacionais antitruste. De fato, a cooperação entre a Comissão Europeia e as autoridades concorrenciais nacionais foi institucionalizada por meio do Regulamento 01/2003, o qual confere às autoridades nacionais um importante papel no *enforcement* da política de concorrência da União Europeia. As autoridades nacionais podem aplicar suas leis concorrenciais nacionais, mas também são plenamente competentes para aplicar o artigo 101 do TFUE, em todos os casos de cartéis estabelecidos a nível europeu ou nacional. A relação entre a Comissão Europeia e as autoridades nacionais será detalhada no item 3.2.6 abaixo.

Ressalta-se que, caso uma autoridade nacional europeia aplique uma lei concorrencial doméstica para investigar um cartel que possui o condão de afetar o comércio entre Estados Membros da Comunidade, o artigo 101 do TFUE também deverá ser aplicado¹⁰⁵. Nesse sentido, sempre que houver

¹⁰⁴ LYLE-SMYTHE, Anna; Reeve, MURRAY; NIEMEYER, Hans-Jörg (et. al). *Cartel Regulation* – European Union. Disponível em: <<https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/10/cartel-regulation-european-union/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁰⁵ Essa aplicação decorre de determinação contida no artigo 3(1) do Regulamento 01/2003: *Artigo 3º - Relação entre os artigos 81 e 82 do Tratado e as legislações nacionais em matéria de concorrência*

1. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na

aplicação dos referidos dispositivos do TFUE, as cortes nacionais são obrigadas a submeter uma cópia do julgamento à Comissão. Ademais, de forma geral, as leis concorrenciais nacionais não devem ser aplicadas a fim de coibir acordos que são compatíveis com as regras concorrenciais europeias (porém podem ser mais restritivos em matéria de abuso de posição dominante).¹⁰⁶

Deve-se ressaltar que, diferentemente das autoridades nacionais, a Comissão Europeia não dispõe de poderes para impor sanções criminais aos indivíduos envolvidos na conduta. Nesse sentido, a principal sanção disponível à Comissão é a imposição de multas pecuniárias. As Cortes Europeias possuem o entendimento pacífico de que a Comissão possui uma ampla discricção para estabelecer o valor das multas às empresas, dentro dos limites do Regulamento 1/2003¹⁰⁷. Os cálculos das multas devem levar em consideração a gravidade e a duração da infração, assim como quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes. Por outro lado, diversos Estados Membros preveem sanções criminais - tanto multas como privação de

acepção do nº 1 do artigo 81 do Tratado, suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 81 do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82 do Tratado, devem aplicar igualmente o artigo 82 do Tratado.

¹⁰⁶ De acordo com o texto do artigo 3(2) do Regulamento 01/2003:

Artigo 3º - Relação entre os artigos 81 e 82 do Tratado e as legislações nacionais em matéria de concorrência

2. A aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos, decisões de associação ou práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros mas que não restrinjam a concorrência na acepção do nº 3 do artigo 81 do Tratado, ou que reúnam as condições do nº 3 do artigo 81 do Tratado ou se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do nº 3 do artigo 81.o do Tratado. Nos termos do presente regulamento, os Estados-Membros não estão impedidos de aprovar e aplicar no seu território uma legislação nacional mais restritiva que proíba atos unilaterais de empresas ou que imponha sanções por esses atos.

¹⁰⁷ LYLE-SMYTHE, Anna; Reeve, MURRAY; NIEMEYER, Hans-Jörg (et. al). *Cartel Regulation – European Union*. Disponível em: <<https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/10/cartel-regulation-european-union/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

liberdade - para os indivíduos envolvidos na prática de cartel, que deverão ser aplicadas pelas respectivas autoridades criminais nacionais.

3.2.2. Tipos de Acordo de Leniência e Requisitos para sua Celebração

A leniência, aqui entendida como imunidade total, é concedida apenas ao primeiro participante a relatar a conduta, quando as informações disponibilizadas possibilitarem iniciar a condução de uma investigação específica acerca do cartel alegado ou a configuração de uma infração ao artigo 101 do TFUE¹⁰⁸. Para tanto, o participante do cartel deve satisfazer algumas condições dispostas na Nota da Comissão Relativa à Imunidade em Matéria de Multas e à Redução do seu Montante nos Processos Relativos a Cartéis¹⁰⁹ (também chamada de “Nota sobre Leniência”). O requerente tem de cooperar de forma autêntica, completa e contínua com a Comissão, do momento do requerimento até o fim do processo administrativo, sendo que, notadamente, deve: (i) fornecer à Comissão as informações relevantes e evidências relacionadas ao cartel; (ii) permanecer à disposição da Comissão para atender a qualquer solicitação que possa contribuir para esclarecer os fatos; (iii) cessar a sua participação no cartel imediatamente após o requerimento; (iv) não destruir, falsificar ou ocultar evidências do cartel; (iv) não informar aos outros participantes do cartel acerca da leniência; e (v) não ter coagido outros participantes a entrar ou permanecer no cartel.¹¹⁰ Cabe destacar que tais condições não incluem a confissão expressa de que o comportamento do requerente constitui uma violação ao artigo 101 do TFUE em matéria de direito.

Existe também a possibilidade de concessão de imunidade total caso a investigação pelo *DG Competition* já esteja em curso. Nesse cenário, entretanto, é necessário verificar se os dois requisitos iniciais para concessão da imunidade foram satisfeitos. Assim, em primeiro lugar, a investigação

¹⁰⁸ COMISSÃO EUROPEIA. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. *Official Journal of the European Union*, 2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04)). Acesso em: 27 out. 2017. Parte II, Seção A, Artigo (8) (a) e (b).

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ COMISSÃO EUROPEIA. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. *Official Journal of the European Union*, 2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04)). Acesso em: 27 out. 2017. Parte II, Seção A, Artigos (9), (12) e (13).

em curso necessariamente deve ter se baseado em suspeitas da própria Comissão, e não em informações de um requerente anterior, uma vez que a imunidade total é concedida apenas ao primeiro participante a relatar a conduta¹¹¹. Além disso, a investigação não pode ter gerado evidências suficientes para permitir o enquadramento da conduta como uma infração, porque a imunidade total apenas é concedida quando as informações disponibilizadas pelo participante possibilitam a condução de uma investigação específica acerca do cartel alegado, ou a configuração de uma violação ao artigo 101 do TFUE¹¹². Assim, ainda que a investigação em curso tenha sido iniciada por suspeitas da própria Comissão, caso já tenha gerado evidências suficientes para configurar uma infração, a imunidade total não será concedida porque um dos requisitos não terá sido cumprido.

Por outro lado, diferentemente da política norte-americana, o programa de leniência europeu possibilita que outras empresas, além da primeira requerente, *colaborem com as investigações*. Caso a Comissão já tenha concedido a imunidade total para um primeiro requerente, outra empresa pode se candidatar ao benefício de redução da multa imposta como sanção¹¹³, o que é conhecido como uma forma de “*partial amnesty*”. Para tanto, é preciso que esse requerente forneça informações que agreguem valor significativo às demais evidências que a Comissão já possui. Isto é, seria necessário apresentar informações que, segundo o regulamento europeu, pela sua própria natureza e/ou pelo seu nível de detalhe, reforçam a capacidade da Comissão de provar o referido cartel¹¹⁴.

Ademais, para ter o benefício da redução do valor da multa, o requerente deverá também cooperar de forma autêntica, completa e contínua com a Comissão, do momento do requerimento até o fim do processo administrativo, cumprindo os seguintes requisitos: (i) permanecer à disposição da Comissão para atender a qualquer solicitação que possa contribuir para esclarecer os fatos, (ii) cessar a sua participação no cartel imediatamente após o requerimento; (iii) não destruir, falsificar ou ocultar evidências acerca do cartel,

¹¹¹ Ibid., Parte II, Seção A, Artigo (8), caput.

¹¹² Ibid, Parte II, Seção A, Artigo (8) (a) e (b).

¹¹³ COMISSÃO EUROPEIA. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. *Official Journal of the European Union*, 2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04)). Acesso em: 27 out. 2017. Parte III, Seção A, Artigos 23 e seguintes.

¹¹⁴ Ibid, Parte III, Seção A, Artigo 25.

(iv) não informar aos outros participantes do cartel acerca da leniência¹¹⁵. A percentagem de redução da multa varia de acordo com a seguinte escala: a primeira empresa a apresentar valor agregado significativo às evidências poderá receber uma redução de 30% a 50% do valor da multa, a segunda, de 20% a 30%, e a terceira até 20%¹¹⁶.

Outra importante diferença entre o programa de leniência na jurisdição norte-americana e o programa europeu diz respeito à celebração de leniência por pessoas físicas. Enquanto nos Estados Unidos é possível que diretores, empregados e funcionários das empresas participantes de cartéis celebrem acordos individuais, regidos pela *Individual Leniency Policy*, na legislação europeia não há essa possibilidade, apenas a pessoa jurídica pode se qualificar para celebrar o acordo de leniência.¹¹⁷ Isso porque, no direito comunitário não há previsão de penalidades para diretores e funcionários de uma empresa que tenha sido parte de uma conduta de cartel, mas apenas para a pessoa jurídica.¹¹⁸ Nesse mesmo sentido, não há previsão de sanções

¹¹⁵ Ibid, Parte III, Seção A, Artigo 24, o requerente deverá cumprir alguns dos requisitos previstos para o requerente da imunidade total, indicados na Parte II, Seção A, Artigo 12 (a) a (c).

¹¹⁶ Ibid, Parte III, Seção A, Artigo 26.

¹¹⁷ Vide informações disponíveis no site da Comissão Europeia, disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

¹¹⁸ LEVITT, Matthew; THOMAS, Christopher; SCHÖNING, Falk. *Cartel leniency in EU: overview*. Disponível em: <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-517-4976?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-517-4976?transitionType=Default&contextData=(sc.Default))>. Acesso em: 26 fev. 2019.. Ver também: NIKPAY, Ali; TAYLOR, Deirdre; BORSOS, Attila. *Immunity, Sanctions & Settlements 2017 – European Union - Immunity or a 100 per cent reduction in sanctions*. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/jurisdiction/1002530/european-union>>. Acesso em: 26 fev. 2019. Nesse contexto, Johan Ysewyn e Jennifer Boudet ressaltam que, ainda que a Comissão não tenha poderes para instituir penalidades contra indivíduos, cada vez mais as pessoas físicas estão diante do risco de poderem ser condenadas em razão das legislações nacionais: “*Indeed, while the Commission cannot impose criminal or financial penalties on individuals, an increasing number of EU Member States have introduced domestic legislations that provide for sanctions on company managers involved in anticompetitive agreements. Secondly, some Member States have established reporting fees, which provide incentives for employees and managers of an undertaking to offer information about a cartel.*”. YSEWYN, Johan, BOUDET, Jennifer. *Leniency and competition law: an overview of EU and national case law. Concurrences*, 2018. Disponível em: <<https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/leniency/leniency-and-competition-law-an-overview-of-eu-and-national-case-law-72355>>.

na legislação comunitária aos empregados que se recusarem a cooperar com a empresa proponente ou signatária do acordo.¹¹⁹ Os diretores e empregados podem ser penalizados apenas em decorrência de investigações movidas sob as respectivas legislações nacionais.

Por fim, vale ressaltar que, em março de 2017, a Comissão Europeia lançou um mecanismo de denúncia anônima¹²⁰, por meio do qual qualquer indivíduo pode reportar uma conduta anticompetitiva de forma anônima. Para tanto, estabeleceu-se um canal de denúncia *online* por meio do qual os indivíduos fornecem informações sobre um suposto cartel ou qualquer outra suposta prática anticompetitiva, a fim de colaborar com a investigação das condutas reportadas. O diálogo entre a Comissão Europeia e o denunciante é feito por meio de um intermediário externo à autoridade que utiliza um sistema de mensagens criptografadas para que não haja perigo de revelação da identidade do indivíduo¹²¹. Ademais, caso o denunciante tenha poderes para representar uma empresa envolvida na conduta, é possível apresentar uma candidatura à leniência pela pessoa jurídica, recebendo a imunidade total, ou benefícios de redução de multa para a companhia (neste caso, trata-se de proposta de acordo de leniência da pessoa jurídica envolvida na conduta, uma vez que, conforme mencionado, pessoas físicas não podem celebrar acordos com a Comissão Europeia).

3.2.3. Fases de Negociação e Celebração do Acordo

Para se candidatar à celebração de uma leniência, o requerente teria, em princípio, duas possibilidades. A primeira seria a apresentação de um requerimento formal ao *DG Competition*, que deve incluir, de imediato, todas as informações e evidências disponíveis relacionadas ao suposto cartel. Uma segunda possibilidade seria a solicitação de um *marker*, caso o requerente

Acesso em: 27 fev. 2019. Ainda nesse sentido, ver SLOTBOOM, Marco. Individual Liability for Cartel Infringements in the EU: An Increasingly Dangerous Minefield. *Kluwer Competition Law Blog*, 2013. Disponível em: <<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2013/04/25/individual-liability-for-cartel-infringements-in-the-eu-an-increasingly-dangerous-minefield/>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

¹¹⁹ LEVITT; THOMAS; SCHÖNING, op. cit.

¹²⁰ COMISSÃO EUROPEIA. *Anonymous Whistleblower Tool*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

¹²¹ Ferramentas similares são usadas por autoridades da concorrência de alguns países membros da União Europeia, como é o caso da Alemanha, Dinamarca, entre outros.

não tenha condições de apresentar todas as informações em um primeiro momento, sendo que, nesse caso, ele deve apresentar algumas informações limitadas, apenas para assegurar seu lugar na fila como candidato à leniência.

Caso opte pelo requerimento formal, o requerente deverá apresentar uma declaração contendo: (i) uma descrição detalhada do suposto cartel, incluindo seus objetivos, atividades e funcionamento; o produto ou serviço objeto do acordo, bem como seu escopo geográfico e duração; estimativa dos efeitos no mercado; datas e localidades específicas, conteúdo e participantes de conversas e contatos; (ii) o nome e endereço da empresa requerente da leniência, bem como nome e endereço de empresas que teriam participado da conduta; (iii) nomes, cargos e endereços de indivíduos que, de acordo com o conhecimento do requerente, ainda estejam envolvidos ou tenham se envolvido na conduta reportada; e (iv) informação sobre se outras autoridade de concorrência, quer de países membros da comunidade europeia, quer de outros países, tenham sido (ou serão) contatadas em relação à referida conduta.¹²²

A Nota de Leniência prevê também a possibilidade de apresentação de um requerimento hipotético, por meio do qual o requerente apresenta todas as informações em termos fictícios. Ou seja, o requerente apenas fornecerá uma lista detalhada e descritiva das informações e evidências que ele se propõe a revelar, assim como dados básicos sobre o cartel - produto ou serviço afetado, o escopo geográfico e a duração estimada. Na prática, o requerente apresenta um requerimento hipotético com o objetivo de verificar se as condições para se qualificar para a leniência foram todas preenchidas, para somente então, revelar sua identidade, os detalhes da infração e as provas que possui em mãos¹²³.

Por outro lado, caso o requerente solicite um *marker*, a empresa deve fornecer à Comissão dados acerca da infração reportada, que incluem (i) o nome e o endereço da requerente, (ii) os participantes do suposto cartel, (iii) os produtos e as localidades afetados, (iv) a duração estimada do cartel e

¹²² COMISSÃO EUROPEIA. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. *Official Journal of the European Union*, 2006. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04))>. Acesso em: 27 out. 2017. Parte II, Seção B, Artigo 16 (a) e Parte II, Seção A, Artigo 9 (a).

¹²³ VAN BAEL, Ivo. *Due Process in EU Competition Proceedings*. Netherland: Kluwer Law International BV, 2011. p. 267.

(v) a natureza da conduta reportada.¹²⁴ Ademais, a empresa deve informar à Comissão outras eventuais leniências que tenham sido ou que serão firmadas com outras autoridades concorrenciais no âmbito do mencionado cartel, bem como justificar a solicitação por um *marker*¹²⁵. A concessão do *marker* não é automática: a Comissão tem discricionariedade para concedê-lo ou para rejeitá-lo quando achar mais pertinente estimular uma corrida entre as empresas para que forneçam as informações e provas necessárias para completar os requerimentos para a concessão da imunidade.

No período subsequente, quando o *marker* é concedido, o requerente terá um prazo para reunir todas as informações e provas necessárias para aperfeiçoar seu requerimento, a fim de obter a imunidade. Caso o requerente cumpra o prazo estabelecido pela Comissão, considerar-se-á que as informações e provas fornecidas foram apresentadas no dia em que o *marker* foi garantido. O sistema de *markers* não pode ser conjugado com a apresentação de um requerimento hipotético, pois, caso uma empresa obtenha um *marker*, ela não pode aperfeiçoá-lo fazendo o requerimento em termos hipotéticos.

Uma vez aperfeiçoado o requerimento para a imunidade total, com o fornecimento de todas as informações e evidências disponíveis acerca do cartel, e tendo a Comissão confirmado que os requisitos para celebração da leniência (as informações disponibilizadas possibilitarem a condução de uma investigação específica acerca do cartel alegado ou a configuração de uma infração ao artigo 101 do TFUE) foram cumpridos, será concedido ao requerente, por escrito, a imunidade condicional. Ao fim do processo administrativo, caso o requerente tenha cumprido os requisitos de cooperação de forma autêntica, completa e contínua, a decisão da Comissão garantirá a sua imunidade total em relação às multas aplicadas.

Por outro lado, caso ao final do processo administrativo, antes da decisão final, a Comissão constate que o requerente falhou em cumprir com as referidas condições de colaboração de forma plena, a autoridade pode revogar a imunidade condicional por escrito, por meio de uma “*rejection decision*”¹²⁶.

Por fim, cumpre destacar que o procedimento para solicitar o benefício de redução de multa para uma conduta que está sendo investigada é

¹²⁴ COMISSÃO EUROPEIA, op. cit.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ VAN BAEL, Ivo. *Due Process in EU Competition Proceedings*. Netherland: Kluwer Law International BV, 2011. p. 268.

diferente daquele previsto para a concessão da imunidade total. O sistema de *marker* não se aplica ao benefício de redução de multas, sendo que uma empresa que deseja obter a redução da penalidade deve apresentar um requerimento formal à Comissão, junto com evidências suficientes acerca do cartel em questão durante a investigação. O requerente tem, também, a opção de submeter um requerimento hipotético, a fim de saber se as informações apresentadas serão suficientes para satisfazer as condições estabelecidas na Nota de Leniência. O requerimento pode ser apresentado a qualquer momento no curso do procedimento, mas é importante notar que a Comissão pode desconsiderar qualquer requerimento que tenha sido apresentado depois que o “*Statement of Objections*” for emitido¹²⁷.

3.2.4. Benefícios conferidos ao signatário do acordo

Conforme mencionado anteriormente, no âmbito da União Europeia não há responsabilização penal de infrações concorrenciais. Assim, a imunidade contemplada pelo programa de leniência da comunidade europeia refere-se apenas à isenção ou à redução de multas administrativas eventualmente aplicadas pela Comissão ao fim do processo administrativo.

Na União Europeia, assegura-se o direito à indenização civil pelos danos causados pelo cartel, mas o seu exercício é regulamentado pelas leis nacionais dos Estados Membros. Nesse sentido, em 2014, a União Europeia editou a Diretiva 2014/104/EU¹²⁸ a ser implementada em todos os Estados Membros a fim de eliminar os obstáculos à indenização efetiva e garantir o mínimo de proteção aos cidadãos e empresas.

A concessão tanto de imunidade total, quanto de redução de multas, não preclui o direito de terceiros de ajuizar ações de reparação de danos contra os beneficiários da leniência. Para assegurar tais objetivos, a referida Diretiva introduz uma presunção relativa de que as vítimas do cartel sofreram danos. Vale observar, contudo, que a Diretiva determina que os

¹²⁷ VAN BAEL, Ivo. *Due Process in EU Competition Proceedings*. Netherland: Kluwer Law International BV, 2011. p. 269.

¹²⁸ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/104/EU. *Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council, of 26 November 2014, on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32014L0104>>. Acesso em: 27 out. 2017.

beneficiários que receberem a imunidade total, a princípio, ficam liberados da responsabilidade solidária pelo ressarcimento do total do dano provocado pelo cartel. Dessa forma, o beneficiário a quem é concedida a imunidade total da penalidade antitruste deve responder apenas pelos danos causados a seus clientes (ou fornecedores), sendo eles diretos e indiretos.¹²⁹ Tal disposição se fundamenta na possibilidade de que o beneficiário se torne o alvo preferencial das ações de reparação, uma vez que a decisão final da autoridade reconhecendo o ilícito com relação ao beneficiário pode ser proferida antes do que a decisão com relação a outros participantes da conduta.

A Diretiva estabelece ainda que as decisões finais das autoridades concorrenciais acerca das infrações vinculam suas cortes nacionais, assim como evidenciam às cortes de outros Estados Membros a ocorrência da infração, simplificando, assim, pleitos posteriores de indenização.

3.2.5. *Interface com outras áreas*

O benefício conferido pela assinatura do acordo de leniência europeu se restringe à conduta anticompetitiva reportada. Desse modo, os demais ilícitos ou crimes correlatos à prática anticompetitiva não são contemplados pela imunidade total e, mesmo após a assinatura do acordo, são passíveis de investigação por outras autoridades da União Europeia ou até mesmo de Estados Membros. Sendo assim, caso um determinado cartel objeto de acordo de leniência celebrado com a Comissão tenha envolvido a prática de corrupção, por exemplo, esta conduta poderá ser alvo de uma investigação movida por outra autoridade, responsável pela persecução desse crime específico.

Apesar de contar com um complexo mecanismo de leniência para ilícitos concorrenciais, a União Europeia não dispõe de ferramenta similar para outros tipos de crime, como corrupção ou fraude. Ademais, em âmbito comunitário, inexistem qualquer arcabouço normativo que estabeleça diretrizes ou parâmetros mínimos comuns para os programas de denúncia anticorrupção nacionais. Até mesmo no que diz respeito aos países membros, raros

¹²⁹ Conforme determina a Diretiva 2014/104/EU, em seu artigo 38, excepcionalmente o beneficiário da imunidade também poderá ser responsabilizado pelos danos sofridos por terceiros, que não seus clientes (ou fornecedores) diretos e indiretos, caso estes terceiros não consigam obter a reparação dos danos sofridos dos demais participantes da conduta.

são aqueles que dispõem de um efetivo programa de denúncia de crimes de corrupção internamente¹³⁰.

O Grupo de Estados contra a Corrupção (“GRECO”)¹³¹, criado pelo Conselho da Europa em 1999, procura monitorar e assessorar os Estados Membros na observância dos padrões mínimos de legislação anticorrupção. Para tanto, conta com documentos como a *Criminal Law Convention on Corruption* e a *Civil Law Convention on Corruption*, que procuram definir regras internacionais comuns de direito penal e civil relacionadas à prática da corrupção. Entretanto, o GRECO também não dispõe de um canal de denúncia de atos corruptos ou de um mecanismo de leniência para esse tipo de conduta.

3.2.6. Cooperação com outras autoridades concorrenciais

Na União Europeia, a cooperação entre a Comissão Europeia e as autoridades concorrenciais nacionais foi institucionalizada por meio da Rede Europeia de Concorrência (*European Competition Network* – “ECN”). Desse modo, as autoridades e a Comissão: (i) compartilham experiências e desenvolvem as melhores práticas de aplicação das leis europeias de antitruste; (ii) informam umas às outras os casos novos e as decisões; (iii) coordenam e se ajudam com as investigações, quando necessário; e (iv) trocam provas e outras informações.

Os membros da ECN também podem cooperar a partir da alocação eficiente dos casos. Assim, quando uma autoridade é designada para a investigação de certa conduta, ela pode decidir realocar esse caso para outra autoridade que esteja em um local mais propício para lidar com as investigações. Se o cartel produzir efeitos em pelo menos três Estados Membros, a Comissão é, normalmente, considerada a mais bem localizada para lidar com a investigação. Quando a Comissão inicia um procedimento, nenhuma

¹³⁰ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Whistleblowing in Europe: Legal Protections for Whistleblowers in the EU*. Disponível em: <https://www.stt.lt/documents/soc_tyrimai/2013_WhistleblowingInEurope_EN.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2018. p. 12.

¹³¹ O grupo é composto por 48 Estados Europeus e os Estados Unidos. Ainda, qualquer Estado que ratificar a *Criminal Law Convention on Corruption* ou a *Civil Law Convention on Corruption*, passa a integrar o GRECO automaticamente. Mais informações sobre o GRECO estão disponíveis em: <<https://www.coe.int/en/web/greco/home>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

outra autoridade de concorrência nacional possui competência para aplicar o artigo 101 do TFUE à mesma conduta. Contudo, é possível uma ação paralela entre a Comissão e a autoridade de concorrência nacional quando da investigação de condutas que não afetam o mesmo mercado relevante geográfico ou em termos de produto.

Em algumas circunstâncias, o conceito de “mesma conduta” pode ser controverso. No caso *Consumer Detergents*¹³², a investigação por uma autoridade nacional e a investigação comunitária ocorreram concomitantemente. Contudo, a dúvida quanto as duas investigações tratarem ou não da mesma conduta levou a uma situação peculiar quanto à proposição de acordos de leniência. A empresa Unilever, apresentou pedido para celebrar acordo de leniência com a autoridade francesa; um mês depois, a empresa Henkel apresentou pedido de acordo tanto perante a Comissão, quanto com relação a várias autoridades nacionais, dentre elas a autoridade francesa; posteriormente a Unilever apresentou pedido para celebrar acordo com a Comissão, seguida da Procter & Gamble, que tentou se qualificar perante a Comissão e diversas autoridades nacionais. Por último, a Colgate-Palmolive também apresentou pedido de acordo perante a autoridade francesa¹³³. A Comissão proferiu sua decisão final alguns meses antes da decisão da autoridade francesa, e no contexto das propostas de acordos apresentadas, a Henkel recebeu a imunidade total com relação às multas, enquanto a Procter & Gamble e a Unilever receberam reduções das multas, de 50% e de 25% respectivamente. A autoridade francesa entendeu que a investigação nacional tratava de um ilícito distinto do investigado na Comissão, concluindo pela concessão da imunidade com relação às multas à Unilever, e pela condenação das demais empresas¹³⁴.

Após a decisão condenatória proferida pela autoridade francesa, Henkel e Procter & Gamble apelaram, e com base no princípio *non bis in idem*, argumentaram que a conduta investigada pela autoridade francesa estava

¹³² Decisão da Comissão de 13 de abril de 2011 relacionada a um procedimento instaurado com base no artigo 101 do TFUE e no artigo 53 do EEA Agreement (COMP/39579 – *Consumer Detergents*) e Decisão nº 11-D-17 de 8 de Dezembro de 2011 relacionada a práticas implementadas no setor de detergente de lavanderia.

¹³³ A empresa não foi investigada no procedimento perante a Comissão.

¹³⁴ Em razão de acordos celebrados com a autoridade francesa, Henkel, Procter & Gamble e Colgate-Palmolive receberam descontos nas multas aplicadas, no total de 25%, 20% e 15% respectivamente.

inserida na conduta investigada pela Comissão e que, portanto, se tratava de um ilícito que já havia sido objeto de sanção. Ademais, foi sustentado pela Henkel que os mesmos fatos haviam sido apresentados em ambos os requerimentos de leniência, na Comissão e na autoridade francesa, e, portanto, a empresa deveria obter imunidade total nas duas investigações. Contudo, tanto a apelação foi rejeitada, sendo reiterado o entendimento da autoridade de que a investigação francesa e a investigação comunitária não incidiam sobre o mesmo caso, dado que havia diferenças com relação ao tipo de conduta, ao produto afetado, à localização geográfica e aos participantes.

No caso *DHL*¹³⁵, a Comissão estabeleceu regras precisas sobre a troca de informações entre autoridades: quando é aberta uma investigação resultado de uma leniência em algum Estado Membro, a Comissão precisa ser informada, sendo disponibilizadas as informações para todos os membros da Comunidade. Contudo, tais informações não podem ser usadas por outras autoridades ou pela Comissão para iniciar outras investigações sobre o mesmo cartel. Para tanto, é preciso que utilizem como base informações provenientes de outras fontes. Por outro lado, quando o beneficiário da leniência dá o seu consentimento para que as informações obtidas por meio da leniência sejam compartilhadas com outras autoridades da UE, essas podem ser usadas para o *enforcement* do art. 101 do TFUE.

Já a cooperação com autoridades estrangeiras se dá por meio de acordos celebrados entre a União Europeia e países terceiros, como os Estados Unidos, o Canadá, o Japão e a Coreia. Nesses tratados, são estabelecidas regras de cooperação para a efetividade do *enforcement* em diferentes jurisdições, por meio de notificações, coordenação de atividades e troca de informações não confidenciais. Não obstante, mesmo nesses casos, o compartilhamento de informações confidenciais só se dá a partir da renúncia de confidencialidade por parte do beneficiário da leniência.

3.3. Programa de Leniência brasileiro em comparação com os programas dos Estados Unidos e da União Europeia

3.3.1. Autoridade competente

Como visto anteriormente, de acordo com a Lei de Defesa da Concorrência, o CADE é a autoridade brasileira competente para celebrar Acordos

¹³⁵ Case C-428/14, *DHL v AGCM*, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1509139772601&uri=CELEX:62014CJ0428>. Acesso em: 27 out. 2017.

de Leniência Antitruste¹³⁶, o que se materializa por meio da sua SG/CADE¹³⁷, responsável pelo Programa de Leniência.

No Brasil, a legislação contém determinação geral de que o Acordo de Leniência Antitruste se aplica às infrações à ordem econômica. Logo, em teoria, o escopo de aplicação seria mais amplo do que os programas de leniência dos Estados Unidos e da União Europeia, que, como visto acima, se limitam apenas a acordos anticompetitivos e condutas concertadas. Na prática, contudo, os Acordos de Leniência Antitruste no Brasil têm sido celebrados apenas em relação a acordos ou ajustes entre concorrentes que têm o objetivo ou podem produzir efeitos anticompetitivos, tal como é a prática das autoridades estrangeiras.

3.3.2. Tipos de Acordo de Leniência e Requisitos para sua Celebração

De maneira similar ao que ocorre na jurisdição norte-americana, a legislação brasileira prevê que tanto pessoas jurídicas quanto pessoas físicas podem celebrar o Acordo de Leniência Antitruste. De maneira mais específica, o Acordo pode ser firmado apenas por uma pessoa jurídica¹³⁸, por pessoa jurídica e pessoas físicas conjuntamente¹³⁹, ou uma pessoa física individualmente pode ser a signatária do Acordo¹⁴⁰.

O candidato ao Acordo no Brasil deve cumprir alguns requisitos, como também é exigido por autoridades estrangeiras. Um requisito que

¹³⁶ Como visto no Capítulo 2, eventual celebração de Acordos de Leniência com outras autoridades (como o Ministério Público ou a Controladoria Geral da União) não excluem a competência do CADE para a celebração de Acordos de Leniência Antitruste.

¹³⁷ Lei 12.529/2011, artigo 86: “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo (...)”.

¹³⁸ Conforme previsto no art. 86, §6º da Lei 12.529/2011, os efeitos do acordo de leniência poderão ser estendidos às empresas do mesmo grupo, desde que o acordo seja firmado em conjunto e que as condições impostas no acordo sejam respeitadas.

¹³⁹ Existe a possibilidade de que as pessoas físicas assinem um termo de adesão ao acordo assinado pela pessoa jurídica em momento posterior.

¹⁴⁰ Nesse caso, os benefícios se restringem à pessoa física somente, não sendo possível estender o Acordo celebrado pela pessoa física à pessoa jurídica à qual esteve ou está vinculado, nos termos do artigo 238, §3º do RICADE.

é comum às autoridades brasileira, norte-americana e da União Europeia refere-se à obrigação de cooperar com a investigação, de maneira completa e em caráter permanente. Tal se justifica por ser o Acordo uma forma de colaboração com as investigações das autoridades. No Brasil também é exigido que o candidato à leniência admita sua participação na conduta que está reportando, requisito que também se faz presente nos EUA.

Merece destaque a questão do papel de líder da conduta: enquanto no Brasil a Lei de Defesa da Concorrência mais recente eliminou o impedimento para que o líder do cartel possa celebrar um Acordo¹⁴¹, nos Estados Unidos o candidato à leniência não poder ter sido líder ou precursor da conduta, e na União Europeia não pode ter coagido outros participantes a entrar ou permanecer no cartel (na prática, similar ao papel de um líder).

No Brasil, no momento da propositura do acordo, a SG/CADE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa e/ou da pessoa física, sendo que a cooperação do signatário da leniência deve permitir a identificação dos demais envolvidos na conduta, bem como a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração¹⁴². Observa-se, portanto, certa semelhança com as autoridades estrangeiras, uma vez que (i) nos EUA, um dos requisitos para celebrar a Leniência Tipo B (quando a autoridade tem conhecimento da conduta) é que a Divisão Antitruste ainda não tenha evidência substancial capaz de resultar em condenação fundamentada; e (ii) na UE, que a Comissão não tenha evidências suficientes para configurar a infração. No entanto, nos EUA, toda leniência (Tipos A e B) redundará na extinção de punibilidade da conduta; já na UE, em que pese mais de um interessado poder celebrar acordo de leniência, só um pode obter imunidade total.

¹⁴¹ Como bem pontuou Leonor Cordovil, “a possibilidade é um grande incentivo à leniência no Brasil, inaugurando-se a chance de qualquer interessado, sem restrição, assinar um acordo”. CORDOVIL, Leonor, et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529*, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 191.

¹⁴² Tal pode se inserir em dois cenários distintos: (i) no primeiro cenário a SG/CADE não tem conhecimento da conduta (e o signatário do acordo de leniência poderá ser beneficiado com a extinção da ação punitiva da administração pública); e (ii) no segundo, a SG/CADE já tem conhecimento prévio da conduta, mas não detém provas suficientes para assegurar a condenação dos participantes (sendo que o signatário seria beneficiado com a redução de um a dois terços das penas administrativas aplicáveis).

Ademais, como visto no Capítulo 2, infratores também podem colaborar com as investigações no Brasil por meio da celebração de um TCC¹⁴³, esteja o processo tramitando na SG/CADE ou no Tribunal. Tal como o Acordo de Leniência, o TCC é uma forma de mitigar eventuais sanções decorrentes da condenação em um processo administrativo no CADE, com a diferença que no TCC os benefícios atingem somente a esfera administrativa¹⁴⁴. Nos EUA, interessados em cooperar que não possam se habilitar como lenientes, podem fazê-lo, mas dependem da validação dos benefícios pelo Tribunal responsável pelo sancionamento e só poderão obter o benefício de redução da pena. Na UE, mais de um infrator pode celebrar acordo de leniência, mas apenas o primeiro tem imunidade total.

Ressalta-se que, em se tratando de investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o TCC contém requisitos semelhantes aos do Acordo de Leniência, sendo que, necessariamente, deverá conter no acordo cláusula de reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário¹⁴⁵; deverá conter, ainda, necessariamente, obrigação de pagamento de contribuição pecuniária, com algum desconto em relação à multa esperada¹⁴⁶. Ademais, o compromissário deverá assumir o compromisso de não mais praticar a conduta investigada¹⁴⁷, e também colaborar com a instrução processual¹⁴⁸. Assim, se observa que as condições para celebração de TCC no âmbito de investigações de acordo,

¹⁴³ Ainda que não tenha sido celebrado nenhum Acordo de Leniência com o CADE, é possível que apenas a negociação de um TCC esteja disponível, em razão da exigência de cumprimento de determinados requisitos para celebração da Leniência. (CADE. *Guia do Programa de Leniência do CADE*, maio, 2016.. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 17 jan. 2018. p. 22.

¹⁴⁴ O TCC não gera benefícios automáticos na esfera criminal, sendo que, por tal razão, o Ministério Público não atua no acordo como interveniente e pode propor ação penal contra os compromissários. Existe, contudo, a possibilidade de celebração de um acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e/ou a Polícia Federal, a critério de tais autoridades.

¹⁴⁵ Nos termos do artigo 225 do RICADE.

¹⁴⁶ No caso, a contribuição é feita ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, conforme determinações do artigo 224 do RICADE.

¹⁴⁷ Conforme determinação contida no artigo 85, §1º, da Lei 12.529/2011.

¹⁴⁸ Vide determinação do artigo 226 do RICADE.

combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes se assemelha aos requisitos necessários para celebração de leniência¹⁴⁹.

Outra possibilidade de colaboração se refere à chamada Leniência Plus. De forma similar ao cenário previsto na legislação norte-americana, a Leniência Plus é possível em um cenário em que a empresa ou o indivíduo buscam o CADE para reportar um novo cartel sobre o qual a autoridade não tem conhecimento, e ao mesmo tempo o potencial signatário não preenche os requisitos para celebrar um Acordo de Leniência com relação a outro cartel do qual tenha participado.¹⁵⁰ Isto é, a Leniência Plus envolve duas condutas: (i) uma conduta na qual a empresa ou a pessoa física não poderia celebrar o Acordo de Leniência, mas somente um TCC; e (ii) uma segunda conduta que esta empresa ou esta pessoa física poderia levar ao conhecimento do CADE, celebrando um Acordo de Leniência (“Nova Leniência”). Nesta hipótese, o signatário recebe os benefícios advindos da Nova Leniência em relação à conduta da qual o CADE não tinha conhecimento, podendo ainda obter uma redução de até um terço da penalidade aplicável ao cartel sobre o qual o CADE já tinha conhecimento.¹⁵¹

¹⁴⁹ Nesse contexto, a instituição destes requisitos para celebração de TCC em casos de investigação de cartel, especialmente a exigência de admissão de culpa na conduta, foi duramente criticada à época, com questionamentos sobre se o CADE não teria se excedido ao exigir a confissão de culpa pela conduta. Ademais, outro ponto de reflexão levantado seria no sentido de tal requisito ser um potencial desincentivo aos indivíduos interessados em celebrar o acordo, já que como o TCC não acarreta benefícios na esfera criminal, a admissão de culpa poderia ser usada de maneira desfavorável ao colaborador. Em contraposição a tais preocupações, argumentou-se que a exigência de admissão de culpa se justificaria no contexto de incentivos à leniência. Isso porque, sem a exigência, o compromissário teria mais benefícios do que o próprio leniente, apesar deste ter colaborado com o CADE antecipadamente. Isto é, sob esse ponto de vista, o programa de leniência e o incentivo à corrida para ser o primeiro a reportar uma conduta ao CADE seriam severamente prejudicados, já que seria mais vantajoso aguardar e celebrar um TCC posteriormente, sem a admissão de culpa. Para uma maior discussão, ver: VICENTINI, Pedro. A confissão de culpa nos termos de compromisso de cessação: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência. *Revista do Ibrac*, v. 17, p.252-274, 2010; e BOTTINI, Pierpaolo; SOUZA, Ricardo Inglez de; e DELOSSO, Ana Fernanda Ayres. A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. *Revista do Ibrac*, v. 20, p.117-140, 2013.

¹⁵⁰ Lei 12.529/2011, artigo 86, §7º.

¹⁵¹ Lei 12.529/2011, artigo 86, §8º.

3.3.3. *Fases de Negociação e Celebração do Acordo*

A negociação de um Acordo de Leniência no Brasil (ou “Acordo”) é realizada em três fases, que envolvem (i) o pedido de senha (“*marker*”), (ii) a apresentação de informações e documentos que comprovem a infração reportada, e (iii) a formalização do Acordo.

Determinações sobre solicitação de *marker* para garantir o lugar do candidato na fila da corrida pela celebração da Leniência estão presentes não só na jurisdição brasileira, mas também nos EUA e na UE, como visto acima. No Brasil, a solicitação do *marker* se presta a assegurar que determinada empresa ou pessoa física foi o primeiro proponente a se candidatar para celebrar o Acordo em relação a uma determinada conduta, ainda que não tenha todos os documentos e informações para formalizar a proposta no momento do pedido do *marker*.¹⁵²

Ademais, de maneira similar aos requisitos exigidos pelas autoridades estrangeiras, para a solicitação do *marker* no Brasil, o proponente deve apresentar algumas informações iniciais, que permitirão à autoridade identificar se o proponente de fato é o primeiro a se manifestar sobre aquela conduta¹⁵³, quais sejam: (i) os participantes da conduta, com a qualificação completa do proponente e a identidade dos demais participantes; (ii) o produto ou

¹⁵² Vide artigo 239 do RICADE. Caso o proponente não tenha sido o primeiro a se manifestar, ele será informado sobre a indisponibilidade de celebração do Acordo e será certificada a possibilidade de ser incluído na fila de espera para eventual proposição de um acordo sobre a infração em questão. O segundo proponente na fila da negociação somente será convocado em três situações, quais sejam: so a primeira proposta seja rejeitada pela SG/CADE, caso o primeiro proponente desista da negociação, ou caso os prazos de negociação previstos no RICADE sejam descumpridos

¹⁵³ Em linhas gerais, a SG/CADE verifica (i) se há algum pedido de *marker* que tenha sido apresentado anteriormente por outra empresa ou indivíduo; (ii) se há algum Acordo de Leniência sendo negociado com outra empresa ou indivíduo; (iii) se a SG/CADE possui conhecimento prévio sobre a conduta reportada, hipótese em que o Acordo pode ser celebrado caso a SG/CADE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou indivíduo; e (iv) se há algum Acordo de Leniência assinado com outra empresa ou pessoa física. Vide esclarecimentos apresentados no Guia do Programa de Leniência do CADE (CADE. *Guia do Programa de Leniência do CADE*, maio, 2016.. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 17 jan. 2018. p. 26-27).

serviço afetado pela prática reportada; (iii) a duração estimada da conduta; e (iv) a área geográfica afetada pela conduta¹⁵⁴.

Ademais, em linhas gerais, a negociação se assemelha bastante com a metodologia usada pela Comissão Europeia, sendo que, posteriormente, a SG/CADE providenciará a emissão de declaração atestando o *marker* e assinalando o prazo no qual a proposta de acordo de leniência deverá ser apresentada pelo proponente, com uma descrição das informações e dos documentos que serão apresentados quando da assinatura do Acordo, bem como informações sobre propostas de Acordos em outras jurisdições, quando for o caso. Submetida a proposta, inicia-se o período de negociação propriamente, sendo que caso as informações e os documentos apresentados não sejam considerados suficientes pelo CADE, a proposta poderá ser rejeitada, e caso sejam suficientes, inicia-se a fase de formalização do Acordo.

Finalmente, cumpre notar que no caso da Leniência Plus mencionada anteriormente, também será necessário solicitar o *marker*, sendo que nessa situação é preciso que o proponente indique exatamente em quais cartéis pretende fazer uso do benefício concedido¹⁵⁵.

3.3.4. Benefícios conferidos ao Beneficiário da Leniência

De maneira similar aos benefícios concedidos no Programa de Leniência Norte-Americano, o Acordo de Leniência Antitruste celebrado no Brasil confere benefícios aos proponentes tanto na esfera administrativa, quanto na esfera criminal.

Nesse sentido, a celebração do Acordo de Leniência Antitruste pode ter dois resultados na esfera administrativa. Em um primeiro cenário, caso a proposta do Acordo tenha sido apresentada à SG/CADE em um momento no qual a autoridade não tivesse ainda conhecimento prévio da infração reportada, o Acordo de Leniência garante a extinção da ação punitiva da administração pública¹⁵⁶. No entanto, em um segundo cenário, caso a SG/CADE já detivesse conhecimento sobre a infração, não dispondo de provas suficientes para assegurar a condenação, o Acordo resulta na redução de um

¹⁵⁴ Conforme determina o §1º do artigo 239 do RICADE.

¹⁵⁵ CADE. *Guia do Programa de Leniência do CADE*, maio, 2016.. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 17 jan. 2018. p. 56.

¹⁵⁶ Vide artigo 86, §4º, da Lei 12.529/2011 c/c artigo 249 do RICADE.

a dois terços da penalidade aplicável¹⁵⁷. Esses benefícios, é preciso ressaltar, são concedidos em caráter definitivo quando do julgamento do processo administrativo pelo Tribunal do CADE, ocasião na qual o Tribunal atesta o cumprimento do Acordo, de maneira semelhante ao que ocorre na Comissão Europeia. Nos Estados Unidos, a carta de leniência final, que indica que a leniência foi concedida de fato, é recebida depois de cumpridas todas as obrigações de cooperação com a autoridade. Via de regra, isso também ocorre depois de concluída a investigação e eventuais procedimentos persecutórios em face de outros participantes.

Na esfera criminal, o Acordo de Leniência implica a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação à pessoa física beneficiária do Acordo no que se refere aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei 8.137/1990) e demais crimes relacionados à prática de cartel, como os tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993) e no artigo 288 do Código Penal (associação criminosa). Uma vez que o Acordo tenha sido cumprido, a punibilidade dos crimes se extingue automaticamente. Observa-se, portanto, certa semelhança com os benefícios do modelo de leniência concorrencial norte-americano. Contudo, é preciso ressaltar que, naquele caso, outras divisões do DOJ não estão vinculadas ao acordo de leniência, e poderiam então investigar crimes conexos.

Por fim, tal como ocorre na União Europeia com a Leniência celebrada com a Comissão, a leniência concorrencial no Brasil não garante benefícios na esfera cível, sendo que o beneficiário da Leniência poderá ter que responder por danos concorrenciais em uma eventual ação civil pública ou em uma ação privada de ressarcimento na mesma situação dos demais; há, contudo, propostas de alteração legislativa para modificar esse cenário, trazendo benefícios aos lenientes neste tipo de ação se comparado aos demais investigados, situação similar à verificada nos Estados Unidos.

3.3.5. Interface com outras áreas

Tal qual esclarecido acima, no Brasil, o Acordo de Leniência Antitruste tem repercussões na esfera administrativa, podendo garantir a extinção da punibilidade da conduta anticompetitiva, e também na esfera penal, extinguindo a punibilidade criminal ou impedindo o oferecimento da denúncia

¹⁵⁷ Ibidem.

com relação à pessoa física beneficiária do Acordo no que se refere aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei 8.137/1990 e outros eventuais crimes relacionados ao cartel reportado.

Para além desse aspecto, a questão de eventual interface com outras áreas se torna ainda mais relevante porque, como visto no capítulo anterior, no Brasil, um mesmo fato pode ser investigado e processado por diversas autoridades que podem também celebrar acordos de leniência com relação a uma mesma prática. Assim, como já explorado anteriormente no presente trabalho, o atual contexto brasileiro retrata uma multiplicidade institucional, sendo que por vezes, subsistirá sobreposição de autoridades com interesse ou competência sobre os mesmos fatos. Essa situação não é, contudo, tão diferente dos EUA (em relação às outras autoridades que não o DOJ) ou a Europa (em relação às autoridades nacionais e aspectos penais, quando aplicáveis).

Nesse contexto, alguns sinais de cooperação já podem ser observados quanto à atuação de autoridades com competências que se sobrepõem. Nessa linha, o CADE e o Ministério Público, desde a instituição do Acordo de Leniência Antitruste, cooperam para dar mais segurança e, portanto, gerar incentivos à celebração do referido acordo. Para tanto, o Ministério Público assina os Acordos de Leniência Antitruste como interveniente anuente, mesmo sem previsão legal, garantindo a efetividade da imunidade criminal prevista na Lei de Defesa da Concorrência. Da mesma forma, o CADE e o BCB celebraram Memorando de Entendimentos para cooperarem quanto à investigação de condutas potencialmente anticompetitivas relacionadas ao Sistema Financeiro¹⁵⁸. Ainda que o Memorando não trate de colaboração quanto à celebração de acordos de leniência, é possível interpretar tal movimento como um indício de que as autoridades estariam dispostas a manter um diálogo quanto a eventual conflito de competência.

De todo modo, o cenário para celebração de acordos de leniência relacionados a condutas que possam ser objeto de investigação por mais de uma autoridade tem sido marcado por certo grau de insegurança para as pessoas

¹⁵⁸ CADE. *Memorando de entendimentos relativo aos procedimentos de cooperação na análise de atos de concentração econômica no sistema financeiro nacional entre o banco central do Brasil (BCB) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/banco-central-e-cade-assinam-memorando-de-entendimentos/memorando_cade_bc.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

jurídicas e físicas que pretendem colaborar, por se tratar de situação relativamente recente, como será detalhado no Capítulo 5 do presente trabalho.

3.3.6. *Cooperação com outras autoridades concorrenciais*

Finalmente, no que se refere à cooperação com outras autoridades concorrenciais, o que se observa no Brasil é uma grande semelhança com o Programa de Leniência dos EUA. Isso porque, via de regra, a proposta do Acordo de Leniência e todo o processo de negociação são pautados pela confidencialidade¹⁵⁹, sendo que o Acordo permanece regido pela confidencialidade em relação ao público em geral, mesmo depois de sua formalização e assinatura, de modo a proteger a investigação em curso e os proponentes. Nesse contexto, o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela SG/CADE com base em documentos e informações de caráter auto-acusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência (e também de TCC), são mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do CADE, não podendo ser disponibilizados a terceiros.¹⁶⁰

Contudo, a Resolução 21/2018 admite a concessão de acesso aos documentos em questão em caráter excepcional, em algumas situações determinadas, dentre as quais a cooperação jurídica internacional.¹⁶¹ Nesse caso, o acesso aos documentos não pode gerar prejuízo à investigação e exige-se a autorização do CADE e também do Signatário(s). Via de regra o(s) Signatário(s) abdica(m) da confidencialidade de sua identidade e/ou de documentos apresentados no Acordo (de maneira integral ou parcial) em algumas situações, como na hipóteses na qual a publicidade pode ser favorável a este ou à investigação. Assim, o CADE somente compartilha informações com autoridades de outros países mediante autorização expressa do(s) Signatário(s), concedida por escrito, por meio do termo de renúncia (*waiver*), que permite que as informações apresentadas por ocasião do Acordo sejam compartilhadas com outras autoridades.

Ressalta-se, ainda, que um dos aspectos considerados na avaliação do pedido de concessão de acesso aos documentos do Acordo de Leniência por outras jurisdições diz respeito à “necessidade de preservação da participação

¹⁵⁹ Lei 12.529/2011, artigo 86, §9º.

¹⁶⁰ Conforme determina a Resolução n. 21/2018 do CADE, em seu artigo 2º, inciso I.

¹⁶¹ Resolução n. 21/2018, artigo 3º, inciso IV.

do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica¹⁶².

Ademais, é preciso destacar que os representados nos processos administrativos não podem divulgar ou compartilhar, quer integral ou parcialmente, informações e ou documentos apresentados no âmbito do Acordo de Leniência, sem prévia autorização do CADE. Essa vedação se aplica, inclusive, para o compartilhamento com outros órgãos governamentais ou autoridades estrangeiras.¹⁶³

¹⁶² Vide Resolução n. 21/2018, artigo 3º, parágrafo único, inciso VII. Os demais aspectos que devem ser considerados são: I – a legitimidade do requerente; II – os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento; III – a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento; IV – a fase processual da investigação no Cade, conforme a Seção II desta Resolução; V – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador; VI – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade.

¹⁶³ RICADE, artigo 248, §2º, II.

4

ELEMENTOS ECONÔMICOS SUBJACENTES. A EXPERIÊNCIA DO CADE – ACORDOS DE LENIÊNCIA E TCC

O desenvolvimento do instrumento da leniência como instituto jurídico relevante ao combate de ilícitos como cartéis decorreu, em larga medida, da maior compreensão das particularidades e dos mecanismos que caracterizam tais arranjos ilícitos. A evolução desse instituto no tempo foi resultado de ajustes que trouxeram maior confiabilidade e previsibilidade a respeito dos aspectos procedimentais mais relevantes e dos desdobramentos de sua utilização.

Com o objetivo de determinar quais seriam os elementos essenciais que devem compor uma política efetiva de acordo de leniência, o presente capítulo trará algumas considerações sobre (i) fundamentos e novas tendências aplicáveis à política de acordos de leniência, (ii) como as características da política de leniência impactam sua efetividade e, ao final, (iii) considerações sobre a experiência recente do CADE com tais instrumentos de colaboração (acordo de leniência e TCC no âmbito antitruste).

A trajetória de sucesso dos programas de leniência na defesa da concorrência, tanto no Brasil quanto na Europa e Estados Unidos, revela a crescente importância assumida por esse instrumento na detecção e combate a condutas anticompetitivas. Intitulada Revolução da Leniência (*the leniency revolution*) por Giancarlo Spagnolo¹⁶⁴, a crescente utilização de acordos de leniência despertou interesse de economistas que estudaram tal movimento na tentativa de identificar a razão do sucesso de tais programas e quais seriam possíveis questões a serem aprimoradas para o incremento de sua efetividade. Para tanto, um primeiro ponto de estudo foi o conjunto das características do ilícito a ser combatido. Em outros termos, o entendimento

¹⁶⁴ SPAGNOLO, G. *Leniency and Whistleblower in Antitrust*. 2005. Disponível em: <<http://www.learlab.com/conference2005/documents/spagnolo.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

das nuances do ilícito é elemento fundamental para a criação de um instrumento de combate verdadeiramente responsivo.

Para além do antitruste, os ilícitos em relação aos quais há previsão de acordos de leniência ou de colaboração premiada são ilícitos que envolvem múltiplos agentes com o objetivo de contornar determinadas leis. Nesse sentido, o *primeiro elemento* característico desse ilícito é a *necessidade de cooperação*. Tal característica impõe a existência de regras de governança interna que impeçam ou diluam incentivos para que os participantes do ilícito adotem condutas oportunistas e assegurem a necessária cooperação.

As regras de interação que viabilizam a cooperação entre os agentes podem variar de acordo com o número de participantes, da existência de um líder e do tipo de relação com clientes e fornecedores (ou, as vítimas da violação).

Um *segundo elemento* se refere ao fato de que tais ilícitos são *resultado de interações frequentes entre agentes que esperam obter potenciais vantagens futuras*. Como resultado do desenvolvimento da tecnologia, os instrumentos utilizados para comunicação entre os participantes tornaram-se mais sofisticados (e.g. mensagens instantâneas de celular, e-mails compartilhados, etc). Ainda que a frequência das interações entre os participantes possa variar, relações perenes entre agentes garantem uma maior estabilidade do arranjo e, por consequência, evitam o surgimento de comportamentos oportunistas. Essa característica foi evidenciada por George Stigler¹⁶⁵ que apontou a capacidade de monitoramento e punição como uma das mais importantes ferramentas para a viabilidade de um cartel, por exemplo.

Como *terceira* e importante característica há ainda o *acesso a informação de terceiros e do ilícito por eles cometidos enquanto participantes*. Esse elemento é essencial ao estudo aqui proposto: atividades intrínsecas ao ilícito (e.g. coordenação, monitoramento e punição) resultam na produção de informações relevantes às investigações.

Assim, as estruturas e incentivos de um programa de leniência efetivo devem levar em consideração tais características. O desenho de um programa de leniência bem-sucedido decorre da reflexão de quais são os incentivos mínimos necessários para que um dos participantes rompa com a estrutura colusiva. Parte dessa análise é, evidentemente, empírica e decorre

¹⁶⁵ STIGLER, George. A Theory of Oligopoly. *The Journal of Political Economy*, v. 72, n. 1, 1964.

do monitoramento dos elementos econômicos subjacentes a cada nova alteração implementada aos programas de leniência.

Parte dos estudos econômicos relacionados a acordos de leniência e correlatos usam o modelo conhecido por Dilema do Prisioneiro para explicar a efetividade de tais programas.

As empresas, no geral, aderem a um cartel para maximizar seus lucros, já que cartéis podem resultar em mais poder de mercado e lucro excedente. É intuitivo que confissões tendem a aumentar se o governo oferece incentivos para que as empresas confessem. Programas de leniência, no entanto, funcionam de modo mais complexo ao incentivar confissões, criando desconfiança entre os membros do cartel. Essa desconfiança pode ser explicada pelo Dilema do Prisioneiro.

O Dilema do Prisioneiro, um dos mais notórios casos de estudo utilizados na teoria dos jogos, narra o dilema de dois criminosos cúmplices que são presos pela polícia. A polícia não tem provas suficientes para condenar nenhum deles, então os separa em salas diferentes e oferece a ambos o mesmo acordo, que os deixa com duas opções: confessar e delatar seu cúmplice, ou ficar em silêncio e colaborar com seu cúmplice. O dilema se instala porque um não sabe o que o outro irá fazer. Se nenhum dos dois confessar, ambos recebem uma pena branda. Se um confessar e o outro não, aquele que confessou fica livre e o cúmplice recebe uma pena rigorosa. Todavia, se ambos confessarem, receberão uma pena intermediária. Considerando os incentivos deste jogo, que consistem nos valores das penas para cada uma das decisões, a única decisão racional a ser tomada individualmente pelos prisioneiros é confessar e delatar o cúmplice, que é a melhor resposta individual a qualquer das decisões do outro jogador, ainda que ambos estivessem em situação melhor caso pudessem coordenar suas respostas de forma crível para nenhum deles confessar.

Neste sentido, o Dilema do Prisioneiro existe quando duas partes agem de forma racional, perseguindo seus próprios interesses individuais, de modo que ambas acabam em uma posição pior do que se cooperassem e buscassem os interesses do grupo. Programas de leniência tentam criar essa situação em que confessar seja a estratégia dominante para os participantes individualmente considerados do cartel: a ideia é que um participante confesse e coopere com a autoridade em troca de anistia por suas violações, antes que outros consigam essa oportunidade.

Note-se que os incentivos descritos pelo Dilema do Prisioneiro apenas funcionarão em um programa de leniência se determinados elementos estiverem presentes. Isso é o que discutiremos abaixo.

4.1. Programas de Leniência: alicerces e efetividade

Em linhas gerais, os fundamentos que diferenciam programas de leniência de outros tipos de medidas de prevenção e persecução de ilícitos são: (a) seu caráter prévio (temporalidade); (b) sua aplicabilidade geral; e (c) sua previsibilidade: os programas de leniência devem ser regulados de forma transparente e previsível.

Além disso, o relatório “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”, publicado pela OCDE em setembro de 2011¹⁶⁶, ressalta que clareza, certeza e prioridade são características cruciais para um programa de leniência, tendo em vista que é mais provável que empresas confessem e delatem se as condições e os benefícios para fazê-lo forem claras. O relatório destaca que, para se maximizar o incentivo à delação e incentivar o colapso do cartel de forma mais rápida, é importante que o primeiro a confessar receba o “melhor negócio”, mas também que os termos do acordo sejam tão claros quanto possíveis previamente.

Os programas de leniência são úteis à identificação de condutas ilícitas desconhecidas pelas autoridades. Em outros termos, leniências identificam ilícitos cujos agentes ou condutas em si não haviam sido integralmente detectados antes do reporte espontâneo. Portanto, sem a existência desse instrumento, a detecção e punição da conduta ilícita ou ficaria prejudicada ou demandaria o uso extensivo de recursos públicos. Portanto, aumentam a probabilidade de detecção e diminuem o custo de investigação pela autoridade, o que leva a uma maior probabilidade de a violação ser descoberta e, ao final da investigação, ser condenada (i.e. haver provas).

Outro alicerce relevante de programas de leniência é sua abrangência. Os programas de leniência são aplicáveis indistintamente a todos os agentes envolvidos em condutas colusivas. Assim, o programa de leniência cerca-se de elementos impessoais e abrangentes, de modo a garantir que o maior número de agentes envolvidos no ilícito antitruste esteja qualificado a denunciar.

Por fim, um programa de leniência efetivo deve ser previsível. Para tanto, a existência de normas com procedimentos claros e benefícios bem definidos é essencial para o sucesso desse tipo de política. Tais programas devem ser gerais, públicos, transparentes, previsíveis e divulgados. Não

¹⁶⁶ OCDE. *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

apenas o programa deve ser publicizado, como os benefícios dele decorrentes também devem ser de conhecimento público. Tais elementos contribuem para as finalidades de uma política efetiva de combate a cartéis que busca em essência a prevenção, identificação e punição da conduta ilícita. Partindo dessas funções, são construídos os alicerces dos programas de leniência mais efetivos.

Não obstante tal objetivo, a métrica para aferir a efetividade de programas de leniência pode variar significativamente. Há quem defenda que a maior efetividade de uma política de acordo de leniência deve ser mensurada pelo volume de multas aplicadas em decorrência de cartéis identificados por meio do instituto jurídico da leniência em comparação com outros instrumentos de investigação.¹⁶⁷ Por outro lado, outra forma de aferir a efetividade de uma política de leniência consiste em identificar sua aptidão a dissuadir a formação de cartéis e incrementar o bem-estar da sociedade. Sob essa perspectiva, o volume de ilícitos punidos não é uma métrica adequada à identificação de uma boa política.¹⁶⁸ Não obstante, aferir o efeito dissuasivo dos programas de leniência pode apresentar elevado nível de complexidade como será abordado a seguir.

4.2. Efeito dissuasivo dos programas de leniência

O termo “dissuasão” (ou “*deterrence*”, em inglês) significa o ato de convencer uma pessoa a deixar de fazer alguma coisa, a perder certa intenção ou, ainda, ação de desencorajar certo comportamento, especificamente pelo medo.

A dissuasão de condutas ilegais consiste em um dos objetivos mais importantes de qualquer legislação, comumente relacionada às teorias envolvendo as finalidades das penas e ligada ao *enforcement* da lei, o qual é indispensável para a certeza da condenação de uma prática ilícita. Evidentemente, a elaboração e aplicação de leis possuem outros propósitos, como a compensação da vítima e a justiça, mas uma de suas principais razões é

¹⁶⁷ Cf. HAMMOND, Scott D. *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last Two Decades*. 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>>. Acesso em: 18 maio 2019.

¹⁶⁸ BIGONI, Maria; FRIDOLFFSSON, Sven-Olof.; COQ, Chloé. Le; SPAGNOLO, Giancarlo. *Fines, Leniency and Rewards in Antitrust*. 2011. Disponível em: <<http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp738.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2017.

reduzir a frequência de condutas ilegais, prevenir a ocorrência de ilícitos e crimes.

Com relação aos cartéis, condutas de corrupção, fraude a licitações e outras infrações que envolvem múltiplos agentes - e para as quais há previsão de acordos de leniência -, o objetivo geral de dissuasão, especificamente dos programas de leniência, pode se dar de duas maneiras¹⁶⁹.

A primeira é a dissuasão prévia ou geral, que consiste na prevenção da formação do ilícito e é alcançada por meio da probabilidade de aplicação de sanções suficientemente pesadas ao infrator e de outros mecanismos que tornem o ilícito instável ou não lucrativo. A segunda maneira é a dissuasão posterior ou desistência, que visa assegurar que os indivíduos envolvidos em cartéis que não foram dissuadidos previamente sejam induzidos a interromper a prática ilegal, mesmo quando as autoridades não tenham quaisquer indícios sobre o cartel.

É natural concluir que a dissuasão geral é a finalidade mais importante da aplicação da legislação relativa a esses ilícitos e deve ser o objetivo primário das políticas de leniência. Tamanha relevância decorre do fato da dissuasão poder alcançar vasto número de infrações potenciais, que, ao contrário das infrações consumadas, não chegam a perpetrar prejuízo à sociedade e não requerem que as autoridades detectem e investiguem cada um dos infratores envolvidos na conduta.

Importa destacar que o efeito dissuasório pressupõe a existência de um comportamento racional do potencial infrator, o qual irá ponderar os custos e benefícios que pode auferir com a prática da conduta ilícita e os prejuízos que pode sofrer caso se envolva na prática e seja detectado e punido, bem como a probabilidade de tal detecção ocorrer. Nesse sentido, a existência de programas de leniência é capaz de desencorajar a formação do ilícito por meio do enfraquecimento da confiança entre os infratores, com o aumento do risco de que algum deles unilateralmente reporte a conduta para se beneficiar da leniência. Os programas de leniência também aumentam a probabilidade de detecção do ilícito, uma vez que induzem infratores ainda não identificados e que perderam a confiança ou o interesse no ilícito a espontaneamente se entregar e denunciar os coparticipantes.

¹⁶⁹ SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency and Whistleblower in Antitrust*. 2005. Disponível em: <<http://www.learlab.com/conference2005/documents/spagnolo.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018..

As propriedades da dissuasão sob o prisma concorrencial já foram discutidas anteriormente na literatura especializada. Paolo Buccirossi¹⁷⁰ analisou como as características institucionais e de aplicação dos programas antitruste afetam seu grau de dissuasão, tendo identificado que diversos fatores exercem influência neste sentido: (i) sanções e danos; (ii) qualidade da legislação; (iii) recursos financeiros e humanos; (iv) poderes de investigação da autoridade; (v) independência da autoridade; e (vi) separação dos poderes. Segundo referido estudo, o efeito dissuasório de cartéis não depende exclusivamente da pena em si, mas também da qualidade normativa e procedimental das autoridades concorrenciais e de agências estruturadas para monitorar o mercado, detectar efetivamente as condutas de cartel e puni-las adequadamente, o que torna provável a condenação de uma prática ilegal.

As sanções aplicadas pelas autoridades que conduzem os programas de leniência, bem como os demais potenciais prejuízos decorrentes de uma condenação (*e.g.*, indenização aos indivíduos afetados, perda de clientes, perda de reputação), de fato impactam diretamente no efeito dissuasório de um programa designado para combater a prática de cartel. Sobre isso, importa notar que o nível de impacto das sanções na dissuasão da conduta depende de dois elementos: a previsão legal da sanção e o modo como ela é aplicada na prática. Assim, a mera existência de leis, como as Leis de Defesa da Concorrência e Anticorrupção brasileiras, prevendo que a multa a que se sujeita o infrator envolvido em uma conduta anticompetitiva pode ser de até 20% do faturamento da empresa¹⁷¹ não surte tanto efeito se, na prática, a autoridade competente nunca tenha aplicado este nível de multa, de modo que as empresas não esperarão ter que pagar o montante.

O efeito dissuasório é impactado também pela probabilidade de detecção e punição pelas autoridades. Esta probabilidade é influenciada pela maneira como as autoridades atuam, considerando os programas de incentivo à cessação da conduta, os recursos humanos e financeiros despendidos na aplicação das leis, e os poderes de investigação detidos pela autoridade, por exemplo.

¹⁷⁰ BUCCIROSSI, Paolo. *Deterrence in Competition Law*. Discussion Paper n. 285. 2009. Disponível em: <<http://www.learlab.com/publication/deterrence-in-competition-law>>. Acesso em: 18 maio 2019.

¹⁷¹ Vide artigo 37, inciso I da Lei 12.529/2011 e artigo 6º, inciso I da Lei 12.846/2013.

Não há muita divergência quanto ao efeito dissuasório de programas de leniência, que são ferramentas efetivas de combate aos cartéis e outros ilícitos coletivos. A eficácia do programa pode ser comprovada por sua capacidade de aumentar a taxa de detecção das infrações, aumentar as informações obtidas pela autoridade e alterar os incentivos dos infratores, contribuindo com a desestabilização do conluio. O grande desafio para melhor avaliar a efetividade dos programas de leniência consiste na dificuldade em se estimar os casos que foram efetivamente dissuadidos, considerando quão prejudiciais eles teriam sido ao ambiente social se tivessem sido consumados e o bem-estar decorrente de seus efeitos dissuasivos.

O efeito dissuasivo de leis antitruste e sua estimativa têm sido objeto de trabalhos acadêmicos que analisaram diferentes aspectos da dissuasão¹⁷². Recentemente, algumas pesquisas trabalharam com experimentos, visando examinar mais diretamente os efeitos dissuasivos em um ambiente controlado.

¹⁷² BREIT, William.; ELZINGA, Kenneth. Antitrust Penalties and Attitudes toward Risk: An Economic Analysis. *The Harvard Law Review Association*, v. 86, n. 4, p. 693-713, 1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1339944?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 20 ago. 2019. LANDES, William M.. Optimal Sanctions for Antitrust Violations. *The University of Chicago Law Review*, v. 50, p. 652-678, 1983. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/fb23/e8287e350d1abdfa2b840876fb0cc04bc962.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019. KOBAYASHI, Bruce H. Antitrust, Agency and Amnesty: An Economic Analysis of Criminal Enforcement of the Antitrust Laws against Corporations. *George Washington Law Review*, v. 69, ns. 5-6, out./dez., p. 715-744, 2001. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=305260>. Acesso em: 20 ago. 2019. GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua D. Antitrust Sanctions. *George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-60*, v. 6, n.2, p. 3-39, 2010. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705701>. Acesso em: 20 ago. 2019. WERDEN, Gregory J.; HAMMOND, Scott D.; BARNETT, Belinda A. *Deterrence and Detection of Cartels: Using all the Tools and Sanctions*, 2012. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518936/download>>. Acesso em: 20 ago. 2019. KATSOUACOS, Yannis; ULPH, David. Antitrust Penalties and the Implications of Empirical Evidence on Cartel Overcharges, *The Economic Journal*, v. 123, Issue 572, p. 558-581, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2360354>. Acesso em: 20 ago. 2019. KATSOUACOS, Yannis; MOTCHENKOVA, Evgnea; ULPH, David. Penalizing Cartels: The Case for Basing Penalties on Price Overcharge. *International Journal of Industrial Organization*, v. 42, p. 70-80, 2015. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718715000879>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Em um dos experimentos laboratoriais, realizado por Spagnolo e outros¹⁷³, foi simulada a formação de um cartel a fim de se examinar os efeitos dissuasivos que decorrem do valor e da severidade das multas aplicadas e da probabilidade de detecção pelas autoridades concorrenciais. Em linha com resultados de estudos anteriores, foi verificado que programas que concedem leniência exclusivamente ao primeiro infrator a reportar espontaneamente a atividade ilícita, antes que qualquer investigação tenha sido iniciada, aumentam significativamente a dissuasão - o que parece estar relacionado ao aumento do risco/medo de ser entregue por um dos coparticipantes na conduta ilícita. Aumentando-se os incentivos para trair o acordo ilícito e também os custos de ser entregue por um dos infratores, aumenta-se o nível da dissuasão da conduta.

Os resultados de referido experimento possuem implicações importantes nas políticas antitruste, demonstrando também que a severidade da multa em si possui um papel crucial na prevenção do cartel. Nesse sentido, a imposição de valores elevados de multa aos condenados é efetiva, até mesmo quando não existe o risco de ser detectado pelas autoridades sem a denúncia por um dos infratores. Considerando a existência de uma política de leniência que torne atrativa a denúncia da conduta ilícita, o impacto da aplicação de multa é ainda maior.

Desde a estruturação dos programas de leniência nos Estados Unidos em 1993, que têm por base oferecer imunidade à primeira parte que reporta a conduta lesiva e benefícios menores às demais partes que contribuírem com informações adicionais sobre a conduta, esse tipo de desenho vem sendo utilizado pelas autoridades concorrenciais como principal instrumento de combate a cartéis e fraude a licitações¹⁷⁴. Com relação à dissuasão de outros ilícitos por programas de leniência, como a corrupção, os debates se intensificaram após a publicação do artigo “*Why, for a Class of Bribes,*

¹⁷³ BIGONI, Maria.; FRIDOLFSSON, Sven-Olof; COQ, Chloé Le; SPAGNOLO, Giancarlo. Trust, Leniency and Deterrence. *Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics*, 2014. Disponível em: <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/workingpaper/working_paper_2014-2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁷⁴ BERLIN, Maria Perrota; SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency, Asymmetric Punishment and Corruption: Evidence from China*. 2016. Disponível em: <https://economics.gu.se/digitalAssets/1584/1584111_mariaperottaberlin.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019. p. 2.

*the Act of Giving a Bribe Should Be Treated as Legal*¹⁷⁵ por Kaushik Basu no ano de 2011. Basu tem como objeto de estudo o que ele denomina de “*harassment bribes*”, isto é, subornos frequentemente concedidos por pessoas para obter algo que estão legalmente autorizadas a ter, *e.g.*, quando a restituição de imposto de renda é retida de um contribuinte até o momento em que ele pague algum valor à autoridade responsável pela restituição.¹⁷⁶ O autor argumenta que, havendo a imunidade nesse tipo de situação¹⁷⁷, uma vez cometido o ato de suborno, os interesses daquele que paga o suborno e aquele que o recebe tornam-se divergentes, já que o primeiro estará disposto a colaborar para que o segundo seja descoberto; e, o segundo, tendo ciência

¹⁷⁵ BASU, Kaushik. *Why, for a Class of Bribes, the Act of Giving a Bribe should be Treated as Legal*, 2011. Disponível em: <http://www.kaushikbasu.org/Act_Giving_Bribe_Legal.pdf>. Acesso em 18 maio 2019.

¹⁷⁶ Basu defende que o ato de pagar suborno nesse caso deve ser encarado como um ato legítimo, de forma a se conceder imunidade total de qualquer tipo de ação pelo Estado para que haja uma consequente queda na realização deste tipo de conduta. Destaca-se que, segundo Basu, esse tipo de imunidade não deve se estender para outros casos de subornos que não aqueles classificados como “*harassment bribes*”, ou seja, para casos em que há a prática de ato de corrupção por suborno para obter algo que *não* está legalmente autorizadas a ter. Porém, Basu sinaliza sua inclinação para que ainda assim haja um tratamento assimétrico entre as pessoas envolvidas em atos de “*non-harassment bribes*”, nesse sentido: “*But I am inclined to believe that even in such bribery cases there ought to be an asymmetric treatment of the bribe taker and the giver. In particular, the punishment meted out to the bribe taker should be substantially greater than on the giver. This will mean that the collusive bond between the bribe taker and the giver will be weakened and the bribe giver will be more likely to cooperate with the judiciary in exposing the crime than under the current circumstances.*” (vide p. 9-10)

¹⁷⁷ “For the sake of clarity, let me emphasize what to the careful reader will be obvious anyway. It is not being argued here that the (harassment) bribe giver be pardoned in retrospect. A retrospective pardon is like an amnesty; and barring rare exceptions, amnesties are not worth it. They encourage corrupt behavior by raising hopes of future pardon and corrodes a society’s morals. What is being argued is that the law should be changed, so that, at the time of committing harassment bribery, both parties know that the giver has immunity and that the taker not only has a heftier penalty but also has to return the bribe. If we simply grant clemency to the bribe giver *after* the crime has been committed, none of the benefits being talked about here will be achieved.” (BASU, Kaushik. *Why, for a Class of Bribes, the Act of Giving a Bribe should be Treated as Legal*, 2011. Disponível em: <http://www.kaushikbasu.org/Act_Giving_Bribe_Legal.pdf>. Acesso em 18 maio 2019.p. 7)

dessa possibilidade, será dissuadido de aceitar o suborno. Novamente, tem-se a aplicação de incentivos relacionados aos do Dilema do Prisioneiro.

A partir das conclusões de Basu e da constatação de que, na China, a aplicação de punições de forma assimétrica, garantindo imunidade àquele que paga o suborno, está em vigência desde 1988, com possibilidade de firmar leniência a partir de uma reforma em 1997, Berlin e Spagnolo se propuseram a analisar o cenário chinês. Apesar das dificuldades qualitativas dos dados coletados e analisados, Berlin e Spagnolo apresentaram uma conclusão preliminar no sentido de que é possível observar alterações nos casos de corrupção processados na China após a reforma na legislação criminal em 1997, que introduziu a leniência àqueles que pagam subornos, de forma que os resultados experimentais obtidos são consistentes com um aumento na dissuasão decorrente do programa implementado¹⁷⁸.

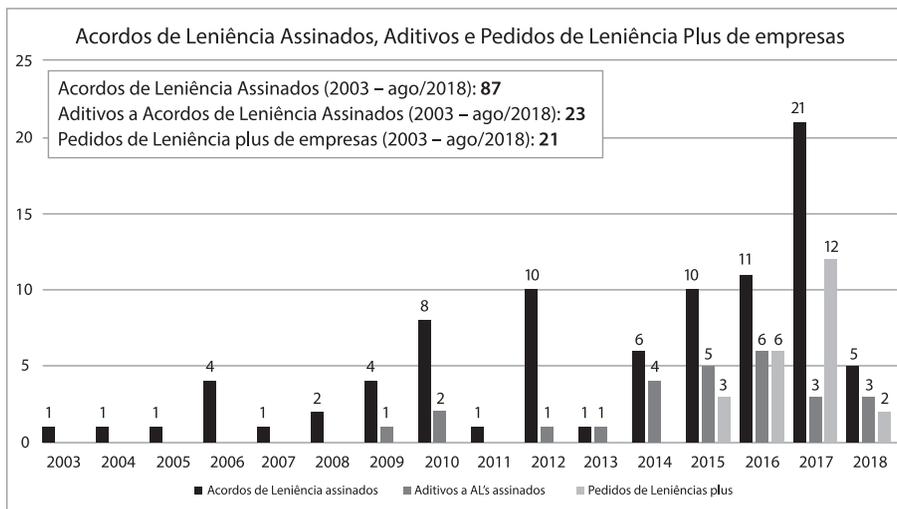
Diante do exposto, é possível constatar que a dissuasão de práticas de cartéis, corrupção, fraude a licitações e outros ilícitos coletivos demanda a aplicação diferenciada das penas aos múltiplos agentes envolvidos, de modo que recebam tratamentos distintos como forma de induzi-los a não agir ilegalmente ou a cessar a conduta ilegal em questão. Assim, há uma gradação das penas, variando desde o reconhecimento da imunidade ao agente, até benefícios menores aos demais, de acordo com o ato praticado, a prontidão em trazer o ato ao conhecimento da autoridade e as informações levadas à autoridade. Verifica-se, assim, que há uma complexidade na aplicação de penas em ilícitos com múltiplos agentes, exigindo que as autoridades e os estudiosos se debruçam sobre modelos ideias para uma escala de penalidades, a fim de dissuadir esse tipo de ilícito.

4.3. A experiência do CADE – Acordos de leniência e o TCC

O programa de leniência do CADE é considerado um caso de sucesso, tornando-se uma ferramenta efetiva no combate a cartéis. Desde a sua instituição no ano 2000, o CADE tem desenvolvido uma série de atividades para difundir os parâmetros que permeiam o seu programa de leniência, de forma a torná-lo mais objetivo e seguro, como a previsibilidade e clareza

¹⁷⁸ BERLIN, Maria Perrota; SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency, Asymmetric Punishment and Corruption: Evidence from China*. 2016. Disponível em: <https://economics.gu.se/digitalAssets/1584/1584111_mariaperottaberlin.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.. p. 18.

sobre os critérios e benefícios aplicáveis, a acessibilidade à autoridade para obtenção de *marker* e negociação dos termos da leniência, a cooperação com diversas outras autoridades para condução do programa, a divulgação de resultados¹⁷⁹, a mobilização de recursos humanos dedicados à negociação do acordo, etc.



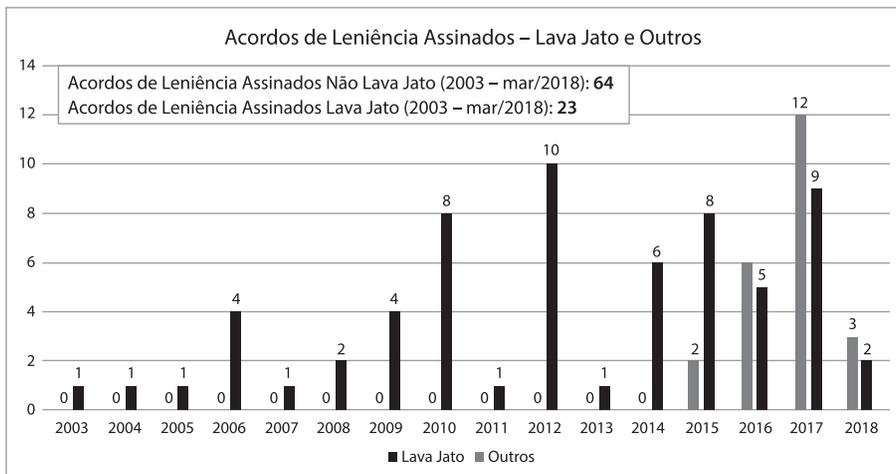
Em termos numéricos, o CADE também tem se preocupado em coletar dados estatísticos. O primeiro acordo de leniência foi firmado por esta autoridade em 2003 e, desde então, até agosto de 2018, a autarquia celebrou mais 86 acordos¹⁸⁰, 23 aditivos e 21 leniências *plus*¹⁸¹, conforme demonstrado pelo gráfico abaixo. É evidente o aumento do número de acordos de leniência a partir de 2012, o que pode ser entendido como uma resposta às alterações que foram feitas no programa a partir da introdução da Lei 12.529/2011, considerando os elementos acima.

Durante a vigência da Lei 8.884/94, predominavam acordos de leniência em cartéis envolvendo apenas entes privados; já a partir da vigência da Lei 12.529/2011, contatou-se que, até maio de 2017, aproximadamente

¹⁷⁹ CADE. *Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade*, maio de 2016, atualizado em setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 17/09/2017.

¹⁸⁰ De 83 acordos de leniência, 20 correspondem a acordos firmados no contexto da Lava Jato firmados nos anos de 2015, 2016 e 2017.

¹⁸¹ Período de referência dos dados: 2003 a março de 2018.



50% dos acordos de leniência diziam respeito a cartéis envolvendo entes públicos¹⁸².

Abaixo constam os primeiros Processos Administrativos do CADE iniciados a partir de leniências firmadas com essa autoridade:

Cartel	Ano do Acordo de Leniência	Processo Administrativo	Ano de Julgamento
Cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul	2003	08012.001826/2003-10	2007
Cartel Internacional dos Peróxidos	2004	08012.004702/2004-77	2015
Cartel Internacional de Cargas Aéreas	2006	08012.011027/2006-02 (desmembrado no Processo Administrativo nº 08012.000084/2010-34)	2014

¹⁸² Dados extraídos da apresentação de Amanda Athayde Linhares Martins para o “Seminário de 5 anos da Lei 12.529/11” que ocorreu na Faculdade de Direito da USP em referência à Mesa 12 de tema “Negociações de acordos no SBDC: construindo soluções”.

Cartel	Ano do Acordo de Leniência	Processo Administrativo	Ano de Julgamento
Cartel Internacional de Mangueiras Marítimas	2007	08012.010932/2007-18 (desmembrado no Processo Administrativo nº 08012.001127/2010-07)	2016
Cartel Internacional de Perborato de Sódio	2006	08012.001029/2007-66	2016
Cartel Internacional dos Compressores	2009	08012.000820/2009-11	2016
Cartel Internacional de TPE	2010	08012.000773/2011-20	2016
Cartel de Plásticos ABS	2010	08012.000774/2011-74	2016
Cartel Internacional de CRT	2009	08012.005930/2009-79	2016
Cartel Internacional de Placas de Memória (DRAM)	2011	08012.005255/2010-11	2016
Cartel Internacional de Airbags, Cintos de Segurança e Volantes	2015	08700.004631/2015-15	2017
Confidencial	2012	08700.008005/2017-51	2017
Confidencial	2012	08700.008004/2017-15	2017
Cartel de Manutenção Predial	2006	08012.006130/2006-22	2017

Cartel	Ano do Acordo de Leniência	Processo Administrativo	Ano de Julgamento
Cartel de Rolos Cerâmicos Refratários	2015	08700.004627/2015-49	2017

O acordo de leniência e o TCC são dois instrumentos à disposição da autoridade antitruste brasileira que podem ser utilizados no combate à prática de cartel (conforme explicado nos Capítulos 1 e 2). O primeiro se revela uma ferramenta de investigação que busca angariar informações e provas da conduta diretamente de quem a tenha praticado, com o objetivo de realizar uma instrução processual robusta, capaz de levar à condenação dos demais responsáveis pela infração. O segundo se traduz num meio alternativo de solução do processo, por meio da celebração de um acordo que permite a imediata e efetiva aplicação da política de concorrência, e, a depender de como for instituído, também pode funcionar como um meio adicional de recolhimento de informações e provas sobre a conduta investigada.

Com relação à interação entre os dois institutos, é tarefa das autoridades concorrenciais alcançar o equilíbrio entre eles. A convivência harmônica entre os diferentes tipos de acordo pode ficar comprometida caso os TCCs sejam celebrados em termos mais brandos que os acordos de leniência, o que resultaria em uma prevalência daqueles em relação a estes e faria os institutos tornarem-se políticas conflitantes. Na hipótese de os incentivos para o TCC serem muito altos, os membros de um cartel podem preferir utilizar este recurso ao invés do acordo de leniência, o que resultaria em um efeito negativo ao programa de leniência disponível¹⁸³. Assim, uma política de celebração de TCCs só atenderá ao interesse público se for capaz de preservar o programa de leniência e, ao mesmo tempo, dissuadir futuras práticas lesivas à concorrência.

O modelo de TCC, em equilíbrio com o modelo do acordo de leniência, deve estabelecer um sistema de custos e benefícios no qual os agentes sejam estimulados a, como primeira opção, celebrar o acordo

¹⁸³ International Competition Network. *Cartel Settlements*. 2008. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2019.

de leniência, havendo assim a delação do cartel e o acesso pela autoridade a informações e documentos que irão aumentar a probabilidade de condenação dos demais envolvidos antes mesmo do início da investigação. A probabilidade da condenação dos representados na investigação instaurada os estimularia a procurar a autoridade antitruste para firmar TCCs com vistas a evitar uma decisão final que lhe seja mais custosa, estabelecendo-se, assim, um círculo virtuoso em favor do aumento do grau de detecção e punição dos cartéis. Ressalta-se, no entanto, que, embora a sanção prevista em um TCC deva ser mais branda que a de uma condenação, esta não poderá ser reduzida a ponto de gerar um efeito negativo em relação aos incentivos para os agentes econômicos celebrarem um acordo de leniência¹⁸⁴.

Segundo dados da OCDE, a maioria das agências antitruste não oferece a possibilidade de acordos subsequentes à leniência¹⁸⁵, havendo perspectivas opostas sobre as vantagens dessa política. As autoridades que fazem uso desta alternativa, fazem referência à previsibilidade e segurança do processo para os demais representados, as quais aumentariam os incentivos para que eles voluntariamente reportem e cooperem com as investigações, bem como para proporcionar maior pressão sobre os representados que se encontram nas primeiras posições da fila¹⁸⁶. Em oposição, outras autoridades, como é o caso da europeia, fundamentam sua escolha em não oferecer *markers* aos demais representados no fato de que o elemento de disputa (“*race to the regulator*”) entre estes estaria comprometido¹⁸⁷.

¹⁸⁴ ASCIONE, Aurora; MOTTA, Massimo. Settlements in Cartel Cases. Disponível em: <http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_settlementscartels.pdf>. Acesso em: 19/ maio 2019.

¹⁸⁵ “OECD members that do offer markers to subsequent applicants appear to include Canada, France, Germany, Japan, Korea, Mexico, Switzerland, Turkey, and United Kingdom. Non-OECD members that offer them appear to include Brazil and Lithuania.” (OCDE Contribution from the United States submitted for Item III of the 120th meeting of the Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement on 16 December 2014. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. *Use of Markers in Leniency Programs*. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd\(2014\)51&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd(2014)51&doclanguage=en)>. Acesso: 23 maio. 2019. p. 20)

¹⁸⁶ Ibid. p. 21

¹⁸⁷ Ibidem.

4.4. Breve comparação entre os programas de leniência antitruste e anticorrupção

A Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) tem por objeto atos lesivos praticados por pessoas jurídicas contra a administração pública, nacional ou estrangeira, isto é, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, conforme definidos em seu artigo 5º.

Diante desses atos lesivos, a lei prevê a responsabilização da empresa tanto na esfera administrativa quanto na judicial¹⁸⁸. Todavia, ela também apresenta em seus artigos 16 e 17 a possibilidade de celebração de acordo de leniência com a Administração Pública, de forma a afastar parte das sanções administrativas e judiciais. O beneficiário do acordo (i) terá o valor da multa aplicável reduzido em até dois terços, e estará isento (ii) da publicação extraordinária da decisão administrativa condenatória em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica (ou, na falta destes, em jornal de grande circulação) - inciso II, §5º do artigo 6º - e (iii) da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de 1 a 5 anos - inciso IV do artigo 19. Ademais, há a previsão de celebração de acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei de Licitações, de forma a isentar ou atenuar as sanções administrativas estabelecidas nos artigos 86 a 88 desta.

Diante disso, constata-se uma diferença relevante *vis-à-vis* o modelo de acordo de leniência antitruste: os benefícios oferecidos ao signatário da leniência em troca das informações levadas à autoridade. Além da redução de um a dois terços da pena aplicável, tendo em vista que a prática de cartel configura tanto um ilícito administrativo quanto penal, a Lei 12.529/2011 determina no parágrafo único de seu artigo 87 a extinção de punibilidade administrativa e criminal na hipótese de o beneficiário reportar uma infração que não era de conhecimento prévio da autoridade antitruste.

A garantia de imunidades administrativa e penal torna a negociação e a celebração de acordos de leniência com o CADE mais atrativas¹⁸⁹, encorajando

¹⁸⁸ Vide artigos 6º, 18 e 19 da Lei Anticorrupção.

¹⁸⁹ “*When executing such agreements, individuals confess their participation in the practices and produce evidence against themselves, so their criminal immunity,*

do os agentes econômicos a espontaneamente reportarem infrações e, dessa forma, aumentando a sua capacidade preventiva^{190 191}. Ou seja, a confissão da prática do crime de cartel e a produção de elementos de convicção em uma instância poderiam fundamentar a instauração de processo e a condenação em outra, o que torna a celebração de acordos menos interessante diante de uma insegurança jurídica. Nesse ponto, foi importantíssima a inclusão do art. 87 na Lei 12.529/2011, dispositivo que não constava da Lei 8.884/94 e que prevê expressamente os benefícios criminais aos signatários da leniência. Portanto, a sede de tais benefícios não é apenas o acordo de leniência, mas o próprio texto legal, que o estabelece diretamente; mas será fundamental a interpretação que se venha a dar na aplicação deste dispositivo, em particular se os benefícios criminais serão também reconhecidos automaticamente para acordos de leniência celebrados sem a intervenção do MP e quais violações criminais são consideradas conexas e contempladas na imunidade. A coordenação entre autoridades competentes é, dessa forma, ainda um elemento essencial para a estruturação de um programa de leniência que de fato crie

granted by Article 87 of the Antitrust Law, can be understood as even more important than their immunity against fines. Consequently, the problem is the possibility of criminal immunity not being granted under the Anti-Corruption Law context. This is one of the biggest disincentives for the execution of anti-corruption leniency agreements. (...)The main point of contention between the Antitrust and the Anti-Corruption Laws is the lack of criminal immunity for individuals by an anti-corruption leniency agreement. This essentially reduces the incentives for simultaneous or consecutive executions of antitrust, anti-corruption, and criminal leniency agreements.” (p. 171-172).

¹⁹⁰ “When rewards are sufficiently large and fines and rewards are pure transfers, they can costlessly deter all collusive agreements.” (SPAGNOLO, Giancarlo. Optimal Leniency Programs. *FEEM Working Paper No. 4*, n. 42, 2000. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=235092>. Acesso em: 20 ago. 2019.p. 7.)

No entanto, importa notar que o acordo de leniência, em si, não alteraria a competência das instâncias criminais e administrativas que nele não intervieram, permanecendo a competência constitucional do Ministério Público de perseguir o delito e, assim, colocar o beneficiário no polo passivo da ação penal

¹⁹¹ Ver Memorando de Entendimento nº 1/2016 relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Grupo de Combate a Cartéis da Procuradoria da República em São Paulo (PR/MPF/SP).

incentivos para que os próprios infratores tragam à tona condutas de cartéis, desestabilizando qualquer ação de conluio¹⁹².

Com relação aos requisitos que devem ser preenchidos pelo beneficiário, ressalta-se que tanto a Lei Anticorrupção quanto a Lei de Defesa da Concorrência limitam os maiores benefícios àqueles que ainda não estão sob investigação, isto é, ao primeiro que manifesta interesse em colaborar com a investigação do ato relatado. Importa notar que durante o período de vigência da Medida Provisória 703, de 18 de dezembro de 2015 (“MP 703/2015”) o inciso I do § 1º do artigo 16 da Lei Anticorrupção foi revogado, de modo que a autoridade competente podia firmar acordos de leniência não apenas com os primeiros que notificassem a infração, mas com qualquer empresa que trouxesse elementos para a investigação, tendo acesso aos mesmos benefícios, independente da ordem de chegada¹⁹³. Apenas em 29 de maio de 2016, quando seu prazo de vigência foi encerrado sem a conversão em

¹⁹² “Given some limitations on information shared between the authorities, the different level of evidence possessed by each one could undermine the possibility of full enforcement of the two administrative legislations (antitrust and anti-corruption) (...) (therefore decreasing deterrence). In the worst scenario, this could also interrupt the cooperation between the authorities, as authorities would be competing between themselves with the aim of guaranteeing full enforcement of their own jurisdictions.” (RIBEIRO, Diaulas Costa; CORDEIRO, Nêfi; GUIMARÃES, Denis Alves. Interface between the Brazilian Antitrust, Anti-Corruption, and Criminal Organization Laws: The Leniency Agreements. NAFTA: Law and Business Review of the Americas, v. 22, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Alu%C3%ADsio/Downloads/SSRN-id2710448.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.p.106)

¹⁹³ A título de exemplo, ao longo da Operação Lava Jato, foram firmados diversos acordos de leniência com as empresas investigadas: “O primeiro acordo de leniência com o Cade e o MP foi com as construtoras Toyo Setal e SOG Óleo e Gás (empresas do grupo TSPI). (...) A Camargo Corrêa foi a segunda empreiteira a firmar o acordo de leniência, em agosto. Pagou multa de 700 milhões de reais ao Cade e mais 100 milhões ao Ministério Público Federal. O montante será utilizado para ressarcir três empresas prejudicadas pelo esquema de cartel: a Petrobras, a Eletronuclear e a Eletrobras. (...) Já a terceira empreiteira foi a Andrade Gutierrez, em novembro. A multa a ser paga ao Ministério Público soma 1 bilhão de reais, referente a propinas para execução de obras da Copa. Oficialmente, o Cade não confirma participação neste acordo.” (Vide El País. “‘Perdão’ às empresas na Lava Jato é primeiro teste da Lei Anticorrupção: Acordos de leniência de empreiteiras com o Cade podem inviabilizar punição futura”. 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/08/economia/1449530285_780569.html>. Acesso em: 20 mar. 2018.)

lei pelo Congresso Nacional, a Lei Anticorrupção voltou a ter como modelo de leniência o critério do primeiro a reportar a infração.

Spagnolo sustenta que, uma vez que o objetivo do acordo de leniência é dissuadir a formação de cartéis ao torná-los instáveis¹⁹⁴, tal objetivo pode ser alcançado quando a sistemática dos programas de leniência tem uma abordagem “*winner takes all*”, de forma que os benefícios oferecidos pela autoridade são maximizados e restritos a apenas uma parte, qual seja, o primeiro que reporta a infração¹⁹⁵. Aqueles que vierem em sequência, deveriam receber algum tipo de redução das penalidades aplicáveis em casos extremos, em que as informações apresentadas pelo primeiro beneficiário, apesar de úteis, são insuficientes para levar a uma condenação¹⁹⁶.

Nesse sentido, a Lei Anticorrupção não prevê a possibilidade de acordos subsequentes ao acordo de leniência celebrado com a primeira empresa que manifestou interesse em cooperar e noticiar infrações. A Lei de Defesa da Concorrência, por sua vez, assegura que, diante de uma análise de conveniência e oportunidade, as demais empresas e indivíduos interessados poderão celebrar TCCs para solucionar o processo.

Como mencionado acima, a depender da ordem de chegada do representado, a autoridade antitruste concede maiores ou menores descontos na multa que seria aplicável em caso de condenação. Nos casos de investigações de cartel ou prática concertada, não há imunidade administrativa nem

¹⁹⁴ “(...) a leniency programme creates a prisoners dilemma for cartelists by providing a strong incentive for a member of a cartel to break ranks and escape punishment while the other members suffer high sanctions (this is the principle of “*divide at impera*”). This results in great uncertainty as none of the cartel members can be sure that another member will not report on their illegal activities, for example due to changes in management, thus maximising the inherent instability of secret cartels. Such a risk, when viewed from the perspective of a would-be cartel member may thus provide an additional deterrent to engaging in cartel behaviour.” (OCDE. Contribution from the United States submitted for Item III of the 120th meeting of the Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement on 16 December 2014. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. *Use of Markers in Leniency Programs*. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd\(2014\)51&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd(2014)51&doclanguage=en)>. Acesso: 23 maio. 2019.)

¹⁹⁵ SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency and Whistleblower in Antitrust*. 2005. Disponível em: <<http://www.learlab.com/conference2005/documents/spagnolo.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.p. 293.

¹⁹⁶ Ibidem.

penal ao beneficiário do TCC, o qual obriga-se a reconhecer sua culpa e participação na violação e a recolher uma contribuição. Uma vez homologado o TCC pelo Tribunal do CADE, o processo administrativo é suspenso em relação ao compromissário, seguindo seu curso regular para os demais representados; o processo será arquivado ao final, mediante comprovação de cumprimento integral do TCC.

A MULTIPLICIDADE INSTITUCIONAL NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

A depender dos fatos concretos sob investigação, a mesma prática pode levar à responsabilização concomitante por diversas autoridades nas áreas criminal, civil ou administrativa.

Especificamente quanto à negociação e assinatura de acordos, diversas autoridades estão envolvidas: além do CADE, podem estar envolvidos o MPF, a CGU, AGU, TCU, BCB, CVM e o Poder Judiciário. Estamos, portanto, diante de um contexto de multiplicidade institucional¹⁹⁷.

Considerando esse cenário, o presente capítulo apresenta, em um primeiro momento, os aspectos positivos e negativos da multiplicidade institucional verificados pela doutrina para, em seguida, avaliar a situação dos acordos de leniência no Brasil. Por fim, busca-se verificar se a cooperação entre as diversas autoridades pode ser uma solução para as incertezas atualmente vivenciadas e como essa cooperação poderia ser realizada.

5.1. A multiplicidade institucional sob a ótica da Administração Pública

Multiplicidade institucional pode ser resumida como a existência de diversas instituições autônomas, intituladas com competências concorrentes e complementares, que estão lidando com uma mesma problemática¹⁹⁸. Em

¹⁹⁷ No caso específico da chamada “Operação Lava-Jato”, a multiplicidade institucional é apontada por Francisco Schertel Mendes e Vinicius Marques de Carvalho em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/compliance-em-corrupcao-e-concorrenca-os-desafios-da-multiplicidade-institucional/>> Acesso em 30.11.2017.

¹⁹⁸ A multiplicidade institucional é definida, à luz do caso brasileiro, por Maira Rocha Machado e Bruno Paschoal (MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. v. 35, n.1, ed. 104, mar., p. 10-37,2016. p. 13) como “*muitas instituições com competências concorrentes e complementares lidando com uma mesma situação problemática*”. Apesar de

geral, não há certeza quanto ao modo como essas instituições vão interagir¹⁹⁹, o que levanta dúvidas teóricas e práticas sobre os benefícios ou problemas de se estabelecer mais de uma autoridade competente para analisar e processar a mesma conduta.

Carson & Prado (2016)²⁰⁰ apontam aspectos positivos e negativos decorrentes da multiplicidade institucional, sob a ótica de *enforcement*. De acordo com as autoras, a multiplicidade, em oposição à unidade institucional, pode resultar em sobreposição produtiva e incentivar uma maior competição, colaboração, complementariedade e compensação entre as instituições envolvidas.

Quanto à competição, a existência de mais de uma instituição exercendo função orientada à responsabilização de agentes delitivos pode gerar incentivos para que cada uma delas busque melhor desempenho e, conseqüentemente, melhores resultados. Ou seja, a multiplicidade institucional pode fazer com que as autoridades com funções semelhantes passem a comparar suas atividades e concorrer entre si.

Da mesma forma, podem existir aspectos positivos decorrentes da colaboração entre as instituições, uma vez que estarão disponíveis mais recursos – humanos, financeiros e etc. – para a responsabilização do agente delitivo. Em decorrência dessa colaboração, provavelmente, o processo de responsabilização como um todo será mais completo e robusto, quando comparado à atuação isolada de uma instituição.

tratar apenas sobre a prática de corrupção, o conceito de multiplicidade institucional pode ser utilizado para o tipo de variabilidade de instâncias e guichês públicos envolvidos direta e indiretamente no caso dos acordos de leniência. Detalhes sobre a multiplicidade institucional em casos de corrupção também podem ser encontrados em Lindsey D. Carson e Mariana Mota Prado: CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem-Lessons from the Brazilian case. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 62, p. 56-65, nov., 2016. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1062976916300564>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

¹⁹⁹ Ibid., p. 59: “*Institutional multiplicity is a concept that has long been used in organizational theory to explore the existence of more than one institutional arrangement or option, within a certain institutional field (Scott, 194) (...) there is no certainty about how these multiple institutions will interact with each other (Weijer, 2013)*”.

²⁰⁰ Ibid., p. 59-63.

A multiplicidade institucional também pode ser considerada positiva em decorrência da complementariedade. Isso porque, apesar de terem foco comum para a responsabilização de um agente, as instituições possuem missões institucionais específicas, de modo que a atuação conjunta pode vir a abarcar todos os aspectos relacionados ao ilícito, tornando a responsabilização mais completa.

Carson & Prado citam a compensação como último aspecto positivo. Isso significa que, caso uma instituição não desempenhe a sua função – independentemente das razões para tanto –, outra poderá suprir essa falha, aumentando a probabilidade de detecção e, conseqüentemente, de responsabilização por ilícitos.

Apesar desses aspectos positivos, as autoras apontam que a multiplicidade institucional também pode gerar desperdícios de recursos, principalmente em decorrência da duplicação de funções, bem como pode resultar em conflitos entre as autoridades, que serão custosos para a sociedade. Esses custos sociais são verificados, principalmente, quando a colaboração entre as autoridades não está muito bem desenhada e, portanto, não funciona de forma adequada e eficiente.

5.2. Os desafios da multiplicidade institucional em acordos com autoridades

Considerando esses aspectos da multiplicidade institucional e aplicando-os ao contexto atual brasileiro, em especial com a deflagração da chamada “Operação Lava-Jato” e seus desdobramentos, verificam-se desafios desconhecidos e novos debates sobre o desenho institucional do combate aos cartéis, corrupção e ilícitos correlatos. Esses desafios se tornam mais evidentes quando as autoridades passam a utilizar acordos de leniência como uma ferramenta central desse combate.

Para além de aspectos relativos ao desenho institucional dos programas de leniência e de seus atores, o contexto mais amplo e a conjuntura específica definitivamente importam: acordos de leniência passaram a ser adotados sobretudo em um momento de aguda crise política e econômica, o que contribui para que o assunto ganhe relevância, mas também para que incertezas e riscos adicionais parem sob o instrumento.

Partindo-se da premissa de que esse tipo de colaboração entre autoridade e infrator é elemento essencial de um sistema mais amplo de políticas e ações governamentais (combate à corrupção, defesa da concorrência,

controle e gestão pública, entre outras), as divisões de tarefas e competências institucionais, bem como sobreposições, lacunas e disputas, passam a ser objeto de atenção, pesquisas, preocupação e, em alguns casos, até de perplexidade.

São hoje conhecidos os entraves e as dificuldades enfrentadas tanto pelo Estado quanto pelo setor privado no que diz respeito à celebração de acordos de leniência no país. Em meio a um processo de implementação e experimentação contínuos, procedimentos estão sendo construídos, papéis definidos e entendimentos firmados. Isso porque a multiplicidade institucional existente na celebração desses acordos no Brasil é marcada por uma curva de aprendizado por vezes tortuosa, que tem gerado dúvidas e insegurança para as pessoas jurídicas e físicas que pretendem colaborar com as autoridades, assim como também para autoridades interessadas em fazer uso desse instrumento.

Dúvidas sobre qual autoridade deve ser procurada para colaborar sobre alguma infração específica (e, se mais de uma, em que ordem), sobre a possibilidade de pessoas físicas e jurídicas celebrarem o mesmo tipo de acordo, sobre os requisitos para a negociação e celebração de um acordo e, por fim, sobre os benefícios que poderão ser obtidos por meio da colaboração são exemplos de “gargalos” que ainda precisam ser deslindados.

A título de exemplo de conflitos provocados pela multiplicidade institucional pode-se considerar um caso hipotético de cartel em licitações promovidas pelo poder público que tenha envolvido, também, corrupção passiva de agentes públicos e outras condutas aptas a fraudar o processo licitatório.

Um dos infratores (“Infrator X”) resolve colaborar com a Administração Pública e, para tanto, decide negociar um acordo com base na Lei Anticorrupção. Assim, inicia um processo de negociação com o MPF. Em decorrência dessa movimentação do Infrator X, é assinado um acordo apenas com o MPF, sem a participação da CGU ou da AGU²⁰¹. Destaca-se que o

²⁰¹ Apesar de a Lei 12.846/2013 estabelecer a competência da CGU para celebração destes acordos, a prática de celebração autônoma de acordos de leniência já foi adotada pelo MPF no âmbito da “Operação Lava-Jato”, ao assinar acordo de leniência anticorrupção com o grupo Odebrecht. Vide BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR. Relatora: desembargadora federal Vânia Hack de Almeida. Agravante: União. Agravada: Construtora Norberto Odebrecht S.A. e outros. Publicação em 24/08/2017.

Infrator X não foi capaz de habilitar-se como beneficiário para um acordo de leniência com o CADE, tendo em vista que outro infrator (“Infrator Z”) já havia celebrado este acordo com a autoridade antitruste, que contou com a participação de um representante do MPF, para anuir com os termos do acordo e, conseqüentemente, garantir sem qualquer espaço para dúvidas, os benefícios administrativos e criminais previstos na Lei 12.529/2011.

Tendo em vista a abertura do processo administrativo pelo CADE, no mesmo espírito de colaboração, o Infrator X decide negociar um TCC com o CADE, que também é homologado.

Paralelamente, o TCU analisa contratos que foram objeto da atuação do cartel e encontra indícios substanciais de fraude à licitação e atrasos injustificados nas obras que causaram danos ao erário. Não obstante os acordos celebrados pelos Infratores X e Z com o CADE e o MPF, o TCU determina a indisponibilidade de bens de todas as empresas envolvidas na infração²⁰², incluindo os infratores que haviam colaborado com qualquer ou ambas as autoridades mencionadas.

Em virtude da determinação do TCU, o Infrator X se vê incapaz de honrar diversas obrigações assumidas perante fornecedores, clientes e outros credores, e acaba por solicitar processo de recuperação judicial. A falta de recursos leva à impossibilidade de arcar com a contribuição pecuniária acordada com o CADE em decorrência da celebração do TCC. Após os trâmites correspondentes no CADE, o descumprimento do acordo é formalmente reconhecido pela autoridade, fazendo com que o Infrator X volte a estar sujeito à penalidade prevista na legislação concorrencial, sendo imposta, ainda, uma multa por descumprimento das obrigações assumidas²⁰³.

²⁰² O bloqueio de bens de empresas que celebraram acordos de leniência com órgãos de controle já foi adotado, no âmbito da operação “Lava-Jato”, em face da empresa Andrade Gutierrez. Vide BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 874/2018-PL no Relatório de Auditoria nº 002.651/2015-7. Relator: ministro Bruno Dantas. Publicado em 08/05/2018.

²⁰³ Estritamente no que se refere ao inadimplemento de TCC por empresa em recuperação judicial, situação semelhante foi vivenciada no âmbito da operação Lava-Jato pela empresa UTC Engenharia, que teve o descumprimento de seu TCC formalmente reconhecido pelo CADE em 25/04/2018, com imposição de multa por descumprimento de R\$ 200.000,00, nos termos previstos no acordo celebrado anteriormente. Vide BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Despacho da Presidência nº 78/2018 no Requerimento nº 08700.012016/2015-74. Publicado no DOU em 03/05/2018.

Posteriormente, o acordo celebrado entre o Infrator X e o MPF é questionado perante o Poder Judiciário durante o trâmite de ação de improbidade administrativa, tendo em vista a atuação autônoma do MPF. O Poder Judiciário reconhece a invalidade da celebração do acordo sem a assinatura do órgão de controle, e determina que o acordo não conferirá qualquer benefício ao Infrator X até que seja ratificado pela CGU²⁰⁴. A CGU, contudo, decide que tal acordo não é conveniente ou oportuno e opta por não o ratificar.

Verifica-se que um agente econômico (Infrator X) não foi capaz de usufruir dos benefícios de um acordo celebrado com autoridade competente (MPF), ineficaz devido à ausência de comunicação e cooperação com outras autoridades (TCU e CGU). Posteriormente, em decorrência da decisão do TCU quanto à indisponibilidade de bens determinada, os benefícios do TCC firmado com o CADE também foram perdidos – não por vício, mas por incapacidade de honrar o TCC diante da medida constritiva de outra autoridade, resultando, ainda, na imposição de uma multa por descumprimento do acordo (adicional a eventual multa por infração à ordem econômica a que o Infrator X está novamente sujeito), tudo isso ainda sujeito às disposições do juízo recuperacional.

O fato de o Infrator Z ter podido se qualificar ao acordo de leniência antitruste possibilitou que ele não tivesse que honrar compromissos pecuniários com o CADE (a leniência, como se viu, pode beneficiar a empresa de imunidade no âmbito administrativo – sem multas – e criminal). Assim, mesmo com seus bens indisponíveis, o Infrator Z não descumpriu um acordo com qualquer autoridade. Mas, como se viu com relação à situação do Infrator X, a falta de comunicação e colaboração institucional entre as autoridades pode colocar em risco a efetividade de todos os acordos conjuntamente, já que as empresas e pessoas físicas terão de analisar os riscos dessas influências entre os diferentes processos e suas consequências de forma geral.

Esse caso hipotético ilustra como a falta de colaboração institucional pode gerar incentivos contrários ao que se pretende com a criação dos

²⁰⁴ Essa foi a decisão tomada pelo TRF4 no caso mencionado anteriormente, envolvendo o grupo Odebrecht, determinando ainda a indisponibilidade liminar de bens do grupo. Note-se que não se gera invalidade, mas ineficácia. Vide BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR. Relatora: desembargadora federal Vânia Hack de Almeida. Agravante: União. Agravada: Construtora Norberto Odebrecht S.A. e outros. Publicação em 24/08/2017.

programas de leniência. Conforme reconhecido pela OCDE²⁰⁵, os elementos essenciais para o sucesso de um programa de leniência são a clareza, a certeza e a prioridade dada ao programa. É importante que aquele que deseje confessar não apenas receba o “*best deal*”, mas também que tenha previsibilidade e segurança dos termos e do resultado do acordo.

É evidente, assim, que maiores níveis de atuação conjunta são necessários, principalmente de forma a alinhar penalidades a serem impostas a colaboradores em outras esferas, de forma a mitigar riscos de que cenários como o apresentado acima venham a se concretizar. Também é fundamental fixar como princípio norteador de todo o sistema a preservação das expectativas legítimas dos beneficiários dos programas de leniência: em havendo conflitos entre os diferentes órgãos responsáveis, que as soluções adotadas sirvam para construir um caminho institucional melhor para o futuro, porém não acarretem a perda de benefícios dos que confiaram legitimamente no programa de leniência e não cometeram qualquer tipo de falta ou negligência que lhe possa ser imputada.

5.3. Colaborações institucionais em acordos de leniência

Na prática, já vivenciamos algumas situações de colaboração institucional entre autoridades envolvidas em acordos de leniência e correlatos.

O CADE e o Ministério Público (seja Estadual ou Federal) resolveram, por meio de colaboração, a forma de atuação conjunta para aplicar a previsão de imunidade criminal disposta na Lei de Defesa da Concorrência. De acordo com essa lei, a celebração do acordo de leniência suspenderá, na esfera criminal, o curso do prazo prescricional, bem como impedirá o oferecimento da denúncia com relação àquele que celebrar o acordo, no que tange aos crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei 8.137/90) e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93) e no artigo 288 do Código Penal (associação criminosa). Por fim, cumprido o acordo de leniência, extingue-se a punibilidade dos crimes mencionados.

A solução encontrada já sob a égide da Lei 8.884/94 (que não trazia expressamente a imunidade criminal em seu texto) foi estabelecer a participação do Ministério Público como interveniente anuente do acordo

²⁰⁵ OCDE. *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. 2001. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018. p. 2

celebrado pelo CADE, apesar de não haver previsão legal para tanto. Essa participação, também verificada na prática sob a atual Lei 12.529/2011, confere maior segurança jurídica aos administrados que pretendem assinar acordos de leniência - não deixará qualquer espaço para dúvidas sobre a efetividade da imunidade criminal.

Ainda no âmbito da relação entre CADE e Ministério Público, foi assinado Memorando de Entendimentos com o Grupo de Combate a Corruptões do Ministério Público Federal em São Paulo, em 16 de março de 2016, formalizando a possibilidade de cooperação institucional para os casos de celebração de TCC no CADE e colaboração premiada ou confissão qualificada no âmbito criminal. Essa movimentação é importantíssima, tendo em vista que, para os casos de TCC, não há previsão legal sobre a concessão de benefícios criminais, como ocorre no acordo de leniência antitruste.

Já no âmbito da AGU e CGU, em 15 de dezembro de 2016, os órgãos editaram portaria interministerial para regulamentar os procedimentos a serem adotados para celebração de acordos de leniência por empresas que tenham cometido irregularidades lesando a Administração Pública.

A proposta de acordo de leniência deve ser direcionada à Secretaria-Executiva do Ministério da Transparência - CGU, que comunicará a AGU de imediato. Após a notificação, será composta comissão de negociação do acordo, com membros de ambas as instituições e que poderá contar também com representantes de órgãos prejudicados pelas práticas irregulares. Além de responsável pela definição do valor da multa e da indenização, a comissão poderá obrigar as empresas beneficiárias de leniência a adotarem programas de governança eficazes na prevenção de ilicitudes.

Nos termos da portaria, para celebrarem acordo e terem reduzidas as sanções previstas em lei, as empresas devem admitir as práticas e comprometerem-se a cessar de imediato os atos lesivos, além de reparar integralmente os danos causados, identificar todos os agentes públicos e privados envolvidos e auxiliar na elucidação dos fatos, fornecendo informações e documentos que comprovem as alegações e ilicitudes.

A integração entre as instituições já tem rendido frutos, como os acordos de leniência firmados no âmbito da Lava-Jato com as empresas de publicidade Mullen Lowe Brasil, FCB Brasil e com a construtora Odebrecht.

Na contramão dessas iniciativas para promover colaboração institucional, encontra-se a Lei 13.506/17, que dispõe a respeito do processo administrativo sancionador nas esferas de atuação do BCB e da CVM.

Dentre as mudanças trazidas pela referida norma, houve uma ampliação no rol de infrações administrativas e a instituição da possibilidade de celebração de termos de compromisso e acordos de leniência (chamado de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão – “APS”) com cada uma das autoridades (separadamente), conforme descritos acima.

Entre as críticas feitas aos acordos trazidos pela Lei 13.506/17, destaca-se a falta de segurança em razão da limitação dos benefícios à esfera administrativa, uma vez que a lei exige que indícios de irregularidades verificadas pelo BCB sejam comunicadas ao MP e aos órgãos públicos competentes tão logo proposto o acordo. Deste modo, caso uma mesma conduta configure a um só tempo ilícito administrativo e criminal, o administrado se verá obrigado a negociar com o MP antes de iniciar ou simultaneamente às suas tratativas com o BCB, ou ficará exposto criminalmente.

A previsão de celebração de APS no âmbito da Lei 13.506/17 também gerou críticas por parte do MPF, que considerou que o sigilo concedido ao procedimento, sem comunicação às outras autoridades competentes, desvirtua a finalidade do instituto. De acordo com o MPF, o sigilo traria “prejuízo ao ‘timing’ da investigação de atos e fatos que podem ter provas para responsabilização em outras esferas, distintas da administrativa, destruídas ou ocultadas (notadamente, na criminal)²⁰⁶”. O que foi questionado pelo MPF nesse caso é justamente a falta de cooperação entre as autoridades para produção de provas e investigação, que poderia ter sido promovida por meio da legislação.

Entretanto, verifica-se uma postura colaborativa da CVM sobre essa questão. Nesse sentido, em 18 de junho de 2018, a CVM lançou edital de audiência pública SDM 02/18²⁰⁷, no qual consta, entre outros pontos, a questão da colaboração com outras autoridades, *in verbis*:

(...) se, por exemplo, a irregularidade reportada se configurar em um crime ou indício de prática de crime de ação penal pública, a CVM não apenas comunicará os fatos respectivos ao MP na forma da legislação aplicável, como envidará todos os esforços para que as duas instituições possam

²⁰⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. *Nota Técnica nº 4/2017*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgtr/documentos/Nota_Tecnica_4_2017_Analisa_MP_784.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018. p. 14.

²⁰⁷ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Edital de Audiência Pública SDM Nº 02/18*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2018/sdm02__18edital.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

atuar em conjunto na negociação de acordos concomitantes ou únicos com ambas as autoridades, de modo a garantir maiores previsibilidade e efetividade ao Acordo de Supervisão nos casos em que estejam presentes infrações de natureza administrativa e penal.

Após receber diversas contribuições em Audiência Pública, a CVM editou a Instrução CVM 607, de 17 de junho de 2019,²⁰⁸ com uma seção específica sobre colaboração com outras autoridades, conforme abaixo.

“Art. 13. Compete à Superintendência Geral efetuar comunicações: I – ao Ministério Público, quando verificada a existência de indícios de crimes definidos em lei como de ação pública; e II – a outros órgãos e entidades, quando verificada a existência de indícios de ilícitos em área sujeita à respectiva fiscalização. § 1º A PFE deverá emitir parecer prévio sobre as comunicações previstas neste artigo. § 2º A Superintendência Geral deverá comunicar aos órgãos ou entidades mencionados neste artigo, em relação às situações que ensejaram as comunicações efetuadas, a ocorrência do encerramento do processo e as conclusões apuradas no âmbito da CVM. § 3º As comunicações poderão ser feitas em caráter de sigilo, sempre que esse for necessário para assegurar a efetividade das investigações.”

E, especificamente no âmbito do Acordo de Supervisão:

“Art. 101. O acordo deverá estipular as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo e constarão do documento, no mínimo, as seguintes cláusulas e condições: (...) § 4º O acordo administrativo em processo de supervisão celebrado pela CVM, atinente à prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, não afeta a atuação ou as prerrogativas legais do Ministério Público, com o qual a CVM atuará em coordenação, ou das demais instituições públicas ou entidades autorreguladoras no âmbito de suas correspondentes competências, nem o dever legal de comunicar indícios de crime de ação penal pública.”

5.4. A colaboração institucional como um aprimoramento dos acordos de leniência

Soluções para mitigar conflitos decorrentes da multiplicidade institucional podem vir da legislação, da própria estrutura dos programas de leniência ou de acordos de cooperação entre diferentes autoridades.

²⁰⁸ A norma entrará em vigor em 01 de setembro de 2019.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”) é um exemplo de legislação que estabelece alguns princípios gerais interessantes para direcionar a atuação conjunta das autoridades no que tange aos acordos de leniência.

Um princípio relevante, estabelecido em seu art. 20, é a proibição de que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, haja decisão com base em valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas dessa decisão. Tal norma, portanto, impõe a um órgão administrativo a obrigação de considerar as consequências sobre outros órgãos públicos (*e.g.* sobre acordos de leniência celebrados por outras autoridades) ao avaliar, por exemplo, a conveniência e oportunidade na celebração de um acordo.

A LINDB estabelece, ainda, em seu art. 26 (incluído em abril de 2018)²⁰⁹, a possibilidade genérica de celebração de compromissos pela autoridade administrativa com eventuais partes interessadas para “*eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público*”. Tal norma oferece um possível instrumento para viabilizar a cooperação institucional entre as autoridades administrativas e com partes interessadas para mitigar a insegurança jurídica existente atualmente na celebração de acordos de leniência.

Independentemente do veículo normativo ou instrumento jurídico adotado, há que se debater e fixar os princípios axiológicos orientadores da solução; no caso de diálogo entre diversas autoridades competentes, todas elas em posição de igualdade entre si, porém todas titulares de *ius imperii* perante o administrado, há que se ter sempre como norte a preservação das expectativas legítimas dos beneficiários dos programas de leniência, que neles confiaram e devem ter seus benefícios preservados, quando não tenham cometido qualquer tipo de falta ou negligência que lhe possa ser imputada.

²⁰⁹ “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”. BRASIL. Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, cf. alterações realizadas pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018.

5.5. Contribuição ao debate: a política americana do “no piling on”

Em maio de 2018, o DOJ norte-americano anunciou a publicação de uma nova política institucional a ser incorporada ao *Justice Manual*²¹⁰, um manual que contém as políticas e procedimentos públicos do DOJ, com natureza de orientação, sendo vedada a criação de qualquer tipo de direito por meio dessas políticas²¹¹. Dentro do já existente tópico 1-12.000 sobre coordenação de procedimentos criminais, civis, regulatórios e administrativos paralelos, foi instituída uma política com a intensão de, essencialmente, encorajar a coordenação entre as áreas do DOJ e outras autoridades competentes quando da imposição de múltiplas penalidades relacionadas a uma mesma conduta.

Referido tópico, atualizado em novembro de 2018, prevê que as políticas e procedimentos para uma coordenação apropriada entre as soluções governamentais criminais, civis, regulatórias e administrativas, devem focar em comunicações prévias, efetivas e regulares entre as autoridades. Além disso, estabelece que essas políticas e procedimentos sejam os mais completos possíveis, de acordo com cada caso e conforme autorizado por lei. Por fim, determina que essas políticas e procedimentos considerem três momentos mínimos de coordenação.

O primeiro deles diz respeito à instauração. Ou seja, a partir da instauração do caso, deve haver a consideração das potenciais soluções de todas as esferas (civil, administrativa, regulatória e criminal), sendo necessária a discussão dessas soluções entre as autoridades responsáveis.

Durante a investigação deve haver uma ponderação sobre as estratégias de investigação que maximizem a habilidade estatal de compartilhar informações entre as esferas criminal, civil e administrativa.

Por fim, no momento da resolução, devem as autoridades considerar os potenciais impactos de suas decisões nas outras esferas. É nesse momento

²¹⁰ EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Justice Manual*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/jm/justice-manual>>. Acesso em: 5 mar. 2019. O JM foi amplamente revisado e renomeado em 2018. Anteriormente, era conhecido como *United States Attorneys' Manual* (USAM).

²¹¹ Conforme consta no Título 1-1.200: (...) *The Justice manual provides internal DOJ guidance. It is not indented to, does not, and may not be relied upon to create any rights, substantive or procedural, enforceable at law by any party in any matter civil or criminal. Nor are any limitations hereby placed on otherwise lawfull litigation prerogatives of DOJ.*

que a nova política institucional tem maiores efeitos, já que trata, especificamente, da aplicação de penas em investigações conjuntas ou paralelas, decorrentes da mesma conduta infrativa.

A nova política instituiu o tópico 1-12.100, intitulado *Coordination of Corporate Resolution Penalties in Parallel and/or Joint Investigations and Proceedings Arising from the Same Misconduct*²¹². Referida política foi, apelidada de “*no piling on policy*”, em analogia a uma jogada de futebol

²¹² 1-12.100 - *Coordination of Corporate Resolution Penalties in Parallel and/or Joint Investigations and Proceedings Arising from the Same Misconduct*

In parallel and/or joint corporate investigations and proceedings involving multiple Department components and/or other federal, state, or local enforcement authorities, Department attorneys should remain mindful of their ethical obligation not to use criminal enforcement authority unfairly to extract, or to attempt to extract, additional civil or administrative monetary payments.

In addition, in resolving a case with a company that multiple Department components are investigating for the same misconduct, Department attorneys should coordinate with one another to avoid the unnecessary imposition of duplicative fines, penalties, and/or forfeiture against the company. Specifically, Department attorneys from each component should consider the amount and apportionment of fines, penalties, and/or forfeiture paid to the other components that are or will be resolving with the company for the same misconduct, with the goal of achieving an equitable result. The Department should also endeavor, as appropriate, to coordinate with and consider the amount of fines, penalties, and/or forfeiture paid to other federal, state, local, or foreign enforcement authorities that are seeking to resolve a case with a company for the same misconduct.

The Department should consider all relevant factors in determining whether coordination and apportionment between Department components and with other enforcement authorities allows the interests of justice to be fully vindicated. Relevant factors may include, for instance, the egregiousness of a company's misconduct; statutory mandates regarding penalties, fines, and/or forfeitures; the risk of unwarranted delay in achieving a final resolution; and the adequacy and timeliness of a company's disclosures and its cooperation with the Department, separate from any such disclosures and cooperation with other relevant enforcement authorities.

This provision does not prevent Department attorneys from considering additional remedies in appropriate circumstances, such as where those remedies are designed to recover the government's money lost due to the misconduct or to provide restitution to victims.” EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. 1-12.000 – *Coordination of Parallel Criminal, Civil, Regulatory, and Administrative Proceedings*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/jm/jm-1-12000-coordination-parallel-criminal-civil-regulatory-and-administrative-proceedings>>. Acesso em: 5 maio 2019.

americano, na qual os jogadores de um mesmo time se “empilham” uns sobre os outros e esses sobre o oponente abatido no chão. À semelhança do esporte, a ideia da nova política é justamente que se evite o “empilhamento” diante de uma realidade de aplicação de múltiplas penalidades sobre uma empresa, penalidades essas decorrentes de investigações por conduta de mesma natureza e relacionada aos mesmos fatos, bem como que se evitem inconsistências e demandas conflitantes dos reguladores sobre os regulados.

Por um lado, o DOJ reconhece a importância de um *enforcement* vigoroso para que haja dissuasão²¹³; no entanto, igualmente reconhece que não deve estimular um *enforcement* desproporcional das leis pelas diversas autoridades competentes. Ou seja, é importante que haja multas dissuasórias, mas tão importante quanto isso é o exame da proporcionalidade dessas multas no caso concreto, sob o risco de imposição de multas duplicadas e não proporcionais, dando azo à injustiça, e, mais que isso, desequilibrando o sistema. Assim, a eventual multiplicidade de penas pode desembocar em riscos de punições redundantes que, por sua vez, excederão o que é necessário e proporcional para corrigir o dano e deter eventuais futuras violações (prenunciando um *over-enforcement*, sem mencionar potenciais questionamentos derivados de eventual *bis in idem*).

Nesse contexto, é importante que haja uma fina harmonia entre as autoridades responsáveis pela aplicação de sanções, como bem pontuado pelo Deputy Attorney General, Rod Rosenstein no discurso que apresentou referida política, nos seguintes termos:

Às vezes as autoridades governamentais se coordenam bem. Eles são multiplicadores de força em seus respectivos esforços para punir e impedir fraudes. Eles alçam eficiências e limitam cargas regulatórias desnecessárias. Outras vezes, investigações conjuntas ou paralelas conduzidas por

²¹³ Nesse sentido, “[...] [t]hat deterrence requires enforcement. The rules that matter most are the ones that carry expected penalties that decision-makers are unwilling to pay. Focusing on deterrence requires us to think carefully about what we can achieve in our enforcement actions [...] When we are serious about wanting people to follow the law, it does no good merely to post a sign. We need to make clear our intent to enforce the law, with sufficient vigor that people fear the consequences of violating it.” (EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. Deputy Attorney General Rod Rosenstein Delivers Remarks to the New York City Bar White Collar Crime Institute. *Justice News*, maio, 2018. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rod-rosenstein-delivers-remarks-new-york-city-bar-white-collar>>.) Acesso em: 19 ago. 2018.

múltiplas agências soam menos como cantar em harmonia, e mais como competir em tentativas de cantar um solo [tradução livre].

Em busca dessa harmonia entre as autoridades, a nova política do DOJ está ancorada em quatro aspectos. O primeiro deles reforça a obrigação ética dos procuradores do DOJ quanto à não utilização do *enforcement* criminal contra a empresa para fins não relacionados à investigação e ao processo de um possível crime. Ou seja, a política estabelece o compromisso de não empregar o recurso injusto da ameaça do processo criminal apenas para persuadir a empresa a pagar um acordo (*settlement*) maior no âmbito de um processo civil ou administrativo. Isso explicita a salvaguarda ao princípio da equidade e do devido processo legal, fundamental em qualquer Estado Democrático de Direito.

Adicionalmente, a política tem como segundo aspecto uma orientação clara de que deve haver coordenação entre os procuradores do DOJ quando da solução de um caso corporativo que se baseia em uma mesma conduta, para que seja alcançado um resultado equitativo e, assim, seja evitada a imposição de multas e/ou outras penalidades duplicadas. Nesse passo, a coordenação pode incluir repartição da penalidade financeira, multas e confiscos, e outros meios para evitar a punição desproporcional.

Da mesma forma, o terceiro aspecto da política incentiva os procuradores do DOJ a coordenar com outras autoridades (federais, estaduais, locais e inclusive estrangeiras) a resolução de casos baseados na mesma conduta, quando apropriado. Também deve ser considerado o valor da multa e outras penalidades pagas a essas autoridades quando da resolução desses casos.

Por último, a nova política estabelece alguns fatores que o DOJ pode avaliar ao determinar se as múltiplas penalidades encontram correspondência ao caso concreto. Quanto a esse aspecto, Rod Rosenstein consignou que:

Às vezes, as penalidades que podem parecer duplicadas são realmente essenciais para alçar a justiça e proteger o público. Nesses casos, não hesitaremos em buscar soluções completas e em auxiliar outras autoridades a fazer o mesmo. Os fatores identificados na política que podem orientar essa determinação incluem a notoriedade do erro; poderes estatutários sobre as penalidades; o risco de atraso na finalização de uma resolução; e a adequação e oportunidade das divulgações de uma empresa e cooperação com o Departamento. Cooperar com um agencia diferente ou com um governo estrangeiro não é um substituto da cooperação com o Departamento de Justiça. E não vamos olhar com bons olhos a companhia que buscam o Departamento de Justiça somente depois de

fazer divulgações inadequadas para assegurar penalidades brandas com outras agências ou governo estrangeiro. [tradução livre, grifo nosso]²¹⁴ (grifos nossos).

Dada a atualidade dessa política, mostra-se fundamental aguardar um relativo tempo para que ocorra a sua internalização nos Estados Unidos e, conseqüentemente, para que seja possível apreciar os reflexos e desdobramentos práticos como exemplo para outros países. De todo modo, esse fato não nos impede de tecer considerações iniciais para contextualização e reflexão, principalmente quanto a sua contribuição para a atual situação de multiplicidade institucional em acordos de leniência no Brasil.

Nessa tônica, o objetivo anunciado pelo DOJ no contexto da política ora sintetizada se relaciona com as questões sobre multiplicidade institucional enfrentadas no contexto brasileiro, conforme apresentado nesse capítulo, haja vista procedimentos e conseqüências não uniformes, não lineares e potencialmente conflitantes oriundos da atuação de uma multiplicidade de reguladores supostamente responsáveis pela apuração, investigação e aplicação de penalidades relacionadas, na essência, às mesmas condutas ilícitas. Uma hipótese ilustrativa desse fenômeno se traduz diante de investigação relacionada a cartel em licitação, em que também se imiscuem atos de corrupção e lavagem de dinheiro.

Destarte, o alinhamento/coordenação institucional (intragovernamental) para evitar duplicidades/sobreposições e zonas de redundância no contexto de imposição de penalidades pela mesma conduta é questão de primeira ordem e, como visto, não exclusiva do Brasil. Muito pelo contrário, é um assunto de atenção global, especialmente em face do espírito de equidade, proporcionalidade e justiça que se busca perquirir no arcabouço jurídico pautado pelo princípio do devido processo legal (*due process*), seja para evitar possíveis *bis in idem*, seja para não gerar *over-enforcement* capaz de arrefecer as atividades da empresa, podendo redundar em contra-incentivos no mercado, com efeitos mais gerais e deletérios sobre a sociedade.

Para além disso, uma questão vital a ser considerada na perspectiva dessa discussão gira em torno da capacidade de pagamento das penalidades

²¹⁴ EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. Deputy Attorney General Rod Rosenstein Delivers Remarks to the New York City Bar White Collar Crime Institute. *Justice News*, maio, 2018. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rod-rosenstein-delivers-remarks-new-york-city-bar-white-collar>>. Acesso em: 19 ago. 2018..

pelas empresas penalizadas (*ability to pay*) conjugada com o primado da preservação da empresa.

Nessa linha, como exposto, uma das principais potências do mundo demonstra que a discussão em andamento no Brasil não dissona do que os Estados Unidos também se debruçam e buscam aperfeiçoar. A propósito, de maneira mais abrangente (dimensão global), mas também tratando de esforços de coordenação para um *enforcement* mais efetivo, o então Deputy Assistant Attorney General (Antitrust Division) do DOJ, Brent Snyder, em 2015, assim anotou no contexto de investigações multijurisdicionais envolvendo o ilícito de cartel e a relação com a leniência²¹⁵:

“[...] [Nós] operamos em um ambiente investigativo cada vez mais complexo e movimentado. Sendo assim, as agências de fiscalização podem e dever fazer mais para coordenar não apenas nossos ataques e buscas, mas outros aspectos logísticos de nossas investigações. Isso faz muito sentido porque iremos beneficiar não só as nossas próprias investigações, mas ajudaremos a minimizar as exigências sobrepostas e até mesmo contraditórias que às vezes colocamos nos requerentes de leniência. Tais demandas não só aumentam o custo para os candidatos de leniência, mas também diminuem o ritmo de nossas próprias investigações [...]. Mais engajamento e coordenação entre as autoridades sobre nossa metodologia de aplicação de multas é outra área de interesse compreensível para os nossos colaboradores. [...] em última análise, a punição deve se encaixar no crime e uma discussão mais aprofundada sobre nossas metodologias de multa em determinadas investigações nos ajudará a minimizar o risco de abordagens inconsistentes e sobreposição de multa.” (tradução livre, grifos nossos).

No Brasil, por exemplo, agendas iniciais que ventilam a formação de Grupos de Trabalho, Instruções Conjuntas, celebração de Memorando de Entendimentos e ações correlatas começam a fazer parte de uma realidade mais abrangente e positiva, que busca conjugar esforços de atuação e diálogo e, com transparência e harmonia, delimitar campos e competências, bem como formalizar parcerias.

²¹⁵ EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. Deputy Assistant Attorney General Brent Snyder Delivers Remarks at the Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust. **Justice News**, jun., 2015. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-brent-snyder-delivers-remarks-sixth-annual-chicago>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

Nesse particular, ressaltamos, exemplificativamente, a interlocução e as iniciativas do CADE com outras instituições (*e.g.*, Grupos de Trabalho e Memorando de Entendimentos com BCB; Grupo de Trabalho com a CVM; Memorando de Entendimentos com Ministério Público Federal em São Paulo e Acordo de Cooperação Técnica com Ministérios Públicos Estaduais etc.).

Também destacamos, por exemplo, a Portaria Conjunta 4/2018, que formaliza parceria entre CADE e CGU para combater o suborno internacional, facilitando a troca de dados e de informações para apurar eventuais irregularidades cometidas no exterior por empresas nacionais e estrangeiras que tenham sede, filias ou representação no Brasil.²¹⁶ Vale mencionar, ainda, a Instrução Normativa 2/2018, assinada em conjunto por CGU e AGU, cujo objetivo é uniformizar procedimentos e dar maior transparência na punição de empresas por atos de corrupção.²¹⁷

Uma premissa que se coloca nuclear nesse amplo debate tem a ver com a desejável uniformidade de posicionamento do Estado para evitar que haja imprevisibilidade sob a perspectiva do agente econômico. Em outros termos, em prol da boa-fé, equidade e, acima de tudo, para estabelecer uma íntegra relação de confiança, o Estado não deveria se colocar de maneira contraditória na negociação de eventuais acordos com a contraparte (administrado). Além do aumento dos custos de transação que emerge de um sistema fragmentado, com perda de eficiência e burocracia, compromete-se frontalmente a segurança jurídica.

Daí a necessidade de que as agências, órgãos e autarquias - autoridades estatais competentes - atuem de maneira alinhavada, a começar pela própria estratégia de investigação, ponderando aspectos importantes para o justo e diligente andamento do processo como, por exemplo, a extensão do compartilhamento de provas e informações no âmbito da negociação de um acordo.

Nessa conjuntura, outro aspecto-chave é o diálogo entre as autoridades a fim de viabilizar uma metodologia de cálculo de multa (dosimetria)

²¹⁶ Ver: CADE. *Anuário 2017*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-2017.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2018.. Ver também notícias e publicações no website do CADE: <http://www.cade.gov.br/>.

²¹⁷ BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *CGU publica metodologia de cálculo da multa aplicada nos acordos de leniência*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/05/cgu-publica-metodologia-de-calculo-da-multa-aplicada-nos-acordos-de-leniencia>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

minimamente harmônica dentro de uma visão mais holística do sistema. Nesse sentido, referencialmente, pontuamos o quanto já apontado acima sobre a introdução da Lei 13.655/2018, que, ante o enunciado de dispor sobre “*segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público*”, incluiu alguns dispositivos à LINDB²¹⁸.

Em algumas ocasiões, pela complexidade do fenômeno e diante de sua irradiação nuançada sobre diversos subsistemas, pode ser que não seja possível equacionar um total alinhamento entre os reguladores. Em que pese isso, um alinhamento mínimo, claro e assertivo, mesmo nessas situações de ausência de total consenso, é desejável e positivo, especialmente como sinalização para o setor privado de como será o procedimento, a eventual alocação de penalidades entre as autoridades que investigam a mesma conduta, em especial para se evitar ineficiências, incertezas e inseguranças jurídicas.²¹⁹ Também as autoridades se beneficiam, ao terem sua atuação

²¹⁸ Dentre eles o seguinte: “Art. 22 Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades cado do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados [...] § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.” (grifos nossos). Em um contexto mais geral sobre o novel diploma, o Professor Carlos Ari Sunfeld assim avaliou: “[É] uma lei que, ao mesmo tempo, preserva as conquistas do controle público e ajuda no indispensável equilíbrio das relações internas do estado e das relações deste com a sociedade. A aposta é esta: que equilíbrio, moderação e inovação possam incentivar nosso desenvolvimento institucional.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. **JOTA**. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>>. Acesso em: 19 maio 2019.) Na mesma linha o Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, ao anotar que: “[A] nova LINDB é um inestimável avanço não apenas para o direito público, mas para a hermenêutica contemporânea. Seus efeitos ainda estão por serem estimados, mas não serão irrelevantes [...]. (Marques Neto, Floriano de Azevedo. Revista da CAASP, Opinião, Edição 36, p. 72. Disponível em: <http://www.caasp.org.br/RevistaDigital/ed36/page_72.html>. Acesso em: 19 ago. 2018.)

²¹⁹ Nessa discussão, é de suma valia ter em conta um dispositivo introduzido pela Lei nº 13.655/2018, já em vigor, incidente sobre matéria de direito público e que abarca autoridades administrativas. Trata-se do artigo 30, *caput*, que explicita a importância do aumento da segurança jurídica quando da aplicação de normas pelas autoridades públicas, *in verbis*: “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”. Para uma análise detalhada do

melhor amparada e acesso a instrumentos poderosos, ainda mais quando bem coordenadas entre si.

Em termos concretos, no contexto de negociação de acordos de leniência, para além da demora em negociar com uma série de órgãos (que pode colocar em xeque a utilidade dos fatos revelados pelo delator/colaborador), vê-se que a fragmentação do sistema desincentiva acordos, aumenta custos de transação e, mais trágico, não coíbe a corrupção e concorre para a impunidade, como bem diagnosticado por Floriano de Azevedo Marques Neto:

[...] [S]istema fragmentado e irracional assim, isso é só nosso. É impossível um sistema funcionar eficientemente com múltiplos polos independentes e sem coordenação. Isso não traz só dificuldades operacionais, até contornáveis com diligentes advogados. Gera ineficiência para as investigações e incerteza jurídica.²²⁰

Ao pretender negociar um acordo de leniência e se deparar com um sistema multifacetário de negociação, com uma série de atores supostamente responsáveis, gera-se, no mínimo, empecilhos para o potencial interessado na leniência, podendo culminar com a desistência da colaboração, haja vista um sistema confuso e que não se conversa e, pior, que pode trazer desfechos distintos para o caso da negociação.²²¹ Em última análise, minam-se os incentivos para a negociação do acordo.

É certo, assim, que a cooperação institucional em matéria de programas de leniência no Brasil ainda é incipiente, dependendo atualmente da iniciativa de cada órgão. O processo de construção de soluções dificilmente será instantâneo: trata-se de um longo caminho no qual questões irão surgir de forma paulatina e as diferentes soluções concretas poderão ser debatidas,

citado artigo 30, ver: MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: o dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

²²⁰ Marques Neto, Floriano de Azevedo. Feijoada à brasileira e combate à corrupção. *Folha de São Paulo*, Tendências / Debates (19 ago. 2018). Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2018/08/feijoada-a-brasileira-e-combate-a-corrupcao.shtml>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

²²¹ Cf. Marques Neto: “[A] fragmentação permite ao delator explorar as divergências entre órgãos. No Brasil, em vez do ‘dilema do prisioneiro’, inventamos o concurso entre carrascos.” *Ibidem*.

formuladas e testadas, para então serem consolidadas e aquelas que forem mais efetivas e bem sucedidas adotadas de forma mais abrangente.

O desafio maior perpassa por refinar a arquitetura institucional no que tange às possíveis estratégias de coordenação entre os reguladores e, nessa ótica, compreender o pano de fundo institucional e trabalhar com instrumentos de incentivos que contribuem para melhor alinhar e modular as dinâmicas e políticas dos reguladores, e também as expectativas dos regulados.

Assim, tendo como inspiração a *no piling in policy* do DOJ, deseja-se que haja uma maior coordenação e cooperação entre as autoridades responsáveis pela investigação e celebração de acordos sobre uma mesma conduta que pode ser punida com base em diversas legislações e em múltiplas esferas no Brasil. Além disso, espera-se que as investigações criminais sejam utilizadas de forma ética e correta, para não se tornarem ferramentas injustas do Estado para aumentar o seu poder de barganha em outras esferas e, conseqüentemente, extrair dos investigados maiores multas e penalidades.

O que não se pode perder de vista é o imperativo de preservar as expectativas legítimas daqueles que confiaram na efetividade de alguma das políticas de leniência e decidiram colaborar com as autoridades. No capítulo seguinte, serão exploradas experiências internacionais com o tema, e contrapostas tais experiências ao cenário brasileiro.

6

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: INSTRUMENTAL E OBSTÁCULOS

As economias nacionais estão cada vez mais integradas, bem como os seus problemas. Os cartéis *hard core* se revelam como uma das principais preocupações das autoridades concorrenciais, que, na ausência de uma autoridade supranacional competente em esfera mundial, se veem obrigadas a cooperar entre si para proteger os seus mercados.

O mesmo ocorre com os crimes econômicos e com a corrupção, que também não contam com uma autoridade de nível mundial para sua apuração e julgamento. Tais condutas possuem muitas vezes efeitos transnacionais, dotados de grande complexidade, o que requer uma atuação cada vez mais conjunta dos países envolvidos e uma técnica mais sofisticada de investigação.

O presente capítulo busca, sucintamente, expor quais são os mecanismos que compõem o instrumental da cooperação internacional no combate à corrupção, aos crimes financeiros e em defesa da concorrência, suas possibilidades e principais obstáculos.

A globalização comercial não surge abruptamente, mas se consolida, antes, como um fenômeno cuja história é marcada por oscilações de maior e menor abertura comercial. Atualmente, as fronteiras econômicas dos Estados já não se mostram tão evidentes quanto em tempos passados, próximos à ascensão dos Estados-Nação, quando estes, sob o manto da soberania, detinham plenos poderes sobre seus respectivos territórios e economias²²². Desde o final da Segunda Guerra Mundial, o que há é uma tendência de se abrir gradualmente os mercados, por mais que esse processo se dê em ritmos distintos em cada país.

A principal medida da globalização comercial é o *coeficiente de abertura*, que pode ser calculado a partir da participação do comércio exterior sobre

²²² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263.

o total mundialmente produzido. Segundo Alexandre de Freitas Barbosa²²³, esse índice subiu mais de 10% entre as décadas de 1980 e 1990, atingindo a marca de 38% e revelando a maior importância das trocas internacionais desde 1913, quando o coeficiente atingia 33%.

A progressiva abertura das economias nacionais permitiu a entrada de novos concorrentes, o que redimensionou a importância do direito da concorrência. Como afirmam Vinicius Marques de Carvalho e Paulo Burnier da Silveira²²⁴, tal cenário trouxe novos desafios às autoridades concorrenciais uma vez que, “*enquanto as relações econômicas se internacionalizam cada vez mais, as normas de proteção da concorrência permanecem nos níveis nacionais ou regionais*”. Perante a tendência de uma progressiva internacionalização do direito concorrencial, o CADE tem buscado se integrar às redes internacionais de colaboração com algum protagonismo.

Ao mesmo tempo, com o aumento da complexidade dos crimes financeiros e da corrupção, que possuem cada vez mais impactos transnacionais, bem como maiores dificuldades de prova, é necessária também a atuação conjunta entre as autoridades brasileiras e estrangeiras competentes nessas matérias.

Diante disso, é necessário examinar qual tem sido o uso, por essas autoridades - CADE, MPF, AGU, CVM e BCB - , do instrumental que a cooperação internacional fornece e quais são os principais óbices existentes no ordenamento jurídico brasileiro. De início, todavia, será feito um esboço de como se deram as tentativas de criação de um sistema multilateral de defesa da concorrência, bem como do histórico das convenções de que o Brasil é signatário em matéria de corrupção e crime organizado.

6.1. Cooperação internacional no Brasil em defesa dos mercados e no combate à corrupção e crimes financeiros

6.1.1. De Havana a Doha: breve histórico da concorrência no sistema multilateral

Da ausência de uma organização internacional com competência sancionatória em matéria antitruste deriva o fato de que é comum que as

²²³ BARBOSA, Alexandre de Freitas. *O Mundo Globalizado: Política, Sociedade e Economia*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2001. v. 1. 130p.

²²⁴ CARVALHO, Vinicius Marques; SILVEIRA, Paulo Burnier da . A cooperação internacional na defesa da concorrência. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, p. 97-103, 2013.

mesmas empresas sejam condenadas pelas mesmas práticas, ainda que perante autoridades antitruste distintas. Não sendo claras as condições em que cabível alegar *bis in idem*, cada jurisdição, apreciando o caso concreto, independentemente do local em que os fatos a ele relacionados tenham ocorrido, busca reprimir os efeitos que o ilícito pode reproduzir em seu território²²⁵. É comum, inclusive, que uma condenação ou mesmo um acordo, ao ser noticiado, enseje a proliferação de inquéritos administrativos em outros países.

No século passado e, sobretudo, ao fim da Segunda Guerra, o mundo passou por uma reconfiguração política em que foram criadas muitas das organizações multilaterais que existem ainda hoje, a começar pela própria Organização das Nações Unidas (“ONU”). No âmbito econômico, as bases do sistema financeiro global foram traçadas em Bretton Woods, em 1944, tendo, em tal contexto, sido criados o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, ambas organizações internacionais de caráter multilateral. Sob a direção da ONU, os Estados passaram a se reunir em conferências preparatórias para a criação de uma organização voltada exclusivamente ao comércio internacional.

Deste modo, em 1948, os Estados acordaram acerca da Carta de Havana, documento que criava a Organização Internacional do Comércio

²²⁵ Para a implementação do Direito Antitruste na maior parte dos países, o fator relevante para a afirmação da jurisdição é a ocorrência de efeitos da conduta anticompetitiva, independentemente do local em que se tenha realizado (vide Lei 12.529/2011, art. 2º). Veja-se, ademais, trecho de parecer do Procurador Federal Humberto Cunha dos Santos juntado aos autos do Processo Administrativo n.º 08012.005930/2009-79, destinado à investigação de possível cartel internacional de componentes de vidro de CRT: *“Em um mundo cada vez mais globalizado e interdependente, tende a ser cada vez mais comum a condenação das mesmas empresas por distintas autoridades antitrustes, desde que reste comprovada a potencialidade de produção de efeitos dessa conduta em cada país, o que sempre acentuará o caráter internacional do ilícito contrastável com a política soberana de cada país na defesa de seus próprios interesses. E não há que se falar em bis in idem, pois na ausência de um órgão supranacional competente para apreciar e julgar cartéis internacionais levando em conta a repercussão global dos efeitos dessa conduta, cada país buscará, individualmente, reprimir os efeitos – potenciais ou efetivos – que esse ilícito possa vir a produzir em seu território. Essa forma de atuação, ainda que não seja a mais desejada, extrai sua justificação, portanto, a partir do reconhecimento de que cartéis internacionais são capazes de afetar, ao mesmo tempo e diferentemente, diversos países, devendo haver reprimenda dessa conduta proporcionalmente aos danos potencialmente ou efetivamente gerados em cada país, de acordo com o que resta previsto em leis locais ou regionais”*.

(“OIC”). Em seu Capítulo V, o diploma impunha aos países signatários a adoção de medidas que inibissem práticas anticoncorrenciais, de modo que se esboçava uma organização internacional com pretensões mais abrangentes do que aquelas da Organização Mundial do Comércio (“OMC”), que seria criada somente em 1995. Com a recusa do congresso norte-americano em ratificar a proposta, a OIC atrofiou sem conseguir a adesão da comunidade internacional²²⁶.

Por sua vez, os referidos Estados celebraram o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (“GATT”), que contou inicialmente com 23 países signatários, incluindo o Brasil, trazendo dispositivos que buscavam progressivamente reduzir as barreiras tarifárias e não-tarifárias entre eles existentes. No âmbito do GATT, foram realizadas sucessivas rodadas multilaterais de negociação, o que culminou, no âmbito da Rodada Uruguai (1986), com a criação da Organização Mundial do Comércio, que contava com a participação de mais de 120 países. A criação da OMC envolveu uma ampliação do escopo dos temas relacionados ao comércio internacional que seriam discutidos entre os países: por iniciativa dos países desenvolvidos, notadamente Estados Unidos, União Europeia e Japão, a OMC passou a englobar a temática da Propriedade Intelectual e da proteção aos investimentos (por meio dos acordos TRIPs e TRIMs).

Já na primeira Conferência Ministerial da recém-criada OMC, sediada pelo governo de Singapura, em 1996, foi discutida a pertinência de que outras matérias de alguma forma atreladas ao comércio, como o antitruste e um aprofundamento dos dispositivos aplicáveis a investimentos, fossem negociadas e incluídas nas pautas da organização. Como não foi alcançado um consenso acerca dos assim chamados “temas de Singapura”, decidiu-se

²²⁶ Enquanto a Carta de Havana “*comportava tantas exceções e ambiguidades – inclusive em determinados temas que até hoje permanecem afastados de um tratamento multilateral, como as políticas da concorrência, por exemplo – que sua entrada em vigor poderia ter dado margem a problemas praticamente insolúveis em vista dos poucos mecanismos de solução de controvérsia então existentes*”, o sistema multilateral de comércio foi regido “temporariamente” pelo Acordo Geral de 1947, que “*demonstrou entretanto sua resiliência, ao longo de diversas rodadas sucessivas de negociações*” (ALMEIDA, Paulo Roberto de. OCDE, UNCTAD e OMC: uma perspectiva comparada sobre a macroestrutura política das relações econômicas internacionais. In: CASELLA, Paulo Borba ; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Org.). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. v. 1, p. 149-198. São Paulo: Ltr Editores, 1998.)

pela criação de um grupo de trabalho de escopo analítico, que identificaria áreas que demandassem maior atenção por parte da organização no futuro.

Apesar dos trabalhos, o impasse se manteve. Na Conferência Ministerial de Doha (2001), sinalizou-se que uma política concorrencial poderia ser negociada a partir de Cancun (2003), o que não ocorreu²²⁷. Em verdade, o Conselho Geral decidiu, no ano de 2004, que o grupo de trabalho não exploraria mais a matéria, aplacando as perspectivas de que a OMC viesse a deliberar a respeito de matéria concorrencial. Pode-se mencionar como razões para o insucesso de uma pauta mais abrangente, primeiramente, o diferente estágio na evolução das legislações concorrenciais pelo mundo: segundo a OMC, em 1999, cerca de 80 de seus membros adotavam leis antitruste. A exigência do consenso nas deliberações (*single undertaking*) e, sobretudo, o poder sancionatório da organização, também podem ser mencionados como justificativas para a não inserção da matéria.

Já em meados dos anos 60, importa atentar-se à crescente aplicação do direito comunitário, observando-se o Tratado de Roma (1957)²²⁸, o qual trazia importantes dispositivos em matéria de direito antitruste, notadamente os que reprimiam os cartéis e o abuso de posição dominante, como dispõem os artigos 81 e 82²²⁹.

²²⁷ OLIVEIRA, Thiago Machado. De Havana a Doha: o sistema multilateral de comércio em perspectiva histórica. *Carta Internacional*, São Paulo, v. 1, n. 2, 2006. p. 56.

²²⁸ Assinado em 25 de março de 1957, o Tratado de Roma instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM). Sucedendo o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, de 1951, o diploma foi resultado de um esforço de integração econômica e política dos países europeus.

²²⁹ Nesse sentido, cabe atentar-se ao *caput* dos dispositivos mencionados: “*Artigo 81.º 1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:(...)*”, “*Artigo 82.º É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.*” (grifo nosso). (Disponível em: <https://infoeuropa.euroid.pt/files/web/documentos/ue/2002/2002_tratadoCE_compil.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.). Tais artigos foram emendados pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, possuindo a seguinte redação atualmente: “Artigo 101º 1. São

Na análise do caso *Costen and Grundig*²³⁰, o Tribunal de Justiça Europeu consolidou entendimento de que são passíveis de aplicação da legislação comunitária os casos em que os acordos antieconômicos fossem capazes de constituir ameaça atual e direta, ou até mesmo potencial e indireta, à liberdade de comércio entre os Estados-membros do tratado em questão ou quando se identificasse a possível interferência negativa à consecução dos objetivos de formação de um mercado comum entre os países²³¹. Embora se trate de uma cooperação internacional em dimensão reduzida e, por conta disso, comunitária, cabe salientar que o Tratado de Roma demarca a constante intenção de integração entre os países europeus em torno de um projeto de livre concorrência.

Ainda sob o aspecto regional de sua atuação, destaca-se o papel da Comissão Europeia, que opera como verdadeira guardiã do direito da União. Quando as violações ocorrem em apenas um país europeu, via de regra, a autoridade nacional competente prossegue com a averiguação. Caso contrário, a Comissão Europeia tem amplos poderes para atuar como uma típica autoridade administrativa clássica: apreciando casos, concedendo autorizações, formulando proibições e infligindo sanções. O artigo 3º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2007), que revogou o Tratado de Roma, é o fundamento da competência da União para disciplinar o funcionamento do mercado interno por meio de normas concorrenciais: “*A União dispõe de competência exclusiva nos seguintes domínios: (...) b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno*”²³².

incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: (...)”, “Artigo 102º É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.” (Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>> Acesso em: 01/03/2019.).

²³⁰ Em referência ao acordo de Grundig Verkaufs GmbH (Grundig/Costen), 23 de setembro de 1964, OJEC 2.545/64, [1964] CMLR 489.

²³¹ CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência*: MERCOSUL e União Europeia. 1. ed. Barueri: Manole, 2003.

²³² “Artigo 3.º 1. *the Union shall have exclusive competence in the following areas: (...) the establishing of the Competition rules necessary for the functioning of the internal market;*”, disponível em: <http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/>

Ainda que em grau bem menos avançado, houve esforços de integração do Direito Concorrencial no âmbito do Mercosul. O Tratado de Assunção (1991), por sua vez, empenhando-se no objetivo de constituir um mercado comum sul-americano, afirmou que os Estados tratantes estão comprometidos a harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, promovendo maior integração. Essa imposição abrange matéria concorrencial, tanto que seu artigo 4º afirma que deve haver uma coordenação de políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.

Os trabalhos do Comitê Técnico 5, constituído para se debruçar sobre a defesa da concorrência no Mercosul, culminaram na proposta que, aprovada em Fortaleza, em 17 de dezembro de 1996, tornou-se o “Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul”. Seguindo a linha europeia, o tratado protege seu mercado interno como um todo, mas, em seu artigo 3º, reserva às autoridades nacionais a regulação de práticas cujos efeitos sejam restritos aos seus territórios. Até o presente momento, apenas as autoridades do Paraguai e do Brasil realizaram o depósito do tratado, de modo que a integração da comunidade sul-americana na matéria se revela bem menos avançada que a europeia.

Em conclusão, infere-se que, apesar de haver redes comunitárias que aplicam normas concorrenciais – sendo o exemplo mais bem-sucedido o europeu –, inexistente hodiernamente organização internacional que seja competente na matéria, em âmbito mundial. Com a importante ressalva da União Europeia e de seu Diretório Geral de Concorrência, ainda são as agências nacionais que devem, mesmo que colaborando entre si, proteger seus mercados de condutas que, muitas das vezes e cada vez mais, são de aspecto internacional. Esse intuito de colaboração levou à criação da Rede Internacional da Concorrência (“ICN”, sigla em inglês para *International Competition Network*) com objetivo de promover a convergência em matéria de concorrência, formada por autoridades de concorrência nacionais ou multinacionais, organizações não-governamentais, organismos internacionais (como OCDE, OMC e UNCTAD), comunidades acadêmicas e setores privados relacionados à concorrência.

A propósito, é importante salientar que o CADE assumiu, em julho de 2017, ao lado de autoridades da África do Sul e da União Europeia, a

legislacao/Documents/Europeia/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

co-presidência do Grupo de Trabalho sobre Cartéis da ICN²³³. A autarquia ficará responsável pelo grupo de trabalho no triênio 2017-2020. Trata-se de uma rede que, desde 2001, busca estabelecer meios de comunicação regular – ainda que informais – entre autoridades concorrenciais. É o único corpo internacional voltado exclusivamente ao direito concorrencial, cujos membros representam autoridades nacionais e internacionais. A ICN não produz normas cogentes, de modo que sua importância decorre de ser um importante canal de comunicação entre as agências, que emitem recomendações e traçam projetos em conjunto.

6.1.2. Cooperação internacional no contexto da corrupção e crimes financeiros

Conforme já mencionado, não existe atualmente um órgão supranacional com competência para fiscalização e julgamento de crimes envolvendo corrupção, crimes econômicos e condutas com impacto no mercado financeiro. Apesar de existir o Tribunal Penal Internacional, vale notar que esses temas não estão inseridos em sua competência, que é restrita aos crimes contra humanidade, crimes de guerra, agressão e genocídio, nos termos do art. 5º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Em 11.09.2017, o Conselho de Direitos Humanos da ONU – de cujo colegiado o Brasil faz parte - submeteu proposta para que a corrupção sistemática com recursos públicos passasse a ser tratada como crime contra a humanidade. Segundo os consultores envolvidos na elaboração da proposta, Obiora Okafor e Jean Ziegler,

“[n]ão existem dúvidas de que organizações criminosas emergindo de regimes cleptocráticos – aquele cujo único objetivo é pilhar o Estado – causam danos ao Estado e afetam os direitos fundamentais e liberdades da população. Estados devem considerar formas de caracterizar como crimes internacionais, em especial crimes contra a humanidade, atos de corrupção que sejam conduzidos de forma sistemática e que tenham um impacto no bem-estar da população.”²³⁴

²³³ CADE. *Cade assume liderança do Grupo de Trabalho sobre cartéis da ICN*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-assume-lideranca-do-grupo-de-trabalho-sobre-carteis-da-icn>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

²³⁴ O conteúdo da proposta foi explorado pelo jornal Estado de São Paulo em matéria de 01/09/2017: CHADE, Jamil. Órgão da ONU propõe tratar corrupção como crimes contra a humanidade. **Estadão**, set., 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao>>.

A proposta sugeria que as investigações transnacionais passassem a tramitar em esferas internacionais, como no caso de crimes financeiros com implicações transnacionais, por exemplo. Ainda, alertava para a necessidade de uma maior atenção aos bancos conhecidos por abrigar recursos desviados, como ocorre na Suíça. Apesar de as leis no país terem se tornado mais rigorosas em relação a esse aspecto, na prática, ainda haveria uma cultura de impunidade no mercado financeiro suíço.

Como recomendação, o órgão da ONU propôs a adoção de diversas medidas, de modo a garantir que os fundos ilícitos fossem integralmente repatriados aos países de origem, e que os intermediários financeiros envolvidos em corrupção passassem a ser devidamente responsabilizados.

No entanto, trata-se de tema ainda controverso, de modo que o Tribunal Penal Internacional continua sendo incompetente para apreciação de temas como corrupção e crimes financeiros, não existindo, portanto, autoridade supranacional com atuação nestes assuntos.

Diante da inexistência de um órgão supranacional que centralize a competência para apreciação e julgamento dessas condutas, torna-se necessário compreender individualmente as normas internas dos países e as práticas adotadas pelos órgãos com competência para celebração de acordo de leniência em matérias como corrupção e mercado financeiro, de modo a superar eventuais dificuldades na concretização da cooperação.

Essa atuação conjunta é possível graças às convenções de que o Brasil é signatário, a saber: (i) a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, elaborada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (“OEA”) e promulgada pelo Decreto 4.410, de 7 de outubro de 2002; (ii) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 17 de dezembro de 1997, elaborada no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e promulgada pelo Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000; e (iii) a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006, também conhecida como Convenção de Mérida – cidade onde foi assinada – ou *United Nations Convention Against Corruption* (“UNCAC”).

A internacionalização do combate à corrupção começou a tomar maior ímpeto com a entrada em vigor do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) nos Estados Unidos, em 1977. A legislação, pioneira, permitiu que companhias americanas fossem responsabilizadas em seu país por atos de corrupção e propinas praticados no exterior e com relação a funcionários estrangeiros, desde que elas possuíssem ações em bolsa nos Estados Unidos. Segundo Elliot²³⁵, contudo, isto gerou uma desvantagem competitiva para as companhias transnacionais americanas em face de suas rivais que não sofriam das mesmas restrições em seus países de origem, em muitos dos quais as práticas de corrupção de funcionários estrangeiros eram toleradas. Ainda que estas reclamações tenham dado origem a iniciativas preliminares na década de 70 na ONU e na OCDE, nenhuma delas produziu resultados concretos²³⁶.

Apenas a partir da década de 90, com uma nova onda de pressões americanas, é que foram elaborados tratados multilaterais vinculantes sobre a temática da corrupção. As convenções que se seguiram, assim, preocuparam-se em conferir um tratamento contundente e, na medida do possível, homogêneo às práticas de corrupção. Ao mesmo tempo, todas elas trazem previsões sobre a cooperação entre os Estados, principalmente quanto à extradição de acusados e à recuperação de ativos.

A primeira convenção internacional vinculante sobre o tema foi a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, elaborada pela Organização dos Estados Americanos, aprovada em 29 de março de 1996, em Caracas. A Convenção determina que os Estados signatários tomem medidas para sancionar criminalmente atos de corrupção, como o oferecimento de propinas – dentro e fora do território nacional – e o enriquecimento ilícito, bem como para cooperação na investigação e persecução de tais atos, por meio da extradição e assistência mútua em recuperar ativos e riquezas²³⁷.

Especificamente quanto à cooperação internacional, a Convenção Interamericana traz previsões que facilitam a extradição por crimes ou ofensas

²³⁵ ELLIOT, Kimberly Ann. Corruption as an International Policy Problem: Overview and Recommendations. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Ed) *Corruption and The Global Economy*. Institute for International Economics: Washington, p. 175–233, 1997. p. 200.

²³⁶ Ibidem.

²³⁷ ELLIOT, Kimberly Ann, Corruption as an International Policy Problem: Overview and Recommendations. In: ELLIOT, Kimberly Ann, *Corruption and The Global Economy*, Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1997. p. 200.

nela previstos. O Artigo XIII, por exemplo, prevê que a própria Convenção servirá de base para pedidos de extradição, mesmo no caso de países que não tenham, entre si, um tratado de extradição. Há ainda, no Artigo XIV, determinação de que os países confirmam uns aos outros a maior medida possível de assistência mútua no processamento de pedidos de assistência jurídica e técnica, a fim de prevenir, detectar e investigar possíveis atos de corrupção.

O primeiro tratado multilateral sobre corrupção, sem caráter vinculante, no entanto, foi editado ainda em 1994 pela OCDE, e intitulava-se “*Recommendations on Bribery in International Business Transactions*”, recomendando aos estados membros que adotassem medidas para prevenir, coibir e combater a corrupção, por suas próprias empresas, de funcionários estrangeiros. Posteriormente, após nova rodada de negociações, em 1997 foi elaborada a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, a qual contou com a adesão de trinta e quatro países, incluindo o Brasil, muito embora este não seja membro da OCDE²³⁸.

A Convenção estabelece nos artigos 1, 2 e 3 a obrigação dos Estados em criminalizarem atos de corrupção e pagamentos de propinas destinados a funcionários estrangeiros, responsabilizando as pessoas jurídicas responsáveis por tais condutas. A Convenção também estabelece, em seu artigo 9º, obrigações de assistência mútua para fins de extradição e investigações - criminais ou não - sobre as condutas objeto do tratado.

Em cumprimento ao disposto na Convenção, ratificada no Brasil ainda em 2000, foi editada a Lei 10.467/2002, a qual introduziu no código penal o Capítulo II-A, no Título XI, tipificando crimes de corrupção e tráfico de influência em transações internacionais.

Por fim, o Brasil ainda é signatário da UNCAC, adotada pela Assembleia Geral em 31 de outubro de 2003. Trata-se de documento mais amplo e detalhado, que recomenda medidas preventivas a serem adotadas pelos Estados membros, tais como a adoção de práticas de transparência, de políticas de desincentivo à corrupção e de políticas que possibilitem a participação da sociedade civil no combate a tais práticas. Além disso, a

²³⁸ SANDHOLTZ, Wayne, GRAY, Mark M., International Integration and National Corruption. *International Organization*, v. 57, n. 4, p. 761-800, 2003. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/3594846.pdf?refreqid=excelsior%3A0733da0048ed6f1c8e294a16cc482c34>>. Acesso em: 20 ago. 2019.p. 769.

Convenção determina que os Estados signatários criminalizem práticas de peculato, lavagem de dinheiro e pagamento de propina para funcionários públicos locais ou estrangeiros. Ainda, recomenda-se que os países considerem criminalizar outras práticas lesivas, como tráfico de influência, abuso de função, enriquecimento ilícito e pagamento de propinas no setor privado.

Por fim, a Convenção estabeleceu, tal como fizeram os outros tratados aqui descritos, mecanismos de cooperação entre os Estados, em seu Capítulo IV, Artigos 43 a 50. Nestes dispositivos, são extensamente detalhadas as obrigações não só de assistência mútua ou de facilitação de extradições, mas também de transferência de procedimentos criminais, a fim de (i) concentrar as investigações em uma única jurisdição - quando isto for no interesse de todas as partes -; (ii) cooperação em investigações transnacionais e entre autoridades policiais, investigações conjuntas, cooperação quanto a técnicas investigativas especiais (como vigilância eletrônica, operações sigilosas, etc.); e, por fim, (iii) cooperação na recuperação de valores e ativos envolvidos com crimes de corrupção.

De forma a não permitir que estas convenções se tornassem uma mera carta de intenções, sem efeitos concretos no combate à corrupção, foram também criados mecanismos de monitoramento da implementação e do cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados²³⁹. Os mecanismos de acompanhamento e avaliação da Convenção da OCDE encontram-se previstos no próprio tratado, enquanto que o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Mesicic) foi adotado em junho de 2001, no chamado *Documento de Buenos Aires*. Por fim, em 2012, foi implementado o mecanismo de avaliação da UNCAC. Via de regra, todos eles apresentam metodologias similares. A cada rodada são eleitos alguns aspectos da convenção cuja implementação será avaliada nos Estados signatários. Cada país é avaliado por outros dois países, os quais elaboram relatórios com a avaliação do cumprimento e, eventualmente, recomendações, cuja implementação será novamente objeto de análise nas rodadas posteriores.

A avaliação dá-se ao longo de vários meses, em uma série de etapas: (a) elaboração do cronograma da avaliação; (b) envio de questionários detalhados aos países avaliados, com pedidos de informações e documentos a

²³⁹ CRUZ, Hamilton Cota; BEZERRA, Camila Colares. Combate à Corrupção: convenções e mecanismos internacionais. *Temas de Cooperação Internacional*. 2. ed., Brasília: MPF, 2016. p. 187.

serem fornecidos; (c) recebimento da resposta inicial dos países avaliados; (d) visita *in loco* dos países avaliadores, com entrevistas às autoridades locais relevantes e às pessoas físicas e jurídicas interessadas no cumprimento da convenção; (e) formulação de perguntas complementares; (f) envio de minuta do relatório final da avaliação ao país avaliado, para correções e objeções; (g) discussão da minuta entre avaliadores e avaliado; (h) discussão e aprovação da versão final do relatório, em plenário, pelos Estados signatários; e (i) *follow-up* do país avaliado quanto ao cumprimento das pendências verificadas²⁴⁰.

Em tais processos, a participação do Brasil é coordenada pela CGU, com contribuições da AGU, do Ministério da Justiça e do MPF. A própria Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) é exemplo dos resultados nas políticas internas dos foros internacionais, ao introduzir a responsabilização objetiva da pessoa jurídica responsável por atos de corrupção lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira²⁴¹.

A justiça penal internacional está inserida num contexto de globalização do crime, reflexo da prática de condutas cujos efeitos não se limitam ao Brasil, como no caso da lavagem de dinheiro (paraísos fiscais) e corrupção, que antecede o crime de lavagem de capitais. Nesse contexto, como visto, faz-se necessária a cooperação internacional para investigação dos delitos e, quando o caso, o bloqueio de bens provenientes de condutas praticadas em países estrangeiros, cooperação que é viabilizada pelos instrumentos acima mencionados, que são a primeira base para cooperação entre países em matéria penal. Além dessas convenções, relacionadas especificamente ao tema corrupção, o Brasil é signatário de outros três instrumentos relativos a direito penal, a saber: Convenção interamericana sobre assistência mútua em matéria penal (Decreto 6.340/2008), Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto 5015/2004) e Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul (Decreto 3468/2000).

No Brasil, não existe lei que regulamente de maneira consolidada a cooperação internacional em matéria penal, havendo um contexto normativo

²⁴⁰ SARAIVA, Wellington Cabral. Atuação do Ministério Público Federal nas Convenções Internacionais Contra Corrupção. *Temas de Cooperação Internacional*. 2. ed. Brasília: MPF, 2016. p. 177.

²⁴¹ CRUZ, Hamilton Cota. Combate à Corrupção: convenções e mecanismos internacionais. **Temas de Cooperação Internacional**. 2. ed. Brasília: MPF, 2016. p. 188.

pulverizado, baseado nas convenções indicadas acima e formado por normas, cartilhas e recomendações esparsas.

A cooperação internacional em matéria penal pode consistir em mera troca de informações, colaboração de caráter executório e ainda atuação em restrições à liberdade. No primeiro caso, chamado primeiro nível de colaboração, existe uma colaboração voltada a notificações, intimações e oitivas, ou seja, atos de caráter informativo. No segundo nível, de caráter executório, a cooperação passa a afetar diretamente os direitos fundamentais das pessoas, o que envolve, por exemplo, domicílio, intimidade e patrimônio. É nesse segundo nível de cooperação que ocorrem as técnicas especiais de investigação, bem como buscas e apreensões, bloqueios de bens, remessa de dados, entrega de documentos, repatriação de ativos, interceptação de telecomunicações, que serão exploradas a seguir. Por fim, o terceiro e mais avançado nível de cooperação internacional envolve a restrição à liberdade, ou seja, atos voltados a prisões.

No cenário político e econômico atual, é possível perceber que a investigação de crimes econômicos difere da investigação da criminalidade clássica. Isso ocorre em razão do alto nível de complexidade dos crimes financeiros, que requerem um modo especial de apuração.

O Código de Processo Penal estabelece que as investigações criminais sejam conduzidas pela polícia (civil ou federal), no âmbito de um inquérito policial, que consiste em procedimento administrativo, preparatório, provisório, informativo e de natureza inquisitiva, conforme o disposto nos artigos 4º a 23 do Código de processo penal brasileiro.

No entanto, o inquérito policial não é a única ferramenta clássica de investigação, tendo o STF reconhecido, em sessão realizada em 14 de maio de 2015, a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal²⁴², por meio de Procedimento Investigatório Criminal (PIC), a ser regulamentado por cada Ministério Público. Na ocasião, o STF fixou parâmetros para essa atuação, determinando que os direitos e garantias fundamentais dos investigados deveriam ser respeitados e, ainda, que todos os atos de investigação praticados pelo Ministério Público deveriam observar as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição, as prerrogativas profissionais garantidas aos advogados,

²⁴² O Plenário negou provimento, por maioria, ao Recurso Extraordinário (RE) 593727, com repercussão geral, tendo essa decisão aplicabilidade nos processos sobrestados nas demais instâncias e que versavam sobre o mesmo tema.

o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao direito de defesa, estando sujeitos, ainda, a permanente controle jurisdicional.

Contudo, a criminalidade econômica requer uma alteração dessas formas clássicas de investigação, para que se busque a efetividade investigativa nos casos concretos. Nos crimes econômicos, os bens jurídicos afetados são transindividuais, havendo, portanto, uma vitimização difusa, que possui complexidades do ponto de vista probatório, em razão do profissionalismo dos agentes e da corrente transnacionalidade das condutas.

Diante disso, são necessárias as técnicas especiais de investigação (TEIs), que consistem em ferramentas sigilosas a serem utilizadas pela Polícia, pelo Ministério Público e pelos órgãos de inteligência para a apuração de crimes graves, que, por sua complexidade e alcance, requerem a utilização de estratégias investigativas diferentes das tradicionais, em que normalmente se utiliza prova testemunhal ou documental e que, em regra, não são sigilosas.

Vladimir Aras, em estudo sobre o tema, explica que

“a utilidade das TEI não pode ser ignorada, especialmente no que diz respeito à persecução do terrorismo e da criminalidade organizada, já que a estruturação dos entes criminosos de tipo mafioso inutiliza os mecanismos tradicionais de investigação, exclusivamente baseados na prova testemunhal ou na prova documental.”²⁴³

Essas técnicas especiais costumam ser empregadas na investigação de terrorismo e crimes graves praticados por organizações criminosas, entendendo-se como grave a infração penal cuja pena máxima não seja inferior a quatro anos, conforme definição do art. 2º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).

Vale notar que elas não excluem a investigação clássica, devendo ser adotadas de maneira paralela, garantido o acesso aos elementos de prova constantes do inquérito.²⁴⁴ Contudo, em relação às técnicas especiais, será

²⁴³ ARAS, Vladimir. *Técnicas especiais de investigação*. In: DE CARLI, Carla Veríssimo. (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 503-582.

²⁴⁴ Nos termos da Súmula Vinculante 14 do STF, “[é] direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

mantido sigilo até que se conclua o processo de sua coleta e, só então, o investigado poderá acessá-las.

Essa contextualização é necessária, pois as técnicas especiais de investigação estão inseridas sobretudo num contexto de cooperação jurídica internacional, tendo em vista que os crimes que requerem essas técnicas produzem efeitos transnacionais. Dentre os atos praticados para a persecução desses crimes, estão as interceptações telefônicas e telemáticas (fax), a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico e a busca e apreensão.

Tais técnicas estão previstas na Constituição Federal de 1988, que permite em seu artigo 5º, XII a interceptação de comunicações postais, telefônicas e telemáticas, e autoriza no inciso XI, de maneira excepcional, a exploração domiciliar mediante ordem judicial.

Os tratados internacionais de que o Brasil é signatário são a segunda fonte dessas técnicas, tendo sido os primeiros instrumentos a usarem a nomenclatura “técnicas especiais de investigação”. Como destaque, pode ser mencionado o artigo 20²⁴⁵ da Convenção das Nações Unidas contra

²⁴⁵ “Artigo 20 Técnicas especiais de investigação 1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada. 2. Para efeitos de investigações sobre as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos ou protocolos serão celebrados e aplicados sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas. 3. Na ausência dos acordos ou protocolos referidos no parágrafo 2 do presente Artigo, as decisões de recorrer a técnicas especiais de investigação a nível internacional serão tomadas casuisticamente e poderão, se necessário, ter em conta acordos ou protocolos financeiros relativos ao exercício de jurisdição pelos Estados Partes interessados. 4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil por meio do Decreto 5.015/2004. Em relação ao tema da corrupção, há também o artigo 50²⁴⁶ da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, explorada anteriormente.

Vale notar que as regras envolvendo técnicas especiais previstas em tais convenções possuem aplicabilidade direta no Brasil, independentemente de lei penal prévia em sentido estrito sobre o tema, visto que são regras acerca de procedimento, ou seja, que não versam sobre criminalização de condutas, segundo explica Aras.

Essas técnicas, portanto, mitigam de forma autorizada os direitos fundamentais de intimidade e privacidade, estando voltadas à persecução de crimes graves que exijam o emprego de estratégias investigativas mais avançadas. Ainda que possa haver sigilo no processo de sua coleta, é fundamental que seja assegurado oportunamente ao investigado o contraditório e a ampla defesa.

²⁴⁶ “Artigo 50 Técnicas especiais de investigação 1. A fim de combater eficazmente a corrupção, cada Estado Parte, na medida em que lhe permitam os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno e conforme às condições prescritas por sua legislação interna, adotará as medidas que sejam necessárias, dentro de suas possibilidades, para prever o adequado recurso, por suas autoridades competentes em seu território, à entrega vigiada e, quando considerar apropriado, a outras técnicas especiais de investigação como a vigilância eletrônica ou de outras índoles e as operações secretas, assim como para permitir a admissibilidade das provas derivadas dessas técnicas em seus tribunais. 2. Para efeitos de investigação dos delitos compreendidos na presente Convenção, se recomenda aos Estados Partes que celebrem, quando proceder, acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais apropriados para utilizar essas técnicas especiais de investigação no contexto da cooperação no plano internacional. Esses acordos ou tratados se apoiarão e executarão respeitando plenamente o princípio da igualdade soberana dos Estados e, ao pô-los em prática, cumprir-se-ão estritamente as condições neles contidas. 3. Não existindo os acordos ou tratados mencionados no parágrafo 2 do presente Artigo, toda decisão de recorrer a essas técnicas especiais de investigação no plano internacional se adotará sobre cada caso particular e poderá, quando seja necessário, ter em conta os tratados financeiros e os entendimentos relativos ao exercício de jurisdição pelos Estados Partes interessados. 4. Toda decisão de recorrer à entrega vigiada no plano internacional poderá, com o consentimento dos Estados Partes interessados, incluir a aplicação de métodos tais como interceptar bens e fundos, autorizá-los a prosseguir intactos ou retirá-los ou substituí-los total ou parcialmente.”

6.2. O CADE e seus instrumentos de cooperação internacional

6.2.1. O Brasil e a teoria dos efeitos

No Brasil, a Lei 12.529/2011, bem como sua antecessora, aderiu à *teoria dos efeitos* em seu artigo 2º, reconhecendo jurisdição nacional não somente sobre práticas cometidas em território nacional, mas também sobre aquelas capazes de nele produzir efeitos, pouco importando a nacionalidade dos agentes envolvidos²⁴⁷.

Essa opção, além de seguir a tendência internacional, adotada por jurisdições como a norte-americana e a europeia²⁴⁸, expressa o reconhecimento de que, em um cenário de globalização comercial, há fenômenos que ultrapassam e relativizam as fronteiras soberanas, sendo mais sensato pautar a proteção dos mercados nos riscos existentes, independentemente da nacionalidade dos envolvidos ou do local da conduta.

6.2.2. Acordos de cooperação: MLATs e MOUs

Nesse cenário de interdependência de mercados, as autoridades concorrenciais se veem obrigadas a cooperar entre si, seja por meios formais

²⁴⁷ Com a condenação de empresas pelas autoridades norte-americana e europeia, o CADE passou a apurar o caso do cartel de vitaminas, que fixou os critérios para a condenação de um cartel internacional no Brasil. O voto-vogal do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado expõe com clareza como a opção pela *teoria dos efeitos*, considerando os efeitos potenciais, já havia sido adotada pelo legislador em 1994: “na legislação brasileira, a Lei 8884/94, em seu artigo 20, dispõe que a ausência de culpa e a não realização dos efeitos das infrações da legislação da concorrência não isentam seus autores. Os potenciais efeitos das condutas são também sancionados (...). Portanto, estabelecida as condições de existência de um Cartel Integral, alcança-se aquele quantum probatório, em que uma decisão pode ser exarada. Desta forma não há que se provar efeitos”.

²⁴⁸ Em 19 de dezembro de 1984, a Comissão Europeia aplicou multas a produtoras não europeias de polpa de madeira, bem como a associações de produtores de *wood pulp*. O caso marcou o reconhecimento da Comissão Europeia da teoria dos efeitos (*effects doctrine*) na aplicação da legislação antitruste. Segundo a decisão, o mercado mundial de polpa de madeira tinha suas principais fontes no Canadá, nos EUA, na Suécia e na Finlândia. Mesmo assim, tratava-se de um mercado de dimensões globais, de modo que os infratores não poderiam contornar os resultados de seus comportamentos prejudiciais ao mercado europeu.

Cf. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ou informais. Como já aludido, desde a última década do século XX, a gradual desnaturação das fronteiras econômicas dos Estados direcionou maior atenção à defesa da concorrência em uma perspectiva global, o que, por sua vez, fez eclodir inúmeros acordos sobre a matéria entre as autoridades antitruste do mundo todo.

Os acordos de cooperação firmados entre os países ou entre suas agências podem se apresentar de diversas formas, de modo que são classificados em bilaterais, multilaterais ou regionais. Quanto à distinção dos sujeitos que atuam na composição dos acordos, pode-se distinguir os acordos de cooperação traçados no âmbito das agências daqueles estabelecidos em nível governamental – que, em geral, distinguem-se dos primeiros pela sua força vinculante.

Acordos de assistência jurídica entre países (“MLATs”), como o celebrado entre Brasil e Estados Unidos em 1997, são internalizados no ordenamento pátrio mediante um processo extenso de ratificação disciplinado pela Constituição Federal, gerando obrigações para os Estados contratantes. MLATs podem tratar de diversas formas de cooperação, dentre elas, intercâmbio de informações, fornecimento de documentos, registros e bens, transferência de pessoas sob custódia, execução de buscas e apreensões e repatriação de ativos.

Já houve manifestações de Conselheiros do CADE no sentido de que a inexistência de tratados de cooperação jurídica internacional específicos na matéria com a maioria dos países aos quais a autarquia demanda cooperação implica morosidade processual, sendo um entrave a procedimentos que poderiam ser simples como a notificação de representados domiciliados no

exterior²⁴⁹⁻²⁵⁰. Justamente por conta de óbices burocráticos cuja superação

²⁴⁹ No bojo do Processo Administrativo 08012.000820/2009-11, instaurado para apuração de suposto cartel internacional, com efeitos no Brasil, no mercado de compressores herméticos para refrigeração, o então Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, em seu Voto de 22 de março de 2016, posiciona-se favorável ao desmembramento do processo relacionados a pessoas físicas e jurídicas que não podiam ser citadas. No voto, o Conselheiro afirmou que *“obter a cooperação da autoridade estrangeira pode representar desafio de substancial complexidade em relação às relações diplomáticas com os diversos países. Com a utilização da via judicial da assistência jurídica internacional mediante a utilização da carta rogatória, há substanciais entraves burocráticos, formalidades e morosidades (...). Ademais, o Brasil não possui tratado de cooperação jurídica internacional específico na matéria com a maioria dos países para o qual o CADE demanda a cooperação (por exemplo, Japão, Coréia do Sul, Taiwan, China, Alemanha, entre outros). Nessas circunstâncias, o cumprimento da carta rogatória por vezes é incerto, uma vez que depende tão-somente de cortesia internacional, ou comity. Destarte, a elevação significativa do número de integrantes do polo passivo acarretaria tumulto processual, na medida em que retardaria ainda mais a efetivação das notificações, grande parte delas ainda dependentes de diligências preliminares de obtenção do endereço de contato de pessoas naturais residentes e domiciliadas no exterior. A negativa de desmembramento poderia causar atraso ainda maior que no prosseguimento da instrução processual e, por conseguinte, o alcance da verdade material acerca dos ilícitos concorrenciais investigados restaria comprometido.”*

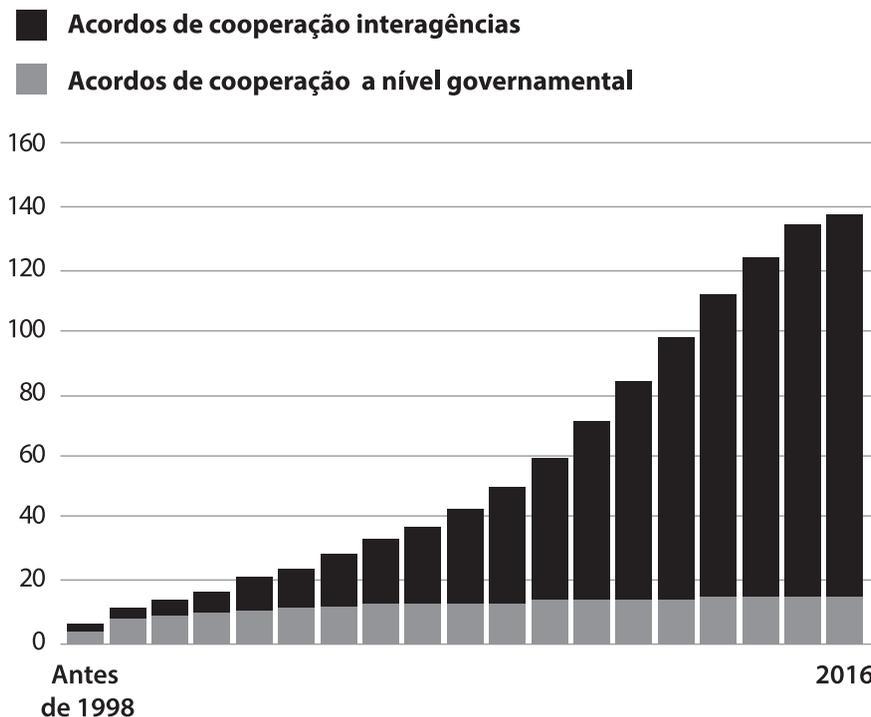
²⁵⁰ No Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12, com recente decisão de condenação de cartel internacional de TFT-LCD, houve também desmembramento do feito com relação às pessoas físicas estrangeiras, também justificado pela dificuldade de notificação. Em seu voto, o Conselheiro Relator Maurício Oscar Bandeira Maia também defende a legalidade do desmembramento do processo, face à dificuldade de citação de representados: *“A experiência desta Secretaria vem demonstrando que a notificação de Representados residentes e domiciliados no exterior, especialmente pessoas naturais, atrasa o início da constituição da relação jurídica processual e, conseqüentemente, o fim da instrução probatória. O presente processo foi primeiramente instaurado em 07.12.2009, com inclusão de pessoas jurídicas em seu polo passivo em 17.12.2009 e 02.08.2011, sem que, até a distribuição do feito no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica em 02.08.2017, tenha sido possível notificar todos os indivíduos e empresas integrantes do polo passivo. Essa demora se deve, em grande parte, aos seguintes fatores principais: (i) dificuldade de obtenção de endereços atualizados de pessoas físicas estrangeiras; e (ii) dependência da cooperação de autoridades estrangeiras na efetivação da notificação.”* (...) *Como solução para a consecução do interesse público perseguido nestes autos, tem-se a possibilidade de desmembramento do presente processo, alternava legalmente autorizada para dar celeridade e connuidade às investigações, nos termos do art. 46, parágrafo único, do Código de Processo Civil.”*

não pode aguardar por uma solução de nível governamental, as agências antitruste têm encontrado outras formas de cooperação, utilizando institutos mais flexíveis, mesmo que não dotados de força normativa. É o caso, por exemplo, dos Memorandos de Entendimento (MoU), que, conforme explica a OCDE²⁵¹, não são acordos internacionais que criam direitos e obrigações entre os países, mas sim instrumentos de *soft law*, arranjos práticos ou estruturas gerais de cooperação de características variáveis.

Trata-se de acordos de *quase-direito*, bem como de recomendações traçadas no âmbito de organizações multilaterais, que têm se revelado componentes relevantes do instrumental da cooperação internacional. Justamente por não criarem obrigações recíprocas entre os Estados, são documentos que podem ser facilmente acordados, dispensando a intervenção de corpos executivos ou judiciários. Segundo a OCDE, desde 2004, o número de acordos de cooperação entre agências superou aqueles estabelecidos em nível governamental. Os MoUs, em geral, firmam estratégias de notificações mútuas e de troca de informações. O CADE já firmou entendimentos com diversas autoridades, dentre elas, o próprio Diretório Geral de Defesa da Concorrência da União Europeia.

²⁵¹ “*MoUs não são tratados internacionais entre países que criam direitos ou obrigações entre autoridades de defesa da concorrência. Ao contrário do conceito legal de tratados internacionais, há pouco consenso internacional sobre o que constituiria um MoU: MoUs são instrumentos legais não vinculativos, arranjos práticos ou estruturas gerais de cooperação entre autoridades de defesa da concorrência e, portanto, sua definição e principais características (i.e. processo de adoção, questões que podem ser cobertas, efeitos legais) podem variar de jurisdição para jurisdição. Os memorandos de entendimentos não são juridicamente vinculativos, com a exceção de cláusulas vinculativas de confidencialidade em alguns casos*” (tradução livre, OCDE. *Inventory of provisions in inter-agency co-operation agreements (MoUs)*. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)1/REV2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)1/REV2/en/pdf)>. Acesso em: 07 dez. 2017.

Acordos entre agências x acordos em nível governamental



Fonte: OCDE (2016)

Importante ressaltar que, na teoria dos atos jurídicos em direito internacional, não há, ainda, uma clara distinção entre o que se inscreve na esfera jurídica e o que lhe escapa. Conceitos como *soft law* são necessários, que atendem a demandas da comunidade internacional, mas que ainda são pouco precisas. Sucintamente, a compreensão da *soft law* surge da suposição de uma gradatividade entre normas com menor e maior grau de cogência (*hard law*). Apesar de haver críticos ao que seria apenas um modismo, os internacionalistas têm reconhecido certos atos que, destituídos de obrigatoriedade, estipulam modelos de comportamento²⁵². Considerando-se o menor grau de

²⁵² *Soft law* mira em objetos necessários, mas nem por isso facilmente alcançáveis, “dada a resistência das modalidades tradicionais de atuação dos Estados”. Os internacionalistas alertam que sua formulação deve ser feita com cautela, “dada a rarefação e a fluidez de sua juridicidade” (CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 461.).

enforcement de normas presentes em tratados internacionais, a observância aos princípios e regras neles constantes se intensifica na medida em que mais sujeitos decidem por adotá-los como padrão de comportamento e, sendo o padrão que rege o relacionamento de vários agentes, amplia-se o interesse de novos agentes para aderirem aos seus preceitos.²⁵³

6.2.3. Mecanismos informais de cooperação internacional

Contrariando, ainda, a noção de que acordos de força cogente necessariamente são mecanismos mais eficazes de cooperação internacional, em contribuição escrita para a OCDE, o próprio CADE afirma que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) mantém contatos informais com agências durante investigações envolvendo cartéis internacionais, que se dão mediante telefonemas e troca de e-mails, em que as autoridades trocam experiências e visões relacionadas à investigação e à resolução de problemas práticos.

As atividades coordenadas de busca e apreensão conduzidas pelas autoridades brasileira, norte-americana e europeia, que serão mencionadas mais à frente, são relatadas pelo CADE, em sua contribuição escrita à OCDE, como fruto da manutenção de contatos informais entre as agências.²⁵⁴

6.2.4. Obstáculos à cooperação internacional no ordenamento jurídico brasileiro em âmbito concorrencial

O relatório de encerramento do Plano Estratégico 2013-2016, que já orientava o CADE no sentido de uma maior participação internacional,

²⁵³ “I argue that legal standards are susceptible to network effects in the exact same fashion as certain products in the market-place. The “market” for legal standards possesses the constituent elements for a network effect. Because legal standards are instruments that facilitate interaction with a larger group, the inherent value of a legal standard as a means to that end increases as other actors employ the same legal standard (...). Thus, left to its own devices, network effects will induce standardization within the market for commercial legal practices”. (DRUZIN, Bryan H. Why does Soft Law Have any Power Anyway? *Asian Journal of International Law*, v. 7, n.2, ago., 2016. p. 361-378. p. 2).

²⁵⁴ OCDE. Improving International Co-operation in Cartel Investigations. *Global Fórum on Competition*, 30. nov. 2012., Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019 11/03/2019. p. 171

avaliou que os objetivos de incrementar a cooperação internacional da autarquia no período, em sua maioria, foram alcançados. O Mapa Estratégico para o triênio 2017-2020, embora seja um documento mais enxuto, revelou uma ambição maior: “*exercer protagonismo na agenda antitruste internacional*”. Para tanto, é importante que a autarquia brasileira esteja cada vez mais atuante nas redes internacionais, o que tem ocorrido, mas também é preciso que os atuais óbices à implementação de uma política de cooperação eficaz sejam, de algum modo, contornados.

Em 1998, o Conselho da OCDE publicou um documento de recomendações e boas práticas acerca da necessidade de reação contra cartéis *hard core*, que seriam o maior exemplar de violação do direito da concorrência, prejudicando consumidores em diversos países. O texto se tornou referência no tratamento do problema, prescrevendo a necessidade de uma atuação conjunta, por meio de acordos bilaterais e multilaterais, pautada no princípio do interesse comum. Para tanto, os Estados-membros deveriam rever os obstáculos a uma efetiva política de cooperação que poderia haver em suas legislações nacionais.

Desde então, houve desenvolvimento significativo na cooperação em cartéis internacionais, mas a interação entre autoridades antitruste continua engessada por uma série de questões que obstam uma ação mais efetiva. No Fórum Global sobre Concorrência, promovido pela OCDE em 2012, os representantes brasileiros se manifestaram no sentido de que a especificidade de cada ordenamento quanto ao tratamento das informações confidenciais é o principal empecilho à colaboração entre as agências²⁵⁵.

De fato, a Lei de Acesso à Informação brasileira vincula o Poder Público em geral, inclusive as suas autarquias, ao princípio geral de publicidade, resguardando também as informações dos particulares, cujo tratamento deve ser feito de modo a garantir o respeito às liberdades e garantias individuais. A Lei 12.529/2011, ao estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, também se preocupou em estabelecer hipóteses de sigilo legal. O artigo 44 da lei antitruste brasileira responsabiliza aquele que prestar serviços

²⁵⁵ “*Confidentiality issues have been the main barriers to information sharing we have faced. Each jurisdiction has its own rules in relation to confidentiality*”. (OCDE. Improving International Co-operation in Cartel Investigations. *Global Fórum on Competition*, 30. nov. 2012., Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2018. p. 120

ao CADE ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)²⁵⁶ e der causa à disseminação indevida de informação sigilosa, impondo multa pecuniária no valor de até vinte mil reais.

O RICADE impõe que a proposta de acordo de leniência, oral ou por escrito, receberá tratamento sigilo, sendo acessível somente às pessoas autorizadas pelo Superintendente-Geral. A razão de se limitar o compartilhamento de informações, em tese, é incentivar as firmas a cooperar, evitando problemas decorrentes da publicização do acordo, de modo que se deve procurar um meio termo que não inviabilize nem a cooperação entre autoridades, nem a colaboração entre autoridade e empresa.

Ademais, em setembro de 2018, o Tribunal do CADE aprovou a Resolução 21/2018, que regulamenta procedimentos de acesso a documentos e informações constantes em processos administrativos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica. Em regra, todos os documentos e informações constantes nestes processos administrativos serão de acesso público, sendo excepcionalmente mantidos como de acesso restrito os documentos como o histórico da conduta e seus aditivos. Entretanto, a Resolução estabelece possibilidades excepcionais de acesso aos documentos restritos, como quando houver determinação legal ou decisão judicial específica, e ainda, a partir de cooperação jurídica internacional e autorização do signatário da leniência ou do TCC.

A OCDE²⁵⁷ acredita que a diferença no tratamento que os ordenamentos nacionais conferem às práticas anticoncorrenciais também pode ser um entrave. A organização distingue as jurisdições de sistema administrativo daquelas de sistema criminal, que, genericamente consideradas, exigiriam acordos formais, enquanto que em jurisdições de sistema administrativo haveria prevalência de expedientes informais. A incompatibilidade entre os

²⁵⁶ Em janeiro de 2018, a SEAE foi extinta e duas novas secretarias foram criadas a partir do remanejamento de competências e cargos. Em relação à Advocacia da Concorrência, competência da SEAE relacionada ao SBCD, atualmente é a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) responsável por essas atividades.

²⁵⁷ “*The differences between jurisdictions with criminal as opposed to administrative systems of enforcement were also highlighted as potentially limiting co-operation efforts* (OCDE. Improving International Co-operation in Cartel Investigations. *Global Fórum on Competition*, 30. nov. 2012., Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019. p. 13.

sistemas, no entanto, parece ser relativa, uma vez que é possível que ambos convivam em uma mesma jurisdição.

6.2.5. Cartel: ilícito administrativo e criminal

No Brasil, a prática de cartel configura tanto ilícito administrativo, reprimido pela autoridade antitruste nos termos da Lei 12.529/2011, quanto criminal, punível pela Lei 8.137/1990. Os crimes previstos nesta são de ação penal pública, passíveis de provocação privada. Os infratores também podem ser acionados no âmbito privado, mediante ações civis privadas ou públicas.

A Lei 12.529/2011, que estrutura o SBDC, reconhecendo a importância do Ministério Público no combate a cartéis, prevê a necessidade de interação entre o *parquet* brasileiro e o CADE: o primeiro deve comunicar suas decisões ao segundo, que, em suas atribuições, tomará as medidas legais cabíveis, como a instauração de ação civil pública ou ação judicial com a finalidade de recompor danos morais e materiais. A legislação estabelece, ainda, que deve haver um membro do Ministério Público Federal perante o CADE para emitir pareceres de ofício ou a requerimento dos Conselheiros-Relatores²⁵⁸.

Nota-se que o Ministério Público e o CADE vêm ampliando seus canais de interação. Em 2016, houve a edição de nova resolução conjunta que atualizou a atuação do órgão junto à autarquia, o que resultou em um maior detalhamento da função do braço do Ministério Público junto ao CADE.

No mesmo sentido, criado em 2000, o Programa de Leniência da autarquia tem sido, também, um dos principais mecanismos de combate a cartéis, sendo que seu primeiro acordo foi celebrado em 2003, relacionado ao caso de cartel dos vigilantes do Rio Grande do Sul²⁵⁹. Por meio do programa, as empresas se comprometem a interromper a conduta ilegal e

²⁵⁸ É latente a atenção concedida ao Ministério Público Federal, principalmente em que pese à sua atuação junto ao CADE, pela redação da lei antitruste em tela, qual seja a Lei 12.529/2011, que dispõe em seu Título III com exclusividade ao assunto. Vejamos, pois, o artigo único do referido Título: “*Art. 20. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator*”.

²⁵⁹ O caso em questão, em poucas palavras, resumiu-se na prática antieconômica traduzida em fraudes a licitações de serviços de segurança privada em estabelecimentos do Ministério da Fazenda no Rio Grande do Sul.

trazem informações relevantes para as autoridades. A celebração do acordo confere aos signatários imunidade administrativa e criminal na hipótese do CADE não ter conhecimento prévio da infração, ou, ao menos, a redução de um a dois terços das penalidades aplicáveis na hipótese de já haver procedimento administrativo instaurado para apurar a conduta denunciada (conforme expresso no art. 86 da Lei Antitruste Brasileira).

Recentemente, também no ano de 2016, o CADE e o Ministério Público Federal em São Paulo celebraram memorando de entendimento (Memorando de Entendimento 01/2016) a partir da já estabelecida atuação conjunta, em que se convencionou uma ampliação da cooperação nas negociações de acordos de leniência. A medida representa grande avanço e implica maior estímulo às empresas ou pessoas físicas envolvidas a confessar as práticas antieconômicas, pois, pelo que fora celebrado no memorando, todo instrumento de colaboração firmado entre os investigados e uma das instituições destacadas, não exclui a possibilidade de negociação para a assinatura de pactos de mesma natureza com a outra. De fato, esse acordo traduz maior segurança jurídica quanto aos instrumentos de contribuição às investigações que estão disponíveis, bem como aos eventuais benefícios administrativos e criminais.

O que foi exposto, longe de ser reflexo da comunidade internacional, mas antes um retrato da situação brasileira, tenta mitigar as preocupações quanto à incompatibilidade de haver, paralelamente, sistemas criminais e administrativos em diferentes países atuando na defesa dos mercados. Pode-se mencionar, inclusive, precedentes internacionais em que houve cooperações internacionais que envolveram não apenas jurisdições distintas, como sistemas repressivos distintos. Sem dúvida, o caso paradigmático é o cartel internacional dos compressores para refrigeração.

6.2.6. Cartel de compressores de ar -- caso paradigmático de jurisdições distintas e sistemas repressivos distintos

Em 17 de fevereiro de 2009, a Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), a Polícia Federal e o Grupo Especial de Delitos Econômicos (“GEDEC”) do Ministério Público do Estado de São Paulo deflagraram a “Operação Zero Grau”. Segundo o GEDEC, a investigação teve origem com a assinatura de Acordo de Leniência, firmado após negociações entre a Temcuseh – beneficiária em relação a quem houve, posteriormente, extinção da ação punitiva da Administração Pública – e a SDE, com anuência dos Promotores de Justiça do grupo do MPE/SP. Além da

confissão, o acordo permitiu que as autoridades tivessem acesso a diversos documentos apresentados pelos beneficiários, como trocas de e-mails e registros de reuniões.

O caso se destacou pois, diante de um cartel internacional no mercado de compressores herméticos, foram coordenadas buscas e apreensões simultâneas no Brasil, com fundamento em decisão judicial nos autos de inquérito policial, nos Estados Unidos e na Europa (Alemanha, Dinamarca e Itália), representando movimento inédito em termos de cooperação internacional. As operações se deram nos escritórios da Whirpool S.A. e no apartamento de um de seus executivos, da Embraco, e ainda na residência de um ex-presidente da Temcuseh do Brasil.

Após a operação, munida de indícios de prática de cartel, além das provas adquiridas por meio do acordo de leniência, em 8 julho de 2009, a SDE instaurou Processo Administrativo contra os representados, devido a supostas infrações então enquadradas nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94. Sustentava-se que os participantes do suposto cartel teriam trocado informações comercialmente sensíveis, entre o período de 1996 a 2008, relativas ao mercado brasileiro e estrangeiro de compressores herméticos para refrigeração. Tratavam de aumento de preços, divisão de clientes e outras estratégias comerciais conjuntas. No desenvolver do processo, a autarquia destacou ter sido o primeiro caso julgado em que houve cooperação internacional, especificamente, para a realização de buscas e apreensões²⁶⁰.

A então Conselheira Cristiane Alkmin J. Schmidt, em seu voto, apontou a valiosa distinção, reconhecendo a existência de dois diferentes cartéis sob a mesma conduta colusiva: um de âmbito nacional e outro de dimensão internacional, particularizando o último dos demais sob o argumento de que, diferentemente dos “corriqueiros” cartéis internacionais apurados pelo CADE, nos quais se verificam condutas antieconômicas praticadas em órbita internacional, mas com efeitos no Brasil, esse em questão teve início no Brasil, e somente em momento posterior que seus efeitos foram estendidos a demais países, sobrevindo, então, à órbita internacional.

²⁶⁰ Assim se manifesta a então Conselheira do CADE Cristiane Alkmin J. Schmidt, ao discorrer seu voto no bojo do Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11: *“É, indubitavelmente, um caso emblemático e de extrema relevância para o direito antitruste brasileiro, devido a sua singularidade, [...] que parece ser o primeiro a ser julgado por este Tribunal. Não há, assim, jurisprudência que se possa tomar como referência”*.

O fato das empresas mais importantes e influentes no cartel estarem em território nacional fez com que as agências antitruste estrangeiras que vislumbraram efeitos em seus territórios apresentassem maior mobilidade e interesse na rápida e precisa solução do caso, o que, via de regra, em se tratando de casos de apuração de cartéis internacionais, não necessariamente ocorre. É sempre problemática a corriqueira postura das autoridades estatais antitruste ao redor do mundo, que, perante casos de menor relevância em seus respectivos territórios, mostram-se menos propensas no auxílio em investigações provocadas pelas autoridades brasileiras.

Por conta disso, em que pese a relação de cooperação entre as várias agências antitruste dos países envolvidos na apuração do referido cartel, a autarquia destaca, principalmente, a intensa colaboração com a Comissão Europeia e com o DOJ norte americano, que chegaram a mobilizar equipes de agentes ao Brasil para a coleta de provas e informações sobre a conduta.

Em 13 de abril de 2009, parte dos representados formulou proposta para celebração de TCC. Após período de negociação, o então Conselheiro-Relator, Carlos Ragazzo, seguindo os pareceres da SDE, da ProCADE e do Ministério Público Federal, proferiu voto no qual expressou que os acordos eram adequados e satisfaziam os critérios previstos pela legislação. Em sessão de julgamento realizada no dia 30 de setembro de 2009, o Tribunal Administrativo, em decisão unânime, acompanhou o Conselheiro-Relator pela homologação, arquivando o processo em relação à Whirpool, à Embraco, à Brasmotor, bem como a algumas pessoas naturais investigadas.

Na sessão de julgamento de 16 de março de 2016, o Tribunal Administrativo condenou as demais empresas envolvidas, além de algumas pessoas físicas, por formação de cartel no mercado internacional de compressores herméticos para refrigeração em multas que somaram R\$ 21,3 milhões. No cenário internacional, algumas das empresas e executivos representados também foram condenados, em jurisdições como a europeia e em países como Estados Unidos, Canadá, Chile, México e Nova Zelândia. Pela expressividade dos valores, destacam-se as multas impostas pela União Europeia, que se aproximou de € 161 milhões, e pelo Estados Unidos, que por meio do firmamento de acordo com o DOJ (*Plea Agreement*), aproximou-se ao valor de US\$ 141 milhões²⁶¹.

²⁶¹ Nos termos do voto do então Conselheiro Relator do caso, Márcio de Oliveira Júnior.

Conclui-se, assim, que o primeiro caso de cooperação internacional no controle de condutas foi de grande sucesso, tendo ocorrido um grande fluxo de buscas e apreensões simultâneas em vários países devido a troca de informações entre Comissão Europeia, CADE e DoJ.

6.3. Ministério Público Federal e o combate à corrupção a nível internacional

Como visto acima, nos anos 90 formou-se um cenário diplomático propício à disseminação de mecanismos de impedimento de condutas ilícitas, com o tema corrupção passando a obter uma maior atenção internacional, sendo hoje considerado um dos maiores obstáculos ao desenvolvimento a nível regional e mundial.

Como resultado do estímulo pela criação de convenções internacionais²⁶², diversos órgãos públicos brasileiros se voltaram a criar e desenvolver instruções sobre práticas anticorrupção e de responsabilização pela prática de atos contra a administração pública, seja ela nacional ou estrangeira. Todavia, foram encontrados diversos obstáculos para a total execução dessas práticas, o que repercutiu, entre outras medidas, na criação de cooperações a nível internacional, com o viés de facilitar as investigações envolvendo delitos cometidos na esfera transnacional.

Seguindo a mesma direção, com a intenção de fortalecer a institucionalidade e facilitar o relacionamento entre as autoridades envolvidas, o Ministério Público Federal, em 2005, criou o Centro de Cooperação Jurídica Internacional (“CCJI”), que teve como sucessora a Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional (“ASCJI”), em 2010. Nenhum desses grupos possuía membros com dedicação exclusiva às atividades, até que em 2013 foi criada a Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional (“SCI”), pela primeira vez sob a responsabilidade de integrantes focados unicamente neste propósito.

A partir de então, teve início uma intensa participação do MPF em reuniões de convenção com seus homólogos internacionais, contribuindo também com a ONG *Transparency International* na confecção de seu relatório anual sobre cumprimento da Convenção da OCDE, à qual o Brasil

²⁶² Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, OCDE; Convenção Interamericana Contra a Corrupção, OEA; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ONU.

é signatário, e na colaboração em estudos realizados por organismos internacionais destinados à melhoria dos mecanismos públicos e privados na área de anticorrupção. Merece destaque ainda a tendência do MPF para o intercâmbio de dados e informações, que auxilia os vários países interessados em obter provas, a fim de darem seguimento a investigações e ações penais em suas respectivas jurisdições.

Conforme já explorado, ainda não existe no Brasil uma legislação específica que trate sobre o tema. A base jurídica para os acordos de cooperação internacional tem sido os tratados bilaterais firmados com vários países ou os tratados multilaterais, também chamados de convenções, com grupos de mais de dois países. As convenções ou tratados internacionais foram ratificadas no Brasil por meio de decretos. Porém, não há, até a data atual, uma legislação pertinente ao tema. Entre os tratados estão: Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais²⁶³, a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal²⁶⁴, a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior²⁶⁵, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (com reserva ao § 1º, inciso c, do art. XI)²⁶⁶, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo²⁶⁷, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção²⁶⁸, e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)²⁶⁹.

Entretanto, a partir da cooperação informal já é possível realizar a troca de informações sobre débitos tributários, movimentação de recursos, acesso a dados bancários de investigados, desde que haja investigação em curso. Assim, o país interessado deve requerer tais informações por via administrativa à Autoridade Central, no que se chama “auxílio direto”, que se trata de um “instrumento de colaboração penal internacional, por meio do qual é feito o encaminhamento do pedido de realização de um ato judicial que se faz necessário para a instrução de um procedimento penal em curso no Estado requerente”.

²⁶³ Promulgado pelo Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000.

²⁶⁴ Promulgada pelo Decreto nº 6.340, de 3 de janeiro de 2008.

²⁶⁵ Promulgado pelo Decreto nº 5.919, de 3 de outubro de 2006.

²⁶⁶ Promulgado pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

²⁶⁷ Promulgado pelo Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005.

²⁶⁸ Promulgado pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

²⁶⁹ Promulgado pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

6.3.1. A Operação Lava Jato: discussões acerca do tema do combate à corrupção

Em 17 de março de 2014, teve início a Operação Lava Jato, investigação de crimes de corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro, deflagrada pela Polícia Federal, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, que envolve as maiores empreiteiras e grandes empresas de infraestrutura do Brasil, a estatal petrolífera Petrobrás e inúmeros agentes públicos e políticos.

Independentemente das inúmeras polêmicas trazidas pela Operação Lava Jato, viu-se produzir um fenômeno recente e inovador de internacionalização de informações em massa. Até o momento do fechamento desse artigo, foram feitos em torno de 340 pedidos de cooperação internacional no âmbito da operação.

De acordo com o MPF, são 201 solicitações de cooperação ativa, ou seja, feitas pelo Parquet brasileiro, a 41 nações. Já no caso de colaboração passiva, em que outros países solicitam a ajuda do Brasil, foram recebidos 139 pedidos de 31 autoridades estrangeiras.²⁷⁰

As investigações em andamento abrangem diversos países, como os Estados Unidos, a Argentina, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, Equador, Espanha, França, Israel, Suíça, Itália, México, Reino Unido, Rússia, Angola, Venezuela e Portugal.

Somente na Suíça foram bloqueados, até agora, R\$ 3,2 bilhões depositados em contas bancárias supostamente envolvidas em esquemas de corrupção. O bloqueio só foi possível por conta da cooperação bilateral existente.

Entretanto, à época em que foi firmado o pedido de cooperação internacional com a Suíça, o MPF não atendeu a algumas exigências legais para obter informações bancárias divulgadas por Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras, e cooperador da Operação. O acordo de cooperação jurídica entre o Brasil e a Suíça para matéria penal autoriza apenas autoridades centrais dos países a fazer pedidos e autorizar a troca de documentos. O Decreto 6.974/2009²⁷¹, que promulgou o tratado, lista como autoridade central no

²⁷⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Força-tarefa Lava Jato devolve valor histórico para Petrobras*. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/forca-tarefa-lava-jato-devolve-valor-historico-para-a-petrobras>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

²⁷¹ Decreto 6.974, de 7 de outubro de 2009, que promulga o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, celebrado em Berna, em 12 de maio de 2004.

Brasil apenas um órgão: a Secretaria Nacional de Justiça do Ministério de Justiça. Isso significa que todo pedido e autorização de cooperação penal entre os dois países precisa, necessariamente, passar por esta secretaria para ser considerado legal.²⁷²

O que ocorreu é que o pedido não foi feito via Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, como determina o tratado internacional. A própria Secretaria Nacional de Justiça fez um alerta ao MPF, enviando um ofício à Procuradoria-Geral da República dizendo que: “é de extrema importância que os documentos restituídos pelas autoridades suíças não sejam usados para instruir processos ou inquéritos não mencionados no pedido de cooperação jurídica internacional, sem prévia autorização da autoridade central”.

E não foi o único caso em que certas informalidades produziram controvérsias ao longo da Operação. De acordo com o próprio MPF, a parceria entre o Brasil e os Estados Unidos se baseou não em tratados internacionais, mas em “confiança”. Procedimentos oficiais, que geralmente levam tempo e recursos consideráveis para serem escritos, traduzidos, transmitidos oficialmente e respondidos, foram trocados por uma ferramenta mais moderna e de fácil acesso, o aplicativo de troca de mensagens whatsapp.

6.3.2. Os acordos de leniência firmados pelo MPF e a cooperação internacional

Nos últimos quatro anos, os acordos de leniência tornaram-se um instrumento eficaz de investigação de casos de corrupção no Brasil. Só no âmbito da Operação Lava Jato, ao menos nove acordos já foram firmados, por meio dos quais foi possível identificar esquemas de corrupção que, de outra forma, permaneceriam desconhecidos.²⁷³

Com a publicação da Orientação 07/2017 feita pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (5ª CCR) do MPF, em 24 de agosto de 2017, que

²⁷² Segundo o artigo 23, do Decreto 6.974/2009: “Para os fins do presente Tratado, as Autoridades Centrais são, para o Brasil, a Secretaria Nacional de Justiça do Ministério de Justiça, e, para a Suíça, o Departamento Federal da Justiça do Ministério Federal de Justiça e Polícia, por intermédio das quais serão apresentados e recebidos os pedidos de cooperação jurídica dos seus tribunais e das suas autoridades.”

²⁷³ GARCIA, Gustavo; SALOMÃO, Lucas. Com Odebrecht, chegam a 16 os acordos de leniência motivados pela Lava Jato. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/com-odebrecht-chegam-a-16-os-acordos-de-leniencia-motivados-pela-lava-jato.ghtml>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

trata da negociação e a celebração de acordos de leniência com pessoas jurídicas interessadas em cooperar com investigações de corrupção, tornaram-se mais transparentes e previsíveis as regras acerca da negociação de acordos de leniência em matéria anticorrupção e colaboração premiada criminal com o MPF.

Isso porque a Orientação reflete em grande parte a prática atual dos membros do MPF na negociação de acordos de leniência em matéria anticorrupção e é vinculante para todas as unidades do MPF no Brasil. Ademais, a Orientação sugere que as “*negociações, tratativas e formalização do acordo de leniência devem ser realizadas pelo membro do MPF detentor da atribuição para a propositura da ação de improbidade ou da ação civil pública prevista na Lei 12.846/2013*”.

Além disso, a orientação também prevê a possibilidade de negociações conjuntas com outras autoridades, tais como CADE, Ministério da Transparência, Fiscalização e CGU e TCU, o que, em certa medida, pode elevar a insegurança jurídica se não forem observados parâmetros mínimos de institucionalidade e coordenação ao longo da negociação. É necessário, conforme destaca a Orientação, que os acordos sejam lavrados em instrumentos independentes, a fim de viabilizar o encaminhamento aos respectivos órgãos de controle. Neste aspecto, o programa de leniência deverá sempre se nortear pela eficiência, pelo lado da investigação, e confiabilidade, do lado do colaborador.

Por outro lado, os recentes casos envolvidos na Operação Lava Jato apresentam um impacto transnacional, e dessa forma, passa a ser necessária a cooperação jurídica internacional na negociação desses acordos.

Nesse contexto, os acordos de leniência firmados pelo *Parquet* brasileiro se tornaram extremamente relevantes para a descoberta de condutas corruptas em outros países. Porém, o ponto chave da cooperação jurídica deve ser o respeito do MPF às leis internas, sem prejudicar as empresas e a obediência aos prazos e determinantes de sigilo trazidos pelo termo de confidencialidade. É o que determina a Declaração de Brasília sobre a cooperação jurídica internacional contra a corrupção²⁷⁴, firmada pelos Ministérios Públicos e Fiscais dos seguintes países: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Panamá, Peru, Portugal, República Dominicana

²⁷⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Declaração de Brasília sobre a cooperação jurídica internacional contra a corrupção*. 2014. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/declaracao-de-brasilia-1.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2019.

e Venezuela em 2014. Apenas por meio do respeito a princípios, como o da legalidade, devido processo legal e ao direito internacional como um todo é que as informações obtidas nos acordos de leniência poderão ser compartilhadas com os demais países interessados, obtendo provas que permitam aprofundar as investigações em suas jurisdições.

Vale mencionar, ainda, o emblemático acordo firmado entre a empresa J&F e o Ministério Público Federal em 2017, que possui diversas previsões acerca do dever de o MPF realizar cooperação internacional para o seu acompanhamento, haja vista tratar-se de empresa multinacional e de o acordo tratar de condutas cujos efeitos ultrapassam o território brasileiro.

Após celebrado o acordo, o MPF ficou obrigado a

“empreender diálogo ativo com outras autoridades ou entidades públicas com as quais a COLABORADORA venha a entabular tratativas para a celebração de acordos tendo como objeto os mesmos fatos revelados no âmbito deste Acordo [...], bem como autoridades estrangeiras, inclusive o Departamento de Justiça dos EUA e a Securites and Exchange Commission dos EUA, no que couber, para a realização de acordos semelhantes com esses órgãos [...]” (Cláusula 17, I). Além disso, se obrigou a emitir certidões e prestar informações a essas autoridades acerca da extensão e relevância da colaboração da J&F (Cláusula 17, II) e a demonstrar às autoridades estrangeiras que os valores pactuados no acordo são adequados à reparação dos ilícitos apurados (Cláusula 17, IX).

Quanto ao compartilhamento de informações com autoridades estrangeiras, o acordo prevê, no parágrafo 6º da mesma cláusula, que em caso de solicitação formal de compartilhamento de informações para o fim de investigação criminal pela autoridade competente de Estado estrangeiro, ou ainda em caso de transmissão (comunicação) espontânea de informações, o Ministério Público que estiver com a custódia das provas deverá restringir o seu uso a investigações, procedimentos e processos criminais contra terceiros que não a J&F.

Este é um caso concreto de preocupação do *Parquet* com a cooperação internacional em matéria de corrupção e crimes correlatos, como forma de aperfeiçoamento do acordo e da apuração dos fatos tanto em nível nacional como internacional.

Nesse sentido, de maneira a articular as finalidades e efeitos dos Acordos de Leniência, é prudente que haja uma discussão entre as partes e o MPF para definição dos meios de cooperação com outras jurisdições, com o objetivo de não serem inócuas as garantias permitidas pelo acordo.

Sendo assim, deve haver um processo e desenvolvimento das cooperações internacionais para não haver um sancionamento dos lenientes por outras jurisdições, de forma a não prejudicar as finalidades da leniência, quais sejam, o aumento do espectro de informação acerca de uma conduta ilícita.

6.4. Cooperação internacional na CGU

A articulação internacional da Coordenadoria Geral da União é desenvolvida, principalmente, sob os seguintes marcos normativos: Convenção da ONU Contra a Corrupção; Convenção Interamericana Contra a Corrupção; e Convenção da OCDE Contra o Suborno Transnacional.²⁷⁵

Tais diplomas referentes à cooperação internacional são relevantes no que concerne à atuação da CGU em razão de a Lei Anticorrupção lhe ter atribuído competências relativas à apuração, ao processamento e à punição de ilícitos praticados contra a administração pública estrangeira, bem como para celebrar acordos de leniência nesses casos, no âmbito do Poder Executivo Federal. Dessa maneira, a CGU necessita de uma rede internacional de compartilhamento de informações para que possa cumprir o seu múnus institucional.

A competência da CGU no combate à corrupção é traçada pela Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). O diploma normativo atribui à CGU a competência concorrente para, no âmbito do Poder Executivo Federal, *“instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento”* (art. 8º, §2º, da Lei 12.846/2013). Ainda, atribui a competência concorrente com as demais autoridades máximas de cada órgão ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para *“a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira”* (art. 9º, da Lei 12.846/2013). Por fim, há a atribuição de ser o *“órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.”* (art. 16, §10º, da Lei 12.846/2013). Apesar de a Lei indicar esta competência exclusiva no âmbito do Poder Executivo Federal, tais acordos devem ser autorizados pelo

²⁷⁵ CGU. Convenção da OCDE contra o suborno transnacional. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

dirigente máximo de órgão ou entidade. Ademais, conforme já indicado, o MPF deve atuar nas negociações, tratativas e formalizações dos acordos.

Dentre os papéis exercidos pela CGU, o aspecto com maior destaque, na esfera da Cooperação Internacional com enfoque no combate à corrupção, é a função desse órgão em relação ao suborno transnacional. No tocante a esse ilícito, a CGU possui competência exclusiva, concedida pela Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), para investigar, processar e julgar administrativamente pessoas jurídicas no Brasil pela prática de atos lesivos causados à Administração Pública estrangeira.

O suborno transnacional é definido como oferta, promessa ou pagamento de gratificação salarial ou outra vantagem indevida, efetuada diretamente pela empresa ou intermediários, a agente público para obtenção de um proveito que resulte em prejuízo à administração pública estrangeira. Também se mostra relevante a cooperação nos casos de empresa estrangeira com sede, filial ou representação no Brasil, quando do cometimento do delito em território nacional, fazendo-se necessário apontar as determinações da Convenção da OCDE contra o suborno transnacional:

“Artigo 4 (...) 4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito.”; e “Artigo 9 (...) Cada Parte deverá, respeitando, tanto quanto possível, suas leis, tratados e acordos relevantes, prestar pronta e efetiva assistência jurídica a uma Parte para o fim de condução de investigações e processos criminais instaurados pela Parte sobre delitos abrangidos pela presente Convenção e para o fim de condução de processos não-criminais contra uma pessoa jurídica instaurados pela Parte e abrangidos por esta Convenção. A Parte solicitada deverá informar a Parte solicitante, sem demora, de quaisquer informações ou documentos adicionais necessários a apoiar o pedido de assistência e, quando solicitado, do estado e do resultado do pedido de assistência.”

Diante de tal competência, emana a necessidade de a CGU integrar redes de compartilhamento de informações, a fim de que possa, eficazmente, apurar a ocorrência de ilícitos ocorridos na área que lhe compete apurar e julgar infrações com exclusividade, assim como nas áreas em que sua competência é concorrente e haja elementos de transnacionalidade da conduta. Recentemente (a partir de 2018), a CGU, tendo em vista tal necessidade, tem firmado acordos com a finalidade de, por meio da troca de dados e informações, punir empresas que cometam suborno transnacional. Os acordos têm sido firmados tanto no âmbito interno, como no âmbito internacional.

No âmbito interno, a CGU firmou acordos com o CADE (Portaria Conjunta 4, de 30 de maio de 2018) e ANVISA (Portaria Conjunta 2, de 28 de março de 2018), a fim de, por meio de troca de dados e informações, realizar a apuração de casos envolvendo o suborno transnacional, definido nas referidas portarias como:

“a oferta, promessa ou pagamento de benefício pecuniário ou qualquer outra vantagem indevida, efetuado diretamente ou por meio de intermediários, por parte de pessoa jurídica brasileira ou estrangeira com sede, representação ou filial no Brasil, a agente público estrangeiro para obtenção de um proveito que resulte em prejuízo à administração pública estrangeira”.

Portanto, haverá a comunicação de irregularidade relacionada a suborno à CGU (pela ANVISA ou CADE), enquanto esta irá fazer a comunicação de práticas que atentem contra a concorrência (no caso do CADE) ou contra a saúde da população brasileira. No âmbito internacional, a iniciativa de firmar acordos, até o momento, resultou apenas em um memorando assinado com a Colômbia em fevereiro de 2018, envolvendo a Superintendência de Sociedades, ligada ao Ministério de Comércio, Indústria e Turismo do país²⁷⁶. O acordo de cooperação, formalizado em um Memorando de Entendimento, tem por objeto:

“estabelecer um mecanismo de assistência mútua e de intercâmbio de informação entre a CGU e a Superintendência, para efeitos de facilitar a investigação e sanção de qualquer pessoa jurídica domiciliada na República da Colômbia ou na República do Brasil, que tenha participado no cometimento de delito ou infração administrativa de suborno de servidores públicos estrangeiros”²⁷⁷.

²⁷⁶ CGU. Memorando de entendimentos nº 01/2018 entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU e a *Superintendencia de Sociedades, adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/02/brasil-e-colombia-firmam-acordo-bilateral-de-combate-a-corrupcao/memorando-entendimentos-brasil-colombia.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

²⁷⁷ CGU. Memorando de entendimentos nº 01/2018 entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU e a *Superintendencia de Sociedades, adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/02/brasil-e-colombia-firmam-acordo-bilateral-de-combate-a-corrupcao/memorando-entendimentos-brasil-colombia.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Como sabido, a CGU tem interesse na criação de novos acordos bilaterais, com foco no Chile, Peru e México – cujas tratativas já foram iniciadas²⁷⁸.

Nessa busca por acordos que possibilitem o acesso a possíveis infrações realizadas contra a administração pública estrangeira, com base na competência da CGU para apurar, processar e julgar casos envolvendo agentes públicos de outros países, o órgão enfrenta dificuldades para obter o compartilhamento de dados. Isso ocorre com o Ministério Público, responsável pela investigação de escândalos de repercussão global, como a Operação Lava Jato, e até mesmo com o Ministério da Justiça e do Itamaraty, numa segunda etapa da apuração, para tomar ciência dos casos e pedir a colaboração internacional²⁷⁹.

Quanto à competência exclusiva da CGU para punir o suborno transnacional, o órgão é o responsável por coordenar internamente as avaliações em que o Brasil é o país avaliado ou avaliador, no âmbito da Convenção da OCDE Contra o Suborno Transnacional, além de conduzir a participação brasileira no Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE²⁸⁰.

6.5. Atuação da Advocacia-Geral da União – AGU nos procedimentos de cooperação internacional no combate à corrupção e recuperação de ativos

A Advocacia-Geral da União – AGU, como instituição representante da União judicial e extrajudicialmente – possui ativo papel na cooperação internacional, especificamente no que diz respeito ao combate à corrupção, principalmente na recuperação de ativos em nível transnacional. A atuação da AGU no combate à corrupção é disciplinada principalmente pelo Decreto 7.392/2010, pela Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e pela Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e, na cooperação internacional, pela Convenção

²⁷⁸ FRAZÃO, Felipe. CGU quer punir empresas por suborno internacional. *Estadão*, maio, 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cgu-quer-punir-empresas-por-suborno-internacional,70002299183>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ CGU. Convenção da OCDE contra o suborno transnacional. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2018..

das Nações Unidas de Combate à Corrupção e Convenção Interamericana de Combate à Corrupção.

A atuação da AGU em cooperação internacional pode ocorrer nas fases pré-jurisdicional e jurisdicional. A primeira ocorre durante a investigação de atos de corrupção, com a finalidade de obtenção de informações que auxiliem no embasamento do caso, a qual pode se dar, em tese, diretamente pelas autoridades investigatórias, sem a necessidade de intermediação, de modo a facilitar a celeridade investigativa, na medida em que são informações de inteligência sem valor jurídico-probatório. Além dos contatos diretos entre as autoridades, é comum que sejam utilizadas as “Redes de Recuperação de Ativos”²⁸¹.

O Brasil participa, sendo representado pela AGU, entre outros órgãos, em algumas dessas redes de combate à corrupção, como por exemplo: Rede Ibero americana de Cooperação Jurídica, Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa e Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradicação. Para atuar nessas hipóteses, o Advogado da União deverá solicitar ao Departamento de Assuntos Internacionais da Procuradoria Geral da União que se inicie o processo de obtenção de informações internacionais.

Na fase jurisdicional propriamente dita, ou seja, durante o curso de demanda judicial, existem dois tipos de cooperação jurídica internacional: a passiva e a ativa. A passiva se desenvolve a partir de pedido de país estrangeiro de assistência jurídica. Tais pedidos são direcionados ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e, em se tratando de caso que necessite de deferimento judicial e não seja procedimento criminal²⁸², será analisado e enviado à AGU para

²⁸¹ “Tais redes são formadas por pontos de contato nacionais, em regra designados por autoridades centrais responsáveis pela cooperação jurídica internacional. Esses pontos de contato coordenam a atuação nacional dos temas relacionados à cooperação jurídica internacional, intermediando o processo de cooperação.” (AGU. *AGU no Combate Internacional à Corrupção: a recuperação internacional de ativos da União*. Brasília-DF, set., 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11381120>. Acesso em: 19/07/ jul. 2018.)

²⁸² BARCELOS, Andrea Beatriz Rodrigues de. Cooperação internacional para recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. *De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 7, jul./dez., p. 496-518, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26813>>. Acesso em: 19 jul.2018.

que represente o país estrangeiro perante a Justiça Federal brasileira. A cooperação ativa se dá a partir da utilização dos mecanismos da UNCAC e da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção.

Nos procedimentos da UNCAC, é necessário que o Estado a ser requisitado faça parte da convenção, que o ato investigado seja previsto nesta e que o sujeito ativo do ato de corrupção seja funcionário público (nacional, estrangeiro ou de organização internacional pública). As medidas de assistência podem ser, conforme o artigo 46, §3º, da UNCAC:

“receber testemunhos ou tomar declaração de pessoas, apresentar documentos judiciais, efetuar inspeções, apreensões e/ou embargos preventivos, examinar objetos e lugares, proporcionar informação, elementos de prova e avaliações de peritos, entregar originais ou cópias certificadas dos documentos e expedientes pertinentes, incluída a documentação pública, bancária e financeira, assim como a documentação social ou comercial de sociedades mercantis identificar ou localizar o produto de delito, os bens, os instrumentos e outros elementos para fins probatórios, facilitar o comparecimento voluntário de pessoas ao Estado Parte requerente, prestar qualquer outro tipo de assistência autorizada pela legislação interna do Estado Parte requerido, identificar, embargar com caráter preventivo e localizar o produto de delito, recuperar ativos”.

Neste caso, a AGU irá formular pedido e remetê-lo ao Departamento de Assuntos Internacionais (DAI)/PGU para análise e encaminhamento à Autoridade Central para requerer a cooperação do Estado Parte.

No caso da Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA, também é necessário que sejam observados os requisitos de tipicidade dos atos de corrupção, de sujeito ativo e que o Estado a ser requerido seja parte da Convenção. Será observado o mesmo procedimento de envio do pedido ao DAI/PGU e encaminhamento à Autoridade Central Brasileira para requisitar informação ao Estado estrangeiro.

Assim, com base nas competências inseridas no Ato Regimental 5/2002, possibilitou-se a atuação do DPI em questões de alta relevância e complexidade referentes ao Direito Internacional, tanto em âmbito interno quanto em âmbito externo.

Dentre as atribuições do DPI, está a de lidar com assuntos que envolvam cooperação jurídica internacional, aí incluída a execução dos pedidos de cooperação provenientes de Estados estrangeiros, como aqueles que têm por base a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

A AGU possui, no que diz respeito à cooperação internacional, memorandos de entendimento com a Bolívia, a Itália e a França, com o objetivo de fortalecer os processos de troca de informações e cooperações no plano internacional. Além disso, é protagonista como interlocutora internacional na participação de eventos internacionais de combate à corrupção.

Percebe-se que as competências da AGU e CGU se diferenciam com relação ao combate à corrupção e à cooperação internacional no que diz respeito ao sentido do escopo de cada atuação: a CGU voltada a atos e pessoas jurídicas no Brasil – principalmente no caso de suborno transnacional – que causem consequências internacionais (função de controle interno), porquanto a AGU busca a cooperação de maneira a representar o Estado, solicitando pedidos de cooperação internacional e recebendo pedidos de cooperação do estrangeiro.

6.6. Cooperação internacional no Mercado financeiro

6.6.1. Infrações puníveis pela CVM

Por meio da Lei 6.385/76, foi criada a CVM, com competência para regular e fiscalizar o mercado de valores mobiliários, auditar companhias de capital aberto, bem como investigar e punir condutas que visem a criação de condições artificiais de negociação no mercado de capitais.

Dentre suas competências, inclui-se a de fiscalizar as atividades de todas as partes envolvidas no mercado de valores mobiliários, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, conforme dispõe o art. 8º, inciso III, da Lei 6.385/76.

Diante da suspeita de prática de atos ilegais, a CVM tem poderes para instaurar processo administrativo, bem como aplicar penalidades, caso confirmada a infração, seguindo o procedimento previsto no art. 9º, §§ 2º e seguintes, da Lei 6.385/76.

Destaca-se o §6º do mesmo dispositivo²⁸³, que fixa como critério de competência internacional da CVM os efeitos produzidos no Brasil por determinada conduta. Nota-se que foi adotado o mesmo critério pelo CADE,

²⁸³ Art. 9º. § 6o A Comissão será competente para apurar e punir condutas fraudulentas no mercado de valores mobiliários sempre que:

- I - seus efeitos ocasionem danos a pessoas residentes no território nacional, independentemente do local em que tenham ocorrido; e
- II - os atos ou omissões relevantes tenham sido praticados em território nacional.

porém com uma discrepância. Ao contrário do que prevê a Lei de Defesa da Concorrência, a CVM pode investigar condutas que produzam efeitos danosos a pessoas residentes no Brasil, não havendo menção à possibilidade de punir condutas por seus efeitos potenciais.

A celebração de acordos entre a CVM e órgãos administrativos similares de outros Estados é facilitada pelo art. 10 da Lei 6.385/76²⁸⁴. O §2º do mesmo artigo²⁸⁵ prevê, inclusive, a possibilidade de cooperação com relação a informações sigilosas, deixando expresso que podem igualmente ser objeto de acordos e convênios, visando à condução de investigações.

Diante disso, o que para outros órgãos administrativos pode ser um obstáculo à cooperação internacional, não tem o mesmo efeito no âmbito da CVM.

6.6.2. Acordos e tratados internacionais sobre mercado financeiro no âmbito da CVM

No âmbito do sistema financeiro, o principal acordo internacional a nível governamental é o Acordo da Basileia I, celebrado em 1988, criado no âmbito do Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, vinculado ao Banco de Compensações Internacionais, e ratificado por aproximadamente 150 países.

Quanto à disciplina internacional do mercado financeiro, destaca-se o Acordo da Basileia III, o qual veio a substituir os Acordos da Basileia I e II, devido à demonstrada insuficiência destes diante da crise econômica mundial de 2008. Trata-se de uma série de recomendações publicadas em 16 de dezembro de 2010 a serem seguidas pelas instituições financeiras nacionais – ainda em fase de implementação - de maneira a (i) aumentar a qualidade do capital disponível, (ii) aumentar os requerimentos mínimos de capital e (iii) reduzir os riscos de crises financeiras. No Brasil, tais recomendações vêm sendo implementadas desde de 2013 por meio de resoluções e

²⁸⁴ Art. 10. A Comissão de Valores Mobiliários poderá celebrar convênios com órgãos similares de outros países, ou com entidades internacionais, para assistência e cooperação na condução de investigações para apurar transgressões às normas atinentes ao mercado de valores mobiliários ocorridas no País e no exterior.

²⁸⁵ Art. 10. § 2o O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, às informações que, por disposição legal, estejam submetidas a sigilo.

circulares²⁸⁶, as quais trazem novos conceitos relacionados a padrões mínimos de capital e ponderações de risco no mercado financeiro.

O Acordo foi concebido com o objetivo de minimizar os riscos de crédito, em um contexto de crescimento do fluxo internacional de capitais. Para tanto, estabelece exigência de capital mínimo para instituições financeiras, e tem por base três pilares: (i) requerimentos de capital para risco de crédito, mercado e operacional; (ii) revisão pela supervisão do processo de avaliação da adequação de capital dos bancos; e (iii) redução da assimetria de informação e favorecimento da avaliação de informações.

Considerando esse foco, o Acordo da Basileia não dispõe sobre infrações contra o sistema financeiro e procedimentos de investigação, mas trata apenas das exigências de liquidez e capital.

Nesse contexto, a cooperação internacional no âmbito da CVM baseia-se exclusivamente em MoUs e acordos informais com entidades similares no exterior. O principal MoU em que se baseia o intercâmbio de informações pela CVM é o Memorando Multilateral de Entendimento da *International Organization of Securities Commissions* (“IOSCO”), ou (“IOSCO MMoU”).

Apesar de não haver uma autoridade regulatória de valores mobiliários em âmbito global, a IOSCO é uma organização que se propõe a aproximar autoridades de valores mobiliários, promovendo maior comunicação entre elas, e a criar padrões internacionais de regulação na matéria.

Por conta de seu papel unificador, o IOSCO MMoU teve grande aderência, contando com 118 autoridades signatárias²⁸⁷ até o momento.

O IOSCO MMoU trata amplamente da cooperação internacional entre as autoridades signatárias, abrangendo, não apenas a troca de informações, mas também a coleta de informações e oitiva de pessoas.

O Memorando prevê procedimentos para formulação e execução de pedidos de assistência, bem como os usos a que podem ser destinadas as informações obtidas por esse meio. A cooperação é, ainda, levada além, uma vez que o item 13 do documento determina que deve ser realizado um esforço por parte das autoridades para compartilhar informações úteis, ainda que não haja requerimento formal.

²⁸⁶ Por exemplo: Resolução nº 4.192/2013, Circular nº 3.644/2013 e Resolução nº 4.193/2013.

²⁸⁷ International Organization of Securities Commissions - IOSCO. Disponível em: <<http://www.iosco.org/about/?subSection=mmou&subSection1=signatories>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Alguns obstáculos comuns à cooperação internacional são enfrentados pelo IOSCO MMoU, cujo item 11 dedica-se à confidencialidade das informações obtidas, determinando que, se compartilhadas informações sigilosas entre autoridades, a Requerente deverá manter tais informações em sigilo, salvo no caso das exceções expressamente previstas no mesmo item.

Outro fator que muitas vezes dificulta a cooperação internacional é a diferença entre as legislações nacionais. Visando impedir que tais discrepâncias impeçam a assistência mútua entre as autoridades signatárias, o Memorando contém a seguinte previsão:

“7 (c) Assistance will not be denied based on the fact that the type of conduct under investigation would not be a violation of the Laws and Regulations of the Requested Authority²⁸⁸.”

Além do IOSCO MMoU, a CVM também é signatária de outros acordos multilaterais informais, com foco mais específico. São eles²⁸⁹: (i) Declaração de Windsor, assinada por 16 autoridades responsáveis pela supervisão de mercados a futuro e de opções; (ii) Declaração de Boca Raton, que consiste no endosso, por autoridades reguladoras, de memorando de entendimento firmado entre mais de 50 bolsas de futuros do mundo; e (iii) Memorando de Entendimento Multilateral do IFIAR, que trata especificamente da troca de informações acerca da supervisão de auditorias.

Ainda, a CVM possui Memorandos de Entendimento firmados bilateralmente com autoridades reguladoras de diversos países, utilizados em menor escala, tendo em vista a abrangência adquirida pelo IOSCO MMoU.

6.6.3. Banco Central e Cooperação Internacional

O Banco Central do Brasil é constituinte do Sistema Financeiro Nacional, entidade que regula o mercado financeiro nacional nas questões relacionadas à política monetária e cambial e o sistema bancário. Além dessas funções principais, o artigo 11 da Lei 4.595/64 determina que ao BCB compete entender-se, em nome do Governo Brasileiro, com as instituições financeiras estrangeiras e internacionais.

²⁸⁸ “Assistência não será negada com base no fato de que o tipo de conduta sob investigação não seria uma violação às Leis e Regulações da Autoridade Requerida” (tradução livre)

²⁸⁹ As declarações podem ser acessadas em: <<http://www.cvm.gov.br/menu/internacional/acordos/multilaterais.html>>.

Dessa maneira, vislumbra-se o relevante papel do Banco Central do Brasil no que tange à articulação internacional dos diversos mercados financeiros.

Em 2016, o BCB desenvolveu 23 cooperações técnicas internacionais (CTI)²⁹⁰, mantendo atividades de relacionamento com o Banco de Portugal, Banco Central Europeu e o Deutsche Bundesbank. As CTI são direcionadas à troca de informações com outros bancos centrais, a partir de programas ou projetos bilaterais ou multilaterais, ou até mesmo atividades com foco específico. O Banco Central também possui Memorandos de Entendimento com o Banco Central Europeu, o *China Banking Regulatory Commission* e o *South Africa Reserve Bank*. Tais memorandos firmados entre as autoridades bancárias possuem como objetivo aprimorar e facilitar o intercâmbio de informações, diálogo de políticas e cooperação entre as instituições.

Em se tratando de cooperação internacional contra a lavagem de dinheiro, o BCB emitiu a Circular 3.780/2016, em consonância com a Lei 13.170/2015 (a qual disciplina a ação de indisponibilidade de bens, direitos ou valores em decorrência de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas). Esta Circular impõe que as instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central observem os procedimentos para cumprimento de ordens judiciais relacionadas à indisponibilidade de bens em decorrência de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (“CSNU”).

A Circular 3.780/2016 também modifica a Circular 3.461/2009 – a qual consolida os procedimentos a serem adotados contra os crimes de lavagem e ocultação de bens previstos na Lei 9.613/1998 – instituindo que as instituições financeiras autorizadas pelo BCB também devem adequar seus sistemas de controle interno, de maneira a acompanhar as resoluções do CSNU relacionadas à Lei 13.170/2015 e cumprir ordens judiciais estrangeiras advindas de demandas de cooperação jurídica internacional.

Cumprе ressaltar, por último, que, por força da Circular 3.461/2018, o BCB também possui a competência de divulgar informações e recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional²⁹¹, relacionadas a medidas de

²⁹⁰ Para maiores informações, vide <<https://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/noticias/50>>. Acesso em 20/07/2018.

²⁹¹ Agrupamento governamental informal com o objetivo de prevenir a lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e propiciar a cooperação internacional nessas matérias.

proteção do sistema financeiro internacional contra a lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, bem como a proposição de planos de ação para implementação de tais medidas.

Dessa forma, nota-se que as instituições, apesar de possuírem atuação no mercado financeiro, inserem-se em âmbito de atuação diferente, pois a CVM agiria somente nos limites do mercado de valores mobiliários, enquanto o Banco Central agiria como articulador dos mercados financeiros em si. Por outro lado, a atuação por parte da CVM se baseia exclusivamente em memorandos e ajustes informais entre autoridades de valores mobiliários, sendo que a ação internacional do Banco Central se baseia em Acordos formais muito mais robustos e dispositivos legais.

6.6.4. *Considerações finais*

No mundo contemporâneo, em que a interdependência dos mercados dilui e relativiza as fronteiras soberanas, há razões para se acreditar que o instrumental fornecido pelos mecanismos de cooperação internacional bilaterais e multilaterais, formais e informais, pode promover uma efetiva defesa dos interesses protegidos pelas legislações antitruste, anticorrupção, etc.

A dimensão global que os atos econômicos realizados hodiernamente apresentam evidencia, de forma incontestável, a necessidade de se promover cada vez mais a convergência das legislações em matéria antitruste no combate à proliferação de práticas irregulares transnacionais. Inexistindo uma organização internacional, em âmbito mundial, com capacidade sancionatória idônea a frear as práticas anticoncorrenciais, de corrupção, lavagem de dinheiro etc. que afetem múltiplas jurisdições, esse caminho de maior colaboração e cooperação entre as autoridades nacionais mostra-se como primordial.

O crescimento dos instrumentos de *soft-law*, especificamente dos MoUs, demonstra que as autoridades e instituições estatais de diversos países detêm a prerrogativa e a intenção de fortalecer os laços internacionais que se referem à cooperação para aplicação das leis.

A agência antitruste brasileira, paralelamente à intensificação dos laços de atuação com as instituições nacionais, acerta em mirar no protagonismo internacional, buscando pautar o debate acerca dos mecanismos de cooperação, traçando acordos com autoridades criminais e administrativas, nacionais e estrangeiras, além de participar ativamente de redes internacionais sobre matéria concorrencial. Casos como o cartel dos compressores de

ar demonstram que as especificidades de cada jurisdição podem, sim, ser contornadas, se ajustadas as devidas formas de interação entre as autoridades antitruste. Enquanto esses acordos informais aumentam gradativamente, o número dos acordos em nível governamental, ao longo dos dez últimos anos (de 2006 até 2016), permaneceu praticamente estagnado²⁹².

De outro lado, no que se refere ao combate à corrupção, vê-se que a cooperação internacional se encontra mais institucionalizada. Durante a década de 90 e o início dos anos 2000 foram firmadas convenções internacionais mais efetivas do que aquelas que envolveram matéria antitruste – foram celebradas as Convenções da OEA, da OCDE e da ONU - de suma importância para a persecução de condutas de corrupção transnacionais, tornando possível, não apenas a troca de informações, experiências e a cooperação entre os Estados signatários, mas também a avaliação recíproca e recomendações para o aperfeiçoamento dos sistemas nacionais de combate à corrupção. Como consequência direta desta cooperação, o Brasil teve avanços importantes, como a Lei Anticorrupção e a criminalização do suborno transnacional.

No âmbito institucional, nos últimos anos os principais órgãos brasileiros relacionados ao combate à corrupção – CGU, MPF e AGU – vêm, ainda que apenas recentemente, conferindo maior importância à cooperação internacional e à coordenação com outros Estados no combate a ilícitos de corrupção. O MPF, por exemplo, criou a Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional em 2013. A investigação de uma série de crimes transnacionais no âmbito da Operação Lava Jato também deu azo a uma maior cooperação nas investigações, com o compartilhamento de informações e, no âmbito dos acordos de leniência, expressa previsão para o auxílio dos lenientes em diálogos com autoridades estrangeiras.

Por sua vez, os tratados bilaterais e memorandos de entendimento, firmados pela AGU, por exemplo, mesmo se tratando de ferramentas importantes e necessárias para a cooperação entre Estados, ainda parecem ser incipientes nesta seara.

²⁹² OCDE. Contribution from the United States submitted for Item III of the 120th meeting of the Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement on 16 December 2014. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. *Use of Markers in Leniency Programs*. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd\(2014\)51&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd(2014)51&doclanguage=en)>. Acesso: 23 maio. 2019.p. 4.

Quanto ao setor financeiro, a CVM conta com autorização para, por sua própria conta, celebrar convênios com órgãos similares de outras jurisdições, o que facilita sobejamente a cooperação internacional, inclusive com a assinatura de memorando multilateral – o IOSCO MMoU – que conta com a adesão de 118 autoridades securitárias. O BCB adota modelo semelhante, tendo acordado cooperação técnica bilateral com diversos bancos centrais estrangeiros.

Como se vê, a maior parte da cooperação internacional na persecução de ilícitos antitruste ou financeira e de crimes de corrupção se dá de forma bilateral, possivelmente por conta da morosidade dos governos em acordar entre si mecanismos multilaterais, o que enseja uma maior produção de mecanismos mais restritos (bilaterais) porém mais flexíveis e dinâmicos.

O compartilhamento de informações e a cooperação não deve ser restringido por exagerados trâmites burocráticos que, como observado ao longo desse estudo, vêm sendo contornados pelo instrumento da *soft-law* e instrumentos bilaterais firmados pelos próprios órgãos diretamente envolvidos, mesmo que com possibilidades reduzidas. Em conjunto com a preservação da legalidade e da soberania nacional, sopesar a troca de informações e a cooperação com instituições estrangeiras faz-se necessário perante a postura das autoridades com que se almeja cooperar, porém, sempre se atendo ao objetivo comum: a preservação do sistema econômico e da sociedade como um todo. Isto também pressiona as autoridades brasileiras a encontrarem o justo equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado de proteção às informações dos particulares e o devido processo – talvez, o maior dilema atual em matéria de cooperação internacional.

Conclusões: possibilidades de mudanças para a regulamentação brasileira e recomendações

COLABORAÇÃO INSTITUCIONAL

O objeto deste capítulo começa a ser definido já na Introdução deste trabalho, onde são expostas as variáveis estudadas e analisadas - tudo com o objetivo de entender melhor os acordos de leniência (e seus correlatos) e assegurar seu funcionamento efetivo e republicano. Dentre tais variáveis está a possibilidade de participação de outras autoridades na negociação e celebração do acordo de leniência ou correlato.

O tema da colaboração institucional em acordos de leniência também é desenvolvido, mais especificamente, por meio da análise da multiplicidade institucional. Tal capítulo discute aspectos positivos e negativos dessa multiplicidade e aponta exemplos contextuais, como um caso prático hipotético. Além disso, também aborda iniciativas de cooperação e atuação conjunta pelas autoridades para mitigar potenciais efeitos negativos –algo que se poderia denominar um diálogo institucional, fundamental para que soluções adequadas sejam encontradas para as diversas questões que certamente surgirão com o tempo, à medida que se concretize um uso mais intenso deste novo instrumento legal cuja efetividade já se mostrou bastante pronunciada. Autoridades e particulares se sentirão cada vez mais propensos a confiar nesse instrumento face a uma regulação que propicie segurança das regras positivadas, mas também confiança que lacunas serão preenchidas sempre respeitando a boa-fé e as expectativas legítimas daqueles que participaram da celebração do acordo.

Assim como existem as possibilidades de atuação por distintas autoridades brasileiras, todas com competências relativas a uma mesma conduta (e portanto, competência concorrente para acordos que reportem tais condutas, ainda que cada uma destas autoridades tenha um foco de *enforcement* específico), também existem essas mesmas possibilidades quando diversas autoridades nacionais atuam para prevenir e reprimir ilícitos transnacionais, sujeitos portanto à jurisdição por diferentes países. Para além do diálogo sobre a competência de autoridades nacionais, certamente é relevante um diálogo sobre a jurisdição de diversos países e suas respectivas autoridades em relação às práticas transnacionais.

Conforme descrito ao longo deste trabalho, e a despeito de esforço para identificar possíveis soluções regulamentares para os conflitos de competência e oportunidades de cooperação, as complexidades causadas pela multiplicidade institucional (assim como pela multiplicidade de jurisdições, quando diante de práticas transnacionais) dificilmente poderão ser todas elas completa e totalmente superadas apenas por via regulamentar, tendo em vista inclusive que muitas delas estão estabelecidas em nível legislativo; para além disso, ainda que considerada a possibilidade de modificações legislativas que aliviem preocupações, essas complexidades dificilmente seriam equacionadas por completo *ex ante*. Isso não significa que esforços de melhoria legislativa e regulamentar não devam ser intentados –eles são fundamentais, até porque se a redação de textos normativos nunca será completa a ponto de resolver todos os problemas, um texto ruim poderá pronunciar dificuldades a ponto de torna-las intratáveis.

Bons textos legislativos e regulamentares são condições necessárias, porém não suficientes, para o funcionamento efetivo e republicano das políticas de leniência; para além deles, e da segurança que são capazes de proporcionar, é também necessário que a concretização dessas políticas em cada situação específica (aí incluída a solução das questões particulares que certamente surgirão) sejam equacionadas de forma ponderada e sempre preservando as expectativas legítimas dos interessados. Dentre estes, frise-se a situação do particular que confia nos instrumentos das políticas de leniência e reporta práticas ilegais às diferentes autoridades, que se colocam todas elas em igualdade de condições entre si, porém todas elas detentoras de *ius imperii* (em posição de supremacia) perante tal particular. Mas também as autoridades públicas terão melhores condições de desempenharem seu papel quando diante de um quadro mais seguro e com instrumentos mais efetivos de investigação.

A título conclusivo, entende-se conveniente sumarizar as questões citadas acima em um quadro-resumo. Tal quadro indica, em suas linhas, os tipos de acordos de leniência e correlatos estudados neste trabalho e, em suas colunas, competências constitucionais, legais e regulamentares detidas pelas nove instituições brasileiras mencionadas nesta obra, tendo em vista seu (maior ou menor) envolvimento no *enforcement* de tais acordos no Brasil.

COLABORAÇÃO INSTITUCIONAL EM ACORDOS DE LENIÊNCIA E CORRELATOS

	CADE	MP	CGU	AGU	TCU	BCB	CVM	JUD	POL
Leniência Antitruste e TCC	Lei 12529/11 (art. 86)	Lei 12529/11 (art. 87)	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	CF art. 5º XXXV	N/A
	RICADE “Guia”	ME 1/16 ²⁹³							
	Infrações administrativas: cartéis	Infrações penais: cartéis							
	Colaborador PJ e PF	Colaborador PF							

²⁹³ Memorando de Entendimento entre o CADE e o Grupo de Combate a Cartéis da Procuradoria da República em São Paulo (PR/MPF/SP).

	CADE	MP	CGU	AGU	TCU	BCB	CVM	JUD	POL
Leniência Anticorrupção	N/A	CF art. 129 I e III	Lei 12846/13	CF art. 131 ²⁹⁵	CF arts. 70, 71 II, 74 IV	N/A	N/A	CF art. 5º XXXV	N/A
		PL 3636/15	Dec. 8420/15	PI 2278/16 ²⁹⁶	Lei 8443/92				
		OR. 07/17 ²⁹⁴	PI 2278/16		IN 83/18 ²⁹⁷				
		Infrações diversas (improbidade e civis)	Infrações diversas (administrativas e civis)	Infrações diversas (administrativas e civis)	Infrações diversas: civis (fiscalização)				
		Colaborador PJ e PF	Colaborador PJ	Colaborador PJ	Colaborador PJ				

²⁹⁴ Orientação da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à corrupção) do Ministério Público Federal. Nesta Orientação, o MPF invoca os seguintes fundamentos legais (“base jurídica”) para celebrar acordos de leniência: CF art. 129 I, Lei 7347/85 art. 5º § 6º, Convenção de Palermo art. 26, Convenção de Mérida art. 37, CPC art. 3º §§ 2º e 3º, CC arts. 840 e 932 III, Lei 12846/13 arts. 16 a 21, Lei 13140/15. Vide também nota de rodapé n. 275.

²⁹⁵ “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

²⁹⁶ A Portaria Interministerial (CGU/AGU) 2278 dispõe sobre a participação da AGU na celebração dos acordos de leniência anticorrupção. O Ministro Torquato Jardim afirmou à época que haveria interesse em estender a mesma forma de cooperação aos demais órgãos envolvidos na negociação, como o TCU e o MPF. A Portaria estabeleceu, “de forma clara, a participação da AGU em todas as fases da tramitação do acordo de leniência” (p. 27). Continua.

²⁹⁷ IN na qual o TCU invoca, dentre outros fundamentos legais para fiscalizar a celebração dos acordos de leniência, o art. 16, § 3º, da Lei 12846/13.

	CADE	MP	CGU	AGU	TCU	BCB	CVM	JUD	POL
Leniência ref. Infrações Licitatórias	N/A	Idem acima ²⁹⁸	Idem acima	Idem acima	Idem acima	N/A	N/A	Idem acima	N/A
Colaboração Premiada	N/A ²⁹⁹	Lei 12850/13 ³⁰⁰	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	Lei 12850/13	Lei 12850/13 ³⁰²
		Infrações diversas: penais						Homologação ³⁰¹ colaborações MP e POL	Infrações diversas: penais
		Colaborador PF							Colaborador PF

²⁹⁸ A diferença diz respeito aos benefícios. No caso da leniência referente às infrações licitatórias, são eles a isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993 ou de outras normas de licitações e contratos. Ver MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas*. Brasília, maio de 2018, p. 77.

²⁹⁹ “Não há, além da [atução do Ministério Público, do delegado de polícia e da] necessidade de homologação do acordo pelo Poder Judiciário, previsão de participação de outras instituições na legislação que regula a colaboração premiada, talvez por tratarem seus benefícios unicamente da esfera penal das infrações investigadas. Ou seja, autoridades administrativas não participam do processo de negociação e homologação da colaboração premiada, ainda que investiguem infrações que podem estar associadas à organização criminosa, tais com o cartel e a corrupção” (p. 19). Continua.

³⁰⁰ Legislação antecedente descrita nas pp. 15 e segs. deste trabalho.

³⁰¹ Vide Pet 7074 QO e Pet 7074-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento concluído em 29.06.2017.

³⁰² Vide ADI 5508, cuja decisão reconheceu a legitimidade da celebração de acordo de colaboração premiada por autoridade policial, embora impondo limites .

	CADE	MP	CGU	AGU	TCU	BCB	CVM	JUD	POL
Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (e TC)	N/A	Lei 13506/17: BCB/CVM notificam s/ proposta e prestam informações	N/A	N/A	N/A	Lei 13506/17 Circ. 3857/17 Infrações diversas	Lei 13506/17 Instr. 607/19 Infrações diversas Colaborador PJ e PF	CF art. 5º XXXXV	N/A

A observação do quadro-resumo acima facilita algumas constatações básicas que podem ser um ponto de partida para reflexões sobre a regulamentação brasileira e possíveis aperfeiçoamentos.

Das 9 instituições de alguma forma envolvidas no *enforcement* de acordos de leniência e correlatos analisados neste trabalho (cinco tipos de acordos), observa-se que:

- 4 atuam em apenas um tipo de acordo: CADE, BCB, CVM e delegado de polícia (“POL”);
- 3 atuam em dois tipos de acordos: CGU, AGU e TCU, e;
- atuam em todos os tipos de acordos: MP e Judiciário

Considerações finais sobre CADE, BCB, CVM e POL

Ainda que cada uma dessas autoridades tenha apenas participação em um tipo de acordo de leniência, afeito diretamente à sua área de atuação, surgem complexidades decorrentes de práticas que disparam, ao mesmo tempo, essas respectivas competências - além da questão de práticas transnacionais. No aspecto doméstico, merecem ser mencionados os trabalhos de cooperação entre o CADE e o MP, bem como se espera que o mesmo possa ocorrer, ao longo do tempo, entre BCB/CVM e MP. No que diz respeito a uma possível cooperação entre MP e POL, embora possa ser entendido que essa foi uma racionalidade adotada na Lei 12.850/2013, o advento da ADI 5508 (proposta pelo então Procurador-Geral da República) indica a existência de tensões significativas entre as duas instituições. Isso sem prejuízo das práticas anticoncorrenciais de cartel, que disparam concomitantemente a competência do CADE para suas políticas de leniência com fundamento na Lei 12.529/2011, assim como as competências do MP e POL com relação às práticas criminais previstas na Lei 8.137/90.

Considerações finais sobre CGU, AGU e TCU

Desafio maior existe na colaboração institucional entre CGU, AGU e TCU, e são dois os tipos de acordos abordados neste trabalho em que ocorre alguma sobreposição de competências entre esses órgãos: a leniência anticorrupção e a leniência referente a infrações licitatórias – ambas com fundamento legal na Lei 12.846/2013.

Em tese, não precisaria haver, necessariamente, conflito de competências entre os três órgãos (AGU, CGU e TCU). Isso porque a CGU é o

órgão especializado e competente, nos termos da lei referida, para celebrar os acordos de leniência no âmbito da administração pública federal.

A AGU tem competências definidas em âmbito constitucional, conforme já descrito anteriormente, e tais competências de representação judicial da União estão, inclusive, refletidas na Portaria Interministerial CGU/AGU 2.278/2016, por exemplo, em seu art. 5º, § 4º:

“No âmbito da comissão de negociação, compete especificamente aos membros indicados pela Advocacia-Geral da União avaliar a vantagem e procedência da proposta da empresa em face da possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais”.

Dessa forma, cabe questionar a necessidade de decisão conjunta da CGU e da AGU acerca da celebração dos acordos de leniência, ou se a AGU não poderia exercer o papel mais específico de representante judicial da União, limitando-se, portanto, a auxiliar a CGU.

Também tem competências constitucionais o TCU, algumas delas invocadas pelo Tribunal quando da edição da Instrução Normativa 74/2015. Tanto naquela Instrução quanto na atual, a Instrução Normativa 83, de 12 de dezembro de 2018 (IN 83/2018), o TCU faz referência a dispositivos legais para fundamentar sua competência, dentre eles o art. 16, § 3º, da Lei 12.846/2013. O Tribunal considera que, em razão desse dispositivo “*não afastar a reparação de dano ao erário (...), a celebração de acordos de leniência por órgãos e entidades da administração pública federal é ato administrativo*” sujeito a sua jurisdição quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (nos termos do art. 70 da CF). Se, por um lado, não é difícil compreender a importância das competências do TCU, por outro, também fica evidente que a Instrução Normativa anterior estabelecia um acompanhamento muito próximo, em diversas fases “*dos processos de celebração de acordos de leniência*” (art. 1º, *caput*, da IN), dispondo o art. 3º que “[A] *apreciação do Tribunal sobre as etapas que compõem a celebração de acordos de leniência (...) dar-se-á em Sessão Plenária Extraordinária Reservada e constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes*”. Entende-se que aqui cabe questionar se *i*) tal modelo de fiscalização seria estritamente necessário, ou se *ii*) seria possível conceder maior grau de autonomia ao órgão especializado com competência exclusiva para celebrar os acordos de leniência no âmbito da administração pública federal, nos termos da Lei 12.846/2013.

Parece que a resposta mais apropriada iria ao encontro do item *ii*) acima, tanto que, após quase quatro anos de vigência e diálogo interinstitucional,

o TCU revogou a regra antiga para editar a IN 83/2018, que estabelece que “*autoridades devem apenas informar o TCU sobre o início de procedimentos administrativos para celebração de acordos de leniência (art. 1º), sendo que o TCU poderá requerer informações e documentos sobre tais procedimentos a qualquer momento (art. 2º)*” (p. 31).

Considerações finais sobre MP e Judiciário

Por fim, indicam-se questões levantadas neste trabalho sobre a atuação do MP e do Judiciário no âmbito dos cinco tipos de acordos de leniência e correlatos aqui estudados.

No que diz respeito ao Judiciário, muito embora ele se iguale ao MP no sentido de poder interferir em todos os acordos referidos, tem-se que a atuação do Judiciário é bem mais limitada do que a do MP.

Em relação à leniência antitruste, à leniência anticorrupção, à leniência referente a infrações licitatórias, e ao acordo administrativo em processo de supervisão, observe-se que uma possível atuação do Judiciário é admitida com base no artigo 5º, XXXV, da CF.

Embora não seja possível excluir a possibilidade de intervenção do Judiciário em matéria dos quatro tipos de acordos acima referidos, note-se que, mesmo em relação à colaboração premiada – que requer homologação judicial – o STF já decidiu (sobre acordos a ele submetidos pela PGR: (i) pela atribuição do ministro Relator para homologar acordos de colaboração de forma monocrática; (ii) pela competência colegiada do Tribunal (Turma ou Plenário) para aferir o cumprimento dos termos da colaboração e a eficácia do acordo, em decisão final de mérito; (iii) pela impossibilidade de o colegiado rever os benefícios concedidos pelo acordo, salvo hipótese de descumprimento do acordo ou de constatação de vício que o torne nulo, por entender que a revisão representaria esvaziamento do instituto, bem como violação aos direitos dos colaboradores, à segurança jurídica e à proteção da confiança legítima. Portanto, o colegiado não exerce nenhum papel quanto à homologação, mas, na fase de julgamento, é competente para verificar se os deveres do colaborador foram adequadamente cumpridos, se o acordo foi eficaz e se há vícios de legalidade que o tornariam nulo³⁰³.

³⁰³ BARROSO, L.R.; OSORIO, A. *O Supremo Tribunal Federal em 2017: As 10 Decisões Mais Importantes do Ano (Parte II)*, pp. 2/3.

Já no que diz respeito ao MP, que também pode atuar no âmbito dos cinco tipos de acordo estudados neste trabalho, nota-se um papel muito mais ativo.

Em relação à leniência antitruste, entende-se não haver dúvidas acerca de sua competência em matéria penal e, como visto, pode-se dizer que a colaboração institucional CADE/MP já conta com um desenvolvimento significativo. Ainda não foi objeto de debate mais aprofundado a inclusão de dispositivo expresso na Lei 12.529/2011 a atribuir implicações penais imediatas em benefício dos colaboradores (*i.e.*, impedimento do oferecimento da denúncia e extinção da punibilidade) advindos, respectivamente, da assinatura da leniência com o CADE e do julgamento pelo CADE de seu cumprimento.

A Lei 13.506/2017, que dispõe sobre os acordos administrativos em processo de supervisão, estabelece interações entre BCB/CVM e o MP para notificação da existência da proposta de acordo e prestação de outras informações. Como não há qualquer alteração nas competências do MP – nem dispositivo expresso na Lei 13.506/2017 sobre benefícios penais com a assinatura do acordo por BCB/CVM –, é possível que surjam conflitos, mas também há a possibilidade do desenvolvimento de cooperação. Nesse sentido, parece oportuno que seja desenvolvida o quanto antes uma cooperação BCB/CVM com o MP a exemplo do que o CADE fez com o Ministério Público no início da década de 2000 (a atual SG/CADE equivale à então SDE do Ministério do Justiça) logo na assinatura dos primeiros acordos de leniência antitruste: a assinatura conjunta do acordo entre o órgão administrativo especializado e o MP, este último titular da ação penal pública, e o único órgão com poder para renunciar ao oferecimento da denúncia e, conseqüentemente, levar à extinção da punibilidade.

Entende-se que a Lei 12.850/2013 não deixa dúvidas sobre o fato de o MP ser a instituição que exerce o papel mais importante nos acordos de colaboração premiada. A mesma convicção não parece poder ser naturalmente transposta para as leniências anticorrupção e referente a infrações licitatórias.

Talvez o que justifique a iniciativa do MP nas leniências da Lei Anticorrupção – sem que exista um fundamento legal para tanto – seja uma circunstância de fato, qual seja, a Operação Lava-Jato. Evidência disso parece ser o texto da Orientação 07/2017, que atrela a celebração dos acordos de leniência pelo próprio MP às colaborações premiadas no item 2):

“Na hipótese de haver interesse de pessoas naturais na celebração de acordo de colaboração premiada, o início das negociações do acordo de

leniência deve se dar concomitante ou posteriormente à negociação do acordo de colaboração premiada, no âmbito criminal”(sem destaques no original).

Importante registrar que a Orientação prevê a realização de negociações conjuntas com outros órgãos, “*como o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle - CGU, Advocacia-Geral da União - AGU, CADE, Tribunal de Contas da União - TCU*”. Em tese, trata-se de previsão positiva na linha do que foi sustentado em relação a ampliar a colaboração CGU/AGU para outros órgãos.³⁰⁴

Embora os desafios ainda sejam muitos, nota-se a existência de diversas iniciativas em linha com um cenário de colaboração institucional para o *enforcement* de acordos de leniência e correlatos. Exemplo interessante foi o julgamento conjunto de 16 TCCs pelo CADE no final de 2018, no qual o Presidente do CADE destacou que “*a celebração dos TCCs é parte de um processo mais amplo, que envolve todos os órgãos que investigam, em estreita cooperação, casos da Operação Lava Jato*”³⁰⁵.

Mais especificamente, afirmou que “[o]s acordos buscam criar os incentivos para o ressarcimento aos cofres públicos, ações que já estão em andamento no Tribunal de Contas da União”³⁰⁶. Importante notar, além do TCU, a relação com investigações conduzidas pela CGU/AGU (com participação do MPF), que chegam a levar em consideração acordos que foram celebrados em âmbito internacional, como, por exemplo, com o DOJ e com o *Office of the Attorney General of Switzerland* (“OAG”)³⁰⁷.

³⁰⁴ Vide também dados recolhidos JOTA em: TRANSPARÊNCIA INTERNAIONAL; JOTA. A investigação de órgãos de 9 países da América Latina no caso Odebrecht. *JOTA*. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/grande-corrupcao-dados-ineditos-apresentam-raio-x-sobre-atividade-de-orgaos-de-investigacao-da-america-latina-no-caso-odebrecht-29052019>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

³⁰⁵ CADE. *Cade celebra acordos em investigações da Lava Jato*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

³⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto.; OSORIO, Aline. O Supremo Tribunal Federal em 2017: As 10 Decisões Mais Importantes do Ano (Parte II). *Conjur*. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2017-barroso-parte.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019. pp. 2-3.

³⁰⁷ GUIMARAES, Denis.; RIBEIRO, Diaulas. 5 Years of Operation ‘Car Wash’: Revisiting Bid Rigging and Bribery Investigations. *Competition Policy International – Antitrust Chronicle*, abr., 2019.. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3379136>>. Acesso em: 21 jun. 2019,

O Presidente do CADE conclui dizendo já ver, “*portanto, a concretização de um fim (...) perseguido há tempos: a complementarização das investigações, por diferentes instituições, sobre o mesmo arcabouço*”³⁰⁸.

Considerações finais sobre cooperação internacinal

Como são raros exemplos de convergência global,³⁰⁹ os arranjos criminosos discutidos ao longo deste trabalho podem acabar por potencializar a criação de mecanismos multilaterais de repressão e alinhamento sem precedentes e que se estruturam independentemente de qualquer base estrutural multilateral ou regional de relacionamento (como a União Europeia, OMC e o Mercosul). Parece estarmos diante de claro fenômeno da pragmática jurídica,³¹⁰ isto é, fenômeno a partir do qual criam-se soluções jurídicas inovadoras para tratar especificamente de problemas que transcendem os arquétipos dedutivos tradicionais das dogmáticas jurídicas nacionais.

Esse movimento fica evidente em várias perspectivas: (a) pelo estreitamento da interação multilateral por meio dos diversos acordos de cooperação (*lato sensu*) firmados nos últimos 20 anos (e.g., pelo Brasil em matéria antitruste e anticorrupção); (b) pelas várias iniciativas de incorporação das *soft laws*³¹¹ em ambos os campos – antitruste e anticorrupção (Lei 12.529/2011, Lei 12.846/2013, Lei 12.850/2013, dentre outros); bem como (c) pela edição ou atualização de diplomas normativos que tragam em si semelhantes ou idênticas hipóteses de incidência e múltiplas sanções (por vezes em várias jurisdições) para combater práticas inquestionavelmente deletérias, com é o caso dos *bid rigging* (fraudes ao processo competitivo de concorrências públicas. penas no Brasil, essa hipótese de prática ilegal pode atrair a incidência de 11 ou mais diplomas legais, cada um com específica hipótese sancionadora); (d) criação de redes informais ou formais em que autoridades possam interagir.

Se tais evidências se restringiam ao campo geral e abstrato das normas jurídicas até o início dos anos 2000, agora é inquestionavelmente algo

³⁰⁸ Vide nota de rodapé n. 279.

³⁰⁹ FOX, Eleanor M.; CRANE, Daniel. *Global issues in antitrust and competition law*. Minnesota: West, 2010.

³¹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³¹¹ OCDE, ONU (UNCTAD e UNCAC), *International Competition Network (ICN)*, OIT dentre outros.

concreto, com o auxílio de operações de aplicação múltipla das leis como a Operação Lava Jato. Em outras palavras, já se pode afirmar que há uma estrutura quase-multilateral de combate aos crimes de colarinho branco como a corrupção e os cartéis *hard core* (em vezes presentes no mesmo esquema criminoso). Sendo assim, se não foi possível ampliar-se o conceito de crimes contra a humanidade a ponto de abranger a prática de corrupção sistêmica, talvez seja de interesse estabelecer regras *de minimis* e de melhor harmonização entre múltiplas jurisdições para evitar problemas de *bis in idem* e de desperdício de recursos públicos com a condução de investigações sobrepostas.

BIBLIOGRAFIA

AGU. *AGU no Combate Internacional à Corrupção*: a recuperação internacional de ativos da União. Brasília-DF, set. 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11381120>. Acesso em: 19 jul. 2018.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. OCDE, UNCTAD e OMC: uma perspectiva comparada sobre a macroestrutura política das relações econômicas internacionais. In: CASELLA, Paulo Borba ; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Org.). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. v. 1, p. 149-198. São Paulo: Ltr Editores, 1998.

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 503-582.

ASCIONE, Aurora; MOTTA, Massimo. *Settlements in Cartel Cases*. Disponível em: <http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_settlementscartels.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

BARBOSA, Alexandre de Freitas. *O Mundo Globalizado*: Política, Sociedade e Economia. 2. ed. v. 1. São Paulo: Contexto, 2001.

BARCELOS, Andrea Beatriz Rodrigues de. Cooperação internacional para recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. *De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 7, jul./dez., p. 496-518, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26813>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BARROSO, Luis Roberto; OSORIO, Aline. O Supremo Tribunal Federal em 2017: As 10 Decisões Mais Importantes do Ano (Parte II). *Conjur*. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2017-barroso-parte.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BASU, Kaushik. *Why, for a Class of Bribes, the Act of Giving a Bribe should be Treated as Legal*. 2011. Disponível em: <http://www.kaushikbasu.org/Act_Giving_Bribe_Legal.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

BERLIN, Maria Perrota; SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency, Asymmetric Punishment and Corruption: Evidence from China*. 2016. Disponível em: <https://economics.gu.se/digitalAssets/1584/1584111_mariaperottaberlin.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019. p. 2.

BERTONCINI, Mateus; FERREIRA, Daniel. Atividade Empresarial e Corrupção: crítica ao modelo de acordo de leniência previsto na Lei 12.846/2013. *ParanáRevista Jurídica Unicuritiba*, v. 3, n. 44, p. 451-472., 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.44.22.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BIGONI, Maria.; FRIDOLFSSON, Sven-Olof; COQ, Chloé Le; SPAGNOLO, Giancarlo. Trust, Leniency and Deterrence. *Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics*, 2014. Disponível em: <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/workingpaper/working_paper_2014-2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BIGONI, Maria; FRIDOLFSSON, Sven-Olof.; COQ, Chloé. Le; SPAGNOLO, Giancarlo. *Fines, Leniency and Rewards in Antitrust*. 2011. Disponível em: <<http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp738.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2017.

BOTTINI, Pierpaolo; SOUZA, Ricardo Inglês de; DELOSSO, Ana Fernanda Ayres. A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. *Revista do Ibrac*, v. 20, p.117-1402013.

BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *CGU publica metodologia de cálculo da multa aplicada nos acordos de leniência*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/05/cgu-publica-metodologia-de-calculo-da-multa-aplicada-nos-acordos-de-leniencia>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

BREIT, William.; ELZINGA, Kenneth. Antitrust Penalties and Attitudes toward Risk: An Economic Analysis. *The Harvard Law Review Association*, v. 86, n. 4, p. 693-713, 1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1339944?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BUCCIROSSI, Paolo. *Deterrence in Competition Law*. Discussion Paper n. 285. 2009. Disponível em: <<http://www.learlab.com/publication/deterrence-in-competition-law>>. Acesso em: 18 maio 2019.

CADE. *Guia Termo de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/>>

publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17>. Acesso em: 18 fev. 2019.

CADE. *Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade*, maio de 2016, atualizado em setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

CADE. *Memorando de entendimento nº 1/2016 relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Grupo de Combate a cartéis da Procuradoria da República em São Paulo (PR/MPF/SP)*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Ra8Y84gm72wJ:www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 18 set. 2017.

CADE. *Anuário 2017*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-2017.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

CADE. *Cade assume liderança do Grupo de Trabalho sobre cartéis da ICN*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-assume-lideranca-do-grupo-de-trabalho-sobre-carteis-da-icn>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

CADE. *Memorando de entendimentos relativo aos procedimentos de cooperação na análise de atos de concentração econômica no sistema financeiro nacional entre o banco central do brasil (bcb) e o conselho administrativo de defesa econômica (Cade)*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/banco-central-e-cade-assinam-memorando-de-entendimentos/memorando_cade_bc.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

CADE. *Cade celebra acordos em investigações da Lava Jato*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

CADE e BCB. *Memorando de Entendimentos entre Cade e Banco Central relativo aos procedimentos de cooperação na análise de atos de concentração econômica no sistema Financeiro Nacional*. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/memorando_cade_bc.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem-Lessons from the Brazilian case. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 62, p. 56-65, nov., 2016. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1062976916300564>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

CARVALHO, Vinicius Marques; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013..

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASELLA, P. B.; ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. Princípio de não intervenção – entre *jus cogens* e *soft law*. In: _____. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes de prática de cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016.

CGU. *Convenção da OCDE contra o suborno transnacional*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

CGU. *Memorando de entendimentos nº 01/2018 entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU e a Superintendência de Sociedades, adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/02/brasil-e-colombia-firmam-acordo-bilateral-de-combate-a-corrupcao/memorando-entendimentos-brasil-colombia.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

CHADE, Jamil. Órgão da ONU propõe tratar corrupção como crimes contra a humanidade. *Estadão*, set., 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,orgao-da-onu-propoe-tratar-corrupcao-como-crimes-contra-a-humanidade,70001961296>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

CHEN, Zhijun; REY, Patrick. On the Design of Leniency Programs. *The Journal of Law & Economics*, v. 56, n. 4, p. 917-957 2013.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Edital de Audiência Pública SDM Nº 02/18*. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/>

audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2018/sdm02__18edita1.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFEU: Key actors and checks and balances*. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/key_actors_en.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. *Official Journal of the European Union*, 2006. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04))>. Acesso em: 27 out. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Anonymous Whistleblower Tool*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

CORDOVIL, Leonor, et al. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CRUZ, Hamilton Cota; BEZERRA, Camila Colares. Combate à Corrupção: convenções e mecanismos internacionais. *Temas de Cooperação Internacional*. 2. ed., Brasília: MPF, 2016.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Europeia*. 1. ed. Barueri: Manole, 2003.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Leniency agreements and dawn raids in brazil - Coleção pensar direito. In MAY, Yduan de Oliveira; CONTI, Luis Eduardo L. (Org.). *Direito Empresarial - Edição Comemorativa*. 1. ed. , v. 5, p. 49-63. Curitiba: Multideia, 2016.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan; MIELE, Aluísio de Freitas. “Delatar é preciso, punir não é preciso”: aspectos essenciais dos institutos que inovaram os processos sancionadores no Brasil. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella. (Orgs.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 251-252.

DRUZIN, Bryan H. Why does Soft Law Have any Power Anyway? *Asian Journal of International Law*, v. 7, n.2,p. 361-378 ago., 2016.

ELLIOT, Kimberly Ann. Corruption as an International Policy Problem: Overview and Recommendations. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Ed.) *Corruption*

and The Global Economy. *Institute for International Economics*: Washington, p. 175-233, 1997.

ENCCLA. *Manual colaboração premiada*. ENCCLA 2013. Versão de 24-09-2013. Aprovado pela Ação nº 9. p. 9. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>. Acesso em: 08 set. 2017.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Frequently Asked Questions About The Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>>. Acesso em: 30 jan. 2018. p. 23..

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. Disponível em: <www.justice.gov/atr/public/criminal/239524.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Justice Manual*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/jm/justice-manual>>. Acesso em: 5 mar. 2019.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. Deputy Assistant Attorney General Brent Snyder Delivers Remarks at the Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust. *Justice News*, jun., 2015. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-brent-snyder-delivers-remarks-sixth-annual-chicago>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. Deputy Attorney General Rod Rosenstein Delivers Remarks to the New York City Bar White Collar Crime Institute. *Justice News*, maio, 2018. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rod-rosenstein-delivers-remarks-new-york-city-bar-white-collar>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. 1-12.000 – *Coordination of Parallel Criminal, Civil, Regulatory, and Administrative Proceedings*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/jm/jm-1-12000-coordination-parallel-criminal-civil-regulatory-and-administrative-proceedings>>. Acesso em: 5 de maio de 2019.

Federal Trade Commission. *The Enforcers*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FOX, Eleanor M.; CRANE, Daniel. *Global issues in antitrust and competition law*. Minnesota: West, 2010.

FRAZÃO, Felipe. CGU quer punir empresas por suborno internacional. *Estadão*, maio, 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cgu-quer-punir-empresas-por-suborno-internacional,70002299183>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARCIA, Gustavo; SALOMÃO, Lucas. Com Odebrecht, chegam a 16 os acordos de leniência motivados pela Lava Jato. *GI*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/com-odebrecht-chegam-a-16-os-acordos-de-leniencia-motivados-pela-lava-jato.ghtml>. Acesso em: 11 mar. 2019.

GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua D. Antitrust Sanctions. *George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-60*, v. 6, n.2, p. 3-39, 2010. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705701>. Acesso em: 20 ago. 2019.

GUIMARAES, Denis.; RIBEIRO, Diaulas. 5 Years of Operation ‘Car Wash’: Revisiting Bid Rigging and Bribery Investigations. *Competition Policy International – Antitrust Chronicle*, abr., 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3379136>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

HAMMOND, Scott D. *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last Two Decades*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>>. Acesso em: 18 maio 2019.

International Competition Network. *Cartel Settlements*. 2008. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2019.

International Organization of Securities Commissions - IOSCO. Disponível em: <<http://www.iosco.org/about/?subSection=mmou&subSection1=signatories>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

KATSOULACOS, Yannis; ULPH, David. Antitrust Penalties and the Implications of Empirical Evidence on Cartel Overcharges, *The Economic Journal*, v. 123, Issue 572, p. 558-581, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2360354>. Acesso em: 20 ago. 2019.

KATSOULACOS, Yannis; MOTCHENKOVA, Evgnea; ULPH, David. Penalizing Cartels: The Case for Basing Penalties on Price Overcharge. *International Journal of Industrial Organization*, v. 42, p. 70-80, 2015. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718715000879>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

KOBAYASHI, Bruce H. Antitrust, Agency and Amnesty: An Economic Analysis of Criminal Enforcement of the Antitrust Laws against Corporations. *George Washington Law Review*, v. 69, ns. 5-6, out./dez., p. 715-744, 2001. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=305260>. Acesso em: 20 ago. 2019.

LANDES, William M.. Optimal Sanctions for Antitrust Violations. *The University of Chicago Law Review*, v. 50, p. 652-678, 1983. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/fb23/e8287e350d1abdfa2b840876fb0c-c04bc962.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

LEVITT, Matthew; THOMAS, Christopher; SCHÖNING, Falk. *Cartel leniency in EU: overview*. Disponível em: <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-517-4976?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-517-4976?transitionType=Default&contextData=(sc.Default))>. Acesso em: 26 fev. 2019.

LYLE-SMYTHE, Anna; Reeve, MURRAY; NIEMEYER, Hans-Jörg (et. al). *Cartel Regulation – European Union*. Disponível em: <<https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/10/cartel-regulation-european-union/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Maira Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, v. 35, n.1, ed. 104, mar., p. 10-37 2016. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/produto/104/>>. Acesso em: 14 out. 2017.

MANDARINO, Renan Posella. Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal. *Monografias Vencedoras 2016 – IASP / CIEE. Aspectos penais controversos da colaboração premiada*. p. 17-298. São Paulo: Editora IASP, 2016.

Marques Neto, Floriano de Azevedo. *Revista da CAASP, Opinião, Edição 36*, p. 72. Disponível em: <http://www.caasp.org.br/RevistaDigital/ed36/page_72.html>. Acesso em: 19 ago. 2018.

Marques Neto, Floriano de Azevedo. Feijoada à brasileira e combate à corrupção. *Folha de São Paulo*, Tendências / Debates (19 ago. 2018). Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/08/fejjoada-a-brasileira-e-combate-a-corrupcao.shtml>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

MARRARA, Thiago. *Acordo de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regimes jurídicos e problemas emergentes*. Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdda>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Editora Singular, 2013.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. *Compliance em corrupção e concorrência: os desafios da multiplicidade institucional*. *Estadão*, maio, 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/compliance-em-corrupcao-e-concorrencia-os-desafios-da-multiplicidade-institucional/>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado: Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDONÇA, Andrey B. *A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37221319/A_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Andrey_Borges_de_Mendonca_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1507992953&Signature=TRSkUr7pdjAhizB33yc7Jy2Tx%2Fo%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_C.pdf>. Acesso 14 out. 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: o dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Nota Técnica nº 4/2017. Disponível em: <<http://>

www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Nota_Tecnica_4_2017_Analisa_MP_784.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Declaração de Brasília sobre a cooperação jurídica internacional contra a corrupção*. 2014. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/declaracao-de-brasilia-1.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Força-tarefa Lava Jato devolve valor histórico para Petrobras*. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/forca-tarefa-lava-jato-devolve-valor-historico-para-a-petrobras>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

NIKPAY, Ali; TAYLOR, Deirdre; BORSOS, Attila. *Immunity, Sanctions & Settlements 2017 – European Union - Immunity or a 100 per cent reduction in sanctions*. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/jurisdiction/1002530/european-union>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

OLIVEIRA, Thiago Machado. De Havana a Doha: o sistema multilateral de comércio em perspectiva histórica. *Carta Internacional*, v. 1, n. 2, São Paulo, 2006.

OCDE. Contribution from the United States submitted for Item III of the 120th meeting of the Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement on 16 December 2014. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. *Use of Markers in Leniency Programs*. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd\(2014\)51&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd(2014)51&doclanguage=en)>. Acesso: 23 maio. 2019.

_____. Improving International Co-operation in Cartel Investigations. *Global Fórum on Competition*, 30. nov. 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

OCDE. *Inventory of provisions in inter-agency co-operation agreements (MoUs)*. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)1/REV2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)1/REV2/en/pdf)>. Acesso em: 07 dez. 2017,

_____. *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. 2001. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

OCDE. Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais,

OEA. *Convenção Interamericana Contra a Corrupção*. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

ONU. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M.. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)*. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2017/03/acordo-leniencia-lei-anticorruptao.pdf>>. Acesso em 18 out. 2017.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)*. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun., Belo Horizonte, 2016.

RIBEIRO, Diaulas Costa; CORDEIRO, Néfi; GUIMARÃES, Denis Alves. *Interface between the Brazilian Antitrust, Anti-Corruption, and Criminal Organization Laws: The Leniency Agreements*. *NAFTA: Law and Business Review of the Americas*, v. 22, 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/Alu%C3%ADsio/Downloads/SSRN-id2710448.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

ROSILHO, André. *Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção*. *Direito do Estado*. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorruptao>>. Acesso em: 13 out. 2017.

SANDHOLTZ, Wayne, GRAY, Mark M., *International Integration and National Corruption*. *International Organization*, v. 57, n. 4, p. 761-800, 2003. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/3594846.pdf?refreqid=excelsior%3A0733da0048ed6f1c8e294a16cc482c34>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SARAIVA, Wellington Cabral. *Atuação do Ministério Público Federal nas Convenções Internacionais Contra Corrupção*. *Temas de Cooperação Internacional*. 2. ed. Brasília: MPF, 2016.

SLOTBOOM, Marco. *Individual Liability for Cartel Infringements in the EU: An Increasingly Dangerous Minefield*. *Kluwer Competition Law Blog*,

2013. Disponível em: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2013/04/25/individual-liability-for-cartel-infringements-in-the-eu-an-increasingly-dangerous-minefield/>, acesso em 27 de fevereiro de 2019.

SPAGNOLO, Giancarlo. Optimal Leniency Programs. *FEEM Working Paper No. 4*, n. 42, 2000. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=235092>. Acesso em: 20 ago. 2019.

SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency and Whistleblower in Antitrust*. 2005. Disponível em: <<http://www.learlab.com/conference2005/documents/spagnolo.pdf>>. Acesso

STIGLER, George. A Theory of Oligopoly. *The Journal of Political Economy*, v. 72, n. 1, 1964.

SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. *JOTA*. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>>. Acesso em: 19 maio 2019.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: Avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado*. São Paulo: Almedina, 2017.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Whistleblowing in Europe: Legal Protections for Whistleblowers in the EU*. Disponível em: <https://www.stt.lt/documents/soc_tyrimai/2013_WhistleblowingInEurope_EN.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2018.

TRANSPARÊNCIA INTERNAIONAL; JOTA. A investigação de órgãos de 9 países da América Latina no caso Odebrecht. *JOTA*. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/grande-corrupcao-dados-ineditos-apresentam-raio-x-sobre-atividade-de-orgaos-de-investigacao-da-america-latina-no-caso-odebrecht-29052019>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/104/EU. *Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council, of 26 November 2014, on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32014L0104>>. Acesso em: 27 out. 2017.

VAN BAEL, Ivo, *Due Process in EU Competition Proceedings*. Netherland: Kluwer Law International BV, 2011.

VARNEY, Christine A.; TERZAKEN, John F. United States. In: VARNEY, Christine (Ed.). *The cartels and leniency review*. Londres: Law a Business Research Ltd, p. 379-418, 2014.

VARNEY, Christine A. *The Cartels and Leniency Review*. London, Law Business Research. 2014.

VICENTINI, Pedro. A confissão de culpa nos termos de compromisso de cessação: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência. *Revista do Ibrac*, v. 17, p.252-274, 2010.

WERDEN, Gregory J.; HAMMOND, Scott D.; BARNETT, Belinda A. *Deterrence and Detection of Cartels: Using all the Tools and Sanctions*, 2012. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518936/download>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

YSEWYN, Johan, BOUDET, Jennifer. *Leniency and competition law: An overview of EU and national case law*. Concurrences, 2018. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/leniency/leniency-and-competition-law-an-overview-of-eu-and-national-case-law-72355>, acesso em 27 de fevereiro de 2019.

SOBRE O IBRAC

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional é uma entidade privada, sem fins lucrativos, criada em dezembro de 1992 com o objetivo de promover a realização de pesquisas, estudos e debates sobre temas relacionados à defesa da concorrência, comércio internacional e consumo.

