

RECEBIDO EM: 02/08/2017

APROVADO EM: 23/11/2017

O ACORDO DE LENIÊNCIA NA PRÁTICA SIMULTÂNEA NORTE-AMERICANA, BRITÂNICA E BRASILEIRA: O CASO ROLLS ROYCE

***DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT IN BRAZILIAN`S,
BRITISH`S AND NORTH AMERICAN`S EXPERIENCE: ROLLS
ROYCE CASE***

Erik Noleta Kirk Palma Lima

*Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito pela
Escola da Magistratura do Distrito Federal. Advogado da União - AGU*

Eliane Ferreira de Sousa

*Doutora em Direito pela Universidade de Brasília
Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público
Doutora em Linguística pela Universidade de Brasília
Mestre em Linguística pela Universidade de Brasília. Analista em Ciência e
Tecnologia, atuando na Procuradoria Federal na Capes.
Professora de Direito Empresarial da Faculdade Senac e do Instituto de Educação
Superior de Brasília (IESB).*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caso Rolls Royce; 2 Acordo de leniência nos Estados Unidos da América; 3 Acordo de leniência na experiência do Reino Unido; 4 Acordo na prática brasileira; 5 Resultados diferentes no caso da Rolls Royce; 6 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo busca analisar como o caso de corrupção que envolveu a empresa multinacional Rolls Royce foi tratado de maneira integrada no Brasil, Estados Unidos da América e Reino Unido. Mesmo diante de mais de vinte anos de pagamento de suborno, em cifras milionárias, e em mais de dez países, a Rolls Royce fechou três acordos de leniência com pagamento de pesadas penalidades pecuniárias para não sofrer qualquer tipo de processo judicial. A primeira parte do estudo busca identificar todas as características do caso de suborno da Rolls Royce. Com o objetivo de desvelar a sistemática que envolve o acordo de leniência, a segunda parte do presente artigo debruça-se sobre as características desse importante mecanismo nos três países. Por fim, a pesquisa se prestou a identificar a aplicação prática de cada um dos acordos de leniência firmado pela Rolls Royce envolvendo os fatos enunciados.

PALAVRAS-CHAVES: Acordo de leniência. Lei Anticorrupção. Suborno. Multa. Programa de conformidade.

ABSTRACT: The present study aims to analyze how the corruption case that involved the multinational company Rolls Royce was treated in an integrated way in Brazil, United States of America and United Kingdom. Even after paying bribes for more than twenty years, more than million, and in more than ten countries, Rolls Royce has closed three deferred prosecution agreement by paying huge financial penalties to avoid judicial prosecution. The first part of the study seeks to identify all the features of the Rolls Royce bribery case. In order to unveiling the systematics that involves the leniency agreement, the second part of this paper focuses in every characteristics of this important tool on the three countries. Finally, the paper identify how was the practical application of each deferred prosecution agreement signed by Rolls Royce involving the facts stated.

KEYWORDS: Deferred Prosecution Agreement. Anticorruption Act. Bribery. Financial Penalty. Compliance.

INTRODUÇÃO

Com o cada vez mais amplo e ambicioso fenômeno da globalização, não apenas os benefícios se multiplicam, mas também as mazelas. Várias instituições passaram a ampliar suas atuações com o fornecimento de produtos em mercados dos mais diversos países. E para garantir o sucesso na exploração do mercado internacional, não raras vezes, as multinacionais lançaram mão de práticas espúrias de pagamento de suborno.

Nesse contexto, o presente artigo apresenta o emblemático caso da Rolls Royce (RR). Na qualidade de empresa atuante em mais de vinte países, a RR institucionalizou o pagamento de milhões em propinas para garantir contratos com instituições estatais, em sua maioria. Durante anos a fio a referida empresa não mediu esforços para lograr êxito em aliviar seus estoques e dominar o mercado em que atuava com seu portfólio.

Diante da situação descrita e após alguns anos de investigação no Brasil, Reino Unido e Estados Unidos, a RR viu-se diante da delicada situação de ser processada civil, criminal e administrativamente. Considerando a gravidade das condutas, uma condenação poderia ensejar o fim da empresa. Dessa feita, a solução encontrada para garantir o interesse público e particular foi um instrumento denominado acordo de leniência.

Os acordos de leniência são geralmente utilizados quando o efeito colateral provocado pela persecução pode ser maior do que apenas a punição dos responsáveis. Isso porque a condenação de empresas acaba por afetar terceiros inocentes, por exemplo, os empregados, os fornecedores, os produtores, os consumidores, os acionistas e o mercado como um todo. Considerando que os entes jurídicos são instituições importantes para a sociedade e com tendência à perenização, os acordos de leniência procuram preservar a existência da instituição, mas sem deixar de puni-la pela irregularidade.

Tendo por base esses dados, resta entender como cada um dos três países aplicam o instituto do acordo de leniência, de maneira geral, e como conseguiram dar solução conjunta para o caso RR.

1 O CASO ROLLS ROYCE

Inicialmente, é imperativo estabelecer as balizas do caso em análise. Em apertada síntese, é possível descrever a empresa Rolls Royce (RR) como uma multinacional britânica que atua em mais de cinquenta países.

Dentre outras áreas, a RR realiza produção de motores para diversos segmentos (energia, terrestre, aéreo e náutico).

Na qualidade de empresa atuante em áreas sensíveis, a RR efetuou contratos de grande monta vários países ao longo dos anos. Conforme revelaram recentes investigações, no intuito de garantir amplo domínio no mercado de seu portfólio, a RR decidiu por lançar mão de meios escusos. Em grande parte, o sucesso da RR é atribuído ao pagamento de propinas na Indonésia, Tailândia, Índia, Rússia, Nigéria, China e Brasil¹.

Entre 1989 e 1998, a RR concordou em pagar mais de dois milhões de dólares a agentes estatais na Indonésia para entabular acordo relacionado ao fornecimento de motores de aeronaves.

Nos anos de 1991/1992 e 2004/2005, a RR também realizou pagamento de propinas no importe de mais de US\$ 38 milhões a agentes públicos e empregados da empresa Thai Airways, na Tailândia, de modo a garantir a venda de motores para aeronaves.

Na Índia a RR, durante os anos de 2005 e 2009, realizou uma série de contratos fraudulentos e pagamento de propinas que garantiram a manutenção de pactos com o governo indiano, bem como para evitar investigações sobre as atividades suspeitas realizadas.

Entre 2008 e 2009, a RR também utilizou do mecanismo da propina para garantir sucesso no mercado de gás natural liquefeito na Rússia. A RR forneceu equipamentos de compressão de gás para um projeto chamado Portovaya, em parceria com a empresa estatal russa Gazprom.

A propina na Nigéria ocorreu entre os anos de 2011 a 2013, oportunidade em que a RR, em conjunto com a estatal chamada Companhia Nigeriana, subornaram agentes públicos visando obter vantagens comerciais em dois projetos em curso na Nigéria (Projeto Adanga e Projeto Egina).

Os subornos na China ocorreram entre 2011 e 2013. A RR pagou cerca de US\$ 5 milhões para a Companhia Aérea da China Oriental (CES) visando garantir a compra de motores para aeronaves A330.

1 Dados que constam do Relatório do Acordo de Leniência (DPA) do Escritório de Combate à Fraude no Reino Unido (SFO), páginas 4/5, item 14. Disponível em: <<https://www.sfo.gov.uk/download/deferred-prosecution-agreement-statement-facts-sfo-v-rolls-royce-plc/?wpdmcl=14778>>. Acesso em 05.jul.2017.

Os pagamentos de subornos no Brasil, por parte da RR, tiveram investigações no bojo da chamada operação Lava-Jato, que investiga crimes cometidos contra a empresa estatal Petrobras. Os atos praticados pela RR ocorreram entre 2003 e 2013, totalizando cerca de US\$ 9,32 milhões em propinas. O início do esquema ocorreu por volta de abril de 2003. Na oportunidade a RR teve desqualificado, por critérios técnicos, seu lance em licitação promovida pela Petrobras para o fornecimento de geradores de energia para as plataformas offshores P-51 e P-52.

Por volta de junho de 2003, a RR contratou uma espécie de intermediário para agir como consultor técnico para auxílio junto à licitação promovida pela Petrobras. Referido consultor foi responsável por intermediar negociações paralelas entre a RR e empregados da Petrobras, além de fornecer informações competitivas confidenciais de outros participantes, bem como os lances dados por estes.

Foi então que, de maneira anormal, por volta de 11 de julho de 2003, a Petrobras cancelou o lance anterior ofertado pela RR e reabriu a licitação, o que permitiu que a RR adequasse os projetos e negociasse diretamente com a Petrobras. Nesse sentido, no dia 29 de agosto de 2003, a Petrobras adjudicou os contratos de ambas as plataformas à RR.

O mesmo sistema de pagamento de intermediário para garantir sucesso em licitações da Petrobras ocorreu, dentre outros os projetos, para as plataformas P-53, P-56 e PRA-1².

Conforme se observou, por mais de duas décadas, a RR repetidamente recorreu a subornos para garantir contratos e obter uma vantagem competitiva em países de todo o mundo³. Conscientemente a RR agiu fora da lei conspirando para subornar funcionários estrangeiros de modo a obter alguma vantagem injusta.

Diante de todo o contexto descortinado, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (DOJ), o Escritório Britânico de Combate à

2 Todas as informações podem ser consultadas do relatório do DPA firmado entre a Rolls Royce e o Departamento de Justiça dos EUA. UNITED STATES OF AMERICA. Deferred Prosecution Agreement, USA v. Rolls Royce PLC. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/927226/download>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

3 Restou comprovado que a RR, entre 2000 e 2013, também realizou o mesmo esquema de suborno no Cazaquistão, Azerbaijão, Angola e Iraque, conforme relatório do DPA, firmado entre a Rolls Royce e o Departamento de Justiça dos EUA. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/927226/download>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

Fraude (SFO) e o Ministério Público Federal (MPF) brasileiro coordenaram acordos de leniência com a RR visando à resolução do caso de maneira global.

2 ACORDO DE LENIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os acordos de leniência, de maneira geral, são pactos entabulados entre empresas e/ou indivíduos com governos, de modo a evitar ações judiciais em âmbito criminal e/ou civil. Dentre as condições estabelecidas, em regra, as empresas e/ou indivíduos submetem-se ao pagamento de multas e certas condições, por exemplo, ações de *compliance*, por um período determinado, depois de aceitar a responsabilidade por irregularidades.

O antecedente mais remoto que trata sobre acordos de leniência é a Lei Americana Anticorrupção no Exterior (Foreign Corrupt Practices Act – FCPA ..., 2012), editada em 1977. Referida legislação norte-americana foi promulgada no contexto em que, à época, mais de 400 empresas admitiram fazer pagamentos questionáveis ou ilegais. Tais empresas, a maioria voluntariamente, informaram que pagaram bem em mais de US\$ 300 milhões em fundos corporativos para funcionários de governo estrangeiro, políticos e partidos políticos.

Nesse sentido e visando manter a imagem de sério combate à corrupção nos Estados Unidos, o principal objetivo da FCPA foi tornar ilegal que determinadas pessoas e entidades pudessem realizar pagamentos a funcionários de governos estrangeiros com o escopo de obter/assegurar negócios.

O sistema norte-americano de acordos de leniência, também conhecido como pré-julgamentos, são baseados em duas concepções: 1 - acordos de persecução diferidos (DPA); 2 - acordos de não persecução (NPA).

O DPA constitui-se em um acordo que envolve, diante do cumprimento das condições impostas, o arquivamento ou não ajuizamento de ações criminais contra os responsáveis pelo ato ilícito⁴. Diferentemente, ainda que a NPA também preveja o cumprimento de certas obrigações pelo indivíduo ou empresa para afastar punições, todavia, não abarca o arquivamento de persecução criminal, restringindo-se ao âmbito cível.

4 A título de exemplo, conferir o DPA estabelecido entre o DOJ e o HSBC no ano de 2012. Disponível em: <<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/83246/000119312512499980/d453978dex101.htm>>. Acesso em 11 jul 2017.

Ambos os acordos, a nível federal, podem ser administrados por órgãos diferentes. Se de um lado, na seara criminal, somente o Departamento de Justiça dos EUA (DOJ) é responsável por realizar as negociações, por outro lado, no que envolve títulos mobiliários, os acordos são entabulados pela Comissão de Valores Mobiliários dos EUA (Securities and Exchange Commission – SEC). Somente o DOJ tem a prerrogativa de entabular tanto DPA quanto NPA, quanto ao referido departamento, não dispensa a acusação criminal (RADMORE; HILL JUNIOR, 2014).

No DPA há uma participação limitada do Poder Judiciário⁵. Além da responsabilidade de aprovar o acordo estabelecido, o Judiciário tem o papel de arquivar as investigações ou do processo já em curso, mesmo que não tenha elevada ingerência sobre o acordo em si. Por sua vez, o NPA, por ser um acordo somente entre o governo e o envolvido, não é arquivado judicialmente, razão pela qual não depende de aprovação do Poder Judiciário, considerando que não envolve a parte criminal.

O DOJ não tem obrigação de dar publicidade aos acordos realizados, ao passo que a SEC tem obrigação de publicar o acordo em seu site. Em regra, considerando que o DPA é arquivado perante a justiça, acaba por se tornar um documento público, ao passo que o NPA não necessariamente é público, considerando que não conta com a participação judicial. As duas agências celebraram pelo menos 290 acordos, sendo que mais metade a partir de 2010 (AUSTRALIAN GOVERNMENT, 2016, p. 11). O total arrecadado em multas somam mais de US\$ 42,5 bilhões, entre 2000 a julho de 2014. Desde 2010, 86% das ações levadas a efeito com base na FCPA envolveram um NPA ou DPA.

Tanto os DPA como os NPA foram inicialmente concebidos para indivíduos. Não obstante, são agora cada vez mais utilizados em assuntos envolvendo organizações empresariais em um amplo espectro de possíveis crimes federais. Em um passado mais longínquo o DPA e NPA eram utilizados para investigações que envolviam fraude e a aplicação da FCPA. Hoje em dia pode ser articulado no contexto de violação de sigilo bancário, antitruste dentre outros. Sendo assim, ao invés de articular a lista de infrações penais para as quais o DPA pode ser usado, o DOJ define requisitos que tornam o responsável não elegível para um DPA.

5 Alguns autores chegam a afirmar que o escrutínio judicial nos termos da DPA tem sido “essencialmente inexistente” (KOEHLER, 2015).

A política do DOJ proíbe o uso de DPA (Manual do Procurador-Geral dos EUA (USAM)..., título 9-22.100): 1 – para acusados em assuntos envolvendo segurança nacional ou relações exteriores; 2 – em casos nos quais o indivíduo tenha duas ou mais condenações por crime anterior; 3 – na hipótese que envolva funcionário público ou antigo funcionário público acusado de uma infração decorrente de uma alegada violação da confiança pública; 4 – para acusados que, por diretrizes políticas do DOJ, deve ter o desvio combatido pelo Estado.

Para a celebração do acordo de leniência o infrator deve aderir ao pacto de maneira voluntária, concordar com um julgamento rápido do caso, e, por fim, estar acompanhado de um advogado ou defensor nomeado (Manual do Procurador-Geral dos EUA (USAM)..., Título 712, Prejulgamento do desvirtuador).

Os maiores objetivos do acordo de leniência são evitar futuras atividades criminosas entre certos infratores; poupar recursos judiciais para a concentração em casos maiores; garantir, quando apropriado, um meio célere de restituição a comunidades e vítimas de delitos, assim como evitar as consequências colaterais da condenação de uma corporação (desemprego, instabilidade da economia e etc).

Os NPA e DPA contam, geralmente, com quatro elementos (ALEXANDER; COHEN, 2015, p. 2): 1 - a admissão de fatos; 2 - um acordo de cooperação; 3 - um prazo específico para o acordo; 4 - um acordo para sanções monetárias e não monetárias. No que diz respeito à admissão dos fatos, o contratante deve expressamente determinar as condutas praticadas em detalhes. O acordo de cooperação prevê a entrega de documentos e esclarecimentos que plenamente identifiquem as irregularidades cometidas. As sanções comuns incluem restituição, multas, liberdade condicional, nomeação de monitores e rescisão com os indivíduos responsáveis.

O período de supervisão sob a égide do acordo não deve exceder 18 meses, podendo haver redução. A parte não precisa admitir qualquer culpa. Caso o participante do acordo complete os termos entabulados não haverá perseguição ou, caso haja um processo em curso, haverá o arquivamento.

O acompanhamento do acordo é realizado pelo Diretor-Geral dos Serviços Pré-julgamento (Chief Pretrial Services Officer). Na hipótese de não cumprimento do acordo, ou não aceitação dos termos, referida autoridade comunicará ao Procurador-Geral que, levando em conta sua discricionariedade, poderá optar por dar prosseguimento às investigações,

propor uma ação judicial ou prosseguir em um processo suspenso, podendo a parte utilizar de todos elementos produzidos durante o acordo de leniência.

3 ACORDO DE LENIÊNCIA NA EXPERIÊNCIA DO REINO UNIDO

Lastreado na prática norte-americana, o Reino Unido introduziu o acordo de leniência (DPA) em seu ordenamento jurídico no dia 24 de fevereiro de 2014, por meio do Anexo 17 à Lei de Crimes e Tribunais de 2013 (UNITED KINGDOM, Crime and Courts Act 2013).

Diferente da forma como é feito nos EUA, o DPA no Reino Unido somente abrange organização comercial, incluindo empresas, parcerias e associações não incorporadas. Isso significa que, nas hipóteses em que há o cometimento de infrações por parte de corporações e indivíduos, enquanto as pessoas jurídicas podem realizar acordo de leniência as pessoas físicas não gozam do mesmo benefício.

Na experiência britânica o DPA é passível de utilização para uma variedade de infrações. Em regra, o acordo pode ser entabulado quando envolver crimes como fraude, conspiração, lavagem de dinheiro, suborno e outros crimes de natureza econômica. O governo tem o poder para mudar a lista de crimes elegíveis, para adicionar ou retirar.

Atualmente, o Diretor de Procuradores Públicos (DPP) e o Diretor do Escritório de Sério Combate à Fraude (SFO, na sigla em inglês) são os responsáveis por levar a efeito o DPA. Todavia, o Governo britânico tem o poder de designar outras autoridades para executar tal mister, por exemplo, a Autoridade de Conduta Financeira (FCA).

Não há uma obrigatoriedade em se entabular um DPA. A autoridade responsável tem discricionariedade para avaliar o cabimento do acordo de leniência, de modo que a própria delação não garante necessária vantagem⁶. Nesse sentido, o Código de Práticas para DPA (UNITED KINGDOM, 2014) prevê que dois estágios sejam satisfeitos em ordem a se fechar um acordo de leniência: 1º) deve haver evidências mínimas de que a organização cometeu alguma infração abarcada pelas normas que regem o DPA; 2º)

6 Nesse sentido, foi o que ventitou o diretor substituto da SFO: "The most vocal UK enforcement agency is the SFO. Its former chief, Richard Alderman, had often intimated that firms concerned about potential bribery issues should come and talk to it. However, his replacement, David Green, has been at pains to stress the SFO is an enforcement agency, and not an advisor to businesses. He has also said on a number of occasions that self-reporting will not guarantee preferential treatment, and that the SFO will still prosecute where it thinks it is appropriate to do so". (RADMORE; Stephen, 2014).

o interesse público seja melhor protegido por um acordo de leniência ao invés do processo judicial.

Há dois tipos de fatores levados em conta no momento de decisão sobre o cabimento do DPA (UNITED KINGDOM, 2014, p. 5-6). Os fatores que desaconselham a realização de um DPA são:

- a) histórico de condutas similares: a empresa não pode ser reincidente, o que inclui ações no âmbito cível, criminal ou administrativo;
- b) prática comum: a conduta fazia parte de prática comercial estabelecida pela empresa;
- c) ausência de programa de conformidade (*compliance*): a instituição não conta com controle interno e/ou externo que visa manter a observância ao ordenamento jurídico;
- d) não correção: mesmo que tenha sido objeto de avisos, a instituição falhou em adequar suas condutas;
- e) falha de notificação: a empresa deixou de relatar, em tempo hábil, a conduta irregular descoberta;
- f) falta de correta apuração: em que pese a organização comunicar a irregularidade, não procede a verificações ou informa sem ter completa certeza do ocorrido e sua proporção;
- g) impacto: nível significativo de danos que uma condenação pode acarretar na economia local, regional ou global.

Por outro lado, a presença dos seguintes fatores milita a favor da celebração do acordo:

- a) cooperação efetiva: o beneficiado deve oferecer, em tempo razoável, informações suficientes e completas para identificar as irregularidades com todos os dados e testemunhas possíveis;
- b) ato isolado: a irregularidade representa uma ação isolada de um indivíduo determinado da corporação;
- c) conduta da organização: a ofensa causada ocorreu em uma realidade diferente da empresa, de modo que houve alteração dos padrões e punição dos responsáveis;

- d) consequências da condenação: as consequências desproporcionais de uma condenação para a instituição em relação a sanções aplicáveis sob a égide de outra jurisdição (exemplo da legislação local e da União Europeia);

A SFO convida, por meio de carta, a instituição envolvida em irregularidade para iniciar as tratativas visando entabular um DPA. Dentre os termos que podem constar do acordo, de forma exemplificativa, podem ser citados: compensação das vítimas; pagamento de uma penalidade financeira; pagamento das custas do órgão responsável pelo acordo; doações para instituições de caridade que apoiem as vítimas da ofensa; abrir mão de parte dos lucros. Não há necessidade de incluir todos ou quaisquer desses termos, todos os quais são uma questão de negociação com a organização e o órgão responsável, tudo sujeito à supervisão judicial.

Outros termos, que podem ser considerados acessórios, pode incluir a proibição de realizar determinadas atividades; obrigação de reportar relatórios financeiros; obrigação de instalar um programa efetivo de *compliance* ou monitoração; e cooperação com investigação sobre todos os possíveis setores em que se instalaram irregularidades.

Uma das características marcantes do DPA britânico é a possibilidade de designação de um monitor para fiscalizar o cumprimento do acordo de leniência. Em seu papel de fiscal, cabe ao monitor avaliar os controles internos da instituição, aconselhar as melhorias de conformidade necessárias, de modo a reduzir o risco de reincidência futura, e denunciar uma possível má conduta ao órgão responsável. Cumpre ressaltar que todos os custos envolvidos ao monitor (recrutamento, remuneração e etc.) são pagos pela empresa envolvida no acordo.

No Reino Unido os DPA enfrentam um nível muito maior de escrutínio judicial, exigindo aprovação do Tribunal. A aprovação do tribunal só é concedida se estiver convencido de que os termos de um DPA são justos, razoáveis e proporcionados, e no interesse da justiça.

Diferente da forma como o DPA é realizado nos EUA, no Reino Unido o DPA está sujeito a um exame judicial contínuo por meio de duas audiências judiciais para determinar se o DPA é do interesse da justiça, bem como se seus termos estão em conformidade com a legislação. No caso de o Judiciário aprovar o DPA, haverá uma audiência pública com declaração nesse sentido, de modo que será publicado o DPA e a decisão da Corte no site do órgão responsável por entabular o acordo de leniência.

No caso de quebra dos termos do acordo não há que se falar em rescisão automática. Para cada caso deverá ser observada a proporção da violação contratual. Em hipóteses em que o não cumprimento de algum aspecto do acordo seja de menor importância, basta o órgão responsável solicitar que a empresa corrija a falha. Entretanto, quando se tratar de descumprimento qualificado, o órgão responsável pelo acordo deverá submeter a questão para julgamento do Poder Judiciário, pelo tribunal que aprovou o DPA.

Perante o Poder Judiciário, dentre as possíveis soluções para reparar a violação, as partes podem acordar com repactuação, suspensão ou mesmo a rescisão do DPA. Vale ressaltar que, na hipótese em que há a rescisão contratual, a empresa não poderá ser reembolsada dos valores já pagos (com multa ou custas do monitoramento). Caso já estejam presentes as condições necessárias o órgão responsável poderá proceder à persecução em âmbito criminal – ou retomar a persecução que eventualmente estava em curso.

Entre 2015 e 2017, a SFO realizou três DPA. O valor total gerado por tais acordos são de US\$ 16,7 milhões de dólares, £\$ 503,88 milhões de libras e £\$ 6,5 milhões de libras⁷.

4 ACORDO DE LENIÊNCIA NA PRÁTICA BRASILEIRA

No Brasil, o acordo de leniência tem o seu primeiro antecedente com a Medida Provisória nº 2.055-4/2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.149/2000, responsável por incluir os artigos 35-B e 35-C na Lei nº 8.884/94 (Lei de Defesa à Concorrência). Hoje a referida legislação foi revogada pela Lei nº 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC).

Ainda no que tange ao SBDC, em atos que envolvam infração à ordem econômica o acordo de leniência é firmado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por intermédio da Superintendência-Geral. O acordo pode ser estabelecido com pessoas físicas ou jurídicas, com a possibilidade de redução de um a dois terços da penalidade aplicável.

Nos mesmos moldes do que ocorre nos EUA e no Reino Unido, o acordo de leniência realizado no âmbito do CADE (seara administrativa)

7 Dados que constam do site do SFO. Disponível em: <<https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/>>. Acesso em 19 jul. 2017.

tem influência sobre o processo criminal⁸. A celebração do referido acordo tem o condão de suspender persecução penal em trâmite, impede o início do processo penal e, além disso, enseja a extinção da punibilidade quando cumprido o acordo⁹.

Por outro lado, com espectro maior de aplicação, foi editada a Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção. Referida lei aplica-se a pessoas jurídicas e entes congêneres¹⁰ pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Sendo assim, é possível observar que qualquer ato lesivo cometido na seara administrativa ou civil, envolvendo as instituições alinhavadas, pode sofrer responsabilização com base na Lei Anticorrupção.

Dentre as diferenças já perceptíveis com a prática norte-americana e britânica, é possível perceber que o acordo de leniência pela Lei Anticorrupção não abrange o âmbito penal. Aliás, sequer no âmbito cível há o perdão de todas as condutas. As sanções aplicadas com base na mencionada lei não afetam os processos de responsabilização e aplicação de penalidades por:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de

8 Desde o revogado art. 35-C da Lei nº 8.884/94, que previa: “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia”.

9 Nos termos do art. 87, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011: “art 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

10 Conforme previsão do Parágrafo único, do Art. 1º, também estão sob a égide da Lei Anticorrupção as “sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”.

Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011¹¹.

As investigações sobre atos lesivos devem, preferencialmente, ocorrer no bojo de um processo administrativo de responsabilização (PAR)¹². Referido processo tem por objetivo apurar a ocorrência de ilícitos e garantir o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, à instituição investigada. O PAR pode culminar no reconhecimento do ilícito e necessidade da empresa infratora reparar o dano causado e receber demais penalidades. Todavia, antes de chegar a tal ponto, é possível que seja entabulado um acordo de leniência no bojo do PAR com redução em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável, a depender dos resultados.

Não há exclusividade na instauração e condução de um PAR, de modo que cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário referido desiderato. Não obstante, no que tange a atos praticados contra o Poder Executivo federal ou administração pública estrangeira, a competência para instauração e condução do PAR cabe ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU).

Considerando que os acordos de leniência podem ser celebrados no bojo de um PAR, a Lei Anticorrupção dotou as mesmas autoridades com competência para celebração de acordos de leniência. Diferente da forma como ocorre nos EUA e no Reino Unido, no Brasil o acordo não conta com qualquer participação do Poder Judiciário.

Como consectários, o acordo de leniência deve resultar na identificação dos demais envolvidos na infração e, quando couber, a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Ademais, para fazer jus ao acordo, a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, cessar o envolvimento na infração investigada, admitir a participação no ilícito e cooperar com as investigações. Todavia, no que diz respeito ao último requisito, caso a proposta de acordo de leniência seja rejeitada não importará no reconhecimento do ilícito.

Não há parâmetros estanques para os termos estabelecidos em um acordo de leniência. As cláusulas são definidas pelas partes e podem

11 Nos termos do art. 30, incisos I e II, da Lei Anticorrupção.

12 Cf. artigos 8º a 15 da Lei Anticorrupção.

prever uma série de obrigações de ambos os lados como, por exemplo, multa, prestação social, estabelecimento de programa de *compliance* etc.

De toda forma, um acordo de leniência pode ser vantajoso para a instituição infratora ante as variadas penalidades previstas. Dentre as sanções aplicáveis na esfera administrativa, as pessoas jurídicas podem sofrer multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício, além de publicação extraordinária da decisão condenatória.

Na seara cível pode ocorrer o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente, obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de contratar com o poder público por prazo determinado. Todas as penalidades são aplicáveis, isoladas ou cumulativamente, e sem prejuízo do ressarcimento do dano.

5 RESULTADOS DIFERENTES NO CASO DA ROLLS ROYCE

O DOJ, em conjunto com o Escritório da Procuradoria de Ohio, foi responsável por entabular nos EUA o DPA com a RR. O acordo foi homologado por um Tribunal localizado no estado de Ohio. Após aceitar que violou as previsões da FCPA, a RR aceitou pagar uma penalidade pecuniária no valor de US\$ 169.917.710,00, além de outras determinações como, por exemplo, criar programa de controles internos e *compliance*.

Para estabelecer o montante da penalidade pecuniária, o acordo utilizou as Diretrizes de Condenação nos Estados Unidos da América (USSG, 2015). Essa espécie de manual estabelece parâmetros para determinar o nível de ofensa e, com base em um cálculo matemático, o valor da multa a ser aplicada. Na presente hipótese, o cálculo foi realizado da seguinte forma (DPA, USA v. Rolls Royce PLC, p. 8):

b. Offense Level. Based upon USSG § 2C1.1, the total offense level is 44, calculated as follows:	
(a)(2) Base Offense Level	+12
(b)(1) Multiple Bribes	+2
(b)(2) Value of benefit received more than \$ 150,000,000	+26
(b)(3) High-level Official Involved	+4
TOTAL	44

c. Base Fine. Based upon USSG § 8C2.4(a)(2), the base fine is \$162,914,074 (as the pecuniary gain exceeds the fine in the Offense Level Fine Table)

d. Culpability Score. Based upon USSG § 8C2.5, the culpability score is 8, calculated as follows:

(a) Base Culpability Score	+5
(b) (1) the organization had 5,000 or more employees and an individual within high-level personnel of the organization participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense	+5
(g)(2) The organization fully cooperated in the investigation and clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct	- 2
TOTAL	8

Calculation of Fine Range:

Base Fine	\$162,914,074
Multipliers	1.6(min)/3.2 (max)
Fine Range	\$260,662,518/\$521,325,037

Em que pese a penalidade variar entre o mínimo de US\$ 260.662.518,00 e o máximo de US\$ 521.325.037,00, o valor final foi de US\$ 169.917.710,00. Isso porque foi concedido desconto de 25% sobre a penalidade, bem como foi concedido um crédito para a RR no valor de US\$ 25.579.179,00, referente ao acordo que a empresa fechou com o MPF, que tratava de parte da mesma conduta em apuração nos EUA. O pagamento deveria ser feito ao Tesouro Norte Americano em até dez dias úteis após a homologação do acordo pelo Poder Judiciário.

O acordo previu a não abertura/arquivamento de processos cíveis e criminais pelas autoridades norte-americanas, envolvendo os fatos apurados. Entretanto, o acordo expressamente excluiu previsão de proteção contra processos judiciais por qualquer conduta futura da RR, bem como de qualquer isenção em favor dos indivíduos envolvidos nos casos (UNITED

STATES OF AMERICA, Deferred Prosecution Agreement, USA v. Rolls Royce PLC. Conditional Release from Liability, p. 10).

Por sua vez, o acordo de leniência estabelecido entre a SFO e a RR foi aprovado por um tribunal localizado em Southwark. As partes concordaram que os lucros advindos das condutas irregulares praticadas pela RR totalizaram um montante de £258.170.000,00. Outrossim, foi estabelecida uma multa no importe de £239.082.645,00, além da obrigação da RR pagar os custos da investigação no valor de £12.960.754,00, dispendidos pela SFO (que durou quatro anos).

O valor da multa obtida foi construído por meio das diretrizes emitidas pelo Conselho de Diretrizes de Condenação¹³. Conforme consta do julgamento, o valor calculado para a multa sem desconto foi de £478.165.290,00. No entanto, a colaboração da RR foi considerada tão extraordinária que foi concedido um desconto de 50%, chegando ao valor final da multa em £239.082.645,00¹⁴.

O cronograma de pagamento das penalidades pela RR foi estabelecido em quatro parcelas: £119 milhões até 30 de junho de 2017; £100 milhões até 31 de janeiro 2019; £130 milhões até 31 de janeiro de 2020; e £148, 252,645 até 31 de janeiro de 2021.

No Brasil o acordo de leniência foi entabulado entre a RR e o Ministério Público Federal (MPF), em que pese este órgão não constar na Lei Anticorrupção como competente para celebrar tal tipo de acordo. Segundo o que consta, foi acordado o pagamento de multa, ressarcimento ao ente lesado e a instituição de programa efetivo de conformidade de conduta com o ordenamento jurídico¹⁵.

13 As diretrizes funcionam como uma espécie de guia para aplicação das penalidades. Disponível em: <http://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Fraud_bribery_and_money_laundering_offences_-_Definitive_guideline.pdf>. Acesso em 20 jul. 2017.

14 É o que se extrai da seguinte passagem: "In order to take account of this extraordinary cooperation, I repeat the views which I expressed above and confirm that a further discount of 16.7% is justified taking the total discount of the penalty to 50%. This gives a total penalty figure of £239,082,645.00 to which must be added the disgorgement of £258,170,000 being the gross profit (as defined for the purposes of this case) that Rolls-Royce has obtained as a result of its criminal misconduct, making £497,252,645 in all. In the circumstances, I conclude that it is fair, reasonable and proportionate to assess the overall financial penalty in this sum". Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/01/sfo-v-rolls-royce.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2017.

15 Informações extraídas do site do MPF. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordo-de-leniencia-com-rolls-royce>>. Acesso em: 20 jul 2017.

No que tange ao ressarcimento, o valor calculado corresponde à devolução integral dos lucros líquidos obtidos pela empresa em seis contratos mantidos com a Petrobras (valor de R\$ 39.720.100,00). Além disso, também foi adicionado a quantia paga a título de comissão aos intermediários contratados para atuar perante a estatal (R\$ 20.731.800,00).

Além disso, foi somado ao valor de ressarcimento o pagamento de multa prevista na Lei de Improbidade (8.429/92), equivalente a uma vez o valor das comissões dos intermediários (R\$ 20.731.800,00).

No fim, o valor total pago pela RR chegou ao montante de R\$ 81.183.700,00. Desses valores, aqueles que foram destinados diretamente à Petrobras, a RR deveria integralizar o pagamento no prazo de 90 dias contados a partir da homologação do acordo.

Além das penalidades pecuniárias e da colaboração com as investigações, o acordo estabelece a necessidade da RR criar mecanismos efetivos de integridade¹⁶, conhecidos como programas de *compliance*, também conhecida por autorregulação regulada¹⁷.

Considerando que o MPF sequer é a autoridade legalmente autorizada para realizar acordo de leniência, a RR não está isenta de responder a um PAR e sofrer outras penalidades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o berço comum, as legislações brasileira e britânica se afastaram sensivelmente do modelo norte-americano. Ainda que mantenham algumas similitudes, como as penalidades, percebe-se que a abrangência em cada modelo constitui um forte ponto de distinção. Mesmo diante da questionável iniciativa do MPF, o traço marcante do caso Rolls Royce foi a interação internacional para combate coordenado aos ilícitos.

A própria dimensão dos acontecimentos denota a necessidade de se encetar uma coalização de autoridades para o adequado tratamento

16 Nos termos dos artigos 41 e 42 do Decreto 8.420/2015, responsável por regulamentar a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

17 Conforme ensina Renato de Mello Silveira, "As noções de autorregulação regulada, síntese maior da percepção de compliance, tem, de modo geral, uma ampla proximidade com o Direito Penal. Ela gera um sistema de enforcement particular que tem, por sua vez, um emparelhamento às noções de due diligence exigidas pelo mundo econômico" (SILVEIRA, 2014, p. 157).

das irregularidades identificadas. Coalização que, no Brasil, deveria ter ocorrido não apenas em âmbito internacional, mas nacional também.

Em primeiro lugar, observando que o acordo de leniência no Brasil teve por base a Lei Anticorrupção, o MPF deveria ter se preocupado com a segurança jurídica do pacto. Isso porque a legislação não confere legitimidade ao MPF para, sozinho ou em conjunto com outra autoridade, entabular acordo de leniência. Como decorrência da ação solitária do MPF, o acordo da Rolls Royce no Brasil se mostrou acanhado e frágil.

Como instrumento multifacetado, com consequência em diversas áreas, o acordo de leniência revelou-se uma tendência de solução global para as malfadadas ações irregulares que não respeitam limites geográficos. As instituições atuam em cada vez mais em países, de modo que qualquer condenação por práticas espúrias pode afetar economias em vários locais. No atual cenário de globalização, em que as fronteiras físicas já foram ultrapassadas, a resolução de problemas merece uma resposta pensada em conjunto, de modo que, conforme o mantra britânico, encontre-se um parâmetro que seja justo, razoável e proporcional entre a irregularidade, a repressão e a prevenção.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A. *Trends in the use of non-prosecution, deferred prosecution, and plea agreements in the settlement of alleged corporate criminal wrongdoing*. Law & Economics Center George Mason University School of Law. Abril 2015. p. 2. Disponível em <http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/Full%20Report%20-%20SCJI%20NPA-DPA%2C%20April%202015%281%29.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

AUSTRALIA. AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Attorney's General Department. Improving enforcement options for serious corporate crime: Consideration of a Deferred Prosecution Agreements scheme in Australia Public Consultatio Paper*. março 2016. Disponível em: <<https://www.ag.gov.au/Consultations/Documents/Deferred-prosecution-agreements/Deferred-Prosecution-Agreements-Discussion-Paper.pdf>>. Acesso: em 10 jul. 2017.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 21 jul. 2017.

HILL JUNIOR., Stephen L; RADMORE, Emma. *Deferred Prosecution Agreements: the US experience and the UK potential*. July 2014. Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4f0cc529-bfdb-49c3-ac8d-e989e87fc84a>>. Acesso em: 19 jul. 2017

KOEHLER, Mike. *Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement*. University of California. Davis Law Review. Vol 49:497. December 10, 2015. p. 505. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2701836>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, v. 947/2014, set/2014.

UNITED KINGDOM. *Crime and Courts Act 2013*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/pdfs/ukpga_20130022_en.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

UNITED KINGDOM. THE CROWN PROSECUTION SERVICE (CPS). *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice: Crime and Courts Act 2013*. Disponível em: <https://www.cps.gov.uk/publications/directors_guidance/dpa_cop.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual (USSC)*. Nov. 2015. Disponível em: <<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2015/GLMFull.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. *Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (FCPA)*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. *Deferred Prosecution Agreement, USA v. Rolls Royce PLC*. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/927221/download>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. UNITED STATES ATTORNEYS. *U.S. Attorneys' Manual (USAM)*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/usam/usam-9-22000-pretrial-diversion-program>>. Acesso em: 20 jul. 2017.