
ACORDO DE LENIÊNCIA: AS OBRIGAÇÕES
PECUNIÁRIAS E SEUS EFEITOS NA
PERSPECTIVA DAS LEIS Nº 12.846/2013 E
8.429/1992

*LENIENCY AGREEMENT: PECUNIARY OBLIGATIONS AND
ITS EFFECTS BASED ON LAWS 12.846/2013 AND 8.429/1992*

Matheus Bredt de Menezes

*Coordenador-Geral de Supervisão de Acordos de Leniência
na Controladoria-Geral da União*

Victor Godoy Veiga

Ex-Diretor de Acordos de Leniência da Controladoria-Geral da União

Viviane André Antunes

*Coordenadora-Geral de Monitoramento de Acordos de Leniência
na Controladoria-Geral da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da Metodologia de cálculo; 2. Dos mecanismos de incentivo; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção – LAC, criou, no âmbito da responsabilidade objetiva, institutos para sancionar as pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos, inaugurando possibilidades de recuperação de ativos desviados em decorrência destes atos e que tenham causado lesão à administração pública nacional e estrangeira. Um dos grandes desafios na implementação de um programa de leniência que atenda ao seu propósito sancionador é a medida adequada de incentivos para as pessoas jurídicas, principalmente àquelas que identificaram a conduta ilícita por meio das ferramentas de seu programa de integridade, buscarem as autoridades para autodenúncia. Se por um lado é preciso incentivar a colaboração dos infratores, por outro, é preciso desincentivar a prática de novas ilicitudes. Assim, a busca pela calibração dos mecanismos de incentivos e de punição é chave para o sucesso da política de leniência. Há questões adjacentes como, por exemplo, a alavancagem investigativa, a cessação da prática dos atos lesivos, bem como a indução a uma atuação íntegra das empresas, que também devem ser levadas em consideração para a celebração de acordos de cooperação. O desafio que se coloca, no que tange ao recente instituto do acordo de leniência da Lei Anticorrupção, é o de encontrar o equilíbrio entre uma justa sanção que represente a devida reprimenda, inclusive na perspectiva dissuasória, e a promoção de incentivos para que empresas busquem o Estado, inclusive em situações de autodenúncia, com fins de colaborar com investigações, de modo que esse importante instituto possa se fortalecer como ferramenta no combate à corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Leniência. Lei Anticorrupção. Lei de Improbidade Administrativa. Direito Sancionador. Multa Administrativa. Responsabilização de Pessoa Jurídica.

ABSTRACT: The Brazilian Anti-Corruption Act – LAC, created, within strict liability, tools to sanction legal entities for the practice of illegal acts, opening up possibilities for recovering misappropriated assets related to the national and foreign public administration. One of the major challenges in implementing a leniency program that meets its sanctioning purpose is the appropriate measure of incentives for legal entities, especially those who have identified illicit conduct through the tools of their integrity program, to seek the authorities for self-disclosure. If, on one hand, it is necessary to encourage the collaboration of offenders, on the other, it is necessary to discourage the practice of new illegal practices. Thus, the search for the calibration of incentive and punishment mechanisms is key to the success of the leniency policy. There are adjacent issues, such as, for

example, investigative leverage, the cessation of the practice of harmful acts, as well as the induction of a compliance programs, which should also be taken into account for the non-trial resolution. The challenge that arises, with regard to the recent Brazilian leniency agreement program, is to find the balance between an adequate sanction that represents deterrent effect, and the promotion of incentives for companies to seek the State, including self-denunciation, in order to cooperate with investigations and strengthen the leniency program itself as a tool in the fight against corruption.

KEYWORDS: Leniency Agreement. Anticorruption Law. Improbability Act. Sanctioning Law. Administrative Fine. Liability of Legal Persons.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção – LAC, criou institutos para sancionar as pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos, em decorrência da responsabilidade objetiva. Essas ferramentas incorporam sanções pecuniárias, mas também novas possibilidades de recuperação de ativos desviados a partir de práticas ilícitas que tenham causado lesão à administração pública nacional e estrangeira.

Esses instrumentos são o Processo Administrativo de Responsabilização e o Acordo de Leniência, que possibilitam ao Estado a aplicação de multas, além de permitirem a devolução de valores relativos a danos causados à administração pública.

As condutas ilícitas previstas na Lei Anticorrupção são aquelas que atentem contra *o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil* e são delimitadas pelos incisos do art. 5º da referida Lei.

Em linhas gerais as condutas são dispostas em 5 categorias: a) prometer, ofertar ou conceder, de forma direta ou indireta, vantagens indevidas a agente público ou a pessoa a ele relacionada; b) financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na Lei; c) valer-se de pessoa física ou jurídica interposta com vistas a dissimular ou ocultar a identidade dos envolvidos nas práticas ilícitas ou os reais interesses das pessoas jurídicas infratoras; d) frustrar, fraudar, perturbar, interferir ou impedir a ocorrência de contratações públicas e contratos delas decorrentes; e e) dificultar ou interferir em atividades de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos.

Cerca de seis anos após a vigência da Lei Anticorrupção, o Governo Federal já instaurou mais de 600 processos contra pessoas jurídicas. O

fundamento identificado que teve mais ocorrência foi o pagamento de vantagem indevida ou seu oferecimento a agente público (CGU, 2020). Além disso, a Controladoria-Geral da União, conjuntamente com a Advocacia-Geral da União, celebrou onze acordos de leniência com a previsão de retorno aos cofres públicos de aproximadamente R\$ 13,6 bilhões, dos quais R\$ 3,6 bilhões já foram efetivamente devolvidos pelas empresas colaboradoras.

Desde dezembro de 2016, com a edição da Portaria Interministerial AGU/CGU nº 2278/2016, a Advocacia-Geral da União passou a participar dos acordos de leniência previstos na LAC que passaram a ser assinados pelo Ministro da CGU e pelo Advogado-Geral da União. Essa medida, atualmente regida pela Portaria Conjunta AGU/CGU nº 04/2019, transmutou os acordos de leniência em instrumento híbrido que resolve tanto a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas prevista na LAC como a sua responsabilidade civil da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) – LIA e da própria LAC, em relação à União.

Em decorrência, os valores determinados nos acordos de leniência atualmente preveem não somente a aplicação da multa administrativa da LAC, mas também montantes com natureza de ressarcimento (danos admitidos e enriquecimento ilícito) além da multa da LIA. Pode-se dizer, portanto, que os montantes definidos nos acordos de leniência buscam sancionar adequadamente as pessoas jurídicas pelas práticas dos ilícitos da LAC. Além disso, a participação da AGU no processo resulta em maior segurança jurídica para as empresas na medida em que sua responsabilidade civil prevista na LIA também é tratada nos acordos.

Para que se tenha a dimensão da representatividade dos valores definidos nos acordos de leniência, importante citar estudo do Conselho Nacional de Justiça – CNJ intitulado “Lei de Improbidade Administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”¹, publicado em 2015, no qual aponta que em ações dessa natureza, no âmbito do TRF4 (tribunal com competência das ações federais), o ressarcimento dos danos causados, de forma total, foi observado em 8,7% dos processos, e o ressarcimento parcial ocorreu em apenas 6,52% dos processos.

Nesse mesmo estudo, ao tratar do efetivo ressarcimento à Administração Pública, o CNJ assim dispõe:

Em termos de efetividade da decisão, com o ressarcimento dos danos causados, verificou-se uma grave falha no sistema processual. Mesmo

1 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

após longa tramitação, raras foram as ações nas quais se verificou uma efetiva atuação no sentido de obter a reparação dos danos. As ações de Improbidade Administrativa não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de ressarcimentos.

Em que pese os esforços no sentido de apresentar dados acerca da efetiva recuperação de ativos desviados por corrupção no âmbito dos Tribunais de Contas dos Estados, da Advocacia-Geral da União, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça, não se identificou tais informações de maneira sistematizada em transparência ativa, de modo a viabilizar uma análise comparativa mais ampla. Tampouco se identificou estudos que tiveram como objeto a mensuração da efetividade do Estado na recuperação de ativos desviados por corrupção.

Não obstante, se identificou estudo publicado no sítio do TCU (PALMA, 2008), no qual é mencionado que o percentual efetivo de recolhimento de débitos e multas de 1998 a 2007 correspondeu a 0,80% do total imputado pela Corte de Contas. Ao todo o TCU imputou nesse período cerca de 4,8 bilhões e, desse montante, foram recolhidos R\$ 38 milhões.

Acerca da efetividade das medidas administrativas de ressarcimento de danos, verifica-se que os valores dos acordos de leniência são em muito superiores aos historicamente recuperados. Isso se mostra em certa medida natural, uma vez que, fora do ambiente consensual, as empresas ainda podem questionar em juízo os métodos adotados pela Administração Pública para apuração de dano, em respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Este artigo visa a tratar justamente dos aspectos pecuniários dos acordos de leniência levando-se em consideração os dispositivos das Leis nº 12.846/2013 e nº 8.429/1992. Objetiva-se abordar as possibilidades legais para determinação dos valores dos acordos e tecer discussões acerca de seus efeitos. Tanto sob o ponto de vista da dissuasão da corrupção como do ponto de vista da atratividade do instrumento da colaboração espontânea, busca-se avaliar, ainda, aspectos relacionados a um sancionamento justo das pessoas jurídicas infratoras, no bojo de um processo de colaboração e consensualidade.

Inicialmente, será descrita a metodologia de cálculo dos acordos de leniência e as potencialidades de recuperação legalmente previstas. Após, serão avaliados os efeitos dessas potencialidades, seja sob o ponto de vista do Estado sancionador, seja do ponto de vista do Estado que busca incentivar e atrair a cooperação de pessoas jurídicas.

1 DA METODOLOGIA DE CÁLCULO

O acordo de leniência, disposto na Lei nº 12.846/2013, deve estipular condições necessárias para a efetiva colaboração e o resultado útil do processo, como previsto no § 4º, art. 16 do dispositivo.

Para garantir que o acordo seja útil e promova a efetiva colaboração, certas dimensões devem ser observadas, dentre as quais identifica-se o dever de cooperar, o compromisso de adotar medidas de integridade e a obrigação pecuniária decorrente do acordo, de ressarcimento de valores e pagamentos de multas.

Nesse contexto, verifica-se que o dever de colaboração efetiva perpassa pela admissão do ilícito, apresentação de informações e documentos, e, ainda, a identificação de outros envolvidos, quando cabível. Todavia, a colaboração vai além do momento negocial, devendo permanecer em momento posterior à assinatura do acordo, sendo as empresas colaboradoras obrigadas a manterem postura colaborativa com relação à investigação de ilícitos².

Ademais, a Lei Anticorrupção prevê que a aplicação da sanção levará em consideração a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade. O decreto regulamentador da lei deixou expresso que o acordo de leniência deve abordar, necessariamente, o programa de integridade, versando quanto à sua adoção, aplicação ou aperfeiçoamento pela empresa colaboradora.

Quanto à perspectiva de ressarcimento de valores, a Lei Anticorrupção prevê aplicação de multa administrativa sobre o faturamento bruto da empresa. Sobre esse faturamento incidirão agravantes e atenuantes, em razão de critérios definidos no decreto regulamentador, os quais resultam em acréscimos ou reduções no valor da base de cálculo da multa. Ao final, no âmbito do acordo de leniência, pode a administração pública aplicar redução de até 2/3 (dois terços) do valor da multa aplicável.

Na Portaria Conjunta AGU/CGU nº 04/2019, que substituiu a Portaria Interministerial AGU/CGU nº 2278/2016, estabeleceu-se que:

Art. 2º O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846, de 2013, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas

² O acordo com empresas do grupo OAS, firmado em 11/11/2019, estabelece o dever de cooperação plena e permanente com as investigações dos atos ilícitos objeto deste Acordo de Leniência. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo (...)

O normativo deixa claro que os acordos de leniência, firmados no âmbito do Poder Executivo federal, também possuem o condão de resolver os ilícitos previstos na perspectiva da Lei de Improbidade Administrativa. Tal procedimento decorre da competência natural da Advocacia-Geral da União, como representante da União, nos termos do art. 131 da Constituição Federal, para propor ações de improbidade contra aquelas pessoas jurídicas que tenham incorrido em ilícitos tipificados na lei específica³.

Nesse contexto, os acordos de leniência firmados pela CGU/AGU têm endereçado valores relativos não só à multa administrativa da Lei Anticorrupção, mas também à multa civil prevista na Lei de Improbidade Administrativa e à restituição de montantes relativos a enriquecimento ilícito e a eventuais danos⁴.

A Instrução Normativa – IN CGU-AGU nº 02/2018 ratificou a possibilidade de endereçamento de valores com natureza de ressarcimento, referentes à vantagem indevida, decorrente de eventuais danos incontroversos⁵ atribuíveis às empresas colaboradoras; do somatório de propinas pagas; e do lucro ou enriquecimento que seria razoável se não houvesse a prática ilícita.

Em resumo, nos acordos de leniência firmados pela CGU/AGU identificam-se as seguintes possíveis dimensões de valores:

- a) multa administrativa prevista na Lei nº 12.846/2013;
- b) multa civil decorrente da Lei nº 8.429/1992;
- c) ressarcimento de enriquecimento ilícito, em virtude de previsão na Lei nº 8.429/1992 e na Lei nº 12.846/2013 (processo judicial);
e

3 O art. 17 da Lei nº 8.429/1992 estabelece que a ação de improbidade pode ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.

4 O acordo de leniência firmado com a empresa Bilfinger Maschinenbau previu pagamento do valor equivalente a 54.643,77 Euros (cinquenta e quatro mil, seiscentos e quarenta e três euros e setenta e sete centavos), a título de multa incidente com base na Lei nº 8.429/1992 e 2.248.290,33 Euros (dois milhões, duzentos e quarenta e oito mil, duzentos e noventa euros e trinta e três centavos), a título de ressarcimento ao erário. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/bilfinger.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

5 A Instrução Normativa CGU-AGU nº 02/2018, define como danos incontroversos aqueles em que haja admissão de autoria e materialidade por parte da empresa colaboradora ou decisão final irrecurável do Tribunal de Contas da União.

- d) ressarcimento de danos, também em decorrência da Lei de Improbidade Administrativa.

No bojo do direito administrativo sancionador, sob a perspectiva pecuniária, a Lei Anticorrupção prevê a aplicação de multa administrativa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos. Destaca ainda que este valor nunca poderá ser inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

O Decreto nº 8.420/2015 apresentou a forma de cálculo da multa administrativa, bem como os limites inferior e superior da referida sanção, e a referida IN CGU-AGU nº 02/2018 definiu metodologia de cálculo. Dessa forma tem-se o valor do faturamento como base de cálculo, sobre o qual devem ser aplicados os fatores agravantes específicos ao caso sob análise, nos termos do art. 17, incisos I a VI do Decreto nº 8.420/2015, e, após, deve ser deduzido o valor em função dos fatores atenuantes, nos termos do art. 18, incisos I a V do Decreto nº 8.420, sempre se respeitando a faixa de percentuais indicados. Somados os percentuais de agravantes e diminuído da soma dos percentuais de atenuantes, tem-se o valor percentual a ser aplicado sobre a o faturamento bruto para cálculo da multa.

O valor calculado da multa deve observar ainda os limites inferior e superior, os quais estão dispostos no Decreto nº 8.420/2015:

I – limite mínimo, o maior valor entre o da vantagem auferida⁶ e 0,1 por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos ou R\$ 6.000,00; e

II – limite máximo, o menor valor entre:

a) vinte por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

b) três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida.

Cabe registrar que, no âmbito do acordo de leniência, a multa calculada pode ser reduzida em até $\frac{2}{3}$ (dois terços), como previsto no §2º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013.

6 A Instrução Normativa CGU-AGU nº 02/2018, que aprovou metodologia de cálculo da multa da Lei Anticorrupção, a ser aplicada nos acordos da CGU, define como vantagem para fins de cálculo da referida multa o somatório de propina e lucro para fins de cálculo da multa da LAC.

Ainda sob a perspectiva sancionatória, a Lei de Improbidade Administrativa, que dispõe sobre a sanção em caso de enriquecimento ilícito, prevê multa civil de até três vezes do valor desse acréscimo patrimonial; e de até duas vezes o valor do dano, nas situações fáticas de lesão ao erário.

A Lei de Improbidade Administrativa, e por consequência o próprio acordo de leniência firmado conjuntamente com a Advocacia-Geral da União, preveem a restituição do enriquecimento ilícito e de eventuais danos que tenham sido causados a partir do ato ímprobo. Nessa perspectiva, a referida lei estabelece, na hipótese de cometimento de ato de improbidade que importe em enriquecimento ilícito, a penalidade de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e ressarcimento integral do dano, quando houver.

Nesse contexto, podemos verificar que a aplicação das sanções pecuniárias aplicadas no âmbito dos acordos de leniência firmados junto à CGU e à AGU são as mesmas previstas pelas Leis nº 12.846/2013 e nº 8.429/1992. Das notícias divulgadas pela CGU, sobre acordos de leniência, é possível se observar que há aplicação das multas civil e administrativa, além do ressarcimento de enriquecimento ilícito oriundo de contratos fraudulentos e de eventuais danos⁷.

Todavia, o acordo de leniência é instrumento de aplicação do direito sancionador, em ambiente de consensualidade, no qual as pessoas jurídicas decidem colaborar com investigações de interesse do Estado, recebendo em contrapartida mitigação em suas penas, a exemplo da previsão de redução de até 2/3 (dois terços) da multa administrativa aplicável. Nesta perspectiva, e observando o princípio da proporcionalidade, é esperado que as sanções aplicadas no âmbito dos acordos possuam certa atenuação quando comparadas com os processos administrativos e judiciais ordinários que se oporiam em face da empresa sem que houvesse colaboração.

De fato, essa parece ser a lógica que vem sendo aplicada nos acordos de leniência, como se observa na cláusula que prevê os resultados em caso de rescisão do acordo:

15.6.3. Na incidência com vencimento imediato da obrigação de pagamento e sujeito à execução judicial, do valor total da multa prevista na Lei nº 12.846/2013, sem a incidência das reduções pactuadas, assegurado, às RESPONSÁVEIS COLABORADORAS, o abatimento dos valores já pagos com esta rubrica na execução do Acordo de Leniência, bem assim, a atualização monetária desses valores.

7 Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/11/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-grupo-oas> e <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/11/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-nova-participacoes-s-a>. Acesso em: 05 jul. 2020.

[...]

15.6.5. Na incidência com vencimento imediato da obrigação de pagamento e sujeito à execução judicial do valor da multa prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/1992, correspondente a 1 (uma) vez o valor estabelecido para a multa na referida Lei, sem o desconto pactuado, consoante os cálculos demonstrativos constantes do ANEXO VI.⁸

Do referido excerto, observa-se no caso de inadimplência da empresa colaboradora que leve a uma rescisão do acordo, dentre outros efeitos, que a pessoa jurídica estará sujeita: i) ao valor da multa administrativa sem reduções e ii) a uma multa civil de 1(uma) vez, sem aplicação de desconto, o que leva à razoável conclusão de que no âmbito do acordo foram estabelecidos descontos das referidas multas em patamar inferior à penalidade prevista para o descumprimento do acordo.

Esse é o cenário esperado no âmbito dos acordos, que devem apresentar reduções nas penas em relação àqueles que colaboram com o Estado, em atenção ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Mesmo em um cenário de lide, estes princípios já têm pautado as decisões judiciais quando da apreciação das ações de improbidade:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENALIDADES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 12 DA LEI N. 8.429/92, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.120/2009. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em obediência aos princípios da economia processual e da fungibilidade.
2. Nos termos da jurisprudência do STJ, cada inciso do art. 12 da Lei 8.429/1992 traz uma pluralidade de sanções, que podem ser aplicadas cumulativamente, cabendo ao magistrado a sua dosimetria, como bem assegura o seu parágrafo único.
3. Hipótese em que as penalidades foram aplicadas de forma razoável e proporcional ao ato praticado não merecendo reforma o acórdão recorrido. Ademais, modificar o posicionamento adotado pela instância

⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

ordinária envolve o reexame de provas, o que é inviável em recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, mas improvido. (EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 360.707 – PR, Min. HUMBERTO MARTINS).

O acordo de leniência reconhece expressamente o princípio da proporcionalidade quando estabelece que o interesse público é alcançado com:

3.4

[...]

(ii) obter a reparação aos danos causados ao erário, mediante o pagamento consensual dos valores previstos neste Acordo de Leniência e a entrega de informações e elementos de prova que viabilizem a responsabilização de terceiros responsáveis, inclusive solidários, conforme o caso;

(iii) sancionar as **RESPONSÁVEIS COLABORADORAS** proporcionalmente aos ilícitos praticados;⁹

Nesse contexto, o acordo de leniência tem o potencial de alcançar valores expressivos considerando que há a previsão de entabular rubricas de ressarcimento de danos e de enriquecimento ilícito, bem como em razão da aplicação de sanções nas esferas cível e administrativa. Todavia, a responsabilização das pessoas jurídicas, como visto, deve observar o princípio da proporcionalidade, de forma a encontrar equilibrada responsabilização, a qual, em ambiente de consensualidade, deve prever mitigações das penas de modo a, também, manter a atratividade do instituto do acordo de leniência.

Diante do exposto, podemos resumir a seguir o cenário de aplicação máxima das sanções pecuniárias pelas Leis nº 12.846/2013 e nº 8.429/1992 que incorrem no âmbito dos acordos de leniência firmados junto à CGU e à AGU:

⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

Ressarcimento		Sanção	
Dano (D)	Enriquecimento Ilícito (E)	Multa LAC (MLAC)	Multa LIA (MLIA)
100%	100%	Máximo: $300\% \times D + 300\% \times E$	Máximo: $\frac{200\% \times D + 300\% \times E}{300\% \times E}$
Cenário Máximo*	Ressarcimento $(D + E) + MLAC (3 \times D + 3 \times E) + MLIA (2 \times D + 3 \times E) = 6 \times D + 7 \times E$		

*No cenário máximo considerou-se o valor máximo da Multa LAC sem a aplicação de descontos e o valor máximo da Multa LIA, aplicando-se cumulativamente as multas previstas nos incisos I e II do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

Tomando como base os parâmetros acima, em um exemplo hipotético, em que R\$ 50,00 tivessem sido pagos a título de propina para aquisição de um contrato público de forma fraudulenta, a partir do qual a empresa obteve R\$ 50,00 de lucros.

Em um contexto de acordo de leniência, é possível se estimar, considerando as simplificações ora aplicadas, que seja pactuada a devolução de montante que pode alcançar R\$ 650,00, na perspectiva da máxima sanção e ressarcimento.

Por fim, não é demais ressaltar que o § 3º do art. 6º, da Lei nº 12.846/2013 dispõe que a aplicação das sanções não exclui a obrigação de reparação do dano causado.

2 DOS MECANISMOS DE INCENTIVOS

Um dos grandes desafios na implementação de um programa de leniência que atenda ao seu propósito sancionador é a medida adequada de incentivos para as pessoas jurídicas, principalmente àquelas que identificaram a conduta ilícita por meio das ferramentas de seu programa de integridade, buscarem as autoridades para autodenúncia.

Nos casos em que as autoridades não têm conhecimento prévio da infração, a tendência é que a empresa sopesse o conjunto de incentivos que poderá obter a partir de sua colaboração, de forma que não venha a ser penalizada de forma mais gravosa que os demais envolvidos que não colaborem com as autoridades. Vianna e Simão (2017, p. 121) acreditam que o “esforço, por conseguinte, deve se concentrar no ajuste da proporcionalidade e razoabilidade dos benefícios que serão concedidos e das sanções ou obrigações impostas ao colaborador.”

Falar em incentivos no contexto de uma ferramenta consensual para a aplicação de direito sancionador não deve afastar seu poder dissuasório, mas permitir a manutenção do seu potencial de alavancagem investigativa com o abrandamento ou extinção de algumas sanções.

Neste sentido, é importante destacar que a estrutura de incentivos ampliada ocasiona proporcional aumento da capacidade persecutória do Estado, uma vez que estimula a propositura de acordos por um maior número de colaboradores, os quais dão conhecimento à Administração de condutas ilícitas que dificilmente seriam obtidas por métodos convencionais de investigação.

Este cenário de proporcionalidade entre os incentivos definidos de forma clara, objetiva e transparente, e a consequente efetividade de um programa de leniência, pode ser observado no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), instituído por meio da Lei nº 10.149/2000 e atualmente regulado pela Lei nº 12.529/2011, conhecida como a Lei Antitruste, que contempla, no rol de incentivos, a previsão de extinção da ação punitiva da administração pública e isenção da pessoa jurídica de qualquer sanção administrativa, após o cumprimento do acordo, para os que tenham apresentado fatos desconhecidos. Tais benefícios vão sendo escalonados de acordo com a ordem de chegada dos proponentes, do estágio do processo e do grau de colaboração.

Nesse contexto, a previsão na LAC de redução da multa limitada a 2/3 (dois terços), não cabendo isenção total em qualquer hipótese, quando comparada às possibilidades disponíveis nos acordos de leniência previstos na Lei Antitruste ou nas resoluções negociadas em âmbito internacional, denota sua limitação no tocante a incentivos. Como exemplo de jurisdições que permitem a isenção total das sanções, caso minuciosamente demonstrado que a pessoa jurídica adotou todas as medidas cabíveis para evitar a ocorrência do ato lesivo, estão a legislação norte-americana (*Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*), a inglesa (*UK Bribery Act*) e o Código Penal espanhol.

O racional que embasa tais isenções decorre da diferenciação da pessoa jurídica dos indivíduos que praticaram os ilícitos. Assim, nos casos de autodenúncia, são considerados na imputação à pessoa jurídica os danos eventualmente causados pela conduta ilícita que a beneficiou, enquanto as sanções são aplicadas à pessoa física que efetivamente a praticou.

Considerando as teorias do racionalismo matemático (teoria dos jogos) (LUCE e RAIFFA, 1957, NEUMANN, 1964 apud MENDONÇA, 2018) e o conceito de negociação distributiva (WALTON e MACKERSIE, 1965 apud MENDONÇA, 2018), políticas de colaboração, a exemplo das dispostas na Lei Antitruste, na LAC e na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), buscam equilibrar uma balança que tem de um lado os incentivos e do outro as punições.

Uma pessoa física ou jurídica, regra geral, tende a buscar uma avaliação utilitarista antes de decidir seguir na admissão de práticas ilícitas para

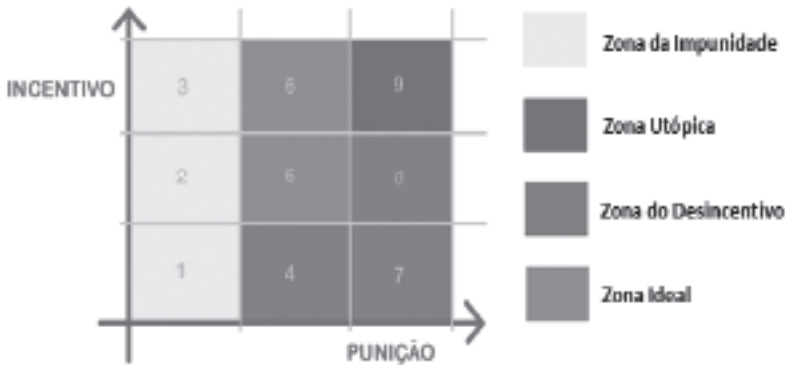
obtenção de benefícios. Nos casos em que essa avaliação se mostrar altamente desvantajosa e penosa, ou seja, quando os incentivos para a colaboração não forem suficientemente capazes de tornar a colaboração vantajosa, é menor a tendência de colaboração e de admissão dos ilícitos pelos infratores.

Por outro lado, quando as sanções aplicadas pelo Estado são por demais brandas e não punem adequadamente os infratores, há menor tendência de se desincentivar a prática de novos ilícitos, podendo em alguns casos tornar o ato delituoso vantajoso. Ou seja, é preciso buscar potencializar o efeito dissuasório de modo que seja percebido pelos agentes privados.

Assim, se por um lado é preciso incentivar a colaboração dos infratores, por outro, é preciso desincentivar a prática de novas ilicitudes. Além do mais, não se deve tratar de maneira igual os agentes que cooperam com o Estado e aqueles que não colaboram. A busca pela calibração dos mecanismos de incentivos e de punição é chave para o sucesso da política de leniência.

O gráfico abaixo ilustra, de forma didática, a relação entre incentivos e punições em políticas colaborativas.

Relação entre Incentivo x Punição em Políticas de Incentivo à Colaboração



Importante destacar que os incentivos e as punições referidas no gráfico acima são os decorrentes do ambiente negocial. Ou seja, o quadrante 9 (em vermelho) representa uma situação utópica, já que não é possível aplicar uma punição elevada e ao mesmo tempo oferecer um elevado incentivo para colaboração.

Ao analisar os demais quadrantes do gráfico acima, pode-se afirmar que:

1. Os quadrantes 1 a 3 (em amarelo) representam situações de baixa punição e, portanto, podem ser categorizados como uma Zona da Impunidade, já que os efeitos dissuasórios são insuficientes;
2. Os quadrantes 4, 7 e 8 (em marrom) representam situações nas quais as punições são superiores aos incentivos, o que pode induzir a um menor nível de procura para colaboração espontânea, mas pode representar um valor de multa mais significativo; e
3. Os quadrantes 5 e 6 representam situações desejadas em políticas de colaboração ou, ainda, uma Zona Ideal. O quadrante 5 representa um equilíbrio adequado entre os incentivos e as punições. Já o quadrante 6 representa um peso maior para o lado dos incentivos, o que pode significar uma maior indução à autodenúncia.

Nesse sentido, verifica-se que há vários modelos de calibragem possíveis para o desenho de uma política de colaboração. É fundamental ajustar o modelo a partir de dados empíricos, para que a política se encaixe na Zona Ideal. Para que a política tenha atratividade numa calibragem que a encaixe nos quadrantes 4, 7 ou 8, é preciso que as punições aplicáveis em um cenário sem acordo sejam severas e efetivas. Assim, ainda que os incentivos em tais quadrantes sejam menores, os infratores poderão buscar a colaboração para reduzir, ainda que pouco, as sanções que já estariam sujeitos sem um acordo de cooperação.

Outrossim, para que o modelo seja calibrado adequadamente com a realidade de cada país, é condição *sine qua non* que se avalie a Melhor Alternativa Sem Acordo (MASA). Ou seja, é fundamental que se avalie quais são as possibilidades do Estado sem que se celebre o acordo de cooperação, ou seja, que se tenha uma avaliação acerca da vantajosidade do acordo. É necessário, não obstante, que essa avaliação considere variáveis realistas para a projeção da MASA, sob pena de se supervalorizar um cenário irreal com risco de se rejeitar um acordo que atenda ao interesse público.

3 CONCLUSÃO

Considerando o cenário apresentado dos acordos de leniência, celebrados pela CGU/AGU com empresas colaboradoras, é possível se identificar endereçamento de sanção de multa administrativa e civil, bem como de ressarcimento de danos e de enriquecimento ilícito. Tais rubricas devem ter por finalidade a aplicação de justa sanção em decorrência e na

medida dos ilícitos cometidos pela empresa infratora. Os limites impostos pela legislação molduram penalidades que se demonstram rigorosas, em especial quando se ressalta o fato de não haver qualquer quitação em relação a eventuais outros danos que sejam apurados posteriormente.

Há questões adjacentes que também devem ser levadas em consideração para a celebração de acordos de cooperação, como, por exemplo, a alavancagem investigativa, a cessação da prática dos atos lesivos, bem como a indução a uma atuação íntegra das empresas, favorecendo um ambiente de negócios mais justo e ético.

A busca pelo ajuste do modelo deve levar em consideração um maior incentivo para a autodenúncia das empresas, de modo que haja a combinação de esforços por parte do Estado e da iniciativa privada. Isso porque a capacidade investigativa do Estado possui limitações intrínsecas que podem ser mitigadas por meio desse esforço conjunto.

Finalmente, o desafio que se coloca, no que tange ao recente instituto do acordo de leniência da Lei Anticorrupção, é o de encontrar o equilíbrio entre uma justa sanção que represente a devida reprimenda, inclusive na perspectiva dissuasória, e a promoção de incentivos para que empresas busquem o Estado, inclusive em situações de autodenúncia, com fins de colaborar com investigações, de modo que esse importante instituto possa se fortalecer como ferramenta no combate à corrupção.

REFERÊNCIAS

CGU. *Painel – Correição em Dados*, 2020. Disponível em: <http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>. Acesso em: 16 jun. 2020.

PALMA, Maria Salete Fraga Silva. 2008. *Tomada de contas especial à luz do Tribunal de Contas da União*: aspectos gerais e relevantes. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital-8a81881f6364d8370163bc5ce6d85b14/tomada-de-contas-especial-a-luz-do-tribunal-de-contas-da-uniao-aspectos-gerais-e-relevantes.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020

VIANNA, Marcelo Pontes; SIMÃO, Valdir Moysés. *O acordo de leniência na lei anticorrupção*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MENDONÇA, André Luiz de Almeida; NAGLE, Luz Estella; GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *Negociación en casos de corrupción*: Fundamentos Teóricos y prácticos. Valencia: Rare Book, 2018.