
O PRINCÍPIO DO *FIRST COME FIRST SERVED* SOB A ÓTICA DA LEI N°
12.846/2013

*THE PRINCIPLE OF FIRST COME FIRST SERVED UNDER
THE LAW 12.846/2013*

Rafael Formolo

Advogado da União. Pós-Graduado em Direito Administrativo

SUMÁRIO: Introdução; 1. Lei nº 12.846/2013 e seu Acordo de Leniência; 2. Principais características do acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013; 3. O Princípio do *First Come First Served*; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Lei nº 12.846/2013 introduziu ao ordenamento jurídico brasileiro o Acordo de Leniência com a finalidade de sancionar atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas. As autoridades competentes a firmar o acordo são a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União, as quais podem sancionar ilícitos previstos nas Leis nº 8.429/1992, nº 8.666/1993 e nº 12.846/2013. Entre os requisitos para se firmar o Acordo de Leniência aqui estudado, se destaca o da primazia, ou do *first come first served*, o qual explica que apenas a primeira pessoa jurídica a manifestar o seu interesse em cooperar pode firmar o acordo de leniência. No entanto, com a edição do Decreto nº 8.420/2015 tal princípio foi relativizado, sendo exigido apenas quando tal circunstância for relevante. Ocorre que a legislação não definiu quando a circunstância é relevante. Deste modo, havendo a prática de atos ilícitos conjuntamente por mais de uma pessoa jurídica, e, não sendo o caso de circunstância relevante para o caso, tanto a primeira como a última empresa, poderão, eventualmente, firmar acordo de leniência. Assim, com a finalidade de estimular a corrida por ser a primeira pessoa jurídica a manifestar o interesse em cooperar, este estudo traz alternativas de incentivo para a pessoa jurídica que observar o princípio do *first come first served*.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Acordo de Leniência. Autoridade Competente. Princípio da Primazia. *First Come First Served*. Tratamento Diferenciado.

ABSTRACT: Law 12.846/2013 introduced the Leniency Agreement to the Brazilian legal system, which aims to sanction acts of corruption practiced by legal entities. The competent authorities to sign the agreement are the Comptroller General of the Union and the Attorney General's Office, which can sanction illegal acts provided for in Laws 8,429/1992, 8,666/1993 and 12,846/2013. Among the requirements to sign the Leniency Agreement studied here, the primacy, or first come first served, stands out, which explains that only the first legal entity to express its interest in cooperating can sign the leniency agreement. However, with the enactment of Decree 8,420/2015, this principle has been put into perspective, being required only when such circumstance is relevant. It so happens that the legislation did not define what when the circumstance is relevant. In this step, if illicit acts are carried out jointly by more than one legal entity, and, if the case is not relevant to the case, both the first and the last company, may eventually enter into a leniency agreement. Thus, in order to stimulate the race for being the first legal entity to express an interest in cooperating, this study brings alternatives of incentive for the legal entity that observes the principle of first come first served.

KEYWORDS: Corruption. Leniency Agreement. Competent Authority. Principle of Primacy. First Come First Served. Differentiated Treatment.

INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei nº 12.846/2013, às autoridades brasileiras foi posto à disposição um novo instrumento de combate à corrupção, que é o acordo de leniência da LAC.

A norma estabeleceu a Controladoria-Geral da União como órgão com competência legal para firmar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal. No entanto, como é sabido, o leque de normas sancionatórias do ordenamento jurídico brasileiro é amplo, e, caso a pessoa jurídica firmasse acordo de leniência apenas com a CGU, não ficaria resguardada de receber sanções por violação de outras normas, tais como a Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 8.429/1992.

Em razão disso, visando dar maior segurança jurídica ao acordo de leniência da LAC, a Advocacia-Geral da União, órgão legitimado a propor ações de improbidade administrativa na hipótese de a União ser a pessoa jurídica lesada, passou a compor, juntamente com a CGU, as negociações dos acordos de leniência.

Entre os inúmeros requisitos legais e infralegais para que se venha a firmar um acordo de leniência com a CGU e AGU, aprofunda-se, neste estudo, a exigência legal da empresa ser a primeira a manifestar o interesse em cooperar, também conhecido como *First Come First Served*.

Segundo este princípio, de origem no direito antitruste, apenas a primeira empresa a manifestar o interesse em cooperar pode firmar o acordo de leniência. No entanto, tal princípio foi relativizado no âmbito do acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013, tendo o Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a LAC, determinado que tal princípio só é exigido quando tal circunstância for relevante.

A justificativa para a relativização teve fundamento na argumentação de que este princípio era originalmente destinado ao combate de cartéis, e, sendo assim, como os ilícitos antitruste e de corrupção possuem racionalidade distintas, não cabe a aplicação pura e simples o princípio do *first come first served* aos ilícitos previstos na LAC.

Portanto, após a regulamentação da norma pelo Decreto, percebe-se que o cumprimento do princípio *first come first served* perdeu força de exigibilidade, uma vez que não existe conceito determinado do que consiste a circunstância ser relevante ou não.

Deste modo, com a finalidade de não deixar que este princípio perca sua aplicabilidade, este estudo propõe a criação de mecanismos de tratamento

diferenciado e menos benéfico para as pessoas jurídicas retardatárias, ou seja, aquela que não forem as primeiras a manifestar, criando assim um cenário de incentivo ao cumprimento do princípio ora discutido.

1 LEI Nº 12.846/2013 E SEU ACORDO DE LENIÊNCIA

A Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC), foi editada em meio à turbulência social e política em que o Brasil se encontrava no período, tempo em que a sociedade clamava por uma transformação moral tanto na seara pública quanto privada. O Poder Público, visando dar uma resposta à sociedade, introduziu ao ordenamento jurídico a LAC, norma que trouxe mecanismos para responsabilizar e sancionar pessoas jurídicas que cometam algum ato de corrupção *lato sensu*.

Entre esses mecanismos trazidos pela LAC, destaca-se o Acordo de Leniência. Este é compreendido como o instrumento de apuração de ilícitos por meio do qual a pessoa jurídica admite de forma espontânea a prática de ilícito e coopera com as investigações administrativas, e a partir disso, passa a ter a oportunidade de pleitear a atenuação ou mesmo a isenção de determinadas sanções cabíveis, em especial o impedimento de contratar com a administração pública.

Segundo destaca a doutrina moderna sobre Acordos de Leniência no Brasil (ATHAYDE, 2019, p.30) pode-se justificar a instituição de um Programa de Leniência por sete fundamentos: a detecção de práticas ilícitas; a obtenção de provas; a eficiência e a efetividade investigativa; a cessação da infração; a sanção dos demais infratores; a reparação e ressarcimento dos danos; e a dissuasão de práticas ilícitas futuras.

Explicado no que consiste o Acordo de Leniência, bem como quais são os principais fundamentos para instituir um Programa de Leniência, importante esclarecer as principais características do Acordo, quais sejam: autoridade competente, quais ilícitos podem fazer parte do escopo do acordo e os seus requisitos centrais.

2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI Nº 12.846/2013

2.1 DA AUTORIDADE COMPETENTE

Segundo disciplina a legislação aqui em estudo¹, compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebrar acordo de leniência,

1 Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...]

sendo que, no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como nos casos de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira, essa competência é dada à Controladoria-Geral da União - CGU².

Dessa maneira, ao firmar acordo de leniência, a empresa tem isenção ou atenuação de algumas das possíveis penalidades a serem aplicadas em razão de ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013 e na Lei nº 8.666/1993, vide artigos 16, § 2º, e art. 17 da LAC. No entanto, como o ordenamento jurídico brasileiro é muito amplo, a empresa ainda se via como possível destinatária das penalidades previstas na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992 – LIA).

Diante desse cenário, a Advocacia-Geral da União – AGU - passou a participar dos acordos de leniência, visando ampliar o escopo destes, de modo a deixá-los mais robustos e mais coerentes com o microsistema nacional de combate à corrupção.

Sobre este ponto, importante esclarecer que a competência da AGU para atuar nos Acordos de Leniência decorre da própria Constituição da República Federativa do Brasil que estabelece competir à Advocacia-Geral da União a representação judicial e extrajudicial da União – art. 131. Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Complementar nº 73/1993 em seu art. 4º, inciso VI, dispondo que são atribuições do Advogado-Geral da União “desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente.”

A Advocacia-Geral da União como órgão legitimado para propor a ação judicial de ato de improbidade administrativa na hipótese de a União ser a pessoa jurídica lesada³, bem como para propor a ação judicial da Lei nº 12.846/2013, possui atribuição não apenas para a propositura destas, mas também para atuar na seara negocial, acerca dos ilícitos que poderiam ser objetos das eventuais ações judiciais.

Assim, é possível dizer que os Acordos de Leniência possuem efeitos mais amplos do que os previstos no § 2º do art. 16 e 17 da LAC⁴, uma vez

2 § 10. 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.

3 Lei nº 8.429/1992
[...]

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

4 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência 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.

que se discutem as penalidades e ações judiciais decorrentes de atos de improbidade administrativa – Lei nº 8.429/1992.

Desta maneira, diante do reconhecimento da necessária participação da Advocacia-Geral da União nos Acordos de Leniência, editou-se em 2016 a Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278, que inicialmente tratou das negociações conjuntas entre AGU e CGU, sendo esta norma revogada pela Portaria Conjunta nº 4 de agosto de 2019, instrumento normativo que atualmente define os procedimentos para negociação, celebração e acompanhamento dos acordos de leniência de que trata a Lei nº 12.846/2013, no âmbito da Controladoria-Geral da União e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União.

2.2 DOS ILÍCITOS TRATADOS NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA FIRMADOS PELA CGU E AGU

Segundo disciplina a própria norma (art. 16, *caput* e 17 da LAC), os Acordos de Leniência firmados pela CGU e pela AGU se prestam a responsabilizar pessoas jurídicas por eventuais ilícitos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, bem como ilícitos constantes da Lei nº 8.666/1993.

Além disso, como foi mencionado acima, tendo em vista o microsistema de combate à corrupção, que busca trazer maior segurança jurídica para o instituto dos Acordos de Leniência, as pessoas jurídicas, ao firmarem acordo de leniência com a CGU e AGU, passaram também a ser responsabilizadas por eventuais atos de improbidade administrativa praticados.

Portanto, percebe-se que os acordos de leniência ora em estudo visam responsabilizar pessoas jurídicas por eventuais ilícitos capitulados em três normas, quais sejam: Leis nº 12.846/2013, 8.666/1993 e 8.429/1992.

2.3 DOS REQUISITOS LEGAIS E INFRALEGAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA FIRMADO PELA CGU E AGU

Fazendo uma análise conjunta do art. 16, *caput* e § 1º, da LAC, e artigos 28 e 30 do Decreto nº 8.420/2015, depreende-se que os requisitos do Acordo de Leniência são:

1. Identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber;
2. Obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração;

3. A pessoa jurídica seja a primeira a manifestar o interesse em cooperar para apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;
4. Cessação por completo do envolvimento no ato lesivo a partir da propositura do acordo;
5. Admissão da participação na infração;
6. Cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitado.

Tendo em vista o objeto deste estudo, opta-se por aprofundar a análise quanto ao requisito nº 3, ou seja, a pessoa jurídica ser a primeira a manifestar o interesse em cooperar, conhecido no direito pátrio como princípio da primazia, ou no âmbito internacional, *first come first served*.

3. DO PRINCÍPIO DO *FIRST COME FIRST SERVED*

3.1 DOS ASPECTOS GERAIS

Importado do direito concorrencial, e conhecido no direito pátrio como princípio da primazia, este princípio explica que apenas a primeira pessoa jurídica a manifestar o seu interesse em cooperar pode firmar o acordo de leniência.

Por ser um elemento de incentivo para que uma das empresas envolvidas no ilícito quebre o silêncio e descortine ao Estado o esquema de cartel, tal requisito é notadamente aplicado aos casos de cartel.

Segundo explica Amanda Athayde (2019, p. 83) “apenas a primeira empresa que procura a autoridade de defesa da concorrência (o CADE) é que poderá receber os benefícios”. Restando para as demais empresas que quiserem colaborar, porém não forem a primeira, o instituto do termo de compromisso de cessação (TCC – art. 85 da Lei nº 12.529/2011).

Nesse passo, tendo em vista a importação norte americana de alguns preceitos de leniência existentes no Brasil, interessante lembrar como funciona a aplicação do princípio em questão pelo *Department of Justice* (DoJ) no seu programa antitruste.

Segundo o *frequently asked questions about the antitrust division's leniency program and model leniency letters*⁵ do DoJ, em ambos os tipos de acordo leniência que podem ser firmados com as autoridades americanas

5 Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>. Acesso em: 15 jun. 2020.

(Tipo A e Tipo B)⁶, compreende-se que apenas à primeira pessoa jurídica a se qualificar será garantido eventual acordo de leniência. Concluem, portanto, que em razão disso, as companhias têm um grande incentivo para buscarem as autoridades o quanto antes.⁷

3.2 *FIRST COME FIRST SERVED* À LUZ DA LEI Nº 12.846/2013

Como já mencionado anteriormente, a legislação trouxe como primeiro requisito para que o Acordo de Leniência da LAC seja celebrado, o de que a empresa seja a primeira a manifestar o seu interesse em cooperar para apuração do ato ilícito (art. 16, § 1º, I, da LAC).

No entanto, como tal requisito tem por origem os casos de prática de cartel, e, como visto no item 2.2 os ilícitos tratados no acordo de leniência com fundamento na LAC não visam responsabilizar os ilícitos concorrenciais, passou-se a questionar se tal requisito seria imprescindível para a celebração dos acordos de leniência firmados pela CGU e AGU.

A doutrina (AYRES E MAEDA, 2015 *APUD* ATHAYDE, 2019, P. 268) PONDERA QUE:

ao tomar emprestado o dispositivo originalmente destinado ao combate de cartéis, o legislador brasileiro tratou da mesma forma os ilícitos antitruste e de corrupção, esquecendo-se que as Leis Anticorrupção e Antitruste possuem racionalidades distintas.

Lembra-se que os ilícitos endereçados no âmbito do Acordo de Leniência aqui estudado não são necessariamente praticados de forma coletiva, o que pode ensejar interpretação na direção da inexistência de fundamento para exigir a observância à primazia como requisito imprescindível para celebração do eventual acordo.

Nesse sentido, o Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei nº 12.846/2013, trouxe uma atenuação ao princípio do *first come first served*, vejamos o teor do dispositivo:

Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá:

6 Tipo A – Aquela em que a empresa reporta o ilícito antes de qualquer conhecimento das autoridades; Tipo B – Aquela em que a empresa reporta o ilícito após as autoridades já possuírem informações sobre os fatos.

7 4. Can more than one company qualify for leniency? No. Under both Type A Leniency and Type B Leniency, only the first qualifying corporation may be granted leniency for a particular antitrust conspiracy. [...] Therefore, companies have a huge incentive to make a leniency application as quickly as possible.

I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, *quando tal circunstância for relevante*; (Grifo nosso)

Diante da regulamentação acima colacionada, nasceu discussão doutrinária no sentido de avaliar se o decreto extrapolou ou não os limites normativos estabelecidos na lei ordinária. Ademais, importante destacar que não houve um aprofundamento acerca do conceito de circunstância relevante, ficando, portanto, a cargo das autoridades estipular quando a circunstância é ou não relevante. Esta ausência de conceito acerca da circunstância relevante, de fato, atrai certa instabilidade para o instituto, podendo existir interpretações diferentes para casos semelhantes.

Nesse passo, não obstante as ponderações acima, o fato é que o dispositivo do decreto está em vigor e é plenamente aplicado pela Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União no âmbito das negociações dos acordos de leniência.

Portanto, na hipótese de mais de uma pessoa jurídica estar envolvida em ilícitos que podem ser tratados no âmbito do acordo de leniência firmados pela CGU e AGU, quando a circunstância não for relevante, eventual acordo poderá ser firmado com mais de uma empresa.

No entanto, pode-se questionar que na hipótese de ilícitos em que haja atuação coletiva de pessoas jurídicas, tendo em vista as normas vigentes e a interpretação que rege os acordos de leniência atualmente, não haveria estímulo para que uma delas rompa com o silêncio e traga às autoridades os fatos ilícitos, dado que, a priori, todas receberão tratamento igualitário ao negociarem um acordo de leniência, exceto quando o princípio da primazia for considerado circunstância relevante.

Assim, ainda que o acordo de leniência possa ser firmado com outras pessoas jurídicas que não a primeira a manifestar o interesse, entende-se que as empresas retardatárias devem ter tratamento menos benéfico em comparação com a empresa que observe o princípio da primazia, tornando o sistema mais interessante e quem sabe mais eficaz.

3.3 DO TRATAMENTO DIFERENCIADO PELA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO *FIRST COME FIRST SERVED*

Como visto anteriormente, no âmbito dos acordos de leniência firmados com fundamento na Lei nº 12.846/2013, o princípio do *first come first served* somente é exigido quando tal circunstância for relevante. Porém, como dito no item anterior, não há definição de quando a circunstância

é ou não relevante, o que pode ensejar inaplicabilidade do requisito ou interpretações distintas para casos com escopo equivalente.

Diante do cenário posto, visando trazer maior efetividade ao princípio ora estudado, as autoridades podem estabelecer tratamento menos benéfico para as empresas retardatárias, posto que, se durante a negociação tiverem tratamento igualitário ao da primeira empresa, não existirá estímulo para que uma das pessoas jurídicas envolvidas nos ilícitos tenha a iniciativa de romper o silêncio.

Assim sendo, entre as alternativas para tratamento menos benéfico pode-se ter: menor desconto nas multas aplicadas no acordo; impossibilidade de parcelamento do pagamento do acordo ou que exista um limite de parcelas; e impossibilidade de desconto na rubrica do lucro a ser ressarcido.

Sem o intuito de esgotar as possíveis alternativas, verifica-se que apenas com as sugestões acima apresentadas se criaria um cenário de maior disputa com o objetivo de ser a primeira empresa a manifestar o interesse de colaborar, o que, de certa maneira, seria benéfico para o sistema de leniência da Lei nº 12.846/2013.

Portanto, a implementação de um tratamento diferenciado visando a observância do princípio do *first come first served*, pode ser um instrumento que torne mais célere a busca das autoridades pelas pessoas jurídicas, quando mais de uma está envolvida nos ilícitos, o que, por conseguinte, tornaria o Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013 mais eficiente e atraente.

4 CONCLUSÃO

A Lei nº 12.846/2013 fortaleceu o combate à corrupção no Brasil, tendo como destaque de inovação decorrente da legislação o acordo de leniência, que é firmado pela Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União.

Por se tratar de instituto recente, no que toca ao acordo de leniência com finalidade de combate à corrupção, evidente que passa por processo de aperfeiçoamento e amadurecimento.

Sendo assim, e diante do que foi apresentado no item 3.3, a implementação de um regramento de tratamento diferenciado para as empresas que não sejam a primeira a procurar as autoridades pode fazer com que o princípio da primazia seja melhor aplicado, sem conduto, violar os dispositivos que atualmente regulamentam o Acordo de Leniência.

Por fim, é importante deixar claro que não se está defendendo que apenas a primeira pessoa jurídica a se manifestar possa firmar acordo de leniência, mas que exista um tratamento mais benéfico para a empresa que observe o princípio do *first come first served*.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil - Teoria e Prática*. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2019.

[HTTPS://WWW.JUSTICE.GOV/ATR/PAGE/FILE/926521/DOWNLOAD](https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download).
ACESSO EM: 15 JUN. 2020.

