

O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade

THE LENIENCY AGREEMENT: AN ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL COMPATIBILITY AND LEGITIMACY

* Marlon Roberth Sales

** Clodomiro José Bannwart Júnior

Resumo: Este estudo tem por escopo analisar o instituto do Acordo de Leniência, notadamente, à luz de sua previsão na Lei Anticorrupção (Lei 12.846 de 2013) e no Decreto Regulamentar 8.420, de 2015. Em um primeiro momento, analisar-se-á a origem do acordo de leniência de forma ampla, sobretudo no sistema estadunidense para, *pari passu*, investigá-lo no âmbito da Lei Anticorrupção. Após, procurar-se-á refutar sua possível (in)constitucionalidade. Por fim, será traçado um paralelo entre os Acordos de Leniência e a Administração Pública dialógica, tendo como parâmetro a teoria discursiva habermasiana. Ao final, busca-se demonstrar que o Acordo de Leniência constitui em legítimo instrumento constitucional e, ademais, configura-se em efetivo mecanismo consensual de combate à corrupção em solo democrático.

Palavras-chave: Acordo de Leniência; Lei Anticorrupção; Legalidade; Corrupção.

Abstract: The scope of this study is to analyze the institution of the Leniency Agreement, notably under the light of the Anticorruption Law provision (Law 12.846 of 2013) and the Regulatory Decree 8.420 of 2015. At first, the leniency agreement will be widely studied, mainly within the North American system to, simultaneously, investigate it in the context of the Anticorruption law. Next, its possible (in) constitutionality will be refuted. Then, a parallel between Leniency Agreements and the dialogic Public Administration will be made, based on Habermas discursive theory. Finally, it will show that the Leniency Agreement constitutes a legitimate constitutional tool and, in addition, it configures as an effective consensual mechanism to fight corruption in a democratic soil.

Keywords: Leniency Agreement; Anticorruption Law; Legality; Corruption.

* Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: marlon_roberth@hotmail.com

** Professor do programa de mestrado em direito negocial da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: cbannwart@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Os atos de corrupção demonstram a clara confusão entre o público e o privado¹, bem como a relação promíscua entre o Estado e as Empresas. O Brasil tem demonstrado ser um ambiente fecundo de atos desse jaez. Daí a relevância do tema ora em estudo. Contudo, se o tema é importante, a Lei Anticorrupção, por ser de recente nascimento, tem causado polêmicas e dúvidas quanto à aplicação e os contornos jurídicos de alguns institutos, sobretudo o Acordo de Leniência, em especial pelo fato de o instituto ser jovem no ordenamento pátrio.

À lei 12.846 de 2013, cunhada de Lei Anticorrupção, foi criada em consonância e em harmonia com documentos internacionais sobre o combate à corrupção (e.g. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e *Foreign Corrupt Practices Act*). No entanto, mais do que buscar a harmonia com instrumentos internacionais, a lei foi uma resposta às manifestações populares do ano do seu nascimento no intento de trazer lisura ao mercado e aos seus agentes. Porém, somente após quase dois anos da publicação da lei surgiu o Decreto Regulamentador 8.420 de 2015, responsável, dentre outras coisas, por especificar e esclarecer sobre o instituto do *compliance* e do Acordo de Leniência.

Neste contexto, resta saber se o Instituto goza de constitucionalidade e legitimidade perante o ordenamento jurídico Brasileiro, eis a problemática que aqui se busca investigar.

Desse modo, é fácil perceber que o instrumento requer uma análise detalhada sobre seus contornos. Assim, esta investigação, atenta aos acontecimentos mais recentes na República, visa responder o problema levantado. Para tanto, estuda-se o instituto desde o seu nascimento, passando por sua previsão legal no ordenamento pátrio, para mais à frente, verificar sua

¹ Na carta testamento da fundação do Brasil, Pero Vaz de Caminha, a serviço da Coroa Portuguesa, abre inusitado expediente no texto oficial para solicitar um favor pessoal: a transferência de seu genro, Jorge de Osório, que se encontrava na Ilha de São Tomé. A missiva é arrematada num tom aquêem do *script* institucional – “Beijo as mãos de Vossa Alteza”. Para o antropólogo Roberto DaMatta, a carta é a certidão de nascimento do “jeitinho” que se firmaria na cultura brasileira. O “jeitinho à moda da casa” revela-se nos arranjos abertos para operar o sistema legal em benefício de interesses privados. O casuismo se sobrepõe à norma, o caráter impessoal se dilui na pessoalidade, e o funcionário público é um compadre amigo a distribuir favores em nome do Estado. O público e privado aparecem cunhados no mesmo verso da moeda. Conforme (BANNWART JÚNIOR, 2015, p. 6). Ver ainda a respeito: WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

compatibilidade com a *Lex Fundamentalis*, por fim, analisar sua legitimidade tendo como pano de fundo a Teoria Discursiva Habermasiana.

1 O ACORDO DE LENIÊNCIA

O Acordo de Leniência tem sido um dos assuntos mais debatidos no cenário nacional, porquanto houve uma explosão de atos de corrupção envolvendo empresas e o Poder Público. Fato este que irá requerer dos estudiosos a exata compreensão do instituto, a fim de que torne possível a sua exata aplicação, haja vista que já se ouvem notícias de empresas envolvidas em escândalos de corrupção, mormente na operação “lava jato”, as quais estão interessadas em celebrar o referido acordo (BRASIL, 2014)². Desse modo, resta clara a importância de se estudar este instituto desde suas origens, pois, assim, será possível uma melhor compreensão do mesmo, entretanto, antes, faz-se mister, traçar um conceito sobre ele.

1.1 Conceito

A palavra leniência tem origem no latim, vem de *lenitate* que significa mansidão ou brandura. O acordo de leniência em sua essência aproxima-se demasiado da delação premiada da esfera penal. Por isso, alguns autores consideram-no como espécie desta, visto que ambos possuem o mesmo escopo, qual seja; garantir a efetividade das investigações. Nesse ínterim, esclarece primeiro o que é delação premiada.

A esse respeito, afirmam Fidalgo e Canetti (2015, p.267):

Neste sentido, percebe-se que o paralelismo entre a *ratio* que norteia a colaboração em meio ao processo penal, e aquela que fundamenta os acordos de leniência do Direito Administrativo Sancionador; em ambos, o que se busca é aumentar a carga de eficiência das investigações dos ilícitos que, por sua complexidade e nível de organização, oferecem dificuldades ao deslinde tão somente através da atuação do Poder Público.

A delação premiada trata-se de um instituto pelo qual o agente reconhece sua participação criminosa no fato ilícito investigado e, mais do que isso, auxilia

² O site da UOL noticiou que no ano de 2014 algumas construtoras envolvidas no “Lava Jato” procuraram a Controladoria Geral da União para celebrar Acordos de Leniência. <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1550126-construtoras-da-lava-jato-procuram-cgu-para-fechar-acordo-de-leniencia.shtml>. Acesso: 03.08.2015.

na investigação dos fatos, a fim de colaborar para a identificação de co-autores ou partícipes da empreitada criminosa e, por conseguinte, essa conduta é premiada com uma redução de pena.

Nesse sentido, a Lei de Organização Criminosa, embora com o nome colaboração premiada, esclarece o instituto em seu artigo 4º:

O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I-A identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

[...]

O Acordo de Leniência, por guardar íntima similitude com o instituto penal, da mesma maneira pode ser conceituado. Dessa maneira, o Acordo de Leniência é a confissão do acusado jungida com a colaboração com os órgãos investigatórios para identificação dos demais participantes do ato ilícito e elucidação dos fatos e, por isso, recebe benefícios pela sua contribuição. Nesse sentido, aduz Thiago Marrara (2015, p. 512): “o chamado “acordo de leniência” designa um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção.”

Tecidas essas breves considerações quanto ao conceito de acordo de leniência, passa-se a traçar um histórico com vistas a melhor compreendê-lo.

1.2 A Origem Histórica do Acordo de Leniência

O Presente instituto, objeto que compõe o *corpus* deste trabalho, não é criação brasileira, foi em outro ambiente criado e nele se desenvolveu, por isso a necessidade de analisá-lo sobre o âmbito do Direito Comparado, sobretudo o Norte-Americano.

1.2.1 Surgimento no Direito Estadunidense

A origem do Acordo de Leniência remonta aos Estados Unidos, especialmente a década de 1970 (PETRELLUZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p.91). A primeira norma a tratar do instituto, ora em análise, data do ano de 1978 (FIDALGO, CANETTI, 2015. p.254). O instituto, cujo nome foi *Leniency*

Program, à época de sua criação, tinha por escopo buscar a repreensão de atos ilícitos anticoncorrenciais, sobretudo os cartéis, dado que estes eram de difícil apuração. Ademais, buscava-se com o instituto a extinção, ou seja, a anistia (*amnesty*) de eventual punibilidade penal por práticas de atos antitruste, desde que a empresa se submetesse a colaborar antes do início das investigações e fosse a primeira do cartel a auxiliar as investigações (SALOMI, 2012 p. 138).

Contudo, segundo Fidalgo e Canetti (2015, p.258), o instrumento não obteve sucesso, haja vista que ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América foi dada a possibilidade de adoção de critérios subjetivos para sua celebração, fato este que gerou uma grande discricionariedade para o Departamento de Justiça na celebração dos acordos. Assim, suscitou-se enorme insegurança jurídica e, por conseguinte, desestimularam-se eventuais interessados no acordo. Esse fato foi facilmente comprovado pelos dados estatísticos, visto que apenas 1 (um) acordo de leniência era celebrado por ano no período de 1978 a 1993 (SALOMI, 2012, p. 139).

Se, em um primeiro momento, havia subjetivismo na celebração dos acordos de leniência, tornando-os desinteressantes, mais adiante, os Estados Unidos buscaram reduzir de forma drástica tal discricionariedade, notadamente no ano de 1993, com o aperfeiçoamento e revisão do programa (que passou a ser chamado de *Amnesty Program*). Naquele ano, o deferimento da leniência passa de ato discricionário para ato vinculado, desde que celebrados antes da investigação e, ainda, segundo Fidalgo e Canetti (2015, p 258), preenchidas as seguintes condições:

- (i) Ainda não tenham sido recebidas informações por qualquer outra fonte;
- (ii) A sociedade tenha tomado todas as medidas necessárias para cessar a sua participação no cartel;
- (iii) A sociedade promova a completa e contínua cooperação com a autoridade responsável pela investigação;
- (iv) A sociedade confesse a infração como um ato corporativo, não sendo suficiente a confissão isolada de diretores individuais ou outros agentes;
- (v) Quando possível, a sociedade restitua os danos causados a terceiros;
- (vi) A sociedade não tenha coagido às demais partes do cartel a participar da atividade ilegal e claramente não tenda sido a líder da atividade ilegal

A partir de 1993, passou a existir a possibilidade de celebração de acordos após o início das investigações. Contudo, neste caso, o acordo não era concedido de forma automática (leia-se vinculada), uma vez que se dava discricionariedade

ao Departamento para concedê-lo e, ademais, o interessado devia preencher alguns requisitos, a saber:

- (i) A sociedade seja a primeira a requerer os benefícios do programa e se qualificar para tanto;
- (ii) A autoridade responsável ainda não disponha de evidências contra a sociedade, suficientes para sua condenação;
- (iii) A sociedade tenha cessado a sua participação na atividade ilegal;
- (iv) A sociedade promova completa e contínua cooperação com a autoridade responsável pela investigação;
- (v) A sociedade tenha confessado;
- (vi) Quando possível, que a sociedade restitua os danos causados pela atividade;
- (vii) A autoridade entenda que o deferimento da leniência não seria injusto. (FIDALGO; CANETTI, 2015, p.259).

Além disto, as pessoas físicas poderão celebrar o Acordo de Leniência, por exemplo, empregados, diretores e administradores dentre outros participantes do cartel. Assim, pode-se dizer, conforme bem esclarecido por Salomi (2012, p. 139- 140), que o programa norte-americano ganhou a partir de 1993 três facetas.

- a) Uma concessão automática e vinculada para a empresa que colabore antes do início da investigação e preencha os demais requisitos alhures detalhados;
- b) Uma concessão discricionária após o início da investigação, desde que também preenchidos os requisitos acima tratados e;
- c) E possibilidade de concessão dos benefícios a qualquer colaborador (pessoa natural, jurídica, diretores etc).

Esse novo tratamento do programa de leniência fez com que a estatística de um acordo por ano até 1993 saltasse para mais de um acordo por mês (SALOMI, 2012, p. 140).

Por fim, no modelo estadunidense à celebração de tais acordos exclui o direito do Estado de persecução penal, sempre que – ressalte-se – diga respeito à conduta antitruste e cartéis (FIDALGO, CANETTI, 2015, p. 259).

1.2.2 Origem No Direito Brasileiro

No Brasil, o Acordo de Leniência não é novidade da Lei Anticorrupção, ao revés, o instituto surge no ano de 2000 por intermédio da Medida Provisória 2.055-4 e, posteriormente, convertida na lei 10.149 de 2000, responsável por alterar a Lei Antitruste vigente a época, qual seja, a lei 8.884 de 94 (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 91).

Desse modo, o instituto surge como mecanismo de controle de práticas antitruste e somente algum tempo depois é que se torna, também, instrumento de investigação de atos de corrupção.

No que se refere à prática de atos antitruste, competia à Secretária de Direitos Econômicos (SDE), incorporada ao Ministério da Justiça, a celebração de tais acordos, conforme artigo 35- B da Lei 8.884 de 94, redação dada pela Lei 10.149 de 2000.

Com o surgimento da Lei 12.529 de 2011, que revogou a Lei 8884 de 1994, o programa passou a ser previsto nos artigos 86 e 87 e sofreu várias transformações, incluindo a competência para celebração que hoje é do CADE, conforme artigo 86 do novel diploma.

Ainda, segundo o artigo 86 da Lei 12.529 de 2011, são requisitos para a celebração do acordo:

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

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Importa destacar que, com o novel diploma Antitruste, a extinção da punibilidade não está apenas restringida aos crimes contra a ordem econômica,

mas também será apto a extinguir a punibilidade dos demais crimes diretamente relacionados com a prática de cartel (FIDALGO; CANETTI, 2015, p. 265).

O primeiro Acordo de Leniência celebrado no Brasil ocorreu no ano de 2003; tratava-se de um caso de cartel ocorrido no Rio Grande do Sul com o objetivo de fraudar procedimentos licitatórios.³

Segundo dados do CADE, de 2003 até 2014 foram celebrados quarenta Acordos de Leniência e mais nove aditivos, totalizando 49 acordos (BRASIL, 2015).

2 O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

A Previsão do Acordo de Leniência no combate à corrupção encontra-se presente no artigo 16 da Lei 12.846 de 2013:

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 dessa colaboração resulte

[...]

Artigo 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.

Assim, algumas questões devem ser esclarecidas, a fim de que se tenha a exata dimensão dos programas de leniência.

2.1 Competência

Com base no caput do artigo supracitado, percebe-se que a lei reservou a competência para a celebração dos acordos, à entidade pública máxima de cada órgão, contudo, quanto à Administração Pública Federal, trouxe expressamente:

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem

³ CADE - Processo Administrativo número 08012.001826/2003-10.

como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Desse modo, nos atos de corrupção contra a Administração Pública Federal ou Estrangeira a competência será da Controladoria Geral da União. No entanto, resta saber nos casos em que se está envolvida a Administração dos Estados-membros e municípios, quais serão os órgãos competentes?

No âmbito regional e local a competência para a celebração de tais acordos será da autoridade máxima da Administração Pública.

2.2 Seus Requisitos

Além dos resultados legais, quais sejam, a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, o novel diploma legal traz alguns requisitos para a celebração do Acordo de Leniência, tais requisitos, apresentados abaixo, são cumulativos.

a) - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

b) - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

c) - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Quanto ao requisito “a”, previsto no artigo 16 parágrafo 1º e inciso I da Lei, o Decreto 8420 de 2015, parecendo ir à contramão da lei, abriu espaço para que outras empresas celebrem o Acordo de Leniência, ainda que não seja a primeira a manifestar esse interesse, porquanto, segundo ele, poderá outras empresas, além da primeira celebrar o acordo de leniência, “quando tal circunstância for relevante” (artigo 30, I, Decreto 8420 de 2015).

Assim, nada impede que mais de uma empresa celebre o Acordo de Leniência, desde que o fato de ser a primeira a manifestar o interesse em celebrá-lo não seja relevante.

Ponto fulcral reside em saber se o Decreto nesta parte não extrapolou seus limites regulamentares. É cediço que pelo princípio da legalidade somente a lei pode criar direitos e obrigações (artigo 5, II, CRFB), bem como, segundo o artigo 84, IV, CFRB, um decreto somente pode dar fiel execução a uma lei,

razão pela qual se trata de um ato secundário, uma vez que não pode inovar na ordem jurídica, sob pena de violação de competência legislativa. Desse modo, pergunta-se: o Decreto inovou a ordem jurídica?

Defende-se no presente estudo que a Administração não extrapolou seu poder regulamentar, porquanto hodiernamente a tarefa interpretativa da lei não é mais como outrora era no século XVIII e XIX, qual seja, uma interpretação mecânica e apenas de desvelar o conteúdo da já imanente na lei.

Nesta quadra histórica, não prevalece mais a ideia cognitivista de que “a interpretação consubstancia-se em um ato de puro conhecimento”, conforme aduz Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 48). Na contemporaneidade, a tarefa interpretativa é ato de criação, isto é, constitutivo de conteúdo e não apenas declaratório (conforme era no positivismo clássico de oitocentos). Destarte, necessária se faz a distinção entre enunciado normativo (texto) e norma jurídica. O legislador cria o enunciado normativo, ao passo que a Administração e o Judiciário, a norma jurídica. Portanto, esta é fruto da tarefa interpretativa e é dada após aquele e não *a priori* como se entendia, pois, a norma não existe antes da interpretação. “A interpretação é adscritiva de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica – essa outorga sentido”, conforme dispõem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 50).

Assim, o texto legal não é uma norma pronta, acabada e dada anteriormente à tarefa de interpretação. Ao se fazer a atividade interpretativa do enunciado normativo por intermédio dos seus elementos textuais e não textuais, percebe-se que ele adotou o mesmo critério da Lei Antitruste; contudo, sem as adaptações pertinentes.

A Lei Antitruste preocupa-se com os cartéis e, como é cediço, esse requer a pluralidade de empresas participantes do ilícito perpetrado, de modo que se mostra razoável conceder à primeira colaboradora o benefício do acordo em detrimento das demais. Entretanto, não necessariamente a mesma dinâmica ocorre com os atos de corrupção da Lei 12.846 de 2013. (AYRES, MAEDA, 2015, p. 245).

Pode ocorrer de práticas de corrupção por uma única empresa em detrimento de outras. Desse modo, não há uma associação de entes privados para a prática de atos de corrupção, de modo que se torna irrelevante que a delatora seja a primeira, pois ela será a única. Por isso, a interpretação do decreto se mostra razoável e sem ferir o enunciado normativo da Lei. Nesse sentido, não há violação ao princípio da legalidade e nem extrapolação do Poder Regulamentar por parte da Administração.

Quanto aos demais requisitos, a interpretação literal basta para sua exata compreensão; portanto, deixa de tecer maiores digressões passando a análise dos benefícios e efeitos do acordo.

Importa destacar que, segundo o artigo 30, I do Decreto 8420 de 2015, o prazo máximo para a celebração do acordo de leniência será até o relatório do Processo Administrativo de Responsabilização. Assim, esclarecidos os requisitos, resta saber os efeitos e benefícios que o Acordo de Leniência pode trazer.

2.3 Seus Benefícios e Efeitos

Para uma compreensão das benesses de eventual celebração do instrumento de leniência, faz-se necessária uma leitura do artigo 16, parágrafo 2º, da Lei Anticorrupção:

§ 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

Da leitura, ainda que perfunctória, é possível perceber que quanto às sanções administrativas, a celebração do Acordo de Leniência importará em redução da pena de multa até o máximo de dois terços, bem como isentará a pessoa jurídica de publicação extraordinária da decisão condenatória e, por fim, quanto ao âmbito judicial, mas cível, isenção de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações e empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público.

Importa destacar que as demais penalidades serão mantidas, ou seja, as sanções judiciais de perdimento de bens, suspensão ou interdição das atividades e até mesmo dissolução compulsória da pessoa jurídica poderão ser aplicadas normalmente, mesmo na existência de um Acordo de Leniência.

De antemão, é fácil notar que os benefícios do Acordo de Leniência Brasileiro, no que tange à Lei Anticorrupção, são mais tímidos do que os do Sistema Norte-Americano, ao menos no que se refere às práticas antitruste, porquanto não se permite a celebração deste com pessoas naturais. Este fato também é notado por Petrelluzi e Rizek Junior (2014, p. 93), quando da análise do instituto na Lei 12.846 de 2013: “a experiência dos acordos de leniência no direito norte-americano implicou, pelo menos nas ações antitruste e cartéis, concessões mais significativas”.

Assim, o Acordo de Leniência pode se mostrar desinteressante, dada a limitação de seus benefícios, fato que pode ser interessante para a pessoa jurídica,

mas não para a pessoa física, uma vez que esta poderá sofrer persecução penal por parte do Estado. Desse modo, de *lege referenda*, propugna-se para uma maior extensão dos benefícios.

Outro ponto interessante da leniência no combate à corrupção diz respeito aos efeitos penais e civis. Em regra, não existe nenhum efeito penal. Com isso, a legislação deixou de aproveitar todas as discussões teóricas travadas no direito administrativo concorrencial e acabou tornando o acordo de cooperação pouco atrativo. Que pessoa física se motivará a propor o ajuste sob o risco de ser processada criminalmente? (MARRARA, 2015, p. 522).

Por fim, os benefícios do Acordo de Leniência podem ser estendidos ao Grupo econômico de que faz parte a empresa que o firmou.

3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE E LEGITIMIDADE

Feito esse esforço histórico e analítico do Acordo de Leniência na legislação brasileira, resta saber se o instituto padece de algum vício de inconstitucionalidade ou se, ao revés, reveste-se de higidez constitucional e se goza de legitimidade.

3.1 Quanto à (in) constitucionalidade

Há quem entenda que o instituto da delação premiada é um instrumento inconstitucional, de igual modo, seriam os Acordos de Leniência, dada a similitude com aquela. Desse modo, resta saber, se de fato o instrumento é inconstitucional ou não.

As críticas tecidas a esta modalidade de Direito Premial são muitas, a começar pelo entendimento de que se trataria de uma desproporcional e inconstitucional limitação dos direitos e garantias fundamentais do cooperador e do “delatado em prol de uma maior eficácia na persecução penal. (FIDALGO, CANETTI, 2015, p. 267).

Aqueles que defendem a inconstitucionalidade do instrumento ora em análise defendem que, igualmente, como só ocorre com a delação premiada, os Acordos de Leniência desrespeitam o contraditório, a ampla defesa, uma vez que a delação é feita sem a presença dos delatados; desse modo, eles não poderiam se defender. Assim, também seriam os Acordos de Leniência, posto que afetos a mesma dinâmica, embora, um afeto ao processo penal e o outro de

previsão da Lei Anticorrupção aos processos administrativos, mas processo este sancionador.

Ademais, embora alguns entendam que o instrumento em si seja constitucional, nem todos os seus requisitos o são, sobretudo o da confissão da participação no ilícito, dado que para alguns autores isto importaria em violação ao direito fundamental da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). (MOREIRA NETO, FREITAS, 2014, p. 18)

Por fim, há quem defenda não ser um instrumento ético e moral, posto que o Estado se vale da afirmação de um “traidor” para se chegar aos demais envolvidos na prática do ilícito e, desse modo, não haveria garantia de que o delator esteja sempre dizendo a verdade, razão pela qual não se trataria de um instrumento ético ou moralmente legítimo. (BRANCO, 2008, p. 148) (BITENCOURT, 2014)

Contudo, não merece prosperar os argumentos contrários supracitados ao acordo. Ora, primeiro, o Acordo de Leniência identicamente à deleção premiada, não constitui instrumento obrigatório, ao revés, há faculdade em sua celebração por parte do participante no ato investigado.

Outrossim, o Acordo de Leniência pode ser o único instrumento apto à elucidação dos fatos ilícitos, de modo que o interesse público será mais bem atendido na celebração de um eventual Acordo de Leniência do que o não esclarecimento dos fatos e, eventualmente, a impunidade de todos os envolvidos por ausência de provas.

Neste diapasão, Thiago Marrara (2015, p. 511) esclarece:

[...] negociar não para beneficiar gratuitamente, não para dispor dos interesses públicos que lhe cabe zelar, não para se omitir na execução das funções públicas. Negociar sim, mas com o intuito de obter suporte à execução bem sucedida de processos acusatórios e atingir um grau satisfatório de repressão de práticas ilícitas altamente nocivas que sequer se descobririam pelos meios persecutórios e fiscalizatórios clássicos.

Outrossim, a punição não pode ser vista como único instrumento à realização do interesse público. A sanção é apenas um meio e não um fim em si mesma. Desta maneira, podem existir outros mecanismos, distintos da punição pura e simples, a serem utilizados para atingir determinados fins (OLIVEIRA, NEVES, 2014, p.199), é por isso que Moreira Neto e Freitas (2014, p. 15) afirmam que:

A sanção administrativa deve, portanto, ter natureza instrumental, isto é, não se constitui como um fim em si, mas como um dos meios — e não o único — para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a prossecução do interesse público tutelado.

Destarte, ao celebrar o Acordo de Leniência, não se está abandonando o interesse público, mas ao revés, está buscando-o de forma mais efetiva e eficiente, pois “não se trata de dispor do interesse público, mas, ao contrário, da escolha do melhor instrumento para sua implementação.” (OLIVEIRA, NEVES, 2014, p. 199)

Além disso, os eventuais delatados poderão se defender no momento oportuno, qual seja, no Processo Administrativo de Responsabilidade (PAR), desse modo, pode-se dizer que não há violação ao contraditório e à ampla defesa, posto que estes serão postergados ou diferidos. Ademais, os delatados não serão condenados com base apenas na delação do delator, pois a própria lei traz como requisitos da efetividade do Acordo de Leniência que este resulte em identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (artigo 16, I e II da Lei 12.846 de 2013).

Assim, na hipótese de condenação de eventuais delatados, essa será, sempre, feita a partir de documentos e outras provas que corroborem a delação, mas, nunca, com a simples afirmação do delator. Outrossim, estas demais provas serão objeto do contraditório no PAR, razão pela qual não restam dúvidas da constitucionalidade do instrumento de leniência.

3.2 Quanto à Legitimidade: O Acordo de Leniência como Instrumento de Consensualidade

Segundo a Teoria Discursiva habermasiana, a legitimidade das ações é alcançada na obtenção de consenso por intermédio de um procedimento. Assim, para o autor alemão, são precisos o debate e a participação do cidadão nas decisões que podem afetá-los, a fim que, ao final, garanta-se a prevalência do melhor argumento. Os autores sociais, então, passam de meros destinatários a co-autores da norma.

Habermas parte da premissa de que a sociedade contemporânea é plural e multifacetada; portanto a legitimidade das decisões encontra-se na adoção de procedimentos dialógicos e consensuais, isto porque não se podem tomar decisões com base na escolha unilateral de um grupo, sob pena de oprimir os demais que também gozam de interesses legítimos.

Em caráter propedêutico Habermas delinea três importantes considerações que auxiliam na compreensão de sua teoria discursiva: a) a coordenação de ações é derivada das forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento; b) a linguagem é perspectivada como médium universal de incorporação da razão; c) o direito é quem exerce o papel institucional para que a linguagem, prenhe de racionalidade, exerça a direção da coordenação do agir de forma institucionalizada e, sobretudo, democrática.

Aspecto fundamental que norteia este eixo teórico rumo à reflexão jurídica consiste no questionamento da legitimidade e da manutenção da integração social das ordens sociais contemporâneas. A coordenação de ações exercida pela linguagem em um contexto de corrosão da eticidade tradicional e que se realiza através de tomadas de posições em termos de sim/não, gera instabilidade ao processo de socialização na modernidade. A linguagem, no entanto, já carrega consigo a marca da tensão ente facticidade e validade e, sozinha, sobrecarregada com o fardo de realização da interação social, não suporta a coordenação de ações que transcendam a dimensão comunicativa, como por exemplo, as ações estratégicas, instrumentais e funcionais. É nesse sentido que Habermas aponta a importância que o direito positivo possui ao garantir, do ponto de vista institucional, a tentativa de amortização das instabilidades geradas no seio da socialização. Contudo, o direito também possui uma tensão entre facticidade e validade que lhe é inerente do ponto de vista interno, a saber: a coerção da norma, por um lado, e a tentativa de legitimidade racional da norma, por outro. Então, o direito, na medida que se ocupa de manter de forma institucional a possibilidade de gerir a integração social, não se furta de manter aberta, e de forma permanente, a fissura entre facticidade e validade. Essa fissura desdobra-se no problema da legitimidade normativa e, em última instância, na legitimidade da própria ordem social.

Nesse sentido, pois, a teoria discursiva de Habermas, ainda que implicada na tensão entre facticidade e validade, firma-se no horizonte como meio possível – talvez último recurso de uma razão pós-metafísica – para assegurar a legitimidade do direito, na medida que este guarda uma pretensão normativa, cuja validade deve ser reconhecida como legítima. Deixando claro que “a positividade de uma norma (sua facticidade) não se confunde, pois, com a sua legitimidade (validade)” (SEGATTO, 2008, p. 50) é necessário, então, que as normas sociais busquem sua legitimidade além do fato de serem meramente instituídas (positividade) e além do caráter meramente impositivo e coercitivo (força estatal legal). Tais normas devem ter a sua legitimidade extraída da aceitabilidade racional (discursiva) e do reconhecimento dos cidadãos que são

afetados por elas em um Estado Democrático de Direito. Eis, pois, o sentido que integra o direito à teoria do discurso e vice-versa. Se, por um lado, a ação comunicativa aponta para o direito como base institucional capaz de sustentar a realização da integração social ausente de violência, por outro lado, o direito volta à ação comunicativa para, por seu intermédio, extrair a legitimidade normativa.

Assim, resta à legitimidade (Gültigkeit) medir sua força por meio da “resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade” (HABERMAS, 1997, p. 50), o que implica dizer que a legitimidade⁴ não depende de a norma conseguir impor-se tacitamente, nem se vale de intimidação, coerção, costumes, valores ou qualquer pretensão metafísica, mas tão somente do resgate discursivo operado em instância procedimental e processual, desde que em condições de a sua justificação perpassar pela formulação de discursos, sejam eles pragmáticos, éticos, políticos ou morais. (HABERMAS, 1997, p. 50)

A teoria discursiva de Habermas contribui, desse modo, ao processo de acordos de Leniência, os quais envolvem as pretensões de validade passíveis de serem resgatadas discursivamente, a saber: pretensão de verdade, pretensão de correção e pretensão de veracidade.

Hodiernamente, a Administração Pública também tem como parâmetro de atuação o consenso, por isso, ela tem pautado suas ações em uma plataforma dialógica, razão pela qual os estudiosos da Administração Pública defendem a existência de uma Administração Pública consensual, também dita de dialógica, superando-se o paradigma da Administração burocrática e verticalizada. Dito de outro modo, há a necessidade de uma Administração Pública aberta ao diálogo e ao consenso com a sociedade e autores sociais, a fim de permitir a participação direta dos cidadãos na tomada de decisões, uma vez que esta é a exigência de um Estado Democrático de Direito.

Muitas vezes, os objetivos do Estado Democrático de Direito, consignados em lei, podem ser mais bem alcançados de forma consensual do que coercitiva, não fazendo sentido que a Administração sempre opte por mecanismos regulatórios verticais, não tão eficientes e mais gravosos para os interesses envolvidos. (LIMA, 2010, p.77)

⁴ No quesito da legitimidade, Habermas faz uma diferenciação importante quanto ao sistema jurídico (ou sistema de direitos) e as normas jurídicas particulares. O primeiro necessita de uma legitimação que perpasse a sua eficácia na sociedade e, também, contemple uma justificativa moral. Já as normas jurídicas particulares necessita, antes, de “uma legalização conforme a uma constituição que satisfaça aos critérios apresentados”, sem contudo perder de vista a eficácia social e a fundamentação igualmente moral. (HABERMAS, 1997, p. 51)

Se outrora a Administração Pública era monológica, portanto, isolada da sociedade nas tomadas de suas decisões, nesse século não cabe mais esse modelo, visto que há necessidade de que a Administração Pública se abra para o diálogo. “O Estado que agia de modo isolado, monológico, verticalizado, passou a dialogar com a sociedade e, mais que isso, a negociar com infratores confessos antes ou durante processos administrativos acusatórios”. (MARRARA, 2015, p. 525).

Desse modo, a consensualidade é um instrumento de legitimidade dos Acordos de Leniência que, por sua vez, é um instrumento de manifestação do paradigma da Administração Pública Dialógica, haja vista permitir a participação do infrator nas decisões e processos administrativos. Ademais, está afinado com a Teoria Discursiva habermasiana, justo por permitir o diálogo entre Administração e infrator, de modo que este último terá participação no processo decisório administrativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, verifica-se que o Acordo de Leniência é um instrumento vindo em boa hora e pode ter grande aplicação e efetividade, sempre a depender de uma interpretação jurídica apurada e constitucional.

O Acordo de Leniência surgiu no Direito Estadunidense em meados da década de 1970 do século passado, buscando reprimir atos Antitrustes, contudo, passou por um aperfeiçoamento na década de 1990, o que assegurou uma maior efetividade do instituto.

No Brasil, o instituto surgiu no ano de 2000, também com a finalidade de combater ato antitruste, mormente atos de cartéis, mais adiante, com o surgimento da Lei Empresa Limpa no ano de 2013, o instrumento ganhou importância na repressão de atos de corrupção.

Contudo, dado a sua previsão tímida em comparação à legislação norte-americana, o Acordo de Leniência nem sempre se mostrará interessante para os particulares, sobretudo as pessoas naturais, dado que a lei Anticorrupção não as exime de responsabilidade. Dessa forma, pode ocorrer uma contradição de interesses, podendo a empresa ter sua punição atenuada, no entanto, a pessoa natural pode sofrer a persecução penal, uma vez que o Acordo de Leniência não vinculará o Ministério Público e o Poder Judiciário. Assim, de *lege referenda* propugna-se para uma alteração da lei, com vistas a estender seus efeitos a pessoa natural nos moldes do sistema norte-americano.

Ademais, o instituto goza de constitucionalidade, porquanto não há violação às garantias e aos direitos fundamentais, uma vez que não há obrigatoriedade em sua celebração, cabendo ao particular sopesar as vantagens e desvantagens de sua celebração, bem como não há disponibilidade do interesse público. Ao contrário, persegue-se o interesse público, dado que pode ser mais interessante ao interesse público a punição de outros infratores do que o mau desenvolvimento das investigações e a impunidade de todos pela dificuldade de produção de provas em atos de corrupção.

Por fim, o instrumento goza de legitimidade, posto que afinado com o paradigma da Administração Pública dialógica e em consonância com a Teoria Discursiva de Habermas, permite que os autores sociais participem dos atos investigatórios consentindo o combate efetivo dos atos de corrupção.

REFERÊNCIAS

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. “Esperteza do Avesso”. In: **Jornal Blitz**, Londrina/PR, edição de julho de 2015, p. 6.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Delação premiada na “lava jato está eivada de inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cesar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>> Acesso em: 03.ago.2015.

BRASIL, **Construtoras da lava jato procuram CGU para fechar acordo de leniência**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1550126-construtoras-da-lava-jato-procuram-cgu-para-fechar-acordo-de-leniencia.shtml>>. Acesso em: 03.ago. 2015.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?4cec2ff13edc5ffb48095e>>. Acesso em: 03.ago.205.

BRASIL. **Lei 12.846 de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 18. Jul. 2015.

CASTELO BRANCO, **Fernando**. **Crimes econômicos e processo penal**: reflexões sobre o acordo de leniência. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. **Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhos QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LIMA, Mariana Sciesleski de. 2010. Fundamentos para um administração pública dialógica. **REVISTA PERSPECTIVA**, v.34, n.126, p. 73-84, junho/2010. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126_109.pdf> Acesso em: 05.ago.2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria geral do processo civil. Vol.01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção. Reflexões e interpretações prospectivas. In: **Revista Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014.

MARRARA, Thiago. **Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/>>. Acesso em: 04.ago.2015.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEL JUNIOR, Rubens Naman. **Lei Anticorrupção**: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção Da **O sistema brasileiro de combate à corrupção e a lei 12.846/2013**:

in Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, p. 193 - 206, mai.- ago. 2014.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/>>. Acesso em: 03.08.2015.

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

Artigo recebido em: 10/10/2015

Aprovado para publicação em: 29/10/2015

Como citar: SALES, Marlon Roberth. BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. **O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade**. Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set/dez.2015. DOI: 10.5433/1980-511X.2015v10n3p31. ISSN: 1980-511X.