

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Aline Mello Terrão

A TRANSPOSIÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA À LEI ANTICORRUPÇÃO:

Uma análise da adequação do instituto aos seus fundamentos com base nos conceitos microjurídicos de corrupção previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013.

Belo Horizonte

2023

Aline Mello Terrão

A TRANSPOSIÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA À LEI ANTICORRUPÇÃO:

Uma análise da adequação do instituto aos seus fundamentos com base nos conceitos microjurídicos de corrupção previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Fabiano Teodoro de Rezende Lara.

Coorientador: Reinaldo Diogo Luz.

Belo Horizonte
2023

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

T323t	<p>Terrão, Aline Mello</p> <p>A transposição do acordo de leniência à lei anticorrupção [manuscrito]: uma análise da adequação do instituto aos seus fundamentos com base nos conceitos microjurídicos de corrupção previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 / Aline Mello Terrão. - 2023.</p> <p>121 f.</p> <p>Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.</p> <p>Bibliografia: f. 114-121.</p> <p>1. Direito - Teses. 2. Corrupção - Legislação - Teses. 3. Acordo de leniência - Teses. 4. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. I. Lara, Fabiano Teodoro de Rezende. II. Luz, Reinaldo Diogo. III. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. IV. Título.</p> <p>CDU: 343.352(81)</p>
-------	--



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA **ALINE MELLO TERRÃO**

Realizou-se, no dia 10 de março de 2023, às 08:00 horas, Avenida João Pinheiro, 100, Centro, Belo Horizonte/MG., da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *A TRANSPOSIÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA À LEI ANTICORRUPÇÃO: Uma análise da adequação do instituto aos seus fundamentos com base nos conceitos microjurídicos de corrupção previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013.*, apresentada por ALINE MELLO TERRÃO, número de registro 2020652123, graduada no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof. Fabiano Teodoro de Rezende Lara - Orientador (UFMG), Prof. Reinaldo Diogo Luz – Coorientador (PRFN/6), Prof. Bruno Carazza dos Santos (Fundação Dom Cabral), Prof. Marcus de Freitas Gouvea (PRFN-6).

A Comissão considerou a dissertação:

(X) Aprovada com autorização para publicação, tendo obtido a nota 85.

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 10 de março de 2023.

Prof(a). Fabiano Teodoro de Rezende Lara (Doutor) Nota 85.

Prof(a). Reinaldo Diogo Luz (Doutor) Nota 85.

Prof(a). Bruno Carazza dos Santos (Doutor) Nota 85.

Prof(a). Marcus de Freitas Gouvea (Doutor) Nota 85.

RESUMO

O objeto da presente dissertação é o estudo da transposição do programa de leniência do âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para a rede de *accountability* anticorrupção. Em síntese, busca-se avaliar se a adoção do instituto pela Lei nº 12.846/2013, também denominada Lei Anticorrupção (LAC), respeitou a lógica subjacente ao programa e, caso positivo, se as características frequentemente associadas à efetividade do programa de leniência antitruste também teriam o condão de dissuadir os atos de corrupção previstos no art. 5º da LAC. Para atingir o objetivo proposto, realizou-se pesquisa bibliográfica, a partir da qual se concluiu que a existência de múltiplas relações distintas abarcadas pelo programa de leniência da Lei Anticorrupção traz consigo um problema de coordenação de incentivos. Hoje, da forma como o programa encontra-se estruturado, é difícil avaliar a sua efetividade. Como possíveis soluções aos problemas encontrados, sugere-se a exclusão da oração condicionada “quando couber” do inciso I do art. 16 da LAC, bem como a realização de estudos econômicos que visem a identificação da efetividade do programa de leniência (*stricto sensu*) desta Lei, tendo como base os conceitos microjurídicos de corrupção adotados em seu art. 5º.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção. Acordo de Leniência. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

ABSTRACT

The object of this dissertation is the study of the transposition of the leniency program of the Brazilian Competition Defense System (SBDC) into the anti-corruption system. In summary, it seeks to evaluate whether the adoption of the institute by Law No. 12,846/2013, also called Anti-Corruption Law (LAC), respected the logic underlying the program and, if so, whether the characteristics often associated with the effectiveness of the antitrust leniency program also can dissuade acts of corruption provided for in Art. 5 of LAC. To achieve the proposed objective, a bibliographical research was carried out, from which it was concluded that the existence of multiple distinct relationships encompassed by the leniency program of the Anti-Corruption Law creates a problem of coordination of incentives. Today, as the instrument is designed, it is difficult to conclude if the program is effective. As possible solutions, it is suggested the elimination of the conditioned clause from item I of art. 16 of LAC and the production of economic studies that aims to identifying the effectiveness of anticorruption leniency program based on the micro-legal concepts of corruptions adopted in its art. 5th.

Keywords: Anti-Corruption Law. Leniency Agreement. Brazilian Competition Defense System (SBDC).

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACT – Acordo de Cooperação Técnica

AED – Análise Econômica do Direito

AGU – Advocacia-Geral da União

CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência

CGU – Controladoria-Geral da União

CP – Código Penal

DOJ – Departamento de Justiça

FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*

FDDD – Fundo de Defesa de Direitos Difusos

IN/CGU – Instrução Normativa da Controladoria-Geral da União

L&E – *Law and Economics*

LAC – Lei Anticorrupção

LDC – Lei de Defesa da Concorrência

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

MPF – Ministério Público Federal

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONU – Organização das Nações Unidas

PAR – Processo Administrativo de Responsabilização

PR/MPF/SP – Grupo de Combate a Cartéis da Procuradoria da República em São Paulo

RICade – Regimento Interno do Cade

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SFN – Sistema Financeiro Nacional

TCC – Termo de Compromisso de Cessação de Prática

TCU – Tribunal de Contas da União

UE – União Europeia

5CCRMPF – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal

SUMÁRIO

SUMÁRIO	8
1 INTRODUÇÃO	9
2 PROGRAMAS DE LENIÊNCIA	15
2.1. FUNDAMENTO ECONÔMICO	15
2.2. ORIGEM E EXPANSÃO	19
2.3. REQUISITOS CENTRAIS DOS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA	25
2.3.1. <i>Transparência, previsibilidade e segurança jurídica</i>	25
2.3.2. <i>Sigilo</i>	29
2.4. CARACTERÍSTICAS ASSOCIADAS À ATRATIVIDADE DOS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA	31
2.4.1. <i>Expectativa de sanções elevadas</i>	32
2.4.3. <i>Extensão dos benefícios</i>	34
2.4.4. <i>Restrição da leniência ao primeiro proponente</i>	36
2.4.5. <i>Restrição da leniência a casos sem investigação aberta</i>	37
2.5. PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA LEI Nº 12.529/2011 (LDC).....	37
2.5.1. <i>Origem</i>	38
2.5.2. <i>Evolução e consolidação</i>	39
3 TRANSPOSIÇÃO DA LENIÊNCIA ANTITRUSTE À LEI ANTICORRUPÇÃO	44
3.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ILÍCITOS DE CARTÉIS.....	45
3.2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ILÍCITOS DE CORRUPÇÃO.....	47
3.3. CORRUPÇÃO NA LEI Nº 12.846/2013 (LAC).....	52
3.3.1. <i>Os conceitos microjurídicos de corrupção adotados pela LAC</i>	53
3.3.2. <i>Peculiaridades do Programa de Leniência da Lei nº 12.846/2013 (LAC)</i>	91
3.4. POSSÍVEIS PROBLEMAS NA TRANSPOSIÇÃO DA LENIÊNCIA ANTITRUSTE À LEI ANTICORRUPÇÃO	98
3.4.1. <i>Análise da adequação do programa aos seus fundamentos</i>	99
3.4.2. <i>Análise da adequação das características frequentemente associadas à efetividade do programa de leniência antitruste</i>	100
4 POSSÍVEIS MECANISMOS PRÁTICOS PARA AMPLIAÇÃO DA EFICÁCIA DA LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO	106
5 CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	111

1 INTRODUÇÃO

O objeto da presente dissertação é o estudo da transposição do programa de leniência do âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para a rede de *accountability* anticorrupção. Em síntese, busca-se avaliar se a adoção do instituto pela Lei nº 12.846/2013, também denominada Lei Anticorrupção (LAC), respeitou a lógica subjacente ao programa e, caso positivo, se o desenho adotado tem o condão de dissuadir a prática corrupta, considerando-se os conceitos microjurídicos¹ de corrupção previstos no art. 5º da LAC.

De acordo com a literatura especializada², o programa de leniência foi criado para desestabilizar as relações de confiança necessárias à formação de cartéis, a partir da inserção de seus membros em situação similar àquela descrita no Dilema do Prisioneiro³. A ideia é que a sua simples existência seja capaz de dissuadir a prática ilícita ao minar a confiança necessária à colusão por meio do incentivo à traição entre seus membros, o que reduziria as expectativas de ganhos futuros advindos do conluio. O programa funcionaria, deste modo, como uma espécie de “vírus da instabilidade”⁴.

¹ A presente dissertação adota o termo “conceito microjurídico” utilizado por Pagotto (2010) para se referir à definição de corrupção adotada pelo legislador. O termo será elucidado no Capítulo 4.

² E.g., Harrington (2005); Spagnolo (2005); Chang (2009); Leslie (2012); Chen e Rey (2012); Bigioni (2014); Kim (2016). O tópico será aprofundado na Seção 3.1.

³ Diz-se “Dilema do Prisioneiro” porque o modelo retrata uma situação em que dois ladrões (coinfratores) são capturados pela polícia e colocados em celas separadas. A polícia detém informações suficientes para condenar ambos pela prática de crime de menor potencial ofensivo, cuja pena é de 01 ano. No entanto, ela não detém provas suficientes para condená-los pela prática do crime mais grave, cuja pena é de 02 anos. Sendo assim, como uma forma de estimular a traição, aos prisioneiros são dadas duas opções com diferentes recompensas: confessar (c) ou não confessar (nc) o crime. Caso um prisioneiro confesse e o outro não, o prisioneiro que confessou é liberado (0), enquanto o outro será condenado a uma pena de 3 anos (-3). Caso os dois prisioneiros confessem, os dois serão condenados a uma pena de 2 anos (-2). Por fim, caso nenhum dos prisioneiros confesse, os dois serão condenados a uma pena de 1 ano (-1). diante da impossibilidade de comunicação entre os prisioneiros, a estratégia “confessar (c)” é sempre superior à estratégia “não confessar (nc)”. Isso porque, ao não saber qual estratégia seu companheiro irá adotar, o jogador precisa avaliar todos os cenários possíveis, a partir do pressuposto de que o seu “adversário” tentará maximizar seus *payoffs*. Em outras palavras, o ‘Prisioneiro A’ deve presumir que o ‘Prisioneiro B’ sempre tentará obter a maior recompensa do jogo, qualquer que seja o contexto em que eles se encontram. Nesse sentido, se o ‘Prisioneiro A confessar’, a melhor estratégia disponível para o ‘Prisioneiro B’ também é confessar. Basta olhar as recompensas disponíveis ao ‘Prisioneiro B’ para esta situação. Caso ele confesse, ele sofrerá uma pena de 2 anos (-2). Caso ele não confesse, sua pena será de 3 anos (-3). Logo, a melhor estratégia disponível ao ‘Prisioneiro B’, na hipótese de o ‘Prisioneiro A’ confessar, também é confessar. De igual modo, se o ‘Prisioneiro A’ resolver não confessar (nc), a melhor estratégia disponível para o ‘Prisioneiro B’ será confessar (c). Novamente, basta olhar as recompensas disponíveis ao ‘Prisioneiro B’ para esta situação (acima grifadas). Caso ele confesse, ele será libertado (pena zero). Caso ele não confesse, sua pena será de 1 ano (-1). Logo, a melhor estratégia disponível ao ‘Prisioneiro B’, na hipótese de o ‘Prisioneiro A’ não confessar, também é confessar. O mesmo raciocínio lógico funciona para o Prisioneiro A. Não importa em qual situação ele se encontre (se o Prisioneiro B confessou ou não o crime), para ele, será sempre melhor confessar. Por essa razão, diz-se que a estratégia “confessar (c)” é estritamente dominante. O paradoxo ilustrado por esse jogo é que, para os dois prisioneiros, a melhor estratégia conjunta seria não confessar (nc). Contudo, em razão das técnicas utilizadas pelo Estado, de mantê-los em celas apartadas sem comunicação, a estratégia dominante passa a ser uma estratégia ineficiente a ambos.

⁴ A analogia foi retirada do artigo “Lei Anticorrupção permite que inimigo vire colega” (MARRARA, 2013).

Em termos conceituais, o programa de leniência consiste no arcabouço jurídico que provê incentivos para que agentes infratores (pessoas físicas ou jurídicas) confessem a prática ilícita e auxiliem o Estado no processo de investigação e punição dos demais envolvidos⁵. Trata-se de instrumento que vem ganhando força no cenário nacional e internacional, desde o início dos anos 2000, por representar uma ferramenta útil no combate a cartéis. Não à toa, o *locus* de aplicação clássico do instituto é o direito concorrencial.

O sucesso do programa de leniência no combate a ilícitos concorrenciais, todavia, fez com que alguns países, como o Brasil, expandissem sua utilização para outros âmbitos do Direito⁶, partindo do pressuposto de que se o instituto serviu para reprimir cartéis, também serviria para reprimir atos de corrupção⁷, qualquer que fosse o conceito microjurídico de corrupção adotado.

No entanto, é preciso ter em mente que a natureza do programa de leniência é essencialmente restritiva. A princípio, não é qualquer tipo de ilícito que deve ser objeto deste acordo. Seu foco está em reprimir atividades ilegais de difícil detecção envolvendo múltiplos agentes em coordenação⁸. Isso porque, somente nessas hipóteses, o instituto é capaz de atingir seu objetivo precípuo: dissuadir a prática ilícita a partir da desestabilização das relações de confiança necessárias à formação do conluio⁹. Sem a existência de múltiplos agentes, o instituto perde a sua essência.

É claro que, na prática, o programa de leniência da Lei Anticorrupção incorporou uma série de objetivos, para além de seu objetivo primário. Alguns previstos em lei, outros frutos de

⁵ Note-se que o programa só está disponível para aqueles que praticaram o ato ilícito, não se tratando, dessa forma, do mecanismo conhecido como *whistleblower* – que, nas lições de Athayde e Matos (2018), diz respeito à forma de obtenção de informações, na qual um terceiro, não participante do ilícito ou crime, o revela às autoridades competentes, com vista à obtenção de alguma recompensa.

⁶ Para Athayde (2021, p. 378), o legislador brasileiro também inseriu os programas de leniência no bojo do Sistema Financeiro Nacional (SFN) por meio da Lei nº 13.506/2017, a despeito de tê-lo nomeado “Acordo Administrativo em Processo de Supervisão”. Não é o foco desta dissertação, contudo, investigar se o programa ali inserido constitui, de fato, um programa de leniência. A ideia do presente trabalho é averiguar apenas a transposição do instituto à Lei Anticorrupção

⁷ De acordo com Canetti (2020, p. 184), no caso da leniência anticorrupção, a redação original do Projeto de Lei nº 6.826/2010, que deu origem à LAC, sequer continha a previsão de um programa de leniência. Foi somente depois da sugestão apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Empresarial (IBRADEMP) que o programa foi incluído no corpo da LAC, com menção expressa, em relatório emitido pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, à sua inspiração: o sucesso do programa de leniência antitruste.

⁸ É possível observar que, ao propor a extrapolação de programas de leniência para além do âmbito concorrencial, a literatura especializada limita essa extrapolação para outras formas de ilícitos que envolvem múltiplos agentes em coordenação, como o crime organizado, o tráfico ilegal e o terrorismo, porquanto esses ilícitos dependem de um certo nível de confiança entre os coinfratores que pode ser explorada pelos programas de leniência. *E.g.*, Spagnolo (2008, p. 260); Tarun e Tomczak (2010, p. 170-172); Fraser (2012, p. 10009); Bigioni *et al.* (2015, p. 664); Luz e Spagnolo (2016, p. 4); Van Danne; Zhou; (2016, p. 16); Kim (2016, p. 253); Soré (20, p. 141-142).

⁹ *E.g.*, Spagnolo (2010), Leslie (2012), Bigioni (2014). Essa ideia será desenvolvida no Capítulo 3.

reinterpretações normativas¹⁰. Contudo, quaisquer que sejam esses objetivos, defende-se, nesta dissertação, que eles devam estar em conformidade com a essência dos programas leniência. Caso contrário, o instituto será desnaturalizado, consubstanciando-se em outra espécie de instrumento de consensualização¹¹.

Noutro giro, a natureza dos ilícitos a que se visa reprimir também pode influenciar no desenho ótimo do programa de leniência a ser adotado. Nas lições de Leslie (2012, p. 177), a mera transposição *ipsis literis* do instituto à esfera do combate à corrupção não necessariamente é capaz de produzir o tão almejado efeito dissuasivo. Ao analisar as diferenças entre relações de cartéis e relações de suborno de funcionários públicos estrangeiros, o autor percebeu que os referidos ilícitos possuem peculiaridades que podem influenciar no desenho ótimo de cada programa de leniência (LESLIE, 2012, p. 181).

Partindo dessas premissas, o objetivo da presente dissertação é, primeiro, identificar a essência do programa de leniência para, em seguida, averiguar *se e em quais hipóteses* o denominado “Programa de Leniência da Lei Anticorrupção” respeita a lógica subjacente ao instituto.

Posteriormente, busca-se examinar, nas hipóteses em que essa lógica é respeitada, se as características frequentemente associadas à efetividade do programa de leniência antitruste podem ser aproveitadas pelo programa de leniência anticorrupção, a partir da compreensão dos tipos de condutas abarcados por esses programas¹². Em outras palavras, busca-se identificar se a transposição da leniência antitruste à esfera do combate à corrupção no ordenamento jurídico brasileiro foi adequada.

¹⁰ V. Pimenta (2020).

¹¹ Antecipa-se que o posicionamento adotado nesta dissertação não é que o programa de leniência, *per se*, seja melhor ou pior que outros instrumentos de consensualização disponíveis à Administração Pública. Sendo assim, eventual constatação de que o denominado “Programa de Leniência” da Lei Anticorrupção constitui, em algumas hipóteses, p. e., simples termo de ajustamento de conduta (TAC) deve ser compreendida não como uma ineficiência Estatal na adoção de sua ferramenta de controle, mas sim e apenas que, se o instrumento assemelha-se mais ao TAC que ao programa de leniência, ele deve ser tratado como TAC pelos aplicadores do Direito, e não como um programa de leniência. Afinal, conforme leciona Pagotto (2010, p. 24), identificar com precisão o objeto de estudo a ser avaliado, de modo a delimitar o seu alcance, deve ser o ponto de partida de qualquer estudo jurídico. Caso contrário, corre-se o risco de perpetuar debates inócuos, extrapolações e erros na aplicação do Direito.

¹² A título de esclarecimento, diz-se “tipos de condutas abarcados” pelos programas de leniência para se referir às possíveis relações factuais que o programa visa a combater. No âmbito norte-americano, por exemplo, Leslie sustenta que o programa de leniência antitruste visa a combater relações bi ou multilaterais entre agentes que, em condições normais de mercado, competem entre si, ao passo que o programa de leniência do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) visa a combater relações bi ou multilaterais entre agentes cuja relação de confiança é basilar e transcende o ato corrupto em si (2012, p. 175-178).

Por fim, identificadas eventuais falhas que possam ser corrigidas no procedimento de aplicação do programa de leniência da LAC, esta dissertação trabalhará com o objetivo secundário de auxiliar o aplicador da norma jurídica, por meio de orientações práticas.

Para atingir seus objetivos, a presente dissertação utilizará, como marco teórico, a Análise Econômica do Direito (AED), porquanto ela proporciona uma teoria comportamental que auxilia na compreensão e antecipação de determinados comportamentos individuais e coletivos frente à norma posta, permitindo a análise de sua eficácia.

Nas lições de Papp (2013, p. 69), a AED insere-se no contexto do realismo jurídico, onde a eficácia assume papel mais relevante que a justiça ou a validade da norma, dentro de uma perspectiva tridimensional do Direito¹³. Sua maior preocupação diz respeito, portanto, às consequências do fenômeno jurídico, a partir do pressuposto de que a existência de uma norma jurídica, por si só, não garante que ela será observada pela sociedade (PAPP, 2013, p. 76).

Com efeito, sob a perspectiva da AED, a observância à norma (eficácia social¹⁴) depende da capacidade de os indivíduos identificarem que o cumprimento da regra posta tem o potencial de produzir mais benefícios que a sua violação. Caso contrário, há tanto o risco de a norma tornar-se “letra morta”, quanto o risco de ela produzir efeitos nefastos, incentivando a conduta que, inicialmente, buscava-se desincentivar.

A AED cuida, desse modo, do estudo da eficácia das normas jurídicas, partindo do pressuposto de que os indivíduos buscam, racionalmente, maximizar seus interesses¹⁵. A Teoria da Escolha Racional é, nesse sentido, pressuposto basilar da AED¹⁶. Ela tem como premissa tanto a ideia de preferências racionais¹⁷, como a ideia de que o agente sempre adotará a decisão com maior probabilidade de alcançá-las, dada as restrições que enfrenta (FIANI, 2015, 23-26).

¹³ O autor conecta a Teoria Tridimensional do Direito, desenvolvida por Reale, às discussões epistemológicas de Bobbio, segundo o qual uma norma deve ser sempre avaliada a partir de três perspectivas: se é justa ou injusta; válida ou inválida; eficaz ou ineficaz. Para mais informações sobre o tema, v. Reale, 1999; Bobbio, 2001.

¹⁴ Para um maior aprofundamento sobre o conceito de eficácia social, v. Kelsen, 1999.

¹⁵ De acordo com Andreu Mas-Collel, Michael D. Whinston e Jerry R. Green (1995, *apud*, FIANI, 2015, p. 25), uma relação de preferência é racional quando a relação binária de preferência é completa e transitiva. Ou seja, entre duas escolhas factíveis, sempre é possível dizer se a primeira é ao menos tão boa quanto a segunda e vice-versa ou se as duas ocorrem simultaneamente, devendo essas escolhas/preferências ser consistentes.

¹⁶ Outro pressuposto da AED é que os recursos são escassos. Sem escassez, os agentes não seriam obrigados a escolher a partir da ponderação de seus *payoffs* (PAPP, 2012, p. 73).

¹⁷ Fiani (2015, p. 26) alerta para a existência de inúmeros trabalhos que discutem as propriedades que caracterizam preferências racionais. No entanto, o conceito por ele utilizado, e aqui referenciado, foi originalmente formulado por Andreu Mas-Collel, Michael D. Whinston e Jerry R. Green, no livro *Microeconomic Theory*, 1995.

Destarte, é dentro desse contexto e ciente das limitações que a AED possui¹⁸ que esta dissertação será desenvolvida. Mais precisamente a partir da ótica da Teoria do Jogos, a qual auxilia o Direito na elaboração de instrumentos jurídicos mais eficientes, levando em consideração as escolhas mais prováveis dos indivíduos a partir das ações disponíveis, da norma posta e do resultado almejado (RIBEIRO; GALESKI, 2017, p. 109).

Sob essa perspectiva, a primeira hipótese suscitada nesta dissertação é que, ao abarcar conceitos microjurídicos de corrupção que podem ser consumados por atos unilaterais, ou seja, sem a participação de mais de um agente, o programa de leniência da LAC é desnaturalizado. Nesses casos, sua existência não teria o condão de desestimular a conduta ilícita a partir da inserção do elemento “desconfiança” nas relações colusivas, uma vez que inexistentes ditas relações. Além disso, o programa seria incapaz de aumentar o risco de detecção da prática ilícita por meio da otimização da capacidade investigativa do Estado, já que nunca haveria a possibilidade de outros sujeitos delatarem o ato. Afinal, ninguém além do próprio autor do delito teria, a princípio, conhecimento daquele ilícito e, ainda que tivesse, não estaria apto a celebrar o acordo de leniência, uma vez que este acordo é limitado àqueles sujeitos que participam do conluio¹⁹.

A segunda hipótese suscitada, por sua vez, é que as relações de corrupção bi ou multilaterais abarcadas pela LAC possuem características que divergem das relações de cartéis abarcadas pela Lei de Defesa da Concorrência (LDC), o que pode afetar o desenho ótimo do programa de leniência. Nesse sentido, a simples transposição do instituto do âmbito do SBDC para a esfera do combate à corrupção não seria a solução mais adequada, da mesma forma que a adoção de características distintas, sem a devida ponderação de sua efetividade também não parece ser. Com efeito, as diferenças entre essas relações precisam ser levadas em consideração pelos estudiosos do tema. Só assim será possível conceber um programa verdadeiramente efetivo no combate aos ilícitos de corrupção previstos no art. 5º da LAC.

Para averiguar as hipóteses suscitadas, o trabalho será dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo dedica-se à introdução do tema. O segundo capítulo será dedicado ao programa de leniência: seu fundamento econômico, sua origem, seu processo de expansão e sua efetividade. Busca-se ilustrar, desde a criação dos programas de leniência, o que lhe é essencial e como a literatura especializada avalia sua efetividade a partir desses pressupostos. Isso servirá para que, ao final, seja possível diferenciar o instituto da leniência de outros instrumentos

¹⁸ Para uma visão crítica acerca das limitações da AED, v. Derzi; Bustamante, 2013.

¹⁹ V. supra, nota 5.

jurídicos disponíveis à Administração Pública consensual e, a partir daí, tratar cada qual conforme suas peculiaridades.

O terceiro capítulo, por sua vez, será dedicado à análise global da transposição do programa de leniência antitruste à Lei Anticorrupção. Primeiro, a partir do exame da adequação do programa aos seus fundamentos. Segundo, a partir da análise de sua efetividade. Para isso, focar-se-á no conceito microjurídico de corrupção adotado pela Lei e nos tipos de relações que eles abarcam, comparando-as com as relações de cartéis que os programas de leniência originalmente visavam a combater. Isso permitirá avaliar não apenas se a adoção de um programa de leniência é capaz de desestimular a prática dos ilícitos previstos no art. 5º da LAC, como também se as características frequentemente associadas à efetividade dos programas de leniência antitruste podem ser aproveitadas pela leniência anticorrupção.

Por fim, o quarto capítulo será dedicado à apresentação de mecanismos práticos de mitigação dos prejuízos à efetividade do programa de leniência anticorrupção, a partir das análises realizadas. O objetivo deste capítulo é oferecer orientações ao gestor público.

Tendo em vista o escopo proposto, esta dissertação não discutirá questões ético-morais relacionadas aos programas de leniência, nem mesmo preocupar-se-á com a delimitação de um conceito unívoco de corrupção. A discussão aqui levantada é teórica e qualitativa. Busca-se, a partir de fontes bibliográficas e documentais, identificar os fundamentos teóricos dos programas de leniência para averiguar se a sua transposição à Lei Anticorrupção foi adequada. A ideia é apenas instigar a doutrina e jurisprudência pátria a estudar, com mais precisão, a efetividade dos programas de leniência da LAC, a partir dos conceitos microjurídicos de corrupção ali previstos.

2 PROGRAMAS DE LENIÊNCIA

Nas palavras de Luz e Lara (2018, p. 120), “políticas de leniência são estruturas normativas que permitem que infratores evitem ou reduzam as punições que receberiam em troca de confissão e colaboração no processo de apuração de ilícitos conduzido pelas autoridades competentes”. Inseridos no contexto da administração pública consensual, os acordos de leniência guardam peculiaridades quando comparados a outros instrumentos de consensualização disponíveis ao Poder Público. Não só eles são premidos de objetivo próprio, como também são revestidos de atributos específicos (CANETTI, 2020, p. 181).

O presente capítulo tem por objetivo identificar os pilares dos programas de leniência: seus fundamentos, sua origem e seu processo de expansão. Em seguida, apresenta-se as características frequentemente associadas à sua efetividade, sob a ótica da AED. Por fim, discorre-se sobre o programa de leniência da LDC, com o fito de identificar se ele se encontra adequado às orientações desenvolvidas pela literatura especializada. Tudo isso servirá para que, ao final desta dissertação, seja possível avaliar se o instrumento de consensualização inserido pela Lei Anticorrupção²⁰ segue a lógica subjacente dos programas de leniência e, em caso positivo, se o desenho desse instrumento se encontra adequado à sua finalidade.

2.1. Fundamento econômico

Inspirados em modelo econômico próprio da Teoria dos Jogos²¹, os programas de leniência foram criados para desestabilizar as relações de confiança necessária à formação de cartéis, a partir da inserção de seus membros em situação similar àquela descrita no Dilema do Prisioneiro²² (LESLIE, 2006, p. 456). A ideia do programa é explorar a questão da confiança entre eventuais infratores, incentivando a traição.

²⁰ Denominado “Acordo de Leniência” pelo Capítulo V da Lei Anticorrupção.

²¹ Nas palavras de Fiani (2015, p. 9), “a Teoria dos Jogos ajuda a entender *teoricamente* o processo de decisão de agentes que interagem entre si, a partir da compreensão da lógica da situação em que estão envolvidos”. Ela pode ser definida “como um conjunto de ferramentas matemáticas formais que permite analisar as interações entre agentes e explicar ou prever sua tomada de decisão, trazendo o fenômeno da ação (ou comportamento) estratégica para a modelagem econômica” (LUZ, 2017, p. 50). Ao avaliar o comportamento de agentes em determinado contexto legal, por sua vez, a Teoria dos Jogos auxilia o Direito a elaborar instrumentos jurídicos mais eficientes, levando em consideração as escolhas mais prováveis dos indivíduos a partir das ações disponíveis, da norma posta e do resultado almejado (RIBEIRO; GALESKI, 2017, p. 109). Sua principal contribuição é a simplificação de situações reais a partir de modelos descritivos (jogos) que, apesar de conterem bases matemáticas sofisticadas, podem ser representados por meio de sublimações acessíveis a qualquer leitor

²² V. supra, nota 3.

Nas palavras de Canetti (2020, p. 68), “a literatura especializada é pacífica em apontar para a ideia de que o objetivo subjacente aos acordos de leniência é o de criar, para os agentes que delinquem em conluio, as condições mais próximas possíveis de um ‘dilema do prisioneiro’”. Para a autora, a lógica subjacente ao Dilema do Prisioneiro não só é relevante para o estudo do instituto, como integra o núcleo dos acordos de leniência e deve servir de norte para o desenho desses instrumentos jurídicos (*Id.*, p. 232) que hoje servem de ferramenta à administração pública consensual (PINTO, 2016, p. 7).

Dizer, todavia, que programas de leniência compartilham da mesma racionalidade econômica do Dilema do Prisioneiro não significa dizer que as situações modeladas são, na sua integralidade, idênticas àquelas verificadas no exemplo clássico do jogo²³. Apesar das constantes referências ao modelo, a utilização do Dilema do Prisioneiro pela literatura estrangeira não ocorreu de forma acrítica. O jogo serviu apenas como base para identificação de pontos de convergência e divergência entre a situação descrita no Dilema do Prisioneiro e a realidade que se buscava reprimir por meio dos programas de leniência anticoncorrenciais.

Uma adaptação importante feita no jogo, por exemplo, para adequá-lo à realidade dos cartéis (que são mais bem representados por jogos repetidos), e que serviu para identificar uma das principais regras dos programas de leniência (*first come, first served*)²⁴, foi primeiro identificada por Axelrod. Em 1998, o autor demonstrou que em um jogo como o Dilema do Prisioneiro que se repete inúmeras vezes, a estratégia dominante é a “*tit-for-tat*”, que consiste em adotar uma primeira estratégia de cooperação e observar a estratégia que o outro jogador irá escolher, imitando-a nas rodadas que se seguirem (COOTER; ULEN, 2016, p. 36).

Observou-se, assim, que essa peculiaridade, inerente à realidade dos cartéis, deveria ser abarcada no programa de leniência antitruste. Caso o programa não restringisse a possibilidade do acordo apenas ao primeiro proponente, a estratégia dominante passaria a ser a estratégia “*wait and see*”²⁵ (LUZ, 2017, p. 55) e o programa acabaria por não estimular ou manter o resultado subótimo desejado: a traição.

Com efeito, ao limitar a concessão de benefícios apenas ao primeiro signatário, o programa de leniência cria uma potencial assimetria nos *payoffs* dos agentes infratores.

²³ V. *supra*, nota 2.

²⁴ Trata-se, em síntese, de regra que limita a concessão dos benefícios do acordo de leniência ao primeiro proponente. O tópico será aprofundado na Seção 2.4.4.

²⁵ Trata-se de estratégia na qual o primeiro jogador, ao invés de ser o primeiro a trair os demais membros do conluio, opta por esperar que alguém o faça, uma vez que não há benefícios em ser o primeiro a tomar a decisão. Ao contrário, pode haver prejuízo reputacional.

Enquanto o agente signatário é capaz de lucrar com a prática ilícita, os demais infratores precisam arcar com todos os prejuízos advindos do poder sancionatório do Estado e com seus eventuais efeitos reflexos, como a perda de reputação, a redução da capacidade produtiva, etc.

O que se extraiu, portanto, do modelo do Dilema do Prisioneiro como fundamento à criação dos programas de leniência foi que eles deveriam funcionar como uma espécie de “vírus da instabilidade”. Nas palavras de Marrara (2013):

(...) além de restar sob o risco constante de investigação e de punição por conta da ação ex officio do Estado, o infrator passa a contar com a incerteza do comportamento dos comparsas. A leniência gera um ambiente de dúvidas e incertezas sobre a ‘cooperação infrativa’. Abala a confiança entre infratores. E isso se dá em virtude da regra conhecida como ‘first serve, first come’, ou seja, pela vedação de se celebrar uma segunda leniência caso já exista um acordo. A proibição de leniências cumulativas gera um estímulo à corrida pelo primeiro acordo, o que reforça a traição entre infratores”.

Note-se que não é qualquer tipo de ilícito que deve ser objeto de um acordo de leniência. Seu foco está em reprimir condutas ilegais envolvendo múltiplos agentes em coordenação, como cartéis e atividades similares. Ou seja, ações que apresentam peculiaridades que não são consideradas pelos modelos econômicos usuais que estudam o comportamento dos agentes desviantes (LUZ, 2017, p. 49): condutas bi ou multilaterais pautadas em relações de confiança com pretensão de durabilidade. Somente nesses casos, é possível afirmar que a inclusão de um programa de leniência afeta não só o cálculo dos potenciais benefícios individuais de cada membro, dentro da lógica da Teoria da Dissuasão²⁶, mas também a relação de interação estratégica estabelecida entre eles, colocando-os em situação similar àquela ilustrada no Dilema do Prisioneiro (LESLIE, 2006, p. 456) e desincentivando, com isso, a formação do conluio.

Em outras palavras, os programas de leniência devem ser capazes de afetar diretamente a estrutura de incentivos a ser ponderada no “jogo”. De acordo com o Memorando de Entendimentos nº 01/2016, celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Grupo de Combate a Cartéis da Procuradoria da República em São Paulo (PR/MPF/SP):

A inteligência do Programa de Leniência permite alterar o sistema de motivações dos agentes econômicos em setores cartelizados ou que podem se cartelizar, e gera uma instabilidade interna à conduta coordenada – consistente no risco de um integrante do cartel tomar a iniciativa de noticiá-lo ao poder público – que serve para restringir a racionalidade dos cartéis e evitar conluios

²⁶ Na teoria desenvolvida por Gary S. Becker (1968), todo sujeito é um ofensor da ordem jurídica em potencial. Por essa razão, o Estado deve preocupar-se com o grau de eficiência das normas, a partir da compreensão de que os indivíduos praticam infrações quando a utilidade esperada da conduta ilícita (violação às regras) excede a utilidade esperada que o agente poderia obter aplicando seus recursos em outras atividades (obediência às regras).

entre agentes econômicos nos diversos mercados que compõem a economia, especialmente diante do fato de que a leniência prestigia uma ordem de chegada, pela qual apenas o primeiro noticiante da existência do cartel se qualifica para o programa com prejuízo para os demais.

A introdução de novo risco à atividade delitiva, para além da capacidade de investigação e punição *ex officio* do Estado, integra, dessa forma, o núcleo dos programas de leniência. Mesmo em situações em que o risco de identificação *ex officio* do Estado não seja capaz de induzir a auto delação, os programas de leniência podem desincentivar a conduta delitiva ao ampliar o risco de os próprios membros do conluio a reportarem (GARTNER, 2014, p. 2)²⁷.

Frise-se, contudo, que, para que esse efeito ocorra, a “otimização do potencial investigatório” dos programas de leniência precisa, necessariamente, produzir efeitos para além do escopo processual do agente signatário. Caso contrário, os programas de leniência seriam desnaturalizados, constituindo-se em mero acordo de ajustamento de conduta ou de não persecução cível, sem aportes adicionais (ATHAYDE, 2021, p. 176).

É possível afirmar, portanto, que os programas de leniência conectam-se muito mais à prevenção de práticas ilícitas do que propriamente à restituição do *status quo ante* (CANETTI, 2020, p. 177). Apesar de seus possíveis efeitos práticos, a ideia original por trás dos programas de leniência é que a sua simples existência seja capaz de dissuadir a prática do ilícito. Eles visam, em última instância, enfraquecer a relação de confiança necessária à colusão, ao reduzir as expectativas de ganhos futuros, por meio do incentivo à traição entre os coinfratores e à cooperação entre o agente signatário e o Estado. Em outras palavras, a ideia é que os benefícios concedidos pela leniência sejam tão atrativos que a prática ilícita deixa de ser viável, porquanto o Equilíbrio de Nash²⁸ em eventual colusão seria sempre a estratégia de confessar.

Sendo assim, sob a perspectiva do Estado, os programas de leniência justificam-se pelo potencial dissuasivo²⁹ que possuem, seja pela inserção do elemento ‘desconfiança’ nas relações que se visa a combater ou pela otimização da capacidade investigatória do Estado (OCDE,

²⁷ Conforme leciona Fraser (2012, p. 1019), a desconfiança inserida pelo programa de leniência leva à denominada “corrida à delação” (*The Race to the Court Effect*), uma vez que os potenciais custos associados à confiança entre os infratores superam seus benefícios.

²⁸ Nas palavras de Fiani (2015, p. 94), “diz-se que uma combinação de estratégias constitui um equilíbrio de Nash quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para *todos* os jogadores”.

²⁹ Nas palavras de Santos (2014, p. 124), “o termo ‘dissuasão (do inglês ‘*deterrence*’) significa o ‘ato ou processo de desencorajar certo comportamento, especificamente pelo medo; especialmente, como objetivo do direito criminal, a prevenção do comportamento criminal em razão do medo de punição. A dissuasão pode ser geral ou especial. A dissuasão geral é traduzida como a dissuasão ‘*ex ante*’. A dissuasão especial, por sua vez, é ‘uma meta de uma condenação e pena específica para dissuadir o ofensor de cometer crimes no futuro. A dissuasão especial é traduzida como a dissuasão ‘*ex post*’.”.

2014). Reconhece-se que o Estado não é onipotente, onipresente e onisciente, e aceita-se, assim, a utilização de ferramentas jurídicas que, em um contexto ideal, não seriam aceitáveis (CANETTI, 2020, p. 30). Eles nascem do reconhecimento de que o Estado é falho, mas pode dispor de mecanismos que o auxiliem na consecução de suas finalidades. São, desse modo, um meio de identificar, punir e dissuadir atividades ilícitas de difícil detecção, nunca um fim em si mesmo.

Além de seu potencial efeito dissuasivo, programas de leniência podem facilitar a identificação de ilícitos; proporcionar a reunião de informações e documentos relevantes ao processo de investigação, capazes de comprovar a conduta noticiada e a participação dos demais envolvidos a um custo reduzido; auxiliar na condenação dos sujeitos às sanções cabíveis e à recomposição dos danos; facilitar o *enforcement* privado e o processo de reparação das vítimas; e obrigar as empresas a adotarem programas de *compliance* auditáveis (PIMENTA, 2020, p. 27-32 e 108). Nas palavras de Macedo e Sant’Ana (2019, p. 4):

Tudo isso torna justificável a concessão de imunidades ao signatário da leniência, tendo em vista o interesse público envolvido e os benefícios gerados para a sociedade advindos da deflagração e futura punição desses tipos de crimes e infrações, que até então seriam desconhecidos pelas autoridades.

Compreendida a lógica subjacente aos programas de leniência, passa-se agora a elucidar sua origem e seu processo de expansão. Entender essa história é essencial para identificar eventuais falhas na transposição da leniência norte-americana ao âmbito da Lei Anticorrupção.

2.2. Origem e expansão

Implementado pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DOJ) norte-americano em 1978, o “Programa de Leniência Corporativa” foi originalmente desenvolvido para desarticular e dissuadir a prática de cartéis (BRISSET; THOMAS, 2004, p. 6). Sua base legal tem como pano de fundo o *Sherman Antitrust Act*, que define, em sua Seção 1, no que consiste a prática de cartel (RUFINO, 2016, p. 36), limitando a possibilidade de negociação de acordos de leniência às hipóteses ali previstas.

Aprovado em 1890, o *Sherman Antitrust Act* foi a primeira legislação norte-americana a proibir práticas anticoncorrenciais (EUA, 1890). Sua origem remonta à monopolização da produção e distribuição de óleos pela Standard Oil Trust, empresa que aniquilou a concorrência por meio da criação de uma espécie de grupo econômico monopolista. Em síntese, o esquema

funcionava da seguinte forma: algumas empresas do ramo de produção e distribuição de óleos transferiam parte de suas ações a um grupo de administradores que, em troca de parcela da distribuição de lucro, concentrava todo poder de gestão (*Id.*). O ato foi considerado abusivo pelo congresso estado unidense e o *Sherman Antitrust Act* foi aprovado pelo Senado por 52 a 1 e pela Casa por unanimidade, 242 a 0 (*Id.*).

Em sua Seção 1, o *Sherman Antitrust Act* determina que todo contrato, combinação na forma de concentração ou não, ou conspiração que restrinja trocas ou comércios entre os vários Estados ou nações estrangeiras é declarado ilegal. Toda pessoa que fizer esse tipo de contrato ou que se envolver em qualquer combinação ou conspiração ilegal será considerada culpada pela prática de contravenção e, na hipótese de ser condenada, será punida com uma pena que não exceda cinco mil dólares ou prisão não superior a um ano, podendo as penas serem cumuladas, a critério do tribunal³⁰.

Apesar de ter sido criado com o intuito de dissuadir e punir práticas anticoncorrenciais, o *Sherman Antitrust Act* não foi capaz de atingir seu objetivo. Primeiro, porque os termos adotados pelo legislador foram vagos e incapazes de delimitar com precisão o que seriam práticas anticoncorrenciais (*Id.*). Segundo, porque práticas anticoncorrenciais, especialmente cartéis, são, em regra, extremamente difíceis de serem detectadas. Por essa razão, como uma forma de otimizar o combate a esses ilícitos, a DOJ criou, em 1978, o “Programa de Leniência Corporativa”.

Em sua origem, o programa oferecia ao signatário a isenção das multas aplicáveis em razão da prática ilegal, desde que ele fosse o primeiro a demonstrar interesse na celebração do acordo e a cooperar efetivamente com as investigações estatais. Ademais, a leniência era limitada às hipóteses em que o Estado não detivesse conhecimento prévio do ilícito e a sua concessão ficava à cargo da autoridade governamental, ou seja, “não era automática, deixando à DOJ grande carga de discricionariedade na sua implementação” (SPAGNOLO, 2008, p. 266).

Ante à baixa adesão verificada à época, os Estados Unidos reformularam o “Programa de Leniência Corporativa” no início da década de 90. Entendeu-se que o programa havia fracassado, já que, no período de 15 anos, a DOJ recebeu apenas 15 solicitações de leniência, resultando em uma média de 1 aplicação por ano (MOTCHENKOVA, 2004, p. 2). Ademais,

³⁰ Tradução livre de: Sec. 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, at the discretion of the court.

dessas 15 solicitações, 11 conseguiram efetivamente obter a leniência³¹ (CANETTI, 2020, p. 36), representando uma taxa de 73% de “sucesso”. Com isso, o “Programa de Leniência Corporativa” foi reformulado em 1993, transformando-se no *Amnesty Corporate Program*.

Apesar das inovações verificadas, o *Amnesty Corporate Program* manteve duas características essenciais do “Programa de Leniência Corporativa”.

A um, a possibilidade de celebração dos acordos de leniência permaneceu limitada ao primeiro proponente (EUA, 1993). Isso fez com que a DOJ criasse um “sistema de senhas” (*marker system*) transparente, em que o primeiro a solicitar a senha (*marker*) teria preferência na celebração da leniência. Caso o acordo não fosse celebrado, esse direito passaria para o segundo proponente e assim sucessivamente (OCDE, 2014, p. 2-4).

A dois, a exigência de cooperação efetiva por parte do signatário também permaneceu intacta. Só faz jus à leniência aquele que efetivamente auxilia o Estado no processo de apuração do ilícito e de condenação dos demais envolvidos.

Já no que diz respeito às inovações, o *Amnesty Corporate Program* alterou os requisitos para concessão da leniência e a extensão de seus benefícios. Quanto aos requisitos para sua concessão, o novo programa norte-americano ampliou a possibilidade de celebração de acordos de leniência às hipóteses em que o Estado detém informações sobre o ilícito, mas não possui provas suficientes para condená-lo (BELL; MILLAY, p. 15). Se antes a celebração de leniência só era permitida nas hipóteses de autodenúncia, ou seja, nos casos em que o Estado sequer tinha conhecimento do ilícito (leniência *ex ante*), com a instituição do *Amnesty Corporate Program*, a DOJ passou a possibilitar a celebração de leniência também nas hipóteses em que o Estado já detém esse conhecimento (leniência *ex post*) (FRASER, 2012, p. 1009).

Em outras palavras, atualmente as empresas podem celebrar o programa de leniência antes ou depois de a Divisão iniciar a investigação (RUFINO, 2016, p. 38). Se o acordo for solicitado sem que o Estado tenha conhecimento do ilícito, ou seja, antes de eventual investigação, estar-se-á diante de uma Leniência do “Tipo A”. Se, por outro lado, ele for solicitado após a abertura de processo investigativo, estar-se-á diante de uma Leniência do “Tipo B” (BARNETT; HAMMOND, 2008, p. 04-05). Em ambos os casos, todavia, exige-se

³¹ De acordo com Fraser (2012, p. 1015), dentre os 11 acordos de leniência celebrados no período de 1978 a 1993, 4 ocorreram nos 10 primeiros anos de validade do programa, ao passo que os outros 7 ocorreram no período de aproximadamente 5 anos, entre 1987 e 1993, após o Governo Norte-Americano encrudescer as penas previstas no Sherman Act.

que o proponente seja o primeiro a solicitar a leniência. Só assim ele poderá obter a isenção total das multas e eventuais benefícios criminais (*Id.*).

Outra inovação realizada pelo *Amnesty Corporate Program* diz respeito à ampliação dos benefícios concedidos à esfera criminal. Agora, o acordo de leniência da DOJ permite não apenas a isenção ou redução das sanções aplicáveis, a depender da existência ou não de informação prévia sobre o ilícito, mas também a extinção da punibilidade do signatário no âmbito criminal, desde que o acordo seja integralmente cumprido (FRASER, 2012, p. 1019).

Por fim, outra grande alteração trazida pelo *Amnesty Corporate Program* diz respeito à objetividade do programa (HAMMOND, 2004). A concessão da leniência deixou de ser discricionária e passou a ser objetiva. A partir do momento em que o signatário cumpre todos os requisitos legais, ele passa a ter direito subjetivo à leniência. É exatamente por isso, inclusive, que a leniência não pode ser vista como um processo de negociação. Os benefícios não estão à disposição da Administração Pública para serem negociados. Se o agente infrator cumprir efetivamente com todas as determinações legais, o Estado é obrigado a conceder os benefícios correspondentes.

Com efeito, a inovação quanto à existência de direito subjetivo à leniência³², mais que uma alteração impensada, representa um grande indicativo da racionalidade econômica que fundamenta o programa norte-americano e que o diferencia de outros mecanismos de negociação, como o *plea bargaining*³³³⁴.

Nas palavras de Canetti (2020, p. 33), a limitação do objeto passível de ser transacionado (sanções impostas à prática de cartéis) e a existência de requisitos pré determinados que permitem ao signatário fazer jus à leniência sem depender da discricionariedade da autoridade governamental “têm a finalidade de promover um ambiente no qual seja mais racional ao agente

³² Ao discorrer acerca da natureza jurídica dos programas de leniência no Brasil, Luz (2016, p. 106) chama atenção para o fato de que “as pessoas interessadas têm direito subjetivo a *celebrar* um acordo de leniência, mas isto não torna a assinatura do acordo pela autoridade um ato totalmente vinculado, porque cabe à autoridade competente analisar a proposta de acordo, que somente será rejeitado se o proponente deixar de atender a algum dos requisitos ou se as informações fornecidas não forem suficientes para que o acordo alcance os resultados estabelecidos, conforme previsto nas leis, ou seja, mediante fundamentação adequada por parte da autoridade. A discricionariedade do Poder Público é reduzida, pois se restringe à análise do atendimento aos requisitos e resultados exigidos, que uma vez ocorrido deverá levar à celebração do acordo proposto.”

³³ Douglas (1984, p. 169) define o *plea bargaining* como sendo uma transação realizada no âmbito Judicial, em que há uma troca de benefícios entre acusação e defesa. Para um aprofundamento do tema, v. Alves, 2018.

³⁴ Para Strang (2014), os objetivos do acordo de colaboração, como é o caso do acordo de leniência, distinguem-se dos objetivos do *plea bargaining*, sendo o primeiro, em essência, instrumento de investigação. Nesse sentido, o foco do acordo de colaboração não é o reconhecimento da culpa *per se*, sendo este apenas um meio para a obtenção de evidências que permitam a persecução de outros participantes do ilícito, ao passo que, no *plea bargaining*, a admissão de culpa tem por fito dar celeridade à condenação Estatal, reduzindo, assim, o risco de eventual perda judicial.

cooperar com o Estado que com os coparticipantes no ilícito – e que, em última análise, sequer seja racional associar-se para delinquir”.

Após sua reformulação, o programa de leniência antitruste norte-americano passou a contar com maiores taxas de adesão. Em termos estatísticos, a média de proposituras de leniência passou para 20 ao ano (GABAN, 2007, p. 3).

Diante do aparente sucesso do *Amnesty Corporate Program*, vários países mundo afora, incluindo o Brasil, passaram a instituir seus próprios programas de leniência³⁵. De acordo com a OCDE (2013, p. 13-15), no período de 1998 a 2011, houve um crescimento de 72% na instituição de programas de leniência no ordenamento jurídico interno em um grupo de cinquenta e quatro jurisdições analisadas. Hoje, mais de 75 países possuem programas de leniência em suas jurisdições (ICN, 2017), cada qual com suas peculiaridades³⁶.

É preciso observar, contudo, que a adoção de programas de leniência por outras jurisdições não é somente fruto de um suposto reconhecimento generalizado do sucesso da política de combate a ilícitos concorrenciais adotada pelos EUA. A verdade é que, em um contexto globalizado como o atual, as práticas de cartéis não se limitam às fronteiras de um único país. Tratam-se, em regra, de delitos transnacionais. Isso faz com que estratégias pró e anticompetitivas enfrentem políticas de concorrência em múltiplas jurisdições, o que, nas lições de Budzinsk (2014, p. 1), acarreta desvantagens consideráveis que precisam ser superadas³⁷.

Especialmente em um contexto mercadológico, a globalização das relações econômicas torna necessária a adoção de estratégias convergentes de combate aos ilícitos concorrenciais, uma vez que “a eventual existência de jurisdições com legislação deficitária em relação a tais temas poderia comprometer a eficácia das iniciativas implementadas por outras localidades” (CANETTI, 2020, p. 40).

Cientes dessa realidade, vários organismos internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização das Nações Unidas

³⁵ Em nível supranacional, a União Europeia (EU) foi a primeira a seguir o exemplo dos EUA, implementando o European Leniency Program em 1996 (CAMPINO, 2018, p. 157).

³⁶ Ressalte-se, todavia, que, apesar de a maior das jurisdições terem adotado programas de leniência nos últimos 20 anos, o número de pedidos de leniência reduziu ao longo do período de 2015 a 2020, e foi concentrado em poucas jurisdições. A título de exemplo, apenas 4 jurisdições representaram 53% de todos os pedidos de leniência e, dentre 48 países que adotaram o programa e estão inseridos no banco de dados da OCDE, 20 jurisdições concentram 91% de todos os pedidos (OCDE, 2022, p. 14).

³⁷ Em seu texto, o autor sugere a criação de um modelo de “jurisdição líder (mandatória ou voluntária)” como alternativa à insegurança jurídica derivada dos conflitos de competências existentes no âmbito da Defesa da Concorrência internacional. Apesar de imperfeita, sustenta-se que a solução pode ser viável e positiva ao contexto analisado, por garantir transparência, previsibilidade e segurança jurídica aos acordos negociados. Para mais informações, v. Budzinsk, 2014.

(ONU), passaram a recomendar fortemente que países signatários adotassem políticas anticoncorrenciais com características convergentes em seus ordenamentos jurídicos internos. Dentre elas, os programas de leniência (CANETTI, 2020, p. 41). Presumia-se que a adoção de respostas comuns a “problemas comuns” poderia impactar positivamente na eficiência desses instrumentos normativos e, em última análise, no combate a práticas anticoncorrenciais.

Diante do contexto de aparente sucesso do *Amnesty Corporate Program*, e em atenção às exigências impostas por organizações internacionais, portanto, a propagação do instituto consubstanciou-se em uma realidade incontestável. Mais do que isso, os programas de leniência foram sendo incorporados por alguns ordenamentos jurídicos como respostas a outros ilícitos para além dos ilícitos concorrenciais.

Não se pode olvidar, contudo, que, apesar de suas relevantes contribuições ao combate à prática de cartéis, essa febre da leniência “traz consigo desafios e perplexidades” (CANETTI, 2020, p. 46) que precisam ser avaliadas com cautela. Mesmo no âmbito concorrencial, é preciso ter em mente que cada jurisdição é única, e que essa assimetria existente impossibilita a transposição pura e simples de instrumentos jurídicos sem a devida adequação.

Especialmente no caso de programas de leniência, em que as normas integram o cálculo de custo-benefício do ilícito e da delação, estar atento a eventuais problemas que possam advir da implementação equivocada desse instituto é essencial. Compreender sua essência também é necessário para identificar institutos que, apesar de possuírem uma roupagem similar aos programas de leniência, não podem com eles ser confundidos.

Outro ponto de cautela que precisa ser observado é que nem mesmo no contexto antitruste norte-americano, onde ele foi originalmente estruturado, a teorização dos programas de leniência encontra-se consolidada. A literatura ainda não é pacífica quanto aos elementos que devem compor um programa de leniência efetivo e existem vários estudos empíricos que chegam a conclusões divergentes quanto ao desenho ótimo da leniência.

Não obstante a existência dessas divergências literárias, é possível identificar algumas características frequentemente associadas à efetividade dos programas de leniência. Tanto sob uma perspectiva exógena, conectada à forma como esses instrumentos são concebidos e conduzidos pelo Estado, quanto sob uma perspectiva endógena, conectada ao desenho da leniência em si, ou seja, aos requisitos necessário à sua concessão e seus potenciais benefícios. Entendê-las auxiliará na compreensão, primeiro, da adequação do programa de leniência à esfera antitruste brasileira e, segundo, à esfera anticorrupção.

2.3. Requisitos centrais dos Programas de Leniência

Antes de ilustrar as características frequentemente associadas à otimização do desenho dos programas de leniência, faz-se necessário compreender dois pilares básicos desses institutos, sem os quais nem mesmo o programa mais bem estruturado seria capaz de se sustentar. O primeiro conecta-se a três elementos distintos, porém interligados: transparência, previsibilidade e segurança jurídica. O segundo, à imposição de sigilo.

Ante a importância desses elementos, apresenta-se, a seguir, breves considerações acerca de suas delimitações, seus impactos e suas relevâncias à estruturação das políticas de leniência.

2.3.1. Transparência, previsibilidade e segurança jurídica

Sob a perspectiva da Teoria dos Jogos, os conceitos de transparência, previsibilidade e segurança jurídica possuem relevância prática. Para além do plano teórico, eles representam variáveis a serem efetivamente ponderadas pelo agente infrator no processo de decisão. Não é, portanto, sobre a justiça inerente à aplicação desses princípios. É sobre o impacto que essas variáveis produzem no resultado esperado do “jogo”.

Decisões estratégicas dependem da capacidade de o agente racional identificar e compreender as recompensas que estão em jogo. Se o contexto é de completa ignorância, não há que se falar em ponderação racional. Qualquer decisão seria um tiro no escuro. Nesse sentido, o primeiro requisito básico para que o programa de leniência seja efetivo é a existência de normas gerais e abstratas que sejam claras e transparentes, podendo, com isso, serem sopesadas pelo agente infrator (SPAGNOLO, 2008, p. 262).

Note-se que, aqui, o conceito de transparência e previsibilidade representam dois lados de uma mesma moeda. Enquanto a transparência conecta-se à capacidade de o Estado estipular normas objetivas, cristalinas e acessíveis à população, a previsibilidade conecta-se à capacidade de o indivíduo compreender essas normas e ponderá-las na análise da Utilidade Esperada do ilícito³⁸. A previsibilidade depende, portanto, da transparência – ou seja, da existência prévia

³⁸ Este tópico será abordado na Seção 2.4.1.

de regras públicas e objetivas³⁹, as quais não comportam, ou ao menos não deveriam comportar, debates hermenêuticos.

De acordo com Marrara (2013, p. 196), a transparência pressupõe a existência de normas simples e inteligíveis, amplamente divulgadas pelo Estado a partir de meios ativos de comunicação e de conscientização social quanto aos benefícios e riscos inerentes ao procedimento de leniência. Nesse sentido, tudo precisa ser o mais cristalino possível, para que o agente infrator compreenda, com facilidade, em qual modelo de jogo ele está inserido: desde os requisitos para celebração do acordo; os benefícios ofertados em caso de leniência *ex ante* ou *ex post*; a abrangência do programa; a(s) autoridade(s) competente(s) pelos procedimentos de negociação, celebração e fiscalização; os documentos necessários à deflagração do processo; as garantias procedimentais; a duração de cada etapa; o nível de exigência requerida quanto às informações e provas apresentadas; etc.; até os eventuais riscos envolvidos no procedimento como um todo.

Nas palavras de Hammond (2004):

A terceira e última característica de um programa de leniência efetivo é a necessidade de transparência no maior grau possível. A auto delação e cooperação vêm sendo essencial à detecção e persecução de cartéis. A cooperação de infratores, por sua vez, vem sendo dependente de nossa capacidade de prover transparência em todo o nosso programa de leniência, para que a empresa possa prever com alto grau de certeza como ela será tratada se ela se reportar e quais as consequências se ela não se reportar⁴⁰.

A lógica é simples. A certeza ($p = 1$) de que a ação 'A' leva ao resultado 'B', simplifica a escolha do sujeito que deseja evitar ou alcançar este resultado. A incerteza ($1 > p > 0$) dessa consequência, por outro lado, dificulta o processo de decisão. Isso porque, nesta hipótese, a probabilidade da ocorrência do resultado precisará ser estimada para que o agente possa adotar uma decisão estratégica. O problema é que, na prática, a identificação dessa probabilidade é, em regra, extremamente difícil (senão impossível) de ser obtida e o ganho hipotético da confissão não seria capaz de superar o ganho real da permanência no ilícito. Nas palavras de Rufino (2016, p. 53):

³⁹ Spagnolo (2008, p. 262) ressalta, ainda, que a publicidade deve ir além da simples previsão legal, abarcando também a necessidade de as regras serem conhecidas pela comunidade jurídica e empresarial.

⁴⁰ Tradução livre de: The third and final hallmark of an effective Amnesty Program is the need for transparency to the greatest degree possible throughout the enforcement program. Self-reporting and cooperation from offenders have been essential to our ability to detect and prosecute cartel activity. Cooperation from violators, in turn, has been dependent upon our readiness to provide transparency throughout our anti-cartel enforcement program so that a company can predict with a high degree of certainty how it will be treated if it reports the conduct and what the consequences will be if it does not.

(...) a linguagem condicional relativa ao que será concedido – e em que circunstâncias – pode funcionar como um inibidor de novas delações, especialmente nos casos onde a autoridade não tem conhecimento sobre a prática e está, desta forma, em posição de vulnerabilidade em relação ao esquema criminoso.

Um programa de leniência que estipula benefícios objetivos e transparentes, portanto, tem maior probabilidade de ser efetivo que um programa de leniência cujos benefícios e parâmetros de concessão são obscuros. No cenário em que os benefícios são transparentes e objetivos, o agente racional é capaz de calcular, sem qualquer empecilho, o custo-benefício da infração e, se necessário, da leniência. No cenário em que os benefícios não são transparentes e objetivos, por sua vez, o cálculo é dificultado de maneira significativa, restringindo o universo de sujeitos passíveis de celebrarem leniência com o Estado, a partir de uma escolha racional (ponderação de recompensas), e limitando, com isso, a capacidade dissuasiva dos programas de leniência.

Com efeito, deve-se ter em mente que, ainda que o Estado seja capaz de prever a decisão de um agente racional a partir de determinado desenho de leniência, porquanto ele detém as informações relevantes ao processo de tomada de decisão do agente infrator, para que o seu cálculo seja válido e tenha efeitos práticos, o agente infrator também precisa ter acesso a essas informações.

A título de exemplo, se o benefício a ser ponderado é a isenção da multa aplicável, é muito mais fácil para o agente infrator calcular as vantagens da leniência na hipótese de o programa estipular isenções objetivas com parâmetros de cálculo pré-definidos (se A, logo B), a calcular sua vantagem na hipótese de o programa prever gradações sem parâmetros objetivos de análise.

Trazendo esse exemplo para o mundo concreto, conforme será abordado na Seção 3.3., diferentemente do programa de leniência do CADE, o programa de leniência da Lei Anticorrupção apenas reduz, em até 2/3 (dois terços), o valor da multa aplicável (art. 16, §2º). Qualquer que seja a hipótese – acordo celebrado antes ou durante o processo de investigação – o benefício máximo a ser obtido pelo signatário será a redução da multa. Ainda assim, o agente não tem acesso ao *quantum* será reduzido de fato, já que não há, na Lei, parâmetros objetivos a serem observados pela autoridade governamental na dosimetria da leniência⁴¹. Essa ausência

⁴¹ O Decreto nº 8.420/2015 apenas estipula, em seu art. 23, que “com a assinatura do acordo de leniência, a multa aplicável será reduzida conforme a fração nele pactuada, observado o limite previsto no §2º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013”. Ademais, a Instrução Normativa da Controladoria-Geral da União nº 02 de 2018 (IN/CGU 02/2018) apenas traz a parametrização para o cálculo da multa administrativa, não dispondo sobre o cálculo do percentual concedido em eventual acordo de leniência.

de parametrização, aliada à impossibilidade de o agente infrator averiguar a probabilidade de o benefício se aproximar de seu limite máximo ou mínimo, pode ser decisiva à sua tomada de decisão. Especialmente quando não há nenhum risco iminente de o Estado detectar o conluio *ex officio*.

É por essa razão que Macedo e Sant’Ana (2019, p. 9) recomendam que as autoridades elaborem guias e manuais que exponham os requisitos à adesão do programa de leniência, bem como delimitem, com precisão, quais documentos e informações são suficientes para a concessão dos benefícios, quem tem legitimidade para celebrar o acordo, qual o prazo de duração do processo e como se dão as negociações.

Por outro lado, não obstante a evidente necessidade de o programa de leniência ser transparente e previsível, não basta que o agente infrator seja capaz de avaliar racionalmente o jogo posto. É preciso que ele tenha segurança jurídica⁴² de que os resultados previstos ocorrerão na prática, ou seja, que o Estado observará a norma posta e concederá os benefícios estipulados, caso a sua escolha seja pela celebração da leniência. Em outras palavras, o agente infrator precisa ter a certeza de que o Estado irá cumprir com aquilo que foi acordado no plano político-jurídico.

Nesse sentido, a comprovação histórica da seriedade, do profissionalismo, da boa-fé e da respeitabilidade das entidades, dos órgãos e das autoridades competentes tornam-se indispensáveis à construção da credibilidade do programa de leniência (MARRARA, 2017, p. 199). A boa-reputação estatal constitui elemento essencial à preservação do instituto. Caso contrário, corre-se o risco de o programa tornar-se ineficaz (FILHO; FILHO, 2018).

Conclui-se, assim, que transparência, previsibilidade e segurança jurídica configuram um dos pilares dos programas de leniência, sem o qual não seria possível cogitar o correto funcionamento desses institutos, sob a perspectiva da AED. No entanto, conforme mencionado anteriormente, este não é o único pilar essencial ao bom funcionamento do instituto. Para além da necessidade de se estabelecer normas transparentes e previsíveis a serem observadas pelo Estado, é preciso também que as negociações advindas dos programas de leniência tenham caráter sigiloso, conforme será ilustrado na Seção a seguir.

⁴² Para Siches (1975, p. 220), o princípio deve ser compreendido como a verdadeira essência do Direito: garantir segurança à vida social.

2.3.2. Sigilo

Indiscutivelmente, o sigilo assume papel central nas políticas de leniência. Ele é, ao mesmo tempo, uma das razões que justifica a sua implementação – na medida em que é o caráter sigiloso das condutas anticoncorrenciais que legitima sua utilização por parte do Estado – e um dos elementos imprescindíveis à sua efetividade. Não fosse o sigilo inerente às práticas de cartéis, por exemplo, os programas de leniência sequer seriam socialmente justificáveis (OCDE, 2014). Por outro lado, não fosse o sigilo concedido ao processo de negociação do acordo, os programas de leniência não seriam eficazes (CARUSO, 2010).

Sob a perspectiva da eficácia, por sua vez, o sigilo assume duas facetas igualmente relevantes. A primeira, conecta-se à necessidade de sua manutenção no processo de investigação. Sem essa ressalva, o Estado poderia pôr em xeque todos os potenciais benefícios advindos da política de leniência. Qualquer vazamento de informações, seja ele interno ou externo, poderia resultar na inutilidade dos esforços envidados pela autoridade governamental. Isso porque, ao tomar conhecimento de que há um acordo de leniência sendo celebrado, por exemplo, os demais membros do conluio poderiam se reunir para destruir provas e criar obstáculos às investigações (RUFINO, 2016, p. 60).

Já a segunda faceta diz respeito à perspectiva do próprio agente infrator. Especialmente em jurisdições como a brasileira, em que o mesmo fato enseja a atuação repressiva de diversos órgãos de controle, a garantia de sigilo é imprescindível à atratividade do programa (CANETTI, 2020, p. 84-85). Tanto o sigilo durante o processo de negociação, como o sigilo após a celebração ou o descarte da leniência são necessários. Em todas as fases, é preciso que o Estado mitigue os prejuízos tangíveis e intangíveis inerentes à delação, tornando-a atrativa ao delator.

Seguindo essa linha, ao avaliar a possibilidade de reação instantânea dos demais membros do conluio à celebração da leniência, nas hipóteses em que o acordo é celebrado sem sigilo, Motchenkova (2004, p. 24) conclui que o programa perde efetividade. Em outras palavras, para a autora, quando o procedimento de leniência é sigiloso, a ocorrência do cartel é menos provável.

Nas palavras de Rufino (2016, p. 62):

A construção de uma relação de confiança entre as partes envolvidas, como já assinalado, é pré-requisito para mitigar os pesados incentivos contrários à confissão que se apresentam ao potencial delator que pondera sobre a conveniência de utilizar a via da delação. O sigilo, assim como a garantia de uma porta de saída segura caso as negociações sobre o acordo fracassem,

fortalece um programa de leniência na medida em que proporciona um ambiente favorável a que a autoridade investigadora invista tempo e recursos na definição das informações requeridas, na checagem de sua validade e na indução de comportamentos cooperativos do beneficiário da leniência que viabilizem um acordo robusto, tanto na amplitude dos fatos relatados quanto na segurança sobre a sua veracidade. Não menos importante, franqueia ao delator o tempo e a tranquilidade necessários ao bom cumprimento das missões que lhe serão designadas pela autoridade, além de prover certo conforto sobre os ricos associados ao insucesso das negociações.

A garantia de sigilo durante o processo de negociação, portanto, mantém disponíveis ao proponente as opções de desistir ou dar prosseguimento à delação sem que isso implique custos de retaliações externas ou de utilização indevida das informações prestadas pelos órgãos de controle, estejam eles diretamente envolvidos no processo ou não (OCDE, 2001, p. 3).

Diante dessa necessidade, no âmbito do SBDC, é possível perceber uma tendência de proteção quanto ao sigilo das informações concedidas pelo agente signatário, tanto sob uma perspectiva interna ao próprio órgão concedente, com a instituição do denominado “*chinese wall*”, quanto sob uma perspectiva externa, que advém de decisões do Poder Judiciário.

Em síntese, o “*chinese wall*” constitui-se na divisão interna das funções inerentes ao processo de responsabilização (GUIMARÃES, 2017, p. 6). Enquanto alguns servidores são responsáveis por instaurar e conduzir processos de investigação autônomos; outros são responsáveis por negociar acordos de leniência; outros por julgar a responsabilidade dos agentes envolvidos; e assim por diante, não havendo comunicação, *a priori*, entre aqueles que negociam e aqueles que investigam ou julgam. Ao menos não de forma prejudicial ao proponente. Somente depois que o acordo é celebrado, os servidores que negociaram a leniência podem compartilhar as informações com aqueles que irão dar andamento ou seguimento ao processo de investigação e punição dos demais envolvidos.

Essa divisão é necessária para que o proponente tenha segurança de que as informações compartilhadas com determinados servidores não serão utilizadas contra ele, caso ele opte por não celebrar a leniência, porquanto não é da competência desses mesmos servidores instaurar o processo de responsabilização administrativa (PAR) ou julgar os ilícitos.

Já em relação à perspectiva externa, é preciso ter em mente que existe apenas uma tendência à consolidação das decisões do Poder Judiciário acerca dos limites do compartilhamento de informações no âmbito dos programas de leniência (o limite do sigilo). Até então nenhum posicionamento foi, de fato, consolidado (PIMENTA, 2020, p. 163).

A tendência que se observa, por sua vez, é a da permissão do compartilhamento de informações entre os diferentes órgãos da Administração Pública, desde que esses órgãos não utilizem as informações obtidas contra o próprio signatário⁴³. Essas decisões também esbarram na limitação dos efeitos da leniência e na obrigatoriedade de observância do acordo celebrado pelos demais órgãos.

Percebe-se, desse modo, que o sigilo é uma garantia de que o proponente não terá que arcar com eventuais custos antecipados ou superiores àqueles previstos. No entanto, o sigilo por si só não garante que o programa de leniência será atrativo. A princípio, a atratividade do programa de leniência depende do seu desenho normativo.

Com o fito de identificar as justificativas por trás dos elementos que supostamente compõem o desenho ótimo do programa de leniência, para avaliar, posteriormente, se a lógica subjacente se sustenta no âmbito do combate à corrupção, o próximo tópico será dedicado à elucidação das características frequentemente associadas à atratividade desses programas.

2.4. Características associadas à atratividade dos programas de leniência

Não se pode perder de vista que o fundamento e a origem dos programas de leniência estão intrinsecamente conectados ao combate de cartéis. Nesse sentido, os principais estudos existentes acerca das características associadas à efetividade dos programas de leniência têm como pano de fundo relações de cartéis, sob a ótica da Teoria dos Jogos.

Por essa razão, apesar de existirem outros delitos que se assemelham à lógica fundante dos cartéis, inclusive delitos de corrupção, na prática é preciso cautela na hora de exportar os ensinamentos observados no âmbito concorrencial. Não só pelo fato de eles não serem unânimes na doutrina especializada, mas também porque o próprio conceito de corrupção é incerto, podendo englobar delitos associativos ou não – conforme será demonstrado no decorrer desta dissertação.

Tendo isso em mente, apresentam-se, a seguir, as principais características associadas à atratividade dos programas de leniência antitruste, úteis à presente dissertação.

⁴³ Para mais informações sobre o tema, v. Pimenta (2020).

Isso não quer dizer, é claro, que essas sejam as únicas características relevantes à análise da efetividade dos programas de leniência como um todo, mas sim e apenas que o estudo desses atributos será útil para o desenvolvimento deste trabalho.

2.4.1. Expectativa de sanções elevadas

Não obstante a relevância dos requisitos supracitados, não basta que os programas de leniência sejam claros, transparentes e previsíveis. Nem mesmo que o Estado observe efetivamente a norma posta. É preciso que eles sejam desenhados de forma a desestabilizar a confiança necessária à prática do ilícito, evitando-se, com isso, seu possível efeito colusivo.

O conceito de sanção está intrinsecamente relacionado ao conceito de custo. Sanções são penalidades. Algo não desejável. Elas podem ser objetivas, numéricas e quantificáveis, como é o caso de sanções econômicas, ou subjetivas, psicológicas e não quantificáveis, como é o caso de sanções que afetam outros bens jurídicos, como liberdade, honra e reputação. Qualquer que seja sua natureza, todavia, sob a perspectiva do Estado, elas devem representar um custo suficientemente alto para evitar a prática de determinada conduta ilícita (*public enforcement*).

Nas lições de Becker (1968, p. 177), a dissuasão de qualquer conduta relaciona-se à noção de utilidade esperada, a qual pode ser descrita pela seguinte fórmula:

$$EU_j = p_j U_j (Y_j - f_j) + (1-p_j) U_j (Y_j) = U_j (Y_j) - p_j U_j f_j$$

Neste caso, para um agente j , EU_j representa a utilidade esperada, U_j , a função utilidade, Y_j , a recompensa monetária e/ou psicológica⁴⁴ do delito, f_j , o equivalente monetário e/ou psicológico da punição, e p_j , a probabilidade de detecção e punição da conduta. A partir deste cálculo, o agente é capaz de decidir, racionalmente, se o crime compensa. Se a utilidade esperada (benefícios do ilícito) superar eventuais punições, levando-se em consideração tanto o tamanho da pena, quanto a probabilidade de ela ser aplicada, a conclusão óbvia é de que vantajoso praticar o ilícito.

Note-se que uma das variáveis que reduzem a EU_j é justamente o equivalente monetário e psicológico da punição. Nesse sentido, quanto mais severa for a sanção, menor a probabilidade de o agente praticar o ilícito.

⁴⁴ De acordo com Silva e Marin (2020, p. 8), os comportamentos que acarretem determinadas recompensas geram satisfação ao indivíduo, criando a tendência de que sejam repetidos.

É preciso observar, contudo, que não basta uma sanção extremamente alta para que a conduta seja desestimulada. O risco de sua aplicação também precisa ser significativo. Ou seja, é necessário que a probabilidade de detecção e punição assuma valores que tornem a sanção esperada superior à recompensa esperada.

Não obstante o nítido impacto que a elevação de sanções pode produzir na dissuasão de práticas delitivas, existem limites constitucionais à punição aplicável. O princípio da proporcionalidade, por exemplo, veda a aplicação de punições exacerbadas (CANETTI, 2020, p. 64).

Ampliar o equivalente esperado da punição (f_j), dentro dos limites constitucionais, é, portanto, uma estratégia válida de dissuasão da conduta ilícita. Entretanto, para que a ampliação das sanções tenha impacto positivo também na efetividade dos programas de leniência, ela não pode ocorrer de forma desconexa. É preciso que os benefícios concedidos pela leniência também sejam elevados ou que o Estado maximize a efetividade do seu poder sancionatório por outras vias (*ex officio*). Caso contrário, o agente infrator não terá incentivos para delatar a conduta.

Ao combinar elevadas sanções à elevados benefícios, o Estado estaria adotando uma estratégia denominada “*sticks and carrots*”, na qual elementos dissuasivo, como a aplicação de sanções (*sticks*), e a concessão de incentivos positivos à adoção de determinadas condutas (*carrots*) são conjugados, possibilitando o fortalecimento do *enforcement* público. Nas lições de Andreoni *et al* (2003, p. 901):

Nós encontramos, primeiro, de forma surpreendente, que recompensas sozinhas são relativamente ineficazes em reprimir a conduta daqueles mais egoístas. Segundo, punições ampliam a cooperação ao eliminar ofertas mais egoístas, empurrando os infratores à graus mais elevados de cooperação. Combinar recompensas e punições, por outro lado, teve um efeito significativo. No tratamento “*carrots-sticks*” (recompensas e punições), a oferta modal foi a mais generosa possível, com frequência levando os agentes à recompensa. Embora recompensas generosas não dependam de punições, tal generosidade só foi alcançada quando a possibilidade de punição existia. Isso indica que recompensas e punições atuam de forma complementar.⁴⁵

⁴⁵ Tradução livre de: We find, first, and perhaps surprisingly, that rewards alone are relatively ineffective in moving the modal offer away from the most selfish one possible. Second, punishments improved cooperation by eliminating extremely selfish offers, pushing proposers in the Stick treatment to modest degrees of cooperation. Combining rewards and punishments had a very strong effect. In the Carrot-Stick treatment the modal offer was the most generous one possible, often leading to rewards by responders. Even though generous offers were not punished, such generosity was only reached when the threat of punishments existed. This indicates that rewards and punishments act to complement one another.

Seguindo essa lógica, os programas de leniência precisam premiar significativamente o delator, ao mesmo tempo em que o Estado precisa punir severamente aqueles que não delataram. Essa combinação de requisitos amplia o receio de o agente se envolver ou permanecer em conluio, já que aumenta as chances de traição e, conseqüentemente, a probabilidade de detecção e punição da conduta por parte do Estado (pj), além de ampliar o equivalente monetário e psíquico da pena (fj).

2.4.3. *Extensão dos benefícios*

A análise da quantificação ótima dos benefícios a serem concedidos por um programa de leniência depende não somente da compreensão da legislação em que o programa encontra-se inserido, e sob essa perspectiva, das sanções que ele pode isentar, mas também do contexto sistêmico do poder sancionatório estatal. A depender da conduta praticada, o mesmo ato produzirá efeitos em esferas distintas (a exemplo das esferas administrativa, cível e criminal), ensejando a atuação do Estado de forma difusa.

Mais do que isso, é preciso ter em mente que os ilícitos associativos que os programas de leniência visam a combater são praticados, em regra, por empresas ou grupos empresariais. Acontece que a ideia de empresa, enquanto ente autônomo tomador de decisões, nada mais é que uma abstração jurídica. Na prática, são os indivíduos que tomam as decisões de respeitar ou desrespeitar a norma. Logo, eles também, enquanto indivíduos, estarão sujeitos as sanções.

Para serem efetivos, portanto, os programas de leniência precisam oferecer benefícios suficientes dentro de uma perspectiva sancionatória global (sistêmica), levando em consideração não apenas seu âmbito de incidência, mas também os demais poderes sancionatórios do Estados, referentes tanto à pessoa jurídica, quanto à pessoa física.

Em outras palavras, toda essa cadeia de ‘causa e consequência’ precisa ser observada, para que se possa desenhar um programa de leniência que seja verdadeiramente efetivo. Afinal, é o poder sancionatório do Estado como um todo, e não apenas uma parcela dele, que irá constituir o equivalente monetário e psíquico (fj) a ser ponderado por todos os jogadores (pessoas jurídicas e pessoas físicas).

Programas de leniência mais sutis (ou moderados⁴⁶) são aqueles que garantem apenas imunidade parcial ao signatário, ou seja, um abrandamento das sanções aplicáveis, ao passo que programas de leniência mais robustos, são aqueles que garantem imunidade total e, preferencialmente, estendem seus benefícios às pessoas físicas que praticaram a conduta ilícita.

Quanto à leniência parcial, Chen e Harrington (2005, p. 16), argumentam que, além de não ser eficaz (atrativa), ela pode gerar um efeito pró-colusivo à manutenção do cartel. Isso porque, ao reduzir a recompensa esperada da delação, a manutenção da prática delitativa se tornaria mais lucrativa, aumentando sua estabilidade.

Na mesma linha, Buccirossi e Spagnolo (2006, p. 1296) sugerem que a leniência parcial pode ser explorada por infratores em ilícitos ocasionais (não repetidos), proporcionando a ferramenta necessária à estabilização desses conluíus.

A lógica é simples. Em cartéis pontuais, os elementos “confiança”, “reputação” e “ganhos futuros” deixam de existir e o cartel se torna extremamente instável, uma vez que não existem formas acessíveis de seus membros exigirem (forçarem) o cumprimento do acordo ilícito dos demais. O primeiro a cumprir com o acordo assumiria uma posição de vulnerabilidade. Isso porque, após sua movimentação, a estratégia mais benéfica para os demais membros pode vir a ser a estratégia de não praticar a conduta ilícita. Afinal, para eles é irrelevante o impacto que essa “traição” terá em suas reputações, já que o delito é pontual. Eventuais ganhos advindos da prática prolongada do cartel também não entrariam na ponderação dos *payoffs* pelo mesmo motivo. A existência de um programa de leniência parcial, todavia, constitui-se em elemento de coerção ao cumprimento desse ilícito. Por não ser benéfico o suficiente, ele não é capaz de dissuadir a conduta. Contudo, ele gera uma assimetria nos *payoffs* dos indivíduos, podendo ser utilizado como uma forma de coagir os demais membros do cartel a cumprirem com o acordado.

Por outro lado, se a imunidade concedida for total, esta recompensa integraria o cálculo dos eventuais benefícios advindos do ato colusivo, reduzindo suas expectativas de ganhos futuros e desestabilizando, com isso, o cartel (MOTTA; POLO, 2003; p. 375).

Seguindo uma lógica estritamente econômica (eficácia acima de validade ou justiça), Spagnolo (2004, p. 3-4) chega a propor a introdução de uma espécie de “recompensa positiva”. Como o próprio nome sugere, trata-se de concessão de benefícios àqueles que, tendo participado do conluio, o delatarem ao Estado. Para o autor, o programa deveria ser

⁴⁶ Termo utilizado por Buccirossi e Spagnolo (2006) para se referir à leniência parcial.

autossustentável, de modo que o total das recompensas concedidas ao leniente equivaleria à soma das sanções aplicadas aos demais membros do conluio.

Apesar de o raciocínio construído pelo autor ser coerente, a maioria das jurisdições tendem a resistir à ideia de conceder prêmios àqueles que delinquiram. Muito provavelmente por questões éticas e morais. Há, inclusive, quem sustente que a leniência *plus*⁴⁷ funciona como uma espécie de recompensa positiva moderada, estimulando a formação de múltiplos cartéis (WILS, 2006, p. 43-44).

2.4.4. Restrição da leniência ao primeiro proponente

De acordo com a doutrina majoritária, para produzir o efeito almejado, a leniência deve ser restrita ao primeiro proponente. Caso contrário, a lógica premial seria distorcida e, ao invés de estimular seu efeito dissuasivo, a mera existência dos programas de leniência teriam o condão de ampliar o efeito pró-colusivo das condutas ilícitas (MOTA; POLLO, 2003, p. 349). Tanto os custos inerentes à formação de cartéis (fj), quanto a probabilidade de detecção e punição da conduta (pj) seriam reduzidos, aumentando a utilidade esperada (EUj) do delito.

Em outras palavras, um programa de leniência irrestrito constituiria um coeficiente fixo de redução de sanções. Isso permitiria com que todo agente infrator, fosse ele o primeiro ou o último a cooperar com o Estado, recebesse uma redução nas multas aplicáveis, permitindo a exploração estratégica do programa por aqueles que querem delinquir (SPAGNOLO, 2005, p. 18).

A ideia, portanto, é que restrição da leniência ao primeiro proponente, aliada a outras características que garantam a atratividade do programa, desloque a estratégia dominante da opção *wait and see* para a estratégia de confissão, que garante o resultado desejado pelo Estado.

Esse deslocamento proporcionaria a tão almejada corrida à delação. Para Rufino (2016, p. 70), “um detonador poderoso de uma corrida pela delação é a confissão que ocorre por motivos puramente preemptivos⁴⁸, ou seja, a opção pela colaboração apenas para evitar que o

⁴⁷ A leniência *plus* é caracterizada pela delação de uma segunda conduta anticompetitiva sobre a qual as autoridades não detinham conhecimento. A delação desta segunda prática anticoncorrencial, por sua vez, permite ao proponente obter todos os benefícios da leniência em relação à nova conduta relatada, além de reduzir em um terço a penalidade aplicável na conduta original, onde não havia a possibilidade de se celebrar acordo de leniência (CADE, 2016b, p. 53-57).

⁴⁸ Rufino utiliza este termo como um neologismo. Falta, na língua portuguesa, uma palavra adequada à indicação do fenômeno que no inglês é denominado “preemptive”.

outro o faça em primeiro lugar e subtraia a alternativa do seu universo de possibilidades”. Por óbvio, esse efeito preemptivo só é possível caso a leniência seja restrita àquele que primeiro confessar o delito.

2.4.5. Restrição da leniência a casos sem investigação aberta

A depender dos objetivos almejados pelo Estado com a instituição de um programa de leniência, sua concessão pode ser limitada às hipóteses em que não há investigação em andamento (leniência *ex ante*), ou seja, em que o Estado não detém conhecimento do ilícito, ou não (leniência *ex post*)⁴⁹. Na prática, várias são as jurisdições que conjugam os dois modelos de leniência.

No caso da leniência *ex ante*, seu foco está em dissuadir a conduta ilícita. Em implementar o “vírus da instabilidade” nas relações de cartéis. Já no caso da leniência *ex post*, seu foco está em otimizar a capacidade investigativa do Estado, de forma a acelerar o processo de investigação e reduzir os custos necessários à obtenção de evidências.

Apesar de acreditarem que a leniência *ex post* pode ser útil inclusive para a consecução do efeito dissuasivo, Chen e Rey (2013, p. 937) alertam para a necessidade de se restringir essa leniência às hipóteses em que a condenação dos demais envolvidos não seja possível sem essa colaboração. Caso contrário, conforme já mencionado, o programa de leniência seria desnaturalizado, consubstanciando-se em mero termo de ajustamento de conduta ou de não persecução cível.

2.5. Programa de Leniência da Lei nº 12.529/2011 (LDC)

Para que seja possível avaliar se a transposição do programa de leniência da LDC à LAC foi adequada, faz-se necessário, primeiro, compreender como se deu o processo de implementação e consolidação do programa de leniência antitruste no Brasil. Por essa razão, os

⁴⁹ Para Soré (2019, p. 144), a leniência *ex post* traz um complicador à efetividade do programa de leniência, na medida em que retira do agente infrator a pressão de celebrar, o quanto antes, o acordo. Ao autorizar o “atraso” na denúncia, o Estado estaria autorizando, também, o atraso na fragilização da relação de confiança necessária à manutenção do ilícito. Ademais, para Neyrinck (2017, p. 11), esse complicador é agravado na hipótese de o programa de leniência não oferecer benefícios distintos àquele sujeito que celebra a leniência antes da abertura de uma investigação e àquele que a celebra depois.

próximos tópicos serão dedicados à origem normativa do Programa de Leniência da Lei nº 12.529/2011 e seu processo de consolidação.

2.5.1. Origem

Inspirado no *Amnesty Corporate Program*⁵⁰, o programa de leniência antitruste foi primeiro incluído na legislação brasileira por meio da Lei nº 10.149/2000, que alterou a antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/1994), para possibilitar a celebração do acordo entre a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e as pessoas jurídicas ou físicas que infringissem a Ordem Econômica (MACEDO; SANT'ANA, 2019, p.2).

Após as alterações realizadas, a antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/1994) passou a estipular, em seu art. 35-B, que:

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a 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 co-autores da infração; e

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

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

§ 2º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

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

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

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV - a empresa ou pessoa física 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.

Note-se que, em sua redação original, o programa cominava os seguintes requisitos para concessão da leniência: o proponente deveria ser o primeiro a solicitar o acordo (*first come*,

⁵⁰ Como bem ressalta Mendes (2021, p. 38), “a introdução do programa de leniência na legislação antitruste brasileira foi fortemente influenciada pelas legislações internacionais. De acordo com a proposta legislativa, políticas de leniência já estavam sendo bem-sucedidas na persecução de cartéis nos Estados Unidos, Canada, Inglaterra e União Europeia. Os debates parlamentares também ressaltaram a efetividade do programa de leniência norte-americano, asseverando que o número de cartéis desmantelados aumentou o quádruplo depois da introdução do programa”.

first served); confessar e cessar a prática ilícita; bem como colaborar efetivamente com as investigações, identificando os demais envolvidos e entregando documentos que comprovassem a infração noticiada.

Caso a solicitação ocorresse sem que o Estado tivesse ciência do ilícito (leniência *ex ante*), o proponente poderia obter uma isenção total das sanções administrativas, bem como ter extinta a pretensão punitiva estatal nos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/1990 (inciso I do §4º do art. 35-B). Se, por outro lado, no momento da solicitação já houvesse investigação administrativa em curso (leniência *ex post*), o proponente poderia obter uma redução de 1/3 a 2/3 das penalidades aplicáveis, além da extinção da pretensão punitiva criminal (inciso II do §4º do art. 35-B).

Em nenhuma hipótese, contudo, era permitido à SDE a celebração de leniência se o proponente tivesse estado à frente da conduta inflacionária (§1º do art. 35-B) ou se a SDE já tivesse provas suficientes para sua condenação (inciso III do §2º do art. 35-B).

Ademais, o programa de leniência da Lei nº 8.884/94 já previa a possibilidade de extensão dos benefícios da leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada que estivessem envolvidos na infração (§6º, art. 35-B) e de o infrator celebrar leniência *plus* (§7º do art. 35-B).

Sob essa legislação, o primeiro acordo celebrado no Brasil foi proposto por membros do cartel de vigilância do Rio Grande do Sul, em troca de imunidade administrativa e criminal. O beneficiário cooperou com as autoridades estatais e efetivamente auxiliou o Estado a dismantelar o cartel de licitações públicas e a condenar os demais participantes em multas superiores a R\$40.000.000,00. O acordo foi firmado em 2003 e a condenação dos coautores ocorreu em 2007 (MACEDO; SANT'ANA, 2019, p. 2).

2.5.2. Evolução e consolidação

Em 2011, a Lei nº 8.884/1994 foi revogada pela Lei nº 12.529/2011, que reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Com a entrada em vigor da atual LDC, o programa de leniência foi reformulado, tornando-se ainda mais robusto. Agora, nos termos do art. 87 da Lei de Defesa da Concorrência, o benefício criminal abrange não apenas os crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/1990, mas também os demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/1993 e os

tipificados no art. 288 do Decreto Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), competindo à Superintendência-Geral do CADE a concessão do benefício (art. 87).

Frise-se, contudo, que, a despeito de o artigo 87, *caput*, da Lei 12.529/2011, prever expressamente que, nos crimes contra a ordem econômica e nos crimes relacionados à prática de cartel, a celebração de acordo de leniência “determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência”, tal norma foi bastante questionada por dispor, em tese, de competência exclusiva do Ministério Público Federal (MPF)⁵¹ (ATHAYDE, 2021, p. 287).

Para garantir maior segurança ao agente signatário, portanto, o CADE celebrou, junto ao Ministério da Justiça de São Paulo (MJSP), o Memorando de Entendimentos nº 01/2016, prevendo a participação obrigatória do Ministério Público Federal nos acordos de leniência firmados no âmbito do SDBC. Entretanto, vale ressaltar que, desde 2011, o CADE vem incluindo o MPF na celebração de seus acordos de leniência, quando constatada a consumação de crimes contra a ordem econômica ou diretamente relacionados à prática de cartel. Como bem apontam Athayde e Grandis (2015, p. 289):

Para que fique evidente essa experiência consolidada do CADE na atuação conjunta e coordenada com os Ministérios Públicos, cumpre pontuar que, dos 45 (quarenta e cinco) acordos de leniência antitruste celebrados pelo CADE até junho de 2015, aproximadamente 95% dos casos envolvem a participação do Ministério Público, sendo que nos demais casos não houve a participação do Ministério Público porque o acordo envolvia somente pessoas jurídicas, o que não atrairia a competência criminal.

Quanto aos requisitos para concessão da leniência, a Lei nº 12.529/2011 inovou ao retirar a restrição do acordo ao proponente que estiver à frente da conduta inflacionária, ou seja, ao líder do cartel, mas manteve todos os demais requisitos já previstos no programa da Lei nº 8.884/1994, quais sejam: ser o primeiro a solicitar o acordo; confessar e cessar a prática ilícita; colaborar com as investigações; identificar os demais participantes do conluio; e entregar provas que evidenciem a infração.

⁵¹ A participação do Ministério Público Federal na celebração de acordos de leniência no âmbito do Sistema de Defesa Brasileiro da Concorrência (SDBC) decorre de uma interpretação literal do artigo 129, inciso I, da CF/88, o qual dispõe, *in verbis*, que compete ao Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei”.

Outra inovação da Lei nº 12.529/2011 diz respeito ao denominado Termo de Compromisso de Cessação de prática (TCC), incluído pelo art. 85 da LDC⁵².

De acordo com o CADE (2016b, p. 5), o TCC consiste em modalidade de acordo celebrado entre o órgão e as pessoas (físicas ou jurídicas) investigadas por infrações à ordem econômica, a partir da qual o CADE anui em suspender as investigações em desfavor do compromissário, ao passo que o compromissário se compromete a cumprir com as obrigações acordadas.

Em síntese, o compromissário deve confessar a prática ilícita, colaborar com a instrução processual, pagar contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD) e se comprometer a não praticar outras condutas anticompetitivas, para obter os benefícios previstos no Regimento Interno do CADE (RICade). Além, é claro, de reparar os danos provocados ao erário (*Ibd.*, p. 7-8).

Outra peculiaridade do TCC está na possibilidade de o agente celebrar o acordo após o processo administrativo ter sido remetido ao Tribunal do CADE para julgamento. Neste caso, ao invés de a proposta ser apresentada à SG, ela deve ser apresentada e negociada perante o Conselheiro-Relator do Processo (*Ibd.*, p. 5).

Também no caso dos TCCs, o CADE possui um sistema de senha (*markers*), para demarcar a ordem de solicitação do termo. No entanto, diferentemente do programa de leniência, o TCC não limita a concessão dos benefícios apenas ao primeiro proponente. A ordem serve apenas para definir o percentual de redução da multa administrativa. Enquanto o primeiro proponente recebe entre 30% e 50% de isenção, o segundo recebe entre 25% e 40% e, do terceiro em diante, até 25% (art. 187 do RICade⁵³). Se, por outro lado, o termo for proposto

⁵² Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

⁵³ Art. 187. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 226 deste Regimento Interno levará em consideração a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o TCC, os seguintes parâmetros:

I - redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro Representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta;
II - redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo Representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta;
III - redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais Representados que propuserem TCC no âmbito da investigação de uma conduta.

após os autos serem remetidos para o Tribunal do CADE, o benefício é de no máximo 15% (art. 188 do RICade)⁵⁴.

Além disso, a leniência *plus* pode ser conjugada com o TCC, desde que o compromissário se habilite para celebração de leniência relacionada à outra infração, da qual o CADE não tinha conhecimento prévio (CADE, 2016b, p. 39). Nesse caso, a aplicação dos descontos é realizada de modo subsequente, e não cumulativa, ou seja, aplica-se primeiro o desconto da leniência *plus* e, em seguida, o desconto do TCC (*Ibd.*).

Em outras palavras, o TCC oferece benefícios subsidiários e limitados ao âmbito administrativo àqueles que desejam cooperar com o Estado, mas não fazem jus à leniência, porquanto outra pessoa (física ou jurídica) já a celebrou⁵⁵.

A principal diferença normativa entre o TCC e o acordo de leniência está, portanto, no fato de que a leniência é mais benéfica, ao permitir, a depender do momento de sua celebração, não apenas a isenção das multas aplicáveis, mas também a extinção da pretensão punitiva criminal. Nas palavras de Athayde (2018, p. 338), “os incentivos para a celebração de TCC antitruste tendem a ser diferentes dos incentivos para a celebração de acordos de leniência, por conta dessa possível exposição do compromissário em relação à seara criminal”.

Ainda na visão da autora, essa diferença justifica-se porque, enquanto os programas de leniência servem como instrumento de investigação, os TCCs se assemelham a pactos de ajustamento de conduta ou de não persecução, sem exigências de aportes adicionais (ATHAYDE, 2018, p. 338). Logo, se o Estado obtém mais benefícios a partir da celebração de um acordo de leniência, é razoável que ele também conceda mais benefícios nessas hipóteses.

Com efeito, após a sua reformulação, o programa de leniência da Lei nº 12.529/2011 passou a ter mais aderência. De acordo com relatório emitido pelo CADE, no período de 2003 a 2021, o órgão celebrou mais de 100 acordos de leniência⁵⁶. É claro que o aumento no número de acordos celebrados não significa, necessariamente, que o programa está sendo efetivo. Muito

⁵⁴ Art. 188. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 182 em investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, levará em consideração o estado do processo administrativo, observado, quando possível de estimação, a redução percentual máxima de 15% da multa esperada ao Representado.

⁵⁵ Nos termos do art. 187 do Regimento Interno do CADE (RICade), enquanto o primeiro proponente recebe entre 30% e 50% de isenção, o segundo recebe entre 25% e 40% e, do terceiro em diante, até 25%. Se, por outro lado, o termo for proposto após os autos serem remetidos para o Tribunal do CADE, o benefício é de no máximo 15% (art. 188 do RICade).

⁵⁶ Dados extraídos do *site* do Governo Federal: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas/estatisticas-do-programa-de-leniencia-do-cade>.

pelo contrário. A depender da situação, pode indicar até mesmo eventual efeito pró-colusivo. Por essa razão, estar atento às movimentações mercadológicas, à quantidade de acordos sendo celebrados e até mesmo à conformidade do programa às recomendações literárias é necessário para que se possa avaliar sua efetividade.

3 TRANSPOSIÇÃO DA LENIÊNCIA ANTITRUSTE À LEI ANTICORRUPÇÃO

A discussão acerca da expansão dos programas de leniência para a seara da *accountability* anticorrupção não é novidade e nem exclusividade brasileira. Antes de a Lei Anticorrupção entrar em vigor no Brasil, discutia-se se a adoção de um programa de leniência no bojo do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) poderia auxiliar o governo norte-americano a combater práticas de suborno de agentes transnacionais.

Nesse contexto, Leslie (2012) fez uma análise crítica à ideia sustentada por Fraser (2012, p. 1.029) de que “dada a experiência antitruste, um programa de leniência no bojo do FCPA muito provavelmente encorajaria inúmeras delações, garantindo benefícios tanto ao DOJ, como à comunidade empresarial⁵⁷”. Na visão daquele autor, essa afirmação não necessariamente é verdadeira. Ilícitos de cartel e ilícitos de corrupção, mais precisamente suborno de agentes públicos estrangeiros, apesar de possuírem características comuns, são, em essência, divergentes⁵⁸. Isso faz com que a simples transposição da leniência do âmbito concorrencial para o âmbito de combate à corrupção possa não produzir os efeitos desejados (LESLIE, 2012, p. 181) ou, pior, vir a agravar a situação que se visava a combater.

No caso do Brasil, o problema parece ser ainda mais grave. Isso porque, diferentemente do FCPA, a Lei Anticorrupção não adotou apenas o conceito de “suborno” como conceito microjurídico de corrupção a ser avaliado. Em outras palavras, no Brasil, o dilema não está apenas em averiguar se as relações de suborno de agentes públicos estrangeiros assemelham-se às relações de cartéis e até que ponto suas eventuais divergências são relevantes para a análise da efetividade da transposição *ipsis litereris* do instituto. O dilema, aqui, está em identificar as várias relações abarcadas pelos vários conceitos microjurídicos de corrupção adotados pela Lei nº 12.846/2013, para, primeiro, avaliar *se e em quais hipóteses* a adoção de um programa de leniência pode ser efetivo.

⁵⁷ Tradução livre de: Given the antitrust experience, an FCPA amnesty policy would likely encourage greater self-reporting, with the attendant benefits to both the DOJ and the business Community.

⁵⁸ Em síntese, Leslie sustenta que tanto a prática de cartel, quanto a prática de suborno constituem “crimes de colarinho branco”, de natureza sigilosa e aparência de legalidade, o que dificulta a detecção do ilícito por parte do Estado. No entanto, para o autor, enquanto a cartelização constitui “ilícito horizontal”, ou seja, é praticado entre competidores, o suborno constitui “ilícito vertical”, ou seja, é praticado entre entidades e/ou agentes que possuem uma relação de complementariedade (vendem e compram uns dos outros). Não fosse o bastante, Leslie sustenta que ilícitos de cartéis são, em regra, praticados por múltiplos agentes, ao passo que o suborno tende a ser limitado a um número reduzidos de indivíduos. (LESLIE, 2012, p. 175-181) Essa ideia será aprofundada ao longo das Seções 3.1 e 3.2.

Seguindo os passos de Leslie, portanto, o presente capítulo tem por objetivo identificar características convergentes e divergentes entre as relações abarcadas pelo programa de leniência do SBDC (relações de cartel) e da rede de *accountability* anticorrupção (relações de corrupção tipificadas no art. 5º da LAC). A partir dessa análise, busca-se avaliar se a transposição do instituto foi adequada e se as características frequentemente associadas à efetividade da leniência antitruste também podem ser associadas à efetividade da leniência anticorrupção.

Para tanto, o capítulo será dividido em quatro seções. Nas seções um e dois, apresenta-se uma breve revisão literária acerca dos ilícitos de cartéis e dos ilícitos de corrupção, com o fito de apontar os tipos de relações, por eles abarcadas, que já foram identificadas pela literatura nacional ou estrangeira.

Na seção três, por sua vez, discorre-se acerca dos conceitos microjurídicos de corrupção adotados pela LAC, com o objetivo de identificar os tipos de condutas que podem ser objeto da leniência anticorrupção.

Por fim, a partir dos levantamentos feitos, analisa-se se a transposição do programa de leniência antitruste à esfera do combate à corrupção no Brasil foi adequada. Primeiro, a partir do exame da subsunção do programa aos seus fundamentos. Segundo, a partir da análise de sua efetividade.

3.1. Breves considerações sobre ilícitos de cartéis

Cartéis⁵⁹ são tidos como infrações gravíssimas, em razão das consequências nocivas que produzem. São considerados, no direito concorrencial, como a mais grave lesão à ordem econômica, porquanto tendem a gerar ineficiência alocativa, produtiva e dinâmica⁶⁰, além de

⁵⁹ Cartéis também são denominados “acordos horizontais”. Conforme leciona Forgioni (2013, p. 334-336), no âmbito concorrencial, os ilícitos podem derivar tanto de acordos verticais, quanto horizontais. Acordos verticais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que não necessariamente concorrem entre si, mas exercem atividades conexas e complementares. Já os acordos horizontais, popularmente conhecido como cartéis, são aqueles celebrados entre concorrentes de um determinado mercado que, ao invés de competirem entre si, atuam de forma cooperativa com o propósito de aumentar arbitrariamente seus lucros.

⁶⁰ Ineficiência alocativa diz respeito ao aumento inconsistente dos preços dos produtos e à restrição de acesso aos consumidores; ineficiência produtiva, por sua vez, diz respeito ao aumento dos custos de funcionamento das empresas em determinado mercado; já a ineficiência dinâmica relaciona-se à ausência ou redução de incentivos à inovação, uma vez que as empresas não necessitam aprimorar produtos, processos ou serviços (LUZ, 2017, p. 72).

“repercussões diferentes nos mercados *upstream*, *downstream* e no próprio mercado relevante” (BARROS, 2021, p. 41).

De acordo com o relatório emitido pela OCDE, apesar das dificuldades inerentes à quantificação dos danos advindos dessas práticas anticoncorrenciais⁶¹, estima-se que os sobrepreços provocados por cartéis girem em torno de 15% a 20%. Para se ter uma ideia, somente no período de 1996 a 2000, o prejuízo advindo dos 16 maiores cartéis ultrapassou US\$55 bilhões de dólares (OCDE, 2002, p. 72)⁶².

Com efeito, em que pese sua evidente lesividade social, cartéis são ilícitos difíceis de serem detectados. “Ao observar o mercado, o intérprete pode deparar-se com preços semelhantes que decorrem não de um acordo, mas do funcionamento ‘normal’ daquele setor econômico” (FORGIONI, 2015, p. 350). Nas palavras de Canetti (2016, p. 123-124):

A complexidade e organização da atuação concertada dos agentes faz com que o uso de criptografias, códigos, interpostas pessoas e outros mecanismos do tipo obstaculize, sobremodo, a atividade investigatória estatal. Todos os participantes do conluio têm interesse em evitar a descoberta do ilícito pelo Poder Público. Isso tudo, a seu turno, encarece e dificulta o deslinde desse tipo de infração somente com o uso de mecanismos unilaterais – auditorias, inspeções, buscas e apreensões, interceptações telefônicas – pois, mesmo que utilizados, podem não ser suficientes para uma condenação do agente administrativa ou judicialmente.

Noutro giro, cartéis são ilícitos naturalmente instáveis, porquanto são celebrados entre múltiplos concorrentes, cujo interesse maior é a maximização de seus *payoffs*. Significa dizer que, na ausência do cartel, as empresas são, naturalmente, rivais e se relacionam a partir de uma lógica de desconfiança e disputa. Não só elas competem entre si, como o lucro obtido por determinada empresa implica necessariamente prejuízo para outra (LESLIE, 2012, p. 175-177).

Cartéis bem-sucedidos seriam, portanto, aqueles que conseguem superar essa relação natural de desconfiança. O problema é que, na prática, essa superação encontra inúmeros empecilhos, a começar pelo fato de que pode ser lucrativo à determinada empresa desviar-se da ação coordenada com os demais. A título de exemplo, considere-se um cartel de combustível

⁶¹ Na mesma linha, o CADE ressalta a dificuldade na estimação do sobrepreço em sua avaliação do cartel de combustíveis de Belo Horizonte/MG de 2019. De acordo com o órgão, a depender da metodologia utilizada para escolha do contrafactual, bem como a delimitação temporal estimada do cartel, as estimativas de sobrepreço podem variar significativamente, o que gera incertezas sobre a valoração (CADE, 2022, p. 26-27).

⁶² Outro estudo bastante relevante acerca do tema foi o realizado por Connor (2014). Em síntese, ao avaliar 2.044 estimativas de sobrepreço referentes a 532 cartéis nos últimos três séculos, o autor concluiu que a mediana do sobrepreço do período foi de 23%, sendo menor em cartéis domésticos (18,2%) e maior em cartéis internacionais (25,1%) e globais (30,4%) (*Id.*, p. 316-317). Ainda, o autor ressalta que as conclusões alcançadas aproximam-se das estimativas realizadas por outros seis estudos realizados sobre o tema, os quais relatam uma média simples de sobrepreço de aproximadamente 28%.

em que as empresas coordenaram preços acima do “valor de mercado”. Neste caso, sempre haverá o incentivo para que um dos membros do cartel descumpra o acordo e estabeleça preços inferiores ao fixado, angariando parcela do mercado e obtendo, com isso, maiores lucros.

Também por isso, ilícitos concorrenciais costumam envolver múltiplos agentes para que o ato coordenado seja capaz de produzir seus efeitos. Caso contrário, a parcela do mercado que não participou do conluio poderia adotar estratégias prejudiciais aos membros do cartel e obter, sozinha, os lucros de suas vendas. O paradoxo aqui é que quanto maior o número de empresas em determinado cartel, maior sua instabilidade, porquanto mais difícil estabelecer técnicas de governança. Por outro lado, quanto menor o número de empresas envolvidas ou quanto mais concentrado for o mercado, maior a estabilidade dos cartéis (LESLIE, 2012, p. 176).

3.2. Breves considerações sobre ilícitos de corrupção

Hoje parece haver um consenso de que os efeitos da corrupção são nefastos⁶³. Qualquer que seja sua abordagem jurídica, entende-se que a corrupção representa a subversão do público pelo privado e afeta a concretização de preceitos constitucionais. Nas palavras de Aranha (2015, p. 83):

A corrupção diminui o domínio da ação pública, diminui o alcance da democracia, ao reduzir instituições públicas de ação coletiva a meros instrumentos de benefícios privados. Além disso, a corrupção cria ineficiência na entrega de serviços públicos, pois foca as atividades públicas naqueles setores nos quais os corruptos podem se beneficiar.

No âmbito das licitações públicas, por exemplo, estima-se que a corrupção provoque um aumento de cerca de 5% a 25% nos valores despendidos pelo Estado (OCDE, 2007, p. 47). Ainda, de acordo com a UNODC (2013, p. 1), “a cada ano, U\$1 trilhão são gastos em subornos, enquanto cerca de U\$2,6 trilhões são desviados pela corrupção – uma soma equivalente a mais de 5% do PIB mundial”^{64,65}.

⁶³ No entanto, não se pode perder de vista que nem sempre foi assim. Como bem observou Canetti (2020, p. 126), “já houve quem sustentasse haver evidências de certo grau de eficiência econômica na existência de corrupção, quando voltada para instituições extremamente ineficazes”, porquanto serviria para agilizar a obtenção de vantagens efetivamente devidas em um cenário de burocracia lenta e ineficaz.

⁶⁴ Esses dados são alarmantes especialmente porque existem estimativas de que os gastos com compras públicas representam algo em torno de 8% a 25% do PIB de um país (MOURA, 2012).

⁶⁵ Especificamente quanto ao Brasil, estima-se que o custo da corrupção, entendido enquanto o valor que se deixa de ser aplicado em áreas de desenvolvimento, em razão do pagamento indevido de propinas, equivale a R\$41,5 bilhões, o que corresponde a 1,38% do PIB (FISP, 2010, p. 4).

Já no âmbito da saúde, estima-se que a fraude e os abusos nos serviços gerem prejuízos na faixa de U\$12 a U\$23 bilhões por ano ao governo dos países desenvolvidos. Frise-se, ainda, que esse valor é maior no setor farmacêutico, em que o prejuízo pode alcançar U\$50 bilhões (UNODC, 2013, p. 4).

Noutro giro, pesquisas empíricas também demonstram que a corrupção está associada a baixos níveis de investimentos, produtividade e crescimento⁶⁶. Em última análise, “a literatura mostra que a corrupção mina a confiança pública no governo e no Estado de Direito, ameaçando os valores democráticos e a legitimidade do próprio Estado” (LUZ, 2017, p. 90).

Não obstante seu evidente efeito nefasto, combater a corrupção também é tarefa extremamente árdua. Sua natureza sigilosa e difusa impõe a observância a estratégias de controle que precisam ser coordenadas não apenas no âmbito interno, mas também no âmbito global. Não à toa, nos últimos anos, o combate à corrupção assumiu o protagonismo em diversas convenções internacionais, tais como a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996 – Convenção da OEA; a Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997; a Convenção Penal e a Convenção Civil, ambas do Conselho Europeu, contra a Corrupção, de 1999, e a Convenção da ONU contra a corrupção, de 2003. Todos esses instrumentos “refletem a preocupação mundial a respeito da necessidade de repressão a atos de corrupção” (MIOLO, 2019, p. 16).

É preciso ter em mente, todavia, que coordenar estratégias de combate à corrupção enfrenta uma série de problemas de ordem prática. A começar pela ausência de uma definição unívoca do conceito de corrupção, o que dificulta não apenas a compreensão do ilícito em si, mas também, e principalmente, a adoção de estratégias harmônicas de controle⁶⁷.

Uma vez que a noção de corrupção é polissêmica e contextual, ela varia de acordo com a cultura e com o momento político e histórico em análise (SORÉ, 2019, p. 28). Sendo assim,

⁶⁶ E.g., Mauro (1998); Wei, (2000); Lambsdorff, (2007); OCDE (2016); Ades e Di Tella (1997); Kaufmann (1997); Esty e Porter (2002), Tanzi e Davoodi (2002). Anderson e Tverdova (2003), Seligson (2006).

⁶⁷ De acordo com Pagotto (2010, p. 24), todo trabalho jurídico deveria conter algum estudo semântico para identificar com precisão o objeto de estudo a ser avaliado, de modo a delimitar o seu alcance. Para o autor, no que diz respeito ao estudo da “corrupção”, a escolha do conceito a ser adotado assume relevância especial, uma vez que a existência de diferentes perspectivas sobre o tema fornece múltiplas concepções sobre a corrupção, as quais podem ser distintas entre si e, ainda assim, afeitas à realidade (*Id.*, p. 25). Por essa razão, a delimitação do conceito de corrupção a ser avaliado é imprescindível para adoção de estratégias de controle eficazes. Caso contrário, correr-se-ia o risco de perpetuar debates inócuos.

ainda que suas diferentes definições possam conter um núcleo comum⁶⁸, as estratégias de combate à corrupção não podem ser estabelecidas de forma acrítica e generalizável.

De acordo com Pagotto (2010, p. 118), abordagens categóricas de corrupção interessariam mais à religião, à moral e à ética. No âmbito jurídico, um conceito macro tenderia a ser abstrato e dificultaria as análises. Definições mais precisas (microjurídicas), por outro lado, permitem avaliações mais estratégicas de combate. Nesse sentido, o ponto de partida da rede de *accountability* anticorrupção deve ser sempre a norma posta. Só a partir daí é possível avaliar se os instrumentos normativos de controle, tais como programas de leniência, encontram-se adequados às suas finalidades.

Sob essa perspectiva, o autor identifica ao menos três âmbitos de regulamentação microjurídica da corrupção no Brasil: o direito penal, administrativo e político-constitucional (PAGOTTO, 2010, p. 120-140). No contexto internacional, por sua vez, esses âmbitos são diversos. Cada acordo, convenção ou tratado adota um conceito distinto de corrupção e preconiza abordagens de controle diferentes.

Como se não bastasse a inexistência de um conceito unívoco de corrupção, a literatura também não é unânime quanto à identificação de suas potenciais causas. Existe uma série de variáveis que podem influenciar a prática corrupta, desde elementos culturais, até a predominância de determinadas religiões, crenças e valores em dada sociedade civil⁶⁹.

Pagotto (2010, p. 232) alerta ainda para a importância da correta identificação da motivação do agente corrupto na análise da corrupção. Nas lições de Kagan e Scholz (2003, p. 35), existiriam ao menos três perfis distintos de cidadãos: o calculador amoral; o cidadão político e o organizacionalmente incompetente. A esses perfis, Baldwin (1995, p. 149) acrescentou, ainda, o infrator irracional.

O calculador amoral seria o agente mal-intencionado e bem-informado, apto a jogar a estratégia *tit-for-tat*. Ou seja, o sujeito maximizador de resultados nos moldes tradicionais da teoria econômica: o “*homo economicus*”. O cidadão político, por sua vez, seria o agente bem-intencionado e bem-informado. Para ele, seguir a lei é prioridade, ainda que ela seja contrária

⁶⁸ De acordo com Filgueiras (2004, p. 126), “a constante lógica que perpassa as teorias sobre corrupção, mesmo que elas estejam em dimensões epistemológicas diferentes, é que ela é entendida como a sobreposição dos interesses privados ao interesse público. Esse é o ponto de partida de todas as teorias sobre corrupção e o núcleo lógico que define o conceito”. No entanto, como bem alerta Pimenta (2020, p. 23), essa conceitualização da corrupção “é plástica o suficiente para reunir espécies diversas, tais quais propina, troca de favores, nepotismo, fraudes, conflitos de interesse e, até mesmo, corrupção privada.”, dificultando as análises.

⁶⁹ V. Bayley, 1996; Lambsdorff, 2008; La Porta et al., 1996; Treisman, 2000; Filgueiras, 2006.

a seus ideais ou que a sua observância lhe seja prejudicial em termos econômicos ou psíquicos. O organizacionalmente incompetente, por outro lado, seria o agente bem-intencionado e mal-informado. Em outras palavras, são aqueles que acabam se envolvendo em atos ilícitos por falta de conhecimento, e não para maximizar seus *payoffs*. Já o infrator irracional é o agente mal-informado e mal-intencionado. Praticam condutas ilícitas simplesmente porque desejam, ainda que esse ato não implique benefícios (PAGOTTO, 2010, p. 234-238).

No que tange aos agentes corruptos, é fácil perceber que nem sempre eles estarão inseridos na lógica do calculador amoral. Muitas vezes, atos de corrupção derivam justamente da falta de conhecimento do gestor público^{70,71}. Há aqui uma possível assimetria informacional entre as partes (agentes públicos e agentes privados) que precisa ser levada em consideração, porquanto também pode influenciar a estratégia de combate a ser adotada.

Outro ponto relevante para essa análise diz respeito à relação pré-estabelecida (ou seja, em contexto sem corrupção) entre o agente público e o agente privado, a qual, em regra, é de cooperação (LESLIE, 2012, p. 176). A princípio, trata-se de sujeitos que figuram em polos antagônicos de uma potencial relação jurídica complementar. Enquanto uma das partes visa a oferecer um determinado produto ou serviço, a outra visa a adquiri-lo ou usufruí-lo.

Em outras palavras, agentes corruptos⁷² são aliados naturais. Em contexto em que eles não coordenam suas ações para praticar determinado ilícito, eles são parceiros potenciais em eventual negócio público-privado. Por essa razão, nenhuma das partes parece possuir interesse em prejudicar a outra. Não há ganho potencial no descumprimento do acordo celebrado (LESLIE, 2012, p. 177-178).

A menos que exista norma que premie positivamente a autodenúncia, em relações de corrupção, o descumprimento do acordo não traz, a princípio, nenhum benefício às partes. Muito pelo contrário. É provável que elas venham a perder reputação e, com isso, potenciais ganhos futuros advindos de outros contratos ilegais.

⁷⁰ Ainda que, sob uma perspectiva jurídica, o desconhecimento da lei não seja argumento de defesa válido, quando a análise é comportamental subjetiva, a intenção do sujeito é o que verdadeiramente importa. Especialmente para a Teoria dos Jogos, se o agente público desconhece a lei, ele é incapaz de ponderar as recompensas do “jogo da corrupção”. Nesse caso, a melhor estratégia de combate seria educativa, e não repressiva.

⁷¹ Aranha (2015) realiza uma análise dos processos de interação entre os órgãos integrantes da rede de *accountability* anticorrupção brasileira, a partir de uma amostra de 322 municípios auditados pela CGU no período de 2003 e 2010. Nessa amostra, a autora encontrou 19.177 irregularidades, dentre as quais 4.870, ou seja, 25,4%, enquadram-se no conceito de corrupção adotado. As demais configurariam atos de má gestão.

⁷² Considerando-se o conceito clássico de corrupção ativa e passiva (suborno).

Especialmente em ambientes de corrupção estrutural ou endêmica, a delação pode gerar consequências extrajurídicas negativas ao agente privado, que pode vir a se tornar *persona non grata* no ambiente público. Nas palavras de Canetti (2020, p. 137), “o abalo na relação com o Poder Público pode gerar perseguições políticas, incremento das dificuldades burocráticas, perda de crédito em instituições financeiras públicas, dentre outros fatores”. Assim, ao invés de lucrar com o ato da delação, o agente privado pode vir a ter sua prática econômica inviabilizada.

Outro ponto que também precisa ser observado é que, normalmente, atos de corrupção são celebrados entre poucas pessoas físicas ou jurídicas. No conceito clássico de suborno, por exemplo, atos de corrupção tratam-se, em regra, de acordos bilaterais (ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 222). Entretanto, mesmo em contextos de corrupção em larga escala, a participação ativa de múltiplos agentes tende a ser reduzida⁷³. Isso faz com que o laço de confiança entre agente corruptor e agente corrompido seja estreitado ao longo dos anos, sendo ainda mais difícil quebrá-lo (CANETTI, 2020, p. 177).

Isso não quer dizer, é claro, que a corrupção vai ser sempre uma relação puramente bilateral. É possível que vários agentes estatais estejam envolvidos em um mesmo ato de corrupção, através de uma hierarquia pré-estabelecida, em que os benefícios advindos do ato ilícito são compartilhados entre dada organização estatal (corrupção sistêmica). Assim como é possível conceber o cenário em que a corrupção ocorre, concomitantemente, em diversos setores do Estado, e envolve diversas autoridades, em razão das divisões de funções inerentes à organização estatal (ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 231).

Ainda, em defesa da multilateralidade dos atos de suborno, Kim (2016, p. 256) sustenta que uma porcentagem significativa desses ilícitos envolve “agentes, fornecedores, representantes, distribuidores, sócios, dentre vários outros que, conjuntamente, praticam o ilícito”.

Noutro giro, quanto ao controle da corrupção em seu sentido amplo, é preciso ter em mente ele nem sempre se concentrará apenas nas mãos do Estado. A tendência é que a corrupção seja percebida por alguns grupos diretamente afetados, como ocorre em licitações públicas. Sendo assim, eventuais pessoas físicas ou jurídicas que vierem a ser prejudicadas podem e tendem a denunciar o evento aos órgãos de controle. No entanto, vale a pena ressaltar que se a corrupção disser respeito à criação de benefícios ilegais, é menos provável que esses agentes

⁷³ A execução desses ilícitos tende a ser centralizados nas mãos de um único interlocutor (lobista).

denunciem o ato, porquanto não poderiam pleitear para si os referidos benefícios (ROSE-ACKERMAN; 2010, p. 227).

3.3. Corrupção na Lei nº 12.846/2013 (LAC)

A Lei Anticorrupção, como é popularmente conhecida, “foi promulgada, em parte, em resposta aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em especial à Convenção da OCDE⁷⁴, e, em parte, aos protestos de 2013 e outras pressões domésticas que clamavam pelo fim da corrupção” (PIMENTA, 2020, p. 18). Ela nasce, dessa forma, em um contexto extremamente conturbado, trazendo respostas singelas a problemas complexos.

Integrando a rede de *accountability* anticorrupção brasileira, a Lei nº 12.846/2013 cria um microssistema de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira. Qualquer pessoa jurídica que pratique os atos previstos no art. 5º da LAC está sujeita às sanções administrativas e judiciais ali previstas.

Com efeito, a LAC adota uma série de conceitos microjurídicos de corrupção que devem ser observados, para fins de adequação das ferramentas de controle. Ainda que existam outros conceitos de corrupção espalhados no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁵, fato é que o programa de leniência previsto no art. 16 da LAC⁷⁶ apenas isenta (parcialmente) a pessoa jurídica das sanções ali previstas, caso elas tenham praticado um dos atos tipificados em seu art. 5º e cumpram com os requisitos pré-estabelecidos para a concessão do benefício. É nesse sentido, inclusive, que se diz que a Lei Anticorrupção cria um microssistema de responsabilização. Ela inova tanto na conceitualização do ato corrupto, quanto na adoção dos respectivos instrumentos de controle.

Para que seja possível investigar a fundo o programa de leniência da LAC, portanto, passa-se, agora, a elucidar os conceitos microjurídicos de corrupção adotados em seu artigo 5º.

⁷⁴ Vale ressaltar que, além da OCDE, o Brasil sofreu pressão de outras convenções internacionais das quais ele era signatário, tais como a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Organização das Nações Unidas (ONU). Nessa época, acreditava-se que uma estratégia internacional de combate à corrupção poderia se mostrar eficaz (OLIVEIRA, 2017, p. 23).

⁷⁵ Como os conceitos de corrupção ativa e passiva previstos no Código Penal.

⁷⁶ Diz-se o “programa de leniência previsto no art. 16 da LAC” porque a própria Lei traz, em seu art. 17, uma hipótese de leniência que extrapola as sanções previstas na Lei Anticorrupção. Nos termos do referido artigo: “A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/1993, com vista à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88”.

3.3.1. Os conceitos microjurídicos de corrupção adotados pela LAC

A identificação e compreensão do “fato corrupção” na Lei nº 12.846/2013 não é tarefa fácil. Isso porque, apesar de sua regulamentação microjurídica estar positivada no artigo 5º da referida Lei⁷⁷, trata-se de condutas que reúnem a possibilidade de múltiplas relações. Algumas ordinariamente associadas à corrupção, outras nem tanto.

Para facilitar a compreensão desses ilícitos e permitir a correta identificação de soluções adequadas, faz-se necessário, assim, analisar as condutas previstas no artigo 5º da LAC a partir de dois enfoques distintos. Primeiro, a partir do enfoque quantitativo dos sujeitos ativos. Segundo, a partir do enfoque qualitativo desses mesmos sujeitos.

Na primeira análise, cujo enfoque é quantitativo, classificar-se-ão as condutas em atenção à quantidade de sujeitos potencialmente envolvidos na relação ilegal, delimitando-as em condutas unilaterais, bilaterais ou multilaterais. Na segunda análise, por sua vez, cujo enfoque é qualitativo, classificar-se-ão as condutas em relação à qualidade dos sujeitos potencialmente envolvidos na prática delitativa, identificando-se em quais hipóteses há participação, prescindível ou imprescindível, de agente público⁷⁸, e em quais hipóteses há participação apenas de agentes privados.

Dita distinção é relevante não somente para assimilação da relação natural potencialmente pré-estabelecida entre os agentes⁷⁹, mas também para correta identificação das

⁷⁷ Marinela, Ramalho e Paiva (2015, p. 46) sustentam que, diferentemente do que ocorre com a LIA, o rol apresentado pelo art. 5º da LAC é taxativo e não exemplificativo, não podendo ser de outro modo, uma vez que a LAC prevê responsabilização objetiva, a qual se constitui em exceção no sistema jurídico brasileiro, e, por essa razão, somente deverá ser considerada em situações expressamente tipificadas. Na mesma linha, Dias e Dias (2016, p. 67), afirmam que o art. 5º da LAC trata de matéria de direito estrito, razão pela qual não comporta aplicação analógica. Na visão dos autores, caso o rol fosse exemplificativo, não haveria necessidade de o legislador elencar todas as hipóteses ali previstas.

⁷⁸ Convém destacar que a LAC delimita o conceito de “agente público estrangeiro”, como sendo o “quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais” (§3º do art. 5º). No entanto, a Lei não faz menção à definição de “agente público nacional” adotada, razão pela deve-se compreendê-la em sua concepção mais dilatada. Ou seja, “agente público nacional” enquanto o sujeito que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos ou entidades da Administração Pública direta, assim como pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelos órgãos da Federação (BITTENCOURT, 2019, p. 61).

⁷⁹ Seguindo a lógica de Leslie (2010), a depender da função exercida pelos agentes envolvidos na relação ilegal, há maior ou menor probabilidade de eventual traição. Se a relação natural estabelecida entre esses sujeitos é, em regra, cooperativa ou complementar, o estímulo à traição é reduzido. Se, por outro lado, tratam-se de agentes cuja

“recompensas do jogo”. Afinal, uma vez que a Lei Anticorrupção sanciona apenas pessoas jurídicas de direito privado, faz-se necessário buscar, em outras legislações, eventuais sanções aplicáveis às pessoas físicas envolvidas no ato delituoso. Por essa razão, sempre que possível, apresentar-se-ão os mais diversos tipos ilícitos existentes no ordenamento jurídico interno que correspondem a cada conceito microjurídico de corrupção estabelecido na LAC.

Fixados os critérios de análise, passa-se, agora, a examinar as condutas que “constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira”, nos termos do art. 5º da LAC.

Logo no início, o inciso I do art. 5º da LAC⁸⁰ proíbe a promessa, o oferecimento ou a concessão⁸¹, direta ou indireta, de vantagem indevida ao agente público ou à terceira pessoa a ele relacionada. O tipo abarca, desse modo, três condutas nucleares, cujas relações são distintas tanto sob a perspectiva quantitativa, como qualitativa.

De acordo com Pestana (2016, p. 62), o ato de “prometer” consiste na exteriorização de alguém em favor do destinatário da mensagem ou de um terceiro que aquele indique, no sentido de que se pretenda praticar determinado ato em seu favor, condicionado ou não à adoção de determinada conduta. De forma similar, o ato de “oferecer” significa colocar à disposição determinado benefício financeiro ou patrimonial, em retribuição por determinado agir do beneficiário que guarde nexos de pertinência lógica com o benefício auferido (HEINEN, 2015, p. 127). Já o ato de “dar” consiste na entrega efetiva de vantagem indevida, por meio de uma mensagem ou mediante a tradição de determinado bem móvel ou imóvel, ao beneficiário da mensagem ou a terceiro por ele indicado (PESTANA, 2016, 66).

Enquanto os atos de “prometer” e “oferecer” podem ser praticados por um, dois ou mais agentes em coordenação e dispensam a participação de pessoa física no exercício de função pública, “dar” presume a existência de conduta bilateral celebrada, necessariamente, entre agente privado e agente público. Isso porque o ato de “dar” vantagem indevida deve ser precedido da aceitação do agente público competente à realização do ato de ofício que se almeja obter ou evitar.

Com efeito, não seria lógico conceber a ideia de “entrega sem aceitação” como conduta que se subsume à conduta de “dar vantagem indevida”. Se o agente público rejeita o que lhe foi

relação natural é competitiva, como ocorre em cartéis de empresas concorrentes em determinado mercado, o incentivo à traição é ampliado, pois, para além dos benefícios legais, o agente delator lucraria com os prejuízos ocasionados ao seu concorrente. Sejam esses prejuízos de natureza financeira ou reputacional.

⁸⁰ Art. 5º, I - Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.

⁸¹ O inciso utiliza, mais precisamente, o verbo “dar”, para se referir à concessão de vantagem indevida.

entregue, a conduta praticada pelo sujeito ativo deve ser enquadrada no ato de “oferecer vantagem indevida”, e não no ato incompleto de “dar”, pois há, nessa hipótese, consumação plena do tipo pela prática do oferecimento, e não uma tentativa de consumação pela rejeição da entrega ofertada.

Também é possível pensar em situações em que o inciso I abarque condutas multilaterais. Seria o caso, por exemplo, da triangulação “agente privado – agente público ou privado – agente público” prevista no trecho final do próprio dispositivo legal (“[...] *ou a terceira pessoa a ele relacionada*”). Ou seja, na hipótese em que a pessoa jurídica (sujeito 1) concede vantagem indevida à pessoa física ou jurídica de direito público ou privado (sujeito 2) que mantém relações com o agente público competente para praticar o ato de ofício desejado (sujeito 3).

Note-se, portanto, que um único dispositivo legal (inciso I do art. 5º da LAC) é capaz de abarcar, diretamente, condutas unilaterais, bilaterais e multilaterais. Tudo isso em decorrência dos verbos escolhidos pelo próprio legislador (“prometer”, “oferecer” ou “dar”) e pela inclusão da possibilidade de triangulação da conduta (concessão da vantagem indevida a terceiro relacionado ao agente público).

Não fosse o bastante, condutas que ordinariamente podem ser consumadas por um único sujeito, em regra, também podem ser consumadas por dois ou mais agentes em conluio. A título de exemplo, ainda que o ato de “prometer vantagem indevida” possa ser consumado por um único agente, nada impede que ele seja praticado por dois ou mais agentes em coordenação⁸². É possível que duas ou mais empresas, por exemplo, ofereçam, em coautoria ou participação, vantagem indevida a agente público. Neste caso, o ato deixa de ser unilateral e passa a ser bi ou multilateral.

Ainda quanto ao inciso I do art. 5º da LAC, Motta e Anyfantis (2017, p. 95) chamam atenção para o fato de que “o objeto material do delito deste inciso consiste exatamente na vantagem indevida prometida, oferecida ou dada a servidor público para a prática fraudulenta do ato de ofício”. Nesse sentido, tanto a natureza da vantagem⁸³, como a efetivação do acordo são irrelevantes para que haja a consumação do ilícito.

⁸² Referido pressuposto, frise-se, vale não somente às condutas em análise, mas a toda e qualquer conduta tipificada na Lei Anticorrupção que possa ser consumada de forma unilateral. A princípio, não foi possível identificar condutas exclusivamente unilaterais.

⁸³ No que diz respeito à natureza da vantagem indevida, Bittencourt (2019, p. 63) sustenta que a ausência de uma definição precisa quanto ao termo constitui um problema aparente, especialmente na hipótese em que a vantagem

Com efeito, apenas o ato consistente em “dar” vantagem indevida exige a ocorrência de resultado material, qual seja a entrega da vantagem em si. Os demais atos (“prometer” e “oferecer”), por outro lado, possuem natureza formal e consumam-se no momento em que a vantagem é prometida ou oferecida, ainda que não haja aceitação por parte do sujeito ao qual a proposta foi direcionada (DAL POZZO *et al.*, 2015, p. 53). Consequência disso é justamente a possibilidade de o ato poder ser consumado por um único sujeito.

Ademais, em nenhuma hipótese a lei exige a efetivação do acordo para a consumação do delito. Ou seja, mesmo no cenário em que a vantagem indevida é efetivamente entregue a agente público ou a terceiro a ele relacionado, não há necessidade de o agente cooptado efetivamente praticar o ato fraudulento para que o delito seja consumado (HEINEN, 2015, p. 128).

Dita prescindibilidade não retira, contudo, a necessidade de o ato praticado possuir escopo finalístico no sentido de determinar o agente público a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 96)⁸⁴. Em outras palavras, o agente que promete, oferece ou entrega vantagem indevida deve almejar o ato fraudulento, mas o ato fraudulento não precisa necessariamente ser praticado para que o delito ocorra.

Noutro giro, o ato de prometer, oferecer ou dar vantagem indevida a agente público ou a terceiro a ele relacionado, com o fito de obter benefícios relacionados à função exercida por esse agente, encontra correspondência direta no art. 333⁸⁵ ou 337-B⁸⁶ do Código Penal (HEINEN, 2015, p. 127), a depender se o agente público que se visa a corromper é nacional ou

é direcionada a terceiro. Cunha e Souza (2017, p. 42), por sua vez, sustentam que a Lei, ao se adotar o termo “vantagem indevida”, buscou incriminar qualquer tipo de proveito proibido, ainda que não econômico ou patrimonial. Na mesma linha, Heinen (2015, p. 123), sustenta que a vantagem indevida é todo benefício, econômico ou não, colocado à disposição de determinado sujeito, não sendo necessário que ele seja oriundo dos cofres públicos ou represente algum privilégio derivado do aparato estatal.

⁸⁴ Cunha e Souza (2017, p. 41) e Heinen (2015, p. 129) parecem discordar dessa ideia ao elencarem a exigência do elemento finalístico como uma diferença entre o ilícito previsto no inciso I do art. 5º da LAC e o crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do CP, considerando que apenas o crime de corrupção ativa exige o elemento finalístico para ser concretizado. Acredita-se que a conclusão dos autores deriva do fato de a redação do tipo previsto no art. 333 do CP ser expressa quanto a necessidade de o oferecimento ou a promessa ser direcionada à prática ou omissão de ato de ofício por parte do agente público. No entanto, em consonância com o posicionamento de Pestana (2016) e Motta e Anyfantis (2017), entende-se, para fins desta dissertação, que a exigência da finalidade específica também é indispensável para a subsunção ao ato de corrupção previsto na LAC.

⁸⁵ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003).

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional

⁸⁶ Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

estrangeiro. Nesse sentido, a pessoa física que efetivamente promete, oferece ou dá vantagem indevida, direta ou indiretamente, ao agente público ou à terceira pessoa a ele relacionado, em nome da pessoa jurídica potencialmente beneficiária, responde pelo crime de corrupção ativa ou corrupção ativa em transação comercial internacional, previstos, respectivamente, nos arts. 333 e 337-B do CP, enquanto a pessoa jurídica responde pelo inciso I do art. 5º da LAC.

Frise-se, ainda, que a lei não exige, para a configuração do ato lesivo, que o agente público aceite as propostas advindas da empresa; o simples fato de prometer, oferecer ou dar a vantagem indevida é suficiente para a punição da conduta (MARINELA; RAMALHO; PAIVA, 2015, p. 112).

Por outro lado, caso o agente público aceite a vantagem indevida, ou até mesmo a solicite à empresa, responderá pelo crime de corrupção passiva previsto no art. 317 do Código Penal⁸⁷, bem como pela prática de ato ímprobo, nos termos do art. 9º, 10º ou 11º da LIA, a depender do caso concreto. Sendo assim, apesar de não poder ser responsabilizado pela LAC⁸⁸, o agente público que aceita vantagem indevida para praticar, omitir ou retardar ato de ofício, responde pelo crime de corrupção passiva e por ato de improbidade administrativa, ainda que não pratique, efetivamente, o favorecimento almejado pelo particular.

Vale lembrar, também, que, uma vez instaurada a ação de improbidade administrativa em desfavor do agente público, tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física que induziu ou concorreu dolosamente para a prática do ato ímprobo podem ser inseridas no polo passivo da ação, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.429/1992⁸⁹. Nesse sentido, sempre que o inciso I do art. 5º da LAC for consumado pela entrega de vantagem indevida, tanto a pessoa jurídica, quanto a pessoa física envolvidas no ato também podem responder por ato de improbidade administrativa.

⁸⁷ Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

⁸⁸ Para Heinen (2015, p. 128), a Lei Anticorrupção cometeu um equívoco ao não tipificar a corrupção passiva, sob a perspectiva do agente privado que aceita o suborno oferecido por agente público. Note-se que o inciso I do art. 5º da Lei nº 12.846/2013 veda apenas “a promessa, o oferecimento e a concessão”, mas não a aceitação.

⁸⁹ Art. 3º – As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade administrativa.

Em conclusão, sob o enfoque quantitativo, as condutas tipificadas no inciso I do art. 5º da LAC podem ser praticadas de forma uni, bi ou multilaterais. Já sob o enfoque qualitativo, podem ser praticadas com ou sem a participação de agente público⁹⁰.

Ademais, quanto à potencial correspondência normativa, tem-se que as condutas “prometer, oferecer e dar” encontram correspondência nos arts. 333 ou 337-B do Código Penal, podendo, também, ensejar a incidência do art. 317 deste mesmo Código, caso o agente público aceite a vantagem indevida. Ainda, havendo participação ativa ou passiva do agente público, em conluio com o agente privado, ambos responderão por ato de improbidade administrativa, nos termos da LIA.

O inciso II do art. 5º da LAC⁹¹, por sua vez, diz respeito à proibição de financiar, custear, patrocinar ou, de qualquer modo, subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção. Note-se que, aqui, os verbos utilizados pelo legislador excluem a hipótese de incidência do tipo quando a própria pessoa jurídica pratica os demais atos ilícitos previstos no art. 5º dessa Lei. Como bem observou Heinen (2015, p. 129-130), o tipo visa a ampliar a noção de coautoria ou de participação, na medida em que busca punir os sujeitos que, embora não pratiquem o ato ilícito, fornecem suportes para que eles sejam consumados.

Com efeito, a ideia de financiamento, patrocínio, custeamento e subvenção presumem a existência de um terceiro a ser financiado, patrocinado, custeado, ou subvencionado. Mais do que isso, presume a aceitação desse terceiro, ainda que essa aceitação não implique no resultado material almejado pela pessoa jurídica que terceirizou a prática ilícita. Por essa razão, pode-se dizer que, em todas as suas formas nucleares – financiamento, custeamento, patrocínio ou subvenção –, o tipo presume a existência de relações bi ou multilaterais a serem praticadas com ou sem a participação de agente público.

Conforme leciona Motta e Anyfantis (2017, p. 98-99) o dispositivo prevê quatro atos lesivos distintos, porém conceitualmente semelhantes. Enquanto “financiar” remonta à ideia de fornecimento de recursos (*lato sensu*) a serem direcionados à prática da infração, “custear” remonta à ideia de quitação dos valores exigidos. De forma bastante similar, “patrocinar”

⁹⁰ Motta e Anyfantis (2017, p. 97) sugerem que a presença do agente público é sempre necessária para que ocorra a infração tipificada no art. 5º, inc. I, da Lei nº 12.846/13, uma vez que a promessa, a oferta ou a concessão da vantagem indevida sempre serão direcionadas ao agente público. Entretanto, é possível cogitar a configuração do ilícito, sem que haja, efetivamente, a presença de agente público. A título de exemplo, a empresa (sujeito ativo) pode prometer vantagem indevida a terceiro relacionado ao agente público, com intuito de obter ato fraudulento, sem que o terceiro aceite a promessa. Neste caso, o delito encontra-se consumado sem a presença efetiva do agente público, porquanto “promessa” não exige resultado material.

⁹¹ Art. 5º, II - Comprovementamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

refere-se ao provisionamento de recursos (*lato sensu*) a serem direcionados à prática da infração, ao passo que “subvencionar” refere-se ao ato de prestar auxílio (subsídio).

O legislador, contudo, ciente de que não poderia vislumbrar todas as possibilidades de condutas passíveis de serem previamente surpreendidas na realidade ontológica, recorreu à expressão “de qualquer modo” antes do verbo “subvencionar”, para com ela abranger todas as maneiras e todos os títulos pelos quais o sujeito ativo possa contribuir, financeira ou patrimonialmente, para a ocorrência do ilícito (PESTANA, 2016, p. 69).

Qualquer que seja a sua forma nuclear, pode-se concluir que o objetivo geral do inciso II do art. 5º da LAC é proibir pessoas jurídicas de estimularem (*lato sensu*) terceiros a praticarem os demais atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção. Nesse sentido, é irrelevante para a consumação do ilícito se o terceiro financiado, custeado, patrocinado ou subvencionado constitui pessoa física ou jurídica, ou se exerce função de natureza pública ou privada. Importa apenas que esse sujeito tenha sido estimulado (*lato sensu*), por uma ou mais pessoas jurídicas, a praticar atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira⁹².

É claro que se o sujeito financiado, custeado, patrocinado ou subvencionado a praticar os referidos atos também tiver natureza jurídica, naturalmente ele responderá pelo dispositivo da Lei Anticorrupção que vier a violar em razão desses auxílios. Neste caso, a pessoa jurídica que financiar, custear, patrocinar ou subvencionar (sujeito 1) a prática de atos ilícitos previstos na LAC responderá pelo inciso II do art. 5º desta Lei. Já a pessoa jurídica (sujeito 2) financiada, custeada, patrocinada ou subvencionada responderá pelo ato que efetivamente vier a praticar, podendo este ato se enquadrar em quaisquer dos dispositivos previstos no art. 5º da LAC, com exceção do próprio inciso II.

Por outro lado, se o sujeito financiado, custeado, patrocinado ou subvencionado for pessoa física no exercício de função pública ou privada⁹³, sua responsabilização dependerá de eventual correspondência típica, em relação ao ato efetivamente praticado, em outras searas de responsabilização. A título de exemplo, se o sujeito tiver sido patrocinado para praticar o ilícito previsto no inciso I do art. 5º da LAC (“prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”) e efetivamente vier

⁹² Para Heinen (2015, p. 129-130), o tipo exige prova cabal de que a pessoa jurídica efetivamente financiou, custeou, patrocinou ou de qualquer modo subvencionou a prática dos atos ilícitos previstos na LAC. Na mesma linha, Bittencourt (2017, p. 65) sustenta a necessidade de comprovação de que a pessoa jurídica tenha, efetivamente, fornecido suporte para a prática dos atos ilícitos, contudo, o autor chama atenção para o fato de que, a princípio, essa exigência é contraditória com a responsabilização objetiva da LAC.

⁹³ Incluindo-se, aqui, eventuais pessoas físicas (gestores, administradores, etc.) que praticam os atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção em nome da pessoa jurídica que representam.

a praticá-lo, responderá, como já visto, pelo crime de corrupção ativa previsto no art. 333 do Código Penal, ao passo que a pessoa jurídica que financiou, custeou, patrocinou ou de qualquer modo subvencionou a prática desse ato ilícito responderá pelo inciso II do art. 5º da LAC.

A análise da responsabilização do sujeito que, de qualquer modo, é estimulado a praticar atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira depende, portanto, de quatro levantamentos.

Primeiro, faz-se necessário averiguar se o sujeito subsidiado efetivamente praticou quaisquer dos atos ilícitos previstos no art. 5º da LAC em razão dos estímulos auferidos. Isso porque, nem sempre, o ato de receber financiamento, custeamento, patrocínio ou subvenção de pessoa jurídica constitui, por si só, ato lesivo à administração pública – ainda que esses subsídios tenham sido concedidos visando à prática de atividades ilícitas. A princípio, apenas se o sujeito subsidiado tratar-se de pessoa física no exercício de função pública é que a aceitação, *per se*, dessas vantagens constitui crime e ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 317, do Código Penal, e arts. 9º e 11º, da LIA. Caso contrário, tratando-se o sujeito subsidiado de pessoa física ou jurídica no exercício de função privada, o ato de receber, *per se*, ditas vantagens, não constitui ato ilícito.

Constatada a prática do ilícito em razão do financiamento, do custeamento, do patrocínio ou da subvenção ofertada, por sua vez, o segundo levantamento que precisa ser realizado é a apuração do tipo ilícito efetivamente praticado. Em outras palavras, deve-se averiguar a qual tipo, dentre aqueles previstos nos incisos I, III, IV e V do art. 5º da LAC, o ato praticado pelo sujeito financiado, custeado, patrocinado ou subvencionado encontra subsunção. Afinal, o inciso II do art. 5º da LAC é claro ao vedar a concessão de subsídios apenas à prática dos atos ilícitos previstos na própria Lei Anticorrupção, ou seja, à prática de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira. Nesse sentido, a pessoa jurídica que financia, custeia, patrocina ou subvenciona a prática de ilícitos que não são abarcados pela LAC não comete o ato de corrupção em comento (inciso II do art. 5º), afastando-se a incidência desta esfera de responsabilização.

Em sequência, o terceiro levantamento que precisa ser realizado diz respeito à análise qualitativa do sujeito que pratica o ato lesivo à administração pública em razão dos estímulos (*lato sensu*) concedidos pela pessoa jurídica. Em síntese, seguindo o critério de análise estabelecido na Seção 3.2.1 deste trabalho, faz-se necessário apurar se o sujeito em comento possui natureza física ou jurídica, bem como se exerce função pública ou privada. Só a partir deste levantamento é possível buscar, nas demais legislações, eventuais tipos sancionatórios

aplicáveis ao caso concreto – sendo este levantamento, referente à identificação das normas sancionatórias em si, o quarto e último levantamento necessário à análise de responsabilização do sujeito que pratica atos lesivos à administração pública em razão dos benefícios auferidos.

Já em relação às condutas de financiar, custear, patrocinar ou subvencionar a prática de atos lesivos à administração pública, em si, Motta e Anyfantis (2017, p. 98) esclarecem tratar-se de condutas que não encontram correspondência literal na legislação criminal ou em outros normativos. No entanto, para os autores, apesar de inexistir correspondência direta e objetiva em outros diplomas legais, as condutas previstas no inciso II, do art. 5º, da LAC, assemelhar-se-iam àquelas tipificadas no art. 91, da Lei nº 8.666/1993⁹⁴, no art. 321, do Código Penal⁹⁵, e no art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.137/1990⁹⁶. Nesse sentido, as pessoas físicas que efetivamente financiam, custeiam, patrocinam ou subvencionam a prática de atos lesivos à administração pública, em nome da pessoa jurídica, estariam eventualmente sujeitas à responsabilização pelos dispositivos mencionados.

De fato, basta uma leitura célere dos referidos dispositivos legais para que se possa concluir que há semelhança entre os tipos identificados por Motta e Anyfantis. Contudo, apesar de correta, a análise comparativa realizada pelos autores precisa ser aprofundada, de modo a evitar-se equívocos. Especialmente no que diz respeito às regras de responsabilização de coautores e partícipes existentes no âmbito do Direito Penal e da LIA, bem como ao correto enquadramento das hipóteses previstas no inciso II do art. 5º da LAC ao crime licitatório, tipificado no art. 337-G do CP, e aos crimes de advocacia administrativa, tipificados no art. 321 do CP e no inc. III do art. 3º da Lei nº 8.137/1990.

Quanto à primeira observação, é preciso ter em mente que o sujeito que terceiriza a prática de atos ilícitos, na condição de “mandante”, pode ser responsabilizado como coautor dos atos ilícitos que o terceiro vier a praticar a seu mando. Nesse sentido, a lógica de responsabilização da pessoa física que atua em nome da pessoa jurídica seria a mesma do sujeito financiado, custeado, patrocinado ou subvencionado. Primeiro, far-se-ia necessário avaliar se

⁹⁴ Correspondente ao atual art. 337-G do Código Penal que dispõe: “Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

⁹⁵ Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

⁹⁶ Art. 3º - Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal: [...] III – patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

houve a prática de condutas ilícitas em razão do estímulo concedido; segundo, qual teria sido a conduta praticada; e, terceiro, se o ilícito praticado encontra correspondência em outras searas de responsabilização.

Para elucidar essa hipótese, cita-se, novamente, o exemplo do sujeito que, estimulado a entregar vantagem indevida a agente público (inciso I do art. 5º da LAC), efetivamente a entrega, praticando o crime previsto no art. 333 do CP. Neste caso, não só o sujeito que praticou o ato de entregar a vantagem indevida pode ser responsabilizado pelo crime de corrupção ativa. A pessoa física que estimulou este ato, seja por meio de financiamento, custeio, patrocínio ou subvenção, para obter benefícios em nome da pessoa jurídica, também responde pelo mesmo crime na qualidade de mandante (coautor).

Destarte, o sujeito ativo do inciso II do art. 5º da LAC pode ser responsabilizado por outros crimes, para além daqueles já elencados por Motta e Anyfantis, a depender do caso concreto.

Noutro giro, quanto à segunda observação, é preciso ter em mente que não é qualquer sujeito que pode ser responsabilizado pela prática de advocacia administrativa. Nem mesmo qualquer hipótese de ato lesivo à administração pública, se praticado por agente público, é capaz de ensejar a ocorrência desse crime. No caso do art. 321, do CP⁹⁷, somente o funcionário público financiado, custeado, patrocinado ou subvencionado que praticar algum dos ilícitos previstos no inciso IV, alíneas 'a', 'b', 'c', 'd', 'f' e 'g', e inciso V, do art. 5º, da LAC, é que pode ser responsabilizado pelo crime de advocacia administrativa (*lato sensu*). Já no caso do art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.137/1990⁹⁸, somente o funcionário público que, nas mesmas condições, pratica as condutas previstas nas alíneas 'd', 'f' e 'g' do inciso IV e no inciso V do art. 5º da LAC é que pode ser responsabilizado pelo crime de advocacia administrativa no âmbito da administração fazendária.

Isso porque os crimes de advocacia administrativa vedam o patrocínio (*lato sensu*) de interesse privado perante a administração pública por parte daqueles que, valendo-se da condição de funcionário público, atuem em prol de interesse privado. A única diferença entre o ilícito previsto no art. 321 do CP e o ilícito previsto no inciso III do art. 3º da Lei nº 8.137/1990

⁹⁷ Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa (BRASIL, 1940)

⁹⁸ Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I): [...] III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (BRASIL, 1990).

diz respeito ao *locus* de ocorrência do ilícito. O primeiro é amplo e válido para qualquer área da administração, ao passo que o segundo é restrito à administração fazendária. Ambos, contudo, vedam a utilização indevida da função pública para a concretização de interesses privados. Nesse sentido, tanto a condição de funcionário público, quanto o efetivo patrocínio de interesse privado são imprescindíveis para a prática dos crimes em comento.

É por essa razão que, no caso do art. 321 do CP, os funcionários públicos que praticam os ilícitos previstos no inciso I, III e V e na alínea ‘e’ do inciso IV, em razão do financiamento, custeamento, patrocínio ou subvenção recebidos, não respondem pela prática de advocacia privada. Ditos ilícitos são incompatíveis com o tipo penal. A título de exemplo, quem promete, oferece ou dá, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público ou a terceira pessoa a ele relacionada não se vale da qualidade de “funcionário” para patrocinar interesse privado. Se a vantagem indevida está sendo direcionada a outro agente público, é porque este é o agente que detém competência para exercer o ato de ofício almejado, e não o funcionário público que foi financiado para entregar a vantagem indevida. A entrega da vantagem indevida, em si, não é exercida em razão da qualidade de funcionário, ainda que esta qualidade possa trazer vantagens em termos de *networking*, proximidade com o agente almejado, etc.

Em nenhuma hipótese, portanto, a pessoa física que financia, custeia, patrocina ou subvenciona a prática dos atos ilícitos previstos no inciso IV, alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘f’ e ‘g’, e inciso V, do art. 5º da LAC, em nome da pessoa jurídica, responderá, sozinha, pela prática dos crimes previstos no art. 321 do CP ou no art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.137/1990. O máximo que pode acontecer é ela ser responsabilizada, na condição de coautora ou partícipe, pelos crimes praticados pelo funcionário público financiado, custeado, patrocinado ou subvencionado.

Já em relação ao crime previsto no art. 91 da Lei nº 8.666/1993, correspondente ao atual art. 337-G do Código Penal, o raciocínio é o inverso. O sujeito ativo deste delito é a pessoa física que patrocina (*lato sensu*) interesse privado de determinada pessoa jurídica, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário, e não o funcionário que deflagrou a referida licitação ou celebrou o referido contrato. A condição para a subsunção ao mencionado tipo, portanto, é a deflagração indevida de licitação ou a celebração ilícita de contrato público (resultado material), em razão do patrocínio de interesse privado perante a administração pública.

Noutro giro, quanto à análise das infrações tipificada no inciso II do art. 5º da LAC, é importante ressaltar que o referido tipo abarca infrações de mera conduta, sendo dispensável,

para a consumação do ilícito, o resultado material almejado (DAL POZZO et al., 2015, p. 54). Ou seja, a efetiva execução de atos ilícitos por parte da pessoa física ou jurídica financiada, patrocinada, custeada ou subvencionada⁹⁹.

Isso não significa dizer, todavia, que a aceitação da pessoa física ou jurídica financiada, patrocinada, custeada ou subvencionada seja dispensável. Pelo contrário, essa aceitação é imprescindível para a consumação do delito (BITTENCOURT, 2019, p. 65). O que é prescindível é apenas a concretização do acordo: a efetivação da promessa por parte do sujeito auxiliado ou incentivado.

Sob o enfoque quantitativo, portanto, as condutas tipificadas no inciso II do art. 5º da LAC somente podem ser praticadas de forma bi ou multilateral. Já sob o enfoque qualitativo, podem ser praticadas com ou sem a participação de agente público, a depender do sujeito efetivamente financiado, custeado, patrocinado ou subvencionado.

Ademais, quanto à potencial correspondência normativa, tem-se que a pessoa física que pratica os atos de “financiar, custear, patrocinar ou subvencionar” a prática de atos lesivos à administração pública em nome da pessoa jurídica responde pelo art. 337-G do CP, quando esses auxílios resultarem na efetiva instauração de licitação ou celebração de contrato administrativo fora das hipóteses permissivas. Caso contrário, a pessoa física que atua em nome da pessoa jurídica somente poderá ser responsabilizada pelos crimes que o sujeito auxiliado efetivamente vier a praticar na condição de coautora ou partícipe. A análise dessa correspondência normativa depende, portanto, da apuração do caso concreto.

O sujeito financiado, custeado, patrocinado ou subvencionado, por sua vez, somente pode responder pela prática dos crimes previstos no art. 321 do CP e no inciso III do art. 3º da Lei nº 8.137/1990, caso ele exerça função pública e efetivamente advogue em nome dos interesses privados da pessoa jurídica que o auxiliou. Sendo esta a hipótese, o agente público também responderia por ato de improbidade administrativa. Contudo, se o sujeito financiado tratar-se de pessoa física ou jurídica no exercício de função privada, não poderia haver subsunção aos tipos identificados por Motta e Anyfantis (2017). Afinal, só comete o crime de advocacia privada o sujeito que exerce função pública, ainda que temporária. A responsabilização da pessoa física ou jurídica financiada, custeada, patrocinada ou

⁹⁹ Em posicionamento diverso, Heinen (2015, p. 130) sustenta que o inciso II do art. 5º da LAC disciplina ilícito de natureza material, o qual reclama não só a constatação do efetivo suporte à prática dos atos de corrupção previstos na LAC, como também a efetiva ocorrência desses ilícitos. No entanto, esta dissertação adota o posicionamento de Dal Pozzo *et al.* (2015) e Bittencourt (2019).

subvencionada, que não exerce função pública, portanto, depende do ato ilícito que ela vier a efetivamente praticar. O simples aceite dos benefícios indevidos concedidos pela pessoa jurídica, sem a concretização do acordo ilícito celebrado, não configura, *a priori*, crime ou ato de improbidade administrativa.

No que diz respeito ao inciso III do art. 5º da LAC¹⁰⁰, a conduta proibida é a utilização de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular os reais interesses do agente corrupto ou a identidade dos beneficiários dos atos ilícitos praticados. Enquanto “ocultar” significa esconder, não revelar ou encobrir, “dissimular” significa distorcer a realidade, falsear ou usar de astúcia contra terceiro (MOTTA, ANYFANTIS, 2017, p. 99).

De acordo com Pestana (2016, p. 74), a hipótese está voltada para a conduta arditosa e dissimulada do agente que procura eclipsar, com seu agir, seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos a serem praticados, por meio da inserção de determinada pessoa física ou jurídica na relação estabelecida entre o sujeito corrupto e a Administração Pública.

O referido tipo veda a utilização da figura popularmente conhecida no Brasil como “laranja”, que, nos ensinamentos de Marinela, Ramalho e Paiva (2015, p. 117), são pessoas, físicas ou jurídicas, que emprestam seus respectivos nomes para realização de atos ilícitos¹⁰¹.

Não se pode perder de vista, contudo, que o inciso III do art. 5º da LAC visa a responsabilizar a pessoa jurídica que faz uso do “laranja” e não o “laranja” em si¹⁰². Ainda que o “laranja” tenha natureza jurídica, ele não poderá, a princípio, ser responsabilizado pelo inciso III do art. 5º da LAC, mas sim e apenas por outros ilícitos administrativos que vier a praticar em nome de terceiro¹⁰³. O sujeito ativo desse tipo, portanto, será sempre a pessoa jurídica que busca ocultar ou dissimular seus interesses escusos.

Note-se que o tipo disciplina verdadeira extensão de outro tipo legalmente previsto, com o objetivo de sancionar os legítimos beneficiários dos atos ilícitos praticados pelo “laranja”. Por essa razão, Heinen (2015, p. 132) sustenta que a conduta prevista no inciso III do art. 5º da

¹⁰⁰ Art. 5º, III - Comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

¹⁰¹ Em regra, o laranja atua como intermediador de repasses financeiros, assumindo a função de receber os recursos indevidos e, dissimuladamente, repassá-los para aquele a quem o recurso é verdadeiramente destinado.

¹⁰² Nas palavras de Heinen (2015, p. 131) e em consonância com os ensinamentos do Direito Penal, o “laranja” seria o “autor ofensivo ou imediato”, ao passo que o beneficiário do ato seria o “autor oculto ou mediato”.

¹⁰³ Ressalte-se que o “laranja” também pode ser responsabilizado na esfera da improbidade administrativa e, eventualmente, sendo ele pessoa física, também na esfera criminal.

LAC será sempre conjugada com a prática de outro ilícito, uma vez que ela não configura dispositivo punitivo autônomo.

No inciso III, tal como no inciso II, para que o ato seja configurado como ilícito, é preciso que eles sejam comprovadamente verificados. Qualquer que seja o ato praticado – ocultamento ou dissimulação –, fato é que o referido tipo visa a proibir o falseamento de uma realidade, cujo único propósito é impedir ou dificultar a atividade de controle estatal. Nesse sentido, é irrelevante para a consumação do delito se o “laranja” executará o processo de ocultamento ou dissimulação com maestria. No entanto, seguindo o posicionamento de Heinen (*Id.*) e avançando quanto à análise interpretativa, acredita-se ser necessário que haja, no mínimo, a efetiva tentativa de ocultamento ou dissimulação, uma vez que o verbo escolhido pelo legislador (“utilizar-se”) implica, a princípio, algo que vai além de um simples ajustamento de condutas. Nos termos do Dicionário Priberam, “utilizar” tem o sentido de “servir-se de”, “empregar utilmente”, “sacar partido de” ou “aproveitar” – todos conceitos que exigem a realização de alguma ação ou a obtenção de algum ganho.

Noutro giro, em uma primeira análise, sob o enfoque quantitativo, as condutas tipificadas no referido dispositivo legal parecem abarcar condutas bi ou multilaterais. Afinal, o tipo administrativo traz justamente uma ideia de “terceirização”, em que um terceiro simula a realização de atos em nome do verdadeiro beneficiário do delito. No entanto, é possível que essa relação bi ou multilateral seja meramente fictícia. Uma criação jurídica sem correspondência fática.

A título de exemplo, pode-se cogitar a hipótese em que o sujeito A (pessoa física), gestor da pessoa jurídica B, crie a pessoa jurídica C (“laranja”) unicamente para ocultar ou dissimular seus reais interesses. Neste caso, apesar de a relação ser juridicamente composta por mais de um sujeito autônomo, sob a perspectiva da Teoria dos Jogos, os sujeitos se confundem. O único tomador de decisões, e jogador efetivo, é o sujeito A. As pessoas jurídicas são apenas peças disponíveis à consecução de seu interesse. Por essa razão, as condutas previstas no inciso III do art. 5º da LAC podem ser praticadas, fática e objetivamente, por um único sujeito (condutas unilaterais), apesar de juridicamente serem consideradas bi ou multilaterais.

Sob o enfoque qualitativo, por sua vez, as condutas tipificadas no dispositivo supracitado podem ser praticadas com ou sem a participação de agente público. Ao estipular que o “laranja” pode ser tanto pessoa física quanto jurídica, o legislador optou por não delimitar o escopo de abrangência do delito. Nesse sentido, é possível cogitar a hipótese de o “laranja” ser tanto pessoa física ou jurídica no exercício de função privada, como eventual agente público.

De igual modo, o inciso III do art. 5º da LAC também pode ser praticado em coautoria por pessoas jurídicas de direito privado em conluio com servidor público. Nada impede que vários autores, que estejam envolvidos em um mesmo esquema delituoso, contratem um “laranja” para ocultar ou dissimular seus reais interesses.

No entanto, mais uma vez, é preciso lembrar que o fato de o ilícito almejado poder ser praticado por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado ou público não significa dizer que todos eles responderão pelos atos previstos no art. 5º da LAC. Muito pelo contrário. A Lei é clara ao delimitar seu escopo de aplicação. Ela dispõe apenas sobre a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas indicadas em seu art. 1º, § único¹⁰⁴, que pratiquem atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira.

A responsabilização do terceiro que oculta ou dissimula os reais interesses da pessoa jurídica que o “contrata”¹⁰⁵ ou a identidade dos verdadeiros beneficiários da prática ilícita depende, portanto, de um processo de análise similar ao apresentado para o inciso II do art. 5º da LAC. Primeiro, deve-se avaliar se o “laranja” efetivamente ocultou ou dissimulou os reais interesses da pessoa jurídica “contratante”, para, em seguida, identificar quais foram os atos ilícitos ocultados ou dissimulados. A depender do ato praticado, haverá correspondência típica em outros normativos, como o Código Penal. E, havendo correspondência típica, tanto a pessoa física que “contratou” o laranja para ocultar ou dissimular os reais interesses da pessoa jurídica, quanto o próprio laranja responderão pelo crime correspondente na medida de suas culpabilidades.

Frise-se, ainda, que, mesmo na hipótese de o laranja tratar-se de pessoa jurídica, sempre haverá um indivíduo (pessoa física) por trás da prática do ato ilícito que responderá pelo crime praticado. Nesse sentido, conforme mencionado acima, tratando-se o laranja de pessoa jurídica, ele responderá pelos atos de corrupção praticados em nome de terceiro, enquanto a pessoa física responderá pelos crimes que eventualmente vier a cometer. Da mesma forma, caso o laranja exerça função pública ou compactue com agentes públicos com o fito de ocultar ou dissimular os reais interesses de seu “contratante” ou a identidade dos beneficiários dos atos de corrupção, responderá pela prática de ato de improbidade administrativa.

¹⁰⁴ De acordo com o art. 1º, § único, da Lei 12.846/2013, “Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

¹⁰⁵ Aqui, utiliza-se o termo “contratar” de forma genérica, no sentido de “acordo de vontades”.

Não fosse o bastante, todas as pessoas físicas envolvidas no ilícito ora em análise, estejam elas na condição de responsável pela “contratação” do laranja ou na condição de “contratado”, podem ser responsabilizadas por outros crimes, tais como lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/1998¹⁰⁶), estelionato (art. 171 do CP¹⁰⁷), falsidade ideológica (art. 299 do CP¹⁰⁸), inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A do CP¹⁰⁹), sonegação fiscal (art. 1º, inciso I, da Lei nº 4.729/1965¹¹⁰) e evasão de divisas (art. 22 da Lei nº 7.492/1986¹¹¹).

Em conclusão, sob o enfoque quantitativo, as condutas tipificadas no inciso III do art. 5º da LAC podem ser praticadas de forma uni, bi ou multilaterais. Já sob o enfoque qualitativo, podem ser praticadas com ou sem a participação de agente público.

Ademais, quanto à potencial correspondência normativa, tem-se que o sujeito que utiliza a figura do laranja para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados, bem como o próprio laranja podem ser coautores nos crimes de lavagem de dinheiro, estelionato, falsidade ideológica, inserção de dados falsos em sistema de informações, sonegação fiscal e evasão de divisas. No entanto, vale a pena ressaltar que o ilícito de inserção de dados falsos em sistema somente pode ocorrer caso o laranja exerça função pública. Neste caso, sempre que houver a incidência deste tipo, haverá também a incidência de ato de improbidade administrativa. Fora essa hipótese, todos os demais tipos, sejam os já citados, sejam outros eventualmente praticados, dependerão de uma análise fática para o correto enquadramento de responsabilização dos sujeitos envolvidos.

¹⁰⁶ Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

¹⁰⁷ Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

¹⁰⁸ Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

¹⁰⁹ Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

¹¹⁰ Art. 1º. Constitui crime de sonegação fiscal: I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei; Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

¹¹¹ Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

O inciso IV do art. 5º da LAC, por sua vez, prevê uma série de condutas ilícitas no tocante a licitações e contratos públicos. De acordo com Dipp e Castilho (2016, p. 41), o referido dispositivo legal elenca oito diferentes alíneas, que, em síntese, indicam que haverá ilicitude quando, de qualquer forma, o ato praticado lesar a competição. Entretanto, apesar da evidente semelhança existente entre os bens jurídicos protegidos nas alíneas do inciso IV do art. 5º da LAC, não se pode olvidar que cada tipo ali previsto é único e, deve, portanto, ser avaliado como tal.

Com efeito, a alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º da LAC¹¹² inaugura os ilícitos referentes às licitações públicas e tutela um dos mais importantes pilares de todo e qualquer procedimento licitatório: seu caráter competitivo. Sem efetiva competição, a administração pública fica sujeita a contratações menos eficientes e mais onerosas. Especialmente quando a ausência de competição deriva de conduta fraudulenta, realizada com propósito específico de causar prejuízo ao ente administrativo, para obtenção de benefício privado.

Não à toa, o referido tipo veda, expressamente, mecanismos de frustração ou fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório público. No entanto, note-se que não é qualquer frustração ou fraude que se encontra abarcada por esse dispositivo legal. É preciso observar que o tipo proíbe apenas as interferências realizadas “mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente”.

Nesse sentido, é inconcebível a ocorrência de “[frustração ou fraude]¹¹³, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, ao caráter competitivo do procedimento licitatório” (alínea ‘a’), sem a presença de, no mínimo, dois sujeitos. Ao estipular que esse ato deve ocorrer por meio dessas modalidades de acordos, o legislador delimitou a hipótese de incidência desse inciso às condutas bi ou multilaterais¹¹⁴. Afinal, é preciso mais de um sujeito para celebrar “ajustes, combinações ou expedientes”, sendo irrelevante, contudo, para a consumação desse ilícito, a função que esses sujeitos exercem (pública ou privada) (CUNHA; SOUZA, 2017, p. 44).

¹¹² Art.5º, IV, ‘a’ – Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório.

¹¹³ Nas palavras de Motta e Anyfantis (2017, p. 102), “frustração e fraude se diferenciam quanto ao grau de culpabilidade, presente com maior intensidade nesta última, em que se pressupõe a ocorrência de transgressão à ordem jurídica, mediante artifício ou ardil, com certa finalidade de ludibriar alguém ou causar-lhe prejuízo. Trata a fraude da utilização da astúcia para desvirtuar, impedir ou encobrir, maliciosamente, a real competitividade nas licitações. Frustrar, por seu turno, abarca condutas que buscam impedir, prejudicar ou atrapalhar a prática de determinado ato ou o alcance de algum objetivo”.

¹¹⁴ A existência do inciso ‘d’ também é evidência dessa limitação.

Como bem ressaltaram Motta e Anyfantis (2017, p. 102), o ilícito tipificado na alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º da LAC é, majoritariamente, praticado por empresas privadas que se articulam com o fito de frustrar o caráter competitivo do certame e obter, dessa forma, contratos superfaturados. Note-se que ditas empresas atuam, ao menos em tese, como competidoras no mercado abrangido pela licitação pública. Entretanto, ao invés de disputarem o procedimento licitatório de forma lícita, optam por dividir o mercado, de modo que todas sejam capazes de obter alguma vantagem com o ajuste celebrado.

Em outras palavras, as empresas preferem compartilhar os lucros obtidos com o superfaturamento repassado à administração pública, a disputarem, efetivamente, a licitação. Para isso, adotam, em regra, estratégias de cartelização como as já listadas pela OCDE (2009, p.2), quais sejam: apresentação de propostas fictícias; abstenção de participação em dado procedimento licitatório; rotação de propostas; e divisão de mercado¹¹⁵.

A despeito do evidente protagonismo das fraudes promovidas por particulares, nas denominadas associações de cartéis licitatórios, é possível – e às vezes até mesmo provável – que o ilícito ora em comento seja praticado também com a participação de agente público. Não há nada no texto do referido dispositivo legal que permita concluir que esse ilícito somente pode ser cometido por particulares. Muito pelo contrário. Por se tratar de licitação pública, a presença do funcionário público competente pela deflagração ou fiscalização de determinado procedimento licitatório acaba por facilitar a ocorrência da fraude e garantir, por vezes, o seu sucesso – tornando atrativa a inclusão desse funcionário no esquema delituoso.

Em algumas situações, pode-se dizer que a presença de funcionário público é, inclusive, imprescindível para a consumação do ato ilícito. A título de exemplo, Motta e Anyfantis (2017, p. 101) trazem à tona a possibilidade de consumação da alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º da LAC quando a interferência dos particulares ocorre na fase interna da licitação. O que os autores

¹¹⁵ Apenas à título elucidativo, vale frisar que, nos termos do estudo realizado pela OCDE (2009, p.2), propostas fictícias ocorrem quando indivíduos ou empresas realizam lances elevados, infactíveis ou viciados no procedimento licitatório, com o fito de dar àquele procedimento aparência de legalidade, em benefício de determinada pessoa física ou jurídica. Ou seja, há uma simulação de competição. Em sentido oposto, por sua vez, a supressão de propostas ocorre quando as empresas se abstêm de apresentar lances válidos ou os retiram do procedimento licitatório, para que outra empresa se consagre vencedora. Em regra, essas situações acontecem apenas nas hipóteses em que a empresa suprimida se consagraria vencedora, caso apresentasse ou mantivesse seu lance válido. Noutro giro, propostas rotativas ocorrem quando o cartel, enquanto organização, delimita qual licitação cada integrante vencerá. A partir dessa estratégia, as empresas estabelecem um rodízio de contratos administrativos com vencedores pré-definidos e simulação de competição pelos demais. Já a divisão de mercado ocorre quando o cartel pré-delimita a “clientela” e as áreas geográficas de domínio de cada empresa. Como o próprio nome sugere, nessa estratégia há, literalmente, uma divisão de mercado. Delimitam-se os objetos e as fronteiras que ficarão no domínio de cada empresa, sendo as demais, impossibilitadas de disputar mercados que não lhes são próprios – ou seja, que não lhes foram direcionados (OCDE, 2009, p.2).

não deixam explícito, contudo, mas que diz respeito a uma consequência lógica desse enquadramento, é que, havendo fraude na fase interna da licitação, que limite o caráter competitivo do certame, essa fraude deverá ser praticada, necessariamente, por funcionário público. Ainda que este funcionário atue em conluio com particulares.

Isso porque a chamada “fase interna” da licitação – que inclui os procedimentos preparatórios, tais como delimitação de objeto, estimativa de valor de contrato, análise de requisitos orçamentários, elaboração de Edital, etc. – deve ocorrer em ambiente restrito à administração pública. Somente o funcionário público que detém competência para praticar os atos preparatórios de determinada licitação é quem pode, efetivamente, praticá-los. Em nenhuma hipótese, por exemplo, um agente privado é capaz de, sozinho, alterar o Edital de um certame público. Por essa razão, para que haja frustração ou fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório na fase interna da licitação, tem-se imprescindível a participação do agente público competente – o que atrai a incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

Outra hipótese em que a participação do agente público é indispensável para consumação do ilícito em comento é quando o caráter competitivo do certame é violado pela dispensa indevida de licitação, no caso de “emergências fabricadas”. Para Heinen (2015, p. 138), a prática é comum e consiste na criação indevida de situações que precisam ser tratadas com urgência, o que torna a licitação dispensável¹¹⁶. Como exemplo, o autor ilustra o caso de um órgão que, apesar de ser responsável pela manutenção de estradas, deixa de realizar sua função, com o fito de tornar a utilização daquela estrada inviável em razão do alto nível de degradação do asfalto, fabricando, assim, uma emergência que poderia ser evitada, apenas para justificar uma contratação direta, nos termos do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993¹¹⁷, e poder, com isso, direcionar a execução do contrato.

Noutro giro, quanto às eventuais correspondências criminais do ilícito previsto na alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º da LAC, uma, em especial, salta aos olhos: o art. 337-F do Código

¹¹⁶ Note-se que, ao se referir à prática de “emergências fabricadas”, o autor não abarca situações de descaso não intencional da Administração Pública, mas sim e apenas as hipóteses em que o agente age de forma consciente, com o fito de direcionar a licitação.

¹¹⁷ Art. 24. É dispensável a licitação: IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Penal¹¹⁸¹¹⁹. A despeito de os tipos estarem redigidos de forma distinta, a conduta vedada pela LAC e pelo CP é justamente a frustração ou a fraude ao caráter competitivo do certame. A diferença existente entre os tipos é que o crime de frustração do caráter competitivo de licitação adiciona um elemento a mais para sua configuração: a finalidade de obtenção de vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Ou seja, o CP deixa expresso algo que é implícito na LAC: a frustração ou fraude ao caráter competitivo do certame, para ser consumada, requer o elemento finalístico que se traduz na obtenção de vantagem a partir da adjudicação do objeto licitado.

Além disso, diferentemente da LAC, que limita o ilícito às condutas praticadas mediante “ajuste, combinação ou outro expediente”, o CP não faz qualquer restrição quantitativa. Nesse sentido, é possível cogitar que haja crime de frustração ao caráter competitivo de licitação, sem que haja infringência à alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º da LAC, nas hipóteses em que a fraude é praticada de forma unilateral. A recíproca, entretanto, não é verdadeira. Sempre que houver a prática do ato lesivo à administração pública nacional ou estrangeira, o sujeito que a realizou estará sujeito à responsabilização pelo crime tipificado no art. 337-F do CP. Sendo assim, todas as pessoas físicas que participem indiretamente do cartel, pela via da pessoa jurídica, assim como todos os eventuais funcionários públicos que participem do conluio respondem pelo crime de “frustração do caráter competitivo de licitação”.

Não fosse o bastante, a depender da forma como a fraude é elaborada, pode-se cogitar até mesmo a ocorrência de supressão do procedimento licitatório, a partir da contratação direta ilegal. Esta hipótese, além de configurar o tipo administrativo em análise, ante a aniquilação do caráter competitivo do certame, constitui, também, o crime de “contratação direta ilegal”, previsto no art. 337-E do Código Penal.

Contudo, diferentemente das modalidades clássicas de fraude à licitação acima abordadas, para que haja a ocorrência do tipo previsto na alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º da LAC, em razão da contratação direta ilegal, faz-se imprescindível a participação de funcionário público. Afinal, não pode o agente privado, sozinho, celebrar contrato administrativo. A participação do agente público é indispensável para que haja a contratação. Por essa razão,

¹¹⁸ Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

¹¹⁹ Insta ressaltar que o art. 337-F do CP corresponde ao antigo art. 90 da Lei nº 8.666/1993, razão pela qual, naturalmente, autores (*E.g.* Heinen, 2015; Cunha e Souza, 2017; Bittencourt, 2019) que escreveram sobre o tema antes da promulgação da Lei nº 14.133/2021 apontam a correspondência entre este dispositivo e o dispositivo previsto na alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º da LAC.

sempre que houver a ocorrência desse ilícito, haverá também a incidência da Lei de Improbidade Administrativa¹²⁰.

Em conclusão, sob a perspectiva quantitativa, as condutas previstas na alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º da LAC somente podem ser praticadas de forma bi ou multilateral. Já em relação à perspectiva qualitativa, podem ser praticadas com ou sem a participação de agente público. Quaisquer que sejam os sujeitos envolvidos no ato ilícito, por sua vez, haverá a incidência do crime previsto no art. 337-F do CP. Já em relação à LIA, a subsunção às hipóteses de improbidade depende da participação de funcionário na prática delitativa, o que só pode ser observado caso-a-caso.

A alínea ‘b’ do inciso IV do art. 5º da LAC¹²¹, por sua vez, dispõe sobre a conduta de “impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público”.

Nas palavras de Motta e Anyfantis (2017, p. 103), o referido dispositivo legal “tutela a realização escoreita e tranquila do procedimento licitatório”, visando a proteger todos os atos desde a fase interna, até a fase externa da licitação. Em outras palavras, o tipo pune qualquer ato que prejudique o desenvolvimento adequado do certame (CUNHA; SOUZA, 2017, p. 47).

Com efeito, enquanto “impedir” e “fraudar” requerem a concretização do objetivo almejado, qual seja obstar a consumação do ato licitatório ou de seus efeitos ou concretizá-lo em dissonância com as determinações legais, “perturbar” requer apenas a inserção de dificuldade ao prosseguimento da licitação. Todos esses atos, por sua vez, podem ser praticados por um ou mais sujeitos, com ou sem a participação de servidor público. A título de exemplo, uma pessoa jurídica pode, sozinha, criar artificios para “perturbar” procedimento licitatório, da mesma forma que ela pode, com o auxílio de agente público, fraudar a licitação.

Note-se, ainda, que “impedir” e “fraudar” tratam de condutas cujo resultado material é imprescindível para a concretização do delito. Os verbos presumem a existência de resultados objetivos, quais sejam a interrupção do procedimento licitatório ou a sua ocorrência de forma indevida. Por outro lado, “perturbar” trata-se de conduta cuja consumação independe da concretização do resultado material almejado. A simples inserção de óbice à realização escoreita e tranquila dos procedimentos licitatórios – incluindo aqueles que não ocorrem em

¹²⁰ É claro que a responsabilização do agente público, e dos demais agentes que praticam o ato de improbidade administrativa, depende da análise do caso concreto. O correto enquadramento do ato ilícito às hipóteses de improbidade tipificadas na LIA depende não só da constatação do dolo, como também da verificação dos efeitos decorrentes desse ato.

¹²¹ Art. 5º, IV, ‘b’ – Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público.

sessões públicas – configura ato lesivo à administração pública. Ainda que, na prática, o procedimento licitatório não seja prejudicado.

Diferentemente da infração tipificada na alínea ‘a’, portanto, a alínea ‘b’ não tem por intuito proteger o caráter competitivo do certame, mas sim a integridade do procedimento licitatório *per se*.

Também de forma diversa ao verificado na alínea ‘a’, a conduta prevista na alínea ‘b’ do inciso IV do art. 5º da LAC encontra correspondência literal no Código Penal. De acordo com o art. 337-I, do CP, considera-se crime de perturbação de processo licitatório as práticas de “impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório”. Nesse sentido, sempre que houver a ocorrência do ilícito administrativo, no âmbito da Lei Anticorrupção, haverá a ocorrência do respectivo crime de perturbação de processo licitatório. A recíproca, por sua vez, não é absoluta, porque depende do sujeito que pratica o crime de perturbação. Tratando-se de pessoa jurídica, haverá a incidência do ilícito administrativo. Tratando-se de pessoa física, não.

Em conclusão, sob a perspectiva quantitativa, as condutas previstas na alínea ‘b’ do inciso IV do art. 5º da LAC podem ser praticadas de forma uni, bi ou multilateral. Já sob a perspectiva qualitativa, podem ser praticadas com ou sem a participação de agente público. Quanto à correspondência típica, por sua vez, ensejam a ocorrência do crime previsto no art. 337-I do Código Penal.

No que tange à alínea ‘c’¹²², o tipo “afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo” regula tanto a hipótese de atos que podem ser praticados por uma única empresa (a exemplo da conduta “procurar afastar licitante”), quanto de atos que, necessariamente, demandam ajuste (a exemplo da conduta “afastamento de licitante por oferecimento de vantagem indevida”).

Para Marinela, Ramalho e Paiva (2015, p. 121), essa alínea visa a coibir qualquer prática que tenha por objetivo minar a participação de pretensos participantes¹²³, ainda que o resultado material não seja alcançado.

¹²² Art. 5º, IV, ‘c’ – Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

¹²³ Para Bittencourt (2020, p. 67), ao utilizar o termo “licitante”, a norma não se restringe à concepção literal da palavra – a qual abrangeria apenas o sujeito que efetivamente participa da licitação –, mas também a todo e qualquer sujeito que possui condições legítimas de participar do certame.

Note-se, ainda, que o tipo trata de conduta bastante similar àquela prevista na alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º da LAC, acima abordada. “Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo” (alínea ‘c’) nada mais é do que uma forma de “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público” (alínea ‘a’). No entanto, enquanto o ilícito previsto na alínea ‘a’, sob a perspectiva quantitativa, somente pode ser consumado por dois ou mais agentes, o ilícito previsto na alínea ‘c’ pode ser consumado por um único agente, quando a sua consumação ocorre pela prática do verbo nuclear “procurar afastar licitante”, conforme já mencionado. Neste caso, o tipo dispensa a ocorrência do resultado material e a tentativa de frustração do caráter competitivo do certame constitui, por si só, o tipo previsto na alínea ‘c’ do inciso IV do art. 5º da LAC.

Em outras palavras, quando o agente “procura afastar licitante”, mas não é bem-sucedido, ele pratica, sozinho, a conduta prevista na alínea ‘c’. Com efeito, não havendo a aceitação do licitante para o qual a proposta fora direcionada, não há que se falar em concretização de vínculo entre as partes.

Noutro giro, sob a perspectiva qualitativa, a conduta prevista na alínea ‘c’ assemelha-se à conduta prevista na alínea ‘a’. Em ambos os casos, os tipos podem ser consumados com ou sem a participação de agente público. Todavia, é razoável supor que a conduta ora em análise é comumente restrita à relação estabelecida entre agentes privados, enquanto a conduta prevista na alínea ‘a’ torna atrativa a participação do agente público.

Isso porque a conduta descrita na alínea ‘c’ preocupa-se, majoritariamente, com a relação estabelecida entre licitantes, ou seja, entre agentes privados. Preocupa-se em reduzir ou eliminar as possibilidades de direcionamento de procedimentos licitatórios públicos, por meio do afastamento de licitantes – seja mediante a adoção de estratégia de abstenção de participação em procedimento licitatório, seja por meio de mecanismos de coação ou fraude. Ademais, como ela não exige a configuração do resultado material para ser consumada, a participação de agente público acaba se tornando dispensável.

Em sentido oposto, a conduta prevista na alínea ‘a’ exige a ocorrência do resultado material, qual seja da fraude ao caráter competitivo do certame – o que é mais facilmente assegurado quando há envolvimento dos agentes responsáveis pela deflagração e fiscalização do procedimento licitatório. Em alguns casos, inclusive, somente pode ser consumada por meio da prática de algum ato de competência privativa do agente público responsável pela condução da fase interna do procedimento licitatório. Por essa razão, supõe-se razoável concluir que, a

despeito de ambas as condutas permitirem a participação de agente público, as condutas previstas na alínea ‘a’ atraem mais a atuação desses agentes, ao passo que as condutas previstas na alínea ‘c’ atraem menos.

Quanto às eventuais correspondências típicas, note-se que o ilícito ora em análise está contido no tipo previsto no art. 337-K do Código Penal¹²⁴. O referido tipo insere como crime de “afastamento de licitante” as condutas de “afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem indevida”. Ou seja, engloba todo o núcleo do ilícito administrativo e acrescenta, ainda, as hipóteses de afastamento ou tentativa de afastamento mediante “violência” e “grave ameaça”.

Considerando que a utilização de “violência” ou “grave ameaça” dizem respeito apenas ao meio utilizado para a tentativa ou concretização da fraude ou do afastamento, por sua vez, tem-se que sempre que houver a consumação do ilícito previsto no art. 337-K do Código Penal, por parte da pessoa física que afastou ou tentou afastar os demais licitantes, em nome da pessoa jurídica que representa, também haverá a ocorrência do ilícito tipificado na alínea ‘c’ do inciso IV do art. 5º da LAC (CUNHA; SOUZA, 2017, p. 48)¹²⁵.

Ademais, caso haja a participação de agente público no ato de afastamento ou tentativa de afastamento de licitante, este agente também responderá pelo crime previsto no art. 337-K do Código Penal, na condição de coautor ou partícipe. Assim como atrairá a incidência da Lei de Improbidade Administrativa, conforme já elucidado.

Em síntese, sob a perspectiva quantitativa, as condutas previstas na alínea ‘c’ do inciso IV do art. 5º da LAC podem ser praticadas de forma uni, bi ou multilateral. Já sob a perspectiva qualitativa, podem ser praticadas com ou sem a participação de agente público. Quanto à correspondência típica, por sua vez, ensejam a ocorrência do crime previsto no art. 337-K do Código Penal, quando praticados com violência ou grave ameaça.

Já em relação à alínea ‘d’¹²⁶, o ato tipificado é a fraude à licitação pública ou ao contrato dela decorrente.

¹²⁴ Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

¹²⁵ Importante ressaltar que, mesmo na hipótese de a tentativa ou o afastamento do licitante ocorrer por meio de violência ou grave ameaça, o ato encontra subsunção ao tipo previsto na alínea ‘c’ do inciso IV do art. 5º da LAC, uma vez que a violência e a grave ameaça constituem formas mais nocivas de afastamento de licitante. Nesse sentido, não faria sentido a Lei Anticorrupção sancionar condutas menos nocivas e, ao mesmo tempo, permitir a prática de atos mais gravosos.

¹²⁶ Art. 5º, IV, ‘d’ – Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente.

Para Heinen (2015, p. 138), o tipo visa a coibir a “licitação de papel” ou o “contrato de papel”, ou seja, a criação de uma licitação fantasiosa, que esconde o real propósito de beneficiar uma empresa específica, ou a celebração de um contrato que não nasce com a pretensão de ser executado. Na mesma linha, Marinela, Ramalho e Paiva (2015, p. 120) sustentam que a alínea estabelece, de forma ampla, que a fraude à licitação ou ao contrato decorrente dela configura ato lesivo. Para os autores (*Id.*), o legislador pretendeu tipificar qualquer fraude que ameace a lisura da licitação ou do contrato administrativo, sendo suficiente a comprovação de que a pessoa jurídica tenha praticado comportamento fraudulento para a caracterização da infração.

No entanto, é preciso observar que a tipificação da “fraude à licitação pública”, aqui prevista, parece se confundir com o ato de “fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público” estipulado na alínea ‘b’ do mesmo dispositivo legal. A princípio, não parece haver diferenças significativas entre os dois tipos administrativos que justifiquem a divisão entre “fraude à licitação pública” e “fraude ao procedimento licitatório”, uma vez que a licitação pública é composta pelo conjunto de procedimentos administrativos licitatórios.

A peculiaridade da alínea ‘d’ do inciso IV do art. 5º da LAC reside, portanto, à previsão da fraude contratual, que pode ser cometida tanto exclusivamente pela pessoa jurídica vencedora do procedimento licitatório, quanto em conluio com o agente público responsável pela fiscalização do contrato administrativo. Uma vez que a execução e a fiscalização do contrato dependem, em regra, de atos independentes, porém correlacionados, dos agentes privados e públicos, é possível que a fraude seja praticada por qualquer um desses agentes, de forma autônoma ou em conjunto.

A título de exemplo, pode-se cogitar a hipótese em que o agente privado (pessoa jurídica) fornece mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido, como se adequada estivesse, com o intuito de ludibriar a administração pública e obter benefícios indevidos. De igual modo, é possível cogitar hipóteses em que ambas as partes (agente privado e agente público) agem em conluio, como quando o fiscal do contrato liquida, de forma indevida, a execução do objeto, para beneficiar a contratada.

Noutro giro, também é possível cogitar hipóteses em que a conduta ora em análise envolva mais de um agente privado. Seria o caso, por exemplo, de contratos que envolvam consórcios ou autorizem a subcontratação. Nesses casos, havendo a participação de mais de uma pessoa jurídica na execução do objeto licitado, é possível que a fraude seja praticada por

vários desses agentes em conluio. Assim como também é possível que a multilateralidade da conduta ocorra com a presença de vários agentes públicos.

Nesse sentido, pode-se dizer que o referido tipo aborda condutas que, sob a perspectiva quantitativa, podem ser praticadas de forma uni, bi ou multilateral, e, sob a perspectiva qualitativa, podem envolver tanto agentes privados, como agentes públicos.

Frise-se, contudo, que dita fraude não pode abranger questões relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública, em razão do princípio da especialidade. A pessoa jurídica que “[manipula ou fraudar] o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública” responde pelo tipo previsto na alínea ‘g’ do inciso IV do art. 5º da LAC¹²⁷. Fora essa exceção, a fraude prevista na alínea ‘d’ abrange todas as demais eventuais fraudes relacionadas à elaboração, alteração, execução e fiscalização do contrato administrativo.

Especialmente no que tange à fase de execução, o Código Penal, em seu art. 337-L, enquadra algumas condutas como crime de “fraude em licitação ou contrato”. De acordo com o referido dispositivo legal, constitui fraude à licitação ou ao contrato dela decorrente os atos praticados mediante:

- I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;
 - II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;
 - III - entrega de uma mercadoria por outra;
 - IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;
 - V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:
- Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Frise-se, todavia, que a conduta tipificada na alínea ‘d’ do inciso IV do art. 5º da LAC não se limita à fraude à execução do contrato propriamente dita. Muito menos às hipóteses de fraude delimitadas no art. 337-L do Código Penal. A título de exemplo, a conduta tipificada no art. 337-H do Código Penal¹²⁸, também pode ser compreendida como fraude contratual, cuja incidência ensejaria a responsabilização da pessoa jurídica pela alínea ‘d’ do inciso IV do art.

¹²⁷ Art. 5º, IV, ‘g’ – Manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

¹²⁸ Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

5º da LAC. Com efeito, dar causa a modificações ou vantagens, inclusive prorrogação contratual, durante a execução dos contratos, sem autorização em lei, no edital ou nos respectivos instrumentos contratuais, é uma espécie de fraude contratual que pode ser praticada pela pessoa jurídica contratada, com ou sem a participação de agente público.

Desse modo, compreende-se a crítica realizada por Motta e Anyfantis (2017, p. 104), quanto à abrangência do tipo administrativo ora em análise e a necessidade de se limitar suas hipóteses de incidência, como forma de controle de arbitrariedades. Contudo, discorda-se da ideia sustentada pelos autores de que o tipo previsto na alínea ‘d’ do inciso IV do art. 5º da LAC deveria ser compreendido como uma “regra de reserva” – ou seja, utilizado apenas quando a conduta reprovável não for passível de enquadramento em outras infrações.

O tipo é claro ao vedar a fraude contratual. O que precisa ser avaliado, e até mesmo delimitado pela doutrina e jurisprudência pátria, são os tipos de conduta, para além daquelas previstas no art. 337-L e 333-H do Código Penal, que constituem dita fraude, sendo capazes de ensejar a repressão estatal.

Sob o enfoque quantitativo, portanto, as condutas previstas na alínea ‘d’ do inciso IV do art. 5º da LAC podem ser praticadas de forma uni, bi ou multilateral. Já sob o enfoque qualitativo, podem ser praticadas com ou sem a participação de agentes públicos. Ademais, caso a fraude envolva a execução fraudulenta do contrato, nos moldes previstos nos incisos I a V do art. 337-L do Código Penal, ou a sua modificação ou quitação irregular, nos termos do art. 337-H dessa mesma Lei, as pessoas físicas envolvidas no ato deverão responder pelos respectivos crimes de “fraude em licitação ou contrato” ou de “modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo”.

Já em relação à alínea ‘e’ do inciso IV do art. 5º da LAC¹²⁹, o tipo veda a criação, fraudulenta ou irregular, de pessoa jurídica, voltada à participação de licitação pública ou à celebração de contrato administrativo. Nesse sentido, apesar de o dispositivo parecer englobar questões formais relacionadas à constituição da pessoa jurídica e à sua adequada manutenção nos respectivos órgãos constitutivos, a ideia, aqui, está muito mais relacionada à finalidade dessa criação, do que à adequação às regras empresariais *per se*. É por essa razão, inclusive, que Motta e Anyfantis (2017, p. 105) sustentam que o bem jurídico tutelado por esse dispositivo é o caráter competitivo do procedimento licitatório.

¹²⁹ Art. 5º, IV, ‘e’ – Criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.

Ao que parece, o legislador procurou coibir uma modalidade de fraude rotineira no Brasil: a criação de “empresas fantasmas” ou “empresas de fachada” que visam a simulação de competição em licitações públicas ou à celebração de contratos administrativos indevidos (CUNHA; SOUZA, 2017, p. 51). Como exemplo deste último caso, Bittencourt (2019, p. 68-69) suscita a hipótese em que os sócios de determinada empresa, declarada inidônea pela Administração Pública, cria outra pessoa jurídica apenas com o fito de burlar a sanção recebida e permanecer contratando com o Estado.

Note-se, ainda, que, a depender da conduta em análise, o tipo se assemelha à fraude tipificada na alínea ‘a’ desse mesmo dispositivo legal. Especialmente quando o referido ilícito é praticado com a finalidade de simular competição em licitação pública, mediante a apresentação de propostas fictícias. No entanto, em razão do princípio da especialidade, sempre que a simulação decorrer de “empresas fantasmas” ou “empresas de fachada”, tem-se que o tipo violado será o previsto na alínea ‘e’ do inciso IV do art. 5º da LAC. Se, por outro lado, a simulação advier de empresas que atuam, efetivamente, em dado mercado, o ilícito praticado será aquele previsto na alínea ‘a’ desse mesmo artigo – ainda que o ato constitutivo dessas empresas esteja, de alguma forma, viciado. O correto enquadramento do ilícito aos tipos administrativos, portanto, depende da análise do caso concreto.

Quanto às eventuais correspondências típicas, frise-se que não há um tipo penal específico que vede a “criação, fraudulenta ou irregular, de pessoa jurídica para participação em licitação pública”. Contudo, sempre que a conduta praticada efetivamente frustrar o caráter competitivo de processo licitatório, as pessoas físicas responsáveis pela criação e gestão dessas empresas devem ser processadas e penalizadas na esfera criminal, pelo crime de “frustração do caráter competitivo de licitação”, previsto no art. 337-F do Código Penal – mesmo crime incidente à hipótese da alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º da LAC.

Uma vez que a conduta vedada é a criação irregular de pessoa jurídica para participação em licitação pública ou celebração de contrato administrativo, sob a perspectiva quantitativa, tem-se que o ilícito pode ser praticado de forma uni, bi ou multilateral. A título de exemplo, uma pessoa física, interessada em ganhar determinada licitação em nome da pessoa jurídica que representa, pode criar uma empresa fictícia para participar do mesmo procedimento licitatório e, com isso, obter melhores condições contratuais, mantendo-se a aparência de legalidade daquele certame. De igual modo, essa mesma pessoa pode, através de um ou vários sujeitos, realizar o mesmo ato fraudulento, de forma bi ou multilateral.

Sob a perspectiva qualitativa, por sua vez, não pode o agente público “criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo”. Caso isso ocorra, esse agente não estará inserido na relação enquanto sujeito de direito público, mas sim enquanto sujeito de direito privado. Por essa razão, no caso da alínea ‘e’, a coautoria só pode ser estabelecida entre pessoas jurídicas de direito privado. Seria o caso, por exemplo, de duas ou mais empresas criarem uma SPE¹³⁰ de forma fraudulenta para participar de licitação pública.

Noutro giro, quanto à alínea ‘f’ do inciso IV do art. 5º da LAC¹³¹, a primeira observação que precisa ser feita é que o tipo exige a ocorrência de resultado material para ser consumado. Não há que se falar em infringência ao referido dispositivo legal por tentativa de obtenção de vantagens ou benefícios indevidos. Da mesma forma que não é possível cogitar a obtenção fraudulenta “[...] de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública [...]” sem a presença de funcionário público competente capaz de concedê-las ao agente privado (POZZO *et al.*, 2014, p. 42).

Isso não quer dizer, todavia, que o agente público integrará, necessariamente, a relação na condição de coautor do ilícito em análise. Isso porque a concessão do benefício indevido ao agente privado pode, eventualmente, ocorrer por erro escusável do administrador público. Em síntese, é possível que o agente privado manipule o agente público para obter modificações ou prorrogações contratuais indevidas. Nesta hipótese, apesar de a conduta ser factualmente bilateral – ou seja, o agente privado é beneficiado pela ação de um agente público –, não há, entre esses agentes, relação de confiança a ser explorada pelo programa de leniência.

Ao utilizar o verbo “obter”, portanto, o legislador limitou as hipóteses de incidência desse tipo às relações factualmente bi ou multilaterais. Assim como, ao estipular que o objeto dessa concessão seria eventuais modificações ou prorrogações fraudulentas de contratos públicos, o legislador tornou imprescindível a participação, ainda que involuntária, de servidor público para a concretização do ato ilícito, uma vez que somente o servidor público é capaz de conceder à pessoa jurídica os benefícios almejados.

¹³⁰ A SPE é uma Sociedade de Propósito Específico. É um modelo de organização empresarial onde duas ou mais empresas constituem uma nova empresa, com CNPJ próprio, para um fim específico, podendo, em alguns casos, ter até mesmo prazo de existência pré determinado.

¹³¹ Art. 5º, IV, ‘f’ – Obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais.

Contudo, para os fins desta dissertação, não basta que as relações abarcadas pela lei sejam factualmente bi ou multilaterais. O domínio do fato por parte do agente que concede a vantagem indevida é indispensável para a caracterização da coautoria e eventual responsabilização do agente público no âmbito da LIA¹³².

Em outras palavras, a obtenção de benefício por parte do agente privado pressupõe a concessão desse benefício por parte do agente público. Com isso, dificilmente a relação bi ou multilateral estabelecida será exclusivamente entre agentes privados, porquanto empresas não possuem competência para modificar ou prorrogar contratos públicos. Essa hipótese só poderia ocorrer, na prática, caso várias empresas, em conluio manipulassem a realidade de modo a obter a concessão do benefício de forma fraudulenta, sem que o agente público tivesse ciência do ato.

O ilícito ora em comento deriva justamente da violação às normas e aos princípios de Direito Público aos quais os contratos administrativos encontram-se adstritos. Em especial aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, que vedam qualquer espécie de negociação entre o agente privado e a administração pública quanto às cláusulas contratuais (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 107).

Em síntese, todas as cláusulas do contrato licitado devem estar previstas no instrumento convocatório e em conformidade com a Lei que o fundamentou¹³³. Ao agente privado, cabe apenas a execução do contrato nos moldes legais. Nesse sentido, qualquer alteração que extrapole os limites legais, o ato convocatório ou as próprias cláusulas contratuais configura violação às normas gerais de licitação e contratos administrativos. Ainda que ditas extrapolações digam respeito apenas a prorrogações contratuais, ou seja, à ampliação dos prazos de vigência ou execução do contrato. Com efeito, para a administração pública, tanto modificações de cláusulas contratuais – tais como cláusulas remuneratórias –, como prorrogações de prazos de vigência, se realizados em dissonância com as normas de Direito Público, constituem ilícito administrativo.

Não fosse o bastante, as pessoas físicas que praticam as condutas previstas neste tipo também praticam crime de modificação ou pagamento irregular em contratos administrativos, previsto no art. 337-H do Código Penal. Conforme elucidado anteriormente, o crime em

¹³² Frise-se, apenas, que a exigência do dolo para a configuração dos atos de improbidade administrativa teve início com a promulgação da Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa. Antes desta Lei, a LIA admitia a responsabilização do agente público por atos culposos que importassem enriquecimento ilícito ou dano ao erário.

¹³³ Ou seja, devem estar em conformidade com a Lei nº 8/666/1993, a Lei de Pregão, a Lei do RDC ou a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021).

comento abrange tanto o agente privado que dá causa às modificações ou vantagens concedidas em seu favor ou de terceiro contratado, inclusive vantagens referentes à prorrogação contratual, quanto o agente público que efetivamente concede esses benefícios.

Em conclusão, sob o aspecto quantitativo, a alínea ‘f’ do inciso IV do art. 5º da LAC, pode ser praticada de forma uni, bi ou multilateral. Já sob o aspecto qualitativo, pode ser praticada com ou sem a presença de agente público.

Não obstante a possibilidade de o ato ser praticado sem a participação consciente do agente público, a menos que o erro seja crasso e evidente, tem-se que a simples concessão do benefício indevido sem autorização em lei deve atrair a incidência da LIA. Cabe ao Estado apurar se o agente público atuou com dolo ou culpa. Caso o dolo seja constatado, por sua vez, o ato pode ser enquadrado nas hipóteses dos artigos 9º, 10 ou 11º da LIA, a depender do caso contrato. Ademais, havendo conluio entre os agentes, ambos responderão pelo crime de modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo.

No que tange à alínea ‘g’ do inciso IV do art. 5º da LAC¹³⁴, Motta e Anyfantis (2017, p. 107) esclarecem que “uma das mais importantes hipóteses legais de alteração contratual refere-se à necessidade de *manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato*”. Talvez por essa razão, ao tipificar as condutas que constituem atos lesivos à administração pública, o legislador tenha dado destaque à infringência do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública, separando-a do ilícito previsto na alínea ‘d’ (HEINEN, 2015, p. 137) e do ilícito previsto na alínea ‘f’ do inciso IV do art. 5º da LAC.

Nas lições de Bandeira de Mello (2007, p. 619-620), o equilíbrio econômico-financeiro do contrato pode ser definido como “a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá”. A ideia desta cláusula é compensar, positiva ou negativamente, desfalques provocados por razões externas à execução contratual. Razões que fogem à alçada das partes e que podem prejudicar tanto o contratado, quanto a administração pública. Por essa razão, dependem de demonstrações expressas da parte que alega o desequilíbrio, sendo mais suscetíveis a fraudes¹³⁵.

¹³⁴ V. supra, nota 106.

¹³⁵ Como exemplo de hipótese em que pode ocorrer o ilícito previsto na alínea ‘g’ do inciso IV do art. 5º da LAC, Motta e Anyfantis (2017, p. 108) ressaltam o procedimento de repactuação aplicável aos contratos de prestação de serviços continuados. Neste caso, o contratado pode alegar falsamente desequilíbrio econômico-financeiro em razão de um suposto aumento atípico (não previsto na matriz de risco contratual) dos custos estipulados para

Em razão da natureza desse delito, é possível presumir que a conduta ora em comento seja majoritariamente praticada de forma unilateral pela pessoa jurídica contratada pela administração pública. Isso porque, em regra, a empresa vencedora da licitação é quem solicita o reequilíbrio em seu favor, uma vez que a proteção dessa equação é direito do contratado, nos termos do art. 37, XXI, da CR/88¹³⁶. Um dos poucos, frise-se, que mitigam o desequilíbrio de forças existentes nos contratos administrativos. Nesse sentido, o cenário mais provável é que a pessoa jurídica contratada apresente dados fraudulentos à administração pública, de modo a simular o desequilíbrio contratual, sem a ciência do servidor público. No entanto, dita presunção não exclui as hipóteses de a mesma conduta poder ser praticada de forma bi ou multilateral, com a participação de outros agentes no exercício de função pública ou privada.

Assim como se verifica em outras hipóteses de corrupção previstas pela LAC, a verdade é que, havendo a participação do agente público responsável pela fiscalização do procedimento licitatório, maior é a chance de o ilícito não ser identificado pelos órgãos de controle. Nesse sentido, a despeito de a manipulação e a fraude ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato poderem ser facilmente consumadas pelo agente privado, sem a ciência do agente público, tem-se atrativa a cooptação desse servidor.

Caso o ilícito seja praticado com a participação de agente público, por sua vez, entende-se que este agente deve responder pelo crime de “modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo”, previsto no art. 337-H do CP, ao passo que o agente privado que fraudava o equilíbrio econômico-financeiro em prol da pessoa jurídica deve responder pelo crime de “fraude em licitação ou contrato”, previsto no art. 337-L, inciso V, do CP. Isso porque, ainda que o ilícito seja praticado em conluio, cada agente exerce um ato específico no processo de fraude. Enquanto o agente privado é quem apresenta dados fraudulentos à administração pública, que tornam a execução do contrato mais onerosa, o agente público é quem garante, efetivamente, o pagamento irregular dos benefícios pleiteados.

Essa divisão de enquadramento de responsabilização criminal dos agentes privados e públicos, entretanto, não pode ser confundida com uma suposta exigência de resultado material para a configuração do delito no âmbito da Lei Anticorrupção. O tipo previsto na alínea ‘g’ do

execução do contrato e, para comprovar sua alegação, fraudava as informações apresentadas à Administração Pública.

¹³⁶ Art. 37, XXI, CR/88 – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

inciso IV do art. 5º da LAC não exige a ocorrência do resultado material para ser consumado. Pelo contrário, a simples apresentação de dados fraudulentos à administração já constitui ato de corrupção nos termos da LAC.

Em conclusão, sob a perspectiva quantitativa, a conduta ora em comento pode ser praticada de forma uni, bi ou multilateral. Já sob a perspectiva qualitativa, pode ser praticada com ou sem a participação de agente público.

Ademais, quanto às eventuais correspondências típicas, tem-se que a apresentação de dados falsos, por parte do particular, que onerem injustamente a execução do contrato para a administração pública, configura o crime previsto no inciso V do art. 333-L do CP. Já a concessão de benefícios econômicos indevidos, por parte do agente público que atua em conluio com o particular, configura o crime previsto no art. 337-H do CP, bem como ato de improbidade administrativa.

Por fim, quanto ao inciso V do art. 5º da LAC¹³⁷, o tipo consiste em “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”. Note-se, portanto, que, diferentemente dos demais dispositivos que visam a resguardar os atos administrativos e o procedimento licitatório como um todo, o objeto jurídico do tipo ora em análise é a moralidade e a probidade das atividades de controle do Estado. Em outras palavras, o que se visa a proteger, aqui, é o poder fiscalizatório e persecutório estatal: sua capacidade repressiva.

Nas palavras de Dias e Dias (2016, p. 62):

Ao impor sanções no caso de sonegação indevida de informações; destruição de elementos de provas; criação de obstáculos ao exame de documentos ou a realização de perícias, objetiva a norma, oferecer uma rede de proteção para a atividade fiscalizadora do Estado, em especial para os setores que possui a função de monitorar determinados segmentos, como é o caso do Banco Central relativamente ao mercado financeiro, a Receita Federal na arrecadação dos tributos e o Ministério Público no inquérito civil e na ação civil pública.

Na mesma linha, Pestana (2016, p. 54) sustenta que a criação de quaisquer embaraços ou empecilhos com o propósito de retardar ou prejudicar a fiscalização ou investigação estatal, bem como eventuais interferências diretas na atuação repressiva do Estado ferem o tipo em comento. Não importa se o ato é praticado na sua modalidade omissiva ou comissiva, por uma

¹³⁷ Art. 5º, V – Dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

ou várias pessoas jurídicas, a depender da extensão do procedimento investigatório, se a intenção do agente é retardar ou prejudicar o procedimento de controle, há violação ao inciso V do art. 5º da LAC.

É claro que, em regra, o sujeito ativo do delito é a pessoa jurídica que age no sentido de dificultar a atuação do órgão público, enquanto o sujeito passivo é o Estado. Entretanto, o fato de o Estado, enquanto entidade unívoca, ser vítima do delito em análise, não retira a possibilidade de o delito ser praticado com o auxílio de servidores públicos. Subornos realizados com o propósito de prejudicar os processos de fiscalização, investigação ou repressão estatal, por exemplo, podem ser compreendidos como meios de interferência no processo de atuação de controle do Estado¹³⁸.

Para o ilícito ser consumado, portanto, basta que o agente, sozinho ou em conluio, crie empecilhos à atividade de investigação ou fiscalização estatal, não sendo necessária a constatação do resultado material almejado. Mesmo na hipótese de intervenção direta na atuação dos órgãos estatais, o ilícito dispensa o resultado, tratando-se de infração de mera conduta.

Quanto às possíveis correspondências típicas deste ilícito no âmbito criminal, observe-se que não há, a princípio, uma equivalência objetiva. Motta e Anyfantis (2017, p. 109) chamam a atenção para a possibilidade de incidência do crime tipificado no §1º do art. 2º da Lei 12.850/2013¹³⁹, quando a obstrução atingir investigações penais que envolvam organizações criminosas. Além disso, ressaltam a possibilidade de incidência deste inciso, no âmbito administrativo, como consequência de um possível ato de corrupção ativa realizado pelo agente privado com o intuito específico de comprometer eventuais atividades de controle do Estado, o que se conjugaria, necessariamente, com o crime de corrupção ativa e passiva previstos no Código Penal.

Contudo, a despeito de existirem possibilidades de responsabilização criminal das pessoas físicas envolvidas no processo de obstrução da atividade de controle estatal, essa análise depende do caso concreto. Em especial da constatação dos mecanismos de obstrução utilizados

¹³⁸ Especialmente se considerarmos que o legislador deixou uma margem de interpretação ampla para a conduta de intervir na atuação de órgãos fiscalizatórios ou investigatórios, inclusive agências reguladoras e entes responsáveis pela fiscalização do sistema financeiro nacional, como afirmam Motta e Anyfantis (2017, p. 109).

¹³⁹ Art. 2º, Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§1º - Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

pelo agente privado, que pode variar desde a simples morosidade na prestação de informações requisitadas pela administração pública, até a utilização de meios coercitivos, como ameaça e violência, proferidas contra testemunhas e agentes estatais.

A verdade é que a própria análise de subsunção da conduta praticada pela pessoa jurídica ao tipo previsto no inciso V do art. 5º da LAC depende da análise do caso concreto. Isso porque existe uma linha tênue entre o que pode ser considerado tentativa de obstrução do controle estatal e o simples exercício do direito de não produzir provas contra si (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 110).

Assim, sob o enfoque quantitativo, as condutas tipificadas no inciso V do art. 5º da LAC podem ser praticadas de forma uni, bi ou multilaterais. Já sob o enfoque qualitativo, podem ser praticadas com ou sem a participação de agente público.

Em conclusão, conforme observado acima, os conceitos microjurídicos de corrupção adotados pela LAC abarcam condutas distintas sob o enfoque quantitativo e qualitativo, bem como atraem diferentes possibilidades de correspondência típica no ordenamento jurídico interno. Em regra, observa-se uma prevalência de condutas que não se restringem a relações bi ou multilaterais e nem à relação “agente privado-agente privado” ou “agente privado-agente público”. Pelo contrário, a predominância é de condutas que podem ser praticadas de forma unilateral, dispensando-se qualquer modalidade de relação entre agentes.

Dizer que há uma prevalência desse tipo de condutas, todavia, não é o mesmo que dizer que, na prática, elas serão consumadas, necessariamente, de forma unilateral. É possível que todos os atos previstos nos incisos I, III e V, bem como nas alíneas ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘e’ e ‘g’ do inciso IV, sejam praticados em coautoria ou com a participação de terceiros. Em outras palavras, não obstante a empresa A poder, sozinha, “fraudar contrato administrativo”, nada impede que ela possa, eventualmente, contar com o auxílio da empresa B ou do funcionário público C para praticar esse mesmo ato. Nesta hipótese, caso a coautoria derive de relação estabelecida entre pessoas jurídicas, ambas as empresas terão cometido o ato de corrupção previsto na alínea ‘d’ do inciso IV art. 5º da LAC, estando sujeitas às mesmas sanções. Por outro lado, caso a coautoria ocorra entre a empresa A e o funcionário público C, haverá assimetria nas sanções previstas. Enquanto a empresa A estará sujeita às penas previstas na LAC, o funcionário C estará sujeito às sanções da LIA e às eventuais sanções criminais correspondentes. A mesma lógica serve para todas as demais condutas previstas no art. 5º da Lei Anticorrupção.

Outro ponto que merece destaque é que sempre haverá a possibilidade de a coautoria ser múltipla. Ou seja, de o ato ser praticado por vários agentes privados ou por vários agentes privados e agente públicos em conluio. Apenas na hipótese da alínea ‘e’ do inciso IV é que, a princípio, existe limitação quanto ao tipo de relação da coautoria.

Para facilitar a visualização das características identificadas, apresenta-se, a seguir, os seguintes quadros ilustrativos:

Quadro 1: Classificação quantitativa dos dispositivos previstos no art. 5º da LAC.

Exclusivamente Bilaterais ou Multilaterais	Condutas maleáveis (Uni, bi ou multilaterais)
Inciso II e alínea ‘a’ do Inciso IV.	Incisos I, III e V e alíneas ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘e’, ‘f’ e ‘g’ do inciso IV.

Quadro 2: Classificação qualitativa dos dispositivos previstos no art. 5º da LAC.

Exclusivamente entre agentes privados	Obrigatoriamente contém participação de agente público	Podem ser “privada-privada” ou “público-privada”.
Alínea ‘e’ do Inciso IV.	Nenhuma hipótese.	Incisos I, II, III e V e alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘f’, e ‘g’ do Inciso IV.

Quadro 3: Correspondências típicas ao âmbito criminal e de improbidade administrativa.

Correspondência Objetiva no Âmbito Criminal	Correspondência Relativa no Âmbito Criminal	Correspondência Objetiva no Âmbito da LIA	Correspondência Relativa no Âmbito da LIA	Ausência de Correspondência no Âmbito da LIA
Incisos I, IV, alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘e’, ‘f’, ‘g’.	Incisos II, III, IV, alínea ‘d’, inciso V.	Alínea ‘f’ do inciso IV.	Incisos I, II, III, IV, alínea ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘g’, do inciso IV, e inciso V.	Alínea ‘e’ do inciso IV.

O Quadro 1 separa os conceitos microjurídicos de corrupção de acordo com a quantidade de agentes potencialmente envolvidos na conduta (enfoque 01), enquanto o Quadro 2 separa-os de acordo com a função que esses agentes exercem (enfoque 02), ou seja, se integram a relação na condição de agente privado ou agente público.

Noutro giro, o Quadro 3 apresenta a relação entre as condutas abarcadas pelos conceitos microjurídicos de corrupção previstos na LAC e as normas penais e de improbidade administrativa. Havendo correlação direta entre a conduta corrupta e um crime, diz-se que há “correspondência objetiva no âmbito criminal”. Ou seja, a mesma conduta constitui, simultaneamente, ato de corrupção e crime. Por outro lado, inexistindo correlação direta e objetiva, diz-se que a correspondência é “relativa”. Ou seja, a existência de subsunção do ato corrupto à norma criminal dependerá do caso concreto – daí a utilização do termo “relativo”.

Com efeito, a mesma lógica é aplicável à relação entre os atos de corrupção previstos na LAC e na LIA. Sempre que a conduta exigir a participação de agente público para ser consumada, diz-se que há uma “correspondência objetiva no âmbito da LIA”, porquanto esse agente atrai a incidência desta Lei. Por outro lado, nas hipóteses em que a participação do agente público não é imprescindível para a consumação do ato corrupto, mas é plausível, dada a natureza do delito, a incidência da LIA dependerá da análise do caso concreto – ou seja, será relativa. Neste caso, se o ilícito for consumado em conluio com agente público, é provável que o ato constitua também um ato de improbidade administrativa, ensejando a responsabilização de todos os envolvidos (agente público e privado). Senão, a incidência da LIA sequer é cogitável. Razão pela qual constata-se a “ausência de correspondência no âmbito da LIA” quando a conduta é praticada exclusivamente por agentes privados.

Apenas a título de esclarecimento, é preciso ressaltar que a existência de correspondência objetiva não implica dizer que os agentes que praticam os atos de corrupção previstos na LAC serão – ou deverão ser –, necessariamente, responsabilizados no âmbito criminal ou no âmbito da LIA. A existência de correspondência indica apenas que o ato corrupto também é tipificado nessas esferas, tornando, no mínimo, recomendável a averiguação da responsabilização dos sujeitos pelos respectivos crimes e atos de improbidade administrativa identificados.

A partir dessas considerações, extrai-se que, com exceção das hipóteses previstas no inciso II e nas alíneas ‘a’ e ‘f’ do inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846/2013, a existência ou não de interação estratégica nos ilícitos tipificados pela LAC dependerá da análise do caso concreto. Isso porque as mesmas condutas podem ser praticadas tanto por um único agente, quanto por dois ou mais agentes em conluio.

De igual modo, eventuais relações estabelecidas entre esses agentes poderão envolver tanto pessoas jurídicas de direito privado, sem a participação de agente público, quanto pessoas jurídicas de direito privado em conluio com agente público. A única hipótese em que haverá,

necessariamente, participação do agente público é a hipótese prevista na alínea ‘f’ do inciso IV do art. 5º da referida Lei. Em contrapartida, a única hipótese em que não haverá a participação desse agente é a hipótese prevista na alínea ‘e’ deste mesmo dispositivo. Todas as demais condutas permitem, mas não obrigam, a participação do agente público.

Por essa razão, com exceção das hipóteses previstas nas alíneas ‘e’ e ‘f’ do inciso IV do art. 5º da LAC, a averiguação da incidência da LIA, bem como a compreensão da relação pré-existente entre as partes, como proposta por Leslie (2012)¹⁴⁰, também dependerá da análise do caso concreto.

Frise-se, entretanto, que mesmo a análise da relação pré-existente entre os agentes que praticam a conduta tipificada na alínea ‘e’ do referido dispositivo legal – que, se praticada em coautoria, será, necessariamente, entre pessoas jurídicas de direito privado – não é certa. A depender do segmento em que essas empresas se encontram, é possível que elas sejam empresas naturalmente rivais (disputam um mesmo mercado) ou complementares (atuam em segmentos distintos e estabelecem relações comerciais entre si).

Uma última observação relevante relacionada aos conceitos microjurídicos de corrupção adotados pela LAC diz respeito à extensão desses delitos no tempo. A simples leitura do artigo 5º indica que todas as condutas ali tipificadas são pontuais e não se perpetuam no tempo. Os verbos utilizados pelo legislador (tais como, “prometer”, “financiar”, “frustrar”, “fraudar” “criar”, “obter”, etc.) indicam ações que se exaurem no momento em que se materializam no mundo concreto.

Isso não quer dizer, é claro, que não possa haver reincidência. Quanto mais enraizada for a corrupção em determinada sociedade e quanto mais forte for a relação de confiança estabelecida entre os agentes, maior a probabilidade de o ato ser praticado de forma reiterada. Essa análise torna-se relevante na medida em que os programas de leniência visam a enfraquecer as relações de confiança necessárias não só à formação, mas também à continuidade da atividade delitiva.

Com efeito, um dos fundamentos dos programas de leniência antitruste é justamente a desestabilização da relação de confiança necessária à prática de atividades delitivas que se

¹⁴⁰ Seguindo a lógica do autor, nas relações “público-privada” os agentes deveriam exercer funções complementares. Ou seja, enquanto o Estado visa a adquirir determinado produto ou a contratar determinado serviço, a empresa busca vendê-lo ou executá-lo. Já nas relações “privada-privada”, estabelecida entre pessoas jurídicas, os agentes deveriam exercer funções similares, o que levaria as empresas a competirem entre si em dado mercado.

prologam no tempo, como cartéis. Conforme já explicitado, a ideia é que o programa de leniência insira uma oportunidade contínua e progressiva de traição entre os sujeitos que praticam o ilícito. Contínua porque enquanto o delito perdurar, haverá a possibilidade de o agente delatar o conluio. Progressiva porque quanto mais duradouro for o delito, maior a probabilidade de ele ser detectado e punido de forma autônoma pelo Estado, o que amplia o risco da atividade delitativa e, conseqüentemente, o incentivo à delação. Logo, a análise da característica temporal dos delitos previstos no art. 5º da LAC também se torna relevante para ponderação da efetividade dos programas de leniência da Lei Anticorrupção.

Ponderados os conceitos microjurídicos de corrupção adotados pela LAC, o próximo tópico dedica-se a apresentar o programa de leniência anticorrupção, para que seja possível, ao final, avaliar se o programa encontra-se adequado à finalidade do instituto.

3.3.2. Peculiaridades do Programa de Leniência da Lei nº 12.846/2013 (LAC)

O aparente¹⁴¹ sucesso do programa de leniência antitruste brasileiro, aliado à crise política que tomou conta do Brasil após o início da Operação Lava Jato, levou o congresso nacional a implementar uma nova “modalidade” de programa no ordenamento jurídico interno: o programa de leniência anticorrupção.

Instituído pela Lei nº 12.846/2013, o programa de leniência anticorrupção isenta a pessoa jurídica que pratica os atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, acima analisados, das sanções previstas no inciso II do art. 6º¹⁴² e no inciso IV do art. 19¹⁴³ da referida Lei, além de reduzir, em até 2/3, o valor da multa aplicável.

Para obter o benefício da leniência, todavia, a Lei exige que a pessoa jurídica colabore efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, e que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, bem como a obtenção

¹⁴¹ Diz-se aparente, porque, como bem ressalta Simão e Vianna (2017), o aumento no número de acordos de leniência celebrados pela autoridade antitruste não indica, necessariamente, que o programa de leniência é efetivo.

¹⁴² Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

¹⁴³ Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (incisos I e II do art. 16)¹⁴⁴.

Ademais, o §1º do art. 16 da LAC estipula que o acordo de leniência só poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
- II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;
- III - 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.

Note-se, portanto, que, assim como o programa de leniência antitruste, o programa de leniência anticorrupção impõe a limitação do acordo ao primeiro proponente¹⁴⁵, bem como a obrigatoriedade de a pessoa jurídica cessar a conduta ilícita e admitir sua participação no ato delitivo (admissão de culpa). Entretanto, não obstante ditas semelhanças, esse programa apresenta uma série de características peculiares que o diferencia do programa de leniência antitruste brasileiro e norte-americano¹⁴⁶.

A ausência de clareza quanto à competência para negociação e celebração do acordo de leniência anticorrupção é o primeiro grande ponto de divergência entre os dois institutos que precisa ser ressaltado. Isso ocorre porque, diferentemente do SBDC, a política brasileira de controle da corrupção (*accountability* anticorrupção) é constituída por uma rede de instituições descentralizadas e autônomas (CANETTI, 2020, p. 204).

Nas lições de Olivieri (2011), o Brasil é composto por vários órgãos de controle (externo e interno), presentes nos mais diversos níveis da Federação. Nenhum deles, todavia, concentra

¹⁴⁴ 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:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

¹⁴⁵ Marrara (2017, p. 227) sustenta que a celebração do acordo de leniência não ocorrerá necessariamente com o primeiro proponente, como a lei faz crer, mas sim com o primeiro proponente que obtiver sucesso na fase de qualificação e negociação. Em outras palavras, o autor defende que a solicitação da leniência, por si só, não garante ao agente direito subjetivo à celebração do acordo. Caso a negociação seja frustrada, nada impede que a Administração Pública negocie o acordo com outros infratores.

¹⁴⁶ Ao comparar os institutos, Bacha (2021, p. 85) elenca sete características do programa de leniência antitruste que não estão presentes no programa de leniência da LAC, quais sejam: a) a centralização para celebração do acordo no CADE; b) extensão do benefício às pessoas físicas; c) previsão de benefícios na seara penal; d) possibilidade de extinção da pretensão punitiva da administração pública na hipótese de leniência *ex ante*; e) não imposição do requisito do “first come, first served” às pessoas físicas, para obtenção de benefícios extensíveis; f) patamar mínimo para redução de multas; g) possibilidade de celebração da leniência *plus*.

como função única e exclusiva o combate à corrupção. Essa *accountability* é, na verdade, realizada por uma rede de instituições que, por vezes, se complementam, e, por vezes, se atropelam, em um processo de disputa institucional (PIMENTA, 2020, p. 50). Por essa razão, apesar de a LAC prever, expressamente, em seu art. 16, §10¹⁴⁷, que a competência para celebração dos acordos de leniência anticorrupção, no âmbito do Poder Executivo Federal, é da Controladoria-Geral da União (CGU)¹⁴⁸, ainda hoje esse tópico é palco de discussões¹⁴⁹.

Desde a promulgação da Lei nº 12.846/2013, órgãos como o Ministério Público Federal (MPF), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Tribunal de Contas da União (TCU) e, naturalmente, a Controladoria-Geral da União (CGU) instauraram disputas institucionais, avocando, para si, competências relacionadas aos procedimentos de negociação, celebração ou fiscalização dos acordos de leniência da LAC (PIMENTA, 2020). De acordo com a autora, o referido processo não ocorreu de forma pacífica e, ainda hoje, permanece sem uma solução efetiva.

O contexto da Operação Lava Jato, junto à promulgação da Lei de Organizações Criminosas e à experiência adquirida pelo MPF com o programa de leniência antitruste, fez com que o órgão assumisse o protagonismo na celebração de acordos de leniência anticorrupção nos primeiros anos de vigência da LAC (*Id.*, 93-94). Não à toa, entre 2014 e meados de 2017, o MPF foi o único responsável pela celebração desses acordos (*Id.*, p. 117).

Não obstante essa realidade, em 2015, o Governo Federal publicou a Medida Provisória nº 703/2015 (MPV), que trouxe uma série de modificações ao programa de leniência da Lei Anticorrupção. Dentre as alterações propostas, a medida buscou delimitar, com maior grau de precisão, quais seriam as autoridades competentes para celebrar o acordo de leniência anticorrupção, afastando, inclusive, a necessidade de o MPF participar do procedimento de negociação e celebração do acordo. No entanto, diante dos inúmeros questionamentos direcionados à MPV à época¹⁵⁰, o Congresso não converteu a medida em lei, razão pela qual,

¹⁴⁷ Art. 16, § 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.

¹⁴⁸ Ressalte-se, ainda, que a competência da CGU no âmbito Federal foi reiterada pelo art. 29 do Decreto Regulamentar nº 8.420/2015.

¹⁴⁹ O problema é agravado quando avaliado sob a perspectiva dos demais entes da Federação. Isso porque, conforme ressalta Marrara (2017, p. 206), o art. 16 da Lei nº 12.846/2013 não define com clareza a quais entes a norma faz referência, nem mesmo delimita, com precisão, suas eventuais competências. Ao contrário, a norma faz uso de termos genéricos, como “órgãos públicos”, abrindo margem para inúmeras discussões.

¹⁵⁰ Para mais informações sobre o tema, v. Marrara (2017).

findo o seu prazo de vigência, a redação originária da Lei nº 12.846/2013 recuperou sua validade e eficácia (MARRARA, 2017, p. 204).

O que restou da MPV, portanto, foi apenas o aprendizado institucional. Em síntese, sua publicação serviu para instigar tanto o TCU a publicar a Instrução Normativa nº 74/2015¹⁵¹, quanto a CGU e a AGU a publicarem a Portaria Ministerial nº 2.278 de 2016¹⁵² – fortalecendo, assim, a participação desses órgãos nos procedimentos de negociação, celebração e fiscalização dos acordos de leniência da LAC e retirando, com isso, o protagonismo até então assumido pelo MPF.

Sob a perspectiva do agente infrator, contudo, o reconhecimento da competência da CGU, da AGU e do TCU para participar do procedimento de celebração do acordo de leniência da LAC, junto à inexistência de mecanismos que facilitassem a coordenação institucional, tornou o programa mais inseguro e imprevisível e, conseqüentemente, menos atrativo.

Desse modo, na tentativa de solucionar esse problema, em 2020, a CGU, a AGU, o MJSP e o TCU, assinaram, com a participação do Supremo Tribunal Federal, o Acordo de Cooperação Técnica (ACT) em matéria de combate à corrupção – o qual representa um avanço rumo à harmonização dos conflitos de competência até então existentes.

Entretanto, apesar de inovador, é preciso destacar que o ACT está longe de representar uma solução efetiva. Com efeito, a inexistência de instrumentos coercitivos capazes de garantir sua aplicação, bem como a exclusão do MPF do referido termo, faz com que o instrumento tenha sua credibilidade reduzida. Após a assinatura do acordo, inclusive, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção do Ministério Público Federal (5CCR/MPF) divulgou nota técnica criticando o ACT. Segundo a 5CCR/MPF (p. 44):

O Acordo de Cooperação Técnica (ACT) celebrado entre CGU, AGU, MJSP e TCU (...) não traz uma proposta condizente com o objetivo de cooperação interinstitucional sistemática em matéria de leniência, esvaziando a atuação de diversos órgãos – dentre estes a do próprio MPF - indispensáveis para uma atuação conjunta eficiente, em prejuízo da segurança jurídica da colaboração.

¹⁵¹ Em síntese, na IN nº 74/2015, o TCU fixou o entendimento de que a celebração de acordos de leniência por órgãos e entidades da administração pública federal constitui ato administrativo sujeito à sua jurisdição (análise de legalidade, legitimidade e economicidade), nos termos do art. 70 da Constituição Federal. Após questionamento judicial, contudo, a IN nº 74/2015 foi revogada e substituída, em 2018, pela IN nº 83/2018, a qual instituiu uma solução de atuação mais harmoniosa entre o TCU e as demais instituições federais (BACHÁ, 2021, p. 90)

¹⁵² Identificando a necessidade e pertinência de uma atuação conjunta, a CGU e a AGU publicaram a Portaria Interministerial nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016, o que concretizou um avanço para a efetividade do programa de leniência da Lei Anticorrupção” (BACHA, 2021, p. 88-89). Com o fito de garantir ainda mais transparência e previsibilidade ao programa, por sua vez, em 2019, a ‘Portaria Interministerial nº 2.278/2016 foi substituída pela Portaria Conjunta nº 4, de 9 agosto de 2019, e a CGU criou a Diretoria de acordos de leniência na Secretaria de Combate à Corrupção, por meio do Decreto nº 9.681/2019 (ATHAYDE, 2021, p. 477).

Note-se, portanto, que, ainda hoje, não há clareza quanto à competência para negociação, celebração e fiscalização do acordo de leniência da Lei Anticorrupção.

Noutro giro, outros dois pontos de divergência entre o programa de leniência antitruste e o programa de leniência anticorrupção que são bastante emblemáticos estão no fato de a Lei Anticorrupção não exigir que a prova apresentada pelo proponente seja imprescindível ao Estado, nem que ele identifique, necessariamente, os demais envolvidos na prática ilícita. Essa diferença entre os institutos ocorreu porque, no momento da transposição do programa de leniência antitruste à Lei Anticorrupção, o legislador suprimiu a regra estabelecida no inciso III do §1º do art. 86 da LDC¹⁵³ e incluiu a oração condicional “quando couber”¹⁵⁴ no inciso I do art. 16 da LAC.

Ademais, o programa de leniência anticorrupção também apresenta peculiaridades no que diz respeito aos benefícios previstos aos seus signatários. Em suma, os benefícios estipulados pela LAC divergem-se daqueles previstos na LDC em três quesitos principais. Primeiro, ao prever expressamente a isenção das sanções de publicação extraordinária da sentença condenatória (inciso II do art. 6º) e de proibição de recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de qualquer órgão, entidade ou instituição financeira pertencente ou controlada pelo poder público (inciso IV do art. 19). Segundo, ao limitar o benefício da redução da multa aplicável em até 2/3 (dois terços), independentemente do momento da propositura do acordo (leniência *ex ante* ou leniência *ex post*). Terceiro, ao não estipular a possibilidade de extensão de benefícios aos dirigentes, administradores ou qualquer pessoas natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, para a esfera de Improbidade Administrativa e/ou Criminal.

Em relação ao primeiro quesito, a diferença está na existência de menção expressa à isenção das referidas sanções administrativas na Lei Anticorrupção, em oposição à inexistência de menção expressa na Lei de Defesa da Concorrência. Enquanto a LAC delimita que o acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19, a LDC expõe, de forma genérica, que o acordo de leniência leva à “extinção da

¹⁵³ 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:

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

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

¹⁵⁴ Expressão usada para diferenciar quando há mais de um agente ou não.

ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável”.

À melhor luz, entretanto, pode-se dizer que a formulação genérica da LDC também garante ao signatário a isenção das sanções de publicação extraordinária da sentença condenatória¹⁵⁵ e de proibição de contratar com instituições financeiras oficiais por prazo não inferior a 05 (cinco) anos¹⁵⁶, previstas em seu art. 38¹⁵⁷, quando a leniência for *ex ante*. Isso porque, neste caso, o dispositivo é claro ao dispor que o acordo de leniência leva à “extinção da ação punitiva da administração pública” e, uma vez extinta a pretensão punitiva do CADE, não haveria espaço para aplicação de quaisquer penalidades.

Contudo, no caso da leniência *ex post*, a LDC apenas menciona a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) das sanções aplicáveis. Sendo assim, teoricamente, a análise de quais sanções estariam sujeitas à eventual redução dependeria do caso concreto e da possibilidade fática de aplicação desse benefício. Sanções que podem ser quantificadas são passíveis de serem reduzidas, ao passo que sanções que não podem ser quantificáveis só são passíveis de isenção. Ou a autoridade competente publica a sentença condenatória ou não publica. Não há, aqui, um meio-termo. Nesse sentido, a LAC é mais clara ao precisar quais sanções estão sujeitas à isenção e quais estão sujeitas à redução em eventual acordo de leniência.

Quanto ao segundo quesito, referente à redução da multa aplicável, a LAC diferencia-se da LDC ao não distinguir o momento de celebração da leniência (*ex ante* e *ex post*) e os benefícios a serem concedidos em correspondência à cada hipótese temporal. Com efeito, enquanto o acordo de leniência anticorrupção pode levar à redução da multa aplicável em até

¹⁵⁵ Sanção equivalente à prevista no inciso II do art. 6º da LAC.

¹⁵⁶ Sanção equivalente à prevista no inciso IV do art. 19 da LAC.

¹⁵⁷ De acordo com o art. 38 da LDC, a depender da gravidade do ato, a prática de infração à ordem econômica sujeita a empresa às seguintes sanções, sem prejuízo das multas cominadas no art. 37:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

2/3 (dois terços), o acordo de leniência antitruste pode levar tanto à extinção da multa aplicável, caso a leniência seja *ex ante*, quanto à sua redução no percentual de 1 (um) a 2/3 (dois terços), caso a leniência seja *ex post*.

A primeira conclusão que se pode extrair, portanto, é que, em nenhuma hipótese, o programa de leniência anticorrupção concede a isenção da multa aplicável. O máximo de benefício concedido pela LAC é a redução de 2/3 (dois terços) da sanção pecuniária. Ou seja, qualquer que seja o momento da propositura do acordo (leniência *ex ante* ou leniência *ex post*), o máximo que a pessoa jurídica poderá obter com a celebração da leniência anticorrupção será o abrandamento das multas administrativas. Nunca uma isenção.

Frise-se, ainda, que, não obstante a existência de previsão legal quanto ao limite máximo de redução pecuniária a ser concedido, qual seja 2/3 (dois terços), a LAC não traz parâmetros pré-definidos para o cálculo do benefício. O Decreto nº 8.420/2015 apenas estipula, em seu art. 23, que “com a assinatura do acordo de leniência, a multa aplicável será reduzida conforme a fração nele pactuada, observado o limite previsto no §2º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013”.

Por fim, quanto ao terceiro quesito, vale ressaltar que a LAC não prevê a possibilidade de pessoas físicas celebrarem ou aderirem ao acordo de leniência anticorrupção. A Lei apenas permite a extensão dos efeitos da leniência às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, caso o acordo seja firmado em conjunto (§5º do art. 16). Não há, na referida Lei, hipótese permissiva de extensão dos benefícios às pessoas físicas envolvidas no ato ilícito. Pelo contrário, a LAC parece dissociar, expressamente, a responsabilidade das pessoas jurídicas da responsabilidade das pessoas físicas envolvidas nos atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira¹⁵⁸.

Acontece que, na prática, desde 2016, a CGU e a AGU vêm permitindo a extensão de benefícios cíveis e administrativos, no âmbito da LIA, às pessoas físicas que aderem aos termos dos acordos de leniência celebrados dentro do prazo estipulado. Como exemplo dessa realidade, Athayde (2020, p. 540-541) cita os acordos celebrados com a OAS, a Engevix, a Odebrecht, a Braskem e a Camargo Corrêa.

No âmbito criminal, porém, o acordo de leniência da LAC permanece sem produzir efeitos. A inexistência de norma expressa que possibilite a concessão de imunidade criminal às pessoas físicas que celebram o programa de leniência torna extremamente difícil – senão

¹⁵⁸ Nos termos do art. 3º da LAC, “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”.

impossível – que órgãos como a CGU e a AGU interpretem a norma de forma extensiva. Vale lembrar que mesmo no âmbito do SBDC, em que a LDC prevê expressamente que o acordo de leniência celebrado pelo CADE impede o oferecimento da denúncia em relação aos crimes previstos em seu art. 87, a participação do Ministério Público tornou-se uma constante.

Outro ponto que merece destaque é que, nos termos do art. 17 da LAC, 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 nos arts. 86 a 88”. Ou seja, para além dos benefícios obtidos no que diz respeito às sanções aplicáveis pela própria Lei Anticorrupção, o signatário do acordo de leniência da LAC também pode ser beneficiado no âmbito da Lei de Licitações¹⁵⁹.

Por fim, quanto à garantia de sigilo, observa-se que as normas que regulamentam o programa de leniência da Lei Anticorrupção não instituíram o denominado “*chinese wall*”, como ocorreu no âmbito do SBDC. Por essa razão, Guimarães (2016, p. 6) sustenta que a inexistência dessa garantia, aliado à ausência de independência da CGU frente ao Executivo Federal, põe em xeque o sigilo das informações apresentadas no âmbito negocial, reduzindo, assim, a atratividade do instituto.¹⁶⁰

Com isso tudo em mente, passa-se, agora, a avaliar se a transposição dos programas de leniência antitruste à Lei Anticorrupção no Brasil foi adequada tendo em vista os conceitos microjurídicos de corrupção abordados na Seção 3.3.1.

3.4. Possíveis problemas na transposição da leniência antitruste à Lei Anticorrupção

A partir dos levantamentos feitos, busca-se, agora, avaliar se a transposição do programa de leniência antitruste à esfera do combate à corrupção no Brasil foi adequada, primeiro, a partir do exame da adequação do programa aos seus fundamentos e, segundo, a partir da análise de sua efetividade.

¹⁵⁹ Seja no âmbito da Lei nº 8.666/1993, seja no âmbito da Lei nº 14.133/2021, o que importa é que o art. 17 da LAC expande os benefícios de seu acordo de leniência para além do universo da própria Lei Anticorrupção.

¹⁶⁰ Para mais informações, v. Guimarães (2016).

3.4.1. Análise da adequação do programa aos seus fundamentos

A existência de múltiplas relações distintas abarcadas pelo programa de leniência da Lei Anticorrupção traz consigo um problema de coordenação de incentivos. Hoje, da forma como o instrumento encontra-se desenhado, suas características podem produzir efeitos simultaneamente desfavoráveis e favoráveis à consumação da prática ilícita.

Mais do que isso, a depender da hipótese abarcada, o programa de leniência perde sua essência, tornando-se mero termo de ajustamento de conduta. Esse cenário verifica-se nas hipóteses em que o ato ilícito é praticado unilateralmente pela pessoa jurídica de direito privado: condutas compreendidas nos incisos I, II, III e V, bem como nas alíneas ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘e’, ‘f’, e ‘g’ do inciso IV do art. 5º da LAC.

Em síntese, ao flexibilizar o requisito de “identificação dos demais envolvidos na infração”, por meio da inserção da oração condicional “quando couber”, o legislador transformou, ainda que inconscientemente, o programa de leniência da lei anticorrupção em simples termo de ajustamento de conduta. Afinal, a permissão da leniência a ilícitos praticados de forma unilateral nunca terá o condão de desestabilizar as relações de confiança necessárias à formação do conluio por meio da inserção de seus membros em situação similar àquela descrita no Dilema do Prisioneiro, porquanto inexistentes ditas relações.

Sem a presença de mais um agente, não há que se falar em conluio. Muito menos em situação de interação estratégica. Ao agente infrator, importará apenas o cálculo básico da utilidade esperada (Teoria da Dissuasão), o qual não será afetado pela existência de outros sujeitos – mas será negativamente afetado pela existência do programa de leniência em si.

Note-se que, nessas hipóteses, ao celebrar o acordo com o Estado, o agente signatário não oferece qualquer suporte adicional que auxilie a autoridade pública em eventuais investigações para além daquele escopo processual, de forma a otimizar sua capacidade sancionatória.

Não fosse o bastante, a possibilidade de concessão da leniência a ilícitos unilaterais pode produzir efeito contrário ao pretendido. Ao invés de desestimular a prática ilícita, é possível que a mera existência do programa a estimule. Isso porque a simples previsão do instituto reduz o equivalente monetário e psíquico (fj) das sanções no cálculo da utilidade esperada do ilícito (EUj). O agente infrator sabe que a qualquer momento ele pode celebrar a leniência e obter uma redução de até 2/3 do valor da multa aplicável. Além, é claro, da isenção da publicação da

sanção condenatória. Trazendo essa realidade para a fórmula criada por Becker, o programa de leniência aumentaria a EU_j , ao invés de reduzi-la. Veja-se:

$$EU_j = p_j U_j (Y_j - f_j * [0, 2/3]) + (1 - p_j) U_j (Y_j) = U_j (Y_j) - p_j U_j * f_j * [0, 2/3]$$

Diferentemente, portanto, do que ocorre no programa de leniência antitruste, em que a sua existência reduz a EU_j ao ampliar a probabilidade de detecção do conluio ‘ p_j ’, porquanto o Estado pode contar com o auxílio de terceiros envolvidos na prática do cartel, no caso de condutas unilaterais, não existem terceiros envolvidos capazes de auxiliar o Estado. Mais do que isso, a conclusão a que se chega é que vale a pena praticar o delito, uma vez que o programa de leniência proporcionaria uma redução do equivalente monetário e psíquico (f_j) das sanções no cálculo da utilidade esperada (EU_j), ampliando-a.

3.4.2. Análise da adequação das características frequentemente associadas à efetividade do programa de leniência antitruste

Os levantamentos realizados por este trabalho não são suficientes para concluir, com precisão, se as características frequentemente associadas à efetividade da leniência antitruste também teriam o condão de dissuadir as práticas corruptas previstas no art. 5º da LAC.

O que se extrai da Seção 3.3.1 serve apenas como norte para a realização de estudos econométricos que visem a modelagem das diferentes realidades abarcadas pelos diferentes conceitos microjurídicos de corrupção, de modo a identificar, com maior grau de exatidão, o desenho ótimo do programa de leniência para cada caso.

Em síntese, foi possível observar que, hoje, o programa de leniência anticorrupção abarca situações tão diversas que se torna difícil avaliar sua efetividade enquanto um programa unitário. Por essa razão, a análise da conformidade desse instituto aos ensinamentos da literatura estrangeira é mais bem ponderada a partir da divisão dos atos de corrupção em dois grupos.

O primeiro grupo (Grupo 1) diz respeito às hipóteses em que o programa de leniência abarca condutas unilaterais, quais sejam: inciso I – quando o núcleo violado for “prometer” ou “oferecer”, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; inciso III – quando haja confusão entre o responsável pela pessoa jurídica criada para ocultar a sua própria identidade ou os seus próprios interesses e benefícios advindos da prática corrupta; alínea ‘b’ do inciso IV – quando o tipo é violado pelo ato de “perturbar” a

realização de qualquer procedimento licitatório público; alínea ‘c’ do inciso IV – quando o núcleo violado é “procurar afastar licitante”; alínea ‘d’, ‘f’ e ‘g’ do inciso IV – quando a fraude limita-se à fraude contratual, em que o agente privado ludibria a Administração Pública por meio do oferecimento de dados falsos – inclusive os referentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nessas hipóteses, é possível concluir que os atos de corrupção tipificado pelo legislador diferem-se significativamente das relações de cartéis que serviram de base para a análise da efetividade dos programas de leniência antitruste. Como o próprio nome sugere, enquanto no primeiro caso as condutas são praticadas por um único agente, no segundo, a bi ou multilateralidade é imprescindível para a configuração da prática anticoncorrencial.

Essa diferença, por sua vez, apesar de pequena em termos quantitativos, é qualitativamente relevante. Afinal, inexistindo relação de conluio, não há que se falar em eventual desestímulo do ato de corrupção unilateral, a partir do incentivo à traição entre seus membros. Isso faz com que o instituto, quando aplicado a essas hipóteses, seja desnaturalizado, consubstanciando-se em TAC, conforme ilustrado na Seção 3.4.1.

Sendo assim, eventual adequação do programa da LAC aos requisitos e às características frequentemente associadas à efetividade do programa de leniência antitruste poderia, ao invés de desestimular a prática das condutas do Grupo 1, estimulá-las. A título de exemplo, suponha-se que os benefícios concedidos pelo programa de leniência da LAC sejam ampliados, para que o instituto se adeque às recomendações da literatura especializada, e passe a prever isenção total das sanções administrativas às pessoas jurídicas, bem como a possibilidade de extensão dos efeitos da leniência às pessoas físicas, inclusive na seara criminal. Retomando a análise da UEj realizada na Seção anterior, fica evidente que, nessas hipóteses, o agente infrator não teria qualquer desestímulo à prática do ilícito. Ao contrário, a conduta delitiva se tornaria mais vantajosa, na medida em que a sanção aplicável seria drasticamente reduzida.

Nesse contexto, portanto, apontamentos como o realizado por Motta e Polo (2003, p. 375), no sentido de que a imunidade total desestimula a prática de cartéis, porquanto reduz as expectativas de ganhos futuros advindos do ilícito, ou como o realizado por Spagnolo (2004, p. 3-4), de que a introdução de uma espécie de “recompensa positiva” eleva o programa ao seu nível máximo de efetividade, perdem sua validade. Ao que parece, nas hipóteses do Grupo 1, quanto maior for o benefício ofertado pelo Estado, maior será o incentivo para a prática delitiva.

Ademais, tratando-se de condutas unilaterais, a análise de adequação da restrição da leniência ao primeiro proponente também perde seu sentido, quando associada à possibilidade de leniência *ex post*. Uma vez que o ilícito é praticado por um único agente, a estratégia dominante sempre será a estratégia do “*wait and see*”. A diferença é que, ao invés de esperar a ação dos demais infratores (aqui inexistentes), para o agente corrupto, passa a ser mais vantajoso aguardar um primeiro movimento do Estado. Ou seja, a estratégia dominante se torna a estratégia de esperar que o Estado descubra, *ex officio*, a prática ilícita, para, só depois, celebrar eventual TAC.

Também nessa linha, a ideia de garantia de sigilo à celebração do TAC como requisito essencial à sua efetividade não teria a mesma força que a garantia deste sigilo no âmbito dos ilícitos associativos. Isso porque eventual vazamento de informação, referente à negociação do TAC, poderia, no máximo, produzir efeitos negativos à imagem daquele sujeito – e, eventualmente, provocar alguma perda econômica decorrente do dano reputacional. Entretanto, os demais efeitos negativos inerentes ao vazamento de informações interno ou externo, identificados na Seção 2.3.2, tais como a possibilidade de criação de obstáculos à investigação pelos demais membros do conluio, não encontram correspondência às práticas de corrupção do Grupo 1.

Frise-se que esses são apenas exemplos de como as condutas abarcadas pelo Grupo 1 podem se diferenciar das condutas de cartéis e de como essa diferença pode impactar o desenho ideal do “programa de leniência” a ser adotado pelo Estado.

O segundo grupo (Grupo 2), por sua vez, diz respeito às hipóteses em que o programa é praticado por dois ou mais agentes, quais sejam: sempre que houver violação ao inciso II e à alínea ‘a’ do inciso IV, e aos demais tipos previstos no art. 5º da LAC, quando eles não se enquadrem nas hipóteses do Grupo 1.

Nesses casos, tem-se que o instituto respeita a lógica subjacente ao programa de leniência, sendo necessário apenas ponderar se os delitos associativos ali previstos abarcam relações possivelmente distintas às relações de cartéis – hipótese que enfraquece a defesa da transposição *ipsis litteris* dos requisitos e das características frequentemente associadas à efetividade do programa de leniência antitruste à Lei Anticorrupção. Para fazer essa análise, todavia, faz-se necessário dividir este Grupo em dois subgrupos.

O primeiro subgrupo (Subgrupo 1), abarca as relações bi ou multilaterais instituídas entre um *único* agente privado e um ou mais agentes públicos – ou seja, abarca as condutas

tipificadas no inciso I, nas hipóteses em que o agente público ou a terceira pessoa a ele relacionada aceita a vantagem indevida concedida pelo agente privado, e no inciso IV, alíneas ‘a’, ‘b’, ‘d’, ‘f’ e ‘g’, nas hipóteses em que a conduta é consumada por um único agente privado em conluio com agentes públicos.

O segundo subgrupo (Subgrupo 2), por sua vez, abarca as relações bi ou multilaterais instituídas entre dois ou mais agentes privados, com ou sem a participação de agente público – ou seja, abarca as condutas tipificadas no inciso II; no inciso III, na hipótese em que a pessoa física ou jurídica utilizada para a ocultação ou dissimulação do ilícito (autor imediato) distingue-se, no plano fático, da pessoa jurídica que faz uso do laranja (autor mediato); nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do inciso IV, nas hipóteses em que a violação ao caráter competitivo do certame é realizada por mais de uma empresa, nos denominados “cartéis licitatório”; nas alíneas ‘d’, ‘f’ e ‘g’ do inciso IV, nas hipóteses em que a violação contratual é praticada por empresas consorciadas ou pela empresa vencedora em conluio com eventual subcontratada; e no inciso V, na hipótese em que um grupo de empresas cartelizadas dificultam, conjuntamente, qualquer atividade de fiscalização ou controle empregada pelo Estado.

Quanto ao Subgrupo 1, é possível perceber que as relações ali abarcadas se assemelham à prática de suborno de agente público estrangeiro vedada no âmbito do FCPA. Especialmente o inciso I do art. 5º da LAC. A diferença entre este dispositivo e o suborno de agente estrangeiro vedado no âmbito do FCPA parece residir apenas no fato de o dispositivo da Lei Anticorrupção abranger, também, a corrupção ativa de agentes públicos nacionais – o que é tratado de forma apartada pelo sistema norte-americano (FORTINI, 2015). Por essa razão, tem-se que os levantamentos realizados por Leslie (2012), em sua análise da adequação da transposição *ipsis litteris* do programa de leniência antitruste ao âmbito do FCPA, podem ser aqui aproveitados.

Nesse sentido, ainda que a prática de corrupção do agente público pelo agente privado, para obtenção de vantagens indevidas (*lato sensu*), assemelhe-se, em alguma medida, à prática de cartel – especialmente no que diz respeito ao caráter sigiloso do ilícito, o qual, muitas vezes, assume a roupagem de um ato legalmente válido –, as possíveis diferenças verificadas por Leslie (*Id.*) são suficientes para *pôr em xeque* afirmações categóricas de que o programa de leniência da LAC deveria se atentar aos requisitos e às características frequentemente associadas à efetividade do programa de leniência antitruste.

A origem, evolução e consolidação dos programas de leniência, abordadas no decorrer deste trabalho, evidenciam que pequenos detalhes, como a perpetuação do ilícito ou possibilidade de repetição do conluio, alteram a estrutura do jogo. Na mesma linha, os estudos

apresentados na Seção 2.4.3, demonstram que diferenças na magnitude do benefício ofertado podem, inclusive, deslocar um resultado potencialmente dissuasivo para um resultado potencialmente pró-colusivo, razão pela qual a análise deve ser realizada com cautela.

A título de exemplo, no Subgrupo 1, a inserção da regra “*first come, first served*” (limitação da leniência ao primeiro proponente) não é capaz de alterar os benefícios do jogo, muito menos estimular uma “corrida à delação” à leniência anticorrupção. Isso ocorre porque, ainda que a conduta seja praticada de forma bilateral (ou multilateral ante a participação de vários agente públicos), o programa de leniência da LAC só pode ser celebrado por pessoas jurídicas que pratiquem os atos previstos em seu art. 5º.

Nesse sentido, a efetividade de eventual *enforcement* público que vise a combater os atos de corrupção abarcados pelo Subgrupo 1 não depende apenas do incremento da efetividade do programa de leniência da LAC. A dissuasão dessas condutas depende, na verdade, do conjunto de outras sanções e instrumentos de leniência (*lato sensu*) existentes no ordenamento jurídico interno¹⁶¹. Não à toa, alguns estudos realizados pela literatura estrangeira chegam a ponderar se a inserção de tratamento assimétrico à relação de suborno seria eficaz ao controle desse ilícito¹⁶².

Por essas razões, enquanto não houver estudos econômicos que avaliem o impacto das diferentes recompensas existentes ao agente público e ao agente privado, não será possível afirmar, com base nos fundamentos da Teoria dos Jogos, que um programa de leniência transparente, previsível, seguro e sigiloso, que conjugue altas sanções e altos benefícios, limitando-os ao primeiro proponente, antes ou após a abertura de investigação, será, *per se*, efetivo ao combate desses ilícitos (Subgrupo 1).

O Subgrupo 2, por outro lado, parece abarcar condutas que guardam mais semelhanças às relações de cartéis e, por isso, se adequam mais aos fundamentos do programa de leniência. Alguns dos tipos ali previstos vedam, inclusive, atos comumente praticados por cartéis licitatórios, a exemplo das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’. Sendo assim, ao abarcar as condutas do Subgrupo 2, o programa de leniência da LAC pode, quando bem desenhado, desestimular a prática desses atos, ao minar a confiança necessária à colusão, a partir da inserção dos agentes privados em situação similar àquela descrita no Dilema do Prisioneiro.

¹⁶¹ A possibilidade de todos os agentes celebrarem delação premiada, por exemplo, pode produzir esse efeito, a depender do caso concreto.

¹⁶² E.g., Basu (2011); Li (2012); Abbink (2014); Dufwenber e Spagnolo (2015); Basu *et al.* (2016).

Nessas hipóteses, em que duas ou mais empresas praticam atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, por sua vez, regras como a limitação do programa ao primeiro proponente, a concessão de leniência total limitada aos casos sem investigação aberta, aliadas à transparência, previsibilidade, segurança jurídica e ao sigilo do programa parecem ter o condão de ampliar a efetividade desse instituto. Ainda que, por exemplo, a fraude ao caráter competitivo do certame (alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º) ocorra com a participação de agente público, se esse ato for orquestrado por um cartel, haverá sempre a possibilidade de uma das empresas celebrar o acordo de leniência da LAC por motivos puramente preemptivos¹⁶³. Nesse sentido, mesmo que a relação estabelecida entre o cartel e o agente público reúna as características identificadas por Leslie (2012) e os incentivos à traição do cartel perante o agente público e do agente público perante o cartel possam não ser altos, o risco de traição entre as próprias empresas tem, a princípio, o potencial de dissuadir a prática ilícita.

Partindo do pressuposto, portanto, que, nas hipóteses do Subgrupo 2, os requisitos e as características frequentemente associadas à efetividade do programa de leniência antitruste também se conectam à efetividade do programa de leniência da LAC, o levantamento realizado na Seção 3.3.2 demonstra que este instituto apresenta falhas no que tange à transparência, à previsibilidade, à segurança jurídica, ao sigilo e à estruturação de seus incentivos.

Dentre as possíveis falhas identificadas, destacam-se: a) ausência de transparência, especialmente no que diz respeito aos parâmetros a serem utilizados na quantificação da leniência; b) ausência de segurança jurídica, decorrente da existência de uma rede de *accountability* anticorrupção aliada à inexistência de previsão de extensão dos benefícios da leniência às demais esferas de responsabilização às pessoas físicas e/ou jurídicas; c) ausência de previsão de benefícios mais amplos àqueles que celebram a leniência antes da abertura do PAR, como mecanismo de estímulo à autodelação; e d) a inexistência do denominado “*chinese wall*”, como mecanismo de proteção do sigilo interno do programa.

Feitas essas observações, o próximo Capítulo será dedicado à apresentação de possíveis soluções a serem empregadas pelo gestor público, como forma de mitigar eventuais falhas do programa de leniência anticorrupção.

¹⁶³ V. Seção 2.4.4.

4 POSSÍVEIS MECANISMOS PRÁTICOS PARA AMPLIAÇÃO DA EFICÁCIA DA LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO

Como hipóteses de soluções complementares aos problemas referentes à ausência de previsibilidade e segurança jurídica existentes, hoje, no âmbito do acordo de leniência anticorrupção, sugere-se, a seguir, possíveis ações a serem adotadas pela autoridade máxima de cada órgão quando da negociação, celebração e fiscalização do instituto.

Em virtude da multiplicidade de autoridades competentes trazidas pela LAC, na presente análise, será considerada apenas a esfera federal. Nesse sentido, vale lembrar que a CGU é competente para investigar ilícitos da Lei Anticorrupção, aplicar sanções administrativas e celebrar acordos de leniência, ainda que o percurso da letra da lei à efetiva celebração de acordos de leniência pelo órgão tenha sido um processo intrincado e conturbado (PIMENTA, 2020). A partir desse cenário, cabe ao gestor público avaliar o que pode ou não ser estendido aos demais âmbitos da federação.

Nesse sentido, a primeira grande preocupação que o gestor deve possuir no momento da negociação e celebração do acordo de leniência anticorrupção é com a preservação de sua essência. Para isso, tem-se imprescindível que a CGU e demais órgãos competentes limitem-se a celebrar o acordo de leniência anticorrupção nas hipóteses em que a conduta é praticada de forma bi ou multilateral.

Ou seja, ao menos a princípio, a autoridade competente não deveria celebrar acordos de leniência nas seguintes hipóteses: inciso I – quando o núcleo violado for “prometer” ou “oferecer”, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; inciso III – quando haja confusão entre o responsável pela pessoa jurídica criada para ocultar a sua própria identidade ou os seus próprios interesses e benefícios advindos da prática corrupta; alínea ‘b’ do inciso IV – quando o tipo é violado pelo ato de “perturbar” a realização de qualquer procedimento licitatório público; alínea ‘c’ do inciso IV – quando o núcleo violado é “procurar afastar licitante”; alínea ‘d’, ‘f’ e ‘g’ do inciso IV – quando a fraude limita-se à fraude contratual, em que o agente privado ludibria a Administração Pública por meio do oferecimento de dados falsos – inclusive os referentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nesses casos, ainda que haja a possibilidade de o ato ser praticado por mais de um indivíduo em conluio, conforme ilustrado anteriormente, seria mais proveitoso se os órgãos da Administração Pública invertessem o ônus da negociação, impondo ao proponente a

necessidade de comprovar que os referidos atos foram praticados por mais de um sujeito, para dar início ao processo de negociação do acordo de leniência.

Mais do que isso, que os órgãos se atentem ao tipo de conduta praticada para impor, sempre que possível, que o proponente conceda todas as informações relativas ao ato delitivo, em especial as referentes à identidade dos demais agentes corruptos. A título de exemplo, sabe-se que as condutas previstas no inciso II e na alínea ‘a’ do inciso IV do art. 5º da LAC somente podem ser praticadas de forma bi ou multilateral. Sendo assim, sempre que houver a violação desses dispositivos, a autoridade competente deve impor, como condição à celebração do acordo, que o proponente delate os demais envolvidos.

Dessa forma, evita-se que a oração condicionada “quando couber” seja ainda mais flexibilizada e deturpada por agentes que queiram beneficiar terceiros, encontrando brechas para celebrar acordos em hipóteses claramente desfavoráveis à Administração Pública.

Nas hipóteses em que houver correspondência objetiva ou relativa no âmbito criminal, sugere-se a inserção do Ministério Público nos procedimentos de negociação e celebração do acordo. Em atenção ao levantamento realizado, destarte, tem-se que a Controladoria-Geral da União, bem como as demais autoridades máximas dos demais entes da Federação, deveriam convidar o MP sempre que alguma pessoa jurídica pleitear a celebração de um acordo de leniência. Isso porque, conforme se extrai do Quadro 4, todos os ilícitos previstos na LAC possuem correspondência direta ou indireta em normas penais.

De igual modo, nas hipóteses em que houver correspondência objetiva ou relativa no âmbito da LIA, sugere-se, a inserção do Ministério Público Cível nos procedimentos de negociação e celebração do acordo – o que engloba quase todos os dispositivos. Apenas na hipótese de violação da alínea ‘e’, do inciso IV, do art. 5º da LAC, é que a Controladoria-Geral da União não deveria convocar o MP para as mesas de negociação, uma vez que o referido tipo é restrito à atuação de agentes privados.

Com efeito, a participação desses órgãos nos casos mencionados, apesar de não ser obrigatória, pode funcionar como um mecanismo de mitigar a ausência de segurança jurídica existente, hoje, no âmbito do programa de leniência anticorrupção, sem, entretanto, consubstanciar-se em uma permissividade excessiva. Uma vez inexistente correspondência no âmbito criminal ou no âmbito da LIA, no âmbito federal, a CGU não deveria incluir o MP nos procedimentos de negociação e celebração dos acordos, porquanto dita atitude seria

contraproducente. É preciso que as instituições compreendam seus limites de atuação, para que o controle seja efetivo.

Por outro lado, havendo correspondência entre o ato de corrupção praticado e eventuais ilícitos criminais e administrativos, é dever da CGU, enquanto órgão máximo responsável pela efetividade do programa de leniência anticorrupção, convidar o MP para a mesa de negociação. Não apenas como uma forma de garantir a relevância do acordo para o Estado, estimulando os órgãos a compartilharem informações que possuem acerca dos ilícitos que vierem a ser objeto de eventuais propostas de leniência, mas também como uma forma de ampliar as garantias ao proponente, conforme aduz Pimenta (2020).

5 CONCLUSÃO

A partir dos estudos realizados, identificou-se que o programa de leniência foi criado para desestabilizar as relações de confiança necessárias à formação de cartéis, a partir da inserção de seus membros em situação similar àquela descrita no Dilema do Prisioneiro. O potencial efeito dissuasivo do instituto depende, nesse sentido, da capacidade de o programa enfraquecer a relação de confiança necessária à colusão, por meio do incentivo à traição entre seus membros.

Não é qualquer tipo de ilícito, portanto, que deve ser objeto de um acordo de leniência. Seu foco está em reprimir atividades ilegais envolvendo múltiplos agentes em coordenação, como cartéis e atividades similares. Ou seja, atividades que apresentam peculiaridades que não são consideradas pelos modelos econômicos usuais que estudam o comportamento dos agentes desviantes.

Não obstante essa realidade, ao inserir o programa de leniência no âmbito da rede de *accountability* anticorrupção, o legislador não se ateve à necessidade de restringir a sua incidência às hipóteses em que o ato corrupto é praticado por dois ou mais agentes em conluio. A adição da oração condicional “quando couber” ao requisito de “identificação dos demais envolvidos”, previsto no inciso I do art. 16 da Lei nº 12.846/2013, torna possível a celebração do acordo de leniência nas hipóteses de corrupção praticadas por um único agente – hipóteses abarcadas pelo Grupo 1¹⁶⁴ –, transformando o instituto em simples Termo de Ajustamento de Conduta.

Referida subversão, por sua vez, produz efeitos que não se limitam ao campo da semântica. Ao não distinguir o TAC do programa de leniência, a literatura permite que os institutos sejam tratados sob o mesmo prisma e que as características do programa de leniência

¹⁶⁴ Engloba as seguintes condutas: inciso I – quando o núcleo violado for “prometer” ou “oferecer”, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; inciso III – quando haja confusão entre o responsável pela pessoa jurídica criada para ocultar a sua própria identidade ou os seus próprios interesses e benefícios advindos da prática corrupta; alínea ‘b’ do inciso IV – quando o tipo é violado pelo ato de “perturbar” a realização de qualquer procedimento licitatório público; alínea ‘c’ do inciso IV – quando o núcleo violado é “procurar afastar licitante”; alínea ‘d’, ‘f’ e ‘g’ do inciso IV – quando a fraude limita-se à fraude contratual, em que o agente privado ludibria a Administração Pública por meio do oferecimento de dados falsos – inclusive os referentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; e V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

(*stricto sensu*) sejam expandidas ao TAC, sem se ater, entretanto, ao fato de que essa expansão pode ser prejudicial ao *enforcement* público.

Em outras palavras, enquanto no âmbito do programa de leniência (*stricto sensu*) a ampliação dos benefícios concedidos aumenta a atratividade do acordo e possibilita, desse modo, a dissuasão da prática ilícita, no âmbito do TAC, quanto maior for o benefício ofertado, maior será a Utilidade Esperada do ilícito. Sendo assim, ao não distinguir os instrumentos de consensualização, o Estado pode incorrer em erro e adotar uma política que é capaz de, simultaneamente, produzir efeitos positivos e negativos ao combate à corrupção.

Noutro giro, também foi possível concluir que, mesmo nas hipóteses em que o programa de leniência da Lei Anticorrupção abarca condutas bi ou multilaterais – hipóteses abrangidas pelo Grupo 2 (Subgrupo 1 e Subgrupo 2) –, existem diferenças entre as relações tipificadas no art. 5º da LAC que precisam ser consideradas pela literatura pátria. Ainda que essas diferenças pareçam pequenas, ou até mesmo irrelevantes, elas são suficientes para *pôr em xeque* afirmações categóricas de que o programa de leniência da LAC *será* mais efetivo caso adote o desenho sugerido pela literatura especializada.

A título de exemplo, a análise da efetividade do programa de leniência que abrange as hipóteses abarcadas pelo Subgrupo 1 depende, primeiro, da correta identificação das recompensas existentes no jogo estabelecido entre o agente público e o agente privado. Nesse sentido, alterar apenas os incentivos concedidos pela LAC, pode não ter muita valia ou, pior, produzir efeito contrário ao almejado.

Apenas as relações abarcadas pelo Subgrupo 2 parecem, de fato, se assemelhar às relações de cartéis, a ponto de ser *possível* a transposição dos requisitos e características frequentemente associadas à efetividade do programa de leniência antitruste à Lei Anticorrupção. Ainda assim, trata-se de mera possibilidade – o que não exclui a necessidade de estudos econômicos que busquem modular essas hipóteses.

Com efeito, a principal conclusão alcançada por este trabalho foi a de que a flexibilização do requisito de identificação dos demais envolvidos é incompatível com o fundamento econômico do programa de leniência, e deve ser, portanto, suprimida – senão pela via legislativa, pela utilização adequada do instituto. No mais, a análise das relações abarcadas pelos conceitos microjurídicos de corrupção previstos no art. 5º da LAC apenas colocam em xeque “certezas” literárias, de modo a instigar a produção de novos trabalhos acadêmicos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ABBINK, K., U.; DASGUPTA, L. GANGADHARAN; T. JAIN (2014). *Letting the briber go free: An experiment on mitigating harassment bribes*. Journal of Public Economics 111, 17–28.
- ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. *Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos*. Publicado em: 08/2017. Disponível em: 2017_Jose Alan_Novos Aspectos Relacionados com a Leniencia e a Corrupcao sob a Perspectiva dos Jogos.pdf. Acesso em: 10/07/2021.
- ALVES, Jamil C. *Justiça consensual e plea bargaining*. In: Cunha, Rogério Sanches et al. (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 217-23.
- ARANHA, Ana Luiza Melo. *A rede brasileira de instituições de accountability: um mapa do enfrentamento da corrupção na esfera local*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2015.
- ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil – Teoria e Prática*. Editora Fórum. São Paulo. 2021.
- ATHAYDE, Amanda; GRANDIS, Rodrigo de. *A lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. Editora Singular. São Paulo. 2015.
- ATHAYDE, Amanda; MATOS, Mylena. *Denunciante premiado? Whistleblower no Brasil e o direito antitruste*. Portal JOTA, 29 mar. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/denunciante-premiado-26032018>. Acesso em: 07 maio 2020.
- AXELROD, R. *The Evolution of Cooperation*. Nova York: Basic Books, 1984. 241p
- BACHA, Omar Abreu. *A perspectiva interinstitucional do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, 2021, n. 235, p. 75-97. 2021.
- BALDWIN, Robert. *Rules and regulation*. Oxford: Oxford University Press. 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 619-620.
- BARNETT, Belinda A.; HAMMOND, Scott D. *Frequently asked questions regarding the antitrust division's leniency program and model leniency letters*. Department of Justice, Novembro/2008. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>. Acesso em: 25 março 2022.
- BARROS, Leonel. *A interação entre enforcement público e privado no Direito Concorrencial brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. 2021.
- BASU, K. (2011). *Why, for a class of bribes, the act of giving a bribe should be treated as legal*. Technical Report 172011, Ministry of Finance, Government of India.
- BASU, Karina; BASU, Kaushik; CORDELA, Tito. *Asymmetric Punishment as an Instrument of Corruption Control*. 2016. Journal of Public Economic Theory, 18 (6), 2016, pp. 831-856.
- BAYLEY, D. H. *The effects of corruption in a developing nation*, 1996.
- BELL; Robert.; MILLAY, Kristin. *The Antitrust Division's Corporate Leniency Program*. Disponível em: <https://files.hugheshubbard.com/files/Antitrust-Division%E2%80%99s-Corporate-Leniency-Program.pdf>. Acesso em: 02 outubro 2022.

- BIERMAN, H. Scott. *Teoria dos Jogos*. Pearson Education. 2ª Edição. São Paulo, 2010.
- BIGIONI, M.; FRIDOLFSSON, S.; LE COQ, C.; SPAGNOLO, G. *Trust, Leniency, and Deterrence*. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 2015, vol. 31, issue 4, 663-689.
- BRAGA, Jeffson Oliveira. *Acordo de Leniência e a Estrutura de Incentivos para o Comportamento Empresarial: Uma análise econômica do direito da política pública de anticorrupção brasileira*. Dissertação – Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Estadual de Santa Cruz. Ilhéus, 2019.
- BRASIL. Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013. *Lei Anticorrupção*. Coleção do Planalto do Governo.
- _____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Lei de Defesa da Concorrência*. Coleção do Planalto do Governo.
- _____. *Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR*. Publicado: 09/2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>. Acesso em: 30 agosto 2019.
- _____. *Manual Prático de Cálculo de Multa*. Controladoria-Geral da União. Disponível em: [manual-pratico-de-calculo-da-multa-pdf \(www.gov.br\)](http://www.gov.br). Acesso em: 16 janeiro 2023.
- _____. Instrução Normativa nº 2, de 16 de maio de 2018, 2018.
- BRISSET, K.; THOMAS, L. *Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions*. *European Journal of Law and Economics*, v. 17, n. 1, p. 5-19, 2004.
- BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. *Counterproductive Leniency Programs against Corruption*. 2000. Disponível em: <https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=34763d5d8f77a18ede9bce8d04c6c416e0e5eee9>. Acesso em: 11 junho 2021.
- BUDZINSK, Oliver. *Lead Jurisdiction Concepts: Towards Rationalizing Multiple Competition Policy Enforcement Procedures*. Publicado: 26/06/2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2458663. Acesso em: 22 outubro 2020.
- CANETTI, Rafaela. *Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Fórum, 2ª Edição. Belo Horizonte, 2020.
- CEREN, João Pedro; GONÇALVES, Rubén Miranda; CARMO, Valter Moura do. *Teoria dos jogos e acordo de leniência na lei anticorrupção brasileira*. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 55-78, ago. 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3604>. Acesso em: 21 julho 2021.
- CHEN, Zhijun; REY, Patrick. *On the Design of Leniency Programs*. *The Journal of Law and Economics*, Vol. 56, No. 4. 2012.
- CONNOR, John M. *Cartel Overcharges*. *The Law and Economics of Class Actions Research in Law and Economics*. Vol. 26, pp. 249-387. 2014.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Estimação de sobrepreço em cartéis: o caso do cartel de combustíveis na região metropolitana de Belo Horizonte/MG*. 2022. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2022/DOC_007-2022_Estimacao-de-sobrepreco-em-carteis-cartel-de-BH.pdf. Acesso em: 09 de jan 2023.

- DAL POZZO, A.; DAL POZZO, A.; DAL POZZO, B.; FACCHINATTO, R.. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013*. 2 ed. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- DAWOOD, Yasmin. *Classifying Corruption*. (2014). Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy, 2014, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2401297>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; e MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. Editora Fórum, 2017.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Acordos de Leniência e a MP 703: medida necessária ou “incentivo” à corrupção empresarial?*. Publicado: 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/acordos-de-leniencia-e-a-mp-703-medida-necessaria-ou-incentivo-a-corrupcao-empresarial>. Acesso em: 20 agosto 2019.
- DIAS, Ronaldo G.; DIAS, Ronaldo M. de Castro G. *Comentários à Lei Anticorrupção*. Belo Horizonte, Del Rey, 2016.
- DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DOUGLAS, Maynard W. *Inside Plea Bargaining: the language of negotiation*. Plenum Press: New York and London, 1984.
- DUFWENBERG, M.; SPAGNOLO, G. (2015). Legalizing bribe giving. *Economic Inquiry* 53 (2), 836–853.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). *Act of July 2, 1890 (Sherman Anti-Trust Act)*, July 2, 1890; Enrolled Acts and Resolutions of Congress, 1789-1992, General Records of the United States Government; Record Group 11; National Archives. Disponível em: Sherman Anti-Trust Act (1890) | National Archives. Acesso em: 02 setembro 2020.
- FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FISP). *Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. São Paulo: Departamento de Competitividade e Tecnologia, 2010.
- FERNANDES, Sérgio Bruno Cabral. *The Game of Systemic Corruption in Brazil and the Focal Point Theory*. Disponível em: 2020_Sergio_Fernandes_The Game of Systemic Corruption in Brazil and the Focal Point Theory.pdf. Acesso em: 10 julho 2021.
- FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Transadministrativismo: dinâmica e complexidade*. 2017, 197f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- FERRAZ, Luciano. *Teoria dos Jogos e Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção Brasileira*. 01/2020. Disponível em: <file:///C:/Users/55319/Downloads/Dialnet-TeoriaDosJogosEAcordoDeLeniencianaLeiAnticorruptcao-7469467.pdf>. Acesso em: 10/07/2021.
- FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. Elsevier, 3ª Edição, 2015.
- FILGUEIRAS, Fernando. *O problema da corrupção e a sociologia americana*, 2006
- FILHO, Paulo Sérgio; FILHO, João Pereira de Andrade. *Leniência, transparência e segurança jurídica: a vinculação ao acordo de leniência dos atores estatais colegitimados*. Publicado: 2018. Disponível em:

https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/JoaoPereiradeAnderadeFilho/Leniencia_para_hyba_judiciaria_n11_2018.pdf. Acesso em: 20 julho 2019.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição.

GABAN, E. M. *Acordos de Leniência no Brasil (Lei n. 8.884/94)*. In: FRANCESCHINI, J. I. G; MIRANDA, C. DA P. U. (Eds.). *Direito Empresarial – Questões Contemporâneas em Coletânea*. São Paulo: Singular, 2007.

GÄRTNER, Dennis. *Corporate leniency in a dynamic world: the preemptive push of an uncertain future*. fev. 2014. Disponível em: Acesso em: 06 março 2022.

GUIMARÃES, Denis Alves. Diaulas Costa Ribeiro et al., *Interface between the Brazilian Antitrust, Anti-Corruption, and Criminal Organization Laws: The Leniency Agreements*. 22 Law & Bus. Ver. Am. 195. 2016. Disponível em: <https://scholar.smu.edu/lbra/vol22/iss3/10>. Acesso em: 23 novembro 2021.

HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an effective leniency program*. U.S. Department of Justice. Publicado: 2004. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>; Acesso em: 28 agosto 2019.

HARRINGTON, Joseph E. *Optimal corporate leniency programs*. Working Paper, No. 527, The Johns Hopkins University, Department of Economics, Baltimore. 2005.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Leniency Materials*. 2017. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/awareness/leniency.aspx>. Acesso em: 15 out. 2017.

JIYE, Hu. *A game theory approach to antifraud legislation in china's social insurance funds*. Disponível em: Hu_2011_A Game Theory Approach to Antifraud Legislation in China's Social Insurance Funds.pdf. Acesso em: 07 fevereiro 2020.

KAGAN, R. A; SCHOLZ, J. T. *The criminology of the corporation and the regulatory enforcement strategies*. 1980. In: Blankenburg, E., Lenk, K. (eds) *Organisation und Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 7, VS Verlag für Sozialwissenschaften. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-322-83669-4_21. Acesso em: 03/02/2022.

KIM, Sang Beck. *Dangling the Carrot, Sharpening the Stick: How an Amnesty Program and Qui Tam Actions Could Strengthen Korea's Anti-Corruption Efforts*. *Northwestern Journal of International Law & Business*. Vol. 36. 2016.

LA PORTA; R, *et al*; *Trust in large organizations*, 1996.

LAMBSDORFF, Johann Graf. *The institutional economics of corruption and reform: theory, evidence, and policy*. 2008.

LESLIE, Christopher R., *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. *Journal of Corporation Law*, Vol. 31, pp. 453-488, 2006, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=924376>. Acesso em: 15/12/2021.

LI, X. *Guest post: bribery and the limits of game theory – the lessons from China*. (2012). Disponível em: <http://blogs.ft.com/beyond-brics/2012/05/01/guest-post-bribery-and-the-limits-of-game-theory-the-lessons-from-china/>. Acesso: 10/02/2023.

LUZ, Reinaldo Diogo. *Interação entre Programas de Leniência e a Questão da Efetividade no Combate a Cartéis em Licitações Públicas*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

LUZ, Reinaldo Diogo; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Programa de Leniência na Lei Anticorrupção*. In FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LUZ, Reinaldo Diogo; SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency, Collusion, Corruption and Whistleblowing*. *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 13, Issue 4, 12/2017. Disponível em: <https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/13/4/729/4781632?redirectedFrom=fulltext> .

MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. *Balcão Único para Negociação de Acordos de Leniência no Brasil*. Publicado: 26/07/2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424277&download=yes. Acesso em: 29 junho 2019.

MARIN, Tâmera Padoin Marques. *A Lei Anticorrupção e o Acordo de Leniência: Uma análise do regime geral para celebração desse instrumento*. Belo Horizonte, Fórum, 2019.

MARINELA, Fernanda; RAMALHO, Tatiany; PAIVA, Fernando. *Lei anticorrupção: Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *MP 703. Escárnio ou deferência à racionalidade*. 2016. Disponível em: *MP 703 - Escárnio ou deferência à racionalidade | JOTA Info*. Acesso em: 15 julho 2021.

MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência da Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica*. 2019. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdda. Acesso em: 10 junho 2021.

MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes*. 2015. Disponível em: *ConJur - Thiago Marrara: Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega*. Acesso em: 10 junho 2021.

MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção permite que inimigo vire colega*. 2013. Disponível em: *ConJur - Thiago Marrara: Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega*. Acesso em: 10/06/2021.

MARRARA, Thiago. *Comentários ao art. 16*. In: Di Pietro, Maria; Marrara, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Fórum, 2017.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FIDELIS, Andressa Lin. *Leniency Programme in Brazil – Recents Experiences and Lessons Learned*. Publicado: 04/2016. Disponível em: file:///C:/Users/55319/Downloads/2016_OCDE_Leniency%20in%20Brazil.pdf. Acesso em: 31 julho 2019.

MARVÃO, Catarina Moura Pinto, *The EU Leniency Programme and Recidivism* (March 31, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2491172>. Acesso em: 29/03/2021.

MENDES, Francisco Schertel. *Leniency Policies in the Prosecution of Economic Crimes and Corruption: Consensual Justice and Search for Truth in Brazilian and German Law*. Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.

MOTCHENKOVE, E. *Effects of Leniency Programs on Cartel Stability*. CentER Discussion Paper, Vol. 2004-98. 2004. Disponível em: <https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/629269/98.pdf>. Acesso em: 03 março 2021.

MOURA, Adriana Maria Magalhães de. *O papel das compras públicas sustentáveis na economia verde*. Desafios do Desenvolvimento, v. 9, n. 72. 15 jun. 2012. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2746:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 04/02/2023.

NEYRINCK, Neil. Granting Incentives, *Detering Collusion: The Leniency Policy*. Working Paper. Institut D'Etudes Juridiques Europeennes, n. 2, 2009. Disponível em: <https://antitrustlair.files.wordpress.com/2009/04/working-paper-2-2009.pdf>. Acesso em: 02 abril 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira*. Publicado: 29/05/2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259553,21048-A+inseguranca+juridica+das+empresas+e+os+acordos+de+leniencia+na>. Acesso em: 29 agosto 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Bribery in Public Procurement: Methods, Actors and Counter-measures*. 2007. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/44956834.pdf>. Acesso em: 20 fevereiro 2022.

_____. *Use of markers in leniency programmes*. 2014. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2014\)9&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2014)9&doclanguage=en). Acesso em: 19 junho 2020.

_____. *Fighting Hard-core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. Paris, 2002. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 06/03/2022.

_____. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em licitações públicas*. 2009. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf>. Acesso em: 19/04/2022.

_____. *Using Leniency to fight hard core cartels*. 2001. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>. Acesso em: 29 outubro 2020.

PAGOTTO, Leopoldo. *O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

PAPP, Leonardo. *Análise Econômica do Direito e a (re)inserção da eficácia na Teoria do Direito*. Revista da AMDE, v. 9, p. 60-87, 2012. Disponível em: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/89>. Acesso em: 16/03/22.

PESTANA, Márcio. *Lei Anticorrupção: exame sistematizado da Lei nº 12.846/13*. São Paulo, Manole, 2016.

PIMENTA, Raquel de Mattos. *A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção*. São Paulo: Edgard Blucher. 2020.

PINHA, Lucas Campo. *Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os programas de leniência? Uma análise aplicada ao contexto brasileiro*. Publicado em: 05/2018. Disponível em: 201805_Lucas Pinha_Teoria dos Jogos e Leniencia.pdf>. Acesso em: 07/05/2020.

PINTO, José Guilherme Berman Correa. *Direito Administrativo Consensual, Acordo de Leniência e Ação de Improbidade*. Publicado: 2016. Disponível em: https://www.bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/artigo_ibda_jgb.pdf. Acesso em: 28 agosto 2019.

RIBEIRO, M.; GALESKI JUNIOR, I. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. 264p.

POSNER, Richard A. *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law* (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 53, 1998).

ROSE-ACKERMAN, Susan. *The Law and Economics of Bribery and Extortion*. 2010. Annual Review of Law and Social Science, V. 6, pp. 217-236, Yale Law & Economics Research. Paper No.408.

RUFINO, Victor Santos. *Os fundamentos da delação: análise do Programa de Leniência do CADE à luz da teoria dos jogos*. 2016. 101 f., Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

WILS, W. P. J. *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*. 25th Conference on New Political Economy Frontiers of EC Antitrust Enforcement: The More Economic Approach. Anais...Saarbrücken: 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=939399>. Acesso em: 08/04/2021.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. *Aplicação de penas na repressão de cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SICHES, Luis Rescaséns. *Tratado General e Filosofia del Derecho*. México: Porrúa, 1975.

SILVA, Felipe Coelho Sigrist; MARIN, Solange Regina. *Teoria Econômica do Crime e Aprendizado: metodologia e comentários críticos*. 2020. Disponível em: https://www.anpec.org.br/sul/2020/submissao/files_I/i1-730eaec6b06092e2e8d2816b320a87af.pdf. Acesso em: 16 julho 2022.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SPAGNOLO, G. *Leniency and Whistleblowers in Antitrust. Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: The MIT Press, 2008. p. 259–304.

SORÉ, Raphael Rodrigues. *A Lei Anticorrupção em Contexto: estratégias para a prevenção e o combate à corrupção corporativa*. Belo Horizonte, Fórum, 2019.

STIGLER, G. J. *The Optimum Enforcement of Laws*. Journal of Political Economy, v. 78, n. 3, p. 526–536, 1970

STRANG, Robert. *Plea Bargaining, Cooperation Agreements, and Immunity Orders*. 2014. Disponível em: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No92/No92_05VE_Strang1.pdf. Acesso em: 26 março 2020.

TARUN, R. W.; TOMCZAK, P. P. *A proposal for a United States Department of Justice Foreign Corrupt Practices Act leniency policy*. American Criminal Law Review, v. 47, n. 2 (Spring 2010), p. 153–236, 2010.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). *Corrupção e Desenvolvimento*. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf. Acesso em: 04/02/2023.

ANDREONI, James; HARBAUGH, William; VESTERLUND, Lise. *The Carrot or the Stick: Rewards, Punishments, and Cooperation*. 2003. The American Economic Review, v. 93, n.3, pp. 893-902.

TREISMAN, D. *The causes of corruption*, 2000.

VAN DAMMER; Eric; ZHOU, Jun. *The Dynamics of Leniency application and the Knock-on Effect of Cartel Enforcement*. Bruegel Working Paper 2016/02, 2016. Disponível em: http://aei.pitt.edu/72911/1/WP-2016_02.pdf. Acesso em: 02 Janeiro 2022.

ZINGALES, Nicolo. *European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?* Publicado em: 03/2008, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1101803>. Acesso em: 22/06/2021.