



DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: IMPLICAÇÕES DA LEI N. 12.846/2013

*Brenno Roberto Amorim Barcelos **
*Luiz Antonio Soares Hentz***

Resumo

O presente trabalho realiza o cotejamento de duas recentes legislações — Lei n. 12.529/2011 denominada de Lei do CADE e Lei n. 12.846/2013 conhecida como Lei Anticorrupção — que alteraram o sistema de defesa da concorrência e tem gerado importantes desafios para os que as operam. Objetiva-se analisar os novos institutos da Lei Anticorrupção, sobretudo, a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas, a abrangência dos acordos de leniência, instrumentos que possuem o escopo de tutelar a moralidade e probidade administrativa bem como reprimir atos de corrupção em âmbito privado, que em última hipótese prejudicam e fragilizam a concorrência. A partir de um refletido estudo, procurar-se-á demonstrar que as aparentes incompatibilidades, incongruências e até inconstitucionalidades da Lei 12.846/13, apontadas por estudiosos dessa seara, não merecem prosperar e são resolvidas por meio de uma interpretação sistemática e teleológica do microsistema de defesa da concorrência.

Palavras-chave

Defesa da concorrência. Lei n. 12.846/13. Acordo de leniência. Lei Anticorrupção.

DEFENSE OF COMPETITION IN BRAZILIAN LEGISLATION: IMPLICATIONS OF N. 12.846/2013 ACT

Abstract

This paper performs the comparison of two recent laws — act n. 12.529/11 called CADE Act and act n. 12.846/2013 called Anti-Corruption Act — they modified the antitrust system and had generated significant challenges to those who operate. The objective is to analyze the new institutes of the Anti-Corruption Act, above all, the objective civil liability of legal persons, the scope of leniency agreements, instruments that have the scope to safeguard morality and administrative integrity and repress acts of corruption in the private sphere, which in latter undermine and weaken competition. Through a reflected study will be made to demonstrate that the apparent inconsistencies, incongruities and even unconstitutionality of n. 12,846/ 2013 Act, mentioned

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”, advogado. E-mail: brenno.roberto@hotmail.com

** Professor Adjunto (Livre-Docente) do Departamento de Direito Privado e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”.

by experts, do not deserve to thrive and are resolved through a systematic and teleological interpretation of microsystem of competition defense.

Keywords

Antitrust. N. 12.846/13 Act. Leniency agreement. Anti-Corruption Act.

1. INTRODUÇÃO

A complexidade de um sistema jurídico decorre da regulação excessiva e da pressa em expedir normas de sujeição obrigatória. No Brasil, acresce o fato de desaguar no Poder Judiciário toda e qualquer querela não satisfeita pelo interesse dos envolvidos. Vemos ainda como agravante a ingerência do Poder Executivo em tarefas que a rigor competem ao Poder Judiciário, o que se dá no controle da atividade empresarial contra infrações da ordem econômica.

Cumpra ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a intervenção nos atos empresariais em prol do livre mercado, orientado, por vontade do legislador, pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Isso importa, na prática, a possibilidade de vedação ou restrições às fusões e incorporações e a consequente submissão dos empreendedores ao arbítrio estatal.

A refrega inclui a disputa entre órgãos do Estado pela prerrogativa de aprovar os casos de concentração econômica, em que os atos tenham por objeto ou possam produzir, dentre outros efeitos, o de dominar mercado relevante de bens ou serviços. Posição dominante equivale à de uma empresa ou grupo de empresas que seja capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado, ou quando controlar 20% ou mais de mercado relevante. Como a própria lei exclui a conquista de mercado resultante de processo natural decorrente da maior eficiência de um agente econômico em relação a seus competidores (§ 2º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011 — a chamada concorrência leal), restam ao domínio do Cade os processos de fusão e incorporação de empresas.

Com efeito, o Cade — desde sua conversão em autarquia pela Lei n. 8.884/1994 — arroga-se na competência exclusiva para aprovar atos de concentração em todos os setores da Economia; mas quanto ao setor financeiro, o Banco Central do Brasil postula o mesmo direito com base na Lei n. 4.594/1964, que deu a atual feição ao sistema financeiro nacional.

Vem a propósito dilucidar a nova lei do sistema brasileiro de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/2011, em vigor desde 29/5/2012), na parte que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e colocar a prumo alguns aspectos que merecem detido estudo.

2. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

No Brasil, o sistema da defesa da concorrência vem sofrendo importantes transformações nos últimos anos; exemplos que confirmam o momento de transição que se vivencia são os de que o legislador recentemente tem editado leis relativamente agudas no que tange à defesa da concorrência. No presente estudo o enfoque recairá, sobretudo, na Lei n. 12.529/2011, conhecida como nova Lei do Cade, e na Lei n. 12.846/2013, em vigor desde 29/1/2014, desde logo conhecida como Lei anticorrupção.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) recebeu entre suas funções e objetivos o de evitar que empresas já estabelecidas abusem de suas posições dominantes e imponham restrições à competitividade do mercado ou, ainda, incrementem seu poder por meio de alianças, fusões, incorporações com empresas ou grupos concorrentes. Conferiu a lei à autarquia federal competência necessária para a imposição de medidas pertinentes ao combate de monopólios.

Uma singela digressão é o bastante para depreender a importância do Cade. No Brasil, até meados da década de noventa, mantinha-se um conglomerado de empresas estatais desempenhando atividades econômicas. O modelo de organização do Estado brasileiro aos poucos se voltou ao padrão neoliberal norte-americano, mediante um processo de “privatização” do capital investido na atividade econômica em atividades não essenciais às suas funções (nesse sentido, a Constituição assevera, no art. 173, que, ressalvados os casos nela previstos, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”).

Como consequência do processo de privatização, as empresas outrora estatais, agora sob comando do empreendedor privado, foram saneadas e direcionadas no sentido da maximização dos resultados a fim de satisfazer os interesses de seus acionistas. Ocorre que a concentração de setores estratégicos nas mãos da iniciativa privada, quando não inviabiliza a concorrência, altera significativamente o nível de competitividade interna e em última análise prejudica, essencialmente, os usuários e consumidores.

Nesse diapasão, coube a autarquias finalidades estritamente regulatórias e voltadas à proteção da livre concorrência. Destaca-se o Cade, cuja atuação se pauta nos vetores da livre concorrência e da autonomia de escolha do consumidor; visa corrigir falhas próprias do modelo de economia de mercado, cujo escopo de implementar políticas públicas e de sustentação do crescimento econômico faz nascer e tornarem-se perenes.

Por se tratar de país em desenvolvimento, tem-se apontado no Brasil o dever do ente responsável pela defesa da concorrência de analisar a conjun-

tura e manter condições ideais de mercado. Os agentes econômicos não podem gerar efeitos indesejáveis ao mercado, embora seja inegável o descompasso na atuação das agências reguladoras frente à realidade. Os órgãos sofrem fortes interferências, sejam no âmbito político, sejam pelo setor empresarial, dando ensejo ao que se convencionou denominar de teoria da captura.¹

A Constituição Federal disciplina a ordem econômica e financeira (arts. 170 e ss.). Por meio de um conjunto de regras aplicáveis ao setor privado (e ao setor público quando no desempenho de atividade própria daquele) tornou norma os princípios da livre iniciativa, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da valorização do trabalho humano. Trata-se de tutela dos principais agentes econômicos: os empresários e sociedades empresárias, seus consumidores e trabalhadores, com o objetivo de harmonizar o sistema normativo com a realidade do mercado.

Na esteira da Constituição, o legislador pátrio, observando as atuais necessidades para adequada proteção da concorrência, editou em 2011 a Lei n. 12.529 (alterando a Lei n. 8.884/1994), por intermédio da qual prescreveu novo sistema de defesa da concorrência. De sua composição participa o Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda; essa com o encargo da chamada “advocacia da concorrência”, incluindo, dentre outras funções, a de manifestar-se sobre leis, atos normativos diversos e pedidos de revisão de tarifas quando a regulação implica essa obrigação.

Com esta nova estrutura, o Cade passa a ter três funções distintas: a primeira, com contornos eminentemente preventivos, implica a aprovação de fusões e incorporações; a segunda, de viés repressivo, se consubstancia num tribunal administrativo com poderes de investigação de condutas nocivas à livre concorrência; por fim, reserva-se ao Cade função educacional de estímulo a estudos e pesquisas científicas na sua área de atuação.

O sistema normativo acaba de ganhar o reforço da Lei anticorrupção.

3. AS IMPLICAÇÕES DA LEI N. 12.846/2013 PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Em janeiro de 2014 entrou em vigor a Lei n. 12.846/2013 (cognominada de Lei anticorrupção, o que adotamos neste artigo), tratando da disciplina das relações entre empresas privadas e a administração pública no que tange a atos de corrupção perpetrados por aquelas em detrimento dessa.

¹ O fenômeno da captura das agências reguladoras ocorre quando há distorção do interesse público em favor do interesse privado, motivada pela enorme pressão do poder econômico das empresas reguladas e de grupos de interesses. O fenômeno afeta a imparcialidade das agências reguladoras (cf., a propósito, Justem Filho, *in* O Direito das Agências Reguladoras Independentes, Dialética, 2001, p.369-70). Compreende-se, no entanto, ser reduzida a distorção no caso do Cade, cujo poder não inclui a elaboração de normas e a atuação se limita à reunião de provas e ao sancionamento de condutas.

É inequívoco o objetivo do legislador ao implantar regime punitivo, pautado na responsabilidade objetiva do empresário, capaz de combater os agentes responsáveis pela corrupção. Tem por escopo evitar a apropriação de recursos públicos, desviados no mais das vezes de sua destinação de atender a políticas públicas e inolvidáveis interesses coletivos.

Trata-se de combate à corrupção -- prática disseminada sobretudo em países em desenvolvimento, que tem como característica vicejar em verdadeiro balcão de negócios com dinheiro e interesses públicos.²

Observada essa realidade, a Lei n. 12.846/2013 tem como norte a repressão às empresas privadas que se valem de meios escusos para desenvolver suas atividades e negócios. Traz importantes ferramentas de combate à corrupção, destacando-se a firme responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas em nome de quem os atos são praticados, seja contra a administração pública nacional seja contra a administração pública estrangeira; nesse ponto, a lei se adapta às várias convenções internacionais acerca do tema.

Vale lembrar que até então era problemática a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica. Concebida para recair sobre condutas culposas, era indispensável a identificação do indivíduo (sócio, diretor, administrador ou funcionário que tivesse concorrido ao menos culposamente para a verificação do ato ilícito).

Sob o novo regime, não mais se cogita de responsabilidade com base na culpa; a lei expressamente registra a imputação da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, bastando que se verifique a conduta praticada pela pessoa jurídica — ato corruptor — sem, necessariamente, especificar qual indivíduo — pessoa física — praticou referida conduta. Deverá ainda ser demonstrado o dano produzido ou o lucro obtido indevidamente e que entre a conduta e o dano haja nexo de causa e efeito.

Ao prever a responsabilidade objetiva a razão da lei é punir quem se beneficia da corrupção, no caso, a empresa, sem excluir a responsabilidade pessoal dos dirigentes, administradores ou qualquer outra pessoa natural que tenha participação no ato ilícito, nos termos do art. 3º da Lei n. 12.846/13.

Assim, três situações são possíveis: apenas a responsabilização da pessoa jurídica, objetivamente, pelos atos praticados em seu interesse ou benefício e que independe da responsabilização individual de qualquer pessoa natural — art. 2º, c.c., art. 3º, §1º; a responsabilização conjunta da pessoa jurídica, que

² Especula-se que no Brasil a corrupção no setor público movimentava anualmente de 50 a 84 bilhões de reais. Na análise de Diogo de Figueiredo Neto, a corrupção afeta a credibilidade da gestão pública, afasta investimentos internos e aumenta a desigualdade social, dentre outros efeitos deletérios. “É a antítese da democracia e uma democracia corrompida nada mais é do que um simulacro de justiça social” (FREITAS, Rafael Vêras e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A juridicidade da lei anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. p.1.)

responderá objetivamente, com pessoas naturais — responderá subjetiva — que pratiquem os atos previstos na lei como atos de corrupção — art. 3º *caput*; e por fim, a responsabilidade pessoal e individual da pessoa natural — responsabilidade subjetiva —, nos casos em que não haja proveito em favor da empresa.

A Lei anticorrupção está pautada em sólido arcabouço constitucional, em particular nos princípios que regem a administração pública previstos no *caput* do art. 37 da CF, com destaque para o princípio da moralidade administrativa. Logo, os atos violadores destes princípios, notadamente os atos de corrupção, se estenderão aos agentes privados que os realizem. Não obstante, a lei ao prever um rol de condutas tidas como “atos de corrupção” (em grande número as ligadas ao procedimento licitatório) visa, em última análise, tutelar a moralidade administrativa; em consonância, pois, com os ditames constitucionais aplicáveis à espécie.

Aspecto relevante trazido pela Lei n. 12.846/2013 diz respeito às sanções na esfera administrativa. O art. 6º impõe duas sanções: multa que varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto e nunca inferior à vantagem auferida, e, nos casos em que seja impossível auferir o faturamento bruto, estabelece o montante da multa entre seis mil e sessenta milhões de reais.

A outra sanção é a publicação extraordinária da decisão condenatória por atos de corrupção, neste ponto insta destacar regulamentação feita pelo Estado de São Paulo, pelo Decreto n. 60.106/14 que dentre outras questões, cria um Cadastro Estadual de Empresas Punidas — CEEP — que reunirá todas as empresas punidas pelos órgãos estaduais competentes e mencionará as respectivas sanções cominadas, podendo, inclusive, ser instrumento apto a proporcionar a publicação extraordinária legalmente prevista.

É evidente que a segunda sanção está de acordo com o princípio da publicidade, entretanto, chama atenção a sanção de multa, sobretudo pelos valores que podem ser aplicados nos casos de não se obter o faturamento bruto. Espera-se que a administração pública não se exceda na aplicação de multa, de forma que esta não venha ganhar contornos arrecadatórios, nem tão pouco inviabilize a atividade econômica da empresa sancionada.

O que vem à baila é que se está diante de um procedimento administrativo apurador de atos de corrupção. Ora, se ficar cabalmente demonstrado que, ao menos em tese, deve a empresa ser condenada no âmbito administrativo pelos ilícitos perpetrados, é instintivo que se cogite de corrupção da autoridade administrativa responsável pela imposição da multa, mormente atentando-se para a possibilidade de a reprimenda atingir a elevada cifra de sessenta milhões de reais.

Diante da hipótese proposta, nítido o elevado poder sancionatório que dispõe a autoridade administrativa competente, de forma que a lei que *a priori*

tem o objetivo de combater a corrupção poder-se-ia tornar em instrumento de corrupção.

O legislador atentou-se para esta situação e no art. 7º elaborou parâmetros para a fixação das sanções, dentre eles destacam-se: a gravidade da infração; a vantagem auferida; a consumação ou não da infração; os efeitos deletérios produzidos; a situação econômica do ofensor; a existência de mecanismos internos de incentivo à denúncia de irregularidades bem como a aplicação de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, este último mecanismo denominado de *compliance* e que seus parâmetros de avaliação serão estabelecidos em regulamento por decreto do Poder Executivo Federal que, até a presente data, não foi editado, nem tão pouco há regulamentação pelo decreto n. 60.106 do Estado de São Paulo que sequer menciona os mecanismos de *compliance*.

Veja-se que o art. 7º da Lei anticorrupção previa, na proposta original, dentre os parâmetros de fixação das sanções no inciso X, “o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público para a ocorrência do ato lesivo”; essa importante motivação foi vetada pela Presidente da República³.

Em que pesem os fundamentos do veto presidencial no sentido de não haver sentido valorar a pena aplicada levando-se em consideração o comportamento do servidor público, parece, *data venia*, ser absolutamente razoável e até mesmo proporcional utilizar na dosimetria da multa o comportamento do servidor como importante critério de motivação para a autoridade sancionadora competente. Ou seja: a aferição da reprovabilidade da conduta propiciaria o alcance de justiça em maior grau, evitando-se punições drásticas por práticas arraigadas no serviço público, normalmente com a interferência de terceiros em lugar dos funcionários (caso dos serviços de despachos alfandegários de mercadorias, em que a usual demora costuma ser abreviada por fórmulas não absolutamente isentas, mas pouco condenáveis nas circunstâncias).

É evidente que nos setores públicos em que a corrupção esteja enraizada o empresariado submete-se à realidade por não dispor de opções, a fim de se manter no mercado. Essa cultura condenável constitui um câncer mundial, presente em maior ou menor grau em todos os serviços públicos conhecidos. Por seu custo financeiro, onera-se o preço de produtos e serviços, saindo perdedora a sociedade local com a queda de investimentos de interesse geral pela geração de postos de trabalho e fonte de arrecadação de tributos.

³ Colhe-se da justificativa de veto: “Tal como proposto, o dispositivo iguala indevidamente a participação do servidor público no ato praticado contra a administração à influência da vítima, para os fins de dosimetria de penalidade. Não há sentido em valorar a penalidade que será aplicada à pessoa jurídica infratora em razão do comportamento do servidor público que colaborou para a execução do ato lesivo à administração pública” (Diário Oficial da União, seção 1, data 02/08/2013, p.7).

Ante essa realidade, a punição deveria vir acompanhada de instrumentos facilitadores para uma nova política de relacionamento entre os órgãos de governo e as empresas privadas — preocupação que parece não ter havido na edição do diploma a que se alude.

4. ACORDO DE LENIÊNCIA: UM APARENTE CONFLITO DE LEIS

A Lei anticorrupção, além de prever a responsabilidade civil e administrativa em sua vertente objetiva, traz em seus arts. 16 e 17 o instituto do acordo de leniência. Nada mais é do que um acordo entre a pessoa jurídica privada com a administração pública de modo que esta concederá alguns benefícios — o principal deles é a diminuição do valor da multa — se aquela colaborar com a apuração ou até mesmo trazer à tona um caso de corrupção.

Prevê a lei que a autoridade máxima de cada órgão público — e o Decreto n. 60.106/2014 especifica quais as autoridades competentes no estado de São Paulo - poderá celebrar acordo de leniência com pessoas jurídicas responsáveis por atos de corrupção e para tanto deverá cumprir diversas exigências que constarão do acordo.

São muitos os questionamentos sobre o tema e o primeiro deles é essencialmente acerca da possibilidade de a administração pública “negociar” com pessoas jurídicas corruptoras, sobretudo, observada a indisponibilidade do interesse público.

Segundo a doutrina em matéria de direito administrativo, distingue-se na atualidade o interesse público como sendo primário ou secundário. O interesse público primário é verdadeiramente a razão de ser da administração pública, voltada à satisfação da coletividade e que prevalece sobre o interesse particular, calcado no princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Interesse público secundário é aquele que se pauta nos interesses patrimoniais da administração pública; é disponível, ante o argumento de que pela consensualidade, na forma da lei e nas hipóteses nela previstas, facultase ao poder público transigir com o particular. É preciso, porém, que esse seja meio hábil a conceder maior efetividade na tutela do interesse primário.⁴

Superada a legalidade do instituto da leniência é importante destacar quais os requisitos exigidos pela nova lei. A principal obrigação da empresa para que seja acolhida a proposta de acordo é que a pessoa jurídica admita sua participação no esquema de corrupção, e que coopere e colabore efetivamente

⁴ Em decorrência dos questionamentos acerca da possibilidade dos acordos de leniência, tem-se lembrado que até mesmo em âmbito penal é possível a transação penal; logo, também seria possível transacionar em âmbito administrativo.

com as investigações e com o processo administrativo e seja a primeira a manifestar neste sentido, cessando desde logo sua participação no ilícito, e ainda, que dessa colaboração resulte na identificação dos demais envolvidos.

Dentre os requisitos legais para a concessão do acordo, defendem Diogo de Figueiredo e Rafael Vêras posição pela inconstitucionalidade do inciso III do §1º do art. 16 da Lei anticorrupção. O dispositivo impõe que a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e, segundo os juristas, semelhante disposição viola princípios superiores, como a Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (art. 14, n. 3, letra “g”): o direito ao silêncio é garantia individual fundamental inerente ao princípio da não-autoincriminação (direito de a pessoa não confessar sua própria culpa).⁵

Para outros parece não existir ofensa constitucional. Com base na destinação da proteção constitucional, sustenta-se que os direitos e garantias individuais são voltados às pessoas naturais, aos indivíduos, pessoas naturais. Assim, na lição de Gomes Canotilho, “O processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos”⁶. Não seriam, pois, os direitos individuais destinados às pessoas jurídicas.

Mas esse argumento se ressentir de melhor análise. Proteções constitucionais são extensíveis à pessoa jurídica quando é da sua essência a garantia de direitos passíveis de titularizar. É o caso da proteção ao nome, insígnias e títulos de estabelecimentos empresariais, e se reconhece a existência de moral a ser resguardada (caso da súmula n. 227 do STJ).

Outro argumento pela constitucionalidade do dispositivo extrai-se da própria essência da Lei n. 12.846/2013. Ela não trata da responsabilidade penal a que se sujeitam as pessoas naturais, e sim da responsabilidade civil e administrativa. Nessas descabe invocação dos princípios regentes do processo penal.

A título exemplificativo cita-se o 3º do art. 343 do Código de Processo Civil, que, ao se referir ao depoimento do réu, preceitua que a intimação com a advertência de que o não comparecimento ou recusa em depor faz presumir-se confessados os fatos contra ele alegados. A despeito da conduta negativa implicar prejuízo para seu próprio autor (o que em tese afrontaria o inc. LXIII do art. 5º da CF), não se tem notícia de semelhante alegação em defesa da recusa em depor. Até mesmo no processo trabalhista encontra aplicação plena, não obstante o caráter social da legislação do Trabalho.

⁵ Cf. FREITAS, Rafael Vêras e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A juridicidade da lei anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. p. 19.

⁶ Cf. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. Ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1997, p. 408

E não é só; a própria Lei anticorrupção é explícita no § 7º do art. 16 ao dizer que “não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada”. Essa ressalva induz à ideia do legislador de incentivar o acordo de leniência, sem que se torne uma armadilha processual ao possível firmatário.

Aprovado o acordo de leniência, fica a pessoa jurídica isenta da pena de publicação extraordinária da decisão condenatória. E poderá desde então receber incentivos, subsídios e empréstimos de órgãos ou entidades públicas e também de instituições financeiras. E ainda terá a pena de multa reduzida em até 2/3 desde que repare integralmente o dano causado.

Insta observar, nesse ponto, que nas situações de ausência de provas e outros elementos indicativos da responsabilidade da infração, o mecanismo da leniência adquire importância por propiciar a obtenção de informações que levem, de forma segura, à penalização de empresas e empresários corruptores. Não obstante, vem sendo apontada uma falha comprometedoras da Lei n. 12.846/2013: inexistência de previsão legal de punição de pessoas naturais, uma vez que a lei trata apenas das pessoas jurídicas.

Argumenta-se, nesse sentido, que não haveria incentivo para as pessoas físicas envolvidas em atos de corrupção, já que a leniência não surte efeitos para os próprios delatores — executivos, administradores, sócios e funcionários eventualmente dispostos a colaborar na identificação do sistema de corrupção. O acordo de leniência seria um verdadeiro “tiro no pé” desses.

Entendemos de modo algo diverso, eis que Lei n. 12.846/2013 não está isolada no ordenamento jurídico como instrumento de combate da corrupção. Pode e deve ser aplicada simultaneamente com a Lei n. 12.529/2011.

O art. 86⁷ da nova Lei do Cade diz da possibilidade de se realizar acordo de leniência com pessoa física que realize atos lesivos à ordem econômica, facultando-lhes mesmo o benefício da extinção da ação punitiva (benesse por sinal não prevista na Lei n. 12.846/2013). Inserido no capítulo “Do programa de leniência”, expressamente afirma a possibilidade de celebração do acordo de leniência por pessoa natural. E não há que ser questionada a hermenêutica nesse caso, visto que o novo diploma não revogou, nem de forma expressa nem tácita, a Lei do Cade. A conjugação possível dos dois diplomas advém do art. 2º e seu § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: a lei

⁷ Reproduz-se o texto legal: “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: (...)” (Grifo nosso).

continuará vigente até que outra a revogue, seja com ela incompatível ou ainda, regule inteiramente a matéria.

Forçoso concluir que a Lei anticorrupção não dispôs acerca da possibilidade do acordo de leniência por pessoa natural e, ademais, não revogou o art. 86 e parágrafos da Lei do Cade. Daí, ante a vigência do dispositivo da Lei n. 12.529/2011, tem-se por admitido às pessoas físicas a celebração de acordo de leniência com os fins a que se destina, sem prejuízo da extinção da ação punitiva por parte da administração pública, benefício que não favorece as pessoas jurídicas, por ausência de semelhante disposição na Lei n. 12.846/2013.

5. CONCLUSÃO

Inevitável que se conclua pela necessária interpretação teleológica da legislação aplicável ao conjunto de pessoas jurídicas que integra a força econômica da nação brasileira.

O legislador preocupou-se com a defesa da concorrência, fato confirmado pelas recentes alterações legislativas, das quais se destaca a reestruturação do sistema brasileiro de defesa da concorrência e do funcionamento do Cade; agora a autarquia exerce três importantes funções: preventiva, repressiva e educativa (Lei n. 12.529/2011). Dentre as repressivas, instituto que ganhou destaque foram os acordos de leniência. Segundo dados do próprio Cade, tendo como seu marco inicial o ano de 2003, em 2013 já se contavam mais de 25 acordos assinados com empresários investigados.

Neste ínterim, mais uma novidade vem à tona com o advento da Lei n. 12.846/2013; trata especificamente de atos de corrupção perpetrados por pessoas jurídicas.

Ante as inovações trazidas destacam-se a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e os acordos de leniência, com seus pressupostos e requisitos, as sanções, as atenuantes derivadas da composição do acordo e a problemática aplicação deste instituto às pessoas naturais. Dentre os requisitos, aparece a possível inconstitucionalidade do art. 16, § 1º, III, da Lei n. 12.846/2013. Diante de melhor análise, no entanto, vê-se que carece de amparo jurídico, mormente pela inaplicabilidade dos princípios regentes do processo penal ao processo civil e administrativo, uma vez que a lei foi peremptória ao abordar exclusivamente esses dois âmbitos, sem inovar quanto ao caráter penal das condutas consideradas.

As sanções elencadas na Lei anticorrupção merecem cauteloso estudo, sobretudo por se tratar de apuração de atos de corrupção que implicam sérios e graves efeitos sociais e econômicos, refletindo negativamente no desenvolvimento econômico do país. Observada a fragilidade da questão conclui-se que a autoridade administrativa competente está imbuída de elevado poder

sancionador de modo que a lei direcionada ao combate da corrupção pode se tornar instrumento para seu combate.

Atento a essa questão, o legislador norteia a aplicação da lei para que se chegue ao *quantum* da sanção sem exageros e, por outro lado, sem abrandamento desarrazoado da multa. Lamenta-se quanto ao veto ao inciso X do art. 7º da Lei n. 12.846/2013; se mantido o dispositivo, seria de grande valia para a fixação adequada e proporcional da sanção.

Por meio de análise sistemática das normas que compõe verdadeiro micro-sistema de combate à corrupção, chega-se à conclusão de que o acordo de leniência é extensível às pessoas naturais por expressa disposição na n. 12.529/2011; a possibilidade está prevista de modo taxativo, bem como os requisitos para que as pessoas físicas façam jus à celebração do acordo, resolvendo-se assim a tormentosa questão.

REFERÊNCIAS

Associação Comercial e Empresarial de Minas. Disponível em: http://www.acminas.com.br/_uploads/_conselho/lei-12.846---lei-anticorruptcao.pdf
Acesso em: 06/06/2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Publicada no Diário Oficial da União no dia 02 dez. 2011.

_____. **Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013**. Publicada no Diário Oficial da União no dia 02 ago. 2013.

FREITAS, Rafael Vêras; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A juridicidade da lei anticorrupção** — reflexões e interpretações prospectivas. Fórum administrativo, n.156, fev/14.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MATIAS, José Pereira. **Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica**: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Revista de administração contemporânea, abr/jun, ano/vol. 10, n. 02.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORENO, Natália de. Defesa de conduta regulada em procedimento antitruste: a interface entre agências reguladoras e autoridades da concorrência. **Publicações CEDIPRE online**, Coimbra, n. 15, abr. 2013.

Disponível em: <http://www.cedipre.fd.uc.pt/pdfs/online/public_15.pdf>.
Acesso em: 25 maio 2014.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito Administrativo**. Ed. 24. São Paulo: Atlas. 2011.

*** Recebido em 15 fev. 2016.**