

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**DANIELA OLIVEIRA CARDOSO CALDAS**

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA**

**ARACAJU  
2017**

**DANIELA OLIVEIRA CARDOSO CALDAS**

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Me. Anderson Clei Santos

**ARACAJU**  
**2017**

## Ficha Catalográfica

C145a CALDAS, Daniela Oliveira Cardoso

Aspectos Constitucionais do Acordo de Leniência / Daniela Oliveira Cardoso Caldas. Aracaju, 2017. 68 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da FANESE

**DANIELA OLIVEIRA CARDOSO CALDAS**

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. Anderson Clei Santos  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Prof. Me. Augusto César Leite de Resende  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico a presente monografia aos meus queridos pais, ao meu esposo (Fábio) e aos meus queridos filhos João Guilherme e Pedro Henrique, amores eternos da minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em especial, ao Meu Deus, pai querido, confidente fiel... muito obrigada, porque és a razão e princípio de tudo. Aos meus pais, meus pais queridos, meus heróis, que abdicaram de tantas coisas só para me vê feliz, cuidaram tanto dos meus pequenos com muito carinho para que pudesse estudar despreocupada, amo muito vocês. Agradeço também ao meu amado e incansável companheiro (Márcio Fábio), das minhas alegrias, tristezas e loucuras, hoje estou aqui, pois sonhamos juntos. Meus queridos e amados filhos (Pedro e João), vocês são a força motriz e inesgotável me conduzindo a ser cada dia melhor. Aos meus irmãos, companheiros eternos de brincadeiras e sonhos, obrigada por estarem ao meu lado nos momentos de alegria e de tristeza, amo vocês!!! Meus tios, os senhores que substituíram os meu pais muitas vezes nos cuidados e zelos. Aos meus queridos avós (in memoriam) cujas vozes serão eternas aos meus ouvidos, proferindo palavras de carinho e cuidado, em especial a minha Vó Elze que partiu esse ano tão rápido sem que eu pudesse me despedir. Aos meus primos irmãos, obrigada pela torcida. Aos meus padrinhos os quais fizeram da minha infância um sonho. Aos Meus Afilhados (Caio, Vinicius, Gabriel). Aos meus sogros (Paulo e Rosemayre), por cuidarem dos meus pequenos com tanto amor durante as minhas ausências. Aos meus cunhados pelos auxílios e por muitas vezes terem feito o meu papel com os meus pequenos. Ao meu sobrinho Davi, titia te ama!! Aos queridos mestres da Fanese, pelos inestimáveis ensinamentos em especial, aos meus orientadores e ao professor Ermelino, foi uma honra. Aos meus amigos e colegas de trabalho incentivadores e que ajudaram bastante nessa árdua caminhada. As minhas amigas das quais jamais esquecerei, Maria Antônia, Sâmia, Poliana Valdelúcia e Jeane. Aos meus amigos companheiros de faculdade por terem compartilhado todos esses momentos comigo.

Assim como liberdade, igualdade tem na linguagem política um significado emotivo predominantemente positivo, ou seja, designa algo que se deseja, embora não faltem ideologias e doutrinas autoritárias que valorizam mais a autoridade do que a liberdade, assim como ideologias e doutrinas não igualitárias que valorizam mais a desigualdade do que a igualdade (Norberto Bobbio)

## RESUMO

Os crimes contra a ordem econômica causam impacto no mercado econômico, pois impedem a concorrência, permitem que empresas deixem de existir e dificultam o aprimoramento de produtos. O Brasil, assim como outros países, tem travado uma luta no intuito de garantir o equilíbrio econômico, proteger a propriedade dentro da sua função social e resguardar as relações de consumo. Nesse arrimo, em que se torna indispensável a intervenção do Estado, eis que surge a lei nº 12.529/2011, apresentando um instituto novo, transplantado do sistema norte-americano, o qual prevê um tratamento mais brando para os envolvidos em crimes e que estejam dispostos a colaborar com as investigações – o denominado acordo de leniência. Entretanto, o legislador pátrio não adaptou a sua aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro, criando conflitos entre a lei infraconstitucional supracitada, a constituição e o código de processo penal. Essa desarmonia entre as leis que tratam sobre o Programa de Leniência gera um impasse entre o oferecimento ou não da denúncia, papel do Ministério Público, nestes casos. Neste trabalho, partiu-se dos elementos presentes no acordo de leniência que apresentam contraposição à ação penal, visando à análise da supremacia constitucional diante de um quadro de conflitos de normas, bem como da extinção de punibilidade por órgão administrativo e o papel do autor da ação penal, face as mudanças apresentadas pela aludida lei e, com isso, compreender a insegurança jurídica em razão da aplicabilidade dos benefícios do acordo de leniência. O estudo em tela apresenta as divergências doutrinárias entre duas vertentes. Uma diz que o acordo poderá ser decretado sem, com isso, implicar em mitigação da indisponibilidade. Por outro lado, há outra vertente que acredita que o Ministério Público deverá oferecer a denúncia, pois essa é indisponível. Apresentada uma pesquisa qualitativa, pois a discussão do tema não se encerra nestas páginas, utilizou-se de método comparativo das divergências e harmonias doutrinárias. Portanto, Há uma imprescindível necessidade de aprimoramento e adequação para a garantia da segurança jurídica e, com isso, assegurar os efeitos desejados e necessários.

**Palavras-chave:** Acordo de Leniência. Ordem Econômica. Ação penal.

## ABSTRACT

Crimes against the economic order have an impact on the economic market, as they impede competition and allow companies to cease to exist, and make it difficult to improve products. Brazil, as well as other countries, has fought a struggle to ensure economic equilibrium. To protect property within its social function and consumer relations, it becomes indispensable the intervention of the State. Law 12529/2011, presenting a new institute transplanted from the North American system, provides for a milder treatment for those involved who collaborate in the investigations, known as Leniency Agreement. However, the Brazilian legislature did not adapt its application to the Brazilian legal system, creating conflicts between infraconstitutional laws, the constitution and the code of criminal procedure. This disharmony presented by laws dealing with the Leniency Program creates a deadlock between whether or not to file a complaint and the role of the Public Prosecutor in these cases. In this work, we started with the Leniency Agreement elements, which oppose to the Criminal Action, directed through guiding questions, aiming at the analysis of constitutional supremacy, faced with a conflict of norms, as well as the extinction of punishability by an administrative body, and the role of the author of the criminal action in face of the changes presented by the aforementioned law, and with that, to understand the legal uncertainty due to the applicability of the Leniency Agreement benefits. The on-screen study presents doctrinal divergences between two strands: one says that the agreement may be enacted without, therefore, implying a mitigation of unavailability, another that believes that the Public Prosecutor's Office should offer the Complaint, since it is unavailable. Having presented a qualitative research, since the discussion of the theme does not end in these pages, the comparative method of divergences and doctrinal harmonies was used. Therefore, there is an essential need for improvement and adequacy to ensure legal security and to present the desired and necessary effects.

**Keywords:** Leniency Agreement. Economic Order. Criminal proceedings. Prosecution.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

MP – Ministério Público

PJ – Poder Judiciário

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>NOÇÕES SOBRE O PROGRAMA DE LENIÊNCIA .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1</b>	<b>Conceito e objetivo.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2</b>	<b>Evolução Histórica.....</b>	<b>16</b>
<b>3</b>	<b>A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....</b>	<b>19</b>
<b>3.1</b>	<b>A livre concorrência e o abuso do poder econômico.....</b>	<b>22</b>
<b>4</b>	<b>A LEI DE LENIÊNCIA .....</b>	<b>24</b>
<b>4.1</b>	<b>Disposições Gerais.....</b>	<b>24</b>
<b>4.2</b>	<b>Formalização e Consequências do Acordo de Leniência .....</b>	<b>28</b>
<b>5</b>	<b>A COMPATIBILIDADE DA LEI DE LENIÊNCIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO.....</b>	<b>32</b>
<b>5.1</b>	<b>O Acordo de Leniência como Instituto alienígena.....</b>	<b>32</b>
<b>5.2</b>	<b>A Supremacia Constitucional e as disposições conflitantes da Lei de Leniência .....</b>	<b>33</b>
<b>5.2.1</b>	<b>A Constituição e o Ministério Público.....</b>	<b>40</b>
<b>5.2.2</b>	<b>A Constituição e o Poder Judiciário .....</b>	<b>45</b>
<b>5.3</b>	<b>O Julgamento de Crimes Contra a Ordem Econômica por Órgão Administrativo.....</b>	<b>49</b>
<b>6</b>	<b>ACORDO DE LENIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL...51</b>	
<b>6.1</b>	<b>Titularidade e Indisponibilidade da Ação Penal.....</b>	<b>51</b>
<b>6.2</b>	<b>Produção de Efeitos Penais via Esfera Administrativa .....</b>	<b>52</b>
<b>7</b>	<b>VIABILIDADE E APLICABILIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA .....</b>	<b>55</b>
<b>7.1</b>	<b>Da Necessidade de Criminalizar o Abuso do Poder Econômico.....</b>	<b>55</b>
<b>7.3</b>	<b>Adaptações do Acordo de Leniência ao Ordenamento Jurídico Pátrio...61</b>	
<b>8</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>64</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>66</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A interferência do Estado na economia passou por dois momentos históricos: o primeiro, da figura de um Estado que não intervinha na economia, valendo para regular a atividade econômica apenas a lei da “oferta e da procura”; e o segundo momento, em que o Estado passa a intervir na economia somente em casos excepcionais de relevância pública e de segurança nacional, regulamentada essa interferência por dispositivos esparsos, os quais autorizam a atuação do ente estatal como fiscalizador e regulador, passando agora a contar com a proteção do direito positivado (Lei nº 8.884/1994).

Porém, a Constituição de 1988 trouxe consigo um binômio fundamental para a atividade econômica – a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa –, estimulando assim a concorrência, podendo ser criada qualquer atividade nesse setor, desde que lícita, sem intervencionismo dos entes estatais. Optou-se, com isso, pelo liberalismo econômico, no entanto, consagrando interesses públicos como estruturantes da economia. É o caso da redução das desigualdades.

A ordem econômica passa, assim, a ser norteada pela livre iniciativa, tendo como fim assegurar a todos uma existência digna. Este é o princípio fundamental, o qual permite a livre criação e exploração de atividade econômica, desde que seja lícita. Contudo, as atividades podem sofrer restrições, quando previstas em lei. A livre concorrência, também de grande importância, decorre do princípio anterior, sendo que as atividades econômicas de livre criação e exploração devem respeitar o regime de competição aberta, não podendo haver qualquer atitude que dificulte o exercício da competitividade, pois, caso contrário, legitima-se a interferência estatal na economia. O Estado deverá, portanto, criar mecanismos para atuar, de forma a manter o interesse público e o equilíbrio social, protegendo direitos e a propriedade privada, tomando por base o princípio da livre iniciativa e a livre concorrência.

Entretanto, diante da impossibilidade de proteção desses direitos somente através de investigações, hajam vista um quadro de prejuízos econômicos, com a criação de cartéis, e a impossibilidade de se descobrir autoria e materialidade de crimes contra a ordem econômica, fez-se necessária a importação de institutos auxiliares, os quais apresentaram bons resultados em outros países. É caso do

Acordo de Leniência, importado dos Estados Unidos, mas sem os devidos ajustes para que este se adéque ao ordenamento jurídico brasileiro, gerando um conflito entre a lei nº 12.529/11, o Código de Processo Penal e Constituição Federal.

Diante desse cenário, é essencial apontar as incompatibilidades da lei nº 12.529/11, em relação à Ação Penal, defrontando-se com o questionamento: quais elementos previstos no Acordo de Leniência manifestam contraposição à Constituição?

Torna-se necessário, para a elucidação da problemática apresentada, o direcionamento de algumas questões:

- a) Como se deu a receptividade da legislação brasileira face ao Acordo de Leniência?
- b) Há possibilidade de extinção de punibilidade por órgão administrativo?
- c) Qual o papel do Ministério Público no Acordo de Leniência, enquanto autor da Ação Penal, bem como, do judiciário?
- d) Qual a insegurança gerada com a aplicação dos benefícios do acordo?

A pesquisa em tela apresenta tema atual, presente na mídia nacional por conta de inúmeros escândalos de corrupção em empresas instaladas no país e, nesse aspecto, relevante, pois se trata de instituto recente e inovador no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo frente aos problemas atuais, que exigem soluções complexas. Saliente-se, ainda, a importância de estimular a interdisciplinaridade, posto que através do instituto da leniência visualiza-se um campo abrangente de áreas do Direito, a saber, Administrativo, Penal, Constitucional e Econômico, onde se observa um conflito entre normas.

A relevância do tema se dá tanto por suas inovações no ordenamento jurídico brasileiro como pela carência de obras específicas sobre a matéria, o que demanda a necessidade de estudar o conteúdo através de doutrinadores renomados, com o intuito de enriquecer o debate acadêmico.

Assim, é justificável a pesquisa, uma vez que o estudo permite compreender melhor o Acordo de Leniência, analisando binômio necessidade de combate aos crimes contra a ordem econômica *versus* manutenção da segurança jurídica, bem

como as relações entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, conflitos e divergências entre doutrinadores e jurisprudência. Trata-se, portanto, de um instituto relevante e já aplicado no Brasil, porém, sem as adaptações necessárias, sendo imperioso promover estudos para que se possa aprofundar o tema.

A importância se dá ainda pelo fato de se tratar de direitos constitucionais como propriedade, dentro da sua função social, e proteção à livre iniciativa e às relações de trabalho e de consumo. Sabe-se que ao se fechar uma pequena empresa, por impossibilidade de suportar a concorrência desleal, gera-se desemprego. A propriedade não consegue ser protegida, pois necessita assegurar o pagamento aos credores, e as relações de consumo passam a ser prejudicadas devido à fixação de preços não ideais ao mercado. O Acordo lança à sociedade uma forma de proteção a todas essas relações, podendo desarticular grupos que prejudicam a concorrência e causam desequilíbrio à economia, sem as demoradas investigações, que por si só não conseguiriam atingir o fim desejado – determinar autoria e materialidade dos crimes econômicos. A finalidade é contribuir, através do presente estudo, para melhoria da norma e respectiva segurança jurídica quanto à sua aplicabilidade, e, com isso, garantir que a sociedade possa colher os frutos benéficos do Acordo de Leniência.

Com isso, torna-se importante verificar quais elementos previstos no Acordo de Leniência manifestam contraposição à Constituição. Além disso, surgem elementos correlatos que merecem análise, como:

- Analisar a receptividade do Acordo de Leniência pela legislação brasileira;
- Verificar a extinção de punibilidade por órgão administrativo;
- Verificar o papel do Ministério Público no Acordo de Leniência enquanto autor da Ação Penal;
- Entender a insegurança jurídica em razão da aplicabilidade dos benefícios do Acordo de Leniência.

No intuito de atingir os objetivos almejados, será utilizada como base a pesquisa bibliográfica, valendo-se do método dialético, considerando que a pesquisa é contínua e o entendimento sobre o assunto é apenas ilustrativo, pois não se encerra nestas páginas, havendo necessidade de leituras exaustivas para uma melhor compreensão da interpretação e aplicabilidade e do atual dispositivo. A presente pesquisa é qualitativa, confrontando as diversas visões de doutrinadores sobre o assunto, bem como analisando o instituto face ao ordenamento jurídico brasileiro e o entendimento jurisprudencial.

Utilizando o método comparativo, objetiva-se, pelo estudo das doutrinas, a análise de conflitos e harmonias entre os diferentes autores e, concomitantemente, da jurisprudência atual a respeito do tema, fazendo um contraponto entre o instituto e o ordenamento jurídico brasileiro.

## **2 NOÇÕES SOBRE O PROGRAMA DE LENIÊNCIA**

Tanto os crimes contra a economia quanto os crimes contra a Administração Pública causam grandes prejuízos, pois envolvem um investimento alto nas investigações, perdas significativas para os cofres públicos e para o mercado investidor, falência de empresas, desemprego, dentre outros. Devido ao fato de serem problemas internacionais, potencializados pelo fenômeno da globalização, o Brasil participou de diversas convenções no intuito de criar mecanismos de combate à corrupção, como é o caso da Convenção Interamericana contra a Corrupção. Dessas convenções, surgiu então a necessidade de o Estado criar mecanismos para atuar de forma a manter o equilíbrio econômico, o interesse público e a propriedade privada. Porém, diante da impossibilidade de proteção desses direitos somente através de investigações, eis que surge o Acordo de Leniência.

### **2.1 Conceito e objetivo**

O acordo de leniência é um instituto novo, o qual nasce da necessidade de combater crimes como corrupção e formação de cartéis, aprimorando as investigações para se chegar aos autores do crime, posto que, sem a colaboração dos envolvidos, seria difícil, ou mesmo impossível, a responsabilização. Por assim dizer, acerca da elucidação dos crimes contra a ordem econômica: “são delitos de difícil persecução e posterior punição, mesmo com o uso de medidas modernas de investigação, como as inspeções feitas em empresas por órgãos antitrustes, devido ao seu caráter sigiloso e clandestino.” (BEUCHAMP; LAMY, 2014, p. 47).

O acordo de leniência, “primo” da delação premiada, surge com esse intuito de facilitar as investigações, através do apoio dos próprios participantes do ilícito, por meio de incentivos à denúncia. É entendido por muitos doutrinadores como uma conduta que busca abrandar, tratar com mansidão, aqueles que reconhecem a sua participação delitativa e colaboram para a identificação dos coautores, o que pode gerar a mitigação da pena. Sales e Bannwart (2015) apresentam, em seu artigo, um consistente conceito sobre a leniência, como visto:

O acordo de leniência, é a confissão do acusado jungida com colaboração com os órgãos investigatórios para a identificação dos demais participantes do ato ilícito e elucidação dos fatos e, por isso, recebe benefícios pela contribuição (Sales e Bannwart Júnior, 2015, p.34).

Esse modelo visa resguardar o Estado a fim de identificar e responsabilizar a pessoa jurídica pelos danos causados, ao invés de passar anos investigando, sem que sejam alcançados os objetivos almejados.

No mesmo sentido, o acordo de leniência pode ser entendido como um pacto realizado pelo infrator de forma voluntária, visando colaborar com as investigações em troca de benefícios, como diminuição ou extinção das penas que seriam aplicadas. Nesse sentido, conceitua Thiago Marrara: “ajuste que entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção’ (MARRARA, 2015, p. 332).

O referido acordo, como bem leciona Fonseca (2007, p.6), “[...] consiste em acordo firmado entre uma pessoa física ou pessoa jurídica coautora de uma infração à ordem econômica e a União Federal, intermediado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE)”.

Alguns doutrinadores comparam o acordo de leniência à delação premiada. É o caso de FIDALGO E CANETTI (2015, p.267), que apresentam esse instituto como espécie da delação premiada, devido à similitude com a leniência. Ela passa a se aproximar da delação, já que, em troca de benefícios nas penas que seriam aplicadas, há uma contribuição com as investigações. Entretanto, o acordo apresenta alguns critérios para que a pena seja abrandada, como ser o primeiro a noticiar ou vir a trazer elementos novos para a investigação. Caso não seja enquadrado em nenhum dos critérios, o mesmo será beneficiado pela leniência plus, ou seja, poderá ele confessar a participação em outra infração de que não se tem notícia e ser beneficiado por esta. Além de ser o primeiro apresentar, as provas inéditas devem ser suficientes para a descoberta do esquema.

## 2.2 Evolução Histórica

O Estado liberalista apregoava a não interferência na economia, por haver o entendimento de que as relações econômicas se autorregulavam. O intervencionismo mínimo ocupava-se apenas em manter o equilíbrio entre o possuidor dos meios de produção e o consumidor (“Lei da oferta e da procura”). Porém, aquelas empresas mais fortes economicamente acabavam ditando as regras, formando verdadeiros monopólios e oligopólios, manipulando a força de trabalho e os consumidores, dificultando a coexistência de algumas empresas, as quais deixavam de existir por não apresentarem condições de concorrerem em igualdade. Surgiu assim a necessidade de criação, por parte do Estado, de mecanismos interventivos na economia. Alex Muniz (BARRETO, 2015) aduz que o liberalismo apresenta uma igualdade meramente formal, como pode ser visto:

[...] o liberalismo econômico, com a ideologia de uma liberdade e igualdade meramente formais, considerando todas as empresas como de igual proporção e capacidade, fez surgir o fenômeno da concentração de riqueza, forçando um regramento mínimo do mercado para impedir a eliminação das empresas mais fracas (BARRETO, 2015, p. 592).

Sobre essa necessidade de interferência Estatal, citado autor assevera que:

A intervenção do Estado no domínio econômico pode ser conceituada como o conjunto de atividades exercidas pelo Poder Público, voltadas ao controle, à fiscalização, ao incentivo, ao planejamento e à execução de medidas incidentes sobre a economia e as empresas atuantes no mercado nacional (BARRETO, 2015, p. 602).

A Constituição apresenta, no título “Da Ordem Econômica e Financeira”, alguns princípios norteadores desse intervencionismo, dentre os quais, o da livre iniciativa, estabelecendo uma liberdade para criação e exploração de atividades econômicas, independente de autorização dos órgãos públicos. Porém, a necessidade de intervenção estatal se justifica com o fim de proteger a propriedade, as relações de consumo e trabalhistas. Não se pode analisar o domínio econômico de forma dissociada da dignidade e da justiça social, razão pela qual se faz necessário tal intervencionismo.

A proteção à propriedade, neste caso, segundo GRAU (2015), “não se encontra vinculada à sua função social, mas em sua função individual e instrumento capaz de garantir a subsistência familiar, a dignidade humana”. Seus abusos encontram limitação por parte do Estado. A propriedade, ainda segundo o autor, é elemento que se insere no processo produtivo, que converge em feixe de outros interesses que concorrem com aqueles do proprietário, limitando o seu interesse, devido à necessidade de proteção das relações de trabalho e consumo, garantindo a dignidade. O Estado passa, então, a intervir, no intuito de proteger essas relações.

A livre iniciativa, ao nortear a atividade econômica, limita o Ato do Estado à lei, ou seja, o Estado só poderá atuar diante da previsão legal. É o caso do estabelecimento de condutas desleais de concorrência, infração que, caso configurada, motiva a aplicação de sanções. Em outras palavras quando resta caracterizada violação à livre concorrência, a atuação intervencionista estatal se impõe. Nesse sentido, esclarece Alex Muniz (2015, p.598): “Caracterizam violação à livre concorrência: o abuso do poder econômico e a concorrência desleal. Ambas ensejam a intervenção de órgãos estatais e a aplicação de sanções”.

Compete ainda ao poder público, a fim de propiciar igualdade e proteger a propriedade, a atuação preventiva, no intuito de impedir algumas práticas que prejudiquem a livre concorrência, a livre iniciativa e o domínio do mercado por parte de grupos de empresários (criação de cartéis, por exemplo).

Surge, nesse histórico de intervencionismo, a necessidade de o Estado criar institutos mais eficazes no combate aos crimes contra a ordem econômica, aprimorando as investigações para, com isso, chegar aos autores de crimes complexos e de difícil apuração, como o crime de formação de cartéis. O mecanismo novo criado com esse intuito é o Acordo de Leniência.

O Instituto de Leniência tem sua origem no ordenamento jurídico norte-americano, conforme posto por Silveira (2014):

Na realidade, o instituto remonta a origens estadunidenses, em especial o Leniency Program, de 1978, instituído pelo Departamento de justiça, visando a concessão de anistia em troca de informações dadas pelo primeiro proponente a delatar o conluio a autoridade antitrustes (SILVEIRA, 2014, p. 575).

Como visto, o Acordo de Leniência surge dentro de um contexto de proteção à economia, sendo voltado inicialmente ao combate dos crimes de formação de cartel, evoluindo mais tarde para outras modalidades (crimes licitatórios e corrupção). Essas últimas vertentes resultaram da necessidade de dar cumprimento a tratados e convenções firmados pelo Brasil no combate aos crimes de corrupção. Entretanto, em sendo uma ferramenta que tem sua origem em outro país, o Acordo de Leniência requer vários ajustes para que se coadune com ordenamento jurídico brasileiro. Sua pretensão é a defesa da empresa como ente social, em decorrência do princípio constitucional da proteção à propriedade, conforme dispõe Martins (2016, p.7): “A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 170, III, tutela e determina que a ordem econômica deve fundar e observar, dentre outros princípios, o da função social da propriedade [...]”.

Como visto, o acordo de leniência insculpido na lei nº 12.529/2011 é resultado de um processo histórico de combate aos trustes, necessitando de adaptações às peculiaridades nacionais.

### **3 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A instauração de uma nova ordem advém de um rompimento com o liberalismo estatal para a adoção de uma posição intervencionista. De acordo com Eros Grau (2015, p. 63), esse paradigma significaria “a defesa da ordem no campo das relações sociais e de sua regulação, envolvendo uma preferência pela manutenção de situações já instaladas”. Assim, a sua passagem envolveu mudanças significativas, marcadas pela regulamentação da ordem liberal.

Sendo a ordem econômica produto das transformações sociais, ela passa a ser considerada como parte da ordem jurídica, de tal modo que toda ordem jurídica é social, posto que voltada para o ordenamento da sociedade, não se podendo tomar a ordem econômica como apenas um conjunto de princípios.

Destarte, a ordem jurídica engloba a atividade econômica, esta sendo regida por “conjunto de regras que institucionaliza uma determinada ordem” (GRAU, 2015, p.70) podendo, portanto, ser conceituada como conjunto de normas que buscam organizar a dinâmica das relações econômicas, sem se olvidar dos princípios, os quais são necessários para o estabelecimento de diretrizes de atuação do Estado na vida dos particulares.

Apesar de apresentarmos uma Constituição dentro de um contexto capitalista neoliberal, não há plena liberdade de atuação, devido à necessidade de interferência estatal para coibir os abusos e preservar a livre concorrência. Portanto, não seguimos o modelo liberal puro. É nesse sentido que Eros Grau (2015, p.187) afirma que “a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada, porém do modelo liberal puro e ajustada ao modelo neoliberal”. Sendo a liberdade admitida, mas dentro de uma limitação social e das demais diretrizes da economia de mercado.

A justiça social, primado da ordem econômica e social, encerra um compromisso com a dignidade da pessoa humana, que perpassa sobre as melhorias das condições sociais, dentre as quais a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, buscando a harmonia em todo o país. Além da justiça social, a

ordem econômica apresenta outros princípios: a soberania nacional, a livre iniciativa e a função social do trabalho.

A ordem econômica, no ramo do Direito Constitucional, seria a atuação do Estado com a permissão concedida pela Lei, permitindo ao particular atuar na economia dentro de limitações, podendo ainda o Estado, além de agir como fiscalizador da atividade, atuar em suas atividades. Essas duas atividades são bem delineadas por Celso Antônio Bandeira de Melo:

[...] a constituição estabeleceu uma grande divisão: de um lado, atividades que são de alçada dos particulares – as econômicas; e, de outro, atividades de alçada do Estado, logo, implicitamente qualificadas como juridicamente não econômicas – os serviços públicos. De par com elas, contemplou, ainda, atividades que podem ser da alçada de uns ou de outro. (MELO, 2016, p.822)

Portanto, as atividades econômicas exercidas pela administração pública apresentam caráter excepcional, já que são ramos onde o particular não atua por envolverem segurança nacional e relevância do interesse público. Em contrapartida, os serviços públicos só podem ser desempenhados por particulares se o Estado permitir, através de autorização ou concessão.

A Magna Carta de 1988 apresenta alguns princípios que justificam a atuação do Estado na ordem econômica. Ao se tratar sobre os valores sociais, estão insculpidos a valorização do trabalho e a redução das desigualdades, objetivos principais da República Federativa do Brasil. Segundo a própria Constituição, o fim almejado se encerra em uma vida digna, através da justiça social. Para tanto, faz-se necessário construir uma economia equilibrada, estabelecendo igualdades.

Dentre essas diretrizes, a que se reveste de maior relevância para este trabalho é a da livre concorrência, juntamente com o princípio da livre iniciativa, segundo o qual é permitido ao particular o livre exercício de qualquer atividade econômica lícita, sem que para isso seja necessária autorização. A livre concorrência representa a possibilidade de proteção do mercado das fixações abusivas de preço das mercadorias e dos serviços. Essas práticas abusivas geram a necessidade de o Estado agir de forma protetiva e preventiva para tornar os efeitos

do monopólio menos drásticos para a economia, protegendo os dois sujeitos da relação de consumo, fornecedor e consumidor.

Outros princípios importantes para o presente estudo seriam os valores da livre iniciativa e do trabalho humano, basilares da ordem, como pode ser visto quando a Constituição apresenta os fundamentos da República Federativa do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Não há hierarquia entre os princípios expostos, mas, por estarem insculpidos em rol de fundamentos, compete ao Estado disponibilizar meios para o seu cumprimento. Sendo esses princípios uma garantia, deve o Estado promover sua materialização, de forma a resguardar o indivíduo, compreendendo-se que qualquer prática fora desses preceitos e normas será considerada inconstitucional. Nesse sentido:

O Direito não descreve situações ou fatos senão para a eles atribuir consequências jurídicas. Por isso o texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, senão que ela deve estar, vale dizer, tem necessariamente estar - fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e deve ter - vale dizer, tem de necessariamente ter - por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, será adversa a ordem constitucional (Grau, EROS, 2015, p. 193).

A importância do arcabouço principiológico deve-se, em última análise, ao fato de haver uma referência ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Previsto como fundamento da República Federativa e como finalidade da ordem econômica, trata-se de um direito necessário à existência do ser humano,

sendo complementar a outros princípios. Os princípios são, sem dúvida, essenciais para nortear a atividade econômica, pois só há livre iniciativa e valorização do trabalho humano se for respeitada, como consequência, a dignidade humana.

### **3.1 A livre concorrência e o abuso do poder econômico**

O artigo 170 da Constituição encerra um dever do Estado de reprimir condutas que constituam abuso do poder econômico, dominação do mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário do lucro, por serem práticas lesivas aos direitos do consumidor, bem como aos princípios e objetivos estabelecidos pela Constituição. Dentre esses princípios, encontramos o da livre concorrência, o qual protege outros direitos constitucionais, como o da propriedade privada e o direito do consumidor.

A lei 12.529/2011 surge no intuito de proteger a economia dessas práticas abusivas, instituindo para esse fim o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), uma autarquia federal vinculada ao ministério da justiça, com a função de investigar e julgar infrações à ordem econômica, as quais estão previstas no art. 36 da mesma lei:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

O CADE, através de seu plenário, decide sobre as infrações à ordem econômica, aplicando penalidades mediante ato discricionário, podendo ainda estabelecer acordo com pessoas físicas ou jurídicas, com a finalidade de fazer cessar a conduta, em troca de benefícios, como a extinção da punibilidade, assim como a redução da pena de 1/3 a 2/3. Para isso, será necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

Art. 86 [...]

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

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

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

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

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

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

No entanto, quanto aos crimes contra a ordem econômica tipificados pela lei 8.137/1990, assim como demais crimes relacionados à prática de cartéis, como os previstos na lei 8.666/1993, 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.

Muito embora a intenção do legislador tenha sido de bom alvitre, qual seja, desestimular as práticas econômicas predatórias e, de outra banda, fazer concessões àqueles que voluntariamente contribuam com a persecução punitiva, observam-se algumas incongruências quanto à aplicabilidade dos institutos legais, como se verá adiante.

## **4 A LEI DE LENIÊNCIA**

### **4.1 Disposições Gerais**

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, em vigor após 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial, tem o escopo de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, promover alterações legislativas correlatas, dentre outras providências.

Referida lei está orientada pelos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, todos de índole constitucional, sendo considerada a coletividade como titular dos bens jurídicos ora tutelados.

Acerca do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC –, este é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com jurisdição em todo o território nacional.

Acerca das funções do CADE, esclarece o Guia Prático do CADE:

O CADE é a última e única instância, na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre matéria concorrencial. Assim, após receber os pareceres não vinculativos das duas secretarias (SEAE e SDE), o CADE tem a tarefa de julgar os processos. O órgão desempenha, a princípio, três papéis principais:

1. Preventivo
2. Repressivo
3. Educativo (Guia Prático do CADE, 2007, p.18)

Quanto à composição, o CADE é formado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

O Tribunal Administrativo tem, dentre outras competências, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei. À Superintendência-Geral compete, em linhas gerais, acompanhar as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante

em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, bem como promover procedimento preparatório e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica. Ao Departamento de Estudos Econômicos incumbe elaborar, por meio de seu Economista-Chefe, elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.

O outro órgão constituinte do SBDC, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, é o responsável por promover a concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade, cabendo-lhe opinar, elaborar estudos e manifestar-se em matérias relativas ao tema concorrencial.

Junto ao CADE, oficia um órgão da Procuradoria Federal Especializada, ao qual compete, em essência, prestar consultoria e assessoramento jurídico, bem como promover a representação judicial e extrajudicial.

Atua ainda junto ao CADE um membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.

No artigo 36 da citada lei estão previstas as infrações da ordem econômica e, do artigo 37 ao 45, as respectivas penas e critérios de aplicação.

Em seu Título VI, do artigo 48 em diante, trata-se das diversas espécies de processo administrativo, compreendendo procedimento preparatório de inquérito administrativo, inquérito administrativo, processo administrativo (imposição de sanções por infração à ordem econômica; análise de concentração econômica; imposição de sanções incidentais), e procedimento administrativo para apuração de concentração econômica.

São previstos, ainda, a medida preventiva (quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo) e o compromisso de cessação (abstenção da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência

e oportunidade, devidamente fundamentado, o CADE entender que atende aos interesses protegidos por lei).

Visto isso, chega-se, enfim, ao programa de leniência. A expressão “leniência”, sinônimo de lenidade, significa, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1980), “brandura, suavidade, doçura, mansidão”. A esse respeito, evidencia-se que a intenção do legislador foi, com essa medida, conferir uma mitigação de efeitos penalizadores, na medida em que o infrator efetivamente colabore com a elucidação da conduta criminosa e seus autores.

O acordo de leniência, assim, poderá ser celebrado com pessoas físicas ou 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: a) identificação dos demais envolvidos na infração; b) obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Como consequência desse acordo, será concedida a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável.

Segundo a lei, são requisitos cumulativos para a celebração do acordo:

Art. 86 [...]

§ 1º [...]

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

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

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

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. (BRASIL, 2011)

As condições do acordo serão estipuladas pela Superintendência-Geral do CADE, que observará o quanto necessário para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

Até aqui, vislumbram-se contrapartidas bem interessantes para a elucidação de autoria e materialidade delitivas à ordem econômica, tendo ido bem o legislador no sentido de estabelecer requisitos potencialmente eficazes para coibir as más práticas, concedendo benefícios aos colaboradores.

No entanto, a exegese do art. 87 e seu parágrafo único mostra-se controversa, na medida em que traz inovações legislativas de compatibilidade duvidosa com outros regramentos. Vejamos, *in verbis*:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.(BRASIL, 2011)

Entenda-se: em se constatando a ocorrência de crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90, ou relacionados à prática de cartel ou associação criminosa, tem-se que, com a formalização do acordo de leniência, suspende-se o prazo prescricional e fica vedado o oferecimento de denúncia em desfavor do acordante. Demais disso, verifica-se a extinção da punibilidade dos crimes cometidos, após o cumprimento do acordo.

Diante disso, emergem alguns questionamentos importantes. Primeiro deles: a celebração de um acordo, pela via administrativa, teria o condão de irradiar reflexos no processo penal, a ponto de impedir o oferecimento de denúncia? Segundo: por esse mesmo órgão administrativo, seria legitimamente possível afastar a punibilidade penal?

Conforme a Lei nº 8.137/90, os crimes nela previstos são de ação penal pública (art. 15). Como é sabido, o titular da Ação Penal Pública é o Ministério Público. Ora, se a Lei de Leniência vem, expressamente, vedar o oferecimento de denúncia com relação ao beneficiário do acordo, aparentemente se tem uma subtração de atribuição precípua do órgão ministerial.

Ato contínuo, fala-se em extinção automática da punibilidade, tão somente com a celebração do acordo administrativo. Mais uma vez, parece a lei ter exorbitado de sua esfera e invadido a competência de outros órgãos. O Poder Judiciário, ao qual constitucional e legalmente cabe declarar essa extinção, teria sido olvidado.

Sem levar em conta a possível efetividade do acordo de leniência, levanta-se, em forma desses questionamentos, a discussão sobre a legalidade/legitimidade do instituto, a considerar uma interpretação sistêmica de outras normas. É nessa linha que se põe em foco a conformidade da leniência com o nosso ordenamento jurídico.

#### **4.2 Formalização e Consequências do Acordo de Leniência**

Costuma-se denominar o acordo de leniência como uma espécie de “delação premiada”, haja vista ser baseado na concessão de benefícios por parte do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) ao infrator que colaborar com as investigações de crimes contra a ordem econômica, apontando os demais partícipes da infração, bem como informações relevantes e documentos que comprovem a materialidade delitiva, recebendo em contrapartida a extinção da punibilidade ou redução da pena.

A Lei 12.529/11 revogou a Lei 8.884/94, regramento anterior da matéria, propondo-se a estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Para tanto, alterou a regulação do acordo de leniência.

Conforme a lei, o acordo será firmado pelo CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, e disporá sobre as condições necessárias para o êxito das investigações. Previamente, deverão ser observados os requisitos para formalização, previstos no artigo 86, parágrafo primeiro. A proposta de acordo deverá ser sigilosa, exceto se houver interesse em contrário por parte das investigações e do processo administrativo. Caso a proposta seja rejeitada, não se operará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta, restando prejudicada a divulgação da proposta.

Está prevista a possibilidade de extensão dos benefícios do acordo às empresas do mesmo grupo, assim como aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos no delito (artigo 86, § 6º), desde que o acordo seja firmado conjuntamente e esteja de acordo com todas as condições impostas. É possível, também, a celebração do acordo com partícipes que não sejam os “protagonistas” da conduta delituosa.

Quanto do julgamento do processo administrativo, serão consideradas duas hipóteses: caso o acordo tenha sido proposto à Superintendência-Geral sem que esta tivesse conhecimento da infração, declarar-se-á, após o cumprimento dos termos, a extinção da punibilidade do agente; caso o agente tenha se proposto a formalizar o acordo após a Superintendência-Geral tomar conhecimento da infração, poderá receber como benefício a redução de um a dois terços, aferida conforme a efetividade da colaboração e a boa-fé do agente.

A competência para declarar extinta a punibilidade ou reduzir a pena é do Tribunal Administrativo, por ocasião do julgamento. Importante notar que fica impedida a celebração de outro acordo de leniência em caso de descumprimento do mesmo no interstício de três anos, a contar da data do seu julgamento.

A celebração do acordo de leniência, por expressa previsão legal, suspende o curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia em relação ao agente beneficiado. Tal situação é extensível aos demais crimes relacionados à prática de cartel, como os previstos na Lei de Licitações e no artigo 288 do Código Penal (Associação Criminosa).

As consequências do acordo de leniência são de duas ordens: administrativa e penal. Merecem ser analisadas cada uma delas.

Na esfera administrativa, tem-se por consequências a extinção da ação punitiva da administração pública, ou redução de um a dois terços da penalidade. Tais consequências serão ratificadas somente quando do encerramento do processo administrativo, com o julgamento perante o Tribunal Administrativo. Formalizado o acordo, a Superintendência-Geral deverá fiscalizar o seu cumprimento, para sejam declarados os efeitos sobre a aplicação da penalidade.

Como visto, a ocorrência de um ou outro efeito dependerá do prévio conhecimento infracional por parte do órgão administrativo. Não tendo a Superintendência-Geral ciência da infração perpetrada, ou seja, sendo as informações prestadas pelo acordante inéditas, opera-se a extinção da punibilidade. Caso contrário, isto é, se o infrator vier a colaborar após o início das investigações, terá redução da penalidade de um a dois terços.

Já no que concerne às consequências penais ao considerar seus efeitos em razão do abuso do poder econômico, além de constituir infração administrativa, ser também capitulado como crime (Lei nº 8.137/90), estando previsto em várias condutas, que podem se amoldar a vários tipos, semelhantes ou idênticos às infrações administrativas. Como é sabido, os crimes contra a ordem econômica são de ação penal pública incondicionada, do que se infere, de plano, a obrigatoriedade de denunciar do Ministério Público, em estando convencido da ocorrência de ilícito penal.

Essa disposição, face a Lei Antitruste, tem afetado sobremaneira o posicionamento do órgão ministerial quanto ao processamento dos delitos contra a ordem econômica. Isto porque alguns doutrinadores entendem ter havido uma mudança de paradigma, que ousa romper dogmas da atividade persecutória penal, agora ajustável à atividade administrativa.

Com efeito, a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento da denúncia, em razão da celebração do acordo, têm levantado celeuma por supostamente invadir atribuição privativa do Ministério Público, qual seja, decidir pela promoção, ou não, da ação penal.

A Lei de Leniência, decerto, considerou as consequências criminais em potencial conflito com os objetivos do acordo. Dispõe o regramento que “cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo” (art. 87, parágrafo único). Embora a interpretação literal do dispositivo leve à exegese de que se opera uma medida automaticamente extintiva, PRADO (2006) sustenta que, de modo semelhante ao que ocorre com a delação premiada, a extinção não se dá de maneira necessariamente automática, mas como fruto de um processo:

na verdade, não se trata de uma redução automática da pena, mediante simples acordo. O juiz não está autorizado a reduzir automaticamente a sanção com a dispensa do devido processo legal e ampla atividade probatória. (PRADO, Luiz Regis. Da Delação Premiada: Aspectos de Direito Processual. *Boletim do IBCCrim*, n.º 159, p. 10-12, fevereiro de 2006, p. 10)

Em nome da efetividade, justifica-se essa relativização promovida pelo acordo de leniência, por se entender que a extinção da penalidade administrativa se mostrava insuficientemente atrativa, sendo necessário oferecer, “de brinde”, a extinção da punibilidade penal, ainda que para isso sejam estabelecidos limites à atuação do Ministério Público.

Ora, o problema da questão reside no fato de várias disposições constitucionais estarem sendo violadas, em nome de uma suposta efetividade. De início, já se pode afirmar que ainda predomina o entendimento sobre a independência entre as esferas administrativa e penal, não havendo que se falar em confusão ou irradiação automática de efeitos. Assim se observa, por exemplo, no curso do processo administrativo disciplinar previsto na lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis), que claramente separa as decisões de uma e outra esfera.

O fato de os crimes contra a ordem econômica coincidirem, não raro, com as infrações administrativas não constitui óbice ao processamento autônomo. Não se gera, assim, qualquer dificuldade processual quando a mesma conduta for capitulada como crime e infração. Note-se o disposto na lei 9.503/98 (Código de Trânsito Brasileiro), que também prevê crimes e infrações, e a lavratura administrativa dos autos em nada prejudica o processamento dos crimes de trânsito.

Demais disso, as garantias constitucionais do Ministério Público não podem ser atropeladas como se, ao alvitre do legislador, fosse possível determinar se o órgão, por conveniência administrativa, atuará ou quedará inerte.

O devido processo legal, no âmbito administrativo, também se reveste de alta importância. Todavia, sabe-se que o processo penal tem princípios diferenciados, e necessita, para sua efetividade, dessa independência, sem contaminar-se por decisões não produzidas sob os crivos ministerial e judicial.

## **5 A COMPATIBILIDADE DA LEI DE LENIÊNCIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO**

### **5.1 O Acordo de Leniência como Instituto alienígena**

O acordo de leniência, como se disse alhures, é originário da experiência norte-americana, e consiste no ajuste que possibilita ao infrator contribuir com a investigação, visando à prevenção ou reparação de danos de interesse público.

Entretanto, aqui no Brasil, de cultura mais intervencionista, algumas controvérsias foram geradas, especialmente sobre os reflexos na ação penal. Em nossa realidade, o Programa de Leniência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), consubstancia-se no acordo entre o órgão administrativo, no caso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – e o infrator à ordem econômica, pessoa física ou jurídica, que confessar o ilícito e indicar provas suficientes para se chegar à autoria dos demais envolvidos no ilícito. Como benefício, o acordante poderia livrar-se da condenação, por extinção da ação punitiva, ter sua penalidade reduzida de 1/3 a 2/3.

O que motivou a “importação” desse instituto, em nosso país, foi justamente a ineficácia das investigações e dos instrumentos de combate aos crimes contra a ordem econômica. As autoridades vislumbraram no programa de leniência uma ferramenta de enorme potencial investigativo, funcionando basicamente através da concessão de contrapartidas processuais aos envolvidos, para que estes se empenhassem em fornecer provas das condutas antitrustes e indicar seus respectivos partícipes, a fim de que fosse possível chegar a uma efetiva repressão a esse tipo delitivo.

Entretanto, o multicitado instituto foi transplantado para o nosso ordenamento jurídico sem as devidas adaptações. Assim se diz porque a formação de cartel, além de constituir ilícito administrativo, é tipificada também como crime e, nessa qualidade, sujeita-se à ação penal pública incondicionada.

Ora, sendo o titular da ação penal o Ministério Público, como pode ficar suspenso o curso do prazo prescricional e o impedido o oferecimento de denúncia por força de acordo administrativo? Demais disso, poderia a autoridade

administrativa, fazendo-se por vezes de Poder Judiciário, declarar extinta a punibilidade penal em decorrência do pacto firmado?

Importante, a esse respeito, distinguir a delação do direito penal da colaboração no Acordo de Leniência. Na esfera criminal, funciona como causa de redução de pena; no programa de leniência, pode ter como efeitos a redução de pena e, mais do que isso, a extinção da punibilidade.

Em razão desses questionamentos, surgem algumas correntes sobre a aplicabilidade prática do acordo de leniência, alguns doutrinadores entendem que ao firmar o acordo de leniência há o impedimento do Ministério Público de ingressar com a Ação Penal (SALES, 2015, p.47), porém outros que se limitariam aos crimes previstos na Lei nº 8137/1990 do Art.90 da Lei 8666/1993 e o crime do Art. 288 do Código Penal (consoante o Art. 87 da Lei 12529/2011) (SILVEIRA, 2014, p. 579) e há os que acreditam que não poderá mais ser ofertada a denúncia.

São essas incompatibilidades que dificultam a plena aplicabilidade do programa de leniência, nos moldes atuais, ao ordenamento jurídico brasileiro.

## **5.2 A Supremacia Constitucional e as disposições conflitantes da Lei de Leniência**

A Carta Política de 1988, quanto ao grau de estabilidade, é classificada como rígida, pois exige um processo legislativo mais complexo que as demais normas para ser alterada, conforme se verifica em seu art. 60, § 2º. É previsto um procedimento de votação em dois turnos, nas duas casas legislativas (Senado e Câmara dos Deputados), exigindo-se um quórum qualificado para a aprovação de suas emendas. *In verbis*:

**Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

**§ 2º** A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Para ALEXANDRINO e PAULO (2017, p. 19) “a rigidez tem como decorrência o denominado princípio da supremacia formal da constituição”, o qual

coloca a Carta Magna numa posição de superioridade em relação às demais leis, posicionando-a no ápice do ordenamento jurídico do Estado. Sob essa ótica, deve-se aferir quais leis estão de acordo com a Constituição, bem como as que lhe são contrárias, impondo-se retirar estas últimas do ordenamento jurídico.

A Constituição deve, assim, ser observada para a elaboração de todos os demais atos normativos, pois, caso contrário, a nova norma padecerá do vício de inconstitucionalidade.

Sendo, assim, a nossa Constituição rígida e o acordo de leniência um instituto estrangeiro trazido ao Brasil, mas sem a devida adaptação ao ordenamento pátrio, verificam-se algumas incompatibilidades, dentre as quais a fixação de atribuições exorbitantes a um órgão administrativo, ao ser habilitado para decidir questões penais, como é o caso da extinção da punibilidade de crimes contra a ordem econômica.

O CADE, através da Superintendência-Geral, é responsável por investigar e instaurar os processos administrativos. As decisões, condenatórias ou absolutórias, são de competência do plenário do Tribunal do CADE, mesmo quando se trata de crimes. Após assinatura do acordo e o cumprimento dos requisitos, extingue-se automaticamente a punibilidade desses crimes, conforme artigo 208 do Regimento interno do CADE (RICADE):

Art. 208. Uma vez declarado o cumprimento do acordo de leniência pelo Cade, será decretada em favor do signatário do acordo de leniência:

I - a extinção da ação punitiva da administração pública, nas hipóteses em que a proposta do acordo de leniência tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, a redução de um a dois terços das penas aplicáveis na seara administrativa.

Parágrafo único. Nas duas hipóteses referidas acima, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

A própria lei 12.529/2011 reconhece os crimes da lei 8137/90, apontando-os como crimes de Ação Penal Pública. Desse modo, inobstante a legitimação do Ministério Público para a propositura da respectiva ação penal, a própria lei que reconhece as condutas como crimes prevê a extinção de punibilidade sem o crivo do órgão ministerial.

Na prática, o órgão que acusa é o mesmo que absolve o infrator à ordem econômica, pois não há participação do Ministério Público. Este, quando chamado, emite parecer, mas mesmo sem a sua participação são decididas questões importantes pelo CADE (a extinção da punibilidade, bem como a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento da denúncia), tudo isso ao arrepio da Constituição e do Código Penal Brasileiro.

Demais disso, não se tratando de infrações administrativas, mas de crimes, a Constituição atribui competência ao Poder Judiciário para julgamento dos mesmos, após iniciada a Ação Penal pelo Ministério Público. Segundo PAULO, ALEXANDRINO (2017), foi adotado, no Brasil, o sistema inglês ou sistema de unicidade de jurisdição, segundo o qual somente o Poder Judiciário tem jurisdição, somente ele pode dizer em caráter definitivo o direito, não havendo coisa julgada administrativa. Nessa perspectiva, a extinção de punibilidade por uma autarquia administrativa gera insegurança jurídica, pois não se pode garantir aos beneficiários que essa decisão será definitiva.

No entanto, essa previsão de efeitos extintivos nas duas esferas, administrativa e penal, teria sido propositalmente prevista pelo legislador, com o intuito de motivar o acordo de leniência. Assim não fosse, seria desinteressante aos infratores a formalização do acordo, uma vez que a extinção operada apenas na esfera administrativa deixaria os colaboradores sujeitos, ainda, aos correlatos processos criminais.

Apesar de o legislador desejar tratar os crimes econômicos como ilícitos administrativos, a lei 8.137/90, ainda vigente, versa sobre crimes à ordem econômica, estabelecendo suas respectivas penas. Embora a lei 12.529/2011 tenha revogado alguns dispositivos da antiga lei, as implicações penais desta continuam válidas, a teor do disposto em seu artigo 4º:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

Nesse diapasão, as condutas descritas na lei 8.137/90 continuam sendo crimes, de modo que ainda que ocorra a celebração do acordo de leniência, tais delitos devem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Conforme reza a Constituição, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art 5º, LIII). Na mesma esteira, dispõe-se que “não haverá juízo nem tribunal de exceção” (art 5º, XXXVII).

Sendo assim, o acordo efetuado por autarquia administrativa referente a esses crimes teria efeitos semelhantes aos da transação penal – compromisso de colaboração e cessação da conduta da pessoa física ou jurídica, suspensão do prazo prescricional e impedimento do oferecimento da denúncia, até total cumprimento dos requisitos, após o que se extingue a punibilidade. Tal procedimento, contudo, significa uma usurpação de competência, posto que uma autarquia administrativa, ao efetuar uma “transação penal” e impedir a proposição de ação penal pública, estaria se sobrepondo ao Poder Judiciário, a quem é dada a

competência para julgamento de crimes, os quais, neste caso, seriam submetidos à Justiça Federal, por tratar-se de apuração perpetrada por autarquia federal.

Já GRECO FILHO, RASSI (p. 103, 2015) apresentam algumas teorias para justificar o tratamento administrativo sancionador, considerando o rol de crimes contra a concorrência previstos na lei 12.529/2011, estabelecendo um paralelo com antigas teses que buscam diferenciar o Direito Penal do Direito Administrativo sancionador. A opção por uma ou outra área seria de livre escolha do legislador, com diferenciação de ilícitos penais e administrativos. Nesse sentido, ensina LAMY (2015, p.78).

[...] a escolha de enquadramento de uma conduta como ilícito administrativo ou penal é do Estado, por meio da legislação posta e legitimado à garantia da ordem jurídica. Trata-se de juízo antes de conveniência e oportunidade – consequentemente, discricionário – no momento do processo legislativo.

Mas não seria essa a vontade manifesta do legislador ao pensar a lei 8.137/90, já que trata de crimes e penas, os quais a própria lei apresenta como sendo de ação penal pública (art. 15). No entanto, a legislação posterior (lei nº 12.529/11) estabeleceu o julgamento desses crimes por decisão administrativa.

Não está sendo questionada, no presente trabalho, a extinção da punibilidade, pois o acordo de leniência permite essa transação da pena de um dos integrantes para que se possa descobrir os demais autores e a materialidade do ilícito, seja ele administrativo ou penal. O que se está questionando é a competência jurisdicional para a extinção da punibilidade daquilo que a lei descreve como crime, afastando e mitigando o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Um outro ponto de discussão seria o quanto previsto no art. 36, caput, da lei 12.529/11, ao atribuir responsabilidade subjetiva ao infrator: “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”.

Conforme a teoria clássica do crime, determinada conduta, para ser considerada criminosa, deve ser prevista ao menos na modalidade culposa. Entretanto, pelo texto legal citado, o infrator pode responder “independente de

culpa”. Assim, os ilícitos administrativos ali previstos, em sendo tratados como ilícitos penais, ensejam contrariedade aos princípios do Direito Penal. Demais disso, a aludida lei prevê tipos penais abertos, dando margem a uma interpretação discricionária de seus aplicadores quanto ao enquadramento das condutas, em potencial ofensa ao princípio da legalidade.

Devido a esse caráter subjetivo, esses crimes passaram a ser considerados pela doutrina (LAMY, 2014, p.15) como antecipação da tutela penal, pois não há necessidade de comprovação de culpa para a configuração do ilícito. Ainda segundo a citada autora, o aludido artigo “faz remissão à responsabilidade objetiva, rechaçada pelos regramentos constitucionais aplicados em matéria criminal, exatamente por relativizar o princípio do contraditório”. Não permitir a defesa com as armas necessárias é dizer que alguém é culpado até que se prove o contrário, permitindo ao administrador agir naquilo que não é permitido, o que torna o processo eivado de vícios, podendo ser anulado a qualquer tempo. É o que se pode inferir dos ensinamentos de LAMY:

[...] não bastaria à sua configuração, restarem demonstradas manobras de empresários de um mesmo ramo tão somente com a intenção de se estabelecerem no mercado e melhorarem seu lucro. É indispensável que a conduta tenha intuito de fraudar e lesar a livre concorrência para que o delito econômico seja passível de punição, não obstante haja previsão expressa da dispensa de comprovação de culpa pois, do contrário, estar-se-ia punindo, antecipadamente, a mera suspeita, ou se repreendendo, atitudes que não tem, efetivamente, qualquer característica penal. (LAMY, 2014,p.16)

A lei anda na contramão da nova ideia do “devido processo legal”, trazido com novo código de processo penal através da PLS 236/2012, no qual não há mais espaço ao prejulgamento, ao julgamento e à condenação antes da sentença transitada em julgado. Por essa razão, o juiz que tiver acesso ao processo não será o mesmo que irá julgar a causa, conforme Lamy.

O devido processo legal assume, definitivamente, sua perspectiva constitucional - ou seja, substantiva - e, desta forma, o novo regramento estará consubstanciado nas diretrizes do devido processo legal constitucional, para o qual a eficiência e a celeridade devem ser substituídas pela feição instrumental do processo como garantia de observância do regramento constitucional em sua

plenitude e de segurança ao sujeito passivo em sua integridade e dignidade (LAMY, 2014, p. 38)

Acerca do entendimento das infrações econômicas como sendo meras infrações administrativas ou tipos penais, existe uma certa celeuma. Essa discussão se reveste de importância em razão do processamento das condutas, visto que, caso consideradas tão somente de cunho administrativo, não se instalariam maiores problemas, uma vez que o julgamento e processamento das ações pelo CADE, órgão administrativo, seria suficiente; por outro lado, entendidas como ilícitos penais, sujeitar-se-iam ao Processo Penal, não dispensando a participação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Ao que parece, foram tratadas como se de igual natureza fossem todas as infrações à ordem econômica. Ora, se o legislador quisesse, com efeito, descriminalizar as condutas, expressamente o teria feito, revogando a lei 8.137/90, o que não ocorreu. Assim, continuam válidas as disposições penais para as condutas ali descritas, sem que se possa olvidar a processualística penal, sob pena de ofensa à Constituição e ao regramento instituído.

A lei 12.529/11 vem a contrapor-se aos ditames constitucionais por suprimir atribuições precípua do Ministério Público. Ao prever que “a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência”, atropela-se a titularidade da ação penal pública do *parquet*, prerrogativa de índole constitucional.

Do mesmo modo, pelo aludido texto legal vê-se invadida a competência do Poder Judiciário em declarar extinta a punibilidade do agente pelo cometimento de crimes contra a ordem econômica. Assim dispõe o art. 87, parágrafo único: “Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.” (BRASIL, 2011)

Justamente sob o prisma constitucional, verificaremos que o programa de leniência interfere diretamente na atuação desses dois pilares: o Ministério Público e o Poder Judiciário.

### 5.2.1 A Constituição e o Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as atribuições do Ministério Público, que vem desempenhando funções cada vez mais abrangentes e sensíveis no meio social. A teor do art. 127, tem-se: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988)

Historicamente, o *parquet* está ligado à figura de órgão acusador, de defensor dos interesses do Estado. Essa conotação evoluiu significativamente com o passar dos anos, de modo que as atuais atribuições em muito superam a concepção inicial. Nesse sentido, esclarece MEYER-PFLUG (2012):

O Ministério Público tem suas origens relacionadas aos agentes do poder absoluto, nas monarquias, não estando previsto, inicialmente, na separação dos poderes. Foi criado para sustentar e manter os arbítrios autocráticos das monarcas medievais. Foi a partir da Revolução Francesa que com o liberalismo elevou o Ministério Público à posição de guardião da legalidade, baluarte da democracia e também defensor dos direitos indisponíveis dos cidadãos. No entanto, no Brasil, o Ministério Público se distanciou por completo da sua origem de ‘acusador do rei’ para se constituir no grande defensor dos interesses sociais, na grande maioria das vezes, contrapondo-se aos interesses dos próprios governantes e do Estado. (MEYER-PFLUG, O Ministério Público na Constituição Federal de 1988).

Nas Constituições brasileiras, as funções do Ministério Público variaram sensivelmente e, principalmente, evoluíram até chegar ao patamar atual. De “Procurador da Coroa” a defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em breves linhas, MEYER-PLUG (2012) nos dá o panorama histórico:

No Brasil, o Ministério Público se fez presente desde a primeira Constituição, qual seja, a de 1824. Nela ficava estabelecido que ao procurador da coroa cabia a acusação no juízo dos crimes, ressalvada a competência da câmara dos deputados (ministros ou conselheiros de estado).

[...]

Já a Constituição de 1891 limitou-se a estabelecer que o Procurador-Geral era designado pelo Presidente da República, dentre os

membros do Supremo Tribunal Federal e que suas atribuições seriam disciplinadas em lei. Também estabeleceu em seu art. 81, § 1º, que o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para ingressar com a revisão criminal.

[...]

A partir da Constituição de 1934 o Ministério Público passou a ser um instituição, estando previsto dentro do capítulo VI, “Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”. Nela ficava disposto, no art. 35, que: “O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

[...]

A Carta de 1937, por sua vez, representou um retrocesso, na medida em que tratava apenas do Ministério Público dentro do Poder Judiciário, precipuamente, do Supremo Tribunal Federal.

[...]

A Constituição de 1946 tratou o Ministério Público em título próprio, conferindo-lhe certa independência.

[...]

A Constituição de 1967 também tratava o Ministério Público dentro do capítulo do Poder Judiciário.

[...]

A Constituição Federal de 1988, denominada de “Constituição cidadã”, e de nítido caráter democrático, eis que rompe com o regime político anterior, deu nova feição ao Ministério Público, estruturando-o com uma série de garantias e prerrogativas destinadas a propiciar desempenho satisfatório na defesa dos interesses da sociedade, inclusive contra os próprios órgãos do Estado. Há certo distanciamento dessa função, na medida em que o Texto Constitucional trata do Ministério Público em capítulo próprio, qual seja, “Das funções essenciais da justiça”, com a advocacia, defensoria pública e advocacia pública. O Ministério Público passa a ser uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, desfrutando de posição ímpar no sistema constitucional pátrio.” (MEYER-PFLUG, O Ministério Público na Constituição Federal de 1988)

Interessante mencionar a existência de discussão acerca da posição do Ministério Público no sistema de tripartição dos poderes. Sem adentrar esse mérito, ressalta em importância sua função, que inclui o dever institucional de fiscalizar os Poderes.

É bem verdade que nos países onde há maior independência funcional, a atuação é bem mais profícua. Dado que em determinados países existe uma

vinculação, ou mesmo subordinação a outros poderes, seja ao Executivo, Legislativo ou Judiciário, o Brasil encontra-se em posição de vanguarda ao situar o Ministério Público como órgão independente.

A atual Constituição estabeleceu uma autonomia sem precedentes ao Ministério Público. Com isso, visa-se a evitar ele seja subordinado aos demais poderes e órgãos. Nesse arrimo, foram sedimentados os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, assim como a autonomia funcional, administrativa e financeira. Aos seus membros, estão garantidos vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e foro privativo nos tribunais.

As garantias constitucionais previstas constitucionalmente decorrem do fato de que incumbe ao Ministério Público a defesa da democracia. O Ministério Público pode existir em qualquer regime, tanto autoritário quanto democrático. Entretanto, o Ministério Público só é legitimamente autônomo em um regime democrático, posto que garantido o poder para acusar e processar quem quer que seja.

Acerca das funções ministeriais precípua, estabelece a Carta Magna de 1988, em seu art. 129 que “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Uma vez que compete ao Ministério Público, por determinação constitucional, promover a ação penal pública, de forma privativa, não há como se afastar sua atuação quando da ocorrência de crimes.

Ainda que se pretenda mitigar os efeitos de algumas infrações penais, e que seja uma intenção governamental dar um tratamento menos gravoso a determinadas condutas, tal posicionamento não pode se operar de forma açodada, passando por cima de postulados já constituídos.

Ora, sendo os crimes previstos na lei 8.137/90 de ação penal pública, impõe-se a atuação indisponível do Ministério Público. Em ocorrendo qualquer tratamento legal em sentido contrário, opera-se violência ao regramento constitucional instituído.

Em verdade, não se está a defender que, em caso de infração à ordem econômica também capitulada como crime, o órgão ministerial promova

obrigatoriamente a ação penal. O que se impõe é que o titular dessa ação, a quem cabe decidir sobre o seu processamento, participe efetivamente, seja de modo concomitante ou a posteriori, vale dizer, após a celebração do acordo.

A formação do *opinio delicti* é inalienável ao Ministério Público. Assim, a proposição e acordo dos termos da leniência deve passar, obrigatoriamente, pelo crivo ministerial, dada sua função institucional consagrada na Constituição.

Não há base normativa alguma, tampouco principiológica, que autorize a lei infraconstitucional sonegar as atribuições ministeriais. A indisponibilidade da ação penal pública não se submete a negociações desprovidas de fundamento harmônico com as garantias constitucionais.

Em verdade, na prática, ao Ministério Público compete participar dos termos do acordo de leniência, a fim de que se possa aferir a regularidade de suas proposições, bem como evitar que, no futuro, as questões acordadas possam ser discutidas novamente na esfera penal. Isto significa, em outras palavras, segurança jurídica.

Dispõe o Código de Processo Penal (Lei 3.689/1941):

Art.24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

[...]

§2º Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública.

[...]

Art.41.A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Art.42.O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

[...]

Art.47.Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.  
(BRASIL, 1941)

Do texto legal, que é bem anterior à lei de leniência e serve de base para todos os procedimentos de índole criminal, pode-se inferir que: a) é do pleno interesse do legislador que qualquer crime ofensivo a questões de interesse da União sejam de ação penal pública; b) os requisitos da denúncia, previstos na lei, deixam claro que todas as circunstâncias devem ser observadas e analisadas, com a qualificação dos acusados e demais esclarecimentos que se fizerem necessários; c) a ação penal pública é indisponível, dela não se podendo desistir; d) novos e maiores esclarecimentos poderão ser requisitados a qualquer tempo pelo órgão ministerial.

O que se vislumbra é que, participando o Ministério Público do acordo de leniência, e este, verificando a regularidade de seus termos, deverá manifestar-se pelo arquivamento das peças informativas quanto à propositura da ação penal.

Imagine-se a seguinte situação: o infrator à ordem econômica, de forma espontânea, resolve delatar o esquema criminoso ao órgão administrativo (CADE). Este por sua vez, ventila a possibilidade de celebração do acordo de leniência, que é aceita pelo denunciante. Assim, a Superintendência-Geral do CADE elabora minuta dos termos do acordo, pactuadas com o infrator, que se compromete a colaborar efetivamente com as investigações em troca de benefícios administrativos e penais. Ato contínuo, remetem-se os autos ao Ministério Público, através da curadoria competente em razão da matéria, para que analise os termos e emita parecer. O Promotor de Justiça, então, teria os seguintes caminhos: 1) verificando a gravidade da conduta, sem possibilidade de transação (seja pela ineficácia da medida administrativa, seja necessidade de punição mais severa, dentre outros motivos), oferecerá a denúncia independentemente do que foi inicialmente proposto ao acordante; 2) entendendo suficientes os termos, mas passíveis de retificações ou ajustes, proporá essas emendas ou requisitará mais informações para que possa ser formalizado o acordo; 3) reputando por justos e suficientes os termos propostos e entendendo restar satisfeita a persecução punitiva, o Ministério Público dará o seu aval para celebração do acordo, mediante parecer vinculante, com o qual seguirá a promoção de arquivamento na esfera penal quanto aos crimes porventura materializados.

Desse modo, ter-se-ia uma profícua relação jurídica para todas as partes envolvidas, mormente porquanto respeitadas as garantias constitucionais sedimentadas. Não haveria qualquer prejuízo, pelo contrário, dada a segurança jurídica proporcionada por um acordo dotado de todos os elementos necessários, evitando-se questionamento judicial posterior. Ao contrário do que se poderia pensar, o procedimento continuaria célere, sem burocracia excessiva, e a forma de celebração do acordo continuaria interessante, tanto para o acordante quanto para o poder público.

Assim, para se ganhar em efetividade, infere-se não ser necessário desprezar as garantias e atribuições precípuas desse importante pilar da democracia brasileira: o Ministério Público.

#### 5.2.2 A Constituição e o Poder Judiciário

A Constituição de 1988 trouxe papéis inéditos ao Poder Judiciário, jamais previstos constitucionalmente. A autonomia institucional, administrativa, financeira e a independência funcional dos magistrados são avanços consideráveis de um forte pilar da democracia moderna.

A carta constitucional consagra o livre acesso ao Judiciário. Princípios da proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) e do devido processo legal (art. 5º, LV) se consubstanciam em pontes decisivas no processo organizatório da Justiça.

A eficaz aplicação dos direitos fundamentais, por meio da proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. Logo, a proteção judicial deve estar, de fato, presente na vida dos cidadãos, sublimando o plano formal. Nesse sentido Gilmar Mendes (2012, p.1297) postula que “O princípio da proteção judicial efetiva configura pedra angular do sistema de proteção de direitos. Conceberam-se novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos”.

O Poder Judiciário brasileiro está disciplinado de forma a trilhar os princípios constitucionais. A atual Constituição conferiu aos juízes e tribunais brasileiros

algumas garantias e diretrizes fundamentais. No entanto, há que se observar a necessidade de proporcionar uma legítima efetividade na prestação jurisdicional.

A materialização do princípio da proteção judicial efetiva indica a necessidade imperiosa de uma justiça célere e eficiente, ligada ao próprio ideal de acesso à justiça. Tal como explícito no inciso LXXVII, do artigo 5º, da Constituição de 1988, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Em particular, quanto ao processamento dos crimes contra a ordem econômica, devem ser considerados, necessariamente, importantes aspectos afetos ao Poder Judiciário, a seguir discutidos.

Primeiro, de se gizar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º XXXV, CF). Logo, a previsão da lei de leniência no sentido de que as decisões do Tribunal Administrativo seriam suficientes de per si é um erro. Não é dificultoso concluir que tal órgão não se insere no organograma do Poder Judiciário, portanto não lhe cabe “dizer o direito” de forma terminativa. Dispõe a Constituição Federal:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016)

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (BRASIL, 1988)

Logo, vê-se com facilidade que a nenhum outro órgão compete exercer a jurisdição, senão aos integrantes do Poder Judiciário. Neste sentido segue Gilmar Mendes:

não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de afazer que, de forma mais ou menos intensa, é levado a efeito pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados (Konrad Hesse apud Mendes, 2012, p. 1298)

Do mesmo modo, ao arripio da Constituição, dispõe a lei de leniência que “o CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional”, muito embora situado na árvore da administração indireta federal, sob a forma de autarquia. Manifesta a incongruência, dado não se poder atribuir a essa entidade competências constitucionais e prerrogativas institucionais privativas do Poder Judiciário. Devendo o exercício da sua função atípica se restringir aos processos de sua competência, ou seja, administrativos, pois do contrário estaríamos produzindo um efeito bis in idem conforme LAMY:

[...] sendo as condutas que tratam do abuso do poder econômico enquadráveis em ambos os âmbitos penal e administrativo e acordo com a legislação antitrustes, tais condutas devem encontrar eficácia, em sua tutela, em apenas uma das duas instâncias ou, ao contrário, ensejariam inexorável bis in idem. (LAMY, 2014, p. 79)

Referida disposição é manifestamente contrária aos princípios constitucionais do juiz natural e do devido processo legal, expressos no art. 5º da Carta Magna:

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

[...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988)

Como se tudo isso não fosse bastante para se entender pela inconstitucionalidade dessas disposições da lei de leniência, tem-se ainda que o Tribunal Administrativo, obviamente não judicial, teria “competência” (atribuição) para declarar extinta a punibilidade do agente.

Segundo CAPEZ, citando Manzini,

jurisdição é uma função soberana, que tem por escopo estabelecer, por provocação de quem tem o dever ou o interesse respectivo, se no caso concreto, é aplicável uma determinada norma jurídica; função garantida, mediante a reserva do seu exercício, exclusivamente aos órgãos do Estado, instituídos com as garantias da independência e da imparcialidade (juízes) e da observância de determinadas formas (processo, coação indireta). (CAPEZ *apud* MANZINI, Curso de Processo Penal, 2005)

Em outra situação, vislumbra-se o desacerto da lei. Por sua disposição, o Tribunal Administrativo, verificando o cumprimento dos termos do acordo de leniência, declararia a extinção de punibilidade dos crimes contra a ordem econômica. Mas não seria do juiz, *strictu sensu*, essa competência? A extinção de punibilidade deve ser reconhecida pelo magistrado e declarada por meio de sentença. De outro modo, reputa-se inexistente.

Destarte, não se pode atribuir legalidade/regularidade a um processo em que questões penais são decididas sem o crivo do Poder Judiciário. Tudo isto é atentatório aos ditames constitucionais, englobando prerrogativas e garantias de ordem supralegal.

A fim de conferir efetividade ao acordo de leniência, sem que restem sacrificados os princípios e garantias constitucionais, indispensável inserir a atuação do Poder Judiciário no procedimento de celebração do pacto. Assim, poder-se-ia positivar a obrigatoriedade de envio dos termos do acordo, após apreciação e opinativo do Ministério Público, ao Poder Judiciário, para que o Juiz de Direito, ciente do quanto proposto e aferindo a efetividade e regularidade do quanto proposto, possa homologar (ou não) o acordo formalizado, declarando-o por sentença.

De outro modo, olvidando-se essas prerrogativas, correr-se-ia manifesto risco de descrédito nas instituições e insegurança jurídica, de maneira que a questão, decidida tão somente na esfera administrativa poderia ser rediscutida no âmbito criminal. Restaria desestimulado o delator, que não mais confiaria nos termos do que lhe fora proposto; restariam desacreditadas as instituições basilares do

ordenamento jurídico; pairaria por longo tempo a insegurança jurídica sobre um acordo de duvidosa legalidade/constitucionalidade.

### **5.3 O Julgamento de Crimes Contra a Ordem Econômica por Órgão Administrativo**

A lei pretendeu conferir, claramente, uma estrutura leve e célere ao processamento dos crimes contra a ordem econômica. Tanto é que a lei 12.529/11, ao situar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no organograma da administração indireta federal, sob a forma de autarquia, primou pela autonomia e racionalização de processos. Além disso, conferiu ao órgão poderes incomuns para um órgão administrativo, conforme se infere da redação do art. 4º da citada lei:

Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei. (BRASIL, 2011)

Bem se percebe uma postura ousada do legislador, ao estabelecer que o CADE é uma "entidade judicante, com jurisdição em todo o território nacional". Ora, bem se sabe que a função jurisdicional é afeta ao Poder Judiciário, e essa previsão legal, ao que parece, tem como fim mitigar o ditame constitucional.

Nesse arrimo, expõem-se construções doutrinárias a defender essa abertura judicante. Assim ensina FONSECA (1995), explicando que isso significa "uma abertura para a criação de órgãos capazes de exercer a mesma função peculiar ao Poder Judiciário, mas com maior proficuidade em razão da especialização da matéria".

De qualquer modo, MENDES (2012) pondera que o crivo do Judiciário não está dispensado, ainda que a questão tenha sido processada e "julgada" na esfera administrativa:

Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade). Daí a necessidade de que, na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do Poder Judiciário e do próprio juiz em

relação aos demais Poderes ou influências externas. (MENDES,2012, p.1298).

Neste mesmo sentido segue PAULO; ALEXANDRE (2015, p.630) ao afirmar que o Brasil assumiu o sistema inglês ou sistema de unicidade de jurisdição, ou seja, somente o poder judiciário tem jurisdição, somente ele pode dizer em caráter definitivo o direito, não havendo coisa julgada administrativa.

Não obstante tais argumentos, como se disse alhures, o exercício da “jurisdição” por órgão administrativo não encontra respaldo no sistema jurídico nacional e na Constituição, uma vez que conflitante com vários princípios (investidura, indelegabilidade, inevitabilidade, inafastabilidade, juiz natural), e com garantias e funções precípuas do Poder Judiciário.

A decisão administrativa, quando muito, teria o condão de formalizar uma proposta de acordo. Em caráter não vinculante, estaria sujeita a um primeiro filtro, o do Ministério Público, que decidiria pela promoção, ou não, da ação penal; e, em outro nível, ao crivo do Poder Judiciário, que daria a última palavra sobre a possível irradiação de efeitos na esfera penal (extinção de punibilidade).

## **6 ACORDO DE LENIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL**

### **6.1 Titularidade e Indisponibilidade da Ação Penal**

O Estado, no momento histórico em que toma para si o monopólio da administração da justiça, proíbe o particular de exercer a autotutela, regulamentando o direito de agir, e fazendo nascer, nesse toar, a Ação Penal. Fernando Tourinho expõe que “é exatamente nessa proibição imposta pelo Estado aos particulares de fazer justiça com as próprias mãos que repousa o fundamento do direito de ação” (TOURINHO, 2013, p.159).

Enquanto detentor do poder jurisdicional, o Estado, diante da impossibilidade de figurar no polo da demanda, institui órgão com essa finalidade, o Ministério Público. Este ente, por sua vez, não sendo autor da Ação Penal Pública Incondicionada, dela não poderá dela dispor, já que detém o poder-dever de promovê-la. Nesse sentido, esclarece Fernando Tourinho:

[...] a ação penal pertence ao Estado. Como este não pode estar em juízo, dada a sua qualidade de pessoa jurídica, institui órgãos com essa finalidade: são os órgãos do Ministério Público. Daí dizer-se que o Ministério Público tem o exercício da ação penal, mas esta não lhe pertence, e sim ao Estado [...] (TOURINHO, 2013, p. 16).

Restando inequívoca a obrigatoriedade legal, impõe-se ao Ministério Público um dever, e não uma discricionariedade, quanto ao oferecimento da denúncia:

[...] por não lhe pertencer, não podem os órgãos do Ministério Público dela desistir, transigindo ou acordando, pouco importando seja ela condicionada ou incondicionada. Entre nós, o art. 42 do CPP, as expressas, veda a desistência da ação penal pública [...] (TOURINHO, 2013, p. 168).

Ao analisarmos o papel do Ministério Público frente aos crimes contra a ordem econômica, considerados de Ação Pública Incondicionada, há um silêncio da lei quanto à obrigatoriedade de agir do titular da Ação. Sabemos que Ministério Público não pode, como visto, dispor da Ação Penal, devendo ser promovida contra todos os envolvidos no delito. Em conformidade com este pensamento, segue Siqueira:

Inicialmente, o acordo de leniência com aspectos penais implica em violação de atribuição típica do Ministério Público, posto que por força de imperativo constitucional ele é titular de ação Penal (art.129, I, da CRFB), e ao prever que uma autarquia pode livremente dizer onde há ou não razão ou motivação política-criminal idônea para repelir a aplicação de pena no direito penal, há criação de perigoso precedente a inflição de elementos políticos afetando diretamente a atuação do MP. (SIQUEIRA, 2015, p. 34).

Dessa forma, ainda que o Ministério Público não vislumbre elementos suficientes para levar adiante uma ação penal, deve obrigatoriamente manifestar-se, sendo que, nesse caso, deverá opinar pela promoção de arquivamento. Mas essa decisão cabe somente ao órgão ministerial, e não a entes administrativos, e nem mesmo ao Poder Judiciário (vide art. 28 do Código de Processo Penal).

## **6.2 Produção de Efeitos Penais via Esfera Administrativa**

Os crimes contra a concorrência, claramente delineados por Silveira (2014), são o alvo central da prefalada Lei nº 12.529/11, dado o potencial pernicioso dessas condutas à ordem econômica.

De todo modo, hoje, tem-se como criminosa, a conduta de abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; bem como formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas ao controle regionalizado do mercado por empresas ou grupos de empresas; ao controle em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. (SILVEIRA, 2014, p. 567).

O processamento das condutas delitivas contra a ordem econômica gera efeitos penais e administrativos. Segundo Rassi (2014), o entendimento jurisprudencial é no sentido de que não sejam gerados efeitos benéficos na esfera criminal em decorrência da formalização de acordo administrativo. Veja-se:

Expressivo nesse sentido é o entendimento esposado em precedente do Superior Tribunal de Justiça, negando qualquer efeito benéfico na esfera criminal diante da celebração de termo de ajustamento de conduta celebrado no âmbito de inquérito civil de crime contra as relações de consumo [...] (RASSI, 2014, p. 265).

Entretanto, a Lei menciona efeitos penais e até extinção de punibilidade, claramente de natureza criminal, cuja aplicabilidade ficaria a cargo de um órgão administrativo, no caso, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Verifica-se, pois, uma flagrante impropriedade, posto que não há qualquer vinculação da esfera penal ao que foi decidido na esfera administrativa. Nesse diapasão, posiciona-se Soares (2010), ao analisar a participação do órgão administrativo, pontuando:

[...] o acordo de leniência firmado pela SDE não poderá ser oposto ao Ministério público como forma de impedir o oferecimento da denúncia, visto que, o órgão acusatório não participou daquele pacto, inexistindo qualquer vinculação àquilo que fora exposto na esfera administrativa [...]. (SOARES, 2010, p. 7).

O processamento dos crimes previstos na Lei nº 8.137/90 tem como resultado, muitas vezes, a extinção da ação punitiva ou redução de um a dois terços da penalidade, bem como a suspensão do curso do prazo prescricional, e o impedimento do oferecimento da denúncia. Com a participação do titular da Ação decidida de forma discricionária pelo órgão administrativo aplicador, mitiga-se sobremaneira o Princípio da Indisponibilidade.

Desta forma, duas vertentes doutrinárias são visíveis: uma sustenta que o acordo poderá ser decretado sem, com isso, implicar em mitigação da indisponibilidade; outra que acredita que o Ministério Público deverá oferecer a Denúncia, pois esta é indisponível.

Silveira (2014) entende que a eventual mitigação da indisponibilidade estaria limitada, se muito, aos crimes previstos na Lei nº 8.137/90:

Por outro lado, mesmo que se entendesse que o Acordo de Leniência colocasse freios no Ministério Público, tais freios estariam limitados aos crimes da Lei nº 8137/1990, do art.90 da Lei 8666/1993 e o crime do art. 288 do Código Penal (consoante o Art. 87 da Lei 12529/2011). Nada impediria denúncia ministerial por incidência em falsidade ideológica, uso de documentos falsos, constrangimento ilegal, ameaça ou outros crimes quaisquer. (SILVEIRA, 2014, p. 579).

Assim, em consectário da corrente que defende a viabilidade do acordo, considerando não haver ofensa ao princípio da indisponibilidade, defende-se a

descriminalização das condutas. Segundo o argumento, a pena privativa de liberdade deve ser utilizada como “*ultima ratio*” estatal, sendo que a responsabilização concomitante na esfera administrativa e penal constituiria *bis in idem*, dado que a reprimenda penal seria apenas um reforço à punição imposta pela área administrativa.

Por outro lado, há doutrinadores que defendem o rigor na aplicação da penalidade, como meio de coerção e incentivo ao estabelecimento de acordo. Assim dispõe Martinez (2014):

Um programa de leniência apenas será efetivo se, além de haver ameaça de sanções severas para aqueles que não delatarem o esquema, o membro do arranjo ilícito tiver receio de a conduta ser detectada pelas autoridades por meio de investigações independentes. Além de instrumentos alternativos de investigação—como a possibilidade de conduzir diligências de busca e apreensão e existência de canais efetivos de denúncia por terceiros, inclusive anônimos[...]. (MARTINEZ, 2014, p. 27).

Na realidade externa, a exemplo dos Estados Unidos, berço do acordo de leniência, foi notório que o endurecimento surtiu efeitos positivos. Além disso, os crimes contra a ordem econômica normalmente estão associados a outros delitos, cuja responsabilização criminal se impõe, não sendo razoável se falar em descriminalização, a qual poderia soar como sinônimo de impunidade.

Por oportuno, há que se reconhecer que a vontade do legislador, com a tipificação dos crimes concorrenciais previstos na Lei nº 8.137/90, foi considerar a existência de conduta delitiva, e não somente de infração administrativa.

No entanto, o próprio legislador apresenta-se contraditório, estabelecendo que o órgão administrativo decida de forma discricionária pela extinção da punibilidade, em clara afronta à separação das instâncias. A não homologação do acordo pelo Poder Judiciário levaria a uma situação *sui generis*, sem previsão no ordenamento jurídico. Lamy (2014, p.193) propõe como solução a “sanção do Judiciário à celebração do acordo para que não fosse sacrificada a Constituição Federal de 1988”.

## **7 VIABILIDADE E APLICABILIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA**

### **7.1 Da Necessidade de Criminalizar o Abuso do Poder Econômico**

A ordem econômica constitui-se em diretrizes estruturantes que servem de norte normativo para o desenvolvimento econômico do país. Em última análise, esse desenvolvimento jamais pode se desgarrar da responsabilidade social, visando ao bem comum, à redução das desigualdades sociais e ao estímulo concorrencial. A livre iniciativa é um dos pilares dessa ordem, entendida como a atuação direta e espontânea do cidadão no campo econômico, cabendo ao poder público tão somente regular e fiscalizar eventuais excessos.

A execução de atividades econômicas, apesar de livre, não há de se supor desregrada, não sendo cabíveis condutas ilícitas ou irregulares. Assim, a regulação do mercado é de suma importância, a fim de prevenir e reprimir a ocorrência de desvios, daí ser estratégico se falar em combate aos crimes contra a ordem econômica.

Por essa razão, eis que surge o acordo de leniência, numa tentativa de inviabilizar práticas corrosivas da livre concorrência e da livre iniciativa. No entanto, a medida citada, dotada de objetivos profícuos, deve ocupar-se em ser efetiva e ao mesmo tempo, legítima, de modo a não “atropelar” bases jurídicas já instituídas.

Entendeu-se, em dado momento, que a repressão às práticas abusivas, somente no âmbito administrativo, se mostrava insuficiente para tutelar bem jurídico de tamanha importância – a ordem econômica. Assim, houve-se por bem tipificar penalmente essas condutas, de modo a reprimi-las com mais vigor.

O Poder Público, assim, vive a necessidade de proteger o aludido bem jurídico, lançando mão de procedimentos que se pretendem eficazes, como é o caso do acordo de leniência. Entretanto, nesse afã, evidencia-se um embaraçamento de institutos e normas, gerando-se uma confusão entre as esferas administrativa e penal. Assim se diz porquanto algumas funções incumbidas institucionalmente a alguns órgãos, em se tratando de persecução penal, acabam por ser avocadas por órgãos administrativos, disso podendo resultar a discussão acerca da própria legitimidade dos procedimentos e respectivas decisões.

É certo que o objetivo maior do acordo de leniência é a proteção à ordem econômica, pelo qual se objetiva conferir maior efetividade às investigações. Contudo, sendo medida de cunho administrativo, encontra dificuldades em se adaptar ao processo penal vigente, quando da persecução criminal.

A ordem econômica, como se disse, encontra seus fundamentos na Constituição Federal, especificamente em seu Título VII. Tem por fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, pressupondo, assim, a adoção de práticas lícitas e estruturantes.

Entretantes, nem sempre os fins almejados pela atividade econômica desenvolvida constituem objetivos lícitos, satisfazendo tão somente a interesses restritos de pequenos grupos. Embora isso interesse a alguns, acaba por prejudicar o coletivo, visto que, ao se aumentar exorbitantemente os lucros ou eliminar a concorrência local, por exemplo, afeta-se diretamente a realidade de alguns empreendedores e, indiretamente, a ordem econômica estabelecida. Assim, o desestímulo e a repressão a esse tipo de práticas danosas se impõem como medida de sobrevivência econômico-social.

O Estado, com o fito de coibir essas condutas incompatíveis com o ordenamento jurídico, valeu-se de diversos mecanismos. Tomando por base a Lei n.º 8.137/1990, previu a imputação de multas e penas restritivas de liberdade para os infratores. Mais adiante, através da Lei 12.529/2011 (conhecida como lei antitruste), estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Já a partir da Lei n.º 8.884/94, revogada pela Lei 12.529/11, havia esse interesse em combater as infrações contra a ordem econômica. A partir daí o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) passou a ser uma autarquia federal, com poderes próprios de fiscalização e independência funcional. O acordo de leniência, então criado, foi reiterado na novel legislação, por ser visto como importante ferramenta para o procedimento de investigação. Não se previu, todavia, as complexas consequências desse instituto no campo da persecução penal.

A atividade econômica desenvolve-se espontaneamente, a partir da livre iniciativa e concorrência. A despeito disso, ocorre que os desvios do seu curso

normal, não previstos ordinariamente, tendem a desequilibrar seu funcionamento harmônico e, para restabelecer o equilíbrio, surge a necessidade de atuação do Estado, intervindo quando necessário. Apesar desse combate ao abuso de poder econômico, não há que se falar em controle estatal, mas tão somente regulação. Caso a ordem econômica reste malferida, intervém o poder público, até então inerte como mero expectador, passando a ser o agente fiscalizador, buscando resguardar os interesses coletivos.

Como visto, a iniciativa e a concorrência livres situam-se em patamar de normalidade em uma ordem econômica que se pretende equilibrada e salutar. Segundo a doutrina, livre concorrência vem a ser:

[...] a liberdade para competir no mercado, consistindo a concorrência na existência de diversos agentes que, num mesmo tempo e espaço, buscam um mesmo ou similar objetivo. (...) Nesse domínio, a concorrência decorre, como consequência necessária, da liberdade de iniciativa econômica, sendo então adjetivada como 'livre', isto é, acessível a todos, liberta de certos obstáculos que têm por efeito impossibilitar ou dificultar sobre maneira a acessibilidade, a todos, de ofertar, num mesmo mercado, bens ou serviços iguais, similares ou análogos, por parte de diversos operadores." (REALE JUNIOR, Miguel. Problemas Penais Concretos. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 73).

A Constituição da República Federativa do Brasil é assertiva em dispor que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (artigo 173, § 4.º). O abuso pode ser sinteticamente entendido da seguinte maneira, segundo, Cartilha do CADE:

Abuso de poder econômico é o comportamento de uma empresa ou grupo de empresas que utiliza seu poder de mercado para prejudicar a livre concorrência, por meio de condutas anticompetitivas. A existência de poder de mercado por si só não é considerada infração à ordem econômica. (Brasil, 2016, p.9)

Importante gizar que nem sempre quando ocorre uma dominação de mercado se verifica infração à ordem econômica. *Verbi gratia*, pode uma empresa, lícitamente, racionalizar seus custos e métodos de produção, conseguindo maior efetividade e, via de consequência, dominar determinada fatia de mercado.

Inobstante, não é esse tipo de conduta a que se presta o escopo da lei antitruste e dos mecanismos de defesa da ordem econômica, mas sim as práticas fraudulentas de dominação e eliminação de concorrência, como a fixação de preços predatórios ou a criação de cartéis. O cartel, a propósito, pode ser assim delineado:

Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível. Os cartéis, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. (cartilha do CADE, 2016, p.14)

O cartel, forma clássica de abuso do poder econômico, funda-se em um acordo entre empresas concorrentes do mesmo ramo, no sentido de dominar certa fatia de mercado, eliminando a eventual concorrência que fique de fora desse ajuste. Pode ser de duas espécies: horizontal (quando o ajuste se dá entre concorrentes diretos, no mesmo nível da cadeia produtiva) ou vertical (quando os agentes econômicos atuam em diferentes níveis na cadeia produtiva). Esses ajustes, como é possível inferir, têm o poder de prejudicar todo um segmento de mercado, incluindo, além das empresas diretamente afetadas pela concorrência desleal, os consumidores, fornecedores e distribuidores, inviabilizando o desenvolvimento econômico.

A proteção da ordem econômica, por meio da responsabilização criminal, visa a conferir maior rigidez à reprimenda, devido ao grau de reprovabilidade do abuso de poder econômico. Vale dizer que o crime contra a ordem econômica se constitui num conceito evoluído de tipo penal, pois já não cuida de um único destinatário, mas de um interesse supra individual, legitimamente difuso, não excluindo a proteção de eventuais interesses individuais lesados.

A ordem econômica é um bem jurídico pertencente à coletividade, e não ao Estado. A este compete promover a defesa do aludido bem, cujo funcionamento harmônico é pressuposto para o desenvolvimento social. Assim, é coerentemente justificável criminalizar condutas que atentem contra essa ordem, mesmo que em abstrato. Visto, assim, que o sujeito passivo do delito é a coletividade, o sujeito ativo,

por seu turno, vem a ser o representante da empresa (o responsável por suas decisões), ou a pessoa física que incida no tipo penal que configure abuso do poder econômico.

Os tipos penais que definem as condutas contra a ordem econômica são taxativos, por sua natureza criminal. Trata-se de ações voltadas à coletividade e, portanto, nem sempre de fácil subsunção à norma. Daí surge a necessidade de maior cuidado hermenêutico, a fim de se evitar interpretações extensivas.

A teor do quanto disposto na Lei n.º 8.137/90, já com a nova redação dada pela Lei nº 12.529/11, constitui crime contra a ordem econômica (artigo 4º):

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

Entendem alguns autores que tais crimes, embora obviamente pertencentes ao ramo do Direito Penal, não devem se sujeitar exclusivamente à disciplina do *codex* repressivo. Em outras palavras, sugere-se uma flexibilização ao tratar desses delitos, posto que, tendo as relações sociais se tornado tão complexas, os conceitos tradicionais da teoria do crime não são mais suficientes para abarcar essas novas facetas e seus efeitos. A ordem econômica seria um exemplo ideal disso, exigindo-se a interdisciplinaridade de disposições penais e extrapenais (no caso, administrativas e econômicas).

Seja como for, tais condutas, atentatórias à ordem econômica, não podem ficar impunes. Eventual decisão política de descriminalizá-las significaria um

enfraquecimento estatal, uma permissividade perigosa, estimulando-se de forma indireta a ocorrência desses crimes. É neste sentido que pontua MARTINEZ:

Um programa de leniência apenas será efetivo se, além de haver ameaça de sanções severas para aqueles que não delatarem o esquema, o membro do arranjo ilícito tiver receio de a conduta ser detectada pelas autoridades por meio de investigações independentes. Além de instrumentos alternativos de investigação—como a possibilidade de conduzir diligências de busca e apreensão e existência de canais efetivos de denúncia por terceiros, inclusive anônimos[...]. (MARTINEZ, 2014, p. 27).

## 7.2 O Acordo de Leniência e a Realidade Brasileira

Os órgãos brasileiros de proteção à concorrência já têm o acordo de leniência à disposição há alguns anos, o que denota já existirem dados suficientes para avaliar os resultados obtidos até então. A depender do ponto de vista, se conservador ou liberal, a análise muda completamente.

Ao que se pode verificar, houve avanços, mas que poderiam ser mais expressivos. Atribui-se como maior gargalo para a vazão de mais processos e condenações a dificuldade de obtenção de provas. E por essa razão, tende-se a flexibilizar normas procedimentais, dada a inexistência de mecanismos suficientes à captura de informações negadas. Daí a justificativa para conferir ao acordo de leniência esse tratamento todo especial.

As fraudes em licitações públicas, a combinação de preços, as práticas abusivas de um modo geral ainda ocorrem de modo muito velado, por resguardar interesses que movimentam grandes cifras. A participação efetiva de um ou alguns dos membros da organização criminosa seria de fundamental importância para desbaratar esses esquemas.

É bem verdade que o atual momento econômico e político pelo qual o país atravessa tem motivado uma verdadeira “caça às bruxas”, pela qual se busca realizar uma limpeza num cenário de corrupção e fraudes de toda espécie. As delações premiadas por parte de grandes grupos empresariais têm abalado as estruturas de setores estratégicos, colocado no polo passivo titulares de cargos de alto escalão. Isso pode vir a influenciar e favorecer as investigações no meio

econômico, através do acordo de leniência, aproveitando o ensejo dessa expurgação de práticas condenáveis do seio da sociedade brasileira.

### **7.3 Adaptações do Acordo de Leniência ao Ordenamento Jurídico Pátrio**

O acordo de leniência, nessa esteira, viria a ser uma medida aplaudida por todos os operadores do Direito e pela sociedade, pelos fins almejados na elucidação de crimes contra a ordem econômica. Contudo, como já dito, impõem-se algumas adaptações para que possa lograr pleno êxito em sua aplicação. Um equilíbrio, uma flexibilização de normas, um caminho alternativo entre o Direito Processual Penal e o Direito Administrativo, que não precisam ser conflitantes, mas complementares. Não é outra a posição de estudiosos do tema:

O impacto gerado pelo acordo de leniência na esfera penal não vem sendo muito aplaudido, em razão dos critérios subjetivos e obscuros que permeiam a sua celebração e sobretudo, os seus resultados, o acordo de abrandamento ao invés de representar um estímulo a delação e a conseqüente destruição da ação criminosa dos cartéis tem se revelado fator de inestimável risco ao delator, provocando uma indesejável segurança jurídica (SALOMI, 2012, p.185).

Existem, com efeito, muitos aspectos a serem considerados para a aplicabilidade e plena efetividade do instituto. Um deles seria, certamente, garantir a participação do Ministério Público, sem malferir suas garantias constitucionais quanto à titularidade da ação penal e sua indisponibilidade; outro, reservar ao Poder Judiciário a palavra final sobre a leniência, em especial sobre a redução de pena e extinção de punibilidade.

Não se sabe ao certo porquê, mas a Lei de Leniência houve por bem deixar ao cargo de órgãos administrativos o processamento e julgamento de crimes contra a ordem econômica. Isto provocou um verdadeiro desarranjo no sistema jurídico instituído.

Impende considerar: a busca da efetividade da persecução aos crimes contra a ordem econômica; a independência das esferas administrativa e criminal; os princípios, garantias e competências constitucionais do Ministério Público e do

Poder Judiciário. Diante de tudo isso, deve-se encontrar um ponto de equilíbrio para que os fins almejados sejam alcançados, sem o fantasma da insegurança jurídica.

Nesse objetivo, vislumbra-se, para plena eficácia e efetiva regularidade do acordo de leniência, a necessidade de adaptações. Primeiro, a não adoção de fórmulas extremadas, tais quais: 1) nem descriminalizar as condutas, nem relegar o processamento dos crimes somente ao âmbito administrativo, com efeitos na esfera penal; 2) não reputar inteiramente inconstitucional e imprestável ao ordenamento jurídico a Lei de Leniência, por se entender válidos tão somente os atos produzidos no âmbito judicial. Em segundo lugar, buscar justamente uma forma equilibrada de aproveitar os institutos do acordo de leniência, que visam a conferir celeridade e efetividade de procedimentos, inserindo em sua participação o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Como se pode imaginar, é absolutamente indesejável a sensação de insegurança jurídica, bem como o descrédito das instituições públicas. A fim de evitar isso, há que se considerar os seguintes aspectos, impostos pela necessidade de uma política pública eficaz no combate aos crimes contra a ordem econômica:

a) Primar pela efetividade e celeridade dos procedimentos persecutórios dos crimes contra a ordem econômica, garantindo autonomia funcional ao CADE, ao Tribunal Pleno e aos demais órgãos administrativos;

b) Seja antes de iniciada a investigação ou após a instauração do procedimento, hipóteses em que poderá ser concedida, respectivamente, a extinção de punibilidade ou a redução da pena de um a dois terços, a autarquia federal deverá elaborar a minuta do acordo de leniência com o infrator, obviamente, com a concordância deste em colaborar de modo efetivo com as investigações;

c) A Superintendência-Geral, tendo verificado, *prima facie*, a regularidade dos termos do acordo, submeteria, obrigatoriamente, o pacto proposto à análise do Ministério Público;

d) O Ministério Público verificaria a existência de materialidade delitiva e a ocorrência de elementos suficientes para propor a ação penal. Diante disso, avaliaria se seria mais adequada a persecução criminal, não obstante o procedimento administrativo, ou se a reprimenda administrativa seria suficiente para conferir um

caráter punitivo à conduta, situação em que pediria arquivamento na esfera penal, concordando com os termos do acordo e/ou sugerindo ajustes;

e) Novamente à disposição do Tribunal Administrativo, o acordo seria formalizado. Feito isto, os autos seriam remetidos ao Poder Judiciário para decidir sobre sua homologação. O Juiz de Direito competente verificaria o cumprimento das formalidades legais e constitucionais, bem como o atingimento dos objetivos colimados com o acordo de leniência, após o que decidiria pela necessidade de alterações ou, enfim, decretaria por sentença a extinção de punibilidade.

Esse procedimento idealizado, como meio termo, teria por mérito seguir a diretriz de combate efetivo aos crimes econômicos, e, concomitantemente, garantir respeito os poderes e instituições públicos, bem como, em última análise, a tão necessária segurança jurídica.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, diante do exposto, que a aplicação integral da Lei de Leniência, no que se refere ao acordo, gera insegurança aos beneficiários, devido às diversas incompatibilidades demonstradas. Como visto, a condução do procedimento exclusivamente por órgão administrativo poderia ensejar anulação pela via judicial, sem impedir o oferecimento da denúncia por crimes contra a ordem econômica, ou mesmo por delitos correlatos.

O instituto de leniência quantos aos crimes da Lei 8.137/90 e dos demais delitos relacionados à prática de cartéis, como os da Lei 8.666/1993, tornou possível a extinção da punibilidade pela via administrativa, devido à intenção do legislador em tornar o pacto de colaboração mais atraente, já que, seria desinteressante para as empresas contribuírem com uma investigação cujo resultado final poderia ser a punição criminal. No entanto, pode o Ministério público por força da Lei ficar impedido de oferecer a denúncia, porém este impedimento não teria o condão de impedir o oferecimento face aos outros crimes resultante destes.

A lei, apresenta ainda alguns conflitos com normas do ordenamento jurídico. Nesse caso, há que se considerar a supremacia da Constituição sobre as demais normas (hierarquia constitucional). O programa de leniência, tal qual previsto na lei 12.529/11, é benéfico e é necessário, porém não se pode deixar de observar os direitos fundamentais constitucionais.

A intenção do Estado, no entanto, com intuito de proteger a propriedade, a dignidade humana e as relações de trabalho, promoveu a “administratização”, evitando que mais uma empresa feche as portas, bem como, atrair participantes através de benefícios como a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem econômica, chegando-se aos culpados de maneira célere e evitando maiores prejuízos à economia, à propriedade privada e ao consumidor. E ainda por este ser a vítima imediata por sentir diretamente os prejuízos dela decorrentes

Entretanto, não há óbice a utilização de tal instituto (acordo de leniência), desde que, haja adequação deste ao ordenamento jurídico brasileiro, porém a homologação do acordo pelo poder judiciário supriria a problemática, já que, a sua

aplicação tem sido de grande importância devido ao auxílio na descoberta de crimes de difícil desarticulação. Torna-se necessário, portanto, a reformulação do instituto, ponderando os seus efeitos para que estes sejam claros e adequados às leis vigentes e à constituição. Restando claro, que um outro ponto seria tornar esses crimes infrações administrativas, já que, o direito penal é a Ultima ratio.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Alex Muniz. Direito Constitucional Positivo. 2ª ed. São Paulo: Edijur, 2015. p. 591-609.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

\_\_\_\_\_, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

\_\_\_\_\_, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.

\_\_\_\_\_, Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

\_\_\_\_\_, Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

\_\_\_\_\_, Ministério da Justiça. Cartilha do CADE de Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Disponível em:

[http://www.pregao.sp.gov.br/downloads/Cartilha\\_Carteis.pdf](http://www.pregao.sp.gov.br/downloads/Cartilha_Carteis.pdf), acesso em 07 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_, Ministério da Justiça. Modelo Padrão de Acordo de leniência, disponível em: [http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/modelo\\_acordo-de-leniencia\\_bilingue.pdf](http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/modelo_acordo-de-leniencia_bilingue.pdf). Acesso em 25/04/2017.

\_\_\_\_\_, Conselho de Administrativo de Defesa da Econômica. Guia Prático do CADE, disponível em: [www.cade.gov.br/aceso-ainformacao/...da...cade.../guia\\_cade\\_3d\\_100108.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-ainformacao/...da...cade.../guia_cade_3d_100108.pdf). Acesso em 28/04/2017

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito Antitruste Brasileiro*: Comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. **Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015.

FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **O COMBATE À CORRUPÇÃO e comentários à Lei de Responsabilidade de pessoas jurídicas (Lei n. 12,846, de 1º de agosto de 2013)**. Atualizada de acordo com o Decreto n. 8420, de 18 de março de 2015, saraiva, São Paulo, 2015.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. O Ministério Público e o acordo de Leniência. Boletim do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 83, p.6-9, nov. 2007

GRAU, Eros Roberto. A ordem Econômica na Constituição de 1988. 17ª ed. atual., Maleiros Editores, 2015. P.169-343.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014. p.181-194;

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. Modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista digital de direito administrativo, v. 2, no2, p. 509-527, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/>.

MARTINEZ, Ana Paula. Desafios do acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013. Revista do Advogado, São Paulo, v. 34, n. 125, p.25-30, dez. 2014

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Acordos de leniência. Evolução do instituto na legislação brasileira. Abrangência, legalidade e atualidade da MP nº 703/2015. Parecer. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p.05-29, dez. / jan. 2016

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. rev. atual. São Paulo, Saraiva, 2012, p.1297-1352.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 16ª ed. rev. Amp. Atual. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2017. p. 933-969 e 723-730.

PRADO, Luiz Regis. Da Delação Premiada: Aspectos de Direito Processual. Boletim do IBCCrim, n. 0 159, p. 10-12, fevereiro de 2006, p. 10)

RASSI, João Daniel. Considerações iniciais sobre o acordo de leniência na nova lei anticorrupção (lei n. 12.846, de 1 de agosto de 2013). In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. São Paulo: LiberArs, 2014. 616 p., 23 cm. ISBN 978-85-64789-46-1. p.259-269.

REALE JUNIOR, Miguel. Problemas Penais Concretos. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 73.

SALES, Roberth Sales; BANNWART, Clodomiro José O acordo de leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. Revista de Direito Público, p. 34- Londrina, 2015. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/23525>. Acesso em 04/04/2017.

SALOMI, Maíra Beauchamp. O acordo de leniência e seus reflexos penais. Dissertação (mestrado em direito penal) apresentada perante a Faculdade de Direito de São Paulo, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). Livro homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. 775 p., 24 cm. ISBN 978-85-62027-48-2. p.561-585

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. Acordo de leniência e seus reflexos penais. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 12, n. 68, p.32-39, out./nov. 2015

SOARES, Rafael Junior. Da impossibilidade do uso do acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 215, p.6-7, out. 2010.

TOURINHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 16ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158-217.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 33ª ed. rev. atual. até a emenda constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016. p.819-846.

SALES, Marlon Roberth; JUNIOR, Clodomiro José Bannwart. O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set./dez.2015 |