

Dos acordos de leniência no Brasil

Ives Gandra da Silva Martins*

Introdução

Tenho lido muitas críticas de juristas, membros do *Parquet* e jornalistas à Medida Provisória 703/2015, sem, entretanto, compreendê-las, visto que acordos de leniência estão incorporados à legislação brasileira desde 2000, com a alteração da lei sobre abuso de poder econômico (Lei 8.884/1994).

Sendo assim, neste artigo me proponho a analisar a evolução do instituto da leniência na legislação brasileira.

Inicialmente, entretanto, algumas considerações fazem-se necessárias.

A primeira delas é que reitero tudo o que escrevi e disse em artigos, pareceres e palestras, sobre a Operação Lava Jato, assim como sobre o relevante papel que a Polícia Federal e o Ministério Público têm realizado nesta depuração de costumes políticos do País.¹ A segunda observação é que entendo, como também já escrevi, que todo o sistema imposto pelo

Governo nestes últimos anos, bem definido pelo Ministro Jacques Wagner em entrevista para a *Folha* em 03/01/2016, mais assemelhou-se à *concussão* do que à *corrupção*, pois, as empresas que não aceitassem as *regras do jogo*, pura e simplesmente deixariam de existir para o serviço público federal. A frase, embora de cunho popular, dita pelo referido ministro para esclarecer que o PT adotou *técnicas antigas* de administração — “Quem nunca comeu melado, quando come se lambuza”² — é suficientemente expressiva para caracterizar mais a *concussão* que a *corrupção*.

A terceira consideração é de que continuo considerando, apesar da admiração que nutro pela coragem e pelos conhecimentos do Juiz Sérgio Moro, que forçar as “delações premiadas” mediante prisões alongadas no tempo violenta o art. 5º, inciso III, da CF, assim redigido:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante [...]³

Dirirjo, também, de seu entendimento quanto à forma de evitar a *concussão* — ou seja, se uma empresa não quiser aceitar as *regras do jogo*, é só não concordar com a imposição ilegal da autoridade —, pois, não poucas vezes, a não aceitação das exigências feitas implica paralisação das atividades e desemprego em massa, principalmente nas grandes corporações,

* Professor emérito das Universidades Mackenzie, Unip, Unifesp, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – Eceme, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor *honoris causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul, e catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomércio – SP. Fundador e presidente honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/ Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.

¹ Escrevi para *O Estado de São Paulo* os seguintes artigos sobre o tema: *Uma interpretação conveniente* (05/05/2015); *O direito de defesa e a crise brasileira* (21/07/2015 – Espaço Aberto); *A necessidade não conhece princípios*, (1º/09/2015); *Venezuela: o prelúdio das fraudes* (1º/11/2015); *O “impeachment” por culpa grave* (22/12/2015); Para a *Folha de São Paulo*: *A hipótese de culpa para o “impeachment”* (03/02/2015); *Reforma política para o bem do país* (06/05/2015); *Responsabilidade Fiscal e Pedaladas* (14/07/2015); *Mentiras presidenciais* (1º/11/2015); Pela *Dialética* e *Revista dos Tribunais* foi publicado parecer que escrevi com Antonio Cláudio Mariz de Oliveira: *O direito de defesa na Constituição. A natureza jurídica da prisão preventiva. Exercício abusivo como forma de obtenção de delações premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer*. Em todos eles, com algumas ressalvas, elogiando a atuação da PF e do MP.

² *Folha de São Paulo*, 03/01/2016, p. 1 do 1º Caderno.

³ Celso Ribeiro Bastos comenta-o:

“O direito à inviolabilidade tanto física quanto moral é certamente um daqueles de mais difícil realização, uma vez que são múltiplas as fontes das quais podem surgir as mais diversas modalidades de atentar contra a intocabilidade do ser humano, quer nos seus aspectos físicos, quer nos morais.

A redação do inciso guarda uma similitude muito grande com aquela dada ao tema pela Constituição portuguesa, art. 25.

A única diferença saliente é que no texto português há uma proclamação solene que antecede o artigo sob comento.

Fica ali consagrado que a integridade moral e física dos cidadãos é inviolável.

Cremos que o nosso Texto nada perdeu com essa exclusão, preferindo ir de maneira mais completa às formas que mais rudemente atentam contra a integridade física e moral dos indivíduos. É uma constante na história humana a tentativa de banir qualquer procedimento que possa ganhar foros de crueldade e degradação” (*Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 40).

que possuem quadros especializados na prestação de serviços ou na produção de bens com tecnologia avançada. Na verdade, ou aceita as *regras do jogo* ou fecha, gerando impacto social de monta.⁴

Tais divergências não alteram a admiração que nutro pelo magistrado. Exponho minhas ideias com o direito de um velho professor que, durante toda a sua vida, lutou pela moralização de costumes políticos e administrativos no País, e que deixou de aceitar inúmeros convites para ocupar relevantes cargos públicos, por sentir-se vocacionado apenas para a advocacia e para o magistério. Sinto-me, pois, à vontade para externar esta opinião pessoal, apesar de ter plena consciência de minhas muitas limitações. Nunca me arrependi, nestes 58 anos de exercício profissional, da opção feita.⁵

Mas é exatamente à luz da necessidade de examinar a realidade da empresa como uma entidade social, que principio a examinar a MP 703/2015, para mim, um dos diplomas legislativos mais necessários,

neste momento de profunda recessão a caminho da depressão econômica por que passa o País.⁶

Da função social da empresa

Sinto-me à vontade para defender a medida provisória, por variados motivos, antes mesmo de aprofundar-me no exame das ressalvas, garantias, contrapesos e restrições impostos pelo diploma para quem quiser se beneficiar da medida nela prevista.

Everaldo Augusto Cambler coordenou o livro *Fundamentos do Direito Civil Brasileiro*, com a colaboração dos seguintes autores: Alessandra Helena Neves, Álvaro Villaça Azevedo, Andréa Luísa de Oliveira, Antônio Carlos Mathias Coltro, Araken de Assis, Fábio Ulhôa Coelho, Hilário de Oliveira, Ives Gandra da Silva Martins, Luciano Benetti Timm, Luis Paulo Cotrim Guimarães, Maria Alice Zaratin Lotufo, Newton de Luca, Renato Vieira Caovilla, Roberto Grassi Neto, Rodrigo Mazzei, Rogério Donnini, Rubens Carmo Elias Filho, Suzana Maria Pimenta Catta Preta e Vladimir Oliveira da Silveira.

A seu convite escrevi trabalho sobre a função social do contrato, analisando o art. 421 do CC.⁷

Está o referido dispositivo assim redigido:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Sustentei, em determinado trecho, que:

O dispositivo em comento, portanto, implica complementar o sentido da “função social da propriedade” com a “função social do contrato”, pois a “propriedade” e o “contrato” são os alicerces da economia mundial e, principalmente, da economia de mercado.

Nada obstante os excessos da Carta de 1988, em parte corrigidos, os artigos 1º, inciso IV, 3º, 5º, inciso XXIII, 7º, 8º, 170 “caput”, inciso III, e demais dispositivos do Título VIII, além de outros espalhados por todo o texto constitucional, conformam uma pletera de direitos com acentuado conteúdo social, a tornar o texto supremo, no dizer de Ulisses Guimarães, uma “Constituição Cidadã”. Se, de um

⁴ Maria Helena Diniz define concussão:

“CONCUSSÃO. Direito Penal. Crime contra a Administração, cometido pelo funcionário público que, abusando da influência de suas funções, exige para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagens não devidas” (Dicionário Jurídico, v. 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 741).

⁵ Para o livro em comemoração aos 80 anos do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, a pedido de seus magistrados, escrevi sobre minha presidência do Diretório Metropolitano do Partido Libertador (1962-64), concluindo:

“Os acontecimentos, após a eleição no Rio de Janeiro, em que o candidato do governo foi derrotado (creio que era Flexa Ribeiro) precipitou a edição do Ato Institucional n. 2/65, que dissolveu todos os partidos e criou duas legendas, ou melhor, dois conglomerados de políticos (Arena e MDB). Nessa oportunidade, escrevi uma carta ao Senador Mem de Sá, que, segundo creio, era então, Ministro da Justiça, dizendo-lhe que, com a extinção do PL, decidira nunca mais fazer política na vida - o que tenho cumprido, rigorosamente, até hoje. É que o fechamento de um partido programático como o PL, que defendia a “responsabilidade dos governos a prazo incerto” (irresponsáveis, nos governos parlamentares, não recebem voto de confiança do Parlamento e caem sem traumas institucionais) e não à “irresponsabilidade a prazo certo” (eleito um presidente irresponsável, os únicos caminhos para afastá-lo são o “impeachment” ou um golpe de Estado, como ocorrera com Jango), tirara-me toda a ilusão de que, através da política partidária, eu poderia fazer algo pelo meu País. Assim, comuniquei-lhe que decidira ser apenas advogado e professor e, nesta condição, exercer a cidadania. É o que tenho feito em livros, palestras e artigos, desde então. Nunca me arrependi da decisão” (Paulistânia Eleitoral – Ensaios, Memórias, Imagens, 80 anos do TRE-SP, ed. Imprensa Oficial, Governo do Estado de S. Paulo, 2011, p. 272).

⁶ Em 20/01/2016, os jornais publicaram que o FMI prevê para 2016 uma retração de 3,5% no PIB brasileiro sobre um PIB já contraído em 2015 em quase 4%. Em outras palavras, em dois anos de Governo Dilma, o País terá encolhido quase 10%!!!

⁷ Editora Millenium, 2012, pp. 191-2.

lado, o constituinte criou uma Federação maior do que o PIB e uma estrutura de poder ultrapassada e onerosa para o cidadão, de outro, no concernente aos direitos de primeira, segunda, terceira e até quarta gerações, avançou, consideravelmente, sendo dos melhores textos supremos de todo o mundo.

Percebe-se, pois, que o artigo 421 do CC insere-se em contexto próprio da lei maior, sinalizando caminho comum para a interpretação dos textos pactuados.⁸

De resto, o CC apenas reitera o que está nos princípios gerais do art. 170 da CF, que dá início ao capítulo da Ordem Econômica e Financeira (título VII), cuja dicção segue:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;⁹
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003*)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

⁸ *Fundamentos do Direito Civil Brasileiro*, Ed. Millenium, 2012, pp. 191-192.

⁹ Pinto Ferreira assim o comenta: "A PROPRIEDADE E O SEU NOVO SIGNIFICADO SOCIAL - Desde muito tempo a propriedade tem sido considerada como um direito natural, inalienável e imprescritível. As Constituições atuais positivam tal direito em seu texto, emprestando-lhe porém novo sentido. É a função social da propriedade. O direito de propriedade não pode ser exercido de modo arbitrário contra o bem comum, pois a propriedade deve ser útil às pessoas. Não se deve abolir a propriedade privada, porém emprestar-lhe uma função social. O conceito de propriedade provém do direito romano, que a definiu como o 'jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus ratio juris patitur', isto é, o direito de usar, fruir e dispor da própria coisa, até onde permita o direito. Este permissivo do direito deve ser ajustado à vida social contemporânea, no sentido de atribuir à propriedade uma função social, com a garantia da dignidade da pessoa a ser generalizada para todos" (*Comentários à Constituição Brasileira*, v. 6, São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, pp. 244-245).

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995*)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei" (grifos meus).

O mesmo princípio da função social já se encontrava assegurado entre as cláusulas pétreas do art. 5º, nos incisos XXII, XXIII e XXIV, *verbis*:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;¹⁰

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; [...] (grifos meus),

assim como em outros artigos da Lei Suprema, tais como, nos arts. 185 e 186, que integram a Ordem Econômica, com os textos que reproduzo:

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

¹⁰ José Cretella Júnior esclarece:

"Antes, "propriedade" e "individual" andavam lado a lado, conjuntamente, identificando-se. Com o correr dos tempos, a "propriedade" perde seu traço individualista e se torna "social". É a função social da propriedade.

A propriedade, relação de direito privado, mediante a qual uma coisa, pertencente a uma pessoa, estava, antes, sujeita totalmente à vontade desta, em tudo que não fosse proibido pelo direito público e pela concorrência de direito alheio (Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 4. ed., 1948, v. IV, p. 140, nota 5, citando Scialoja); era o senhorio geral e independente da pessoa sobre a coisa, para fins de direito, reconhecidos, nos limites estabelecidos pelo direito (Filomusi Guelfi). Projeção da personalidade humana no domínio das coisas, tem sido considerada por muitos como o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos outorgados ao indivíduo e que, por longo tempo, conservou a mesma fisionomia que lhe delinea o direito romano (Washington de Barros Monteiro, *Direito das coisas*, 2. ed., 1955, pp. 7-8).

Com a evolução dos tempos, "hoje a propriedade deixa de ser o direito subjetivo do indivíduo e passa a ser a função social do detentor dos capitais mobiliários ou imobiliários" (Alfredo Buzaid, *Da ação renovatória*, 1958, p. XXII)" (*Comentários à Constituição de 1988*, v. I, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, pp. 300-301).

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.¹¹;

Art. 186. *A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:*

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (grifos meus).¹²

O dispositivo traz uma curiosidade. Imagine que o proprietário não se interesse por seu bem-estar, mas cumpra todos os demais requisitos de função social: a desapropriação se justificaria?

A convite dos constituintes, participei de audiência pública, sob a presidência do constituinte Delfim Netto, para expor minhas ideias sobre a Ordem Econômica.

Durante três meses, os constituintes dedicaram-se apenas a ouvir especialistas, antes de começarem a trabalhar, nas oito comissões e 24 subcomissões, no texto da Lei Suprema. Falei perante a Subcomissão da Ordem Econômica (Subcomissão I), convidado que fora, como titular, à época, de Direito Econômico

na Faculdade Direito da Universidade Mackenzie — a titulação em Direito Constitucional, só a obtive em 1990 — expondo a essência dos dois princípios fundamentais que conformaram a Ordem Econômica (livre iniciativa e a questão social), assim como os nove princípios decorrenciais, expostos nos nove incisos explicitadores, todos eles conformando a espinha dorsal da referida ordem.

É de se lembrar que, no texto de 1988, pela primeira vez, falou-se em livre concorrência, ao lado da livre iniciativa (inciso IV) e planejamento econômico apenas indicativo para o setor privado (art. 174).¹³

É que, desde 1980, procurava, nas aulas de Direito Econômico ministradas na Universidade Mackenzie, que meus alunos não perdessem de vista a moderna concepção de empresa, cuja dimensão mais relevante é a função social, pois, não obstante a importância do capital de seus titulares (sócios, acionistas, donos), a empresa é, de rigor, uma entidade produtora de desenvolvimento e de emprego. Esta dimensão transcende de muito a mera detenção de um capital.

Por esta razão, toda a evolução da parte do Direito Econômico que cuida da disciplina jurídica da macroeconomia, assim como aquela da repressão ao abuso do poder econômico, dá especial relevo à função social.

¹¹ Escrevi sobre os arts. 184, 185 e 186 da CF nos Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 106, jan/março/1995.

¹² José Afonso da Silva lembra que:

“FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL O regime jurídico da terra “fundamenta-se na doutrina da função social da propriedade, pela qual toda a riqueza produtiva tem uma finalidade social e econômica, e quem a detém deve fazê-la frutificar, em benefício próprio e da comunidade em que vive”. Essa doutrina -como observa Sodero - trouxe um novo conceito do direito de propriedade rural, que informa que ela é um bem de produção e não simplesmente um bem patrimonial; por isso, quem detém a posse ou a propriedade de um imóvel rural tem a obrigação de fazê-lo produzir, de acordo com o tipo de terra, com sua localização e com os meios e condições propiciados pelo Poder Público, que também tem responsabilidade no cumprimento da função social da propriedade agrícola. É mesmo dever do Poder Público zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo” (*Comentário contextual à Constituição*, 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 761-762).

¹³ Miguel Reale esclarece:

“Devemos, pois, concluir que, segundo a Carta de 1988, não é o Estado que, mesmo por lei, determina o que os agentes econômicos privados devem normalmente fazer, porquanto somente lhe cabe, sempre mediante prévia autorização legislativa: a) explorar diretamente a atividade econômica, tão-somente ‘quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei’ (art. 173, caput); b) reprimir ‘o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’ (art. 173, § 49); c) estabelecer a responsabilidade das empresas e de seus dirigentes nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 59); d) atuar como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’, exercendo, ‘na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’ (art. 174); e) estabelecer ‘as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento (sic) equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento’ (art. 174, § 1º).

À vista de tais imperativos, não vejo como se possa asseverar que o Estado ainda continua com a função ampla e normal de dirigir a economia nacional, e, ainda mais, com o poder ilimitado de congelar e fixar preços, como se ainda vivêssemos sob o domínio da Carta de 1969” (grifos meus) (*Aplicações da Constituição de 1988*, ob. cit., p. 16)” (*Aspectos Constitucionais do Plano Collor I e II*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 85).

Assim, a pedido da direção da *Revista Justiça e Cidadania* editada para distribuição entre aproximadamente 17.000 magistrados brasileiros, escrevi, em número dedicado ao Ministro Luiz Fux do STF, artigo intitulado *A função social da empresa e os acordos de leniência*¹⁴, em que principio dizendo:

Os escândalos que envolveram dirigentes da Petrobrás, empresários, políticos, partidos de apoio ao governo e os próprios governos de Lula e Dilma - considerado o maior escândalo da história do mundo, em nível de corrupção ou concussão em uma empresa de controle público -, tem levado à discussão se deveria ou não haver um acordo de leniência para que as empresas participantes dos desvios pudessem continuar a existir, já que são milhares os seus empregados que poderiam ficar sem emprego, se elas parassem de exercer suas atividades. Há duas correntes claras no exame da questão. A primeira, defende que tais empresas deveriam ficar impedidas de participar de concorrências públicas, o que já foi determinado pelo TCU, em face do princípio legal de que empresas inidôneas não podem concorrer a licitações; a outra, defende o cabimento de um acordo de leniência que não prejudique os processos criminais e civis em andamento, objetivando garantir a função social da empresa, baseado no artigo 170, inciso III, da Lei Suprema, assim redigido: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... III - função social da propriedade; [...]”. Pessoalmente, sinto-me à vontade em filiar-me a esta segunda corrente, também lastreada em legislação infraconstitucional.¹⁵

¹⁴ *Revista Justiça e Cidadania*, Ed. JC, abril de 2015, pp. 16-17.

¹⁵ Sobre o art. 173, inciso III, da CF, escreveu Manuel Gonçalves Ferreira Filho:

“Função social. Desde a Constituição de 1934 já é vinculado à função social o exercício dos direitos de propriedade (art. 113, 17). Note-se que a Constituição já consagrou anteriormente a propriedade como direito individual (v. supra, art. 52, caput e XXII).

A propriedade, todavia, consagrada pela Constituição, não é a da concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social. E o que se depreende do texto ora em exame, que implicitamente condena a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade.

Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso desta seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão

Em verdade, há muito que defendia tal exegese, ou seja, desde a promulgação da Lei nº 10.149/00 que acrescentara à Lei nº 8884/94 o artigo 35-B com a seguinte dicção:

“Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais coautores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação” (grifos não constantes do texto).¹⁶

O instituto da leniência foi reiterado pela Lei 12.846/2013 (art. 16), cujo *caput* transcrevo:

Art. 16. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que

de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 2, São Paulo, Ed. Saraiva, 1999, pp. 174-175).

¹⁶ Escrevi, no jornal “O Globo” (21/01/2015, p. 13) sobre as críticas à MP 703/2015, que:

“Todas as críticas, a meu ver, im procedem: do Ministério Público, pois os acordos jamais serão firmados sem a sua autorização; de algumas autoridades, porque as advocacias públicas terão que concordar com os mesmos; dos jornalistas, que criticam, sem se debruçarem, talvez, na concepção da função social da empresa, estatuída nos artigos 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV, 170 e 185 da CF; dos próprios juristas, que só agora criticam o instituto cuja forma foi aperfeiçoada pela medida provisória, permitindo a participação de todas as autoridades, inclusive dos Tribunais de Contas, o que vale dizer, APENAS COM O AVAL DOS ÓRGÃOS FISCALIZATÓRIOS DA BOA ADMINISTRAÇÃO (MP, PF, A. Públicas, Tribunais de Contas, Controladorias) tais acordos poderão ser firmados com amplo benefício ao Erário (ressarcimento dos prejuízos) dos empregados (manutenção de emprego) da economia (manutenção da empresa) e do país em geral, que se beneficiará dos tributos que as empresas continuarão a recolher.

Em Abril do ano passado, em revista em que se homenageou o Ministro Luiz Fux, editada para os aproximadamente 17.000 juizes brasileiros, já escrevia a favor destes acordos, ainda, apenas, à luz da legislação do CADE (artigo 35-B da Lei 8884/94 acrescentado pelo artigo 2º da Lei nº 10.149/00). Nesta oportunidade, não faço mais do que reiterar aquilo que naquele artigo dissera, apenas realçando que o novo texto é melhor que os anteriores, já que nenhum acordo será firmado, sem que as advocacias públicas e o Ministério Público concordem”.

colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte: *(Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015)*

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; *(Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015)*

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; *(Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015)*

III - a cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva; e *(Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015)*

IV - o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade. *(Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015),*

assim como pelo Decreto 8.420/2015.¹⁷

Aliás, é de se lembrar que, na Lei de Recuperação Judicial, há a possibilidade de criação de outras empresas para trabalharem com o Poder Público a partir da empresa em recuperação, proibida de fazê-lo, passando a agir sem as amarras da empresa devedora. Seu único intuito é gerar recursos para pagamento dos credores da *empresa-mãe*. Realço que mesmo que a empresa em recuperação esteja proibida de atuar com o Poder Público, fica sua filial ou subsidiária — judicialmente criada com o único intuito de obtenção de recursos dedicados ao pagamento de seus credores públicos (principalmente no que concerne a tributos), trabalhistas, privilegiados ou quirografários — autorizadas a fazê-lo. Vale dizer, esta nova entidade resta autorizada a trabalhar e participar de licitações

públicas, como mostrei em parecer publicado e hospedado pelo Superior Tribunal de Justiça, estando, em minhas conclusões, as seguintes observações:

1) É legítima a operação de criação de subsidiária integral como mecanismo de processo de recuperação judicial, tal qual estabelece o inciso II do artigo 50 da Lei Federal nº 11.101/05? Em caso positivo, quais os objetivos e finalidades elementares da medida?

Sim. Como mostrado no bojo deste parecer, o artigo 47 da Lei 11.101/93 declara as finalidades da lei e o artigo 50 elenca os instrumentos modernos de recuperação, inclusive o da criação de subsidiária integral. Seu objetivo maior é gerar recursos, sem as amarras da empresa em recuperação, para que se adquiram condições de saldar seus compromissos em atraso, nos prazos e condições, acordados e estabelecidos em juízo.

2) É correta a equiparação entre a operação de criação de subsidiária integral no bojo de processo de recuperação judicial com a chamada alienação de estabelecimento (sucessão empresarial), tal qual regulado pelos artigos 1.144 e seguintes do Código Civil? É possível afirmar que houve “sucessão empresarial” entre as empresas?

Não se aplica à empresa constituída nos moldes da lei especial (nº 11.101/05), as normas da lei geral (Código Civil, arts. 1.145 e seguintes), pois a sucessão empresarial, nos termos da legislação civil, em nível de responsabilidades pretéritas, não atinge a nova, sob pena de torná-la rigorosamente inútil. A suspensão ou eliminação das amarras que tolhem a empresa em recuperação judicial devem seguir o rito do estabelecido em juízo e na Assembleia Geral dos credores, nos termos da lei especial. O relevante, na sua criação, é deixá-la livre, sem pendências, para que recursos viabilizem a recuperação da empresa em dificuldades financeiras.¹⁸

É de se lembrar, todavia, que o artigo 1.145 faz menção clara à concordância dos credores, o que, na hipótese, ocorreu.¹⁹

¹⁷ Escrevi, no jornal *O Globo* (21/01/2016, p. 13), apoiando a operação Lava Jato, realçando, todavia, a importância da MP 703/2015, ao dizer:

"Se compararmos os textos dos dois diplomas, vamos verificar um sensível aperfeiçoamento no novo texto, não só em relação à Lei 10.149/00, artigo 2º, mas à legislação de 2013 (Lei nº 12.846, artigo 16, e o Decreto nº 8.420) que também previa o acordo de uma forma mais abrangente.

Os poucos, que me leem ou que me ouvem, sabem de minhas posições críticas ao atual governo, inconformado com o desventar da maior rede de lesão ao Erário perpetrada neste país e no mundo, graças à operação Lava Jato, bem conduzida pela Polícia Federal e Ministério Público, e com condenações capitaneadas por este grande conhecedor de crimes contra o Erário, que é o juiz Sérgio Moro. Divirjo apenas na configuração do crime, para mim, nitidamente de concussão e não de corrupção ativa, e na forma de pressões excessivas para obter delações premiadas, que, a meu ver, violam o inciso III do artigo 5º da CF".

¹⁸ O art. 1.145 do Código Civil tem a seguinte dicação:

"Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação." (grifos meus).

¹⁹ Leia-se:

"Recuperação judicial. O que deve ser levado em consideração pela assembleia-geral de credores e o Juiz. *TTSP*: "No item 10 dos comentários ao art. 47, esse autor prossegue: "Juridicamente, ponderação - de bens, de valores, de interesses, de fins ou finalidades, de princípios - significa "atribuir pesos a elementos que se entrelaçam com o escopo de "solucionar conflitos normativos",

3) É possível que uma sanção administrativa aplicada a uma empresa seja estendida a outra, que figura como sua subsidiária integral? No caso narrado, a sanção de declaração de inidoneidade aplicada a uma empresa pode ser estendida a outra empresa, sua subsidiária integral?

Como mostrei no corpo deste parecer, pelo inciso XLV do art. 5º da lei suprema, não se transfere pena (inidoneidade) de uma empresa para outra, como pela própria lei de recuperação, tal transferência não se faz. Embora o mencionado inciso XLV esteja explicitamente voltado às pessoas físicas, o princípio nele inscrito é implicitamente aplicável às pessoas jurídicas. É bom relembra que, se a declaração de inidoneidade de uma empresa fosse levada à outra, criada com o intuito de recuperá-la, A CRIAÇÃO DESTA EMPRESA SERIA INÓCUA E DISPENDIOSA, em prejuízo de todos os credores!!! A declaração de inidoneidade da empresa em recuperação não se estende à empresa decorrencial, criada por determinação judicial, objetivando tornar viável a referida recuperação.²⁰

Em outras palavras, a função social da empresa, a manutenção de seu quadro de empregados, a sua contribuição para o desenvolvimento econômico do País, a geração dos tributos necessários para sustentar a imensa máquina administrativa transcendem a figura de seus detentores. Trata-se de matéria que hoje é pacífica entre todos os que estudam Direito Econômico, assim como o papel fundamental da

empresa, ao ponto de o próprio *Direito Empresarial* transcender o que, no século XIX, era tido como apenas *Direito Comercial*, ou seja, dedicado a disciplinar as livres negociações entre as pessoas que detinham o poder negocial, seus maiores beneficiários, e aqueles que com eles se relacionavam.²¹

Hoje, pode-se dizer, sem qualquer margem de erro, que a função social da empresa transcende de muito a relevância de seus detentores, merecendo especial tratamento do Estado para definição de todos os elementos que se encontram na Constituição.²²

Esta é a razão pela qual, detectadas as irregularidades das mais variadas naturezas na condução da empresa, sendo a corporação relevante para a economia nacional e para a integração entre empregadores e empregados, é desejável a busca de uma solução negociada, com reconhecimento das falhas, ressarcimentos devidos e participação de autoridades julgadoras, fiscalizadoras, empregados e patrões. Não só para esclarecimento e apuração total das irregularidades, como para permitir a permanência de empreendimento fundamental para o desenvolvimento econômico, mormente quando o País passa por crise econômica grave, com risco de a recessão econômica transformar-se em aguda depressão, com prejuízos incalculáveis à própria estabilidade social da população.²³

Em outras palavras, esta é a razão pela qual o acordo de leniência para uma empresa corresponde, de rigor, à delação premiada possível para a pessoa física.

sendo certo, como ensina Daniel Sarmiento, que “a solução do conflito terá de ser casuística e estará “condicionada pelas alternativas pragmáticas do problema”. No caso da recuperação judicial, a assembleia geral de credores e o juiz da causa deverão entregar-se à “ponderação de fins” - salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos -, pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o “sacrifício”; p. ex.: (a) do interesse da empresa e de seus sócios ou acionistas em benefício de empregados e credores ou (b) dos direitos de empregados e credores em prol da empresa, pois, como ressaltam os franceses, os processos concursais são “procedimentos de sacrifício”, que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores. Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na “ponderação de princípios” --o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e o da segurança jurídica e da efetividade do Direito--, por meio do “teorema da colisão” de Alexy, para o qual, diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois “possuem uma dimensão de peso”, verificável caso a caso” (obra citada, p. 110)” (AI n. 500.624-4/8-00, rel. Des. Lino Machado, j. 26.3.2008)” (grifos meus) (Lei de falências e de recuperação de empresas e sua interpretação jurisprudencial, Conceito editorial, ob. Cit. p. 153).

²⁰ Parecer publicado na *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor* 54, dez/jan 2014, pp. 36-57 e na *Revista Síntese de Direito Administrativo*, 119, novembro 2015, pp. 208-229.

²¹ O Livro II do Código Civil, intitulado *Do Direito da Empresa*, abrange os arts. 966 a 1.195.

²² Eros Roberto Grau lembra que:

“O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de exercê-la em benefício de outrem e não, apenas, de não a exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos - prestação de fazer, portanto, e não meramente de não fazer - ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do poder de polícia.” (Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. pp. 244/50.)” (*A Constituição na visão dos Tribunais* - interpretação e julgados - artigo por artigo, TRF da 1ª Região, Gabinete da Revista, 1997, v. 3, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 1.206).

²³ A soma da redução somada no PIB de 2015 e 2016, como já disse, chegará a quase 10% do PIB, tomando-se como base o PIB de 2014.

Neste contexto, portanto, reafirmando posição que advogo e doutrino há longos anos sobre o acordo de leniência, considero que o texto da MP 703/2015 é um texto de extrema utilidade e muito bem elaborado, para permitir que ocorra, após mútuos controles e autorizações, a fim de que se faça, inclusive, com participação adicional, se necessária, de empregados.

Da MP 703/2015

Passo, agora, a examinar a medida provisória. Reza o art. 1º que:

Art. 1º A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a instauração do processo administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.” (NR)

“Art. 16. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte:

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

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

III - a cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva; e

IV - o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade.

§ 1º [...]

III - a pessoa jurídica, em face de sua responsabilidade objetiva, coopere com as investigações e com o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento; e

IV - a pessoa jurídica se comprometa a implementar ou a melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta.

§ 2º O acordo de leniência celebrado pela autoridade administrativa:

I - isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do “caput” do art. 6º e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas que tratam de licitações e contratos;

II - poderá reduzir a multa prevista no inciso I do “caput” do art. 6º em até dois terços, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo; e

III - no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a redução poderá chegar até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo. [...]

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo administrativo e quando estipular a obrigatoriedade de reparação do dano poderá conter cláusulas sobre a forma de amortização, que considerem a capacidade econômica da pessoa jurídica. [...]

§ 9º A formalização da proposta de acordo de leniência suspende o prazo prescricional em relação aos atos e fatos objetos de apuração previstos nesta Lei e sua celebração o interrompe. [...]

§ 11._ O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuizem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil.

§ 12. O acordo de leniência celebrado com a participação da Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público impede o ajuizamento ou o prosseguimento da ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações mencionadas no § 11.

§ 13. Na ausência de órgão de controle interno no Estado, no Distrito Federal ou no Município, o acordo de leniência previsto no “caput” somente será celebrado pelo chefe do respectivo Poder em conjunto com o Ministério Público.

§ 14. O acordo de leniência depois de assinado será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, que poderá, nos termos do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário, quando entender que o valor constante do acordo não atende o disposto no § 3º.” (NR)

“Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável por atos e fatos investigados previstos em normas de licitações e contratos

administrativos com vistas à isenção ou à atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar.” (NR)

“Art. 17-A. Os processos administrativos referentes a licitações e contratos em curso em outros órgãos ou entidades que versem sobre o mesmo objeto do acordo de leniência deverão, com a celebração deste, ser sobrestados e, posteriormente, arquivados, em caso de cumprimento integral do acordo pela pessoa jurídica.” (NR)

“Art. 17-B. Os documentos porventura juntados durante o processo para elaboração do acordo de leniência deverão ser devolvidos à pessoa jurídica quando não ocorrer a celebração do acordo, não permanecendo cópias em poder dos órgãos celebrantes.” (NR)

“Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, exceto quando expressamente previsto na celebração de acordo de leniência, observado o disposto no § 11, no § 12 e no § 13 do art. 16.” (NR)

“Art. 20. [...]”

Parágrafo único. A proposta do acordo de leniência poderá ser feita mesmo após eventual ajuizamento das ações cabíveis.” (NR)

“Art. 25 [...]”

§ 1º Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

§ 2º Aplica-se o disposto no “caput” e no § 1º aos ilícitos previstos em normas de licitações e contratos administrativos.” (NR)

“Art. 29. [...]”

§ 1º Os acordos de leniência celebrados pelos órgãos de controle interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios contarão com a colaboração dos órgãos a que se refere o “caput” quando os atos e fatos apurados acarretarem simultaneamente a infração ali prevista.

§ 2º Se não houver concurso material entre a infração prevista no “caput” e os ilícitos contemplados nesta Lei, a competência e o procedimento para celebração de acordos de leniência observarão o previsto na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e a referida celebração contará com a participação do Ministério Público.” (NR)

“Art. 30. Ressalvada a hipótese de acordo de leniência que expressamente as inclua, a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 1992;

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 1993, ou por outras normas de licitações e contratos

da administração pública, inclusive no que se refere ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 2011; e

III - infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529, de 2011. (NR).

A nova redação que dá à Lei 12.846/2013 é, inequivocamente, mais adequada para justificar o acordo de leniência, porque implica efetiva colaboração das pessoas responsáveis pela prática de atos investigados, visto que tal colaboração obriga a identificação de todos os envolvidos nas infrações ou delitos relacionados à empresa.

A responsabilidade passa a ser objetiva, e não apenas por culpa ou dolo. Há o compromisso da implementação de melhoria nos mecanismos internos da empresa, para evitar futuras ocorrências semelhantes, acrescentando-se que tal colaboração, nas próprias investigações a serem efetuadas, deve ser feita às expensas da empresa, ocorrendo sempre que solicitada pelas autoridades, até o encerramento dos processos que deram causa ao acordo.

A empresa obriga-se, pois, a criar um rígido Código de Ética e mecanismos para detecção de quaisquer irregularidades de conduta, denunciando-as.

Tais acréscimos aos arts. 15 e 16 da Lei 12.846/2013, à evidência, tornam-na mais eficiente.

Os aspectos contestados por alguns brilhantes juristas e jornalistas, sobre os efeitos do acordo constantes do § 2º do art. 16 da Lei 12.846/2013, ora modificada pela MP 703/2015, de rigor, nada obstante os motivos que os levaram à crítica, im procedem por alguns ponderáveis motivos.

O primeiro deles é que, se o acordo de leniência objetiva permitir a preservação da empresa como entidade social geradora de emprego e desenvolvimento, não poderia a pessoa jurídica, os empregados, que culpa alguma tiveram nos atos irregulares, as demais empresas dela dependentes, como fornecedoras de bens e serviços, perder sua capacidade concorrencial, mormente quando trabalhando para o Poder Público. Reitero que, no passado, demonstrei, em parecer acolhido pelo STJ, que empresas privadas que atuam junto ao Poder Público, consideradas inidôneas, em recuperação judicial, poderiam, através de subsidiárias autorizadas pelo juiz para obter recursos objetivando pagar seus credores, continuar atuando, com o único objetivo de quitar suas dívidas.

É que a livre concorrência e competitividade exigem igualdade de condições, e não limitações que impeçam a sobrevivência da entidade, mormente quando o objetivo é a preservação de empregos e da contribuição para o desenvolvimento nacional.²⁴

O § 2º coloca a suspensão de restrições principalmente à lei de licitações, mas está subordinado ao § 4º, que determina todas condições para que o acordo se faça, vale dizer, com ampla discussão de todos os aspectos da colaboração, indenizações, compromissos e mecanismos a serem implementados. Serão todos eles debatidos à exaustão. Só após isto, poder-se-á formalizar o acordo, com suspensão do prazo prescricional de atos e fatos objetos da investigação no caso.

E o aspecto mais relevante é de que tais acordos, a serem celebrados nos termos dos §§ 11 a 14 do mesmo art. 16 alterado, só serão firmados com participação das Advocacias Públicas, do Ministério Público, das autoridades governamentais envolvidas das três esferas da Federação e com o encaminhamento ao Tribunal de Contas, para conformação dos valores acordados, inclusive com a possibilidade de alterações, no caso de prejuízo ao Erário.²⁵

²⁴ Escrevi:

“Nitidamente, o grande diferencial que a lei proporcionou foi a possibilidade de a nova empresa (com o formato que tiver) atuar livremente no mercado, sem que o passado e a carga de inadimplência da empresa em recuperação, afete sua credibilidade. Para esta finalidade, a lei especial –a Lei nº 11.101/05 é uma lei especial— autoriza que a nova empresa geradora de recursos atue sem as limitações da empresa mãe da qual tenha recebido o acervo, inclusive tecnologia, equipamentos e até pessoal, para continuar suas atividades.

Em outras palavras, estando livre das amarras da inadimplência e da recuperação, a nova empresa, decorrente de fusão, incorporação, cisão e até na forma de subsidiária integral, continua a atuar na mesma área de ação da empresa em recuperação, sem o peso imediato das responsabilidades sucessórias. Assim, pode obter créditos no mercado, que a empresa em recuperação seria incapaz de obter” (parecer já citado publicado na Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, nº 54, dez/ jan 2014, p. 36-57 e na Revista Síntese de Direito Administrativo, nº 119, novembro 2015, pp. 208-229.

²⁵ É de se lembrar que o artigo 70 da CF impõe tal controle pelas Cortes de Contas estando assim redigido:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Ora, a participação das entidades mencionadas, instituições todas elas voltadas para a defesa do interesse público, torna o acordo verdadeira peça de recuperação da empresa, sem gerar perda de empregos e sem comprometer o desenvolvimento nacional, sobre beneficiar o Erário com os recursos decorrentes da devolução acordada para ressarcimento de prejuízos.

Os arts. 17, 17-A, 17-B, por outro lado, esclarecem o espectro que os acordos podem atingir com a participação de todos os participantes enunciados nos itens anteriores, sendo claro que, se não houver o acordo, em nível da ética de relações entre o Poder Público e privado, todos os documentos terão que ser devolvidos, sem que nenhuma cópia fique em poder dos órgãos coletantes.²⁶

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”, Comentei-o:

“O artigo é dedicado à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e de sua Administração direta ou indireta, seja pelo controle externo, seja pelo controle interno de cada Poder.

A dicção inicial demonstra que pretendeu o constituinte erradicar qualquer dúvida a respeito da extensão do controle pretendido, na medida em que faz menção à fiscalização orçamentária, acrescentando a contábil, operacional, financeira e patrimonial. Ora, no orçamento há previsão para todos os aspectos mencionados, que, de resto, o compõem. Assim sendo, a mera fiscalização orçamentária implicaria fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial. Poderia, pois, o constituinte ter adotado discurso mais escorreito, tendo preferido, todavia, a prenúnciação longa para afastar dúvidas a respeito” (Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, v. 4., tomo II, 3. ed., Ed. Saraiva, 2002, p. 2).

²⁶ É a aplicação do princípio da moralidade pública do *caput* do art. 37 da CF:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”, o qual Hely Lopes Meirelles esclarece: “A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). Não se trata –diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito-- da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito

O art. 18 prevê que o acordo pode atingir não só a esfera administrativa, mas também a judicial, podendo ser celebrado a qualquer momento, mesmo em havendo processo judicial. O que interessa, repito, é a preservação da função social da empresa, *como célula geradora de empregos e promotora do desenvolvimento econômico nacional*.

As referências aos arts. 25, 29, 30, na mesma linha das anteriores, ao dizer de manutenção de penalidades e responsabilidades, esclarece, todavia, que, se aprovados acordos com impacto mais abrangente, tais responsabilidades podem ser afastadas.

A ampliação das possibilidades de preservação da função social da empresa estipuladas na referida MP 703 não exclui a faculdade de as autoridades pedirem a presença de trabalhadores envolvidos na discussão dos termos do acordo, visto que eles são firmados com as Advocacias Públicas, Ministério Público, Controladorias, Tribunais de Contas, sendo seus ministros aqueles que darão a palavra definitiva, conforme o nível da infração, sobre a sua viabilidade e valores a serem ressarcidos ao Erário.²⁷

e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: "non omne quod licet honestum est". A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum" (Direito Administrativo Brasileiro, 21. ed., Malheiros Editores, 1990, p. 83).

²⁷ O acordo de leniência é um contrato entre o Poder Público e privado, devendo, fundamentalmente, obedecer o espectro social do art. 421 do Código Civil, que repito:

"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato",

sobre ele se manifesta o membro do *Parquet* Roberto Senise Lisboa dizendo:

"Sustenta Roberto Senise Lisboa que a expressão função social do contrato abrange a proteção dos interesses difusos e coletivos, assim como os interesses individuais homogêneos de que trata o art. 81, parágrafo único, I, II e III, da Lei n. 8.078/90. Em seu posicionamento, preconiza que 'o intervencionismo estatal, mediante a utilização das cláusulas gerais de contratação (inclusive as dos arts. 421 a 480 do CC de 2002), alcança a defesa dos interesses sociais, dentre os quais se destacam os interesses difusos, os coletivos e os individuais homogêneos defendidos coletivamente, o que viabiliza a legitimação das entidades previstas nos artigos 5º da Lei n. 3.347/85 e 82 da Lei n. 8.078/90 a pleitear a nulidade de cláusulas abusivas inseridas em contratos de adesão, sem prejuízo da ação mandamental consistente na obrigação de não fazer, isto é, a abstenção de inclusão de tais cláusulas nos contratos futuros a serem celebrados pelos predisponentes no mercado" (Código Civil comentado, coordenação de Ricardo Fiuzu e Regina Beatriz Tavares

Tenho para mim que a MP 703/2015 — e os poucos que conseguem ler meus escritos sabem da dureza de minhas críticas ao Governo atual — é medida a ser elogiada pois, caminhando o País para a depressão — após longo período recessivo, com rebaixamento de nosso grau de investimento para especulativo por duas das três grandes agências de *rating* —, mister se fazia alguma providência que pudesse efetivamente preservar a relevante função social das empresas, que é o combate ao desemprego e o incentivo a atividade econômica. Em não havendo o acordo, os trabalhadores perderiam seus empregos, com poucas possibilidades de realocação de funções.

Nada obstante todas as críticas mencionadas no início — muitas delas duras, mais por discordar da equivocada política econômica da primeira mandatária do País — considero bem-vinda a MP 703/2015, esperando não seja desfigurada no Congresso, a fim de abrir uma esperança de recuperação econômica para grandes empresas e para o País, utilizando-se de princípio que sempre defendi, consagrado na Lei Suprema e no Código Civil, de que a empresa tem uma função social, ratificando, pois, a posição que há anos venho doutrinariamente expondo, na área do Direito Econômico, em livros, palestras e pareceres.²⁸

Conclusão

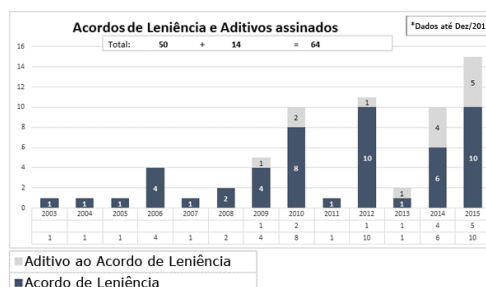
Ante todo o exposto, concluo que:

1 - Os acordos de leniência apenas se justificam em face do princípio constitucional da função social da

da Silva, 9. ed., 2013, São Paulo, Saraiva, p. 425).

²⁸ Transcrevo quadro de acordos de leniência firmados no âmbito do CADE em 2003 a 2015 (site do CADE):

Estatísticas sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade



empresa, para que muitos não sejam prejudicados, por eventuais erros de poucos.²⁹

2 - Outros países já adotaram mecanismos semelhantes, demonstrando que tais acordos são funcionais e preservadores de empregos e desenvolvimento. O Poder Público ganha em obter ressarcimento de prejuízos e em preservar empregos para suas políticas públicas. A sociedade também ganha, em não ver desestruturarem-se parques empresariais geradores de desenvolvimento, após a reparação de danos. A expressão *função social da empresa* justifica plenamente os acordos de leniência, que reproduz para a pessoa jurídica o que as delações premiadas geram no âmbito individual, com um espectro mais abrangente e indiscutivelmente mais útil para a sociedade.³⁰

²⁹ Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Mafra escrevem, ainda sobre o direito anterior, que:

“4. Conclusão

As mudanças que serão implementadas pela Lei nº 12.529/2011 em relação ao acordo de leniência buscam aprimorar a utilização desse mecanismo eficiente de defesa da concorrência. Esse instrumento é essencial para o sucesso da política de combate aos cartéis das autoridades de defesa da concorrência brasileiras. O acordo de leniência também continua sendo uma boa opção para agentes envolvidos em cartéis, que podem, em alguns casos, obter isenção total de punição no âmbito administrativo e criminal.

Com aumento do aparato e da equipe do CADE, espera-se crescimento significativo da aplicação (enforcement) da legislação concorrencial. Portanto o fortalecimento do acordo de leniência deverá repercutir na celebração de novos acordos e, conseqüentemente, na condenação de condutas anticompetitivas, em razão da cooperação dos lenientes” (Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC, Ano 3, Número 1, janeiro de 2012, p. 9).

³⁰ Ari Marcelo Solon e Rebecca Zatz, ainda sobre o velho e restrito regime dos acordos de leniência esclarecem:

“Autoridades antitruste ao redor do mundo apresentam um problema comum: as dificuldades de detectar a existência do cartel e, logrando êxito, coletar evidências suficientes de sua prática anticoncorrencial a par dos danos originados por esses acordos ilícitos. Dadas as características dos acordos de cartel, a conclusão é a necessidade de mecanismos que ajudem as autoridades antitruste quebrarem essas conspirações.

O acordo de leniência parece ser ferramenta adequada e respeitável para uso pelas autoridades afim de melhorar a detecção e comprovação da cartelização. Trata-se de instrumento eficaz no combate dos cartéis, que, porém, como tendência nova, ainda carece de discussão suficiente, para poder melhorar seus resultados.

A única jurisdição com história significativa no uso deste instrumento são os Estados Unidos, embora esta diferença esteja sendo rapidamente superada pela Comissão Europeia” (site Migalhas).

3 - A participação de todas as autoridades responsáveis por apuração e defesa do interesse público (Advocacias Públicas, Ministério Público, órgãos fiscalizadores, Tribunais de Contas e outros) auxiliam o fortalecimento do princípio da segurança jurídica, um dos cinco princípios basilares da Lei Suprema, conforme exposto no *caput* do seu art. 5º, assim redigido:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. (grifos meus).³¹

É que um acordo formalizado com tal nível de potencialização de responsabilidade e objetivos permite que terceiros inocentes não sejam prejudicados, empregos não desapareçam e a economia não se descompasse, principalmente em determinados setores chaves para o desenvolvimento nacional.

4 - Não há incompatibilidade entre as duas legislações e, se concordarem as autoridades acusatórias, principalmente o MP responsável pelas ações penais, em abranger, nos acordos de leniência, mecanismos legais próprios da legislação de delação premiada, *nada impede* que se estendam tais

³¹ Sobre a segurança, princípio constitucional, Marco Túllio Bottino coordenou o livro “Segurança Jurídica no Brasil”, com os autores Adilson Abreu Dallari, Antônio Carlos Cintra do Amaral, Antonio Tito Costa, Carlos Ari Sundfeld, Flavio José de Souza Brando, Gabriel Chalita, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Marco Túllio Bottino, Marcos Cintra, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Regis Fernandes de Oliveira, José Renato Nalini e Toshio Mukai, tendo sido prefaciado por Silvio Ciampaglia, que declarou:

“Embora presente em todos os atos da vida dos cidadãos nas nações politicamente organizadas, a segurança jurídica também sofre reflexos eventuais ou temporários em sua eficácia nos atos concretos da sociedade.

O fulcro da segurança jurídica que deve embasar todos os atos da vida civil encontra-se na Constituição Federal, baseado em dispositivos da maior relevância, entre os quais, da mais alta importância, a irretroatividade das leis, a prescrição, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Para que isso se configure de forma real na vida prática, é fundamental a ação do Poder Judiciário nos mais diversos níveis e instâncias.

É a ele que o cidadão deve recorrer sempre que entender que seus direitos fundamentais estão sendo violados e esse recurso deve ser exercido de maneira a restabelecer esses princípios. Eis aí o caminho, a rota, a própria essência da segurança jurídica que deve embasar qualquer sociedade devidamente organizada” (RG Editores/SINICESP, 2012, p. 9).

mecanismos seja pela MP 703/2015, seja pela lei penal ou pela Lei Suprema.³²

³² Ainda sobre o velho modelo de acordos de leniência Guilherme Rodrigues Abrão escreveu:

“Inegavelmente a ordem econômica é um bem jurídico fundamental, estando inclusive prevista a sua proteção no texto constitucional, mais precisamente no artigo 170 e artigo 173, §4º da Constituição de 1988. Assim, de acordo com a política criminal maximalista adotada pelo legislador pátrio, em completo distanciamento de um direito penal mínimo, chama-se à esfera penal para a repressão de condutas lesivas à ordem econômica. Como se verifica, portanto, as condutas lesivas ao bom andamento da prática do livre mercado são tuteladas não somente pela lei antitruste (lei nº 8.884/94), mas também penalmente, de acordo com os crimes contra a ordem econômica, estabelecidos nos artigos 4º, 5º e 6º da lei nº 8.137/90. E, para auxiliar na repressão a tais condutas, especialmente na repressão à formação de cartéis, é que criou-se um instituto muito pouco analisado no Direito Brasileiro, qual seja o acordo de leniência tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito penal. O acordo de leniência é na verdade um instrumento de que dispõe a Secretaria de Direito Econômico – SDE, posto que é órgão de fundamental importância para a defesa do sistema

5 - Enfim, o que é fundamental realçar é que a MP 703/2015 objetivou encontrar um caminho, a meu ver, fundamental, neste momento delicado da economia brasileira, em face da apuração das irregularidades e infrações, de forma a preservar pessoas, empregos e desenvolvimento, à luz do princípio mais relevante da ordem econômica, que é a função social da empresa.

de concorrência, que permite a celebração de um acordo com o agente infrator (pessoa jurídica e/ou pessoa física) a fim de facilitar a investigação de condutas anticoncorrenciais, proporcionando ao agente infrator a extinção do processo administrativo, a redução da penalidade aplicável e até mesmo a extinção da punibilidade criminal” (grifos meus) (disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9724>).