



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO PÚBLICO**

**THIAGO EMERSON YOVERA PALLOS**

**O ACORDO DE LENIÊNCIA E A EXTENSÃO DOS SEUS  
EFEITOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Salvador  
2018

**THIAGO EMERSON YOVERA PALLOS**

**O ACORDO DE LENIÊNCIA E A EXTENSÃO DOS SEUS  
EFEITOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Público.

Salvador  
2018

## TERMO DE APROVAÇÃO

**THIAGO EMERSON YOVERA PALLOS**

### **O ACORDO DE LENIÊNCIA E A EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação da Faculdade Baiana de  
Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito  
Público pela seguinte banca examinadora:

Nome:

---

Titulação

e

instituição:

---

Nome:

---

Titulação e instituição:

---

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018

## **AGRADECIMENTOS**

Só tenho a agradecer por tudo que acontece em minha vida e a todos que estão a minha volta.

Inicialmente, agradeço a Deus pela saúde e força para conclusão deste trabalho. Obrigado por abençoar e iluminar minha trajetória, sempre colocando as pessoas certas no meu caminho.

Gostaria de agradecer imensamente a minha mãe, pelo amor incondicional e por todo o esforço para que nunca me faltasse nada. Fonte da minha inspiração, maior incentivadora e pessoa que sempre esteve ao meu lado me apoiando.

Agradeço a meu padrasto por todo carinho, cuidado e amor.

Agradeço a minha namorada Tais, que esteve sempre presente e junto comigo nessa caminhada. Sem sua companhia teria sido muito mais difícil.

Obrigado mestre Eduardo Jordão, grande professor e incentivador.

A todos os demais e não menos importantes que de alguma forma contribuíram nesta relevante e prazerosa tarefa, meu muito obrigada!

## RESUMO

O presente trabalho trará à tona discussões acerca do Direito Econômico Administrativo, bem como do Direito Concorrencial Brasileiro, no que tange a extensão e os efeitos da celebração do Acordo de Leniência, instituto que busca combater as práticas de ilícitos concorrenciais. À priori, será feito um estudo sobre os efeitos e a extensão do acordo de leniência firmado perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), especificamente no que se refere às garantias das imunidades e sanções administrativas conferidas aos proponentes. Buscar-se-á com o presente trabalho analisar se a celebração do acordo de leniência com o CADE extingue a ação punitiva com toda a Administração Pública. Isto é, se a celebração do acordo pela empresa leniente extingue a possibilidade de qualquer outro ente da administração direta ou indireta aplicar qualquer sanção administrativa. Portanto, mostra-se relevante o estudo quanto a possibilidade de outro órgão da administração pública aplicar outras sanções administrativas à empresa leniente, pois resultaria em uma redução dos incentivos para a celebração do acordo e na violação ao sistema punitivo da administração pública, já que este deve ser analisado e também interpretado de modo uniforme e de maneira interligada.

**Palavras-chave:** Administração Pública; CADE; Acordo de leniência; Imunidades; Sanções Administrativas.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ago.	Agosto
art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
Dez.	Dezembro
EC	Emenda Constitucional
Ed.	Edição
Jan.	Janeiro
Jun.	Junho
Jul.	Julho
Jr.	Junior
Min.	Ministro
MPF	Ministério Público Federal
n.	Número
Out.	Outubro
p.	Página
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SG/CADE	Superintendência-Geral do CADE
Set.	Setembro
ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal

STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
vol.	Volume

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 ACORDO DE LENIÊNCIA</b>	13
2.1 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA	13
2.2 ACORDO DE LENIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.	15
<b>2.2.1 Início da celebração do acordo: a proposta</b>	17
<b>2.2.2 Condições para celebração do acordo de leniência</b>	19
2.3 O ACORDO DE LENIÊNCIA NO COMBATE À PRÁTICA DE CARTEL	20
2.4 A EFETIVIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA	24
<b>2.4.1 Requisitos para a efetividade do acordo de leniência</b>	25
2.5 TRANSPARÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA DO ACORDO DE LENIÊNCIA	26
<b>3 O ACORDO DE LENIÊNCIA E A EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b>	28
3.1 GENERALIDADES	28
3.2 DESCRIÇÃO DE “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA” NA ORDEM JURÍDICA: PRINCÍPIO E INTERPRETAÇÃO	29
3.3 PRINCÍPIO E INTERPRETAÇÃO BASILAR DO TERMO “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”	31
3.4 ANÁLISE INFRACONSTITUCIONAL DE “ADMINISTRAÇÃO” E “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”	32
<b>3.4.1 Lei de Licitações – Lei n. 8.666/1993</b>	32
<b>3.4.2 Lei Anticorrupção – Lei n. 12.846/2013</b>	34
3.5 A PRÁTICA DE CARTEL EM LICITAÇÃO E O RISCO DE <i>BIS IN IDEM</i>	36
3.6 TEORIAS ACERCA DA EXTENSÃO DOS EFEITOS CONFERIDOS COM A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	38
<b>3.6.1 Teoria das Autolimitações Administrativas</b>	39
<i>3.6.1.1 Requisitos de aplicabilidade da Teoria das Autolimitações Administrativas</i>	42
<i>3.6.1.2 Princípio da proibição do comportamento contraditório</i>	47
<b>3.6.2 Teoria dos Ordenamentos Setoriais</b>	48

3.7 ANÁLISE DO ACORDO DE LENIÊNCIA DIANTE DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS	50
<b>4 ACORDOS DE LENIÊNCIA CELEBRADOS NO BRASIL</b>	<b>53</b>
4.1 CARTEL DOS VIGILANTES	53
4.2 CARTEL EM LICITAÇÕES DE TRENS E METRÔ DE SÃO PAULO	57
4.3 OPERAÇÃO LAVA-JATO	60
<b>4.3.1 Setal Engenharia e Construções e a SOG Óleo e Gás</b>	<b>62</b>
<b>4.3.2 Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A</b>	<b>65</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>72</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Os cartéis podem ser conceituados como acordos entre competidores, nos quais há restrições recíprocas a sua liberdade de concorrer e competir. Isto a fim de aumentar o poder de mercado e, conseqüentemente, possibilitar a obtenção de lucros próprios de monopolistas.

Dentro de uma estrutura econômica onde se tem os princípios e fundamentos da livre iniciativa e da livre concorrência, isto é, em uma economia de mercado, não restam dúvidas quanto aos efeitos nocivos da prática de cartel e danos causados aos consumidores e sociedade, que são compelidos a pagar um sobrepreço em produtos e serviços. Além disso, de um modo geral, a economia fica muito prejudicada, pois há uma perda considerável no dinamismo, inovação e eficiência do sistema.

Seguem os dizeres do Conselheiro Gilvandro Araujo no voto proferido em processo referente a um cartel em licitação:

O cartel resulta, invariavelmente, na contratação de produtos e serviços em condições desvantajosas, frente aquilo que poderia ter sido obtido em mercados efetivamente competitivos, com a conseqüente perda de eficiência na aplicação de recursos públicos.

De fato, os cartéis são considerados as práticas anticompetitivas mais nocivas à economia de mercado, bem como à sociedade. Dessa forma, tornou-se imprescindível a criação de mecanismos que visem combater tais condutas colusivas, seja no Brasil ou no exterior, de tal forma que a sua descoberta e punição devem ser uma prioridade para as autoridades antitruste. Nesse contexto, surge o programa de leniência, que nada mais é que um efetivo instrumento de investigação e combate às práticas anticoncorrenciais.

O acordo de leniência foi introduzido no direito antitruste brasileiro com a Lei 10.149/2000, em uma fase de forte resistência à aderência do instituto. O atual diploma legal que estrutura o Sistema Brasileiro da Concorrência é a Lei 12.529/2011. Ela dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e, também, trouxe mudanças significativas ao programa de leniência, com o intuito de aumentar a sua efetividade e eficácia.

Nesse contexto, o presente trabalho abordará a extensão dos efeitos

conferidos com a celebração do acordo de leniência, especialmente no âmbito dos cartéis em licitações. Importa, ademais, analisar que a prática de cartel em procedimentos licitatórios está prevista em diversos dispositivos legais. Isto é, há uma conjugação de leis, bem como diversas autoridades envolvidas na repressão da prática. Logo, isso traz, de certa forma, um problema para o aplicador da lei.

No que tange as penalidades administrativas, sem ter a pretensão de esgotar as discussões travadas no ramo do direito concorrencial, tem-se a sanção de inidoneidade. Ela proíbe a empresa sancionada de participar de licitações e contratar com a Administração Pública por prazo determinado.

A título exemplificativo, as condutas relativas à prática de cartel como forma de fraudar licitações estão inseridas em vários diplomas legais, como: i) Lei 12.529/2011, que prevê a incidência de penalidades administrativas por ilícitos contra a ordem econômica; ii) Lei n. 8.666/90, que tipifica como crime a fraude em certames licitatórios; iii) Lei 8.443/92, que dispõe sobre a verificação das fraudes em licitações; iv) Lei n. 12.846/2013, que define a fraude em licitação como ato lesivo à administração; v) Lei n. 8.429/92, que considera a fraude em licitação como improbidade administrativa; vi) Lei n. 8.137/90, que define a fraude em comento como crime contra a ordem econômica.

Hodiernamente, os benefícios conferidos pela Lei n. 12.529, com a celebração do acordo de leniência, restringem-se ao âmbito do CADE. Ou seja, outro órgão de igual competência poderia aplicar a mesma sanção que foi objeto da imunidade concedida pelo acordo de leniência. Entretanto, não se observa coerência da Administração Pública nestas condutas, já que ela deve prezar pela harmonia do sistema. Além disso, condutas contraditórias quebram a confiança do particular e ensejam insegurança jurídica.

Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo defender que a celebração do acordo de leniência perante um órgão integrante da Administração Pública deve extinguir a ação punitiva para com os demais órgãos. Ou seja, nenhum outro ente da Administração Pública direta ou indireta poderia aplicar sanções administrativas à empresa signatária do acordo.

Para isso, utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, por meio do exame de material doutrinário, bem como a normativa e jurisprudencial,

através da análise de leis e julgados, além da de estudo de caso.

Deste modo, o trabalho está subdividido em três capítulos, da seguinte forma.

O primeiro capítulo se dirige a uma análise do instituto do acordo de leniência. Nele, abordar-se-á aspectos relativos à aplicação do instituto em países estrangeiros; a origem e o momento de inserção no ordenamento jurídico brasileiro; os requisitos e condições para formalização do acordo; sua importância como um mecanismo de combate as condutas anticompetitivas, principalmente os cartéis; fatores que influenciam diretamente na efetividade do instituto, quais sejam, a transparência, imparcialidade e a segurança jurídica.

O segundo capítulo, por sua vez, dirige-se ao exame dos efeitos da celebração do acordo de leniência perante a Administração Pública. Para isso, far-se-á um estudo sobre o art. 86 da Lei n. 12.529, especialmente sobre os termos “Administração” e “Administração Pública”, com base em princípios e interpretações correlacionadas ao tema. Em seguida, serão apresentados entendimentos doutrinários acerca da interpretação do art. 87 da Lei n. 8.666, que confirmam a tese defendida. Além disso, comparar-se-á as características do programa de leniência entre a Lei n. 12.529 e a Lei n. 12.846. Finalmente, haverá um paralelo entre os efeitos criminais e administrativos do instituto e, como remate, serão apresentadas teorias que colaboram com a posição defendida.

Por fim, convém concluir este trabalho com a realização de um estudo de casos sobre os acordos de leniência que foram celebrados no âmbito do CADE. A princípio, com o Cartel dos Vigilantes, que foi o primeiro acordo de leniência formalizado no ordenamento jurídico brasileiro e o processo já está transitado em julgado. Ainda, foi feita a análise do Cartel dos Trens e Metrô do Estado de São Paulo, que possui poucas informações disponíveis em razão do seu caráter confidencial.

Derradeiramente, examinará os dois primeiros casos de acordo de leniência da operação Lava-Jato, respectivamente, Setal Engenharia e Construções e a SOG Óleo e Gás e; Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A, onde os processos ainda se encontram em trâmite, mas já é possível tirar-se algumas conclusões relacionadas ao presente estudo.

## 2 ACORDO DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência é uma espécie de delação premiada que foi inserido nas mais diversas tradições jurídicas de países do continente Europeu e Americano. O objetivo era conceder imunidade a pessoas jurídicas e físicas que assumissem e denunciassem atos ilícitos concorrenciais, especialmente a prática de cartel. (SALOMI, 2012, p. 138)

Nesse sentido, segue o trecho do Acórdão do TCU da relatoria de Bruno Dantas (2017):

“18. Podemos considerar o acordo de leniência como um pacto de livre vontade inspirado por estímulos e incentivos, o qual, portanto, resulta de uma dupla análise de custo-benefício, tanto no polo estatal quanto no polo privado.

19. Por um lado, o agente estatal responsável pela negociação deverá analisar em que medida a utilização das informações a serem apresentadas pode proporcionar uma persecução mais adequada, ainda que acarrete a redução ou a supressão das penalidades ao agente privado proponente.

20. Por outro, a pessoa jurídica infratora também analisa se, na sua condição, é mais benéfico fornecer as informações ao Estado ante o risco de ser punida por meio das sanções tradicionais (...).

21. Basicamente, só haverá acordo se, na ótica do Estado, os benefícios (melhor investigação) superarem os custos (menor punição para aquele agente); e, sob a ótica do agente privado, a revelação das informações for preferível ao risco da punição.

Portanto, a colaboração premiada e o programa de leniência são instrumentos de consensualidade que possuem como objetivo principal viabilizar o desmantelamento e punição de fraudes concorrenciais e atos de corrupção praticados contra a sociedade e o Estado.

### 2.1 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

O instituto é fruto do Direito Estadunidense, local onde foi criado em 1978 pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América.

Em primeiro momento, o instituto fruto da experiência norte-americana não obteve a efetividade que esperada, pois, a concessão do benefício dependia de uma decisão altamente subjetiva e, devido ao alto grau de incerteza, não foi muito utilizado. Com o passar do tempo, foi aperfeiçoado, o que lhe trouxe maior

legitimidade e segurança jurídica ao instituto.

O acordo de leniência norte-americano, também chamado na época de sua criação de *Leniency Program*, possibilitava que o agente relatasse e confessasse o ilícito penal para que pudesse receber a imunidade no âmbito criminal, desde que fosse o primeiro participante a delatar o conluio e que o acordo fosse proposto antes do início de qualquer investigação sobre o caso (SALES; BANNWART JÚNIOR, 2015, p. 37).

Houve problemas com esse primeiro programa de leniência, pois a imunidade criminal era estabelecida de forma muito arbitrária e discricionária por parte do Departamento de Justiça norte-americano, órgão responsável pela apuração de condutas anticompetitivas.

Nesse contexto, o programa de leniência não transmitia a segurança necessária à empresa envolvida na prática de cartel, o que resultou em poucas adesões e em nenhuma investigação concreta.

Na década de 1990, houve uma grande mudança nos parâmetros do programa de leniência corporativo norte-americano, que passou a ser chamado de *Ammesty Program*, com o objetivo de aumentar o incentivo para as empresas envolvidas em ilícitos concorrenciais. Dentre as principais inovações estão: i) imunidade automática quando não houvesse conhecimento da prática; ii) possibilidade de firmar a leniência, ainda que a cooperação tenha iniciado após a investigação; e iii) os membros que cooperassem – executivos, diretores e funcionários – estariam protegidos do processo criminal. (SALOMI, 2012, P.139/140)

Nos anos seguintes, o programa de leniência continuou em desenvolvimento e possibilitou que pessoas físicas se apresentassem às autoridades em nome próprio, ou seja, sem interferência institucional da empresa que fazia parte. Assim, o programa concederia a anistia penal automática se: i) as autoridades não tivessem conhecimento prévia da prática; ii) admitisse as irregularidades, além de cooperar com o Departamento durante a investigação; iii) não tivesse exercido papel de líder na conduta ou coagido pessoas a participar do ilícito (RIBEIRO; NOVIS, 2010, p. 158).

A nova configuração do programa de leniência fez com que as estatísticas, que eram praticamente inexistentes de acordo até meados dos anos 90, saltassem

para uma média de um acordo por mês (SALOMI, 2012, p.140).

A política antitruste norte-americana influenciou vários órgãos de defesa da concorrência de países europeus que passaram a adotar um programa de leniência semelhante ao *corporate leniency program*, com o objetivo de combater as práticas anticoncorrenciais. O primeiro programa de leniência Europeu foi instituído em 1996, e outros países, como a França, Reino Unido, Alemanha e Irlanda, também, inspiraram-se na experiência norte-americana.

## 2.2 O INSTITUTO DE LENIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O programa de leniência surge no ano de 2000 com a Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que alterou a antiga Lei de Defesa da Concorrência, a Lei nº 8.884, acrescentando os artigos 35-B e 35-C.

Art. 35-B A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

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

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

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

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

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

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

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

(...)

Art. 35-B Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e

impede o oferecimento da denúncia.

O acordo de leniência é implementado no sistema jurídico brasileiro como mecanismo de controle às práticas anticoncorrenciais e torna-se também um instrumento valioso de investigação de atos de corrupção.

A Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, atual Lei de Defesa da Concorrência, revogou a Lei n. 8.884 e, também, implementou diversas mudanças legais para aumentar a efetividade do programa de leniência. O instituto passou a ser previsto nos artigos 86 e 87 da nova Lei e uma das importantes alterações foi a competência para a celebração do acordo que passou a ser celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sob responsabilidade da Superintendência-Geral do CADE, e pessoas físicas e jurídicas, mas, para isso, não deveriam existir provas suficientes com o órgão antitruste no momento da propositura.

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

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

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

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

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

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

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

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

(...)

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 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.

(...)

A Lei n. 12.529 trouxe outra mudança relevante quanto a possibilidade de o acordo de leniência ser celebrado pelo líder da infração, ou seja, aquele que estava à frente do ilícito. Nesse sentido, a não vedação de o líder celebrar o acordo produz uma grande insegurança em todos os participantes da prática ilícita e aumenta de forma expressiva o número de delatores.

Outra modificação que merece destaque é a possibilidade de extensão dos benefícios conferidos pelo programa de leniência para às empresas do mesmo grupo econômico. Esse contexto aumenta as chances de uma empresa buscar a celebração do acordo, pois muitos agentes possuem outras empresas filiadas dentro de um mesmo cartel.

Por fim, a nova lei Antitruste, possibilitou a extinção da punibilidade não apenas aos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei 8.137, mas também àqueles crimes que estão correlacionados com a prática de cartel (FIDALGO, CANETTI, 2015 p. 265). Nesse interim, é importante destacar que os crimes tipificados na Lei 8.666 e no artigo 288 do Código Penal Brasileiro foram incluídos nas hipóteses de extinção de punibilidade. Portanto, o acordo impediria o oferecimento da denúncia e extinguiria de forma automática a punibilidade desses crimes, desde que ele fosse cumprido seguindo todos os requisitos.

### **2.2.1 Início da celebração do acordo: a proposta**

A proposta de acordo deve ser apresentada perante a Superintendência-Geral do CADE, órgão integrante do Sistema Brasileiro da Concorrência (SBDC) competente para analisar e negociar o acordo de leniência. Ademais, poderá ser formulada por pessoas físicas ou jurídicas, de forma escrita ou oral, sendo recebida e registrada no serviço de protocolo deste próprio órgão, em caráter sigiloso.

Vale ressaltar que o acordo pode ser proposto tanto pela empresa, quanto por um dos seus empregados, administradores ou dirigentes de forma isolada. Caso seja apresentada pela pessoa jurídica, os efeitos do acordo ainda poderão ser concedidos aos funcionários da empresa, desde que os mesmos assinem o acordo de leniência em conjunto com a pessoa jurídica, inclusive com a possibilidade de

adesão após a assinatura do acordo, nos termos do art. 86, §6º da Lei 12.529/2011 c/c art. 198, §1º, do RICADE.

Por outro lado, se o proponente do acordo for uma pessoa física sem a participação da pessoa jurídica no momento da celebração, os benefícios não serão estendidos à empresa e a mesma não poderá mais aderir ao acordo posteriormente, segundo art. 198, §3º do RICADE.

De acordo com o artigo 199 e seguintes do Regimento Interno do CADE (RICADE), a proposta escrita deve ser apresentada dentro de um envelope lacrado e devidamente identificado como “Proposta de Acordo de Leniência / Acesso Restrito”. Por outro lado, no caso da proposta oral, o interessado deverá marcar uma reunião com o Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral, quando relatará a prática.

Nesse primeiro momento, o delator receberá uma senha (*Maker*) para assegurar que foi o primeiro interessado a propositura do acordo, desde que apresente informações relevantes sobre o cartel e sobre seus integrantes.

Logo, o proponente deverá demonstrar às autoridades dados e informações, ainda que parciais, sobre a natureza do cartel; identificar os partícipes indicando sua hierarquia; especificar o local e o mercado que atuavam; bem com precisar o tempo da sua prática (VILLARES, 2009, p. 147)

O signatário do acordo precisará fornecer, no prazo de 30 dias a contar do recebimento da senha, informações e documentos adicionais, sob pena de perder a senha, conforme disposto no artigo 199, § 3º do RICADE.

A proposta de celebração do acordo de leniência deve ser mantida de modo confidencial e sigiloso, salvo por interesse das investigações ou do processo administrativo.

A etapa de negociação da proposta tem prazo de 6 meses, prorrogáveis por mais 6 meses, através do Termo de Reunião, desde que o signatário demonstre boa-fé e cooperação com as investigações. Somente tem competência para fazer a negociação o Superintendente-Geral e os Superintendentes-Adjuntos.

Outro aspecto importante é que a proposta do acordo de leniência poderá ser rejeitada, porém, nessa hipótese, não importará confissão da matéria de fato e,

portanto, não haverá o reconhecimento da ilicitude da conduta analisada (GONÇALVES, 2010, p. 214). Além do que, em caso de rejeição, todos os documentos e informações prestadas não poderão ser utilizadas pelas autoridades para qualquer fim investigatório.

Por último, ainda que a proposta seja rejeitada, existe a possibilidade de o signatário intentar o instrumento chamado leniência *plus* (leniência adicional). Através deste, o sujeito envolvido em uma infração e que não conseguiu celebrar o acordo de leniência, poderá delatar uma outra prática ilícita que faça parte, diversa da conduta anterior.

Esse novo ilícito não pode ser do conhecimento da autoridade antitruste e, desde que, sejam cumpridos todos os requisitos, o leniente poderá obter a redução de um terço da pena em relação à primeira infração, sem prejuízos dos benefícios possivelmente obtidos em relação à delação adicional (MAFRA; COELHO, 2012, p. 7).

### **2.2.2 Condições para celebração do acordo de leniência**

O interessado em realizar o acordo de leniência deverá atender necessariamente as seguintes condições: i) ser o primeiro a apresentar à Superintendência-Geral do CADE e informar sobre a conduta anticompetitivas; ii) confessar a participação na prática ilícita; iii) fornecer informações a respeito do ilícito que o CADE não tenha conhecimento para comprovar a infração noticiada; iv) cessar completamente a participação na infração; e v) cooperar plenamente com as investigações e com o processo administrativo até a decisão final sobre o ilícito.

A cessação imediata da prática pode ser mitigada em determinadas situações. Isto é, o proponente deverá continuar com a conduta para não levantar suspeitas e não prejudicar as investigações (TAUFICK, 2012, p. 398).

Importante frisar que os efeitos conferidos com a celebração do acordo de leniência não estão sujeitos a aprovação da Superintendência-Geral do CADE. Dessa forma, a competência do tribunal que julga o processo administrativo se limita a duas hipóteses: i) declarar extinta a punibilidade nos casos em que o CADE não tinha conhecimento prévio da infração, é dizer, a isenção total; ou ii) estabelecer a

isenção parcial com a redução de um a dois terços as penas aplicáveis quando o órgão já possuía o conhecimento prévio do ilícito.

Isto posto, deve-se atentar ao fato de que a legislação brasileira não estende os efeitos conferidos pelo acordo de leniência quanto a reparação dos danos civis e consumeristas e, portanto, terceiros lesados e consumidores poderão ingressar em juízo para obter indenizações por perdas e danos sofridos pela prática ilícita. Além disso, o Ministério Público também poderá pleitear ações indenizatórias na defesa de interesse coletivos metaindividuais.

### 2.3 O ACORDO DE LENIÊNCIA NO COMBATE À PRÁTICA DE CARTEL

O programa de leniência pode ser utilizado como instrumento de combate a práticas ilícitas tanto no campo antitruste, quanto na corrupção, e possibilita ao agente infrator cessar a conduta ilícita e colaborar com as investigações (MARTINEZ, 2014, p. 29).

O ordenamento jurídico brasileiro adota instrumentos de repressão às condutas anticoncorrenciais, especialmente aos cartéis, que são conluíus de difícil detecção, pois se utilizam do caráter sigiloso para dificultar que autoridades desconfiem ou tomem ciência da fraude. Uma dessas medidas é o instituto do acordo de leniência que busca, através de um conjunto de iniciativas, descobrir, investigar e punir as infrações contra a ordem econômica, com destaque aos cartéis.

A prática de cartel é uma infração contra a ordem econômica e é conceituada como celebração de acordos entre empresas concorrentes de um mesmo mercado que objetivam, sobretudo, fixar preços, acordar sobre a produção, condições de venda, divisão de mercados e captação de clientes. Portanto, são aqueles acordos em que é tudo acertado. Tais condutas serão detalhadas em tópico futuro.

Outrossim, é relevante destacar que os cartéis servem para monopolizar o poder entre as empresas que fazem parte do conluio e neutralizar a concorrência com aqueles que não fazem parte do grupo. O pacto entre os agentes não retira a independência administrativa e/ou financeira das empresas, que continuam independentes entre si. A principal finalidade do conluio é eliminar o processo normal de concorrência, ou seja, buscar-se-á condições mais vantajosas para seus

agentes em todos setores do mercado e, como consectário, eliminar os concorrentes e aumentar a lucratividade dos partícipes (BRANCO, BARRETO, 1964, p. 30).

Existem duas categorias de cartel que são estudadas pela doutrina, denominadas de cartéis clássicos (hard core cartels) e os cartéis difusos.

Os cartéis clássicos são ajustes secretos entre competidores, escritos ou verbais, de caráter institucionalizado, com atividades coordenadas e monitoradas, sob pena de aplicação de sanções em caso de descumprimento. Possuem como objetivos precípuos a fixação de preços e condições de venda, fraudar licitações, definição da quantidade e qualidade de produção, divisão de mercados em termos de clientes e tentativa de impedir a entrada de novos concorrentes no mercado.

Vale ressaltar que, os cartéis clássicos, em razão do seu caráter institucionalizado, são considerados como ilícitos por objeto, ou seja, a comprovação da existência da conduta é suficiente para configurar o ilícito contra a ordem econômica. Isto porque, tal infração independe da potencialidade dos efeitos nocivos/prejudiciais à concorrência. (CRISTOFARO, 2017, p. 257).

Nesse sentido, seguem três trechos de votos proferidos, respectivamente, pelos Conselheiros Carlos Ragazo, Ana Frazão e Alexandre Macedo.

Em suma, conforme a Lei no 8.884/94 e precedentes do CADE, nos casos em que houver a atuação de um cartel clássico, será exigida apenas a prova da existência da conduta para a configuração da infração, presumindo-se a potencialidade de que sejam produzidos efeitos prejudiciais à concorrência.

Parte dos representados argumentou que não seria possível concluir pela existência de infração à ordem econômica, em razão da inexistência de poder de mercado das empresas supostamente envolvidas no cartel. A alegação não merece prosperar. Isso porque o cartel constitui conduta ilícita por objeto, de forma que é suficiente a comprovação da materialidade, de que se infere seu potencial lesivo, conforme jurisprudência consolidada do CADE. Nesse contexto, análises de estruturas de mercado, definições de mercado relevante ou considerações do poder de mercado dos agentes tornam-se completamente desnecessárias.

Não obstante cartel se configurar uma conduta por objeto, ressalto que em se tratando de cartéis em licitações, a presunção de sucesso nos acordos, e, com isso, a presunção de geração de efeitos negativos no mercado são ainda mais evidentes, sendo especialmente desnecessário, via de regra, o aprofundamento da análise de mercado relevante ou de poder de mercado.

Os cartéis difusos, por sua vez, são atos de coordenação de ação entre agentes de um mesmo mercado com o objetivo similar ao cartel clássico, mas se diferem por não possuírem caráter institucionalizado e permanente, somente com atuações pontuais e eventuais.

Nesse contexto, cabe destacar que a prática de cartel é considerada uma das condutas mais lesivas à ordem econômica brasileira. São evidentes os efeitos negativos para toda sociedade, visto que gera um aumento do domínio e do poder de mercado destas empresas, de forma totalmente arbitrária, cuja única finalidade é aumentar a lucratividade. Entre as consequências prejudiciais estão a diminuição da qualidade dos produtos e serviços ofertados, bem como o aumento considerável dos preços.

Insta ressaltar um estudo realizado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2002) que estimou um aumento de preços em uma média situada entre 15% a 20% na vantagem auferida. Portanto, é claro seu caráter nocivo para a sociedade e, por esta razão, o combate aos cartéis é uma prioridade para todos países que adotam uma legislação concorrencial.

Com o pacto de silêncio firmado entre os partícipes, ao lado de posturas estratégicas sofisticadas para não transparecer o ilícito e de adoção de condutas para evitar não deixar provas escritas, como documentos que demonstrem a existência do acordo, fica bastante difícil detectar o conluio e/ou encontrar indícios acerca da existência do cartel (RIBEIRO; NOVIS, 2010, p. 157/158).

Para a caracterização da prática de cartel, é necessário comprovar que este existe ou que já existiu entre os concorrentes com a evidente intenção de eliminar a concorrência e monopolizar o mercado.

A comprovação de um cartel ocorre inicialmente através do acordo de vontade entre os agentes, sendo esta condição fundamental para comprovar a existência do ilícito, pois, sem ela, a materialidade para a acusação seria insuficiente (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 92).

Dessa forma, provar a existência de um cartel pode se dar através de provas diretas ou provas indiretas.

As provas diretas são aquelas que evidenciam o encontro dos participantes do cartel ou o *modus operandis* da prática, como a forma de monitoramento, reunião periódicas, mensagens cujo teor seja sobre o ilícito ou acordando condutas futuras ou gravações que demonstrem a existência do conluio. Evidenciam um acordo formal entre os sujeitos (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 115).

Por sua vez, as provas indiretas são aquelas que não demonstram a exata

existência do cartel ou a atuação coordenada dos seus participantes, mas que, a depender da conjuntura e dos indícios disponíveis, podem ajudar na descoberta do cartel (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 116)

Desse modo, o cartel para ser exitoso precisa de controle e organização, pois, além implementar os preços combinados e monitorar o cumprimento dos acordos pelos participantes, precisa agir de forma reservada e sigilosa. O sigilo da conduta é uma das principais preocupações dos sujeitos envolvidos no ilícito, visto que, qualquer indício ensejará desconfiança nos clientes e, sobretudo, das autoridades antitruste (RIBEIRO; NOVIS, 2010, p. 157).

Cabe destacar que as autoridades antitruste dispõem de três eventuais fontes para a obtenção de informações sobre cartéis. A primeira delas seria a análise frequente dos mercados, principalmente daqueles que as condições estruturais favoreçam a formação de cartéis. A segunda, por sua vez, se daria por terceiros que sofressem os efeitos ou tivessem tomado conhecimento do ilícito. Por fim, a terceira fonte é a confissão da própria empresa envolvida na conduta (RIBEIRO; NOVIS, 2010, p. 157).

O CADE entende que a denúncia e confissão do próprio agente participante do cartel é o melhor meio para obtenção de informações sobre a funcionalidade e atuação do cartel. Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro possibilita a celebração do acordo de leniência, instituto análogo à delação premiada, concedido às autoridades para facilitar a persecução de condutas que atentem contra a concorrência, em especial os cartéis.

O programa de leniência designa um ajuste entre o ente estatal e um infrator do ilícito que confessa a prática para poder receber em troca uma redução da punibilidade nos crimes cometidos ou mesmo a sua extinção (MARRARA, 2015a, p. 512).

Assim, os partícipes fornecem documentos e provas capazes de demonstrar a existência da prática ilícita, comprometendo-se a colaborar efetivamente com as autoridades durante a investigação, enquanto que as autoridades prometem conceder a imunidade aos membros do cartel que estão fazendo o acordo quanto às penas administrativas e criminais (RIBEIRO; NOVIS, 2010, p. 158).

Logo, o acordo de leniência é um instrumento que ganhou bastante espaço

na legislação antitruste e é considerado pelas autoridades um dos melhores meios para a persecução de condutas anticompetitivas, pois, possibilita a investigação de cartéis que ficariam desconhecidos, além de aumentar a velocidade das investigações e torna menos onerosa a detecção e punição.

Neste sentido, segue o trecho de um processo administrativo na esfera do CADE, do Relator Conselheiro Paulo Furquim.

O programa de leniência não é um fim em si mesmo, mas um importante mecanismo para dissuadir condutas uniformes lesivas à concorrência, este sim um fim da política de defesa da concorrência. O mesmo se aplica à eliminação de 'obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis', mandados de busca e apreensão, métodos estatísticos para detecção de cartéis.

Além disso, vale destacar duas peculiaridades que decorrem do instituto, quais sejam, a instabilidade e a insegurança que se cria entre os partícipes do cartel. Esse elemento subjetivo desestabiliza a relação dos agentes entre si, produz uma relação de desconfiança, visto que a possibilidade de delação cria uma percepção de risco alta, pois a qualquer momento um dos participantes pode deletar às autoridades o ilícito para desfrutar das imunidades conferidas ao delator

Ante o exposto, percebe-se que o programa de leniência é fundamental para persecução de práticas anticompetitivas e, principalmente, para a política de combate aos cartéis.

## 2.4 A EFETIVIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA

A prática de cartel é como um “câncer que afeta a economia de mercado”, pois, ao eliminar a concorrência e monopolizar o setor econômico, os partícipes do conluio causam danos imensuráveis à economia e aos consumidores. Dessa forma, é imprescindível um instrumento efetivo para descoberta e punição dos cartéis (MONTI, 2001).

Assim, um programa de leniência eficaz é aquele que prevê sanções rigorosas, com regras claras e transparentes, bem como um nível elevado de investigações, o que induz os participantes do conluio a terem receio de serem descobertos e, por esta razão, buscarem o órgão antitruste para denunciar o ilícito. Logo, é um mecanismo que tem o poder de revelar os cartéis através do seu ponto

fraco: a insegurança.

Portanto, um programa efetivo cria incentivos suficientes para que o agente entenda que será mais benéfico denunciar a prática a que se manter em silêncio (RODAS, 2007, p. 23).

#### **2.4.1 Requisitos para a efetividade do acordo de leniência**

Os requisitos necessários para a efetividade do programa de leniência em detectar condutas anticompetitivas perpassam pela credibilidade e seriedade atrelada ao instituto; pela efetiva atuação e forte investigação dos órgãos antitrustes em busca da identificação de prática anticoncorrenciais; pela preservação do sigilo das informações prestadas pelo sujeito proponente ao acordo durante o processo; e pelo incentivo que são gerados para que o proponente, pessoa física ou jurídica, abandone o cartel bem como os ganhos econômicos que obtinha com o conluio, e entregue os outros partícipes do ilícito para as autoridades antitruste (RIBEIRO; NOVIS, 2010, p. 160).

A doutrina antitruste internacional elenca três principais elementos para que o programa de leniência seja eficaz: i) sanções severas para os condenados pela conduta ilícita; ii) o receio de detecção da prática; e iii) a transparência e previsibilidade de aplicação do instituto (HAMMOND, 2005).

Nesse sentido, a preservação do sigilo das informações prestadas pelo proponente, desde o início das negociações até o julgamento final do caso, é uma condição fundamental, pois, a ausência de confidencialidade pode dificultar ou mesmo impedir a coleta de provas essenciais para o deslinde das investigações e condenação dos demais indivíduos (RIBEIRO; NOVIS, 2010, p. 160).

Além disso, o medo da descoberta da prática ilícita é outro requisito essencial para que os partícipes se sintam estimulados a procurar as autoridades para delatar o ilícito, visto que existe previsão de sanções severas aos agentes envolvidos.

Essa insegurança leva a um número maior de denúncias e confissões, pois há um receio de a prática já estar sendo investigada, ou até mesmo que algum dos integrantes do conluio já esteja em negociação com o órgão antitruste.

Outrossim, o signatário ao acordo precisa ter certeza sobre os benefícios que serão concedidos e sobre a extensão das imunidades, visto que, somente com normas claras e regras transparentes que o proponente terá segurança para se apresentar e celebrar o acordo.

Nesse sentido, um programa de leniência sólido e com regras claras é, portanto, um atrativo para qualquer membro do conluio criminoso que se arrependa de suas práticas e queira repará-las.

Derradeiramente, cabe ressaltar que quanto maior for a proteção ao proponente do acordo, maior será o incentivo para que este se apresente e compartilhe as informações com as autoridades competentes. D'outra parte, quanto menor for a proteção, menor será a chance do integrante da organização criminosa se encorajar a delatar. Além disso, quando a proteção limitada, haverá uma possibilidade superior de incidência de ações consumeristas ou civis indenizatórias de particulares lesados (RIBEIRO; NOVIS, 2010, p. 161).

## 2.5 TRANSPARÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Nota-se que uns dos elementos mais importantes para a efetividade do programa de leniência são a segurança jurídica, a transparência das regras e a atuação imparcial da autoridade competente antitruste. Por essa razão, a clareza e objetividade são pilares de todo este processo, tanto na celebração, quanto na investigação, dado que confere ao infrator maior segurança jurídica para confessar a prática ilícita.

Insta destacar que o programa de leniência brasileiro possui como principal obstáculo à sua efetividade a necessidade de o instituto conferir maior previsibilidade e transparência (RIBEIRO; NOVIS, 2010, p. 161).

Isto posto, percebe-se que os principais problemas enfrentados ultimamente pelo instituto são: i) à falta de clareza no que diz respeito aos parâmetros de fixação da responsabilidade de pessoas físicas por cartel; ii) a forma discricionária do órgão antitruste competente para a celebração do acordo de leniência; e por último, iii) se a imunidade prevista no art. 86 da Lei 12.529 se restringe ao âmbito do CADE ou engloba a Administração Pública como um todo, ou seja, se haverá a extensão dos

benefícios e imunidades conferidos com a celebração do acordo a toda administração (RIBEIRO; NOVIS, 2010, p. 162/163).

Sobre este ponto que o presente trabalho irá se debruçar a partir de agora com a análise dos benefícios da celebração do acordo de leniência perante o CADE, principalmente no que se refere às imunidades quantos as sanções administrativas.

### **3 O ACORDO DE LENIÊNCIA E A EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

#### **3.1 GENERALIDADES**

A atuação do Estado está intrinsecamente relacionada ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, em uma busca constante pelo atendimento do interesse coletivo. Para concretizar tal objetivo, pode até mesmo estabelecer restrições e limitações ao exercício das liberdades individuais, bem como ao direito de propriedade do particular.

Nesse contexto, nasce o princípio do poder de polícia, que é um dos poderes inerentes do Estado e que decorre da posição de supremacia da Administração Pública, aplicando-se aos particulares com o objetivo de melhor gerir os bens, interesses e serviços para toda sociedade.

A administração pública poderá, através do uso do poder de polícia, atribuir gravame ou supressão de direito aos particulares, isto é, impor obrigações de fazer e não fazer aos administrados como forma de melhor atender os direitos da coletividade (HARGER, 2008, p. 70).

Além disso, é importante mencionar a possibilidade de aplicação de sanções para as hipóteses de não cumprimento das ordens do poder de polícia, pois, caso contrário, haveria grandes chances de ineficiência (ARAÚJO, 2007, p. 1005).

Nesse ínterim, o CADE também utiliza o poder de polícia em situações e casos concretos que possam resultar em condutas que firam a concorrência. Em virtude do caráter sancionador deste princípio, o órgão antitruste possui competência plena para aplicar sanções aos sujeitos que atuem no mercado em desconformidade às regras e a legislação concorrencial.

Dentre as sanções aplicadas para reprimir as condutas anticoncorrenciais, estão as elevadas multas, publicação da decisão condenatória em jornal de grande circulação, proibição de participar de licitação com a administração pública durante cinco anos, entre outras. Se aplica tanto às pessoas físicas, administradores e responsáveis, quanto à pessoa jurídica, ou seja, à empresa.

Os autores destas infrações, conforme já exposto, poderão junto ao CADE

firmar um acordo de leniência, por meio da Superintendência-Geral, órgão competente para celebrar o acordo, a fim de se beneficiarem da extinção ou redução da ação punitiva da Administração Pública pelos ilícitos anticoncorrenciais.

O instituto está previsto no art. 86 da Lei 12.529 e, como se sabe, existe a possibilidade de ser conferida a imunidade penal e administrativa, desde que atendidos alguns requisitos citados anteriormente.

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

(...)

Em análise detalhada do artigo supracitado, percebe-se que o legislador utilizou o termo Administração Pública sem estabelecer um conceito exato. Essa imprecisão fez com que os intérpretes do direito recorram a outros diplomas legais para interpretar essa acepção. Logo, a falta de precisão normativa gerou dúvidas quanto a aplicação deste artigo. Isto é, se a extinção da punibilidade é restrita à esfera do CADE ou se engloba toda a administração pública e, portanto, nenhum outro ente público teria competência para aplicar penalidades administrativas ao proponente.

A partir desse questionamento que o presente trabalho se debruçará agora, com uma análise e exposição de posicionamentos doutrinários que nos levam a crer que o termo utilizado no art. 86 da Lei 12.529, “administração pública”, deve ser interpretado de modo *lato sensu*. Ou seja, a imunidade conferida pelo acordo de leniência seria estendida para a administração pública como um todo, tanto a Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) bem como aos entes da Administração Indireta (autarquias, fundações de direito público, fundações públicas de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas).

### 3.2 DESCRIÇÃO DE “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA” NA ORDEM JURÍDICA: PRINCÍPIO E INTERPRETAÇÃO

A administração pública é toda atividade exercida pelo Estado e o seu estudo inicia-se a partir do conceito de Estado. Desta forma, traduz toda a concepção

moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos que são prestados à sociedade (MEIRELLES, 1994, p. 55).

Já se repetiu que a Lei em comento não descreve com precisão e clareza a expressão “Administração Pública”. Diante disso, há um espaço obscuro na interpretação da extensão dos benefícios frutos da celebração do acordo. D’outra parte, a mesma terminologia tem previsão clara em diferentes dispositivos legais, de modo que se torna evidente o sentido *latu sensu* da administração pública.

A título exemplificativo, no âmbito federal, o Decreto-Lei 200/67, que foi recepcionado pela CF/88, que dispõe:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas

(...)

Do mesmo modo, a fim de o artigo 86 da lei em estudo ser melhor compreendido, destaca-se o artigo 6º da Lei n. 8.666 de 1993, que estampa o conceito de “Administração Pública”:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

(...)

Isto posto, percebe-se que, em ambos dispositivos, os termos “administração” e “administração pública” foram utilizados com o mesmo significado. Sendo assim, independente da nomenclatura disposta nos textos legais, resta claro que o benefício concedido pelo acordo de leniência abrange todos os órgãos da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Deste modo, conclui-se que, com a celebração do acordo de leniência perante o órgão competente antitruste, os demais órgãos da administração pública não poderão mais impor sanções administrativas ao beneficiário do acordo.

### 3.3 PRINCÍPIO E INTERPRETAÇÃO BASILAR DO TERMO “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”

Não obstante as breves explicações sobre o tema no tópico anterior, é inegável a importância do estudo sobre princípio da legalidade estrita, que diz respeito à atuação da administração pública em consonância com às leis. Ou seja, somente pode agir nos limites da lei (*secundum legem*), sendo vedada atuar contra ou além desta (ALEXANDRINO, 2008, p. 50).

Desta forma, claro está que o princípio em análise busca o estrito cumprimento das leis pelos órgãos administrativos. Logo, a administração pública direta e indireta estará vinculada e submetida às diretrizes dispostas nas legislações, sob pena de anulação ou invalidade do ato em caso de descumprimento.

D’outra parte, a interpretação literal ou gramatical é outro instrumento que corrobora com a tese adotada de que o termo “administração pública” deve ser interpretado de forma *latu sensu*. Isto porque a interpretação deve se ater às palavras dispostas no texto legal e, sendo assim, a abrangência e aplicação da norma é determinada pelo significado das expressões usadas em texto.

Pois bem, apesar de o legislador não ter definido de forma precisa “administração pública” no art. 86 da Lei n.12.529, não restam dúvidas que a interpretação deve ser de acordo com o seu sentido *latu sensu*. Portanto, a celebração do acordo de leniência gera efeitos para todos os entes e órgãos da administração pública, e não apenas para ao CADE.

### 3.4 ANÁLISE INFRACONSTITUCIONAL DE “ADMINISTRAÇÃO” E “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”

#### 3.4.1 Lei de Licitações – Lei n. 8.666/1993

Já se repetiu que, apesar da falta de precisão do legislador no art. 86 da Lei n. 12.529 sobre a delimitação dos termos “administração” e “administração pública”, a melhor interpretação a ser feita é no sentido *latu sensu*, ou seja, abarcando todos órgãos e entidades da administração federal.

Cumprindo abordar aspectos doutrinários da legislação infraconstitucional sobre os termos em comento, especialmente nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n. 8.666 (Lei de Licitações). Vide:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

(...)

Para reforçar ainda mais a ideia de que a interpretação dos termos em estudo deve ser no sentido de sinonímia, fazer-se-á uma análise doutrinária dos incisos supracitados da lei de licitações.

De um lado, o inciso III trabalha com a terminologia “Administração”, com a previsão de proibição e impedimento do particular em participar de licitação e contratar com Administração por prazo não superior a 2 anos.

D’outro, o inciso IV dispõe sobre a declaração de idoneidade do particular perante a “Administração Pública”. Ou seja, aquele que é considerado inidôneo não poderá participar de licitações, nem contratar com a administração pública, enquanto persistirem os motivos determinantes da punição, ou até o momento de reabilitação perante a própria autoridade sancionadora.

Com efeito, preleciona a doutrina que não seria possível uma distinção entre as figuras referidas nos incisos III e IV. Nesse sentido, a utilização singular do vocábulo “Administração” ou do termo “Administração Pública” abarcaria todos os órgãos e entes da Administração Pública, ao menos enquanto não houver regramento mais específico. Importa, ademais, que não faria sentido sustentar os efeitos da suspensão de licitar a um único órgão específico da administração pública, pois os efeitos da ilicitude se estendem à toda estrutura do sistema (FILHO, 2004, p. 605).

Demais disto, percebe-se que não há lógica em uma empresa ser punida com a suspensão de licitar somente diante de um órgão específico e, concomitantemente, poder licitar perante outro órgão da administração. Isto porque convém destacar que a administração pública é uma só, única, e os seus efeitos se estendem ao todo que a integra, mesmo os órgãos dispendo de sua própria autonomia e estrutura (FILHO, 2010, p. 241).

Em suma, nota-se que não há diferenças entre “Administração” e “Administração Pública”. Pois, independentemente do termo utilizado pelo legislador nos incisos em comento, em ambas sanções os efeitos incidirão sobre todos os órgãos da administração direta e indireta, não se limitando ao âmbito do CADE.

Deste modo, de acordo com os entendimentos doutrinários supramencionado, percebe-se que a utilização do vocábulo “Administração” pela Lei n. 8.666/93, deve se dar de forma ampliativa, ou seja, vinculando todos os entes da administração pública. Outrossim, quando o legislador utiliza a expressão “administração pública”, não restam dúvidas quanto ao efeito vinculativo a toda administração.

Desta forma, é fundamental que as leis do sistema jurídico estejam em harmonia e concordância. Com efeito, a interpretação da Lei de licitações e da Lei n. 12.529 precisam estar no mesmo sentido, sob pena de ensejarem insegurança jurídica. Ou seja, não há como aplicar sentido ampliativo para uma e estrito para outra.

Portanto, a administração pública é um sistema único e integrado. Logo, a celebração do acordo de leniência perante o CADE estende todos os efeitos para os demais órgãos administrativos.

### 3.4.2 Lei Anticorrupção – Lei n. 12.846/2013

A Lei n. 12.846/2013 também chamada de Lei Anticorrupção, é o diploma legal sobre a responsabilização objetiva no campo administrativo e civil de pessoas jurídicas pela conduta ilícita de atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira.

O art. 5º desta lei traz a previsão de incidência para os casos de atos lesivos à Administração pública. *In verbis*:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

(...)

O diploma em causa, como visto, além das demais disposições, prevê a responsabilização para práticas de cartel que objetivam fraudar licitações, tema este que está correlacionado ao presente trabalho.

Acresce que a Lei n. 12.846 nos artigos 16º e 17º dispõe expressamente sobre o acordo de leniência, onde prevê a possibilidade de celebração do acordo e os requisitos necessários para a formalização. *Vide*:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

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

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

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

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

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

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

(...)

Desta forma, nota-se que os requisitos previstos no § 1º, incisos I, II e III, do artigo supradito coincidem com aqueles dispostos no art. 86º da Lei n. 12.529, atual Lei de Defesa da Concorrência. Ou seja, são exigidas as mesmas condições em ambos diplomas para a celebração do acordo de leniência. Portanto, tem-se mais uma vez a premissa de harmonia entre as leis do ordenamento jurídico e reafirma o que já se repetiu – que a Administração pública é una e singular.

Importa, ademais, abordar o art. 17º da Lei em análise, que prevê a possibilidade de a “Administração Pública” celebrar acordo de leniência com pessoa jurídica que incorra nas condutas ilícitas previstas na Lei n. 8.666, conferindo imunidade quantos às sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88 da Lei de Licitações. Vale como exemplo de sanções as multas, declaração de inidoneidade e suspensão de licitar ou contratar com a administração pública. Confira-se:

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

Percebe-se, pois, que, apesar de o legislador também não definir o termo “administração pública” na lei em foco, este refere-se à Administração Pública em sua totalidade, seguindo o mesmo sentido das demais leis supramencionadas neste trabalho. Desta maneira, mais uma vez, evidencia-se que independentemente do emprego da expressão “administração” ou “administração pública”, o objetivo foi garantir que os efeitos se estendam à toda administração pública, e não apenas ao órgão que celebrou o acordo.

Ante todo o exposto, depreende-se que a imunidade conferida com a celebração do acordo de leniência não se limita a um único órgão da administração, dado que não é plausível o CADE conferir a imunidade no âmbito administrativo e outro órgão sancionar a mesma conduta com a outra penalidade de cunho administrativo, a exemplo da sanção de inidoneidade.

### 3.5 A PRÁTICA DE CARTEL EM LICITAÇÃO E O RISCO DE *BIS IN IDEM*

A atuação colusiva de agentes é uma prática recorrente no âmbito dos procedimentos licitatórios públicos. As empresas infratoras se utilizam de diversas estratégias com o fim de fraudar os certames. Os principais métodos, como já se repetiu, são: a) divisão de mercado, no qual é pactuado os clientes que cada participante pode concorrer ou área geográfica de onde podem participar; b) rodízio ou propostas rotativas, em que há uma alternância entre os partícipes vencedores dos certames para camuflar o ilícito; c) propostas fictas ou de cobertura, essa técnica pode ocorrer com três comportamentos, isolados ou concomitantes, quais sejam: uma das empresas parceira apresenta proposta mais elevada do que a proposta da empresa escolhida para vencer a licitação, um dos membros do cartel apresenta proposta em valor desproporcionalmente elevada para ser aceita, ou um partícipe apresenta proposta com determinada condição que é inadmissível para o certame; d) supressão de propostas, consiste na conduta em que os concorrentes apresentam as propostas mas durante o procedimento da licitação optam pela

desistência ou retiram a proposta previamente apresentada, de modo que a proposta do único concorrente seja escolhida (CRISTOFARO, 2017, p. 257).

Para caracterizar a prática de cartel em licitação, portanto, seria suficiente a identificação de algumas das estratégias supracitadas, por meio de análise feita no âmbito do próprio procedimento licitatório.

Logo, qualquer ato que seja capaz de fraudar o caráter competitivo e a característica da concorrência de um certame constitui um cartel. Nesse sentido, seguiu o Conselheiro Gilvandro Araujo (2016) que, “a simples incredibilidade dos instrumentos licitatórios já resultaria em efeito suficiente para se considerar a conduta ilícita”.

Como já se disse anteriormente, as condutas relativas aos cartéis em licitações apresentam possibilidade da aplicação de diversas leis, com perspectivas nos âmbitos administrativo e penal. Confira-se.

A Lei no 12.529/2011 prevê a aplicação de penalidades administrativas por ilícitos contra a ordem econômica; a Lei de Licitações (Lei no 8.666/90) tipifica como crime “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório”; a Lei Anticorrupção (Lei no 12.846/2013) define como ato lesivo à administração pública “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”, sujeitando o infrator a penalidades administrativas e ressarcimento de danos; a Lei de Improbidade Administrativa (Lei no 8.429/92) considera ato de improbidade administrativa “frustrar a licitude de processo licitatório”; e a Lei no 8.137/90, que define crimes contra a ordem econômica, inclui dentre eles os acordos destinados à “fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas (CRISTOFARO, 2017, p. 259)

Surge, nesse contexto, o princípio fundamental do direito punitivo penal e administrativo – o do *ne bis in idem*. Ele tem, de um lado, o aspecto processual, no qual ninguém poderá ser julgado e processado duas vezes pelo mesmo fato e, de outro, o material, onde ninguém poderá ser penalizado duas vezes pelo mesmo delito (CRISTOFARO, 2017, p. 259-260).

De fato, os acordos entre concorrentes, com o propósito de fraudar o caráter competitivo e imparcial das licitações, submetem os cartelistas às penalidades das Leis Anticorrupção e Antitruste, bem como às das Leis Licitações e de Improbidade Administrativa. Parece claro, portanto, que haverá violação ao princípio do *ne bis in idem*. (CRISTOFARO, 2017, p. 260).

Isto sucede pela ausência de distinções específicas da conduta em relação a cada lei. Sendo assim, deve haver uma compatibilização dos diversos diplomas, a fim que sejam observados os preceitos de cada legislação.

Face o exposto, nota-se que a relevância do princípio do *ne bis in idem* repousa na impossibilidade de um mesmo pressuposto fático ensejar mais de um julgamento ou penalidade. Isto porque seria incoerente, e violaria o princípio em comento, a hipótese de o leniente celebrar acordo de leniência com o CADE, sendo conferida a imunidade administrativa total e, concomitantemente, ser sancionado com a pena de inidoneidade por outro órgão da administração pública.

### 3.6 TEORIAS ACERCA DA EXTENSÃO DOS EFEITOS CONFERIDOS COM A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com o propósito de melhor entender o tema, serão apresentadas duas teorias desenvolvidas por Alexandre Santos de Aragão, as quais abordam o conteúdo sob perspectivas diferentes e de forma imparcial. Uma delas, inclusive, serve até como fundamento contrário ao que é defendido por este trabalho.

Em princípio, abordar-se-á a teoria que corrobora a tese que é abordada neste trabalho – de que o termo “Administração Pública” deve ser interpretado de maneira *latu sensu*. Ou seja, de forma ampla e uniforme, não sendo admitido que seus órgãos integrantes adotem medidas contraditórias.

Percebe-se, pois, que a imunidade conferida no âmbito administrativo com a celebração do acordo de leniência deve compreender toda a Administração Pública direta e indireta. Isto porque, caso outro órgão da Administração tivesse competência para sancionar o leniente, por exemplo, com a pena de inidoneidade, haveria redução dos incentivos e benefícios do instituto, além de ensejar grande insegurança jurídica.

Em rigor, esta é uma análise relevante, tendo em vista que a Lei n. 12.529 prevê a competência de os órgãos do SBDC aplicarem as sanções de suspensão de participar de procedimento licitatório e proibição de contratar com a Administração

Pública às empresas participantes de cartel por prazo não inferior a cinco anos. *In verbis*:

Art. 38: Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

(...)

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

(...)

Sem embargo, também existe a possibilidade de as duas sanções supracitadas serem aplicadas por outro órgão da Administração, como prevê a Lei de Licitações, em seu art. 87, incisos III e IV.

Portanto, a competência para aplicar a sanção de declaração de idoneidade das empresas participantes de cartel em licitação está prevista em dois diplomas distintos. Nesse sentido, o CADE pode aplicar a penalidade em prazo não inferior a cinco anos, do mesmo modo que outro órgão integrante da administração é capaz de aplicar a mesma sanção em prazo não inferior a dois anos.

Ante o exposto, conclui-se que os termos “Administração” e “Administração Pública” devem ser vistos como sinônimos. Caso contrário, o leniente poderia ser imunizado e punido com a mesma sanção por dois órgãos distintos, criando-se, assim, uma desarmonia de normas punitivas da Administração Pública.

### **3.6.1 Teoria das Autolimitações Administrativas**

A Teoria das Autolimitações Administrativas tem o fim precípua de analisar os casos em que mais de um ente da Administração Pública dispõe da competência de sancionar determinada conduta praticada por um particular, o que pode ensejar entendimentos potencialmente conflitantes (ARAGÃO, 2008, p. 1).

Desse modo, nas situações em que mais de um órgão possua competência sobre determinado ato de particular, aplicar-se-á a presente teoria, que veda a Administração Pública de adotar comportamentos contraditórios ou desconformes no exercício de suas funções. Logo, as ações da Administração estão sempre

interligadas e devem evitar ao máximo os entendimentos conflitantes, arbitrários e incoerentes diante dos mesmos elementos fáticos (ARAGÃO, 2008, p. 1).

Por conseguinte, a Administração Pública, mesmo quando possui liberdade para o exercício dos seus atos, não pode agir de maneira arbitrária ou com iniquidades. Isto porque ela, ao exercer suas competências legislativas, autovincula-se.

Neste diapasão, a teoria em foco busca assegurar a razoabilidade, a coerência e a isonomia no tratamento dado pela Administração Pública aos indivíduos da sociedade, sendo um reflexo do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal substancial, os quais vedam arbitrariedades estatais (ARAGÃO, 2008, p. 2).

Portanto, a teoria em análise tem o escopo de garantir a segurança jurídica, a liberdade, a isonomia e a coerência das decisões administrativas. Logo, é um instrumento que visa a proteção dos cidadãos frente ao poder do Estado.

Em relação a coerência de tais decisões, nota-se que é um pressuposto de grande preocupação para os julgadores, visto que, antes da tomada de decisão no caso concreto, devem apurar, investigar e pesquisar os precedentes administrativos anteriores de órgãos que possuam as mesmas competências. Isto porque, deve-se evitar a quebra da confiança no ordenamento, mantendo, assim, a segurança jurídica do sistema (ARAGÃO, 2008, p. 2).

Nesse diapasão, o Conselheiro do TCU Bruno Dantas (2017) versa sobre a insegurança jurídica que pode ser causada pelos julgadores:

De fato, é fundamental que o Tribunal de Contas da União avalie o impacto de sua decisão sobre a efetividade e a segurança jurídica dos acordos já firmados e sobre a perspectiva de novas negociações.

O acordo de leniência e a colaboração premiada são como um contrato. Qualquer pacto, contrato ou ajuste envolve cálculo, previsão e racionalidade estratégica. Como em qualquer avença, os agentes estimam riscos, barganham benefícios e assumem obrigações. Como em qualquer acordo, eles confiam na estabilidade das regras pactuadas, no funcionamento adequado das instituições para assegurá-las e esperam, sobretudo, segurança jurídica.

Qualquer elemento que desestabilize desnecessariamente essa equação será percebido como motivo de insegurança para futuros interessados em negociar. Seus efeitos serão precificados e fatalmente elevarão os custos de transação de novos contratos. Consequentemente, nos próximos acordos, se houver, o Estado precisará ofertar benefícios ainda maiores em troca do mesmo grau de informações. Nada disso é desejável.

É por essa razão que, ao possibilitar os acordos de leniência, o ordenamento jurídico pressupõe certa interação entre os órgãos. Essas instituições são braços operacionais de um mesmo Estado, de forma que a divisão de papéis entre elas representa mera organização administrativa decorrente das escolhas feitas na composição do ordenamento jurídico. Mas a redução nos índices de crimes dessa natureza, a cessação de condutas reprováveis, a punição aos infratores e a recomposição dos danos, ao fim e ao cabo, interessam ao Estado e à sociedade como um todo.

Além disso, a segurança jurídica está intimamente relacionada com a igualdade e a boa-fé objetiva. Desta maneira, quando a Administração atua diante de uma situação em determinado sentido, não lhe será lícito atuar de outra forma diante da mesma situação (PÉREZ, 1983, p. 122)

Outrossim, resta claro que a atuação da Administração deve ser sempre coerente, a fim de que não sejam adotadas interpretações diversas para o mesmo fato gerador, em respeito aos preceitos principiológicos e axiológicos da boa-fé e isonomia (DI PIETRO, 2001, p. 85).

Em suma, a igualdade e da boa-fé são expressões que devem ser seguidas pela Administração Pública ao se deparar com situações jurídicas que tenham o mesmo pressuposto fático. Com isso, as decisões guardam o mínimo de coerência.

Dessa maneira, a teoria de que se fala tem relação direta com o presente trabalho. É dizer, a partir do momento que o CADE confere imunidade no âmbito administrativo à empresa leniente, não poderia outro órgão da mesma Administração Pública aplicar sanções administrativas à leniente em razão da mesma *ratio* ou fato (ARAGÃO, 2008, p. 3).

Portanto, quando o proponente do acordo de leniência se dispõe a delatar a prática ilícita, o mínimo que se espera é o dever de coerência do comportamento da Administração Pública. Por consequência, condutas dissemelhantes sobre a mesma situação fática, pelo mesmo órgão ou por distintos da mesma Administração Pública, enseja a desarmonia das decisões administrativas e, também, a quebra da confiança legítima do leniente.

A seguir serão estudados os requisitos de preenchimento obrigatório para a aplicação da teoria em foco.

### 3.6.1.1 Requisitos de aplicabilidade da Teoria das Autolimitações Administrativas

São necessários três requisitos para aplicação da Teoria das Autolimitações Administrativas: i) identidade subjetiva; ii) identidade objetiva; iii) contradição entre ato anterior e posterior.

O primeiro requisito, a identidade subjetiva, reside na necessidade de os atos anterior e posterior serem realizados pela mesma Administração Pública. Logo, todo o conjunto administrativo deve atuar coordenadamente, ainda que sejam de órgãos administrativos distintos e com diferentes competências.

Neste sentido, Mairal:

a unidade de atribuição diz respeito à pessoa jurídica, e não a um órgão ou a um funcionário específico (órgão-pessoa) de tal pessoa jurídica. Sendo assim, se a conduta anterior e a pretensão contraditória emanam da mesma pessoa jurídica (p. ex., a Administração central, ou seja, o Estado Nacional), pouco importará que as pessoas físicas ou órgãos que atuaram pela pessoa jurídica não sejam os mesmos em ambos os momentos (1988, p. 64).

Demais disto, em um Estado Democrático de Direito, buscar-se-á a confiança de que não serão adotadas condutas contraditórias, confusas e equivocadas dentro dos procedimentos e atos que envolvam a relação entre a Administração e o administrado (GONZÁLEZ PÉREZ, 1999, p. 91).

Corroborando com este entendimento, menciona-se a sentença do Tribunal Supremo de 7 de julho de 1952. *In verbis*:

a Administração, ainda que dividida em diferentes ramos ou Ministérios, é sempre una e não pode voltar atrás em seus próprios atos nem desconhecer direitos que ela mesma havia reconhecido

Portanto, a teoria em comento aplica-se mesmo diante de órgãos administrativos diferentes, desde que eles façam parte da mesma Administração Pública. Isto porque o dever de coerência é exigido perante esta pessoa jurídica, ou seja, a todo o conjunto da Administração.

O segundo requisito, por sua vez, é o da identidade objetiva, que se traduz na exigência de que o pressuposto fático para os dois atos administrativos seja o mesmo ou semelhante e, conseqüentemente, centra a ideia na causa das atuações anterior e posterior.

Desse modo, deve existir uma similaridade entre as circunstâncias ou pressupostos de fato, não sendo coerente a Administração atuar de modo diferente

no segundo ato. Caso contrário, não estaria atendendo o objetivo para o qual a Administração conferiu (ARAGÃO, 2008, p. 7).

Por fim, o último requisito é o da contradição de ato anterior e posterior, que é definido nos dizeres de González Pérez:

A atuação deva ser contraditória com a conduta anterior vinculante, contradição que se situa dentro da ideia de incompatibilidade, definida de acordo com o critério imperante na consciência social. (...) A contradição pode se dar, não no que se pretende, mas nos fundamentos, como inclusive já deixou expresso a sentença do Tribunal Supremo de 15 de janeiro de 1971 (Autor: Becerril), ao considerar que se infringe o princípio quando se 'modifica a situação de fato que havia sido reconhecida em via administrativa ao introduzir um fato que havia sido expressamente rechaçado, indo dessa maneira contra seus próprios atos, pois se havia reconhecido que o contratado havia entregue a obra sem atraso, não pode agora entender que houve o tal atraso na entrega (1999, p. 207-208).

Neste aspecto, revela-se que o ato praticado de forma desconforme é grave violação a determinados princípios gerais de Direito utilizados pela Administração Pública quando exerce seus poderes. Em outras palavras, figura vício na causa do ato administrativo.

Por isto, o que se busca é manter a coordenação, segurança jurídica e confiabilidade das decisões administrativas quando diferentes órgãos da Administração Pública possuem competências em comum, evitando, assim, decisões contraditórias. Em rigor, em decisões sobre o mesmo pressuposto fático, a decisão posterior deverá observar a anterior, evitando contrariedades, sob pena de invalidade.

Veja-se, também, nesta mesma lógica, o entendimento de Diaz. *In verbis*:

o administrador, diante de caso idêntico ao que já foi por ele resolvido, no qual exerceu uma função interpretativa do Direito, deve ter em conta a maneira como atuou anteriormente para não dar aplicações completamente distintas e para manter o princípio da igualdade entre os cidadãos frente à lei, no que de certo modo poderia ser chamado de igualdade na interpretação da norma jurídica (p. 86)

Como remate a este tópico, serão apresentadas algumas jurisprudências que dialogam com a presente doutrina, inclusive julgados sobre diferentes poderes que fundamentam a tese em comento.

Em tal sentido, segue um precedente jurisprudencial, prolatado pelo Tribunal Regional da 1ª. Região. *In verbis*:

Tributário. Imposto de renda. Documentação fiscal. Parcialmente destruída. Enchente. Arbitramento.

1. As decisões administrativas devem guardar um mínimo de coerência, não se admitindo, por isso, tratamento diferenciado para hipóteses rigorosamente idênticas.

(...)

2. Incidência da Súmula 76, do TRF.

3. Apelação parcialmente provida para reduzir o percentual da verba de patrocínio. 80

4. Remessa improvida.

Procede, ainda, abordar alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual este tribunal manifesta-se a favor desta doutrina, de acordo com os trechos a seguir.

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – PROCURAÇÃO “AD JUDITIA” – EXIGÊNCIA PARA HABILITAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – TRADUÇÃO INDIRETA – INEXIGIBILIDADE. (...) Não pode o Estado, após vincular-se ao entendimento de que aceita como boa tradução de idioma sueco para a língua inglesa, elaborada por tradutor juramentado no estrangeiro, recusar versão daquele idioma para nosso vernáculo, feita por pessoa juramentada em idênticas condições. (...) (STJ – MS: 5281 DF 1997/0052995-9, Relator: Min. Demócrito Reinaldo, data de julgamento: 12/11/1997, S1 – 1ª Seção, data de publicação: DJ 09.03.1998 p. 3)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO: CONCEITOS E EXTENSÃO - INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO - DIREITO OBJETIVO - SEGURANÇA JURÍDICA - SITUAÇÕES CONCRETAS ANTAGÔNICAS - IMPOSSIBILIDADE - EXCEPCIONALIDADE - CONHECIMENTO - DISSÍDIO PRETORIANO NÃO COMPROVADO - SÚMULA 83/STJ - SERVIDOR PÚBLICO - LEIS NºS [8.622/93](#) E [8.627/93](#) - REAJUSTE DE 28,86% - APLICAÇÃO DA DECISÃO DO STF (EMB.DECL. EM RMS 22.307/DF) - COMPENSAÇÃO. (...) O Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Atinge-se, com isso, valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico material, com a correta prestação jurisdicional, como meio de certeza e segurança para a sociedade (...).(STJ – Resp: 227940 AL 1999/0076243-6, Relator: Min. Jorge Scartezini, data de julgamento: 26/10/1999, T5-5ª Turma, data de publicação: --> DJ 27/03/2000 p. 127)

LOTEAMENTO. MUNICIPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FE. ATOS PROPRIOS. TENDO O MUNICIPIO CELEBRADO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA EVENDA DE LOTE LOCALIZADO EM IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE, DESCABE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS, SE POSSÍVEL A REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO QUE ELE MESMO ESTÁ PROMOVENDO. ART. 40 DA LEI [6.766/79](#). A TEORIA DOS ATOS PROPRIOS IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PUBLICARETORNE SOBRE OS PROPRIOS PASSOS, PREJUDICANDO OS TERCEIROS QUE CONFIARAM NA REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO. (STJ – Resp: 141879 SP 1997/0052388-8, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, data de julgamento: 17/03/1998, T4-Quarta Turma, data de publicação: DJ 22/06/1998, p. 90)

Como já se repetiu, a consequência da teoria em questão é a improcedência de condutas contraditórias, uma vez que a atuação posterior deve sempre observar

a conduta vinculante. Caso contrário, o princípio determinaria a invalidação do ato (GONZÁLEZ PÉREZ, 1999, p. 209).

Tem-se, portanto, que os princípios da coerência, da unidade e da coordenação administrativa concretizam mecanismos de proteção dos particulares contra iniquidades e contradições administrativas. Além disso, também são considerados instrumentos de tutela, de eficiência e da higidez do sistema administrativo público (DÍEZ-PICAZO, p. 14).

Vale ressaltar, ainda, o seguinte entendimento doutrinário espanhol de que “a coordenação é definida como a realização efetiva do princípio da unidade, combinado com a divisão de competências, que tem como pressuposto a economia, celeridade e eficiência da atuação administrativa” (ANABITARTE, 2000, p. 136).

De modo similar, o Tribunal Constitucional Espanhol já se manifestou afirmando que “a coordenação persegue a integração da diversidade das partes ou subsistemas no conjunto do sistema, evitando contradições e reduzindo disfunções que, se existentes, respectivamente impediriam ou dificultariam a realidade do sistema” (REFERÊNCIA: Sentença 32/1983, de 28 de abril).

Ou seja, o princípio da coordenação administrativa determina que a Administração Pública, no momento de “apreciar a existência ou inexistência de fatos relevantes para o exercício de suas diversas competências setoriais, não emita juízos contraditórios, sob pena de comprometimento da própria realidade do seu sistema” (ARAGÃO, 2008, p. 11).

Para a teoria hispânica, não obstante os órgãos ou entes integrem a mesma pessoa jurídica, é possível, em razão das diversas competências administrativas setoriais divididas entre os órgãos, emergir divergências lógicas entre suas decisões. Assim, apesar da autonomia de cada órgão e da existência de múltiplas competências administrativas, deve-se observar a coerência dos atos, em respeito à confiança e boa-fé dos particulares (ARAGÃO, 2008, p. 11).

Fica claro, portanto, que apesar de os órgãos terem as suas próprias competências conferidas pela União para o exercício de suas atribuições, não podem ignorar que existem outros órgãos com competências em comum para determinados fatos. Dessa maneira, mesmo na prática de suas atribuições legais, os entes não podem contrariar juízo fático emitido pela mesma pessoa jurídica,

devendo sempre observar a decisão anterior como um pressuposto fático. Ou seja, a primeira decisão torna-se vinculante para o ato sucessivo (ARAGÃO, 2008, p. 12).

No mesmo sentido, a admissão de um pressuposto fático aferido por outra esfera de poder estatal compromete a competência de outro órgão ou entidade. É dizer, quando um fato já teve decisão proferida por uma esfera de atuação do Estado, outra esfera não poderá decidir sem considerar tal pressuposto. Tanto é verdade que o Poder Judiciário tem decidido que não pode validamente processar uma ação penal oferecida em virtude de um fato que teve a sua existência negada no âmbito administrativo (ARAGÃO, 2008, p. 12). Confirma-se, os acórdãos do STJ e STF, respectivamente:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. REPRESENTAÇÃO. DENÚNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ARQUIVAMENTO. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA POR CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL OFERECIDA COM BASE EXCLUSIVA NA REPRESENTAÇÃO DO BANCO CENTRAL. Posterior decisão do Banco determinando o arquivamento do processo administrativo, que motivou a representação. A instituição bancária constatou que a dívida, caracterizadora do ilícito, foi objeto de repactuação nos autos de execução judicial. O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional referendou essa decisão. O Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia, deveria ter promovido a adequada investigação criminal. Precisava, no mínimo, apurar a existência do nexos causal e do elemento subjetivo do tipo. E não basear-se apenas na representação do Banco Central. Com a decisão do Banco, ocorreu a falta de justa causa para prosseguir com a ação penal, por evidente atipicidade do fato. Não é, portanto, a independência das instâncias administrativa e penal que está em questão. Habeas corpus deferido. (STF – HC: 81324 SP, Relator: Nelson Jobim, data de julgamento: 12/03/2002, segunda turma, data de publicação: DJ 23082002)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO LEGAL. GESTÃO FRAUDULENTA. ATIPICIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, medida de exceção que é, somente cabe quando a atipicidade e a inexistência dos indícios de autoria se mostram na luz da evidência, *primus ictus oculi*. 2. Em resultando manifesta a atipicidade da conduta atribuída ao agente, como nas hipóteses em que, descomprometido com o auferimento de lucro, quanto mais ilícito, tomou medidas urgentes e necessárias ao bom funcionamento do órgão que geria, o trancamento da ação penal é medida que se impõe. 3. Carece de justa causa a ação penal fundada em representação de Autarquia Federal, quando ela própria vem a considerar como lícita a conduta do agente (Precedente do STF). 4. Recurso provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n. 12.192/RJ, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, Acórdão publicado em 10.03.2003.)

Portanto, se nas relações entre os poderes Judiciário e Executivo, que são independentes entre si, não existe contradição lógica de um sobre o outro, muito

menos seria possível que os órgãos da administração direta e indireta a fizessem (ARAGÃO, 2008, p. 13).

Finalmente, conclui-se que os órgãos membros da Administração Pública devem sempre buscar a harmonia do sistema, com a coerência das decisões administrativas e o respeito aos princípios que já se repetiram. Logo, a Teoria das Autolimitações administrativas tem por propósito a vedação de atos ou decisões contraditórias diante de uma mesma situação fática.

### 3.6.1.2 Princípio da proibição do comportamento contraditório

Corroborando com a doutrina das autolimitações administrativas, vê-se o princípio da proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), cujo principal objetivo é manter a confiança da sociedade sobre a Administração Pública.

Neste aspecto, revela-se que o princípio do *venire contra factum proprium* tem a pretensão de obstar comportamentos que sejam contraditórios, inconvenientes, incoerentes ou conflitantes. Isto porque atos ou comportamentos com essas características ferem a confiança legítima e boa-fé dos particulares.

Consoante a este princípio, que é considerado um desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, a Administração Pública tem o dever de atuar de forma proba, leal e transparente, de modo a evitar comportamentos contraditórios, que afetem as expectativas do particular.

Nesse sentido, seguem Shreiber e Pontes de Miranda, respectivamente:

a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos (2007, p. 96)

(...) a ninguém é lícito *venire contra factum proprium*, isto é, exercer direito, pretensão ou ação, ou exceção, em contradição com o que foi a sua atitude anterior, interpretada objetivamente, de acordo com a lei (2000, p. 64)

Dessa forma, como já se repetiu, o princípio da não contradição visa garantir a confiança nas relações jurídico-administrativas entre particulares e a Administração. Assim, seguramente, esse princípio está intrinsecamente relacionado

aos princípios da segurança jurídica, confiança legítima e boa-fé no âmbito da Administração Pública.

Em tal sentido, remata-se que, no momento em que um órgão da administração pública adotar uma postura contrária a atuação anteriormente adotada, em razão da mesma situação fática, esta deverá ser invalidada. Isto porque é incabível essa contradição nas atuações, já que estaria em desconformidade com a boa-fé objetiva do particular. Logo, com a celebração do acordo de leniência, o CADE pode conferir imunidade sobre as sanções administrativas, criando, assim, uma expectativa legítima no particular, de modo que outro órgão da administração não poderia mais aplicar tais sanções.

### **3.6.2 Teoria dos Ordenamentos Setoriais**

Como forma de corroborar com o presente trabalho, apresentar-se-á a Teoria dos Ordenamentos Setoriais. Essa teoria, a princípio, foi concebida por Santi Romano e teve grande influência para o Direito Público, trazendo a noção de que os corpos sociais, desde que permanentes e distintos dos seus elementos constitutivos, são instituições. De outro lado, entende que toda instituição é um ordenamento jurídico e, portanto, existe uma pluralidade de ordenamentos jurídicos (ARAGÃO, 2007, p. 13).

Em rigor, toda instituição que desempenha uma atividade de Estado é considerada um ordenamento jurídico autônomo. À vista disso, foram criados órgãos e entidades que tem independência perante do aparato estatal, com especialização técnica e autonomia normativa, bem como com capacidade para direcionar as atividades sociais de interesse do Estado (ARAGÃO, 2007, p. 2).

Neste sentido, Alexandre Santos de Aragão:

Os ordenamentos setoriais ou seccionais vieram, então, a constituir instituto de crescente valia quando o Estado verificou a impotência dos seus mecanismos regulatórios<sup>6</sup> tradicionais. Não era mais possível atuar satisfatoriamente sem encarar com agilidade e conhecimentos técnicos específicos a emergente realidade sócio-econômica multifacetária com a qual se deparara (2007, p. 3).

Portanto, a Administração Pública é um sistema, no qual existem diversos microssistemas, quais sejam, órgãos e entidades dotados de autonomia própria

frente ao Estado, com a aptidão para analisar e decidir sobre matérias de sua competência. Nesse ínterim, tome-se como exemplo, o CADE, órgão autônomo integrante da Administração Pública, que tem por fim a regular o interesse público.

Ademais, a independência das instituições deve ser entendida em termos. Ou seja, não é uma independência propriamente dita, mas apenas uma maior ou menor autonomia, consoante os parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico.

Acrescenta-se, nesta lógica, o entendimento Aragão:

(...)

que a independência dos ordenamentos setoriais deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas. Com efeito, limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva dos seus interesses. (2007, p.3)

Ante o exposto, relaciona-se a Teoria dos Ordenamentos Setoriais com o presente trabalho, no sentido de que o CADE foi o órgão da Administração Pública a receber a competência sobre matérias de cunho concorrencial. Porém, essa não é uma competência exclusiva, dado que outros órgãos autônomos da mesma Administração também possuem competências para as condutas sobre a prática de cartel em licitação, nos casos em que são atingidos os principais direitos e interesses tutelados por esses órgãos. Portanto, a prática de cartel no âmbito licitatório é tutelada, a priori, pelo CADE, mas, por ofender outros princípios do Estado Democrático de Direito, também pode ser resguardada por outros entes da Administração.

Sem embargo, em razão da autonomia e independência dos membros da Administração Pública, para esta teoria, não há impedimento para outro órgão aplicar sanções administrativas à empresa leniente. Isto porque o acordo que confere a imunidade apenas é celebrado com um único órgão – o CADE –, o que não interfere na competência dos demais. Assim, esse é a fundamentação contrária à tese defendida por este trabalho.

Ademais, insta ressaltar que as instituições não são entes fechados, pois todas elas se relacionam com as demais que fazem parte do ordenamento e muitas vezes as integram como partes constitutivas (ARAGÃO, 2007, p. 14).

Por fim, deduz que a doutrina não denega a inter-relação entre os órgãos independentes e autônomos. Isto porque as instituições não podem ser vistas como bolhas isoladas, mas como órgãos que devem se comunicar e manter, minimamente, a coerência e uniformidade dos seus atos.

Em suma, tal teoria poderá embasar as duas facetas: tanto a posição contrária a defendida por este trabalho, na qual os órgãos seriam autônomos e independentes e, portanto, a imunidade conferida estaria restrita ao órgão que celebrou o acordo; quanto a que afirma que a extensão do efeitos do acordo de leniência deve abranger toda a Administração Pública, e não apenas o órgão celebrador.

### 3.7 ANÁLISE DO ACORDO DE LENIÊNCIA DIANTE DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS

Consoante o art. 87 da Lei n. 12.529, com a celebração do acordo de leniência, os crimes tipificados nas Leis de Crimes contra Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90) e de Licitações (Lei n. 8.666/93) e no Código Penal (art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848/40), ficam suspensos os prazos prescricionais e é impedido o oferecimento da denúncia contra o leniente. É dizer, o cumprimento do acordo extingue automaticamente a punibilidade de tais crimes.

Neste sentido, o entendimento doutrinário de Mazzucato. Veja-se:

(...) uma vez verificado o cumprimento do acordo, “decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator” ou “reduzir de um a dois terços as penas [administrativas] aplicáveis”. Acertadamente, o legislador prescreveu à autarquia que se manifestasse apenas quanto à ação punitiva da Administração Pública, e não sobre a extinção da punibilidade para os crimes contra a Ordem Econômica tipificados na Lei 8.137/1990.

Não há que se falar, na hipótese, em qualquer sobreposição da instância administrativa sobre a criminal. Há outras causas de extinção da punibilidade relacionadas a atos do Poder Executivo, tais como a graça e o indulto, ou deste em conjunto com o Poder Legislativo, a exemplo da anistia.” (2010, p. 173)

Vale ressaltar que os crimes decorrentes da prática de cartel em licitação, previstos na Lei n. 8.666, como já dito anteriormente, podem ter a extinção da punibilidade criminal com a celebração do acordo de leniência.

Em rigor, a lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529), garante, com o cumprimento do acordo de leniência, a imunidade nos crimes previstos da Lei de Licitações. De fato, como as sanções penais são mais gravosas que as administrativas, estas últimas também são extintas no momento de formalização do acordo e, conseqüentemente, o leniente não pode mais ser penalizado pelo crime previsto no art. 90 desta Lei. *In verbis*:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Portanto, inegável que a sanção administrativa, a exemplo da declaração de inidoneidade, não deve subsistir quando a Lei n. 12.529 conferir imunidade no campo criminal da Lei n. 8.666, pois se o CADE pode interferir no âmbito penal, também poderá interferir no âmbito administrativo. Logo, é cabível ao CADE interferir nas sanções tipificadas na Lei de Licitações, seja de âmbito criminal ou administrativo, não ensejando problema ou vício algum em fazê-lo.

Assim, em casos específicos de cartel em licitação, com a celebração do acordo de leniência, a Lei do CADE tem a possibilidade de extinguir a punibilidade criminal no âmbito da Lei n. 8.666, evitando, assim, a responsabilização penal do leniente. Por isso, da mesma forma deve ocorrer com as sanções administrativas. Ou seja, a partir do momento em que se confere a imunidade no âmbito da Lei n. 12.529 não é possível que outro órgão da mesma Administração aplique a sanção de inidoneidade ao leniente, mesmo que tenha como pressuposto outra lei.

Como se pode notar, o art. 87 da Lei do CADE dispõe, com clareza e certeza, a extensão da imunidade para o crime do art. 90 da Lei de Licitações. Logo, do mesmo modo deve ocorrer com o art. 86 da Lei n. 12.529, no âmbito das sanções administrativas, dado que, as imunidades para os ilícitos disposto na Lei n. 8.666 são mais graves que mera infração administrativa e, portanto, não teria lógica não estender a imunidade para toda administração pública.

Afinal, o leniente que foi partícipe na prática de cartel em licitação. Caso fosse declarado inidôneo por outro órgão integrante da Administração Pública, haveria redução dos benefícios conferidos pelo acordo de leniência, já que muitas empresas somente tem faturamento com a contratação de licitação perante o Estado. Assim,

tal fato é um empecilho para a celebração do acordo, visto que melhor seria se manter calado e não ser declarado inidôneo.

## 4 ACORDOS DE LENIÊNCIA CELEBRADOS NO BRASIL

Desde a introdução do programa de leniência na legislação brasileira, no ano de 2000, muitos acordos foram celebrados entre a Superintendência-Geral do CADE e agentes interessados na proposta de Leniência.

O primeiro acordo de leniência foi firmado em 2003, no chamado Cartel dos Vigilantes, que foi assinado pelo órgão competente à época, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), em parceria com o Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Desde o primeiro acordo, já foram celebrados mais de quarenta acordos de leniência, demonstrando a crescente do instituto, que tem como fim a colaboração dos partícipes de práticas ilícitas na dissolução de cartéis.

### 4.1 CARTEL DOS VIGILANTES

O primeiro acordo de leniência firmado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro ocorreu entre o CADE e a empresa de Vigilância Antares Ltda. Esse acordo freou a prática de cartel em procedimentos licitatórios, organizado por empresas que prestavam serviços de vigilância no Rio Grande do Sul. Este cartel atuava tanto em licitações públicas, quanto privadas. Por isso, ficou conhecido como Cartel dos Vigilantes. Confira-se a ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CARTEL EM SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA PRIVADA PARA LICITAÇÕES NO RS. ACORDO DE LENIÊNCIA. PROVAS CONCRETAS. GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS. DOCUMENTOS APREENDIDOS. CONDENAÇÃO DAS REPRESENTADAS E SEUS DIRIGENTES. PENAS DE MULTA, PROIBIÇÃO DE LICITAR E CONTRATAR. PUBLICAÇÃO EM JORNAL. BENEFÍCIOS DO ACORDO CONCEDIDOS. I. Processo Administrativo para apurar a ocorrência de conluio entre empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul, para atuar em licitações públicas e privadas. II. Empresa ANTARES e Srs. Rubem Orelí e Alexandre Luzardo celebraram com a União, em 2003, o primeiro Acordo de Leniência do SBDC. III. Mercados relevantes: licitações de serviços de vigilância privada no Rio Grande do Sul bem como cada uma das licitações objeto de investigação. IV. Presença de características que propiciam a cartelização, como barreiras à entrada, número reduzido de agente, homogeneidade do serviço e presença de sindicatos. V. Processo Administrativo Regular. Assegurados contraditório e ampla defesa. Produção de provas regular. Ampla Jurisprudência do STF e STJ. VI. As provas concretas de gravações telefônicas e documentos apreendidos em busca e apreensão comprovam cartel. VII. Empresas ofertavam seus serviços de modo concertado, combinando entre si quem ganharia cada licitação, praticando preços predatórios sempre que nova

empresa tentasse desestabilizar o cartel e oferecendo seus serviços a preços inferiores ao valor concertado. Série de licitações analisadas com evidência econômicas. VIII. Colaboração por parte dos Sindicatos Patronal e dos Empregados, através da imposição de notificações trabalhistas. Liderança da conduta por parte das empresas REAÇÃO, ROTASUL, EPAVI, PROTEGE e ASSEVIRGS por meio de seus dirigentes. Comprovada intenção dos agentes e a produção dos efeitos de falseamento completo do processo competitivo. Efeitos do art. 20, I, da Lei 8.884/94. Configurada infração à ordem econômica. IX. Conduta das empresas e pessoas físicas enquadradas no art. 21, inc. I e VIII, da Lei, de fixação concertada de preços de prestação de serviços. Condutas dos sindicatos e associação configuradas no art. 21, inc. II, de obtenção e influência na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada. X. Absolvição de VIGITEC; PATRULHENSE; ANGRA; JM GUIMARÃES e ASGARRAS e seus dirigentes por ausência de provas. Participação das pessoas físicas. Condenação dos dirigentes. Absolvição de empregados e familiares e do secretário-geral do sindicato dos vigilantes. XI. Imposição de multa às representadas e às pessoas físicas. Requisitos do art. 27 da Lei. Pena-base pessoa jurídica definida em 15% do faturamento. Fundamento no art. 23, I. Pena base pessoa física definida em 15% da multa da pessoa jurídica. Fundamento no art. 23, II. Agravante de liderança do cartel. Penalidades dos sindicatos fundadas no art. 23, III. XII. Proibição de contratação com instituições financeiras oficiais e de participação em licitações. Publicação em jornal do conteúdo da decisão. XIII. Aplicação integral dos benefícios com extinção da ação punitiva para Vigilância Antares e Rubem Orelí. (PA: 08012.001826/2003-10, CADE, julgado em 19 de setembro de 2007)

Tudo começou quando foram feitas denúncias ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul por um funcionário e um proprietário da empresa Vigilância Antares Ltda. Assim, iniciaram as investigações sobre Cartel dos Vigilantes. A posteriori, outra empresa envolvida no ilícito, a Secure Sistemas de Segurança Ltda, apresentou-se para ser incluída como colaboradora, sendo também inserida no polo passivo.

Sobre o cartel, este surgiu por volta da década de 1990 e suas atividades foram institucionalizadas por meio da criação da Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul, também denominada como ASSEVIRGS, em 1994.

O conluio tinha a finalidade de cooperação das empresas nas “licitações organizadas principalmente pela Superintendência Regional da Receita Federal no Rio Grande do Sul e pela Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre” (SDE/CADE, 2009, p.19).

Os lenientes delataram e apresentaram provas que confirmavam que havia reuniões periódicas. Nessa ocasião, eram apresentados os editais dos procedimentos licitatórios que estavam prestes a acontecer, onde eles decidiam quem venceria e qual preço seria apresentado para a licitação, fazendo um rodízio

entre os vencedores. Além disso, organizavam a troca de propostas por e-mails nas semanas anteriores ao procedimento (FERREIRA, 2011, p.).

Após as investigações sobre o cartel (Processo Administrativo no 08012.001826/2003-10), ficou evidenciada a existência de ilícitos nas licitações realizadas pela Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre, bem como pela Superintendência da Receita Federal do Rio Grande do Sul (CADE, 50 anos, 2013, p. 103).

Com o fim da instrução do Processo Administrativo (PAD), os autos foram remetidos para julgamento, sendo julgado em 19/09/2007. A seguir, far-se-á uma análise sobre as consequências sofridas pelos proponentes do acordo.

Apesar do sigilo inerente ao instituto, que tem como objetivo evitar a exposição das investigações e dos delatores – já que tais fatos poderiam atrapalhar o deslinde do acordo –, é sabido, por meio das peças liberadas na página virtual do SBDC, que o CADE confirmou o cumprimento integral de todos os requisitos do acordo pelos proponentes e, por isso, deveria ser concedida a imunidade quanto às sanções administrativas aos lenientes.

Nesse sentido, a Procuradoria do CADE emitiu o Parecer 114/2007, onde opinou pela concessão das imunidades penais e administrativas aos lenientes e defendeu, portanto, que não deveria ser aplicada a proibição de participar de licitações à empresa Vigilância Antares Ltda. Vide:

81. Ademais, data a gravidade da prática infrativa, entende essa Procuradoria que deve ser observado o art. 24, II, da Lei 8.884/94, referente à proibição dos representados de participar de licitações por prazo não inferior a cinco anos;

82. Ainda em razão do cumprimento integral do Acordo de Leniência pelos beneficiários, nos termos indicados pela SDE, opina-se pela aplicação integral dos benefícios do acordo previstos no artigo 35-B, Parágrafo 4, I e artigo 35-C, Parágrafo único, da Lei n. 8.884/94.

Outrossim, o Conselheiro Relator do PAD votou pela concessão integral dos benefícios à empresa Vigilância Antares Ltda. e ao Sr. Rubem Oreli.

33. Assim, vota-se pela aplicação integral dos benefícios à empresa Vigilância Antares e Rubem Oreli, extinguindo quanto a estes a ação punitiva da administração pública e declarando inaplicáveis as penalidades a serem impostas aos demais representados.

No que tange a sanção administrativa de proibição de contratar e licitar com a Administração Pública, foi emitido o voto do Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú no seguinte sentido:

335. Considerando a gravidade dos fatos constatados e norteando-se pelo interesse público geral de que empresas idôneas contratem com instituições financeiras oficiais e participem de processos licitatórios, com base no art. 24, II da Lei 8.884/94, impõe-se para as empresas condenadas e respectivas pessoas físicas: CLÁUDIO LAÚDE e RUDDER SEGURANÇA LTDA.; ANTÔNIO CARLOS SONTAG e EMPRESA BRASILEIRA DE VIGILÂNCIA – EBV; SILVIO RENATO MEDEIROS PIRES e EMPRESA PORTOALEGRENSE DE VIGILÂNCIA LTDA. – EPAVI; ANTÔNIO CARLOS COELHO E MOBRA SERVIÇO DE SEGURANÇA LTDA.; JORGE LUIS VIEIRA ROLIM, SÉRGIO GONZALEZ E SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES PANAMBI LTDA.; MARIO HAAS E PROTEVALE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA.; TÂNIA E. AULER e REAÇÃO SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA.; EDEGAR VIEIRA ROLIM e ROTA SUL EMPRESA DE VIGILÂNCIA LTDA.; PAULO RENATO PACHECO e SELTEC VIGILÂNCIA ESPECIALIZADA LTDA.; IVAN LUIZ PEDROSO e VIGILÂNCIA PEDROZO LTDA.; AIRTON ROLIM ARAÚJO e PROTEGE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA LTDA.; PAULO ELDER BORDIM e ONDRÉPSB SERVIÇOS DE GUARDA E VIGILÂNCIA LTDA.; OSMAR MACIEL GUEDES e SÊNIOR SEGURANÇA LTDA.; ARI LUIZ FÁVERO DAL BEM e MD SERVIÇO DE SEGURANÇA LTDA.; CARLOS ALBERTO CORTINA SOUZA e DELTA ALTARES LTDA.; RUBEM ISNAR BAZ ORELI e VIGILÂNCIA ANTARES LTDA. E SECURE SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA. a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta pelo prazo de cinco anos.

(...)

339. Com o intuito de facilitar o acompanhamento do cumprimento da decisão por este Conselho, determina-se, como obrigação acessória, a entrega a este CADE por parte das empresas condenadas de todos os contratos atualmente vigentes com a Administração Direta Federal, Estadual e Municipal bem como a Administração Indireta no prazo de 30 (trinta) dias após a publicação do acórdão.

340. Por fim, considerando os efeitos já analisados do acordo de leniência por parte de Vigilância Antares e Rubem Orelí, extingue-se a ação punitiva da administração, determinando-se quanto a eles a não aplicação da proibição do art. 24, II e a dispensa de cumprimento da obrigação acessória.

Nos mesmos moldes do voto do Conselheiro Relator, o Plenário entendeu pela extinção da punibilidade dos lenientes. Vide:

Por unanimidade, ainda, o Plenário considerou os Representados Vigilância Antares Ltda. e Rubem Isnar Baz Orelí, como incurso no art. 20, inciso I, c/c o artigo 21, incisos I e VIII, da Lei n. 8.884/94, porém o Plenário deixou de aplicar a pena, julgando extinta a punibilidade, em razão de ter considerado cumprido o Acordo de Leniência, nos termos do voto do Relator.

Quanto à sanção administrativa de declaração de inidoneidade, não foi encontrado nenhum precedente. E, se não houve a aplicação da sanção de

inidoneidade ou outra punição administrativa ao leniente por órgão diverso do CADE, a Administração agiu de modo coerente e que conferiu segurança jurídica aos lenientes. Deste modo, o entendimento seguiu a ideia de que a imunidade conferida com o acordo de leniência deve ser estendida a toda Administração Pública. Não sendo possível, portanto, a proibição de licitar ao leniente, visto que o CADE conferiu a imunidade administrativa com a celebração do acordo.

Vale destacar, ainda, a cartilha da Secretaria de Direito Econômico (SDE).

O CADE emitiu sua decisão em 2007 e impôs multa que variaram de 15 a 20% de faturamento bruto em 2002 a 16 empresas. Executivos das empresas condenadas e 3 associações de classe também foram multadas pelo CADE. A quantia total de multas impostas foi superior a R\$ 40 milhões. Além disso, as empresas foram proibidas de participar em licitações por 5 anos. Na mesma ocasião, o CADE reconheceu que o denunciante cumpriu todas as condições impostas no Acordo de Leniência com a SDE, e, portanto, nenhuma sanção lhe foi imposta na esfera administrativa, tendo havido ainda a extinção automática da punibilidade no âmbito criminal.

Como se pode notar, nenhuma sanção administrativa foi aplicada à empresa leniente Vigilância Antares Ltda. Portanto, pode-se concluir que os benefícios conferidos com a formalização do acordo de leniência foram estendidos à Administração Pública como um todo.

#### 4.2 CARTEL EM LICITAÇÕES DE TRENS E METRÔ DE SÃO PAULO

O caso em análise compreende a apuração de um suposto cartel que atuava em fraudes de procedimentos licitatórios relativos ao fornecimento de carros de trens, manutenção, construção de linhas e prestação de serviços de modernização dos trens no Estado de São Paulo e no Distrito Federal.

Em 2013, a empresa alemã Siemens e seus executivos apresentaram à SG/CADE uma proposta de acordo de leniência, na qual denunciaram a prática de cartel em certames licitatórios que eram partícipes no Estado de São Paulo. O acordo acabou sendo celebrado em maio do mesmo ano, com a atuação conjunta do órgão antitruste e do MPF.

Consoante a denúncia, os signatários apresentaram documentação diretas sobre o conluio, que durou de 1998 até 2008, bem como confessaram a prática

ilícita na fraude de licitações, cujo o objetivo era a eliminação dos concorrentes de certames relativos aos projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares.

O CADE considerou suficiente o material probatório apresentado e instaurou o Inquérito Administrativo n. 08700.004617/2013-41 para apurar a infração revelada. Ao todo, foram envolvidas na acusação dezenove empresas e mais de cem funcionários. Veja-se a ementa.

EMENTA: Processo Administrativo. Suposto cartel no mercado licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares. Suposta participação de empresas de consultoria especializada. Requerimento de intervenção de terceiro. Deferimento e delimitação do âmbito da intervenção.

O CADE obteve autorização judicial para realizar operações de busca e apreensão na sede das empresas. Em atuação conjunta com a Polícia Federal, confirmou que o suposto cartel havia atuado em quinze licitações através de contratos com a Companhia Do Metropolitano de São Paulo (Metrô-SP), Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), Companhia Do Metropolitano do Distrito Federal, Empresa de Trens Urbanos (Trensurb), Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) e Secretaria de Estado de Transportes do Rio de Janeiro. (BRASIL, CADE, 2015)

De acordo com o conjunto probatório obtido, ficou evidenciada a conduta dos agentes em combinar valores; dividir o mercado; formar consórcios; subcontratação de concorrentes e; ajustes de condições, vantagens ou abstenções de propostas. Essas estratégias eram firmadas e acertadas por meio de reuniões presenciais periódicas, telefonemas, troca de e-mails e acordos escritos.

Vale ressaltar que a principal estratégia utilizada pelas empresas era a formação de consórcio já no decorrer do procedimento. Essa atuação consistia no ingresso e apresentação das empresas como concorrentes no certame. Porém, passada a fase de pré-qualificação, as empresas se reuniam e decidiam formar um único consórcio. Portanto, agiam dessa forma para eliminar a concorrência e aumentar o valor da proposta.

As comunicações eram mantidas a todo momento, ou seja, antes, durante e depois dos certames e tinham como finalidade a fiscalização das condutas, bem como a definição de preços e condições aos partícipes que iriam participar das licitações.

Finalmente, o CADE concluiu, por meio do Inquérito Administrativo, a existência de indícios sólidos sobre a prática colusiva entre as empresas. E, portanto, resta claro o desrespeito à livre concorrência, sendo cabível a imposição de sanções decorrentes da prática de cartel em licitação.

Em razão de ser um processo confidencial e, ainda, encontrar-se sob pendência de julgamento, não se sabe ao certo sobre as sanções administrativas, especialmente sobre a pena de inidoneidade.

Entretanto, a imprensa noticiou reportagens que informam que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo quer declarar a inidoneidade da empresa Siemens e de todas as demais envolvidas no ilícito. Ao declarar inidôneas as empresas, objetiva-se coibir futuras contratações dessas empresas pela Administração Pública. Confira-se.

O Tribunal de Contas do Estado (TCE) de São Paulo quer declarar inidôneas a Siemens e todas as empresas suspeitas de terem atuado no suposto cartel de trens denunciado pela companhia. De acordo com o jornal *O Estado de S. Paulo*, o objetivo é vetar futuras contratações dessas empresas pelo governo do estado. Investigações em curso pela Polícia Federal e do Ministério Público Federal apuram denúncias de que agentes do governo paulista, durante as gestões tucanas de 1998 a 2008, teriam recebido propina dessas empresas.

(...)

O presidente do TCE, Antônio Roque Citadini, requereu ao Ministério Público de Contas a abertura de procedimento para possível declaração de inidoneidade das companhias. O processo será instaurado assim que a Procuradoria de Contas conseguir acesso ao acordo de leniência em que a multinacional alemã denunciou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), ligado ao Ministério da Justiça, um suposto esquema de cartel em licitações no setor.

(...)

Ao todo, 20 empresas foram envolvidas pela Siemens na denúncia de cartel, incluindo a própria multinacional alemã.

Outra reportagem que também enfatiza a intenção de declarar inidôneas as empresas. Vide.

A Corregedoria-Geral da Administração (CGA) de São Paulo vai abrir nesta quarta-feira um processo para declarar a inidoneidade da empresa alemã Siemens, que delatou a existência de cartel nos sistemas metroferroviários paulista e do Distrito Federal. O processo, que deve demorar de quinze a vinte dias, será iniciado a partir de um pedido feito pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) e pela Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô). As estatais se dizem prejudicadas pela atuação da multinacional, considerada “ré confessa” no caso pelo governador Geraldo Alckmin (PSDB).

(...)

Caso a inidoneidade seja declarada, a Siemens ficará impedida de fazer futuras contratações com o governo paulista. A declaração não afeta, porém, os contratos atuais.

Uma ação com o mesmo objetivo foi aberta pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE) em meados de agosto, quando o órgão requereu ao Ministério Público de Contas que informasse se havia elementos para declarar inidôneas a Siemens e outras empresas por ela denunciadas.

A empresa alemã fez um acordo de leniência no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) do governo federal em maio. Na ocasião, revelou a formação de cartel em seis contratos feitos com os governos de São Paulo e do Distrito Federal. Ao todo, vinte empresas foram envolvidas pela Siemens na denúncia.

No acordo de leniência, a Siemens sustenta que o cartel durou de 1998 a 2008, em um período que se estendeu por três gestões do PSDB, incluindo uma do governador Geraldo Alckmin. Investigações em curso pela Polícia Federal e Ministério Público Federal também apuram denúncias de que agentes do governo paulista teriam recebido propina dessas empresas.

A Siemens tem reiteradamente afirmado que colabora com as investigações e que não pode se manifestar sobre o caso porque ele tramita sob sigilo.

Depreende-se, portanto, que as duas reportagens direcionam-se ao mesmo fim e seguem caminho contrário ao da tese defendida por este trabalho. Nesse ínterim, elas propõem a possibilidade de outro órgão da Administração Pública aplicar sanções administrativas a empresa leniente, sobretudo, a sanção de inidoneidade.

Assim, caso as empresas lenientes sejam imunizadas no âmbito administrativo pelo CADE e, posteriormente, fossem declaradas inidôneas por outros órgãos administrativos, estaria se reduzindo consideravelmente os benefícios do acordo para os casos de cartéis em licitações. Ademais, seria uma dupla punição ao mesmo fato, o que violaria o princípio do *ne bis in idem*.

#### 4.3 OPERAÇÃO LAVA-JATO

A operação Lava-Jato é um assunto de interesse para o presente trabalho, visto que se apresentam em suas investigações crimes contra a ordem econômica, especialmente cartéis em licitações, cometidos por empresas de engenharia e construção de infraestrutura vinculadas as obras da Petrobrás.

O programa de leniência é sigiloso por natureza e essa característica está prevista no art. 86, §9º, da Lei n. 12.529. Sendo assim, há uma dificuldade no acesso de informações sobre os ilícitos concorrenciais e detalhes sobre o Acordo de

Leniência que tais empresas formalizam com o CADE. Isto acontece para que não ocorram interferências nas investigações e para manter a integridade do proponente ao acordo ou que este não sofra ameaças.

Vale ressaltar que o sigilo pode ser relativizado pelo interesse das investigações e do PAD. Além disso, após o julgamento do acordo pelo Tribunal do CADE, é facultado o acesso à consulta pública.

A operação Lava-Jato evidenciou a prática de cartel em procedimentos licitatórios nas contratações da Petrobras, no período de 1998 a 2014, onde particulares e empresas atuaram concertadamente, dividindo o mercado, combinando as propostas vencedora do certame e formação de consórcios para eliminar a concorrência, ou seja, fraudando a livre concorrência para potencializar os lucros das empresas. Tais infrações estão previstas no art. 36, incisos I e IV e no §3º, inciso I e alíneas, da Lei n. 12.529/11. *In verbis*:

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.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Apesar deste panorama confidencial, analisar-se-á em seguida os dois primeiros acordos de leniência firmados no âmbito da operação Lava-Jato como forma de enriquecer a tese defendida nesse trabalho.

### 4.3.1 Setal Engenharia e Construções e a SOG Óleo e Gás

Em março de 2015, houve a celebração do primeiro acordo de leniência no âmbito da operação Lava-Jato. O Acordo ocorreu entre a Superintendência-Geral do CADE e o grupo Setal Engenharia e Construções e a SOG Óleo e Gás, em conjunto com Ministério Público Federal do Paraná (MPF/PR).

Conforme a Versão Pública do Histórico da Conduta, os proponentes levaram ao CADE o conhecimento de práticas anticompetitivas no mercado de obras de montagem industrial *onshore*, a fim de denunciar a prática de cartel em procedimentos licitatórios da Petrobras (HISTÓRICO DE CONDUTA, 2015, p.1) ou (CADE, 2015).

Insta destacar que o Histórico de Conduta em comento refere-se a um documento em que a Superintendência-Geral do CADE relata, de forma minudenciada, a conduta anticompetitiva, segundo o depoimento dos signatários e subsidiada pelos documentos probatórios apresentados.

As condutas anticompetitivas praticadas pelas empresas nesse setor foram de “serviços *onshore*”, que são aquelas realizadas em indústrias fixadas em terra. Por outro lado, há também os “serviços *offshore*”, que são aqueles prestados em industriais em alto mar, a exemplo de plataformas petroleiras. Veja-se:

Os serviços afetados pela conduta consistem, portanto, naqueles *onshore*, consistentes na montagem e construção de plantas industriais em qualquer segmento (refinarias, petroquímicas, indústrias em geral, etc), exceto aquelas relativas às unidades necessárias para plataformas submarinas (que são classificadas como *offshore*) (CADE, 2015).

De acordo com o relato dos proponentes, as práticas anticompetitivas iniciaram-se no final da década de 1990 e início de 2000, tornando-se institucionalizada, com mecanismos de controle e fiscalização por volta de 2003 e 2004. O cartel permaneceu praticando ilícitos até o início de 2012. (HISTÓRICO DE CONDUTA, 2015, p.2).

Os lenientes confessaram as condutas ilícitas e apresentaram uma robusta documentação probatória como forma de colaborar com as investigações e cumprir um dos requisitos fundamentais do programa de leniência que já se repetiram (SOUZA; OLIVEIRA, 2015, p. 65).

Os acordos consistiam em fixar preços, condições, vantagens e abstenções de participação nos certames e, também, na divisão do mercado entre os concorrentes. Além disso, revela-se que as licitações eram divididas com base na indicação de preferência de cada empresa, as quais estavam dispostas em tabelas onde tinha informações sobre certames já concluídos e futuros.

Para demonstrar o *modus operandi* do cartel, confira o trecho do Histórico da Conduta:

Estas condutas foram viabilizadas, principalmente, por meio de reuniões presenciais, contatos telefônicos e SMSs entre os representantes das empresas, voltados à supressão/redução de competitividade nas licitações/contratações realizadas pela Petrobras nas obras de montagem industrial "onshore", com prévio acerto do vencedor, preços apresentados, condições, divisões de lotes, abstenções, propostas de cobertura, dentre outros (CADE, 2015, p.1).

Em que pese o PAD no âmbito do CADE ainda esteja em trâmite, há de se esperar que sejam concedidas as imunidades totais na esfera penal e administrativa. Isto porque o grupo Setal Engenharia e Construções e a SOG Óleo e Gás foi o primeiro a celebrar o programa de leniência nos casos da operação Lava-Jato e cumpriram todos os requisitos para tanto, a exemplo da confissão da prática do ilícito e dos auxílios nas investigações e no suporte probatório.

Paralelamente a este PAD, existe um outro que corre perante o TCU. Nele, também se analisa as sanções administrativas que serão aplicadas ao grupo Setal/SOG em virtude das mesmas práticas ilícitas cometidas nos procedimentos licitatórios da Petrobras.

Nesse sentido, o relator do processo, Ministro Benjamin Zymler, entendeu que não seria razoável deixar de aplicar a sanção de inidoneidade à empresa, inclusive, para inibir a prática de futuros ilícitos deste tipo. Isto é, desestimular a reincidência do delito.

O TCU, ainda, entendeu pela redução da penalidade em dois terços ao grupo Setal Engenharia e Construções e a SOG Óleo e Gás, em virtude de ele ter sido o primeiro confitente do caso. *In verbis*:

86. Assim, pelos motivos expostos, para garantir a função pedagógica e preventiva da sanção de competência desta Corte de Contas, considerando que a empresa não confessou as fraudes nestes autos, mas sem prejuízo da valoração dos acordos de colaboração firmados com outros órgãos (CADE e MPF) que efetivamente contribuam para o deslinde dos processos de competência do TCU, propõe-se a aplicação da declaração de inidoneidade para contratação com a Administração Pública Federal à

empresa SOG – Óleo e Gás S/A pelo prazo de 1 (um) ano, referente à pena inicial de 3 (três) anos, reduzidos em 2/3 em razão das circunstâncias atenuantes já especificadas.

111. Propõe-se também que seja considerado o fato de que a empresa SOG – Óleo e Gás S/A foi a primeira empresa a formalizar o Acordo de Leniência com o Cade e o MPF, em março/2015, de forma que o Histórico de Conduta (peça 31) resultante desta colaboração serviu, dentre outros elementos probatórios, de indício probatório da fraude ora combatida, merecendo tratamento diferenciado, a título de atenuante, na definição final da pena de declaração de inidoneidade no caso em concreto.

104. Normalmente, a unidade técnica justifica a redução de 2/3 na aplicação da pena nos seguintes termos:

“ (...) considerando que a multa aplicável é um tipo de sanção, lato sensu, tal qual a declaração de inidoneidade prevista no art. 46, da Lei 8.443/1992; considerando que a condição atenuante da confissão prevista no art. 65, inciso III, alínea ‘d’, do Código Penal Brasileiro está contemplada no art. 16, § 1º, inciso III, da LAC [Lei nº 12.846/2013]; e considerando que esse é o parâmetro objetivo de quanto reduzir a pena de inidoneidade aplicável ao caso em análise, é razoável utilizar, tendo por base a aplicação analógica da regra constante do § 2º do art. 16 da Lei 12.846/2013, a redução de 2/3 da pena de declaração de inidoneidade de contratar com a Administração Pública Federal aplicável à empresa CCCC, em face de ter admitido sua participação no ilícito e da contribuição dos acordos celebrados com o MPF/PR e com o CADE para as investigações em curso naqueles órgãos.” (TC n. 036.335/2016-9, peça 68, p. 26)

Portanto, tudo indica que o grupo Setal/SOG será imunizado pelas sanções administrativas no âmbito do CADE, sendo que o TCU já decidiu de modo oposto, aplicando a sanção de inidoneidade à empresa. Com isso, vige um cenário de incoerência e insegurança, bem como desarmonia no sistema punitivo, motivos que sustentam a tese aqui defendida.

#### **4.3.2 Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A**

O segundo acordo de leniência no âmbito da operação Lava-Jato ocorreu em 2015. Ele teve, de um lado, o MPF, em conjunto com a Superintendência-Geral do CADE, e do outro, a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A. O acordo teve o objetivo de revelar ao CADE o cartel que atuava em certames licitatórios promovidos pela Eletronuclear, no mercado de obras de montagem eletromecânica para construção da Usina de Angra 3.

Tudo começou com a celebração do primeiro acordo de leniência do grupo Setal/SOG. Como já dito, a finalidade desse acordo foi delatar condutas colusivas em procedimentos licitatórios públicos de obras de montagem industrial *onshore* da

Petrobras. A empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A era uma das integrantes deste cartel e, por conseguinte, ao ter ciência da propositura do acordo pelo grupo Setal/SOG, apresentou-se ao CADE para intentar uma colaboração (RAMOS, NETO; 2017, p.58).

Entretanto, não houve sucesso na tentativa, pois, como se sabe, o programa de leniência somente pode ser firmado com a primeira empresa proponente a se apresentar, de acordo com o art. 86, §1º, I, da Lei n. 12.529/2011. Diante dessas circunstâncias, a Camargo Corrêa formalizou junto ao CADE um Termo de Compromisso de Cessação (TCC), no qual foi estipulado uma sanção administrativa de multa, conforme o art. 37 da Lei n. 12.529/2011 (RAMOS, NETO; 2017, p.59).

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;

(...)

O Termo de Compromisso de Cessação está disciplinado no art. 85, da Lei n. 12.529/11 e arts. 219 e seguintes do Regimento Interno do CADE (RI-CADE). Ele consiste em um acordo proposto ao CADE, pelo suposto infrator da ordem econômica, e visa interromper a investigação de eventual conduta ilícita pelo órgão antitruste em determinado período de tempo. Em virtude disso, o PAD fica suspenso e o proponente deve cumprir todos os requisitos do termo. Assim, não cumprido algum destes requisitos, o processo não é arquivado (SALOMI, 2012, p. 239).

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

(...)

Art. 219. Qualquer representado interessado em celebrar o compromisso de cessação de que trata o art. 85 da Lei nº 12.529, de 2011, deverá apresentar requerimento do termo ao Cade, dirigido ao Conselheiro-Relator, se os autos do processo administrativo já houverem sido 57 remetidos ao Tribunal, na hipótese do art. 74 da Lei 12.529, de 2011, ou ao Superintendente-Geral, se o procedimento preparatório de inquérito administrativo, o inquérito administrativo ou o processo administrativo ainda estiverem em curso na Superintendência-Geral.

Foi, nesse contexto, após a formalização do TCC, que a Camargo Corrêa S.A celebrou o instituto de leniência *plus* com o CADE no âmbito da operação Lava-Jato.

Neste acordo, revelou-se a existência da atuação de um cartel em licitações públicas da Eletrobrás Termonuclear S.A. (Eletronuclear) para a construção da Usina de Angra 3.

Quanto aos efeitos concedidos pela leniência *plus*, a empresa goza de redução de um terço da pena em relação ao cartel em procedimentos licitatórios da Petrobras (o primeiro ilícito), sem prejuízos dos benefícios que são concedidos pela delação da segunda infração, conforme o art. 86, §8º da Lei n. 12.529/2011.

No acordo de leniência *plus*, a Camargo Corrêa S.A confessou a prática da conduta ilícita, se comprometeu a auxiliar de forma participativa nas investigações e a fornecer robusto material probatório da ilicitude. Ademais, relatou o *modus operandi* do cartel, por meio de estratégias, como a fixação de preços, condições e vantagens associadas; de rodízios e subcontratações; bem como da divisão de mercado entre os concorrentes (RAMOS, NETO; 2017, p.60).

O signatário do acordo foi o ex-presidente da Camargo Corrêa, Dalton Avancini, o qual indicou a existência do cartel em licitações e evidenciou como ocorria o pagamento de propina no contexto da Angra 3. Além disso, apresentou provas e informações minuciosas sobre a conduta anticompetitiva nos certames da Petrobras.

Dentre as informações reveladas, estava a de que as empresas infratoras dividiam-se em dois consórcios: o UNA 3 e o Angra 3. A fraude consistia em conferir o vencimento do UNA 3 nos dois primeiros certames, abdicando posteriormente de um deles para que o Angra 3 o assumisse (ASCOM, 2015).

Por conseguinte, as empresas tinham a possibilidade de ofertar lances próximos ao limite máximo estabelecido pela Eletronuclear, aumentando a sua lucratividade, em oneração aos cofres públicos (ASCOM, 2015).

Nesse íterim, observa-se que a empresa atendeu todas as exigências legais para a celebração do acordo, bem como para a total concessão dos benefícios. Segue o trecho do Acordo de Leniência n. 06/2015, onde houve a suspensão e impedimento da denúncia das infrações penais e administrativas.

7.7. Em razão do Acordo de Leniência, o MPF reconhece que o art. 87 da Lei 12.529/11 determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia em relação aos Signatários quanto aos crimes contra a ordem econômica da Lei n. 8.137/1990 e aos demais crimes

diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal.

7.8. Cumprido o Acordo de Leniência, o MPF reconhece que extingue-se automaticamente a punibilidade dos ilícitos mencionados no *caput* do art. 87 da Lei 12.529/11.

Posteriormente, com o compartilhamento das informações do acordo de leniência *plus* celebrado pela Construtora Camargo Corrêa, houve o fornecimento dos subsídios necessários para o TCU instaurar outro PAD. Isso porque já vinham sendo investigados e apurados os indícios sobre a prática ilícita. Esse processo teve por objeto a possível aplicação da sanção de inidoneidade às empresas envolvidas no cartel de licitação em Angra 3. (TCU, 2017)

Entretanto, o Conselheiro Relator Bruno Dantas (2017), acertadamente, entendeu de modo diverso, como se retira do início do seu relatório:

9.2. sobrestar, com fundamento no art. 157, *caput*, do Regimento Interno do TCU, até a análise das medidas mencionadas no subitem 9.4.1, a apreciação acerca da responsabilidade das empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (61.522.512/0001-02), Construtora Andrade Gutierrez S.A. (17.262.213/0001-94) e Construtora Norberto Odebrecht S.A. (15.102.288/0001-82) na irregularidade defraude à licitação, bem como a aplicação da sanção de inidoneidade a elas, em virtude da contribuição junto ao Ministério Público Federal, conforme certidão encaminhada a este Tribunal pela Força-Tarefa Operação Lava Jato (peça 339);

Nesse seguimento, o Conselheiro Relator, também, fundamentou sua decisão nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima. Para ele, seria incoerente a Administração Pública adotar condutas contraditórias e não honrar com os compromissos ora acordados com os lenientes nos casos de concessão da imunidade administrativa pelo CADE. Portanto, é fundamental que os órgãos de controle atuem coordenada e complementarmente. Segue:

11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.” (destaques acrescidos)

Chamo atenção, especialmente, para o último entendimento, que ressalta o dever das instituições estatais em honrar os compromissos assumidos nos acordos, garantindo concretamente os benefícios (sanções premiais) esperados pelo infrator-colaborador.

A continuidade desse modelo colaborativo e pragmático depende do fato de que o acordo de hoje seja percebido como opção viável, confiável e vantajosa aos olhos dos possíveis candidatos a futuras negociações. Por essa razão, os não colaboradores devem receber as penas que tradicionalmente são aplicadas aos casos de mesma gravidade. Já os colaboradores devem experimentar alguma vantagem comparativa, que os distingam dos demais. Essa é a racionalidade do direito premial: manejam-

se sanções, castigos e prêmios a fim de induzir o comportamento dos agentes.

Portanto, a ação estatal deve se orientar por essa lógica de custos-benefícios que variam conforme a estrutura de incentivos existente. O particular analisará a questão sob a ótica dos riscos (probabilidade de punição e intensidade da pena, segundo o rito tradicional) e dos estímulos (benefícios decorrentes do acordo, como redução da pena, e segurança jurídica das regras estipuladas no pacto)

(...)

Ao mesmo tempo em que devem manejar e intervir nessa conjugação de riscos e estímulos, é essencial que os órgãos de controle possam agir coordenada e complementarmente. Cada decisão deve ser tomada considerando uma estratégia conjunta de combate à corrupção, uma vez que, seja na seara criminal, seja na seara administrativa, seja na defesa da concorrência, todos devem mirar o interesse público primário – e não seus próprios resultados institucionais isoladamente considerados.

Ora, não seria razoável que a empresa se dispusesse a fornecer informações para a investigação administrativa e não fosse de alguma forma favorecida por isso. Nessa hipótese, além de frustrar a justa expectativa e a confiança depositada no Estado, a sinalização que o TCU estaria dando para o mercado em geral seria a de que a celebração de acordos de colaboração ou leniência não seria algo vantajoso. Ao contrário, cumpre a esta Corte contribuir para que eventuais acordos tenham segurança jurídica, a fim de estimular a contribuição de outras empresas e dar efetividade à estratégia nacional de combate à corrupção.

Dessa forma, manifesto-me integralmente de acordo com a sugestão da unidade técnica para que este Tribunal leve em conta, na dosagem da penalidade, a contribuição dada pela empresa Camargo Corrêa para as apurações em curso e o fato de que ela reconheceu sua participação nos ilícitos.

No referido processo, o Relator entendeu que a delação colaborou para a apuração das infrações e para inibição do crime e, por isso, seria razoável a concessão do benefício de suspensão de aplicação da pena de inidoneidade.

Destarte, propôs a utilização de instituto similar ao da suspensão condicional da pena do art. 77 do CP. Nessa analogia, a suspensão da sanção que declara inidônea a empresa, desde que cumpridos determinados requisitos.

Por conta disso, é essencial que o órgão administrativo observe possíveis benesses que, utilizadas de forma estratégicas, deem tratamento diferenciado às empresas que colaboraram. Isto induz mais empresas a colaborarem, por meio de uma atitude mais íntegra, ética e responsável, cooperando com a justiça.

Por fim, fica clara a coesão do supracitado entendimento com a tese defendida por este trabalho. Nesse diapasão, os órgãos administrativos precisam atuar coordenada e coerentemente, a fim de evitar insegurança jurídica, quebra da

confiança dos particulares e contradições frutos de entes administrativos que dispõem da mesma competência.

## 5 CONCLUSÃO

Em face do exposto, sabe-se que os cartéis representam uma das práticas mais nocivas à livre concorrência, especialmente no âmbito das licitações. Utilizam-se da divisão e distribuição de mercado; da apresentação de propostas fictas para transparecerem ainda estarem concorrendo entre si; de rodízios entre os vencedores dos certames, como forma de não alertar as autoridades; de subcontratações de outros concorrentes e; da supressão de propostas. Tudo isso são exemplos de indícios de que o procedimento licitatório está sendo fraudado.

Assim, surge o instrumento do acordo de leniência, que tem por objetivo o combate às condutas anticoncorrenciais. Esse mecanismo visa incentivar a delação da prática ilícita por um dos seus partícipes, para que, em troca, seja concedido o abrandamento ou a extinção das punibilidades administrativas e criminais.

Viu-se que, diante disso, o acordo de leniência mostrou-se um efetivo instrumento de combate às práticas anticompetitivas, principalmente aos cartéis em licitações. São exemplos o Cartel dos Vigilantes, primeiro acordo de leniência firmado no ordenamento brasileiro, e o celebrado com o grupo Setal/SOG no âmbito da operação Lava-Jato. Demais disto, já foram celebrados mais de cem acordos de leniência desde a sua implementação, fato que demonstra ser um mecanismo eficaz de combate aos conluíus (CADE, 2017).

Nesse ínterim, vale ressaltar que as sanções administrativas decorrentes da prática de cartel em licitação, em especial a proibição de licitar e contratar com a Administração Pública, estão previstas em diversos diplomas legais e com diferentes órgãos sancionadores. Sendo assim, mais de um órgão administrativo tem competência para aplicar a mesma sanção administrativa.

O presente trabalho se insere, nesse contexto, ao analisar a extensão dos benefícios concedidos com a celebração do acordo de leniência perante o CADE. Dessa forma, por meio da interpretação e da exposição legislativa, jurisprudencial e doutrinária, discutiu-se se os efeitos da celebração do acordo devem permanecer apenas no âmbito do CADE ou se devem ser estendidos a toda Administração Pública.

Trata-se de um tema novo, visto que poucos doutrinadores se posicionaram sobre o assunto, bem como inexistente jurisprudência larga no órgão antitruste. Porém,

o que vem sendo observado na prática é a possibilidade de outro órgão aplicar a sanção administrativa, ainda que o leniente tenha sido beneficiado com a imunidade administrativa perante o CADE.

Embora a controvérsia e ausência de consolidação do tema, muito por conta dos poucos precedentes de acordos de leniência em casos de cartéis em licitações, a presente tese pretendeu defender que os efeitos conferidos pelo acordo formalizado com o CADE devem ser estendidos a toda Administração Pública, não se limitando somente à sua esfera.

Deste modo, foram examinados julgados e teorias doutrinárias onde se tentou demonstrar que a posição mais acertada seria pela extensão dos benefícios a todo o conjunto administrativo, sob pena de acarretar insegurança jurídica, quebra da confiança legítima do particular e desarmonia no sistema punitivo da Administração Pública.

Para alicerçar a tese, foi feita uma análise da interpretação analógica dos termos “Administração” e “Administração Pública” do art. 87 da Lei de Licitações, bem como uma explanação da expressão “Administração Pública” do artigo 86 da Lei n. 12.529, na qual demonstra-se que os termos são tratados no mesmo sentido.

Além disso, a tese foi desenvolvida sob o prisma das teorias das autolimitações administrativas e dos ordenamentos setoriais e, sobretudo, do princípio da proibição do comportamento contraditório da Administração Pública e do *ne bis in idem*.

Por fim, a tese defendida tem como fundamento a impossibilidade de a Administração Pública não adotar condutas contraditória sobre os mesmos pressupostos fáticos, pois, na hipótese do CADE conceder a imunidade no âmbito administrativo ao leniente, não poderia vir outro ente da Administração Pública e aplicar a mesma sanção, mesmo tendo competência para tanto. Isto porque, caso contrário, estaria se reduzindo os benefícios do instituto do acordo de leniência, de tal forma que muitos signatários do acordo prefeririam se manter silentes a confessar a conduta e, ainda assim, serem punidos e declarados inidôneos por conta da confissão.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 15a edição. Rio de Janeiro: Editora Método, 2008.

ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Conceptos y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

ASCOM - Assessoria de Comunicação. Lava Jato: MPF e CADE celebram acordo de leniência com Camargo Correa. **MPF**. Paraná, 31 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-forca-tarefa-do-mpf-e-cade-celebram-acordo-de-leniencia-com-camargo-correa>>. Acesso em: 11 set. 2018.

BRANCO, Nelson de Andrade; BARRETO, Celso de Albuquerque. **Repressão ao abuso do poder econômico lei antitruste**. - São Paulo: Editora: Atlas, 1964.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. **Balanco de Gestão Superintendência-Geral 2014 a 2017**. Disponível em:<<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-mandato-sg-2014-2017.pdf/view>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Histórico de Conduta**. Acordo de leniência da Setal Oléo e Gás. 2015. Disponível em:<[http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao\\_publica.pdf](http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao_publica.pdf)>. Acesso em 11 set. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Inquérito Administrativo n. 08700.004617/2013-41**. Disponível em:<[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?2pXoYgv29q86RnfAe4ZUaXIR3v7gVxEWL1JeBRtUgqOwvr6ZlwydI0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13\\_Jxv\\_TD0gMz5Bnf9DkLxr-asuqhGSyxpB7jiO8aqnx0vHf](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86RnfAe4ZUaXIR3v7gVxEWL1JeBRtUgqOwvr6ZlwydI0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxv_TD0gMz5Bnf9DkLxr-asuqhGSyxpB7jiO8aqnx0vHf)> Acesso em: 11 Set. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10**, Relator: Abraham Benzaquen Sicsú, data de julgamento: 19/09/2018. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFÁcnei65WbDNaaVlpVdOXYMw9nG1phrNkD9Rilidi7Rs9V](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFÁcnei65WbDNaaVlpVdOXYMw9nG1phrNkD9Rilidi7Rs9V)> Acesso em: 11 Set. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Processo Administrativo n. 08012.004702/2004-77**, Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, data de julgamento: 09/05/2012. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_extern](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_extern)>

a.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM\_N9OXAClXkUSxPaUTJoV\_oWHcwNN61I2yGW-DbQvkU31wLt552H\_KC69npMRYsziqhzUW7KpNAGWt-lywJycb6>. Acesso em: 11 set. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Processo Administrativo n. 08012.008850/2008-94**, Relator: Ana Frazão, data de julgamento: 20/07/2015. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/seimodulospesquisamd\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8aOwwuUhb5bs1WUiG0IWT5rjQ071pEfNu0jZidhVdv5WITG2GOVjY8VdA3fvZGvU9A1pscVbS6mU446ugVPCkn](https://sei.cade.gov.br/seimodulospesquisamd_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8aOwwuUhb5bs1WUiG0IWT5rjQ071pEfNu0jZidhVdv5WITG2GOVjY8VdA3fvZGvU9A1pscVbS6mU446ugVPCkn)>. Acesso em: 11 set. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Processo Administrativo n. 08012.009645/2008-46**, Relator: Alexandre Cordeiro Macedo, data de julgamento: 16/11/2016. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOuKb6Fc3uXzE-ppKDdfmWG4I5WKbXtjb7qFYJwi73Z59R7nrVlhLUaEFACH7S-GfzSW0X7m6VJktCsDHyleJaF](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOuKb6Fc3uXzE-ppKDdfmWG4I5WKbXtjb7qFYJwi73Z59R7nrVlhLUaEFACH7S-GfzSW0X7m6VJktCsDHyleJaF)> Acesso em: 11 Set. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Processo Administrativo 08700.004992/2007-43**, Relator: Paulo Furquim de Azevedo, data de julgamento: 17/12/2008. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMkD9uzYpM4VEpivR1rzbYAxzy3akBZ4FNbfsGNHcMMbcMibU7zTJUjppxKmtv7sdFVsBW9C65WWKW49QD4NO](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMkD9uzYpM4VEpivR1rzbYAxzy3akBZ4FNbfsGNHcMMbcMibU7zTJUjppxKmtv7sdFVsBW9C65WWKW49QD4NO)> Acesso em: 11 Set. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Processo Administrativo n. 08700.006551/2015-96**, Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, data de julgamento: 24/10/2016. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOHFjyR2gyG0EqFh8d12\\_GJcv9sSIUG66IEYodGRTiH-aTLnQiyMUXJDNbmllEz6B0ljOVhM3KH7P4PqX-Juz6Q](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOHFjyR2gyG0EqFh8d12_GJcv9sSIUG66IEYodGRTiH-aTLnQiyMUXJDNbmllEz6B0ljOVhM3KH7P4PqX-Juz6Q)>. Acesso em: 11 Set. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil** Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/del0200.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10149.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10149.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 25. ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Direito Econômico. **Combate a Cartéis e Programa de Leniência**. 3. ed. Brasília: Publicação oficial, 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **MS n. 5281-DF**, Relator: Min. Demócrito Reinaldo, data de julgamento: 12/11/1997, Primeira Seção, data de publicação: 09/03/1998. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/517546/mandado-de-seguranca-ms->

5281-df-1997-0052995-9>. Acesso em: 11 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **REsp n. 141879/SP**, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Decisão publicada em 22.06.1998.

\_\_\_\_\_. **REsp n. 227.940-AL**, Relator: Min. Jorge Scartezini, data de julgamento: 26/10/1999, Quinta Turma, data de publicação: 27/03/2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8328861/recurso-especial-resp-227940-al-1999-0076243-6?ref=serp>>. Acesso em: 11 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 81324-SP**, Relator: Nelson Jobim, data de julgamento: 12/03/2002, Segunda Turma, data de publicação: 23/08/2002. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775187/habeas-corpus-hc-81324-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1214/2018**, Relator: Benjamin Zymler, data de julgamento: 30/05/2018, Plenário. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMA%253A1214%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1>>. Acesso em: 11 Set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 245/2017**, Relator: Bruno Dantas, data de julgamento: 22/03/2017, Plenário, data de publicação: 22/03/2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/declara%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520de%2520inidoneidadeRELATOR%253A%2522BRUNO%2520DANTAS%2522%2520TIPOPROCESSO%253A%2522ACOMPANHAMENTO%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>>. Acesso em: 11 Set. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. 1 Região, **Apelação Cível n. 9101166930**, Relator Juiz Fernando Gonçalves. Terceira Turma, Decisão publicada em 19.11.1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 23a edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Corrupção e Cartéis em Licitação. **Revista IBRAC – 5 Anos Lei De Defesa Da Concorrência: Gênese, Jurisprudência E Desafios Para O Futuro**. São Paulo, p. 254/263, dez. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 13a. edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

DIAZ, José Ortiz. **El Precedente Administrativo**, in *Revista de Administración Pública*, vol. 24.

DÍEZ-PICAZO, LUIS Ma. **La Doctrina del Precedente Administrativo**, in *Revista de Administración Pública*, vol. 98.

DOURADA, Aurora. TCE de SP quer declarar inidôneas empresas suspeitas de cartel de trens. **Carta Capital**. São Paulo, 20 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/tce-de-sp-quer-declararinidoneasempresas-suspeitas-de-cartel-de-trens-9335.html>>. Acesso em: 11 set. 2018.

FERREIRA, Bráulio Cavalcanti. Monografia sobre a **Política de Combate a Cartel no Brasil- Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática**. São Paulo, 2011, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.

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

GONÇALVES, Livia C. V. **O Acordo de Leniência na Investigação Antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU - Pós-graduação em Direito Público - UnB. 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**. 3 ed. Madrid: Ed. Civitas, 1999.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. 2a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

HAMMOND, Scott. **Cornerstones of an effective leniency program and internacional competition (ICN)**. *Drafting and implementing an efficient leniency program. Cartel working group*, 2006.

HAMMOND, Scott D. **Cornerstones of an Effective Leniency Program**. In: **ICN Workshop on Leniency Programs**. Sydney: 2004. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518156/download>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

HAMMOND, Scott. **Cracking cartels with Leniency Programs**. Apresentação ao OECD Competition Committee, 18 out. 2005. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/212269.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10a edição. São Paulo: Editora Dialética, 2004.

MAFRA, Ricardo; COELHO, Gustavo Flausino. O Acordo de Leniência na Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC**, ano 3, número 1, p. 6-9.

MAIRAL, Héctor A. **La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública**, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1988.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital De Direito Administrativo**, n. 2, v. 2, p. 509-527, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

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

MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência: Questões Controversas sobre o Art. 35-C da Lei Antitruste. **Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional**, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 169-210.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1990.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Bookseller, 2000.

OCDE. **Fighting hard-core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes**. 2002. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

PÉREZ, Jesús González. **El Principio de la Buena Fé en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1983.

RIBEIRO, Amadeu. NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. **Revista do IBRAC**, v. 17, p. 158, jan./jun., 2010.

RAMOS, José Maria; NETO, Antonio Bazilio Floriani. Acordo de leniência na legislação brasileira e a operação Lava-Jato. In: Sobrinho, Liton Lanes Pilau, Santos, Rafael Padilha dos. **VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL: Direito Empresarial**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 42-66.

RODAS, J. G. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 862, vol. 96, pp.22/33, agosto, 2007.

SALES, Marlon Roberth; BANNWART JÚNIOR, José. O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. **Revista do Direito Público**. n. 3, v. 10, set./dez., 2015.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

SHREIBER, Anderson. **A Proibição do Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOUZA, Gustavo Lopes de; OLIVEIRA, Natália Carolina Melo de. O Programa De Leniência E O Início Da Operação Lava-Jato. **Revista Direito em Ação**, Brasília, v. 14, n. 1, p. 46-73, jan./jun.2015.

TAUFICK, R. D. **Nova lei antitruste brasileira: A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

VILLARES, Andréa Lúcia Nazário. **Instrumento jurídicos consensuais para proteção à concorrência. 2009**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://WWW.sapientia.pucsp.br//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=10296](http://WWW.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=10296)>.

WIEGMAN, Arnd. Governo paulista quer declarar inidoneidade da Siemens. **Veja**. São Paulo, 18 set. 2013. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/governo-paulista-quer-declarar-inidoneidade-da-siemens/>>. Acesso em: 11 set. 2018.