



O acordo de não persecução penal e os incentivos à celebração do programa de leniência da Lei nº 12.529/2011

The criminal non-prosecution agreement and the legal incentives to celebrate the antitrust leniency program

Aline Terrão *

Fabiano Lara **

Reinaldo Luz ***

REFERÊNCIA

TERRA, Aline; LARA, Fabiano; LUZ, Reinaldo. O acordo de não persecução penal e os incentivos à celebração do programa de leniência da Lei nº 12.529/2011. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 52, p. 239-260, ago. 2023. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.124451>.

RESUMO

Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, este artigo averigou se a introdução do acordo de não persecução penal (ANPP) ao ordenamento jurídico brasileiro teve o condão de impactar a efetividade do programa de leniência antitruste, tornando-o menos atrativo. Constatou-se que, nos casos em que o ilícito de cartel também constitui crime cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos, a existência do ANPP, junto à possibilidade de o infrator celebrar o denominado Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC), reduz a atratividade do acordo de leniência nas hipóteses em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) não possui conhecimento prévio acerca do ilícito.

PALAVRAS-CHAVE

Direito da Concorrência. Programa de Leniência Antitruste. Acordo de Não Persecução Penal. Incentivos jurídicos.

ABSTRACT

From the perspective of the Economic Analysis of Law, this article investigated whether the introduction of the criminal non-prosecution agreement (ANPP) to Brazilian legal system had the power to impact the effectiveness of the leniency antitrust program, making it less attractive. It was found that, in cases where the cartel offense

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Frequentou a Universidade do Porto, em Portugal, onde estudou criminologia por 01 semestre. Possui, ainda, experiência de estágio junto à instituição do CREA/MG, setor de Licitação, Contratos e Convênio, à 8ª Promotoria do MPMG - Juizado Especial Criminal e à Divisão de Assistência Judiciária da UFMG. Integra o grupo de estudos de debates da UFMG (Senatus).

** Bacharel (1996), Mestre (2001) e Doutor (2008) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e Bacharel em Comunicação Social pela PUC-MG (1996). Foi Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais de 1997 a 2010. Atualmente é Professor Associado de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação, Mestrado e Doutorado). Professor Visitante da Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento (2018).

*** Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2013), graduação em Engenharia Química pelo Instituto Militar de Engenharia (1997), mestrado em Administração pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2002), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2017), com estágio doutoral na Stockholm School of Economics (2014-2015), e pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2022). Tem experiência na área de Administração, com ênfase em Administração Pública, e Direito Administrativo.





also constitutes a crime with a maximum penalty that does not exceed four year, the existence of the ANPP, together with the existence of the Term of Commitment to Cessation of Practice (TCC), reduces the attractiveness of the leniency agreement when the Economic Authority does not have prior knowledge of the offense.

KEYWORDS

Competition Law. Antitrust Leniency Program. Criminal Non-Persecution Agreement. Interaction. Legal incentives.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Instrumentos da administração pública consensual. 2.1. Programa de leniência antitruste. 2.1.1. Fundamento econômico. 2.1.2. Desenho de leniência. 2.2. Termo de compromisso de cessação de prática (TCC). 2.3. Diferença entre o programa de leniência antitruste e o TCC. 2.4. Acordo de não persecução penal (ANPP). 4. Conclusão. Referências. Dados da publicação.

1 INTRODUÇÃO

Nosso principal objetivo é propor uma avaliação sobre os potenciais impactos da introdução do acordo de não persecução penal (ANPP) na leniência antitruste brasileira.

Como se sabe, “políticas de leniência são estruturas normativas que permitem que infratores evitem ou reduzam as punições que receberiam em troca de confissão e colaboração no processo de apuração de ilícitos conduzido pelas autoridades competentes” (LUZ; LARA, 2018, p. 120).

Inseridos no contexto da administração pública consensual, os acordos de leniência guardam peculiaridades quando comparados a outros instrumentos de consensualização disponíveis ao Poder Público. Não só eles possuem objetivos próprios, como também são revestidos de atributos específicos (CANETTI, 2020, p. 181).

Sob a ótica metodológica da Análise Econômica do Direito (AED)¹, o que se depreende dos mais diversos artigos produzidos sobre o tema é que, para serem efetivos, os programas de leniência precisam de características que estimulem o agente infrator a optar pelo acordo, dentro de uma análise racional de custo-benefício (MARVÃO; SPAGNOLO, 2014, p. 1; BIGONI, *et al.*, 2015, p. 663-664; CHEN; REY, 2013, p. 917-918; MACEDO, SANT’ANA, 2019, p. 7-8; BOLES, 2016, 218-219). Quanto maior for o incentivo à

¹ Nas lições de Papp (2013, p. 69), a AED insere-se no contexto do realismo jurídico, onde a eficácia assume papel mais relevante que a justiça ou a validade da norma, dentro de uma perspectiva tridimensional do Direito. Sua maior preocupação diz respeito, portanto, às consequências do fenômeno jurídico, a partir do pressuposto de que a existência de uma norma jurídica, por si só, não garante que ela será observada pela sociedade (PAPP, 2013, p. 76). Nesse sentido, a AED depende da capacidade de os indivíduos identificarem que o cumprimento da regra posta tem o potencial de produzir mais benefícios que a sua violação. A Teoria da Escolha Racional é, nesse sentido, pressuposto basilar da AED. Ela tem como premissa tanto a ideia de preferências racionais, como a ideia de que o agente sempre adotará a decisão com maior probabilidade de alcançá-las, dada as restrições que enfrentam (FIANI, 2015, 23-26).





confissão, mais crível se torna a ameaça de delação e, conseqüentemente, o risco de detecção e punição de determinado conluio, desestimulando-o.

Não à toa, a literatura especializada demonstra bastante preocupação com o denominado “desenho da leniência”². Sustenta-se, em suma, que uma estruturação adequada é fundamental para que o programa atinja de fato seus objetivos, caso contrário, pode tornar-se letra morta, ou, pior, alcançar resultado oposto ao pretendido, facilitando a colusão e a coordenação entre os agentes infratores (LUZ, 2017, p. 5).

Dita preocupação ganha contornos ainda mais relevantes quando se está diante de um cenário em que um mesmo fato produz conseqüências jurídicas distintas, ensejando a atuação de diferentes órgãos estatais – cada qual detentor de uma parcela do poder sancionatório do Estado³. Isso porque, em tais cenários, o incentivo à celebração de um acordo de leniência pode ser neutralizado em razão do risco que o infrator enfrenta de ser sancionado em outras esferas (LUZ; SPAGNOLO, 2017, p. 731). Essa incerteza quanto aos efeitos da leniência atua, nesse sentido, contra o objetivo dissuasório do programa.

Entretanto, não obstante a necessidade de se buscar soluções que maximizem a probabilidade de delação em situações que ensejem a atuação do Estado em múltiplas esferas, é preciso ter em mente a complexidade do problema. A inserção de novas leis que ampliem as possibilidades de o agente infrator negociar eventuais benefícios com o Estado deve ser avaliada com cautela. Afinal, da mesma forma que a ausência de benefícios nas múltiplas jurisdições pode neutralizar o incentivo à colaboração no âmbito do direito concorrencial, o excesso de incentivos, sem a devida comunicação, também pode produzir esse efeito.

Tendo isso em mente, o presente artigo busca avaliar se a introdução do acordo de não persecução penal (ANPP) ao ordenamento jurídico brasileiro teve o condão de impactar os

² Ver HARRINGTON, JR. *Optimal Corporate Leniency Programs*. The Journal of Industrial Economics, v. 56, n. 2, p. 215-246, 2008; CHANG, J; HARRINGTON, JR., *The Impact of a Corporate Leniency Program on Antitrust Enforcement and Cartelization*. The Johns Hopkins University, Department of Economics, Working Paper, n. 528, 2009; LESLIE, C. R. *Replicating the Success of Antitrust Amnesty*. Texas Law Review, v. 90, p. 171-181, 2012; CHEN, Z; REY, P. *On the Design of Leniency Programs*. The Journal of Law & Economics, v. 56, n. 4, p. 917-957, 2013; BIGONI, M.; *et al. Trust, Leniency and Deterrence*. Research Institute of Industrial Economics, IFN Working Paper, n. 859, 2011; MARVÃO, C.; SPAGNOLO, G. *Cartels and leniency: taking stock of what we learnt*, in: Luis C. Corchón & Marco A. Marini (ed.), *Handbook of Game Theory and Industrial Organization*, Vol. II, chapter 4, pages 57-90, 2018; BOLES, J. R. *The Dilemma of FCPA Self-Reporting*. Florida Law Review, v. 67, p. 214-2020, 2016.

³ Ver “Macedo e Sant’Ana, *Balcão Único para Negociação de Acordos de Leniência no Brasil*, 2019”. Neste artigo, os autores avaliam a possibilidade de instituição de um balcão ou guichê único para celebração de acordos de leniência no Brasil, com o objetivo de trazer mais segurança jurídica e previsibilidade ao instituto, bem como maior enforcement no combate à criminalidade econômica e aos ilícitos corporativos.





incentivos à celebração do programa de leniência previsto na Lei nº 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência (LDC).

Parte-se do pressuposto de que os agentes que praticam crimes contra a ordem econômica e demais crimes relacionados à prática de cartel, abarcados pelo art. 87, da LDC, são agentes racionais que estão sempre procurando maximizar seus *payoffs*. Dentro dessa perspectiva, e considerando que na esfera anticoncorrencial, para além do acordo de leniência antitruste, o agente infrator também pode celebrar o denominado termo de compromisso de cessação de prática (TCC), busca-se identificar *se, como e em quais hipóteses* o ANPP pode alterar os incentivos do programa de leniência antitruste.

A hipótese suscitada por este artigo é que a introdução do acordo de não persecução penal ao ordenamento jurídico interno pode enfraquecer o programa de leniência antitruste quando o ilícito de cartel envolver também a prática de crimes cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos, especialmente nos casos em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) não detém conhecimento prévio acerca do ilícito. Isso porque, ao menos em tese, o agente infrator sempre terá, à sua disposição, a possibilidade de celebrar, concomitantemente, um TCC e um ANPP, caso o Estado identifique, *ex officio*, a prática do delito.

Para averiguar essa hipótese, o presente artigo está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo dedica-se à introdução do tema. O segundo capítulo, por sua vez, dedica-se à elucidação do programa de leniência antitruste, do termo de compromisso de cessação de prática e do acordo de não persecução penal. Por fim, o terceiro capítulo dedica-se à ilustração de como esses três institutos se relacionam e à averiguação da hipótese suscitada: se a inserção do ANPP ao ordenamento jurídico interno tem o condão de influenciar nas escolhas a serem adotadas pelo agente infrator na esfera antitruste.

2 INSTRUMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

Desde o início do século XXI, o Estado moderno tem passado por profundas transformações em suas bases estruturais que impõem um repensar de velhos dogmas (BITENCOURT NETO, 2017, p. 208). À luz dessa tendência, é possível verificar a superação da ideia de uma Administração Pública verticalizada e o fortalecimento do direito consensual, que privilegia a cooperação e o diálogo entre administradores e administrados (*Ibd.*, p. 215-217). A esse novo paradigma, deu-se o nome de “justiça consensual”.





Com efeito, a justiça consensual vem se tornando uma realidade cada vez mais presente no Brasil. Princípios como a indisponibilidade do interesse público e a obrigatoriedade da ação penal pública passaram por um processo de transformação hermenêutico para se adaptar às novas tendências⁴. Na mesma linha, instrumentos jurídicos como programas de leniência, termo de compromisso de cessação de prática (TCC), acordo de não persecução penal (ANPP), colaboração premiada, termos de ajustamento de conduta (TAC), dentre outros, foram sendo inseridos na legislação pátria. Tudo isso em prol da otimização do poder sancionatório estatal.

É preciso reconhecer, contudo, que, na prática, a inserção de novos instrumentos de consensualização ao ordenamento jurídico interno não necessariamente produzirá os efeitos almejados. Ainda que eles estejam aliados às novas tendências e aos novos paradigmas sociais. Deve-se estar atento à forma como esses instrumentos se comunicam e ao impacto que eles produzem uns nos outros.

Como o presente artigo visa apenas identificar os possíveis impactos do ANPP ao programa de leniência antitruste, apresenta-se, a seguir, os instrumentos jurídicos relevantes à essa análise.

2.1 PROGRAMA DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE

Para que se possa compreender corretamente o programa de leniência da LDC, faz-se imprescindível a elucidação de seu fundamento econômico. Referido fundamento embasa a maioria dos estudos relacionados ao tema, bem como sustenta o conjunto de características adotado pela norma pátria – também denominado “desenho da leniência”.

⁴ Quanto às mudanças interpretativas relativas ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, ver: BINENBOJM, Gustavo. “Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo”. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*. Vol. 59, 2005, p. 49-82; ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A Supremacia do Interesse Público no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo”, in SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 1-22. Já em relação à mitigação do Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal Pública, observa-se que a “tradicional ideia de indisponibilidade da ação penal tem sido colocada em xeque por institutos como as transações penais, no âmbito dos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais (art. 76 da Lei nº 9.099/95), e a delação premiada” (PINTO, 2016, p. 7).





2.1.1 Fundamento econômico

Inspirados em modelo econômico próprio da Teoria dos Jogos, os programas de leniência foram criados para desestabilizar as relações de confiança necessária à formação de cartéis, a partir da inserção de seus membros em situação similar àquela descrita no Dilema do Prisioneiro⁵ (LESLIE, 2006, p. 456). A ideia do programa é explorar a questão da confiança entre eventuais infratores, incentivando a traição.

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

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

Uma adaptação importante feita no jogo, por exemplo, para adequá-lo à realidade dos cartéis (que são mais bem representados por jogos repetidos), e que serviu para identificar uma das principais regras dos programas de leniência (*first come, first served*), foi primeiro

⁵ Diz-se “Dilema do Prisioneiro” porque o modelo retrata uma situação em que dois ladrões (coinfatores) são capturados pela polícia e colocados em celas separadas. A polícia detém informações suficientes para condenar ambos pela prática de crime de menor potencial ofensivo, cuja pena é de 01 ano. No entanto, ela não detém provas suficientes para condená-los pela prática do crime mais grave, cuja pena é de 02 anos. Sendo assim, como uma forma de estimular a traição, aos prisioneiros são dadas duas opções com diferentes recompensas: confessar (c) ou não confessar (nc) o crime. Caso um prisioneiro confesse e o outro não, o prisioneiro que confessou é liberado (0), enquanto o outro será condenado a uma pena de 3 anos (-3). Caso os dois prisioneiros confessem, os dois serão condenados a uma pena de 2 anos (-2). Por fim, caso nenhum dos prisioneiros confesse, os dois serão condenados a uma pena de 1 ano (-1). O jogo é bastante difundido e representativo da Teoria dos Jogos. Para mais informações ver: FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. Elsevier, 3ª Edição, 2015; BIERMAN, H. Scott. *Teoria dos Jogos*. Pearson Education. 2ª Edição. São Paulo, 2010.





identificada por Axelrod. Em 1984, o autor demonstrou que em um jogo como o Dilema do Prisioneiro que se repete inúmeras vezes, a estratégia dominante é a “*tit-for-tat*”, que consiste em adotar uma primeira estratégia de cooperação e observar a estratégia que o outro jogador irá escolher, imitando-a nas rodadas que se seguirem (COOTER; ULEN, 2016, p. 36).

Observou-se, assim, que essa peculiaridade, inerente à realidade dos cartéis, deveria ser abarcada no programa de leniência antitruste. Caso o programa não restringisse a possibilidade do acordo apenas ao primeiro proponente, a estratégia dominante passaria a ser a estratégia “*wait and see*”⁶ e o programa acabaria por não estimular ou manter o resultado subótimo desejado: a traição.

Com efeito, ao limitar a concessão de benefícios apenas ao primeiro proponente, o programa de leniência cria uma potencial assimetria nos *payoffs* dos agentes infratores⁷. Enquanto o signatário consegue lucrar com a prática ilícita e “sair ileso” de eventuais sanções estatais, os demais precisam arcar com todos os prejuízos advindos do poder sancionatório estatal. Além, é claro, de todos os efeitos reflexos que eventual punição pode gerar, como perda de reputação, redução da capacidade produtiva, etc.

O que se extraiu, portanto, do modelo do Dilema do Prisioneiro como fundamento à criação dos programas de leniência foi que eles deveriam funcionar como uma espécie de “vírus da instabilidade” (MARRARA, 2013). Em outras palavras, os programas de leniência devem ser capazes de afetar diretamente a estrutura de incentivos a ser ponderada no “jogo”.

De acordo com o Memorando de Entendimentos nº 01/2016 – CADE e MP:

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

⁶ A estratégia “*wait and see*” consiste em esperar que um primeiro agente delate, para, então, delatar em seguida. Se os benefícios não fossem distintos, a espera tornar-se-ia positiva porquanto sempre existiria a possibilidade de ninguém delatar e todos obterem os benefícios máximos advindos do conluio, ou de todos delatarem e obterem os mesmos benefícios, independentemente da ordem de chegada. Sendo assim, quanto mais empresas puderem se beneficiar da leniência em relação a uma mesma conduta ilícita, mais elas podem utilizar uma estratégia “*wait and see*”, só confessando após uma primeira se manifestar (SPAGNOLO, 2005, p. 18).

⁷ Essa limitação levaria ao efeito que Harrington (2005, p. 3) denominou “*The Race to the Courthouse Effect*” (comumente denominada pela literatura brasileira como “corrida à delação”). Nas palavras de Rufino (2016, p. 70), “um detonador poderoso de uma corrida pela delação é a confissão que ocorre por motivos puramente preemptivos, ou seja, a opção pela colaboração apenas para evitar que o outro o faça em primeiro lugar e subtraia a alternativa do seu universo de possibilidades”.





leniência prestigia uma ordem de chegada, pela qual apenas o primeiro noticiante da existência do cartel se qualifica para o programa com prejuízo para os demais.

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

2.1.2 Desenho da leniência

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

Em sua redação original, a Lei nº 8.884/1994 cominava os seguintes requisitos para concessão da leniência⁸: o proponente deveria ser o primeiro a solicitar o acordo (*first came, first served*); confessar e cessar a prática ilícita; bem como colaborar efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Além disso, a lei exigia que dessa colaboração

⁸ “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.”





resultasse a identificação dos demais envolvidos e a concessão de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

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

Em nenhuma hipótese, todavia, era permitido à SDE celebrar a leniência se o proponente tivesse estado à frente da conduta inflacionária (§1º do art. 35-B) ou se ela já tivesse provas suficientes para condenação do agente infrator (inciso III do §2º do art. 35-B). Da mesma forma, à SDE não era permitido transacionar acerca da obrigação de reparar o dano.

Ademais, o programa de leniência da Lei nº 8.884/1994 já previa a possibilidade de extensão dos benefícios da leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada que estivessem envolvidos na infração (§6º do art. 35-B) e de o infrator celebrar leniência *plus*⁹ (§7º do art. 35-B).

Com as alterações trazidas pela LDC, o benefício criminal abrange não apenas os crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/1990, mas também os demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/1993 e no art. 288 do Decreto Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), competindo à Superintendência-Geral do CADE (SG) a concessão do benefício (art. 87).

A despeito do artigo 87, *caput*, da LDC, prever expressamente que, nos crimes contra a ordem econômica e nos crimes relacionados à prática de cartel, a celebração de acordo de leniência “determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência”, tal norma foi bastante questionada

⁹ Leniência *Plus* é a modalidade de leniência concedida àqueles que denunciam outros ilícitos para obter isenção parcial das sanções relativas à conduta já delatada por outrem. Nas palavras de RUFINO (2016, p. 40), a leniência *plus* pode ser utilizada “por empresas que não conseguiram obter a leniência sobre uma conspiração A, que já estava sob investigação da Divisão, mas que ao realizar investigação própria, descobre uma conspiração B, de que a Divisão não tem ciência. Nesse caso, a empresa pode receber leniência para a conspiração B e ter uma reconsideração pela Divisão no envolvimento na conspiração A”.





por dispor, em tese, de competência exclusiva do Ministério Público Federal (MPF)¹⁰ (ATHAYDE, 2021, p. 287).

Sendo assim, para garantir segurança jurídica aos agentes signatários, o CADE celebrou junto ao Ministério da Justiça de São Paulo (MJSP) o Memorando de Entendimentos nº 01/2016, prevendo a participação obrigatória do MPF nos acordos de leniência firmados no âmbito do SBDC¹¹.

Para além da ampliação dos benefícios criminais e da transferência da competência para celebração da leniência à SG, a LDC apenas suprimiu a impossibilidade de celebração do acordo de leniência com o líder do conluio, regra prevista no §6º do art. 35-B da Lei nº 8.884/1994 (ATHAYDE, 2021, p. 241-246; OECD, 2019, p. 20-21). No mais, o programa de leniência permanece o mesmo. Trata-se de benefício limitado ao primeiro proponente que confessa, cessa e comprova a prática ilícita, auxiliando o Estado a identificar e punir os demais infratores.

Com efeito, a limitação do acordo ao primeiro proponente trata-se de regra de ouro dos programas de leniência (ATHAYDE, 2021, p. 250). Para delimitar o momento em que a solicitação foi realizada e estimular a corrida à delação, portanto, o CADE estabeleceu o denominado “sistema de senhas”¹². Em síntese, o sistema demarca a ordem de solicitações e garante tempo mínimo (e suficiente) para que o primeiro proponente possa colacionar as provas que sustentem suas alegações e obter, ao final, a leniência, sem que outro sujeito ou empresa tome seu lugar. Ultrapassado o tempo estipulado no Regimento Interno do CADE sem que o primeiro proponente tenha comprovado suas alegações, chama-se o segundo da fila, para negociar a leniência e assim por diante (CADE, 2016a, p. 25-27).

Embora seja o principal instrumento de consensualização disponível ao CADE, o acordo de leniência não é o único. A LDC também introduziu a possibilidade de os agentes retardatários celebrarem, junto ao órgão de defesa da concorrência, o denominado termo de compromisso de cessação de prática (TCC), o qual será abordado a seguir.

¹⁰ A participação do Ministério Público Federal na celebração de acordos de leniência no âmbito do Sistema de Defesa Brasileiro da Concorrência (SDBC) decorre de uma interpretação literal do artigo 129, inciso I, da CF/88, o qual dispõe, *in verbis*, que compete ao Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei”.

¹¹ Ressalte-se, contudo, que, não obstante a formalização do acordo só ter ocorrido em 2016, desde 2011 o CADE vem incluindo o MPF na celebração de seus acordos de leniência, quando constatada a consumação dos crimes previstos no art. 86 da LDC (ATHAYDE, GRANDIS, 2015, p. 289).

¹² Para mais informações acerca do sistema de senhas do CADE, ver OECD, *Use of markers in Leniency Programmes: Brazil*, 2014.





2.2 TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA (TCC)

Diferentemente do programa de leniência antitruste, o termo de compromisso de cessação de prática (TCC), incluído pelo art. 85 da LDC¹³, oferece benefícios subsidiários e limitados ao âmbito administrativo àqueles que desejam cooperar com o Estado, mas não fazem jus à leniência, porquanto outra pessoa (física ou jurídica) já a celebrou.

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

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

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

Também no caso dos TCCs, o CADE possui um sistema de senha (*markers*), para demarcar a ordem de solicitação do Termo. No entanto, não limita a concessão dos benefícios apenas ao primeiro proponente. No caso dos TCCs, a ordem serve apenas para definir o percentual de redução da multa administrativa. Nos termos do art. 187 do Regimento Interno do CADE (RICade)¹⁴, enquanto o primeiro proponente recebe entre 30% e 50% de isenção, o

¹³ “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.”

¹⁴ “Art. 187. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 226 deste Regimento Interno levará em consideração a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o TCC, os seguintes parâmetros:

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





segundo recebe entre 25% e 40% e, do terceiro em diante, até 25%. Se, por outro lado, o termo for proposto após os autos serem remetidos para o Tribunal do CADE, o benefício é de no máximo 15% (art. 188 do RICade)¹⁵.

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

2.3 DIFERENÇA ENTRE O PROGRAMA DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE E O TCC

A principal diferença entre o programa de leniência e o termo de compromisso de cessação de prática está exatamente nos benefícios e requisitos estipulados na LDC e no RI. Sem dúvida, a leniência é mais benéfica que o TCC ao permitir não apenas a isenção total das multas aplicáveis, mas também, e principalmente, a extinção da pretensão punitiva estatal na esfera criminal. Nas palavras de Athayde (2021, p. 338), “os incentivos para a celebração de TCC antitruste tendem a ser diferentes dos incentivos para a celebração de acordos de leniência, por conta dessa possível exposição do compromissário em relação à seara criminal”.

Também por essa razão é que os requisitos para concessão dos acordos de leniência são muito mais rigorosos que os requisitos para celebração do TCC. A ideia do programa de leniência é, como visto anteriormente, criar um cenário de disputa entre os agentes infratores, tornando benéfica a autodelação àquele que primeiro trair seus comparsas (GÄRTNER, 2014, p. 2). A princípio, só o primeiro a se manifestar faz jus à isenção total das multas administrativas e, mais importante, à imunidade na esfera criminal (extinção da pretensão punitiva). Àqueles que não conseguem obter a leniência, a LDC permite, no máximo, a obtenção da redução das sanções administrativas a partir da celebração do TCC.

Em outras palavras, a principal diferença entre o acordo de leniência e o TCC está na amplitude de seus benefícios e, conseqüentemente, na restrição dos requisitos para suas

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





concessões¹⁶. Enquanto a leniência garante ao signatário a isenção total ou parcial das sanções administrativas, bem como a extinção de sua punibilidade nos crimes contra a ordem econômica e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, o TCC garante apenas a isenção parcial das multas aplicáveis.

A depender do momento da propositura do acordo de leniência, contudo, essas diferenças são reduzidas. O máximo de isenção que o signatário é capaz de obter, quando o Estado detém informações sobre o conluio¹⁷, é de até 2/3 (66,6%) das multas aplicáveis (art. 86 da LDC). Enquanto o primeiro compromissário pode obter, nessa mesma hipótese, até 50% (Inciso I do art. 187 do RICade). Ou seja, a diferença entre os benefícios administrativos proporcionados pela leniência e pelo TCC acaba sendo diminuta. O que permanece intacto e possivelmente seja capaz de, por si só, estimular a corrida à delação, é a restrição do benefício criminal ao primeiro proponente. Só o agente signatário, a princípio, pode obter imunidade criminal.

Talvez por essa razão, Athayde (2021, p. 338) sustente que a principal diferença entre os institutos, no que diz respeito à amplitude de seus benefícios, reside justamente na concessão da imunidade criminal àquele que celebra a leniência – benefício que, a princípio, não se estende ao TCC. Na visão da autora, essa distinção seria significativamente relevante ao ponto de estimular a autodelação e tornar a celebração da leniência mais atrativa.

Sob essa perspectiva, questiona-se se a ideia sustentada pela autora permanece válida após a inserção do acordo de não persecução penal ao ordenamento jurídico brasileiro, o qual será abordado a seguir.

2.4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

O acordo de não persecução penal (ANPP) introduzido pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime)¹⁸ mitiga o princípio da indisponibilidade da ação penal pública ao permitir

¹⁶ Para Athayde (2018, p. 338), essa diferença justifica-se porque, enquanto os programas de leniência servem como instrumento de investigação, os TCCs se assemelham a pactos de ajustamento de conduta ou de não persecução, sem exigências de aportes adicionais. Logo, se o Estado obtém mais benefícios a partir da celebração de um acordo de leniência, é razoável que ele também conceda mais benefícios nessas hipóteses.

¹⁷ Frise-se que, para fins de leniência, o CADE considera que o Estado “detém informações sobre o conluio” apenas se já houver Processo Administrativo em andamento.

¹⁸ Não obstante ter sido formalizado pelo Pacote Anticrime, o ANPP já era contemplado no ordenamento nacional na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).





que o Ministério Público negocie com o autor do delito, dentro dos limites legais, o rumo da ação criminal (FILIPPETTO, 2021).

Esse acordo foi criado com a finalidade de conferir agilidade à resolução das lides, a partir da cooperação entre as partes no âmbito do processo investigatório, superando um paradigma de investigação burocratizada, centralizada e sigilosa. Sem perder de vista, é claro, a garantia dos direitos fundamentais dos investigados e das vítimas (CASTRO, 2019).

O ANPP consolida uma tendência de expansão da justiça consensual observada nos últimos anos na esfera criminal brasileira. Seu início remonta à Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), que introduziu os denominados “institutos despenalizantes”, como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo, no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo¹⁹ (GODOY *et al.*, 2020). Em síntese, esses institutos permitem a extinção antecipada da punibilidade do agente infrator, a partir da observância dos acordos celebrados com a vítima ou com o Estado.

Posteriormente, seguindo a lógica da justiça consensual, o legislador introduziu instrumentos análogos aos programas de leniência na esfera criminal. Trata-se dos denominados acordos de colaboração premiada. Apesar de ser bastante conhecido em razão da Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), o instrumento da delação premiada já existia, de forma embrionária (ou menos extensa), na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998) e na Lei de Proteção à Testemunha (Lei nº 9.807/1999). No entanto, foi só a partir dos escândalos da Operação Lava Jato que esses instrumentos ganharam força e visibilidade (TEIXEIRA, 2016, p. 78).

Com efeito, a Lei nº 12.850/2013 avançou ao ampliar a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública a casos mais graves. Em síntese, o acordo ali previsto (art. 3-A e sg.) permite que o Judiciário, a requerimento das partes, conceda perdão judicial ou reduza em até 2/3 a pena privativa de liberdade do sujeito que efetivamente colabore com a investigação e o processo criminal, e que dessa cooperação advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

¹⁹ As infrações de menor potencial ofensivo são compostas pelas contravenções penais (previstas na Lei de Contravenções Penais) e pelos crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a 02 (dois) anos.





- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Note-se que o acordo de colaboração premiada se assemelha ao programa de leniência na medida em que configura instrumento de consensualização qualificado. Não basta que o sujeito confesse a prática ilícita e coopere com o processo de apuração. É preciso que, dessa colaboração, o Estado obtenha benefícios para além da esfera processual daquele indivíduo.

Apesar de bastante polêmico, o acordo de colaboração premiada abriu espaço para que a justiça consensual se consolidasse no âmbito do Direito Penal. Não à toa, em 2019, o Pacote Anticrime foi publicado, inserindo o ANPP, que permite a negociação entre o Ministério Público e o agente infrator também nos casos de ilícitos de médio potencial ofensivo. Ou seja, nos casos em que a pena máxima é superior a 02 (dois) anos e inferior a 04 (quatro), e desde que o crime não tenha sido praticado mediante violência ou grave ameaça. Nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP):

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Note-se, a partir da leitura do dispositivo supracitado, que a implementação do ANPP não implica adoção de negociação ampla, geral e irrestrita. O que o ANPP permite, na verdade, é apenas a assunção de condições e obrigações por parte do investigado, que, primeiro, impedem o oferecimento da denúncia e, segundo, levam à extinção da punibilidade, caso o acordo seja efetivamente observado.





Sendo assim, ao invés de ser processado e correr o risco de ser punido com pena privativa de liberdade, o agente infrator pode negociar com o Estado o cumprimento de sanções mais brandas em troca de confissão e cooperação procedimental. Valendo lembrar que essas sanções sequer são consideradas para fins de antecedentes criminais ou reincidência (art. 28-A, §12, CPP).

Conclui-se, portanto, que, diferentemente dos programas de leniência antitruste e dos acordos de colaboração premiada, o ANPP não é, em essência, instrumento de investigação. Ele não tem por objetivo auxiliar o Estado a identificar outros ilícitos, coautores ou partícipes. O ANPP configura, na verdade, simples acordo de resolução processual, que está, ao menos em tese, sempre à disposição do sujeito, até o recebimento da denúncia. Sem ordem de classificação ou chegada.

3 INTERAÇÃO ENTRE O PROGRAMA DE LENIÊNCIA, O TCC E O ANPP

Conforme já mencionado, o programa de leniência segue uma lógica própria do Direito e Economia clássico. Presume-se que os agentes infratores são agentes racionais que estão sempre procurando maximizar seus *payoffs*. Por essa razão, o programa precisa de características que estimulem o agente infrator a optar pelo acordo, dentro de uma análise racional de custo-benefício.

Dentre as várias características enumeradas pela literatura especializada²⁰ como sendo essenciais à efetividade dos programas de leniência, encontra-se a regra do “*first come, first served*”. Em outras palavras, o programa precisa limitar os benefícios ao primeiro proponente, de modo a evitar a estratégia “*wait and see*” e o desestímulo à autodelação.

Todavia, no ordenamento brasileiro, o programa de leniência antitruste não é o único instrumento da Administração Pública consensual disponível ao agente infrator que visa mitigar seus prejuízos no âmbito do SBDC ou no âmbito criminal. Mesmo que ele seja incapaz de celebrar um acordo de leniência para obter imunidade administrativa e criminal, o agente infrator ainda terá à sua disposição a estratégia de celebrar, concomitantemente, um TCC e um ANPP, quando o crime praticado corresponder aos limites previstos no art. 28-A do CPP²¹.

²⁰ V. supra, nota 2.

²¹ Aqui, vale à pena mencionar que, ao menos em tese, após a celebração de um acordo de leniência, extingue-se a possibilidade de outros sujeitos envolvidos no conluio celebrarem acordo de colaboração premiada. Afinal,





Em outras palavras, se o crime não tiver sido praticado com violência ou grave ameaça e a pena máxima cominada não for superior a 04 (quatro) anos, a estratégia “*wait and see*” pode ser mais atrativa. A questão específica de se saber quão atrativa seria essa estratégia é algo a ser avaliado em outros trabalhos. Aqui, importa apenas chamar a atenção para o fato de que a introdução do ANPP ao ordenamento jurídico brasileiro pode tornar o programa de leniência menos efetivo, pelo menos teoricamente, nas hipóteses tratadas. Afinal, nesses cenários, o principal diferencial entre o programa de leniência e o TCC acaba sendo neutralizado. Isso porque, ao menos conforme a modelagem teórica, os benefícios criminais deixam de ser exclusividade do leniente e passam a estar disponíveis a todos os membros do cartel que desejarem negociar com o Ministério Público, ainda que em menor proporção²².

Com efeito, ao avaliar quantitativamente os delitos em concreto, é possível concluir que, hoje, a maior parte dos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/1990, e dos demais crimes relacionados à prática de cartel não podem ser objetos de ANPP, em razão da pena máxima cominada. As exceções dizem respeito apenas àqueles crimes previstos no art. 2º e no inciso III do art. 3º da Lei nº 8.137/1990; e no art. 288 e arts. 337-G, 337-I, 337-J, 337-M, 337-N e 337-O, do Código Penal. Ou seja, dentre as mais de 40 (quarenta) condutas tipificadas atualmente como crimes contra a ordem econômica ou crimes relacionados à prática de cartel, apenas 9 (nove) delas podem ser objeto de acordo de não persecução penal.

Contudo, essa não foi a realidade no período de dezembro de 2019 e abril de 2021. Antes da entrada em vigor da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), a maior parte dos crimes licitatórios possuíam penas máximas iguais ou inferiores a 04 (quatro) anos²³. Isso

presume-se que o indivíduo que celebra o acordo de leniência com o CADE fornece os suportes adicionais necessários à celebração tanto da leniência, quanto da colaboração premiada. E, mais do que isso, que o CADE repassa ao Ministério Público todas as informações obtidas, em razão do Memorando de Entendimentos nº 01/2016. Por isso, descarta-se a possibilidade de o agente que não celebrou a leniência adotar a estratégia de celebrar o TCC e a colaboração premiada concomitantemente.

²² Não se pode perder de vista que o ANPP também exige o cumprimento de determinadas obrigações para concessão do benefício. No entanto, diferentemente do programa de leniência, o ANPP não limita essas obrigações ao campo da otimização do poder sancionador do Estado. Ou seja, à identificação dos demais envolvidos, à entrega de documentos e informações que comprovem a infração noticiada, por exemplo. Para além da obrigação de restituição ao erário, que também é exigida no acordo de leniência, o ANPP pode impor que o sujeito preste serviços à comunidade ou entidades públicas e que pague prestação pecuniária. Logo, os benefícios criminais proporcionados pelo ANPP são inferiores àqueles proporcionados pela leniência. O quanto isso impacta na decisão do agente infrator, por outro lado, é matéria que deve ser discutida em artigo próprio.

²³ Dentre as 15 (quinze) condutas tipificadas como crimes licitatórios na Lei nº 8.666/93, 9 (nove) podiam ser objeto de ANPP – o que representa um percentual de 60% das condutas. Por outro lado, dentre as 16 (dezesesseis) condutas tipificadas no Capítulo II-B do Código Penal como crimes licitatórios, apenas 6 (seis) podem ser





implica dizer que, até abril de 2021, a maior parte dos crimes abarcados pelo programa de leniência da LDC poderiam ser objeto de TCC e ANPP, concomitantemente, caso estivessem relacionados a alguma infração à ordem econômica.

4 CONCLUSÃO

Assim como a ausência de benefícios em outras esferas de atuação estatal pode afetar a efetividade dos programas de leniência, o excesso de benefícios desordenados também pode.

A partir dos elementos que compõem o modelo usado na presente análise, é possível concluir que a introdução do acordo de não persecução penal ao ordenamento jurídico brasileiro criou uma nova estratégia no jogo da leniência antitruste. Assim, se antes da inovação normativa o programa de leniência era razoavelmente mais atrativo que o termo de compromisso de cessação de prática, em razão da imunidade criminal ofertada, com a introdução do ANPP, essa diferença foi diminuída ou eliminada em algumas hipóteses. Assim, nos casos em que o delito se enquadra às limitações previstas no art. 28-A do CPP, ou seja, nas hipóteses em que o crime é praticado sem violência ou grave ameaça e a pena máxima cominada seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, pode ter ocorrido diminuição substancial dos incentivos à leniência.

Em análise dos tipos penais referidos no art. 87, da LDC, é possível perceber que aquela hipótese suscitada ocorre apenas em 9 (nove) das mais de 40 (quarenta) condutas tipificadas. Contudo, o fato de o universo em que a estratégia de celebrar concomitantemente o ANPP e o TCC ser reduzido, representando apenas cerca de 22% das hipóteses tipificadas, não significa dizer que o impacto que essa realidade produzirá nos programas de leniência também será diminuto. Essa avaliação depende mais da frequência com a qual esses delitos costumam ser praticados em concomitância às infrações contra a ordem econômica, do que do percentual numérico que eles representam dentro do universo de crimes avaliados.

Espera-se que essas observações abram espaço para que outros estudos sejam desenvolvidos, em especial com matriz empírica. Segue sendo relevante a compreensão do nível do impacto concreto-empírico produzido pela inserção do ANPP.

objetos de ANPP – o que representa um percentual de 37,5%. A partir dessa observação, é possível concluir que houve um recrudescimento das penas em abstratos dos crimes licitatórios com a publicação da Lei nº 14.133/21 e, conseqüentemente, uma limitação à celebração do acordo de não persecução penal.





Todavia, é possível afirmar que a inserção de novos benefícios (desordenados) pode afetar a efetividade dos programas de leniência nas hipóteses em que o crime praticado junto à infração contra a ordem econômica respeita os limites previstos no art. 28-A do CPP. Isso sugere que o legislador deve ter cautela ao introduzir novas ferramentas de consensualização ao ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: Teoria e Prática*. 2ª Edição. Fórum. Belo Horizonte, 2021.

ATHAYDE, Amanda; GRANDIS, Rodrigo de. In: CARVALHO, Vinícius Marques de. (Coord.). *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. 2015.

BIGONI, M. *et al.* *Trust, Leniency, and Deterrence*. *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 31, no. 4, p. 663–689, 2015.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

BRASIL. *Lei nº 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: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>.

BRASIL. *Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>.

BRASIL. *Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>.





BRASIL. *Memorando de Entendimento CADE-MJ nº 01/2016*. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf>.

BOLES, Jeffrey R. *The Dilemma of FCPA Self-Reporting*. Florida Law Review, Vol. 67, p. 214-220, 2016.

CANETTI, Rafaela. *Acordo de Leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CASTRO, Eloita Bianca da Silva. *O desenvolvimento da justiça consensual na resolução de conflitos penais: acordo de não persecução penal (Art. 18 RES. N. 181/17 – CNMP)*. 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53511/o-desenvolvimento-da-justia-consensual-na-resolucao-de-conflitos-penais-acordo-de-no-persecucao-penal-art-18-res-n-181-17-cnmp>>. Acesso em: 01/04/2022.

CHEN, Zhijun; REY, Patrick. *On the Design of Leniency Programs*. The Journal of Law & Economics, v. 56, n. 4, p. 917–957, 2013.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade*. 2016a.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia do Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*. 2016b.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Regimento Interno (RICade)*. 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 570p, 2016.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. Elsevier, 3ª Edição, 2015.

FILIPPETTO, Rogério. *Condições do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP): Lineamentos para confecção de cláusulas*. Revista IBCCrim, 2021. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/736/8393>>. Acesso em: 10 maio 2022.

GÄRTNER, Dennis. *Corporate leniency in a dynamic world: the preemptive push of an uncertain future*. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2340973>>. Acesso em: 01 set. 2016.

GODOY, Guilherme A. S.; MACHADO, Amanda C.; DELMANTO, Fabio de Almeida. *A Justiça Restaurativa e o Acordo de Não Persecução Penal*. 2020. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/288>>. Acesso em: 06 fev. 2022.





HARRINGTON, Joseph E. *Optimal corporate leniency program*. Working papers, The Johns Hopkins University, Department of Economics, n. 527, 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10419/71977>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

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

LUZ, Reinaldo Diogo; SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency, collusion, corruption, and whistleblowing*. Journal of Competition Law & Economics, v. 13, n. 4, p. 729-766, 2017.

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

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

MARVÃO, Catarina; SPAGNOLO, Giancarlo. *What Do We Know about the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence*, SITE Working Paper, No. 28, Stockholm School of Economics, Stockholm Institute of Transition Economics (SITE), Stockholm, 2014.

MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção permite que inimigo vire colega*. 2013. Disponível em: < ConJur - Thiago Marrara: Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega>. Acesso em: 28/04/2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil*. 2019. Disponível em: <www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm>. Acesso em: 29 abr. 2022.

PAPP, Leonardo. *Análise Econômica do Direito e a (re)inserção da eficácia na Teoria do Direito*. Revista da Associação Mineira de Direito e Economia, v. 9, p. 60–87, 2013.

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

SPAGNOLO, Giancarlo. *Divide et Impera: Optimal Leniency Programmes*. C.E.P.R. 2005.

TEIXEIRA, Geraldo Nunes Laprovitera. *A Colaboração Premiada Como Instrumento do Ministério Público no Combate às Organizações Criminosas*. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli>





_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.01_t.02.02.pdf.>.

Acesso em: 10 jan. 2022.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 11/05/2022.

Aceito em: 14/02/2023.

