V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ

MARIELLA BERNASCONI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F724
Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Charlise Paula Colet Gimenez, Mariella Bernasconi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-261-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. I . Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

Los temas que ahora se presentan hablan de la necesidad de reconocimiento y la aplicación de nuevas formas de resolución de conflictos como medio de pacificación social y la realización de la ciudadanía. Se entiende que la transferencia al tercero juez de los resultados de la decisión de conflictos determina quién gana y quién pierde, pero carecen las personas implicadas en una respuesta eficaz a sus necesidades e intereses. Por otra parte, se observa que el poder judicial se constituye en una forma de venganza institucionalizada, siendo la difusión de ganador-perdedor.

Así, los textos se centraron en la necesidad de legislar sobre la negociación, conciliación, mediación e justicia restaurativa. Que sean integrantes del proceso y no simples medios no vinculantes en el derecho. Dichas modalidades deben estar reglamentadas por ley y si se celebran tengan valor jurídico que evite un proceso.

Por tanto, se trató la abogacía preventiva y la prevención del litigio, tratando de cambiar el perfil del egresado, que el mismo no se centre en el abogado litigante sino también en el abogado que previene el litigio y que puede por medio de las modalidades relacionadas supra evite un proceso y con ello se solucione un conflicto evitando todo un proceso judicial.

Profa. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez - URI

Profa. Mariella Bernasconi - UDELAR

ÉTICA E MORAL NAS EMPRESAS: O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO E ECONÔMICO PARA A PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS EM UM MUNDO GLOBALIZADO.

ETHICS AND MORALS ON BUSINESS: THE LENIENCY PROGRAM AS A LEGAL AND ECONOMIC INSTRUMENT FOR PRESERVATION OF BUSINESS IN A GLOBALIZED WORLD

Fernando Augusto Sormani Barbugiani
Luiz Fernando Bellinetti

Resumo

Neste mundo globalizado, nenhuma empresa atingiu o nível moral de responsabilidade baseado em princípios universais e justiça social. Entretanto, deve-se reconhecer a sua importância social. Dentre os instrumentos jurídicos disponíveis nos ordenamentos para a sua preservação e minorar os impactos de seu envolvimento em ilícitos, encontra-se a Leniência. Através do método dedutivo, demonstra-se que este negócio jurídico, se adaptado à realidade cultural e política de cada país, revela-se um excelente meio alternativo de solução de conflitos. Também propicia a continuidade empresarial, o livre comércio e a concorrência, com reflexos positivos na Economia.

Palavras-chave: Acordo de leniência, Economia, Globalização, Meio alternativo de solução de conflitos

Abstract/Resumen/Résumé

In this globalized world, no company has reached the moral level of responsibility based on universal principles and social justice. However, one must recognize their social importance. Among the legal instruments available in orders for its preservation and reduce the impact of their involvement in illegal, is the Leniency Program. Through deductive method, it is shown that this legal business, adapted to the cultural and political reality of each country, proves to be an excellent alternative means of conflict resolution. It also provides business continuity, free trade and competition, with positive effects on the economy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Leniency program, Economy, Globalization, Models of conflict resolution

INTRODUÇÃO.

Em nosso mundo globalizado, em que as relações mercantis extrapolam as fronteiras nacionais, houve uma profunda mudança na forma de celebração dos negócios comerciais, bem como em suas execuções e nas eventuais repressões de abusos.

Com essa ampliação espacial do mercado, cresceu proporcionalmente o interesse das empresas em sua imagem, transparecendo a credibilidade e segurança para a celebração de negócios e investimentos internos e externos.

Diante disto, torna-se importante compreender o funcionamento da ética e moral das empresas em um mundo globalizado, refletindo o interesse dos consumidores e utilizando também o estudo psicológico de Lawrence Kohlberg, complementado pelo viés filosófico de Jurgen Habermas em sua obra Para a Reconstrução do Materialismo Histórico (1990), associando-as à preocupação dessas transnacionais com sua imagem perante o público.

Dentro deste contexto, destaca-se o acordo de Leniência, que é um instrumento oriundo do sistema capitalista norte americano e cuja inspiração reflete a preocupação com o livre comércio e concorrência. Em sua origem, voltava-se à proteção do próprio mercado contra práticas abusivas como a formação de cartéis, dumping e sonegações fiscais. Trata-se de um negócio jurídico celebrado entre a Administração Pública e as pessoas físicas e jurídicas envolvidas nessas condutas, em que elas se comprometem a colaborar com as apurações, ressarcindo ou minorando supostos danos em troca da isenção total ou parcial das sanções, podendo continuar a negociar com o ente público vítima.

Como consequência inevitável do mundo globalizado e a imperiosidade de uma mínima homogeneidade que trouxesse segurança jurídica nessas relações transacionais, esse instituto ingressou no ordenamento jurídico das diversas nações, com algumas adaptações pontuais.

Pelas diferenças culturais e políticas entre os países, evidentemente, a Leniência pode ter a sua finalidade desviada pelos legitimados a celebrá-la. A sua inspiração, todavia, é louvável, voltando-se a uma célere solução de um conflito e a manutenção do funcionamento das empresas. Em outras palavras, o seu uso responsável traduz um eficiente meio consensual e alternativo para a solução de conflitos, alcançando-se com relativa celeridade os mesmos resultados que demandariam anos na sistemática tradicional (Judicial).

O objetivo deste estudo é, através de um método dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e consulta à legislação, além da análise de exemplos concretos, analisar a fase atual do desenvolvimento ético e moral das empresas no cenário mundial, identificando o

papel da Leniência neste processo e a importância econômica deste instrumento se adequadamente utilizado.

2. ÉTICA E MORAL NAS EMPRESAS.

As empresas respondem diretamente a dois requisitos sistêmicos: o mercado e o Estado. Ao primeiro, por seu indissociável interesse econômico. Ao segundo, pela sua notória interferência na ordem econômica.

Pelo reconhecimento de sua importância para a saúde financeira de uma nação, alguns ordenamentos jurídicos positivaram a sua função social. É o caso do Brasil, que enfatiza em diversos trechos de sua Constituição Federal esta relação entre a propriedade privada (onde se inclui a empresarial) e a responsabilidade perante a sociedade: "a propriedade atenderá a sua função social" (Artigo 5º, inciso XXIII); "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" (Artigo 182, § 2º) e "a função social da propriedade rural é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência".

Não fosse suficiente encontrar-se intrínseca na estipulação constitucional, a legislação ordinária veio reforçar a vinculação empresarial com esta missão, constando no Código Civil brasileiro que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato" (Artigo 421) e que o "direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

Diante disto, não pode bastar à empresa a perseguição do lucro (que sempre será seu objetivo final). Impõe-se a seus administradores a tomada de decisões que atentem para o bem comum.

Entretanto, essa positivação estatal da responsabilidade empresarial é fruto de uma demanda da sociedade, na expectativa dos indivíduos em relação àquela atividade. Não envolve um reconhecimento espontâneo dos entes corporativos.

Partindo dos estudos do psicólogo Lawrence Kohlberg sobre os estágios e níveis de desenvolvimento da consciência moral nos indivíduos e das lições de Jürgen Habermas sobre a sua aplicabilidade ao comportamento corporativo (em sua obra Para a Reconstrução do Materialismo Histórico), Clodomiro José Bannwart Júnior (2011) leciona que, conforme o

primeiro, existem seis **estágios** : 1) orientação para punição e obediência; 2) orientação ingênua e egoísta; 3) orientação para o ideal do bom menino; 4) orientação para preservação da autoridade e da ordem social; 5) orientação legalista-contratual e 6) orientação por princípios. Estes **estágios** foram posteriormente por ele agrupados em seis **níveis** distintos de moralidade e que se baseiam na compreensão do indivíduo a respeito da regra de convivência social: I) Pré-Convencional; II) Convencional e III) Pós-Convencional.

O primeiro nível de desenvolvimento da moralidade (**pré-convencional**) é o típico das crianças e compreendem os estágios 1 e 2 antes referidos. Nele não há percepção do indivíduo do caráter convencional de determinada imposição, a qual é aceita como fato da natureza ou ordem de autoridade, respeitando-a para evitar o castigo e, posteriormente, pela recompensa (troca). No nível **convencional**, que se inicia na adolescência prosseguindo até a fase adulta e que abrange os estágios 2 e 4, há percepção dos demais indivíduos da sociedade (alteridade) e que a regra é fruto de uma convenção do grupo. Prevalecem os interesses pessoais e a obediência baseia-se, primeiramente, na expectativa do reconhecimento alheio ("bom moço") e, após, orienta-se pela preservação da ordem social e do bem estar do grupo. ("lei e ordem"). Enfim, no nível pós-convencional, alcançado por apenas alguns adultos, reconhece-se a variedade de grupos, opiniões e valores. As ações se baseiam em princípios, voltando-se à justiça e lealdade para com todos, primeiro com base no contrato social (reconhecimento do direito próprio e alheio) e, no estágio seguinte, com fulcro em princípios universais (justiça universal), independente de qualquer autoridade, valor ou tradição.

O desenvolvimento moral de um indivíduo baseia-se na superação de cada um desses estágios para o seguinte e que alteram entre a heteronomia e a autonomia em cada nível.

Conforme leciona Bannwart (2011, p.738), "*no nível pré-convencional, os estágios 1 (castigo e obediência) e 2 (troca instrumental) refletem significativamente o comportamento de muitas empresas. [...] não conseguem ainda perceber o entorno social no qual estão inseridas. [...] Agem de forma egoísta, visando a realização de fins que as beneficiam de forma privada*".

Prossegue o mencionado autor afirmando que no "*nível convencional que contempla os estágios 3 (Conformidade interpessoal) e 4 (Lei e Ordem), compreende-se a fase de consciência moral capaz de levar ao reconhecimento da alteridade, ou seja, as ações são praticadas tendo em vista a expectativa que o outro deposita na ação do sujeito. No estágio 3, mesmo sabendo que a empresa não queira abrir mão dos seus interesses privados, ela sabe que está inserida em uma rede de interações sociais e que sua atividade empresarial,*

estampada na forma de produtos ou serviços, está em constante avaliação aos olhos do seu público consumidor". Esta é a fase do marketing para transmissão de valores.

Ainda no nível convencional, quanto ao estágio 4, Bannwart diz que "*as empresas encontram-se em um nível de consciência moral mais elevado, pois já perceberam que, além de estarem situadas socialmente, possuem também parcela de contribuição para o bem estar da comunidade". Neste nível elas "assimilam a eticidade concreta do grupo onde estão instaladas. Movem suas ações referendadas pelas normas socialmente aceitas, buscando ampliar, cada vez mais, o reconhecimento social de suas marcas e produtos*" (p.739).

No último nível, pós-convencional, de tomada de ações com base no contrato social ou em princípios universais, é onde realmente reside a verdadeira moral[1], desconhecendo-se alguma empresa que tenha atingido tal nível na atualidade.

Pode-se compreender que a maioria das grandes empresas, assim como os seres humanos que a compõem, encontra-se na fase convencional do desenvolvimento moral, baseando a sua atuação intimamente em interesses pessoais e, externamente, na expectativa alheia. Acaso elas se encontrassem na fase pós-convencional, a positivação da função social como um mandamento a ser seguido certamente seria desnecessária.

A responsabilidade social empresarial, portanto, não é um imperativo econômico ou jurídico. Trata-se de uma demanda social. É o reconhecimento da empresa de que seus produtos e serviços devem atender um anseio ético e moral.

3. ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA ORIGEM.

O "Acordo de Leniência" é um instrumento importado do sistema americano (onde era denominado *Leniency Program* e depois foi adaptado e renomeado para *Amnesty Program*), com a finalidade anunciada de colaboração na apuração e reparação de um dano de interesse coletivo, sendo evidente o aspecto econômico que sempre o permeou e de que se tratará mais adiante.

Poder-se-ia dizer que esse acordo apresenta similitudes com a delação premiada, distanciando-se deste no que se refere à espécie de infração e no tocante aos legitimados à sua celebração.

Afinal, o Acordo de Leniência é preferencialmente voltado às pessoas jurídicas, que colaborarem efetivamente com investigações administrativas (processos de imposição de

[1] Os estudiosos apontam as diferenças ente a ética e moral. A ética envolve valores individuais ou coletivos, tendo, portanto, interferência cultural, política e ideológica. A moral, ao reverso, envolve o reconhecimento de princípios universais que se aplicariam a qualquer indivíduo ou grupo, despido de valoração. A moral representa ideias de justiça.

penalidades pela Administração Pública) e a proposta deve partir do ente de direito público interno (normalmente a União e seus órgãos, conforme previsões das Leis Federais de que trataremos a seguir). A delação premiada, por outro lado, direciona-se quase que exclusivamente a apurações criminais, vontando-se primordialmente às pessoas físicas (mas sendo virtualmente possível nos casos em que pessoas jurídicas possam ser autoras de delitos, como nos ambientais), cabendo a propositura ao Ministério Público (que é *dominus litis*) independente da concordância ou não de eventual vítima do delito (mesmo que seja a União, Estado etc.).

Outro ponto de diferenciação é que, a delação premiada é homologada pelo Poder Judiciário, que analisa o cumprimento de seus requisitos e acompanha o seu cumprimento, ao passo que a Leniência é de celebração exclusivamente administrativa (pela Legislação, sequer ao Conselho de Desenvolvimento Econômico caberia homologá-lo).

Justamente por essas diferenças, o acordo de Leniência ainda enfrenta certo preconceito dos aplicadores do direito brasileiro. Justifica-se este receio pelo fato de que são diminutas as reais apurações de infrações por parte da Administração Pública, cujos agentes normalmente se encontram envolvidos nos ilícitos que se pretende reprimir. O temor dos estudiosos relaciona-se, portanto, à possibilidade dos agentes políticos influírem na máquina administrativa com a finalidade de celebrarem acordos fraudulentos de leniência apenas para afastar ou minorar sanções[2]. Também por isto, há grande resistência ao impacto da leniência nas ações penais (cuja persecução é atribuída ao Ministério Público como um órgão imparcial e autônomo, o que não ocorre com as procuradorias e Secretarias dos entes públicos).

No Brasil, o instituto foi incorporado à Lei Nº 8.884/94 (através da Lei nº 10.149/2000), que regulava a "prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica". O artigo 35-B daquele diploma trazia seus contornos conforme sua concepção original americana, isto é, voltado às infrações administrativas.

O artigo 35-C, entretanto, ampliou a repercussão do instituto aos ilícitos penais previstos na Lei 8.137 (contra a ordem econômica) determinando que a mera celebração determinava a "suspensão do curso do prazo prescricional e impedia o oferecimento da denúncia", sendo que o seu cumprimento implicava na extinção da punibilidade dos crimes a que se refere (parágrafo único).

[2] Aliás, no sistema americano, a discricionariedade que imperava originalmente no *Leniency Program* (na década de 70) causou resultados negativos que comprometiam o instituto, motivando alterações que culminaram no *Amnesty Program* (década de 90).

A Lei Nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, revogou a Lei 8.884, passando a dispor do Acordo de Leniência em seus artigos 86 e seguintes com similitude ao previsto no diploma revogado, mas com ampliação à sua repercussão penal, que não mais ficaria restrita aos delitos contra a ordem tributária, mas também aos da Lei de Licitações e Associação criminosa do Código Penal:

> Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.
> Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Um debate iniciou-se sob a vigência da Lei 8.884 e estendeu-se à Lei 12.529/11 a respeito desta extensão aos crimes de ação penal pública incondicionada, em que vigora o princípio da indisponibilidade, havendo os defensores de que haveria de se buscar nestes casos um ponto de interseção com a delação premiada, com a participação do titular da ação penal (o Ministério Público). Todavia, persistia ainda o questionamento quanto à inafastável participação judicial (que exerce o controle da indisponibilidade criminal).

De qualquer forma, sem a participação do *Parquet* haveria inegável afronta à Constituição Federal (em seu artigo 129, inciso I).

Atento a essas indagações, a Lei 12.846/2013, apelidada de Lei Anticorrupção e aprovada pouco após movimentos populares desse mesmo ano e regulamentada pelo Decreto Nº 840/2015, igualmente estimulado por levantes populares, destinou um capítulo para os Acordos de Leniência, tornando expressa a possibilidade de participação do Ministério Público, quando o negócio repercutiria nas ações judiciais de natureza cível (incluindo as de improbidade administrativa) impedindo o ajuizamento ou suspendendo as ajuizadas (§11). Deixou-se clara a possibilidade de responsabilização judicial, salvo se o acordo de leniência dispuser em sentido contrário (artigo 18). Como o diploma calou-se quanto à questão **criminal**, possível compreender que, mesmo participando o *Parquet* da negociação, a leniência deste último diploma não lhe atinge, sem prejuízo de uma similar Delação Premiada.

Em meio aos escândalos de corrupção no governo federal, foi expedida uma Medida Provisória, de Nº 703/2015, que incluiu dispositivos na Lei Anticorrupção brasileira, fazendo com que os acordos de leniência impedissem o ajuizamento ou suspendessem o andamento das ações civis (§11).

Além de suspeita, por ter surgido no cenário brasileiro em meio a uma enxurrada de ações por corrupção que levaram ao recente afastamento da mesma Presidente da República que a editou, a tratada medida provisória é inconstitucional. Afinal, a Carta Maior brasileira veda a edição de medidas provisórias sobre matéria processual civil. (artigo 62, parágrafo 1º, inciso I, alínea b). Por evidente, causas que interferem no exercício do direito de ação (obstaculizando ou suspendendo) são matérias processuais.

Não bastasse isto, estabelecer que um acordo administrativo entre os envolvidos na ilegalidade, sem a chancela judicial, impede que diversos legitimados possam acionar o Judiciário para a reparação do dano ou repressão é uma óbvia violação do princípio da inafastabilidade da Jurisdição, uma cláusula pétrea constitucional (artigo 5º, XXXV), pelo qual nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Ora, esta garantia individual não pode ser limitada sequer por Emenda Constitucional (artigo 60, §4º, IV), quanto menos por uma Medida Provisória.

O cerne deste estudo, todavia, não pretende avaliar a constitucionalidade de alguns aspectos pontuais da regulamentação brasileira da leniência, que evidentemente demandam correções[3]. Avalia-se aqui apenas a noção geral deste instrumento e a finalidade positiva que a inspirou originalmente nos Estados Unidos, bem como a sua potencial eficácia como instrumento para solucionar conflitos envolvendo interesses transindividuais.

4. ENQUADRAMENTO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NOS NÍVEIS DE DESENVOLVIMENTO MORAL.

Como adiantado neste texto, ao analisarmos a comparação do desenvolvimento moral das pessoas naturais com as pessoas jurídicas, as pequenas empresas normalmente estão no nível pré-convencional, alicerçando as suas atividades na busca exclusiva do lucro sem apreensão do impacto social delas. As grandes empresas, por sua vez, já desenvolveram certa alteridade, reconhecendo o corpo social e atuando conforme as expectativas deste, o que corresponde ao nível convencional. Não se encontra na doutrina exemplo de empresa que tenha atingido o patamar ético real, que se situa no nível pós-convencional, em que sua atuação se fundaria em princípios universais e preocupações de justiça social.

[3] Neste sentido, tramita no Supremo Tribunal Federal brasileiro uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI Nº 5466) que pretende tal reconhecimento em face da Medida Provisória Nº 703/2015. Ademais, em recente divulgação de conversas gravadas entre um suspeito de envolvimento nos desvios da Petrobras e o Presidente do Senado brasileiro, Renan Calheiros, houve clara menção à alterações na delação premiada e Leniência, revelando os anseios pessoais que vem motivando os legisladores a alterarem livremente estes instrumentos legais.

Estas conclusões tem reflexo no objeto de nosso estudo que é a compreensão do acordo de Leniência dentro da responsabilidade social empresarial.

O objetivo do lucro encontra-se no DNA empresarial. A adoção de certas políticas voltadas ao bem comum como a reciclagem ou fomento a atividades beneficentes não soam espontâneas. Refletem estratégias de *marketing* para a fixação de uma imagem positiva perante o público, aumentando a receptividade de seus produtos e, com isto, o lucro. Trata-se de um investimento. É a preocupação com a imagem.

Por isto, quando essas pessoas jurídicas se encontram envolvidas em escândalos de corrupção, fraudes, sonegação fiscal ou crimes contra a economia como a formação de cartéis, o interesse no restabelecimento da imagem é um imperativo negocial. Afinal, qualquer especulação em torno do futuro dessas empresas tem reflexo imediato nos investimentos externos, na bolsa de valores, na cotação do dólar.

O apelo a instrumentos como a leniência é também uma forma de resgate da imagem e estancamento dessa sangria empresarial.

Como a Leniência possibilita uma redução das penalidades administrativas ou cíveis a serem impostas, permitindo que a empresa e os empresários prossigam negociando com a Administração Pública que foi vítima de suas atividades, mantendo sua saúde financeira, percebe-se que a sua celebração é um típico reflexo da fase pré-convencional (temor ao castigo: "punição e obediência").

Difícil defender outra ótica, na medida em que, acaso a empresa se encontrasse em qualquer dos outros níveis morais, com a percepção da sociedade em que está incluída e de suas responsabilidades quanto a elas, seriam diminutas as chances de seu envolvimento em práticas que motivariam a Leniência.

Ainda que uma empresa transnacional fomente diversas políticas assistenciais, ambientais, filantrópicas, como forma de ser reconhecida pelos consumidores como um ente responsável, enquadrando-se por isso no nível convencional, é evidente que diante da eventual revelação de uma conduta ilícita, vitimadora da própria sociedade em que se inclui, e em razão do receio das sanções e das dificuldades para o prosseguimento regular de suas atividades, será motivada à celebração de um acordo de Leniência (fase pré-convencional).

Por evidente, o resgate da imagem da empresa que atuará cooperando com as investigações e minorando os danos causados, também impelirá os seus representantes ao acordo, sendo inegável, todavia, que se trata de uma aspiração secundária. Afinal, como leciona Bannwart, "as empresas, de modo geral, tem conferido ao consumidor e aos cidadãos, os quais, cada vez mais exigentes, deliberam em razão de produtos e marcas cientificadas pelo

reconhecimento social. Logo, é possível afirmar que as marcas disponibilizadas no mercado estão, a todo momento, cruzando a malha de interdependência de informações que circulam com rapidez, sobretudo, nas redes virtuais. As empresas tem consciência de que os seus produtos e serviços carregam uma marca a preservar e que o menor descuido pode arruinar definitivamente o empreendimento de anos. Daí a necessidade de ações transparentes, negociações legítimas, balanços publicizados e transmissão de confiança ao consumidor" (2005, p. 46).

5. A TUTELA IMEDIATA A INTERESSES COLETIVOS EM SENTIDO AMPLO E A FINALIDADE DE PRESERVAÇÃO ECONÔMICA – MANUTENÇÃO DAS ATIVIDADES DE EMPRESAS ENVOLVIDAS EM CRIMES E ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECUPERAÇÃO DA MORAL DA EMPRESA DIANTE DA COMUNIDADE.

Em um mundo extremamente dinâmico, em que o tempo é elemento chave para o sucesso ou o fracasso de uma atividade empresarial, o envolvimento de uma empresa em uma situação que possa colocá-la no polo passivo de uma ação coletiva visando responsabilizá-la por atos ilícitos contra a sociedade, inviabilizando o desenvolvimento normal de suas atividades, especialmente a possibilidade de contratar com o Estado, pode decretar a sua quebra.

Neste contexto, a utilização desse instituto pode ser um importante instrumento para evitar-se o demorado trâmite de um processo judicial, atingindo com mais brevidade um resultado similar.

Cumpre recordar que Bryant Garth e Mauro Capelletti (1988) identificaram três ondas em que se enquadram o desenvolvimento renovatório do acesso à justiça. A **primeira onda** relacionar-se-ia com a remoção do obstáculo econômico a tal, através de políticas assistenciais que possibilitariam aos pobres a tutela de seus direitos através do método tradicional/jurisdicional (pode-se identifica-la como a onda da "assistência gratuita"). A **segunda onda** preocupou-se com a proteção aos interesses transindividuais que esbarrava em aspectos organizacionais da Justiça, pelo que se renovou a concepção de representatividade para a tutela jurisdicional (é a onda do interesse coletivo em sentido amplo). A **terceira onda**, enfim, é a comprometida com a ampliação do próprio conceito de justiça, trazendo-lhe a ideia de efetividade, por onde passam as ideias de aprimoramento dos institutos, disponibilização de mecanismos de enfrentamento de conflitos e celeridade (é a onda da efetividade).

Por mais que se reconheçam as vantagens no aprimoramento da legislação processual (terceira onda), a morosidade e a ineficácia do Poder Judiciário ainda se revelam como obstáculos para a efetivação de interesses coletivos em sentido amplo (segunda onda). Afinal, "Com o desenvolvimento e a sofisticação da sociedade, surgiu o que se costuma denominar sociedade de massa, em que os problemas tendem a se coletivizar, exigindo soluções também coletivas" (BELINETTI, 2005, p. 666).

Dentro da ampliação da concepção de acesso à Justiça, bem como da criação de novos instrumentos para uma tutela efetiva de direitos, pode-se enquadrar o aperfeiçoamento dos métodos tradicionais (juridicionais) como a criação e renovação de alternativos (extrajudiciais). Em outras palavras, diante de problemas coletivos, são cabíveis soluções coletivas que podem ser judiciais ou extrajudiciais. É possível enquadrar a Leniência como um fruto dessa terceira onda, noi que se refere a esta última forma.

A autocomposição é possível em casos de interesses indisponíveis. Todavia, eventual transação não poderá, evidentemente, dispor destes bens, mas regular pontos secundários[4] ou abrir mão de parte ou de todo um sancionamento em prol de uma pronta atuação voltada à restauração dos mesmos bens jurídicos. Por conta desta indisponibilidade, a demora processual em si já representa uma violação a tais interesses. Exatamente por isto, a solução consensual e imediata pode melhor atende-los. A Leniência é um exemplo de Autocomposição sem disposição. A propósito, vale ressaltar a seguinte lição:

> [...] o regime peculiar de solução extrajudicial de conflitos que envolvam interesses transindividuais pode ser resumido em duas regras que devem, necessariamente, serem observadas, sendo a primeira relacionada à ausência de renúncia e de concessão do direito em jogo, e a segunda no sentido da observância de um sistema que garanta que a vontade manifestada coincida com os interesses dos titulares do direito, seja através da consulta efetiva dos interessados, seja através da presunção de que órgãos públicos poderão adequadamente representar os direitos da coletividade (RODRIGUES, 2006, p. 59).

As ações para responsabilização criminal e aquela voltadas ao sancionamento da improbidade administrativa[5] tutelam, inegavelmente, interesses transindividuais. Especialmente os difusos relacionados à Segurança Pública e a Probidade na Administração Pública, respectivamente. Assim, eventuais acordos celebrados durante estas apurações

[4] Um exemplo de regulamentação de aspectos secundários de um interesse transindividual é a fixação de um prazo para o cumprimento de uma reparação ambiental, a forma que ela se verificará etc.

[5] O Supremo Tribunal Federal entendeu que os atos de improbidade envolvem um "regime de responsabilidade político-administrativa" (Reclamação 2138/DF).

(delação premiada, colaboração premiada ou a Leniência) devem voltar-se à proteção destes mesmos bens jurídicos.

Não bastasse a forma consensual homenagear o interesse coletivo violado, o pacto de leniência também protegerá a **manutenção da empresa no mercado**, com reflexos positivos na economia, recolhimento de impostos e manutenção de empregos, pelo que se pode aí também reconhecer certa transindividualidade (remete-se ao tópico seguinte). Além disto, é comum que em casos de corrupção estejam envolvidas grandes empreiteiras, responsáveis pelo andamento de importantes obras públicas, cuja suspensão pode causar danos imensuráveis ao desenvolvimento econômico.

A celebração de um acordo de leniência presta-se também a resgatar a moralidade da empresa perante o público (restaurando-a conforme o nível convencional antes visto), pois de **infratora** ela transmitirá a imagem de **colaboradora**. A assunção do erro com predisposição a superá-lo é tão importante para o consumidor quanto a ideia de infalibilidade. Ambas redundam no predicado da confiabilidade, vital para os seus negócios.

Em suma, esta alternativa consensual e alternativa poderá trazer benefícios diretos para o interesse coletivo tutelado, como também prestigia os da própria empresa violadora, com ganhos indiretos à própria sociedade em que ela se insere.

6. A IMPORTÂNCIA OBJETIVA DO ACORDO DE LENIÊNCIA PARA SUPERAÇÃO DE UM ILÌCITO E PARA A PRESERVAÇÃO ECONÔMICA DA EMPRESA NO MUNDO GLOBALIZADO.

Como lecionam Marco Antônio Vasconcellos e Manuel Garcia, "a economia e a Política são áreas muito interligadas, tornando-se difícil estabelecer uma relação de causalidade (causa e efeito) entre elas". Eles prosseguem explicando que "a política fixa as instituições sobre as quais se desenvolverão as atividades econômicas. Nesse sentido, a atividade econômica se subordina à estrutura e ao regime político do país (se é um regime democrático, ou autoritário)" (1999, p.11).

Os mesmos autores muito bem retratam a relação entre a economia e o bem estar da população:

> A ação do Estado, tanto do ponto de vista econômico quanto do jurídico, supõe-se esteja voltada para o bem estar da população. O direito tem como objeto o comportamento do homem em sociedade; as normas regulam as relações entre indivíduos, entre grupos e mesmo entre Estados, indivíduos e organizações internacionais. Segundo John Locke, teórico do contrato social, os indivíduos, por um acordo, teriam colocado parte de seus direitos naturais sob o controle de um governo parlamentar, limitado em suas competências e

> responsável perante o povo. Assim, de maneira voluntária e unânime, os homens decidiram entrar num acordo para criar uma sociedade civil cuja finalidade fosse promover e ampliar seus direitos naturais "à vida, à liberdade e à propriedade".
> Com base nesses princípios, foram criadas normas constitucionais com vistas à promoção do bem estar da coletividade. Elas encontram-se na Constituição Federal de 1988, nos capítulos relacionados à tributação, às finanças públicas e aos orçamentos anuais. Do ponto de vista econômico, essas são áreas de intensa intervenção do Estado.
> É por meio dos Tributos – impostos, taxas e contribuições de melhoria – que as várias esferas governamentais arrecadam suas receitas, que serão gastas de acordo com as diretrizes orçamentárias estabelecidas em lei, nas finanças públicas, leis dispõem sobre dívida pública interna e externa, sobre emissão e resgate de títulos da dívida pública e sobre operações de câmbio realizadas por Órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O Estado tem uma função redistributiva, voltada para canalizar recursos para as camadas economicamente desfavorecidas, bem como para as regiões mais pobres do país.(1999, p.28).

Diante disto, o Estado naturalmente disponibilizaria em seu ordenamento instrumentos voltados a privilegiar a economia à responsabilização de pessoas jurídicas, como é o caso da Leniência.

Tendo sua origem no sistema americano, impossível não reconhecer sua impregnação **capitalista**, de estímulo ao **livre comércio** e à **concorrência**. Sua importância foi destacada no combate administrativo a cartéis econômicos, aprimorando seu estudo e a sua exportação a outros países. Foi o que ocorreu com o Brasil, que passou a prever o instituto na Lei 8884/94 (através de inclusão promovida pela lei 10.149/2000), que regula a "*prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica*".

A manutenção da empresa e sua credibilidade têm reflexos imediatos no mercado mundial. A responsabilização de uma empresa em nível nacional pode influir negativamente em seus negócios jurídicos internacionais, especialmente em multinacionais (comumente envolvidas em escândalos de corrupção de maior impacto social).

Afinal, impossível negar que, com a globalização, alterou-se profundamente a forma e a rapidez das negociações. Qualquer abalo na imagem/credibilidade de uma empresa apresenta reflexos imediatos e diluídos no cenário internacional.

A Leniência surge no cenário internacional como uma alternativa de isenção ou minoração da "responsabilidade" da empresa, permitindo que ela cumpra com suas obrigações contratuais, Isto dá certa segurança jurídica nas relações comerciais (internas e internacionais). Há enormes reflexos no mercado de ações, na taxa de câmbio, nos investimentos externos. Tudo isto, como é notório, tem forte carga especulativa.

Como exemplo, pode-se citar o envolvendo a poderosa montadora de automóveis Volkswagen nos Estados Unidos em setembro de 2015. O Departamento de Justiça daquele país abriu uma investigação criminal contra a empresa em virtude da descoberta da instalação em seus veículos de um *software* que fraudava os resultados nos testes de emissão de poluentes, para suprir uma exigência legal ambiental (interesse transindividual – difuso). Após estas acusações, diversos outros países, sobretudo da Europa, iniciaram idênticas apurações em relação à mesma multinacional. Como resultado imediato, constatou-se a queda das ações da empresa em cerca de vinte por cento. Também houve diminuição de suas vendas pelo impacto negativo perante o público, arranhando a imagem sustentável da fabricante. Afora isto, parte de seus lucros será direcionado para a desinstalação do *software* (correção do dano) e pagamento das multas bilionárias que se aplicarão. Os Diretores das filiais pelo mundo pediram desculpas públicas e manifestaram que adotarão todas as medidas para recuperar a confiabilidade na marca (UOL, 2015).

A solução para minorar os danos, tanto para a Volkswagen como para os demais envolvidos, certamente passa por um acordo de Leniência, à semelhança do que ocorreu no Brasil em 2013, quando a gigante tecnológica Siemens assinou um destes pactos com a superintendência-geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), assumindo que pagou subornos a políticos e funcionários públicos para ganhar contratos com o Metrô e a CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos na cidade de São Paulo.

A exportação da Leniência para outros países, aliás, não é fruto do acaso. É fruto direto da globalização. Ademais, muitos instrumentos jurídicos são importados com financiamento externo (Banco Mundial – como a reforma do Judiciário em toda América Latina, incluindo o Brasil em 2004) como forma de transmitir segurança os investimentos externos através de um mínimo de uniformização nos sistemas. Obviamente, estas alterações envolvem a redução do aparato estatal em prol da iniciativa privada e da livre concorrência.

Inevitavelmente haverá desvios no uso destes instrumentos. Apesar de criados como a finalidade de preservação do mercado (fins econômicos), a Leniência sofre preconceitos por encontrar-se à disposição dos agentes políticos (os legitimados para propô-la serão sempre os entes administrativos ligados a estes). Assim, sua celebração pode voltar-se quase que exclusivamente para gerar entraves à responsabilização destes mesmos sujeitos, envoltos em acusações de crime e improbidade administrativa, sem preocupações com a saúde da economia ou mesmo da empresa envolvida.

Tanto isto é verdade que a própria Lei 12.846/2013 surgiu em meio a levantes populares no Brasil, sendo regulamentada apenas após novos movimentos sociais e, enfim, foi

mutilada pela Medida Provisória 705/2015, expedida após a enorme repercussão política da conhecida "Operação Lava-JATO", que se estendeu aos altos cargos do governo federal.

Isto revela a subversão destes instrumentos, que acabam não se destinandoà sua finalidade original, mas com aspirações de impunidade. Novamente denota-se o nível pré-convencional do desenvolvimento da moral empresarial no interesse destas celebrações.

Entretanto, se bem adaptada à realidade nacional e utilizada com responsabilidade, por órgãos constitucionalmente legitimados e imparciais, o acordo de Leniência pode vir a cumprir adequadamente os interesses sociais que a inspiram. Afinal, "as ferramentas à disposição para proteção da concorrência não tem como consequência somente a proteção de um mercado comum ou consumidor. Há acima de tudo a proteção às instituições fundadas na liberdade e proteção da propriedade. De forma ainda mais acentuada quando o contratante se reveste da obrigatoriedade de lisura e probidade no trato da coisa pública" (OLIVEIRA, 2013).

O bom uso da leniência servirá, ainda, como meio alternativo ao judicial de superação dos conflitos a ela inerentes, alcançando-se os mesmos resultados que se obteriam por esse método tradicional. Isto pois, "muitas vezes, os objetivos do Estado Democrático de Direito, consignados em lei, podem ser mais bem alcançados de forma consensual do que coercitiva, não fazendo sentido que a Administração sempre opte por mecanismos regulatórios verticais, não tão eficientes e mais gravosos para os interesses envolvidos" (LIMA, 2010, p.77).

7. CONCLUSÕES

A responsabilidade social das empresas ainda se encontra em um nível convencional, voltando-se unicamente ao atendimento da expectativa dos consumidores de seus produtos e serviços como estratégia de marketing voltada ao lucro.

As grandes empresas, quando envolvidas em casos de corrupção, fraudes fiscais ou crimes contra o sistema econômico tem a possibilidade de celebração de acordos de leniência com a Administração Pública vítima de suas atividades. Com esse pacto, aquelas reduzem as punições que lhe seriam aplicáveis, podendo continuar a negociar com estas.

Percebe-se, então, que o interesse que permeia esta celebração é o de autopreservação, de temor à responsabilização. Isto reflete o nível primário de desenvolvimento da moral (pré-convencional), sendo que o resgate da imagem da empresa é meramente secundário. A responsabilidade social neste momento é diminuta, ainda que a

idéia inspiradora do acordo de leniência envolva o reconhecimento desta e a reparação do dano causado.

A leniência ainda é um instrumento novo nos países latinos, tendo sido transplantado a estes do sistema americano, onde o mercado possui notório poderio no cenário globalizado. As legislações que passaram a admiti-la no Brasil (um estado social e democrático de direito) ainda demandam revisões para adaptá-los à realidade política e cultural desta nação. Sem estas alterações, sua natureza pode ser desviada e tornar-se um instrumento de impunidade, em absoluto desacordo com as convenções internacionais anticorrupção que sustentam a sua adoção. Neste caso, a responsabilidade social que o fundamenta levaria ao seu sepultamento.

A idéia do acordo de leniência, entretanto, é positiva. Privilegia a continuidade dos negócios de grandes empresas, preservando a economia dos impactos negativos de seu abalo. Justamente pelos resultados positivos obtidos nos Estados Unidos na repressão dos crimes econômicos que ela se espalhou pelo mundo globalizado.

Assim, sendo devidamente adaptada aos ordenamentos jurídicos de cada país, bem como às suas culturas e políticas, como a análise da legislação brasileira demonstra, pode se revelar como um excelente instrumento alternativo ao Judiciário para a solução de conflitos (notadamente os de reflexo transindividuais). Isto porque, em qualquer dos países que a adotam, há similitude nas condições impostas: assunção da responsabilidade e cooperação para a apuração e minoração dos danos. Estes são os mesmos objetivos que se buscam através da via judicial, cujo resultado poderia demandar muito mais tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANNWART JÚNIOR, C. J. **Moral pós-convencional e os impasses do desenvolvimento sustentável**. In: Alice, M.; João, M. (Org.). Responsabilidade social: uma visão ibero-americana. 1 ed. Lisboa/Portugal: Almedina, 2011, v. 1, p. 56-70.

_____. **Responsabilidade Social e Emancipação Social**. In: SOUZA, André Peixoto; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. (Org.). Questões Contemporâneas do Direito. 1ed.Curitiba/PR: Ilaaj, 2015, v. 1, p. 38-47.

BELINETTI, Luiz Fernando. **Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos**. Estudos de Direito Processual Civil, Ed. RT, 2005, págs.666/671.

BOURROL. J. M. Vale tudo? A fraude da Volkswagen e outros casos de multinacionais trapaceiras. **Revista Galileu**. Rio de Janeiro, set. 2015. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2015/09/vale-tudo-fraude-da-volkswagen-e-outros-casos-de-multinacionais-trapaceiras.html>. Acesso em 01/06/2016.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

Fraude da VW deve render prejuízo bilionário e demissão a CEO. **UOL**, São Paulo, set.2015. Seção Carros. Disponível em: <http://carros.uol.com.br/noticias/redacao/2015/09/22/fraude-da-volswagen-deve-render-prejuizo-bilionario-e-demissao-a-ceo.htm>. Acesso em 01/06/2016.

HABERMAS, J. Para a Reconstrução do Materialismo Histórico. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

LIMA, M. S. **Fundamentos para um administração pública dialógica**. REVISTA PERSPECTIVA, v.34, n.126, p. 73-84, junho/2010. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126_109.pdf>Acesso em: 26.maio.2016.

OLIVEIRA, A.S. O acordo de leniência e sua importância no cenário econômico e social**. Ultima Instância**. São Paulo, ago. 2013. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/65256/o+acordo+de+leniencia+e+sua+importancia+no+cenario+economico+e+social.shtml>. Acesso em 01/06/2016.

RODRIGUES, G. A.. ***Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALES, M. R. BANNWART JÚNIOR, C. J. **O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade.** Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set/dez.2015. DOI: 10.5433/1980-511X.2015v10n3p31. ISSN: 1980-511X.

VASCONCELLOS, M. A. S.; GARCIA, M. E. **Fundamentos de Economia**. São Paulo. Editora Saraiva. 1999.