

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA –
IDP**

ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EBD

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATEUS PAULO PEREIRA LIMA

**O SISTEMA MULTIFACETADO DE ÓRGÃOS COMPETENTES PARA
CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA E OS DEBATES ENTRE
ÓRGÃOS LEGITIMADOS: OS CASOS DA ODEBRECHT S/A E ANDRADE
GUTIERREZ S/A.**

BRASÍLIA

NOVEMBRO 2020

MATEUS PAULO PEREIRA LIMA

**O SISTEMA MULTIFACETADO DE ÓRGÃOS COMPETENTES PARA
CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA E OS DEBATES ENTRE
ÓRGÃOS LEGITIMADOS: OS CASOS DA ODEBRECHT S/A E ANDRADE
GUTIERREZ S/A.**

Trabalho apresentado à banca examinadora
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito pela Escola de Direito
e Administração Pública do Instituto Brasileiro
de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa-
EDA/IDP.

Orientador: Prof. Me. Antonio Rodrigo
Machado de Sousa

BRASÍLIA

NOVEMBRO 2020

MATEUS PAULO PEREIRA LIMA

**O SISTEMA MULTIFACETADO DE ÓRGÃOS COMPETENTES PARA
CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA E OS DEBATES ENTRE
ÓRGÃOS LEGITIMADOS: OS CASOS DA ODEBRECHT S/A E ANDRADE
GUTIERREZ S/A.**

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasileiro de Direito Público – EDA/IDP.

Orientador: Prof. Me. Antonio Rodrigo Machado de Sousa

Prof. Me Antonio Rodrigo Machado de Sousa

Professor Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Prof. Me Laís Khaled Porto

Membro da Banca Examinadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Prof. José Trindade Monteiro Neto

Membro da Banca Examinadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

O SISTEMA MULTIFACETADO DE ÓRGÃOS COMPETENTES PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA E OS DEBATES ENTRE ÓRGÃOS LEGITIMADOS: OS CASOS DA ODEBRECHT S/A E ANDRADE GUTIERREZ S/A.

Mateus Paulo Pereira Lima

SUMÁRIO: Introdução; 1. O acordo de leniência com base na lei nº 18.846/2013; 1.1. Da competência para firmar acordo de leniência; 1.1.1. Da legitimidade da CGU e da AGU; 1.1.2. Da Legitimidade do MP; 1.1.3. Da Legitimidade do TCU; 2. Análise dos debates institucionais em relação aos acordos de leniência da Odebrecht S/A e da Andrade Gutierrez S/A; 2.1. Acordo de leniência da Odebrecht S/A; 2.2. Acordo de leniência da Andrade Gutierrez S/A; 3. Acordo de Cooperação Técnica (ACT); 3.1. A não adesão do MPF ao ACT; Conclusão

RESUMO

Este artigo pretende realizar a análise do sistema multifacetado relacionado aos órgãos competentes para firmar acordo de leniência com base na Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. De início, abordou-se os aspectos gerais da lei, com foco no instituto do acordo de leniência. Em seguida passou-se para a fundamentação sobre as competências delegadas pela lei para a celebração dos acordos e os debates institucionais gerados em razão das mesmas, com ênfase no caso prático das empresas Odebrecht S/A e da Andrade Gutierrez S/A. Ato contínuo, foi realizada a abordagem do Acordo de Cooperação Técnica e da sua fundamentação legal em conformidade com a Lei nº 13.655/2018. Ao final, a conclusão foi que, de acordo com a abrangência dada pela Lei Anticorrupção para celebração do acordo de leniência, é necessário que cada órgão da Administração Pública (CGU/AGU, MP e TCU) realize sua atuação nos limites da sua esfera, seja ela administrativa sancionadora, civil ou penal. Assim, será possível resguardar o interesse público e a segurança jurídica nos acordos de leniência da Lei nº 12.846/2013.

Palavras-chave: Acordo de leniência, Competência, Acordo de Cooperação Técnica.

ABSTRACT

This article is intended to provide the analysis of the multifaceted system related to Organs competent to sign a leniency agreement based on statute No. 12.846/2013 - Anticorruption Law. Firstly, the general aspects of the statute were addressed, with a focus on the leniency agreement institute. Then, we moved on to the reasons for the competences delegated by law for the conclusion of agreements and the institutional debates generated as a result of them with emphasis on the practical case of Odebrecht S/A and Andrade Gutierrez S/A. Subsequently, the Technical Cooperation Agreement and its legal basis were addressed in accordance with Law nº 13.655/2018. Finally, it was concluded that according to the scope given by the Anti-Corruption Statute for the signing of the leniency agreement it is necessary that each Public Administration body

(CGU/AGU, MP and TCU) perform its activities within the limits of its sphere, be it administrative sanctioning, civil or criminal. Thus, it will be possible to safeguard the public interest and legal certainty in the leniency agreements of Law 12.846/2013.

Keywords: Leniency Agreement, Competence, Technical Cooperation Agreement.

INTRODUÇÃO

O acordo de leniência baseado na Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), é um instrumento de investigação que possibilita ao Estado a alavancagem em investigações que funcionarão como instrumentos negociais de repressão à corrupção.

No aspecto abordado no presente trabalho, corrupção é entendida como desvirtuamento praticado por empresas contra a administração pública¹. Ou seja, o ato de corrupção será aquele que possui natureza reprovável pela Lei nº 12.846/2013, que possui aspectos negativos e reprováveis em função da tipificação dada pela Lei.

O termo “acordo” do presente trabalho é diferente do abordado pela Lei nº 10.406/2002, Código Civil brasileiro. Enquanto no código civil o conceito é baseado em transação onde determinadas partes previnem ou findam litígios por meio de negociações, no acordo de leniência o interesse do Estado não é o de transacionar sua abstenção de interesses, mas sim a alavancagem investigativa com objetivo de alcançar o maior número de detalhes dos ilícitos praticados².

Sobre essa mesma perspectiva, destaca-se a necessidade legislativa de que o acordo seja atrativo e vantajoso às empresas, demonstrando às mesmas os benefícios em colaborar com o interesse público. Nesse sentido, é preciso realizar o equilíbrio entre o oferecimento de um meio que incentive a cessação das condutas delituosas, com obtenção do maior número de provas para que o poder público realize a alavancagem das investigações. Em contrapartida, os benefícios oferecidos não podem ser tão atrativos a ponto do benefício oferecido à empresa ser maior que aquele por ela auferido.

¹ OLIVEIRA, Chaiene Meire. Lei Anticorrupcao Brasileira: Breve Estudo Da Responsabilidade Da Pessoa Jurídica, 2016. Disponível em: <
http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/anais%20do%20i%20seminario%20nacional.pdf#page=414/ >
Acesso em: 12 dez. 2020.

² SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017.

Ao analisar a Lei Anticorrupção, verifica-se em seu 16º artigo a seguinte disposição:

“a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...]”.

Nota-se, então, que a Lei não definiu uma competência rígida para a celebração de tais acordos. A única fixação já dada na 12.846/2013 é a de que nos ilícitos que forem praticados contra a Administração Pública estrangeira, a competência será da Controladoria Geral da União (CGU). Nesse cenário, tendo em vista que a LAC não conferiu competência rígida em relação aos órgãos competentes para a celebração do acordo de leniência, o que se percebe é a instauração de embates institucionais entre entidades como a CGU, Advocacia-Geral da União (AGU), Ministério Público (MP) e Tribunal de Contas da União (TCU).

Ante diversas autoridades de controle com a atribuição dada pela Lei nº 12.846/2013, busca-se a análise do nível de diálogo institucional entre os órgãos do Estado em relação à celebração de acordo de leniência. Para tanto, serão analisados os acordos firmados pela Odebrecht S/A e Andrade Gutierrez S/A, com suas respectivas consequências em razão do modelo multifacetado trazido pela LAC. Há, no presente sistema, mecanismos eficientes para a garantia do interesse público e da segurança jurídica?

O tema do presente trabalho, portanto, estará centralizado nessa abrangência que a Lei Anticorrupção fornece aos órgãos para a celebração de acordos de leniência. Ademais, terá como análise a aplicação da Lei nº 13.665/2018 como amparo à solução do debate institucional presente para a celebração dos acordos e o recente Acordo de Cooperação Técnica. Isso pelo fato de que a Lei nº 13.665/2018 traz dispositivos que visam a segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público, de forma que, no presente trabalho, tais aspectos poderão auxiliar na matéria de combate à corrupção, com especial direção aos acordos de leniência baseados na Lei nº 12.846/2013.

1. O ACORDO DE LENIÊNCIA COM BASE NA LEI Nº 12.846/2013

O surgimento da Lei nº 12.846/2013 ocorreu por compromissos internacionais direcionados à repressão de condutas de empresas que contratam com a Administração Pública. Aqui, depara-se com um dos grandes adventos trazidos pela Lei nº 12.846/2013. Isso é explicado pelo fato de que já havia normas legais tipificando os ilícitos praticados pelos particulares contra a Administração Pública. No entanto, foi somente após a publicação da “Lei Anticorrupção” que tais infrações passaram a ser tipificadas em relação às condutas das pessoas jurídicas³.

Nesse ponto destaca-se que a LAC traz no parágrafo único do artigo 1º quais pessoas jurídicas que serão englobadas:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.⁴

Dessa maneira, a Lei nº 12.846/2013 tipifica aqueles atos lesivos praticados por pessoa jurídica contra a Administração Pública. Destaca-se que a referida Lei prevê também a responsabilização de empresas internacionais, bem como de atos lesivos à Administração Pública estrangeira, conforme preconiza o parágrafo único do artigo 1º c/c artigo 28 da LAC⁵.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo - 32ª ed. Editora Forense.

⁴ BRASIL, Lei nº 12.846. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

⁵ O artigo 1º dispõe que a lei trata sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. No parágrafo único verifica a aplicação da Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. Já o artigo 28 trata da aplicação da Lei aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior. BRASIL, Lei nº 12.846. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Os atos considerados lesivos à Administração Pública nacional ou internacional estão presentes no artigo 5º da LAC⁶. Caso a empresa cometa algum dos ilícitos tipificados pelo referido artigo, haverá a incidência de responsabilização administrativa, tipificada no artigo 6º da Lei⁷, que será realizada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica do órgão lesado. Outrossim, poderá ocorrer a propositura de ação judicial pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio das suas respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, bem como pelo Ministério Público Federal, conforme estabelece o artigo 19 da Lei nº 12.846/2013⁸.

Como consequência de um ato de corrupção, a LAC traz as sanções que serão aplicadas pela esfera administrativa e aquelas que serão aplicadas na esfera judicial. Como sanções administrativas, poderá haver i) a aplicação de multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior a instauração do processo administrativo e; ii) a publicação da decisão condenatória nos meios de comunicação. Já as sanções na esfera judicial poderão ser de i) perdimento dos bens, direitos ou valores que

⁶ O artigo 5º traz como disposição Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. *Ibid.*

⁷ O artigo 6º dispõe: Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções. *Ibid.*

⁸ A disposição do artigo 19 é: em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras. *Ibid.*

representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Nesse cenário de punições severas que a Lei Anticorrupção trouxe, veio também o Acordo de Leniência. O mesmo consiste em conferir possibilidade da empresa que cometeu alguns dos ilícitos tipificados na Lei colaborar com o Estado. Para tanto, a pessoa jurídica deverá cumprir com os requisitos previstos pelo artigo 16, § 1º, I, II e III da Lei nº 12.846/2013, quais sejam: i) ser a primeira a se manifestar sobre o interesse em cooperar para a apuração do ilícito; ii) cessação do envolvimento na infração investigada a partir da propositura do acordo; iii) admitir a participação no ilícito e cooperar de forma plena e permanente com as investigações e o processo administrativo.

O Acordo de Leniência é um instrumento que é adotado no Brasil antes mesmo do advento da Lei Anticorrupção. Sua utilização no ordenamento jurídico pátrio veio como inspiração no direito europeu e norte-americano, de modo que começou a ser utilizado no ordenamento jurídico brasileiro no combate às condutas que ferem a concorrência pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE)⁹.

No contexto dos atos lesivos praticados contra a Administração Pública, percebe-se que os crimes cometidos por pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras possuem grandes desdobramentos e alta complexidade. Assim, foi verificada a necessidade de que o Estado se aparelhasse de maneiras diferentes das convencionais para apuração identificação e combate dos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013¹⁰.

⁹ O acordo de leniência do CADE é previsto na Lei nº 12.529/2011. O mesmo abrange os ilícitos praticados no âmbito de infrações cometidas contra a ordem econômica. Na referida legislação, percebe-se a atribuição à Superintendência Geral (SG) do CADE o poder de celebração dos acordos, além de delegar ao Tribunal do referido Conselho a competência para definição dos efeitos finais da leniência.

¹⁰ MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção Permite que Inimigo Vire Colega. Consultor Jurídico, São Paulo, 15 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Para tal contexto, Genser Oliveira e João Grandino Rosas trazem a seguinte definição de Acordo de Leniência¹¹:

“[...] uma transação entre o Estado e o delator que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal.”

Assim, o Acordo de Leniência tem como um de seus propósitos a finalidade de demonstrar à empresa infratora os benefícios que receberá em contribuir com o Estado. Nesse contexto, o ato de assumir os ilícitos praticados e cooperar com as investigações terão como retorno o abrandamento das sanções previstas na Lei Anticorrupção, viabilizando a preservação da pessoa jurídica para que não cometa mais tais ilícitos. Por outro lado, é vantajoso para o Estado firmar Acordo de Leniência para ampliar a capacidade de identificar agentes corruptores dos quais, suas condutas ou elementos de provas, não eram possíveis de alcance pelo poder investigativo do Estado.

Como incentivo da Administração Pública para a colaboração das empresas, verifica-se, no § 2º, do artigo 16, da Lei Anticorrupção, que a pessoa jurídica será isentada das sanções previstas no artigo 6º, II, além de reduzir a multa aplicável pelo artigo 19, IV, em até 2/3 (dois terços).

Ocorre que, comumente, há uma sensível resistência ao acordo de leniência no sistema jurídico brasileiro. Isso ocorre pelo fato que mediante o conhecimento de atos de corrupção praticada, a sociedade tende à vincular irregularidades praticadas por pessoas físicas à pessoa jurídica, de modo que aqueles que não conhecem dos requisitos e os termos do acordo de leniência podem, prematuramente, entender tal instituto como um meio do infrator receber impunidade.

No entanto, tal forma de pensar merece ser analisada. Isso pelo fato de que a celebração do acordo estará condicionada a identificação dos demais envolvidos e ao fornecimento de informações e documentos aptos à produção de provas para que as investigações sejam fomentadas, além de que há previsão

¹¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 41-42.

expressa de necessidade do ressarcimento integral do dano causado¹². Ou seja, o Estado somente fornecerá os benefícios previstos no Acordo de Leniência após cumpridas, cumulativamente, todas as formalidades previstas no artigo 16, § 1º, da Lei nº 12.846/2013¹³.

É necessário entender que o intuito do Acordo de Leniência não é o de proteção a pessoa jurídica infratora. Seu objetivo central consiste no aprofundamento das investigações para que seja alcançado o maior número de provas que consubstanciem na identificação nos envolvidos em ilícitos tipificados na Lei Anticorrupção. Aliado à tal afirmativa, percebe-se que a iniciativa de requerer o acordo sempre partirá da pessoa jurídica infratora que, verificando os ilícitos, poderá submeter à autoridade competente a proposta do regime de leniência¹⁴.

A impunidade não é atrelada ao Acordo de Leniência. Isso pelo fato de que o dano causado pela pessoa jurídica infratora não é disponível para transação por se tratar de patrimônio público. A reparação integral do dano é indispensável em qualquer situação. O que poderá haver nos acordos é apenas o parcelamento para que a empresa leniente realize a quitação, de modo que sua relativização ou isenção não é permitida¹⁵.

A possibilidade de celebração do acordo de leniência é estudada como um meio de trazer eficácia tanto para o Estado quanto para a pessoa jurídica infratora. Pelo lado do poder punitivo estatal, tal instrumento possibilitará a alavancagem nas investigações para que se chegue ao maior número de detalhes da infração e, conseqüentemente, na maior amplitude de responsabilização pelos atos. Assim, o programa de leniência possibilita ao

¹² Traz o artigo 16, § 3º que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. BRASIL, Lei nº 12.846. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 10 ago. 2020.

¹³ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 381.

¹⁴ *Ibid.*, p. 382.

¹⁵ HEINEN, Juliano. Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 243-244.

Estado a verificação da maior gama de delitos praticados, podendo extrair, inclusive, os efeitos dos mesmo em forma sistêmica¹⁶.

Já pelo lado da empresa, trará a vantagem de abrandamento nas sanções, possibilitando, assim, que a pessoa jurídica que submete ao programa de leniência da Lei Anticorrupção colabore com o Estado para que suas atividades sejam preservadas.

Em relação às vantagens para a pessoa jurídica propor o Acordo de Leniência, veja-se o entendimento de Juliano Heinen¹⁷:

O acordo de leniência pode ser bastante vantajoso para aquele que se dispõe colaborar com o Poder Público, porque a celebração desse acordo isentará a pessoa jurídica das sanções de: publicação extraordinária da decisão condenatória e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controlados pela Poder Público, pelo prazo de no mínimo 1 ano e no máximo de 5 anos. Também reduzirá em até 2/3 o valor da multa aplicável. É importante que o acordo de leniência faça previsão expressa no sentido de a redução de até dois terços do valor da multa não fique em patamar inferior ao benefício auferido pelo ato ilícito que foi cometido. Essa interpretação tem a finalidade de conferir sistematicidade aos dispositivos da Lei Anticorrupção, principalmente ao coligar com o que determina o artigo 6º, em seu inciso I.

A Lei nº 12.846/2013 é constituída como um mecanismo essencial para a proteção da Administração Pública contra crimes cometidos por pessoas jurídicas nacionais ou estrangeiras. Nesse conjunto de regras, percebe-se que o legislador estipulou sanções severas para aqueles que cometerem ilícitos contra a administração, sanções estas que podem levar ao fim das empresas. Por outro lado, a Lei Anticorrupção trouxe a previsão do Acordo de Leniência, instrumento

¹⁶ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 377.

¹⁷ HEINEN, Juliano. Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 243-244.

pelo qual é possibilitado à empresa uma oportunidade de confissão dos ilícitos praticados e ajuda na alavancagem das investigações dos ilícitos para, em troca, receber benefício de abrandamento das sanções.

1.1 Da competência para firmar acordo de leniência

A Lei nº 12.846/2013 traz no *caput* do artigo 16 como disposição que é de competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública a celebração do acordo de leniência. Nesses termos, fica conferida uma grande quantidade de legitimados que possuem competência na investigação dos ilícitos, aplicação das sanções e para firmar acordos de leniência¹⁸.

Em ato posterior, no § 10º, do artigo 16 da Lei Anticorrupção¹⁹, estabelece que, no âmbito do Poder Executivo federal e nos casos de atos lesivos praticados contra Administração Pública estrangeira, será a Controladoria Geral da União a competente para celebração dos Acordos de Leniência. Nesse cenário, frente à ampla competência dada pela Lei, o *caput* do artigo 16 criou uma contradição, fato este que é retificado pelo § 10º. Nesse sentido, vejamos explicação professor Modesto Carvalhosa:

Embora o *caput* do art.16 outorgue genericamente competência para celebrar acordos de leniência à desfrutável “autoridade máxima” do ente público envolvido – o que em si é uma contradição em termos com a finalidade da presente Lei – o 10º do art. 16 retifica essa intransponível aberração, determinando que cabe à CGU celebrar tais pactos no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como nos “atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira.

¹⁸ AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de Leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, J.M.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.). Lei Anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 248.

¹⁹ O § 10 trata que a Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. BRASIL, Lei nº 12.846. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.> Acesso em 10 ago. 2020.

Ainda que o § 10 do artigo 16 tenha realizado uma retificação da outorga genérica em relação à competência para firmar acordos de leniência, não se fez de forma totalmente satisfatória. Ainda assim permanece a outorga abrangente, de modo que a celebração do acordo é possibilitada à diversos órgãos da Administração Pública, fato que gera os debates institucionais estudados no presente trabalho.

Adicionalmente, é possível verificar no artigo 8º, § 2º, e no artigo 9º da Lei nº 12.846/2013²⁰ a competência concorrente da CGU para instaurar processos de responsabilização e a competência para apurar, processar e julgar os atos ilícitos praticados contra a Administração Pública estrangeira. Aqui, percebe-se que, ainda que a Lei tenha conferido uma gama de competências para celebração de acordo de leniência, a Controladoria Geral da União fica estabelecida como o órgão com maior número de previsões legais para a celebração desse instrumento²¹.

Em relação à multiplicidade de órgãos competentes para firmar os acordos de leniência, Valdir Simão e Marcelo Pontes Vianna explicam:

Observa-se primeiro que a Lei conferiu a capacidade para celebrar acordos de leniência a uma ampla gama de autoridades. Com efeito, o caput do art. 16 outorgou tal competência para a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública. Vale lembrar que estamos diante de uma lei nacional, aplicável, portanto, para todos os poderes públicos nas três esferas de governo. Logo, o legislador permitiu, num primeiro momento, que todo dirigente máximo de órgão, autarquia, fundação ou empresa estatal, seja no Poder

²⁰ Nesse sentido, conforme o artigo 8º, § 2º, a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento. Adicionalmente, o artigo 9º versa que competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. *Ibid.*

²¹ ANTONIK, Luis Roberto. Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática. Rio de Janeiro, RJ: Alta Books, 2016, p. 54.

Executivo de determinado Estado, seja na Câmara de Vereadores de um Município específico, poderia celebrar um acordo de leniência²².

Ocorre que tal amplitude de competência traz grandes discussões no ordenamento jurídico brasileiro. Isso ocorre pelo fato que a celebração do acordo de leniência, em grande maioria, é realizada de forma isolada com as autoridades competentes. Como consequência, cria-se um sistema de dúvida nas empresas que possuem o interesse de celebrar o acordo, uma vez que encontra dificuldade na determinação de qual órgão deverá encaminhar sua busca de leniência. Nesse sentido, explicam Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça:

No que diz respeito às autoridades com poderes para a celebração do acordo, é importante lembrar que, no Brasil, existe uma pluralidade de órgãos e entes de controle interno e externo cujas competências por vezes se sobrepõem para além de um sistema federativo que se baseia na autonomia entre as esferas federal, estadual e municipal. Embora a norma anticorrupção tenha resguardado a antiga Controladoria-Geral da União, hoje Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU, a competência para a realização dos acordos no âmbito do Poder Executivo Federal, e igualmente daqueles que tenham por objeto os atos praticados contra a Administração Pública estrangeira (art. 16, §10), nas esferas estadual e municipal, a pulverização de órgãos competentes poderia levar não só à falta de homogeneidade na interpretação dos requisitos de celebração do acordo (por exemplo, no que concerne à suficiência de informações e provas oferecidas para a possibilidade de sua realização), como também a superposição de competências provavelmente culminaria na dificuldade de a

²² SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017. p. 98.

pessoa jurídica determinar para qual ente se encaminhar em busca da leniência²³.

A abrangência da LAC na delegação da competência para firmar os acordos de leniência, sem delimitar a possibilidade de atuação de cada órgão da administração, cria um sistema instável. Em razão disso, empresas com interesse de colaborar não detêm informação clara sobre quem procurar para propor o acordo, além dos problemas gerados pelos debates institucionais entre os órgãos legitimados.

Um dos motivos que leva à este interregno é a separação entre as instâncias: administrativa, cível e penal. Nesse sentido, Antonio Rodrigo Machado explica:

A independência entre as instâncias existe em decorrência da separação dos poderes, sob o paradigma de que cada um tem a autonomia para gerir seus recursos financeiros e de pessoal, além de inferir na execução de suas funções e suas estruturas, a partir do comando legal. Tal competência inclui uma subordinação a regime jurídico próprio, principalmente no que diz respeito ao tratamento que será proferido na apuração do ilícito²⁴.

Assim, nota-se que um ato ilícito praticado no âmbito da fiscalização da Lei Anticorrupção poderá receber consequências nas três esferas (administrativa, cível e penal). Para o mesmo ato de corrupção poderá haver: i) no âmbito administrativo, de instauração de Processo Administrativo de Responsabilização, conforme prevê o artigo 8º da Lei nº 12.846/2013²⁵; ii) no âmbito cível, poderá haver ação de reparação dos danos causados por meio de

²³ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Transformações do Direito Administrativo: Consequencialíssimo e Estratégias Regulatórias. Rio de Janeiro: Fvg Direito Rio, 2016.

²⁴ MACHADO, Antonio Rodrigo. Sanções e Penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

²⁵ Pela leitura do artigo 8º verifica-se que a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. BRASIL, Lei nº 12.846. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.> Acesso em 10 ago. 2020.

Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985; e iii) na esfera penal, poderá incidir os crimes tipificados pela Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações, além da responsabilização de pessoas físicas que participaram dos ilícitos com base no Código Penal.

Diante dessa gama de possibilidades de ilícitos que um ato de corrupção baseado na Lei nº 12.846/2013 pode gerar e frente às consequências institucionais que cada ato possui, fica necessário a análise da legitimidade dos órgãos para firmar acordo de leniência.

1.1.1. Da legitimidade da CGU AGU

Conforme já demonstrado, a legitimidade da Controladoria-Geral da União é nítida na Lei Anticorrupção. Aliadas à competência estabelecida pela referida Lei, é possível verificar também a disposição dessa outorga no artigo 29²⁶, Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção e na Portaria Conjunta AGU/CGU nº 4 de 2019²⁷, a qual dispõe sobre os procedimentos para negociação, celebração e acompanhamento dos Acordos de Leniência da Lei nº 12.846/2013 pelos dois órgãos.

Em relação à participação da AGU nos acordos de leniência, o que se percebe é seu papel constitucional de representar a União em matéria judicial ou extrajudicial. Por este motivo, há no artigo 19 da LAC a disposição sobre a possibilidade de ajuizamento da ação judicial. Sendo assim, sua atribuição para nos acordo de leniência vem da segurança que será conferida para a transação das sanções administrativas aplicadas pelo poder judiciário.

Conforme a Constituição Federal de 1988, que prevê no artigo 131²⁸, a Advocacia-Geral da União como instituição que representará a União visando

²⁶ Art. 29. Compete à Controladoria-Geral da União celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal e nos casos de atos lesivos contra a administração pública estrangeira. BRASIL, Decreto nº 8.420. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm.> Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁷ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria Conjunta nº 4 de 13 de agosto de 2019. Portaria conjunta que define os procedimentos de negociação, celebração e acompanhamento dos acordos de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Controladoria-Geral da União e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-conjunta-n-4-de-9-de-agosto-de-2019-210276111>.> Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁸ Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que

defender os interesses do Poder Executivo Federal, percebe-se que a Lei Anticorrupção foi utilizada para estimular a atuação conjunta dessas instituições, de modo que a Portaria Conjunta nº 4 de 2019 da CGU prevê, claramente, esse trabalho harmônico realizado.

1.1.2. Da legitimidade do MP

A legitimidade do Ministério Público advém de uma interpretação normativa. Isso pelo fato de que, conforme previsão do artigo 127 da Constituição Federal de 1988²⁹, tal instituição possui caráter essencial de função jurisdicional do Estado, tendo atribuição para defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, fica o Ministério Público constituído como um dos principais órgãos atuantes no controle da Administração Pública Federal, atuando como fiscal da lei.

Adicionalmente, verifica-se a legitimidade do Ministério Público para firmar Acordo de Leniência por meio de interpretação da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública. Referida ação tem por objeto a busca a defesa dos seguintes bens: a) meio ambiente; b) consumidor; c) patrimônio cultural (bens e valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos, paisagísticos etc.); d) ordem econômica e economia popular; e) ordem urbanística; f) qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. Conforme expresso no artigo 5º, I, da referida lei³⁰, possui o Ministério Público a Legitimidade para propor Ação Civil Pública.

Além da competência do Ministério Público no âmbito cível para ajuizar a Ação Civil Pública, há também a legitimidade do referido órgão no âmbito penal. Isso ocorre pela aplicação prevista pelos artigos 129, I, da Constituição

dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁹ A disposição do artigo 127 trata que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. *Ibid.*

³⁰ O artigo 5º, I, da Lei nº 7.347/1985 traz a legitimidade do MP para propor a ação principal e a ação cautelar. BRASIL. Lei nº 7.347. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica,VETADO\)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica,VETADO)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs)> Acesso em: 10 ago. 2020.

Federal de 1988³¹, c/c artigo 100, § 1º, do Código Penal Brasileiro³², c/c artigo 24, do Código de Processo Penal Brasileiro³³. Assim, a legitimidade do Ministério Público se justifica por uma interpretação abrangente das competências do referido órgão no âmbito civil e penal.

Nesse sentido, o Ministério Público federal possui o Estudo Técnico 01/2017, o qual foi elaborado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção do Ministério Público Federal. No trabalho realizado, é tratado o interesse do órgão exatamente em razão de suas particularidades constitucionais:

À luz dos ditames constitucionais, portanto, não há qualquer perspectiva lógica e sistemicamente adequada que indique como proceder à celebração de acordos de leniência sem a participação efetiva do Ministério Público. Medida oposta, que busque afastar o acompanhamento e o controle ativo ministerial durante a negociação e formalização de avença deste tipo, em caso de sua condução e realização isolada por órgãos de controle do Poder Executivo, por exemplo, debilita e atinge indevida e ilegitimamente a persecução penal do Estado. Nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal, o Ministério Público é o dominus litis da ação penal, de modo que toda e qualquer providência, em sede de apuração de ilícitos e infrações de qualquer natureza, que tenha, direta ou reflexamente, repercussão de caráter penal, depende da participação efetiva do órgão acusatório. Na esfera do direito sancionador anticorrupção, por seu turno, é certa a repercussão

³¹ Segundo o artigo 129, I, da CF/88, é uma das funções do MPF a promoção, privativamente, da ação penal pública, na forma da lei. BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

³² Art. 100, § 1º do Código Penal trata que a ação penal é pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

³³ Para o artigo 24 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.698. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

criminal dos fatos apurados, dada a própria natureza de tais ilícitos, como se verifica de simples leitura do texto do artigo 5º e incisos da LAC, na descrição tipológica das condutas abrangidas. As irregularidades e atos lesivos ali relacionados, praticados em prejuízo da Administração Pública nacional ou estrangeira, não deixarão de poder configurar, também e invariavelmente, ilícitos penais, cuja titularidade exclusiva para imposição das competentes sanções é do Ministério Público e do Judiciário, sendo inadmissível que sejam postos à margem das fases de detecção e seleção de casos atribuídos a seu exercício funcional típico, o qual, dada a independência que os distingue institucionalmente, é juridicamente estabelecido e operado pela autodeterminação interna do próprio sistema de Justiça, que, sem outra subordinação, além das constitucionais e legais, define e afirma suas competências, sob pena de subversão do princípio democrático da separação dos poderes.³⁴

O MP defende sua competência para a celebração de acordo de leniência sem fazer apontamentos sobre os limites da sua atuação com base na separação das instâncias administrativa, cível e penal. Tal fato influencia para os debates institucionais existentes em relação aos órgãos competentes para firmar o acordo previsto na Lei Anticorrupção.

São por tais argumentos que o Ministério Público defende sua legitimidade para a celebração dos Acordos de Leniência. Pelo estudo técnico realizado, percebe-se que o *parquet* defende sua legitimação através de uma interpretação abrangente das suas competências, defendendo que os ilícitos cometidos no âmbito da LAC, ainda que sejam da esfera do direito administrativo, terão repercussão na esfera penal, de modo que estaria, assim, justificada sua competência.

³⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Nota Técnica nº 01, de 20 de novembro de 2017. Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. p. 2. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>.> Acesso em: 20 ago. 2020.

1.1.3. Da legitimidade do TCU

O Tribunal de Contas da União tem função de controle externo do governo federal presta auxílio ao Congresso Nacional, de modo que presta fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto a legalidade, legitimidade e economicidade³⁵.

Essa função decorre da competência conferida ao TCU pela Constituição Federal de 1988. O artigo 71 da CF/88 estabelece que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União. É em razão dessa função constitucional estabelecida que o referido tribunal defende sua participação nos acordos de leniência firmados no âmbito da LAC.

Pela leitura da Lei Anticorrupção, percebe-se que não foram atribuídas prerrogativas e competências ao Tribunal de Contas da União em relação aos acordos de leniência. Sendo assim, com amparo no artigo 3º da Lei nº 8.443/1992³⁶, que dispõe sobre a Lei Orgânica do TCU, foi instituída, como resposta, a Instrução Normativa nº 74, de 13 de fevereiro de 2015³⁷, que posteriormente foi revogada pela Instrução Normativa nº 83, de 12 de dezembro de 2018. O objetivo da Instrução é dispor sobre a forma que o Tribunal de Contas da União irá realizar a fiscalização e organização na negociação dos acordos de leniência da Administração Pública federal.

Pela leitura da referida Instrução Normativa, é possível verificar que o TCU não possui a competência para firmar Acordo de Leniência. No entanto, há

³⁵BRASIL. Tribunal de Contas da União. Competências. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/#:~:text=Cabe%20ao%20TCU%2C%20de%20acordo,%2C%20or%C3%A7ament%C3%A1ria%2C%20operacional%20e%20patrimonial.>> Acesso em: 27 out. 2020.

³⁶ O artigo 3º da Lei Orgânica do TCU atribui ao Tribunal, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade. BRASIL. Lei nº 8.443. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm.> Acesso em: 20 ago. 2020.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução normativa Nº 83 de 12 de dezembro de 2018. Instrução normativa sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União sobre os processos de celebração do acordo de leniência pela Administração Pública Federal, nos termos da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO:%22Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%22%20NUMATO:83%20NUMANOATO:2018/DTRELEVANCIA%20desc,NUMATO%20desc/0/%20.>> Acesso em: 27 out. de 2020.

a necessidade de submissão das tratativas dos acordos ao Tribunal para que seja garantida sua eficácia. Como justificativa para tanto, o TCU explica que há necessidade de maior segurança jurídica no comando de esforços entre os órgãos competentes no combate à corrupção, de modo que seu papel é imprescindível na apuração do dano e sua respectiva fiscalização.

Nesse sentido, o TCU defende sua legitimidade fiscalizatória em relação à reparação do dano. Assim, o Tribunal defende a necessidade de sua atuação nos acordos de leniência firmados pela AGU/CGU, bem como nos firmados pelo MPF, podendo haver revisão das penalidades. Tal entendimento é fruto da Instrução Normativa nº 83, a qual tem por objetivo demonstrar que os pactos realizados com a Administração Pública federal não serão capazes de ausentar os infratores da competência do Tribunal de Contas da União.

2. ANÁLISE DOS DEBATES INSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO AOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA ODEBRECHT S/A E DA ANDRADE GUTIERREZ S/A

As inseguranças trazidas com a amplitude na competência para firmar os Acordos de Leniência baseados na Lei nº 12.846/2013 possuem fundamentos legais plausíveis. Isso ocorre em razão da possibilidade de um ilícito tipificado na LAC repercutir na esfera administrativa sancionadora, na esfera cível e na esfera penal.

Ocorre que a abrangência conferida em relação à legitimidade para firmar os acordos e sua fiscalização gera a necessidade de diálogos institucionais. Com isso, cria-se um cenário de insegurança jurídica, uma vez que a empresa colaboradora não consegue prever qual será a atuação do Estado após a celebração do Acordo de Leniência. Nesse sentido, Floriano de Azevedo e Juliana Palma explicam:

Logo após a edição da Lei Anticorrupção, uma disputa institucional entre Controladoria-Geral da União e Ministério Público Federal se instaurou em torno da titularidade do instrumento do acordo de leniência. Por um lado, a CGU com base no texto da Lei afirmava ser, por determinação legal, titular

da competência para celebração de acordo de leniência. Por outro lado, o MPF se insurgia contra esta interpretação, reafirmando a sua posição de liderança nas investigações de combate à corrupção. Mais do que a titularidade da competência para celebração do acordo de leniência, estava em jogo o poder institucional, ou seja, qual instituição dispõe de maior poder e, assim, colocar-se-ia à frente das demais nas atividades de investigação. Diante dessa disputa, o acordo de leniência da Lei Anticorrupção restava inutilizado, pois o acordo celebrado no âmbito da CGU não interdita a atuação do MP. Valendo-se da confissão da pessoa jurídica no acordo de leniência, o MP pode ajuizar ação civil pública ou ação de improbidade administrativa em face do leniente. Do mesmo modo, poderia o MP firmar o acordo (por exemplo, no bojo de uma delação premiada ou de um termo de ajustamento de conduta) e ao depois a CGU vir e declarar a empresa acoimada pelo parquet como inidônea, por exemplo.³⁸

Em razão do referido conflito institucional gerado, o que se percebe é a presença de insegurança jurídica relacionada aos acordos. Isso ocorre em razão do dilema que a pessoa jurídica colaboradora enfrentará. É nesse sentido que passa-se à demonstração, em caso prático, do debate institucional e da insegurança jurídica instaurada nos acordos de leniência das empresas Odebrecht S.A. e da Andrade Gutierrez.

2.1. Acordo de leniência Odebrecht S/A

A Operação Lava Jato, teve sua primeira operação em março de 2014 e possuía como objetivo o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro no Brasil. Dentre empresas investigadas, estava a Odebrecht S/A, que verificando o cenário das investigações, tomou a decisão de colaborar com a Administração Pública, realizando a propositura de um acordo de leniência. Assim, em

³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Org.). Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, p. 34, 2017.

dezembro de 2016, houve a comunicação de que a empresa havia firmado acordo de leniência com o Ministério Público Federal³⁹, por meio dos procuradoras da república do Paraná, local onde tramita grande parte dos processos da Operação Lava Jato.

Firmado o Acordo, houve, a comunicação do mesmo nos processos em que a Odebrecht figurava e que possuíam fatos abrangidos nas negociações. Como consequência, ocorreu a prolação de sentença homologatória do acordo firmado, o que gerou a extinção do processo sem resolução do mérito em face da empresa. A sentença foi prolatada nos autos do processo 5025956-71.2016.4.04.7000 e, em seguida, a AGU interpôs do Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, argumentando a insuficiência do valor de ressarcimento previsto no acordo firmado com o MPF, além de defender que, no âmbito do poder executivo federal, a competência para celebração do acordo de leniência da Controladoria-Geral da União.

A 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) realizou o julgamento do Agravo no dia 22 de agosto de 2017. A Relatora⁴⁰, desembargadora Vânia Hack, atendeu ao pedido da Advocacia-Geral da União, indicando a necessidade de operação coletiva para a celebração dos acordos de leniência sobre os seguintes argumentos:

Quanto ao primeiro aspecto, reza a Lei 12.846/2013 (LAC) que, no âmbito do poder executivo federal, a Controladoria Geral da União - CGU é o órgão detentor de competência exclusiva para celebrar o acordo (art. 16, §10). O Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a mencionada lei, repete o dispositivo em seu art. 29.

Ou seja, a autoridade competente, em princípio, para firmar o acordo de leniência com a pessoa jurídica envolvida em atos corruptivos é a CGU.

Isso não impede, e até parece recomendável, a participação de outros órgãos, como a Advocacia da União, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União - TCU. [...]

³⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Minuta do acordo de leniência firmado com a empresa Odebrecht S/A. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf>.> Acesso em: 28 out. 2020.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3. Turma) Agravo de Instrumento 5023972-66.2017.4.04.0000. Recorrente: Advocacia-Geral da União. Recorrida: Odebrecht S/A. Relatora: Vania Hack. Curitiba, PR, 22 ago. 2017. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50239726620174040000&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=3f3ab660a3d460c2d02b25a3266a58c2&txtPalavraGerada=ktUK.> Acesso em: 28 out. 2020.

[...] torna-se necessária a atuação harmônica e cooperativa dos órgãos envolvidos, em prol do interesse público, como aliás não poderia deixar de ser, porquanto a compartimentalização do serviço público não há de constituir óbice à colaboração entre pessoas de direito público com poderes/deveres de fiscalização, na espécie. [...]

Com efeito, se de um lado é possível o abrandamento ou até mesmo a exclusão de penalidades (tanto na LAC quanto na LIA, consoante fundamentação desenvolvida acima), não se poderá afastar o ressarcimento integral do dano. Torna-se necessária, portanto, a manifestação da CGU, AGU (e TCU), apontando o quantum a ser indenizado. Mas, de outro lado, imprescindível a presença do Ministério Público, em razão de sua competência exclusiva no que tange à repercussão na esfera penal, avaliando a importância e necessidade das informações a serem prestadas.

Destaca-se, nesse ponto, o fato de que a Relatora tenha apontado a legitimidade da CGU para firmar o acordo de leniência no caso específico, mas sem declarar nulidade do mesmo. Segundo a desembargadora Vânia Hack:

Contata-se, dessa maneira, vício no acordo de leniência sob exame, o que, entretanto, não leva à nulidade do ato negocial, pela possibilidade de ratificação pela CGU, ou re-ratificação, com participação dos demais entes, levando-se em conta o aspecto a seguir examinado, qual seja o ressarcimento ao erário e a multa. Afasta-se a nulidade absoluta do negócio jurídico também em respeito ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, conforme acima mencionado. O acordo de leniência firmado não pode ser uma armadilha para a empresa que recebe o lenitivo.

A instabilidade entre as instituições competentes é percebida pela empresa que decide colaborar. Dessa forma, frente ao presente embate, no dia 24 de outubro de 2017, e então presidente do Conselho de Administração da Odebrecht S.A., Emílio Odebrecht, declarou que “a insegurança jurídica que atinge as empresas que firmaram Acordos de Leniência é causada, no fundo, entre outros motivos, por uma injustificável disputa de poder entre instituições do governo”⁴¹.

⁴¹ BRASIL. Odebrecht S/A. Emílio Odebrecht diz que disputa de poder trava leniência, causa insegurança jurídica e impede a criação de empregos. 2017. Disponível em: <<https://www.odebrecht.com/pt-br/comunicacao/releases/emilio-odebrecht-diz-que-disputa-de-poder-trava-leniencia-causa-inseguranca>> Acesso em: 28 out. 2020.

Nesse cenário, em 2018 a Odebrecht contatou a Controladoria-Geral da União com o objetivo de firmar um novo acordo de leniência, de modo que a assinatura do termo ocorreu no dia 09 de julho de 2018⁴². Como a Odebrecht S.A. já havia firmado acordo de leniência com o MPF, consta na minuta celebrada com a CGU o abatimento dos valores já definidos⁴³.

A instabilidade demonstrada no sistema fica de forma tão evidente, que atrai discussões perante a sociedade. Em matéria, o jornalista Mateus Teixeira explicou o caso da seguinte forma:

Os executivos da Odebrecht resistiram enquanto puderam. Ao perceberem que não colaborar com as autoridades seria pior não só como estratégia no âmbito penal, mas também para a saúde empresarial do grupo, fecharam uma colaboração premiada coletiva e um acordo de leniência com o Ministério Público Federal (MPF).

Logo depois, a Advocacia-Geral da União (AGU) contestou a competência do MPF para firmar acordo de leniência no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), que concordou com a tese do Executivo. Depois de 3 anos de negociação, a empresa acabou assinando, então, um acordo de leniência com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU) em que se comprometia a pagar R\$ 2,72 bilhões ao longo dos próximos 22 anos.

Novamente, a Odebrecht teve de lidar com um contratempo vindo de outro braço do Estado: técnicos do Tribunal de Contas da União (TCU) pediram que os ministros da corte suspendessem o acordo pelo fato de o órgão não ter participado das tratativas. A leniência acabou liberada, mas o episódio deixou ainda mais evidente a falta de entendimento entre as instituições estatais.⁴⁴

A operação descoordenada entre os órgãos legitimados para firmar os acordos de leniência causou transtornos no caso Odebrecht. Esse tipo de embate entre as instituições acaba por ferir o propósito da colaboração firmada. No caso da Odebrecht, a decisão do TRF4 reconhece a competência exclusiva

⁴² BRASIL. Controladoria-Geral da União. Minuta do acordo de leniência firmado com a empresa Odebrecht S/A. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/odebrecht>>. Acesso em: 28 out. 2020.

⁴³ Item 8.9.1 do acordo de leniência firmado entre CGU e Odebrecht: O abatimento também poderá ser solicitado quando for necessário para evitar o risco de que ocorra a responsabilização em duplicidade da RESPONSÁVEL COLABORADORA pelos mesmos fatos. Ibid.

⁴⁴ TEIXEIRA, Mateus. Falta de entendimento entre instituições gera insegurança quanto a leniência. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/empresas-e-estado/falta-de-entendimento-entre-instituicoes-gera-inseguranca-quanto-a-leniencia-28112018>. Acesso em: 28 out. 2020.

da Controladoria-Geral da União para celebrar acordo de leniência baseado na LAC, de modo que levantou a possibilidade de ratificação ou re-ratificação da AGU/CGU e do TCU no acordo já firmado. Fica em destaque que uma atuação conjunta dos referidos órgãos evitaria problemáticas como a demonstrada.

2.2. Acordo de leniência Andrade Gutierrez S/A

A empresa Andrade Gutierrez é uma empresa de engenharia de grande porte que atua nos setores de infraestrutura, energia, óleo e gás e mobilidade urbana. Na mesma linha da Odebrecht, a empresa participou de ilícitos investigados na Operação Lava Jato, razão pela qual, em meados de 2015, a empresa buscou o MPF com intuito de firmar acordo de leniência, de modo que a assinatura do termo ocorreu em março de 2016⁴⁵.

Diferentemente do que ocorreu no caso da Odebrecht, o início do embate institucional no acordo de leniência da empresa Andrade Gutierrez se deu em razão da Tomada de Contas nº 016.991/2015-0, do Tribunal de Contas da União. Referido processo tinha por objetivo a fiscalização de obras da Usina Termonuclear Angra 3. No curso do procedimento, foi lavrado o acórdão 483/2017, onde ficou constatado conluio das empresas com objetivo de fraudar a licitação da Usina.

O relator do processo, Ministro Bruno Dantas, não questionou diretamente a inviabilidade do acordo firmado pela Andrade Gutierrez frente a não participação do TCU na negociação. No entanto, como medida alternativa, condicionou a análise da responsabilidade da empresa e da decretação da pena de inidoneidade à possibilidade do Tribunal realizar o aditamento no acordo para que fossem cumpridas suas funções de órgão do controle externo. Assim foi disposto esse entendimento no sumário do acórdão:

Com fundamento no art. 157, caput, do Regimento Interno, o Tribunal de Contas da União pode sobrestar a apreciação da matéria e, conseqüentemente, a aplicação da sanção de inidoneidade até que as empresas que celebraram

⁴⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Minuta do acordo de leniência firmado com a Andrade Gutierrez S/A. Disponível em:< <http://apps.mpf.mp.br/apex/f?p=131:8>.> Acesso em: 28 out. 2020.

acordo de leniência firmem novo compromisso junto ao Ministério Público Federal no intuito de contribuir com as apurações do processo de controle externo.⁴⁶

No acórdão, percebe-se, mais uma vez, carência de diálogo no sistema multifacetado dos competentes para a celebração do acordo de leniência. O TCU impõe à empresa que realize a comunicação institucional com o MPF – a qual deveria existir independente de iniciativa pessoa jurídica – visando sua inserção no acordo para realizar apurações de controle externo.

Frente o embate institucional, a Andrade Gutierrez impetrou, no Supremo Tribunal Federal o Mandado de Segurança (MS) 35.435, com objetivo liminar de suspender a tramitação da Tomada de Contas que resultou no acórdão 483/2017 ou a imposição de impedimento ao TCU de declarar a empresa inidônea.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, acompanhado pelo Ministro Edson Fachin, proferiu decisão monocrática deferindo, parcialmente, a liminar, impedindo que o TCU decretasse a inidoneidade da Andrade Gutierrez. Na decisão, o Ministro explicou:

Ademais, a própria Lei Anticorrupção estabelece, em seu art. 16, § 3º, que a celebração do “acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”.

Nesses termos, resta acertado concluir que, se os acordos de leniência não contemplarem em sua totalidade a reparação do dano causado ao erário, é possível ao TCU julgar as contas daqueles que deram causa “a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”, ainda que levando em consideração fatos já aventados no âmbito dos acordos de leniência.

Entretanto, tendo o TCU outros mecanismos aptos a atingir tais finalidades, não é razoável que aplique penalidade que inviabilize o cumprimento dos acordos firmados por outros entes. Como já demonstrado, no caso dos autos, a sujeição da impetrante à sanção de inidoneidade poderia inviabilizar suas atividades, inclusive o cumprimento do acordo, de sorte que

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 483/2017 – Plenário. Processo nº 016.991/2015-0. Rel. Min. Bruno Dantas. Data da sessão: 22 mar. 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A483%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=a2497d70-20a5-11eb-80e8-99834492793a>

Acesso em: 28 out. 2020.

essa penalidade não dever ser aplicada, ressalvada a ocorrência de fatos novos, que ensejariam a própria rescisão do acordo de leniência.⁴⁷

Pela decisão do Relator, percebe-se o intuito de preservação do acordo, prevalecendo a segurança jurídica, sem que haja supressão do controle externo praticado pelo TCU. O ministro defende que a atuação do Tribunal de Contas poderá ser realizada de modo a fiscalizar a aplicação das verbas públicas e buscar a integralidade da reparação do dano, atividade esta que deverá ser realizada sem impedir o cumprimento dos acordos⁴⁸. O TCU interpôs Agravo Regimental contra a decisão do Relator, o qual ainda não foi julgado.

Frente o encravamento institucional, a Andrade Gutierrez decidiu elaborar proposta para realizar a colaboração com a AGU/CGU. Assim, no dia 18 de dezembro de 2018, houve a assinatura do acordo de leniência da empresa com as referidas entidades⁴⁹. Nota-se na minuta do novo contrato firmado a recepção do acordo de leniência firmado com o MPF⁵⁰, além de cláusula específica garantido que o acordo não interfere no exercício das competências do TCU⁵¹.

Destaca-se que a Andrade Gutierrez apresentou, como fato novo ao MS 35.435, a celebração do acordo de leniência da Andrade Gutierrez com a AGU/CGU. Ainda com a pendência de julgamento do Agravo Regimental do TCU, o MS havia sido pautado na ata de julgamentos do dia 26/05/2020, contudo, teve o julgamento suspenso.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança no 35.435/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 13.04.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-analisa-inidoneidade-empresas.pdf>. Acesso em 28 out. 2020.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Acordo de leniência firmado com a Andrade Gutierrez S/A. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/andrade-gutierrez>.> Acesso em: 28 out. 2020.

⁵⁰ O item 8.3. do acordo de leniência celebrado entre Andrade Gutierrez e AGU/CGU estabelece: tendo em vista o disposto no item 7.1, e considerando que os fatos objeto do Acordo da PRIMEIRA RESPONSÁVEL COLABORADORA com o Ministério Público Federal (MPF) também integram o presente Acordo, será deduzido do valor definido neste Acordo de Leniência o montante da dívida já assumida pela PRIMEIRA RESPONSÁVEL COLABORADORA junto ao MPF, incluindo as três parcelas vencidas e já pagas, devidas, respectivamente, em 28/06/2016, 28/06/2017 e 28/06/2018, as quais, para esses fins, serão atualizadas até a data-base utilizada para fixação do valor de que trata a Cláusula 8.2 e conforme Anexo IV. *Ibid.*

⁵¹ O item 16.1 do acordo de leniência celebrado entre Andrade Gutierrez e AGU/CGU estabelece: as INSTITUIÇÕES CELEBRANTES e as RESPONSÁVEIS COLABORADORAS reconhecem que, de acordo com as vontades aqui livremente expressas, a assinatura do presente Acordo de Leniência não afasta nem interfere no exercício das competências do Tribunal de Contas da União – TCU, fixadas no artigo 71 da Constituição, observadas, ainda, as Cláusulas 13.4 e 13.5. *Ibid.*

Os debates institucionais ocorridos em relação ao acordo de leniência da Andrade Gutierrez muito se assemelham com a problemática ocorrida com a Odebrecht S/A. Em ambos os casos, verifica-se que foi necessário a celebração de dois acordos de leniência – um com MPF e outro com AGU/CGU – para solucionar o debate sobre qual órgão seria competente para celebração dos acordos. Além disso, é reforçada a percepção de carência na interlocução dos órgãos competentes, que delegam essa atividade à empresa colaboradora ou ao poder judiciário.

3. ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA (ACT)

No dia 06 de agosto de 2020 representantes do Supremo Tribunal Federal, Controladoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União, Tribunal de Contas da União e Ministério da Justiça e Segurança Pública assinaram o Acordo de Cooperação Técnica⁵². Seu objetivo fulcral é de promover a harmonização entre as instituições legitimadas na celebração do acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013, diminuindo os entraves já abordados no presente trabalho.

Como fundamentação, o ACT entende que, uma vez que os atos de corrupção natureza complexa, múltipla, há necessidade de atuação articulada das instituições da administração para combatê-los. Dentro de tais instituições, destacam-se:

Nesse contexto, dada a natureza multifacetária e plural dos atos de corrupção, esses atraem a incidência de um verdadeiro sistema de responsabilização que demanda a atuação articulada de várias instituições para combatê-la. Dentro deste sistema, destacam-se (i) as instituições com poder de investigação e persecução penal (no nível federal através da Polícia Federal e Ministério Público Federal); (ii) as instituições encarregadas de promover ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa (no plano federal através do Ministério Público Federal e os entes públicos lesados, notadamente a União representada pela Advocacia-Geral da União); (iii) as instituições

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acordo de Cooperação Técnica, de 06 de agosto de 2020. Acordo entre MPF, CGU, AGU, MJSP e TCU para a cooperação técnica em matéria de combate à corrupção, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acordo6agosto.pdf>.> Acesso em: 05 nov. 2020.

comissionadas legalmente para exercer as funções próprias ao controle interno, à persecução administrativa nos termos da Lei nº 12.846/2013 e à prevenção e combate à corrupção (no âmbito do Poder Executivo federal, a cargo da Controladoria-Geral da União); bem como (iv) as instituições incumbidas do controle externo dos demais Poderes (que no âmbito federal é exercido pelo Tribunal de Contas da União).

A necessidade de atuação conjunta trazida pelo ACT está diretamente ligada à complexidade dos atos de corrupção e às consequências que os mesmos terão. Os ilícitos tipificados na LAC podem gerar repercussão em 3 esferas distintas: administrativa sancionadora, civil e penal. Em razão disso, a atuação conjunta dos órgãos responsáveis por cada uma dessa esfera é meio necessário para alcançar o interesse público e preservar a segurança jurídica.

3.1. A relação do ACT à Lei nº 13.655/2018

A Lei nº 13.655/2018 – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB)⁵³ – traz disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Nesse sentido, é verificada a relação entre o Acordo de Cooperação Técnica e a LINDB, uma vez que o ACT tem disposições necessárias para encerrar o debate institucional existente entre os órgãos competentes para firmar os acordos de leniência, que geram insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Mais especificamente no artigo 30 da referida lei⁵⁴, é verificada a necessidade das autoridades públicas de atuarem com finalidade de aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas.

Corroborando com esse entendimento, Celso Spitzcovsky explica:

Como se verifica, trata-se de legislação que veio em boa hora para promover a ampliação do controle de decisões administrativas e judiciais, com a nítida preocupação, até então inexistente, com os seus efeitos e não somente com as causas, tudo de forma a preservar o interesse público.⁵⁵

⁵³ BRASIL. Lei nº 13.655. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

⁵⁴ Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. BRASIL. Lei nº 13.655. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 18 nov. 2020.

⁵⁵ SPITZCOVSKY, Celso. Direito Administrativo Esquematizado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

O conteúdo previsto na LINDB corrobora com o entendimento pela necessidade de melhoria na qualidade das decisões, na segurança jurídica e na aplicação do direito. Nesse contexto, seus dispositivos devem ser aceitos no ordenamento jurídico como diretrizes hermenêuticas para outras normas ou decisões⁵⁶.

Pela fundamentação do Acordo de Cooperação Técnica, percebe-se o intuito de organização na atuação dos órgãos legitimados para celebrar o acordo de leniência. Com essa atuação ordenada prevista no ACT, estarão resguardados os objetivos trazidos pela LINDB, principalmente em relação ao seu artigo 30, possibilitando o alcance do interesse público e preservação da segurança jurídica.

3.2. A não adesão do MPF ao ACT

A assinatura do Acordo de Cooperação Técnica ocorreu no dia 06 de agosto de 2020 sem a subscrição por parte do Ministério Público Federal. O motivo da não participação do MPF foi explicado por meio da Nota Técnica nº 2/2020 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão⁵⁷. O estudo conclui que o modelo apresentado exclui instituições que integram o sistema brasileiro anticorrupção, como o Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários e o CADE. Adicionalmente, argumenta que o ACT traz limitações à atuação cível do MPF para o enfrentamento da corrupção em razão de uma interpretação inadequada da Lei nº 12.846/2013, de modo que sua ausência na participação dos acordos poderá sofrer filtragem indevida dos outros poderes⁵⁸.

Quanto à coordenação do ACT, o MPF defende:

⁵⁶ BELLAZZI DE OLIVEIRA CARVALHO, M. A Lei nº 13.655/2018 e seus efeitos para o controle da administração pública. Revista Controle - Doutrina e Artigos, v. 17, n. 2, p. 305-333, 26 nov. 2019.

⁵⁷ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nota-tecnica-2-2020-acordo-de-cooperacao-acordo-de-leniencia-final.pdf>. > Acesso em: 05 nov. 2020.

⁵⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Nota Técnica nº 02, de 10 de agosto de 2020. Nota sobre o Acordo de Cooperação Técnica. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/camara-de-combate-a-corrupcao-do-mpf-afirma-que-acordo-de-cooperacao-tecnica-sobre-leniencia-esvazia-atuacao-institucional-e-nao-contribui-para-seguranca-juridica>. > Acesso em: 05 nov. 2020.

“o acordo de cooperação assinado não apresenta fundamentação normativa suficiente para justificar as premissas, princípios, ações sistêmicas e operacionais acordados, na ausência de lei específica. Defende ainda a necessidade de um órgão colegiado que viabilize a organização e funcionamento da cooperação interinstitucional. O órgão questiona a coordenação a cargo do Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário que deve se afastar da atuação em negociação e celebração de acordos de leniência.

O parecer também afirma que houve tratamento inadequado do ressarcimento do dano causado ao erário nos acordos de leniência. Isso porque as cláusulas do acordo dão a ideia de que há a possibilidade de dar quitação à pessoa jurídica colaboradora e não aplicação de outras sanções em razão da celebração de acordo de leniência, o que não é possível, já que outras autoridades competentes para apurar os mesmos ilícitos e suas possíveis consequências foram excluídas da cooperação interinstitucional.

Por fim, a 5CCR defende a realização de um amplo acordo de cooperação técnica que não restrinja a atribuição legal dos órgãos envolvidos, tampouco crie atribuição não prevista em lei, mas adote interpretação que seja consensual entre os signatários e estabeleça o compromisso da adoção de procedimentos que busquem trazer segurança jurídica para as colaboradoras, ao mesmo tempo em que preservem o interesse público.

O ato do MPF não assinar subscrever o ACT retoma os entraves negociais causados pelos debates institucionais. Nesse sentido, Priscilla de Souza Pestana comenta:

A ausência de participação do Parquet federal e a inexistência de um efetivo acordo entre as principais autoridades do sistema brasileiro de combate à corrupção expõe um dos principais obstáculos à pretensa cooperação: a grande fragmentação institucional entre os múltiplos órgãos de controle da Administração Pública e o consequente conflito que ela gera. Num ambiente em que há vários órgãos públicos, autônomos e independentes, atuando no mesmo sentido – controlando a atuação ordinária da Administração Pública e sua relação com particulares –, é inevitável que haja um conflito pela maximização de suas competências institucionais, especialmente quando o cenário político é de instabilidade e de constantes revelações de escândalos de corrupção.⁵⁹

⁵⁹ CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. O (des)acordo de cooperação técnica em matéria de combate à corrupção. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-desacordo-de-cooperacao-tecnica-em-materia-de-combate-a-corrupcao-17082020>. > Acesso em: 05 nov. 2020.

A não adesão do Ministério Público ao ACT reafirma a problemática do sistema multifacetado para a celebração dos acordos de leniência previstos na LAC. Como se verifica pela Nota Técnica nº 02/2020, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, os motivos do *parquet* resumem-se nos limites da atuação dos órgãos nas esferas de responsabilização decorrente de um ato de corrupção.

A intenção de implementação do ACT como um instrumento de incentivo à atuação articulada de instituições da Administração Pública fica prejudicada com a decisão do MPF de não subscrever o acordo. A não adesão do *parquet* faz permanecer as instabilidades já vigentes em relação à segurança jurídica que as empresas colaboradoras possuem ao buscar a celebração de um acordo de leniência.

CONCLUSÃO

O acordo de leniência baseado na Lei nº 12.846/2013 demonstra-se como um importante mecanismo para o ordenamento jurídico brasileiro. Constituído como um meio de obtenção de prova, o acordo de leniência tem o papel de promover a alavancagem nas investigações dos atos lesivos contra a administração que foram praticados por empresas. Dessa forma, a possibilidade de firmar tais acordos se constitui como forma do Estado atingir o interesse público com maior eficiência.

No âmbito da competência para firmar acordo de leniência, ficou demonstrado um embate institucional na definição dos seus legitimados. A Controladoria-Geral da União defende sua legitimidade por interpretação direta pela disposição do artigo 16 caput e § 10 da LAC. Já o Ministério Público, pauta sua legitimidade para firmar acordos de leniência pela sua capacidade constitucional de fiscal da lei e encarregado de movimentar a ação penal, além de ser o legitimado também para a propositura de ação civil pública. Em relação ao TCU, sua atuação não está relacionada à possibilidade de celebrar os acordos de leniência, mas sim, de realizar a verificação do dano e fiscalizar sua reparação, dado seu dever de controle externo.

A pluralidade no entendimento dos órgãos competentes para firmar acordos de leniência baseados na Lei nº 12.846/2013 traz insegurança para o

ordenamento jurídico brasileiro. A operação desordenada dos órgãos faz com que, em acordos de leniência como o da Odebrecht e da Andrade Gutierrez, seja necessário que a empresa passe por dois processos de celebração do acordo – um perante a CGU/AGU e outro perante o MPF – que, muitas vezes, possuem escopo de fatos e ilícitos similares, para que seja alcançado o mesmo objetivo, que é a reparação do dano.

Para sanar com os problemas decorrentes da abrangência na competência conferida pela LAC, o Acordo de Colaboração Técnica veio como um instituto balizador para esse debate institucional, com objetivo fomentar uma operação harmônica entre AGU/CGU, MPF e TCU. No entanto, a não adesão do MPF ao ACT faz com o que a problemática entre os legitimados para firmar acordos de leniência perdure, atraindo, consigo, a insegurança jurídica.

Nesse sentido, para solucionar o problema é preciso realizar a análise da competência de cada órgão conforme sua atribuição. Ilícitos tipificados na Lei nº 12.846/2013 poderão ser objetos de análise nas searas do direito administrativo sancionador, do direito civil e do direito penal. O trabalho da AGU/CGU, conforme disposição da lei, fica no âmbito do direito administrativo sancionador e do direito civil. A atuação do Ministério Público é estabelecida no nas esferas do direito penal e do direito civil (Ação Civil Pública). Por fim, conforme estabelecido pelo ACT, a atuação do TCU está ligada ao seu papel de controle externo, de modo que ficará a cargo de verificar e fiscalizar o ressarcimento do dano.

É preciso fazer ressalva ao entendimento trazido pelo Ministério Público Federal na no Estudo Técnico nº 01/2017. Ali, o *parquet* defende que os atos de corrupção constituem ilícitos penais e, sendo o MP o titular para promover a ação penal, é necessária sua participação na celebração dos acordos. Nesse sentido, fica a ressalva em relação à competência do Ministério Público que deverá ocorrer nos casos em que houver matéria penal ou de ação civil pública, não podendo interferir ou obstar o trabalho da CGU/AGU, do mesmo modo que ambas não deverão oferecer impedimentos ao trabalho do MP dentro da sua competência.

O atual modelo multifacetado de órgãos competentes para firmar acordos de leniência com base na Lei nº 12.846/2013 gera insegurança jurídica. Isso ocorre pelo fato que atos de corrupção podem ter impactos de competência

do direito administrativo sancionador, do direito civil e do direito penal. Nesse sentido, percebe-se que a resolução dessa problemática é passível de ser resolvida pela atuação conjunta e individualizada dos órgãos nos limite de suas respectivas competências. Com isso, cada um dos órgãos poderá desenvolver seu trabalho direcionado ao interesse público, que deve prevalecer sobre o atual debate institucional, além impulsionar a segurança jurídica, conforme impõe o artigo 30 da LINDB.

REFERÊNCIAS

ANTONIK, Luis Roberto. Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática. Rio de Janeiro, RJ: Alta Books, 2016, p. 54.

AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de Leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, J.M.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.). Lei Anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 248.

BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Acordo de leniência firmado com a Andrade Gutierrez S/A. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/andrade-gutierrez>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Minuta do acordo de leniência firmado com a empresa Odebrecht S/A. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/odebrecht>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria Conjunta nº 4 de 13 de agosto de 2019. Portaria conjunta que define os procedimentos de negociação, celebração e acompanhamento dos acordos de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Controladoria-Geral da União e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-conjunta-n-4-de-9-de-agosto-de-2019-210276111>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.698. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL, Decreto nº 8.420. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.347. 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica,VETADO\)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica,VETADO)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.443. 1992.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL, Lei nº 12.846. 2013.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.655. 2018.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Minuta do acordo de leniência firmado com a Andrade Gutierrez S/A. Disponível em: <http://apps.mpf.mp.br/apex/f?p=131:8>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Minuta do acordo de leniência firmado com a empresa Odebrecht S/A. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Nota Técnica nº 01, de 20 de novembro de 2017. Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. p. 2. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Nota Técnica nº 02, de 10 de agosto de 2020. Nota sobre o Acordo de Cooperação Técnica. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/camara-de-combate-a-corrupcao-do-mpf-afirma-que-acordo-de-cooperacao-tecnica-sobre-leniencia-esvazia-atuacao-institucional-e-nao-contribui-para-seguranca-juridica>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Odebrecht S/A. Emílio Odebrecht diz que disputa de poder trava leniência, causa insegurança jurídica e impede a criação de empregos. 2017. Disponível em: <https://www.odebrecht.com/pt-br/comunicacao/releases/emilio-odebrecht-diz-que-disputa-de-poder-trava-leniencia-causa-inseguranca>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acordo de Cooperação Técnica, de 06 de agosto de 2020. Acordo entre MPF, CGU, AGU, MJSP e TCU para a cooperação técnica em matéria de combate à corrupção, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acordo06agosto.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança no 35.435/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento:

13.04.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-analisa-inidoneidade-empresas.pdf>. Acesso em 28 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 483/2017 – Plenário. Processo nº 016.991/2015-0. Rel. Min. Bruno Dantas. Data da sessão: 22 mar. 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A483%2520ANOACORDAO%253A2017/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=a2497d70-20a5-11eb-80e8-99834492793a. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Competências. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/#:~:text=Cabe%20ao%20TCU%2C%20de%20acordo,%2C%20or%C3%A7ament%C3%A1ria%2C%20operacional%20e%20patrimonial>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução normativa Nº 83 de 12 de dezembro de 2018. Instrução normativa sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União sobre os processos de celebração do acordo de leniência pela Administração Pública Federal, nos termos da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo*/TIPO:%22Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%22%20NUMATO:83%20NUMANOATO:2018/DTRELEVANCIA%20desc,NUMATO%20desc/0/%20. Acesso em: 27 out. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3. Turma) Agravo de Instrumento 5023972-66.2017.4.04.0000. Recorrente: Advocacia-Geral da União. Recorrida: Odebrecht S/A. Relatora: Vania Hack. Curitiba, PR, 22 ago. 2017. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50239726620174040000&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnReflId=3f3ab660a3d460c2d02b25a3266a58c2&xtPalavraGerada=ktUK. Acesso em: 28 out. 2020.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. O (des)acordo de cooperação técnica em matéria de combate à corrupção. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-desacordo-de-cooperacao-tecnica-em-materia-de-combate-a-corrupcao-17082020>. Acesso em: 05 nov. 2020.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 377.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 381.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo - 32ª ed. Editora Forense.

HEINEN, Juliano. Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 243-244.

LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Transformações do Direito Administrativo: Consequencialíssimo e Estratégias Regulatórias. Rio de Janeiro: Fvg Direito Rio, 2016.

MACHADO, Antonio Rodrigo. Sanções e Penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Org.). Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, p. 34, 2017.

MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção Permite que Inimigo Vire Colega. Consultor Jurídico, São Paulo, 15 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>. Acesso em: 10/10/2020.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 41-42.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017.

SPITZCOVSKY, Celso. Direito Administrativo Esquematizado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nota-tecnica-2-2020-acordo-de-cooperacao-acordo-de-leniencia-final.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

TEIXEIRA, Mateus. Falta de entendimento entre instituições gera insegurança quanto a leniência. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/empresas-e-estado/falta-de-entendimento-entre-instituicoes-gera-inseguranca-quanto-a-leniencia-28112018>. Acesso em: 28 out. 2020.