

O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013, E OS DESAFIOS DO MODELO DE MULTIPLICIDADE DE AGÊNCIAS DE CONTROLE DOS ATOS DE CORRUPÇÃO

Eduardo Alecsander Xavier de Medeiros¹

Resumo

O presente trabalho apresenta estudo sobre o acordo de leniência previsto na Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção. A partir da análise das premissas que justificam a sua adoção como instrumento de política pública de controle da corrupção e dos requisitos necessários à efetividade do programa de leniência, pretende-se destacar os desafios impostos pelo modelo de multiplicidade de agências de controle dos atos de corrupção.

Palavras-chave: Acordo de Leniência. Lei 12.846/2013. Lei Anticorrupção. Administração Pública.

LAW LENIENCE AGREEMENT 12.846, OF AUGUST 1, 2013, AND THE CHALLENGES FOR MULTIPLICITY AGENCIES TO CONTROL OF CORRUPTION ACTS

Abstract

This paper presents a study on the leniency agreement provided for in Law 12.846, of August 1, 2013, known as the Anti-Corruption Law. Based on the analysis of the premises that justify its use as an instrument of public policy for the control of corruption and the requirements necessary for the effectiveness of the leniency program, it is intended to identify the challenges imposed by the multiplicity of agencies that control acts of corruption.

Keywords: Leniency Agreement. Law 12.846/2013. Anti-corruption Law. Public Administration.

1. INTRODUÇÃO

¹ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Administração Pública – Políticas Públicas e Gestão Governamental pelo IDP. Procurador do Distrito Federal.

A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como “Lei Anticorrupção”, nos termos do seu artigo 1º, “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Trata-se de legislação impulsionada por compromissos internacionais firmados pelo Brasil² com o objetivo de endurecimento das medidas de combate à corrupção, considerando que, no contexto de globalização econômica, sua prática compromete interesses comuns a todos os povos, a demandar, assim, o fortalecimento dos esforços de cooperação internacional³.

Assim, em resposta às discussões e compromissos assumidos perante a comunidade internacional, o Brasil adotou medidas para o combate a corrupção, que tiveram como foco a ampliação da transparência, o fortalecimento das instituições, a expansão legislativa e a inflexão jurisprudencial (VASCONCELOS; SILVA, 2017).

Se é certo que a Lei 12.846/2013 não inaugurou o sistema de responsabilização da pessoa jurídica por atos ilícitos contra a administração pública, fato é que endureceu as medidas de repressão ao prever a responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente de dolo ou culpa, nos âmbitos administrativo e civil (artigo 2º), por atos lesivos nela previstos (artigo 5º), praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

A Lei 12.846/2013 veio reforçar o sistema jurídico sancionatório, aumentando a carga punitiva para a ponta privada do fenômeno corruptivo, invertendo-se a lógica até

² Destaque para destaque para a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1996, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002; a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE) de 1997, conhecida como Convenção de Paris, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000; Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000, conhecida como Convenção de Palermo, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.015, de 12 de março de 2004; e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, conhecida como Convenção de Mérida, Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

³ Conforme exposição de motivos do Projeto de Lei 6.826, de 8 de fevereiro de 2010, que deu origem à Lei 12.846/2013: “2.O anteprojeto tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública [...], inclusive para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção”.

então prevaiente caracterizada pela responsabilização do agente público envolvido na prática de atos de corrupção e de improbidade, com o objetivo de criar incentivos para a cooperação dos agentes privados no combate ao fenômeno da corrupção (MOREIRA; BAGATIN, 2014).

Assim, dentro dessa lógica de criar incentivos para a autorregulação, a Lei 12.846/2013, além de estabelecer a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção, prescreveu sanções gravosas como consequência jurídica para os atos lesivos nela tipificados (artigos 6º e 19), bem como previu os institutos do *compliance*, como condição para a atenuação da pena (artigo 7º, inciso VIII), e o acordo de leniência (artigos 16 e 17), que será objeto do presente estudo.

O acordo de leniência corresponde a um instrumento que tem como objetivo incrementar a capacidade investigatória estatal, seguindo a tendência do paradigma da consensualidade na atuação administrativa para resolução de conflitos e com evidente inspiração na experiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência⁴.

Ademais, ao prever o acordo de leniência, a Lei 12.846/2013 seguiu recomendação constante de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, especificamente a Convenção de Mérida⁵ e a Convenção de Palermo⁶ que incentivam os Estados a adotarem mecanismos negociais de repressão à corrupção e incentivo à colaboração.

⁴No Brasil, o acordo de leniência foi introduzido pela Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que incluiu os artigos 35-B e 35-C na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, em que disciplinava a possibilidade de a União celebrar, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico – SDE, acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas autoras de infração à ordem econômica, prevendo a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável. A Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC revogou a Lei 8.884/1994, porém manteve a previsão do acordo de leniência, disciplinado nos artigos 86 e 87.

⁵Artigo 37. 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.

⁶Artigo 261. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

O acordo de leniência tem como fundamento de legitimidade, como será demonstrado mais detalhadamente ao longo do desenvolvimento do trabalho, argumentos de ordem utilitarista, centrados na superação das dificuldades investigatória se na diminuição dos custos do aparato estatal na persecução dos ilícitos.

Cuida-se de relevante instrumento para o enfretamento à corrupção, mas cuja efetividade, como reconhece a doutrina, depende da presença de condições que assegurem atratividade ao programa de leniência e segurança jurídica aos agentes privados. O sucesso do programa de leniência depende, fundamentalmente, de fatores que garantam sua transparência, credibilidade e efetividade dos benefícios (MARRARA, 2018).

No presente artigo, procura-se analisar os desafios impostos pelo modelo de multiplicidade de instâncias de controle e de esferas de responsabilização dos atos de corrupção, para a efetividade do programa de leniência, considerando que uma atuação desarticulada e conflituosa entre as autoridades pode comprometer a segurança jurídica e, conseqüentemente, criar desincentivos para a colaboração dos agentes privados.

Para tanto, busca-se, em síntese: (i) sistematizar os fundamentos de legitimidade e as premissas do acordo de leniência; (ii) destacar as características do modelo de multiplicidade institucional que configura o sistema jurídico anticorrupção brasileiro; e (iii) identificar os desafios que esse modelo traz para a atratividade e segurança jurídica do programa de leniência, a partir da análise de duas questões problemáticas, quais sejam: i) Qual o tratamento do sigilo e do compartilhamento de provas? e ii) Quais os efeitos dos acordos de leniência sobre a atuação do TCU?

Para esta tarefa, emprega-se revisão bibliográfica sobre o tema, mediante a coleta de dados em periódicos científicos, teses e dissertações e livros. Valendo-se das contribuições fornecidas pelas publicações mais recentes sobre o assunto, bem como analisando as principais críticas e controvérsias identificadas na doutrina em relação ao acordo de leniência e ao papel do TCU no programa de leniência. Deste modo, realiza-se uma pesquisa exploratória com vistas ao aprimoramento de ideias sobre o acordo de leniência e o modelo de multiplicidade de instâncias de controle e de responsabilização dos atos de corrupção. Por fim, o método de abordagem adotado no trabalho foi o dedutivo.

2. ACORDO DE LENIÊNCIA: DEFINIÇÃO E JUSTIFICATIVAS PARA SUA ADOÇÃO

Entende-se por acordo de leniência o ajuste celebrado entre o Poder Público e um agente privado envolvido em uma infração, em que este se compromete a colaborar com a instrução probatória em troca da mitigação ou isenção da punição oferecida por aquele. Já o programa de leniência “consiste no arcabouço jurídico que provê incentivos da autoridade pública investigadora para que os agentes privados a procurem para a negociação dos referidos Acordos de Leniência” (ATHAYDE, 2019, p. 30).

A lógica subjacente ao programa de leniência é a compreensão de que os agentes privados são racionais e atuam de modo a maximizar seus interesses individuais, definidos em termos de cálculo de custos e benefícios. A leniência funciona como incentivo aos agentes privados para abandonarem a conduta ilícita e colaborarem com as autoridades e, assim, possam obter os benefícios e mitigar a incidência das sanções previstas em lei.

O programa de leniência se justifica por argumentos utilitaristas e pragmáticos. Argumenta-se que um programa de leniência eficiente, por um lado, facilita a detecção de práticas ilícitas ao incentivar o agente privado a levar ao conhecimento das autoridades investigadoras o ilícito, antes mesmo do início de qualquer investigação, induzindo-o a cessar sua prática e a fornecer evidências em relação aos outros infratores. Por outro lado, aumenta a eficiência e a efetividade do combate às práticas ilícitas, ao reduzir custos de iniciação dos casos, de instrução processual e de litigância em um eventual questionamento judicial da condenação (ATHAYDE, 2019).

Na base da justificativa da adoção do instrumento da leniência, portanto, estaria o dilema enfrentado pelo Estado, na repressão de ilícitos complexos e de difícil detecção, com elevado impacto lesivo à sociedade: negociar para aumentar o lastro probatório para a punição ou não negociar e aceitar o risco da impunidade resultante da fraqueza probatória (MARRARA, 2015). Diante desse dilema, opta-se pela via utilitarista, aceitando-se a negociação com o infrator com o objetivo de aumentar a capacidade persecutória do Estado (MARRARA, 2015).

Portanto, a partir de uma visão utilitarista, argumenta-se que o programa de leniência, quando bem formulado e implementado, pode constituir, nas palavras de Canetti (2018, p. 29):

[...]ferramenta de dissuasão da própria prática do ilícito, em três frentes: (i) a criação de desconfianças recíprocas que tornem insustentável a associação para o cometimento de infrações; (ii) o incremento da atividade sancionadora estatal; e (iii) a prevenção quanto à reincidência (reformação dos mesmos cartéis ou organizações), considerando a traição inerente à celebração do acordo.

Ou seja, o programa de leniência, ao aumentar os riscos da prática ilícita, por incrementar a eficiência e a efetividade investigativa e, conseqüentemente, a probabilidade de condenação, pode criar desincentivos à prática de infrações (ATHAYDE, 2019).

Argumenta-se, ainda, que o programa de leniência “pode subsidiar, direta ou indiretamente, as ações de ressarcimento e reparação em face dos envolvidos na prática ilícita” (ATHAYDE, 2019, p. 60), por permitir as empresas a continuar suas atividades econômicas, garantindo a manutenção dos empregos e de sua função social.

Assim, como escrevem Tojal e Tamasauskas (2017), a utilização de instrumentos consensuais no âmbito do direito administrativo sancionador, como é o caso do acordo de leniência, confere um novo sentido à sanção, que deixa de ser apenas um elemento de dissuasão da prática ilícita, passando a ser elemento de indução a comportamentos positivos, consistente no ressarcimento dos danos e na adoção de medidas que previnam a ocorrência de novos ilícitos.

3. CONDIÇÕES PARA A EFETIVIDADE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

A mera previsão normativa de um programa de leniência não é suficiente para sua efetividade, que dependeria, segundo a doutrina, da existência de condições que assegurem atratividade e segurança jurídica. Neste sentido, conforme afirma Canetti (2018, p. 72-73):

[...] para que o sistema de incentivos desenhado pela norma seja efetivo (isto é, para que haja a procura dos agentes privados envolvidos no ilícito pela leniência), entende-se que seria necessária a presença concomitante de pelo menos duas pré-condições gerais e entrelaçadas: (i) atratividade das vantagens oferecidas pelo acordo, com a redução considerável dos potenciais castigos sofridos pelo particular, de um lado, e existência de custos significativos da não cooperação, decorrentes das sanções juridicamente cominadas, bem como dos possíveis abalos reputacionais suportados pelos agentes envolvidos, de outro; e (ii) segurança na celebração dos acordos, pois de nada adiantaria um instrumento teoricamente benéfico mas sem garantias de proteção jurídica concreta àquele que se autorreportou.

Afirma-se, assim, que seriam requisitos para a estruturação de um programa de leniência efetivo (i) o alto risco de detecção da prática ilícita; (ii) o receio de severas punições; e (iii) a transparência, previsibilidade e segurança jurídica em torno das negociações e assinaturas dos acordos (ATHAYDE, 2019).

Em relação ao “alto risco de detecção da prática”, argumenta-se que se os agentes privados não recearem a ação das autoridades investigadoras, por não confiarem na possibilidade de atividade ilícita serem descobertas por outros meios e serem efetivamente sancionadas, as sanções cominadas, ainda que severas, não inibirão a atividade ilícita, tampouco criarão incentivos à delação das irregularidades pelos agentes privados em troca dos benefícios do Programa de Leniência, pois estes poderão assumir o risco (ATHAYDE, 2019).

Por outro lado, deve haver o “receio de severas punições”, ou seja, as sanções não podem ser consideradas simples custos do negócio, que seriam compensados pelas vantagens proporcionadas pela prática da atividade ilícita.

Ainda, um programa de leniência efetivo depende de sua transparência, previsibilidade e segurança jurídica. Conforme escrevem Simão e Vianna (2017, p. 175), “A falta de previsibilidade das ações de Estado e a consequente insegurança que passam a se sujeitar na tentativa de firmar um acordo de leniência tornam-se custos bem altos na decisão de procurar ou não o poder público [...] com a intenção de comunicar [...] ilícitos”.

Segundo Marrara (2018, p. 190) os programas de leniência, para terem sucesso, devem se pautar pela transparência, efetividade e credibilidade de seus benefícios. A transparência exige que os interessados tenham todas as informações sobre a extensão do programa, obrigações e benefícios, custos e riscos, de maneira rápida, simples e inteligível. A efetividade dos benefícios, conforme citado autor, “consiste na evidenciação de que a adesão ao programa de leniência e a colaboração com o Estado valem mais ao infrator do que a não cooperação”, para tanto o Estado deve (i) demonstrar capacidade de punir o infrator de forma exemplar; (ii) ao sancionar, aplicar sanção, pelo menos, maior que o benefício obtido com o ilícito; e (iii) garantir ao colaborador uma sanção mais leve que a aplicada aos demais. A credibilidade do Programa de Leniência, segundo referido autor, “provém da comprovação histórica da seriedade, do profissionalismo, da boa-fé e da respeitabilidade das entidades, dos

órgãos e das autoridades competentes”, comportamento que se mostra essencial para gerar confiança aos potenciais colaboradores.

Em conclusão, a efetividade do programa de leniência depende de sua atratividade e segurança jurídica, sendo certo que, no cenário brasileiro, em que há multiplicidade de instâncias de controle e de esferas de responsabilização por atos lesivos à administração pública, o sucesso do programa demanda a atuação harmônica e coordenada das autoridades, como será demonstrado a seguir.

4. DESAFIOS AO PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO CONTEXTO DA MULTIPLICIDADE INSTITUCIONAL

Dispõe o artigo 16, *caput*, da Lei 12.846/2013, 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 [...]”.

O texto não fixou competências rígidas, não prevendo regra para a competência da celebração do acordo de leniência no âmbito do Poder Judiciário e do Legislativo e, ainda, no domínio dos Estados e dos Municípios. A Lei 12.846/2013 apenas fixou, no artigo 16, §10, que, na esfera do Poder Executivo federal e no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira, a competência é da CGU, atual Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

Segundo Marrara (2018, p. 202), o modelo adotado no diploma legal, para definir a competência para a celebração do acordo de leniência, explica-se quando se tem presente os objetivos da Lei 12.846/2013, uma vez que, para o autor, “quanto mais órgãos e entidades forem legitimados a aplicar as disposições da lei, mais forças se unirão no combate à corrupção”. Ademais, conforme afirmam Tojal e Tamasauskas (2017, p. 6), “o estabelecimento de diversas agências – ou órgãos – anticorrupção permite que se confira uma maior proteção ao seu sequestro por corruptos e corruptores, com vistas a imunizar a atuação no enfretamento de situações de afronta à moralidade”, pois “haverá sempre alguém não integrado ao esquema para furar um eventual bloqueio de um ou alguns dos órgãos”.

É essa a característica do sistema jurídico do Brasil, em que, sobre uma mesma situação fática ilícita, incidem esferas de responsabilização múltiplas e independentes -

competência de autoridades específicas e apartadas -como é o caso do microsistema jurídico anticorrupção, conforme demonstra Sundfeld (2017):

Para combater desvios, nosso direito público se valeu de leis autônomas e sobrepostas para distribuir as competências de investigação e de punição entre muitas autoridades, estas também sobrepostas. A ideia era fazer com que a atuação concomitante de controladores autônomos diminuísse o risco de os infratores escaparem ilesos. O ministério público pode ajuizar ações penais e cíveis, com base nas leis penais, na lei da improbidade ou na lei anticorrupção. Essas duas últimas leis preveem indenização, multas e proibição temporária de as empresas infratoras contratarem com a administração. Em paralelo, o tribunal de contas da União (TCU), usando sua própria lei, também pode impor a proibição de contratar. Mas isso não é tudo. A lei anticorrupção e as várias leis de licitação (a 8.666/93, a lei do pregão, a lei do regime diferenciado de contratações e a recente lei das estatais) dão a autoridades administrativas poderes de sancionar particulares, com multas e até inidoneidade.

Interessante observação faz Canetti (2018, p. 222-223), a partir de Mariana Mota Prado *et al* (2015), ao afirmar que, ainda que se possa vislumbrar efeito benéfico no modelo multiplicidade institucional, por permitir atuação cooperativa ou complementar entre os órgãos, ele pode provocar consequências deletérias, como, por exemplo, “a multiplicação também dos custos, decorrentes da superposição institucional, e a “compartimentalização do conhecimento jurídico”, equivalente à necessidade de que vários entes lidem, de forma concomitante, mas não integrada, com os mesmos documentos, fatos e provas, sem a necessária interlocução”.

Tojal e Tamasauskas (2017, p. 6) também compartilham dessa preocupação, afirmando que “uma estrutura pensada como garantia institucional contra a captura por ilegalidades pode rapidamente se transmutar em uma verdadeira Hidra de Lerna do enfrentamento à corrupção, capaz de asfixiar com seu hálito não apenas o candidato a leniente como também a própria colheita de provas”.

Assim, o modelo exige uma atuação harmônica e coordenada entre as atividades das múltiplas instituições, “sob pena de a confusão entre instâncias incrementar os custos (econômicos, políticos, jurídicos e de capital humano) da persecução estatal, diminuindo as vantagens sociais trazidas pelo combate aos ilícitos contra a Administração” (CANETTI, 2018, p. 224).

Conforme adverte a doutrina, a multiplicidade institucional poderá gerar desincentivos para a cooperação e, conseqüentemente, para a efetividade do programa de leniência anticorrupção, se não for equacionado o papel de cada legitimado ao

enfrentamento da corrupção. Trata-se de questão sensível e fundamental para a transparência e a previsibilidade do programa de leniência e, portanto, relevante para os agentes privados tomarem a decisão de colaborar com as investigações (MARRARA, 2018).

A situação é agravada, como observam Tojal e Tamasauskas (2017, p. 7), no contexto de corrupção sistêmica, como o enfrentado pelo Brasil, marcado pela natural desconfiança entre as diversas autoridades, a criar mais embaraços para a operacionalização do programa de leniência. Nesse contexto, nas palavras dos autores, “Reações que poderiam ser legítimas tentativas de manutenção de prerrogativas e atribuições num ambiente de constante [...] disputa entre os legitimados ao enfrentamento da corrupção acabam sendo compreendidas como obstáculos a que as colaborações se estabeleçam”.

Fundamental, portanto, a necessidade de atuação coordenada e do estabelecimento de uma cooperação institucional, a fim de se assegurar a atratividade e segurança jurídica do programa de leniência.

Não obstante, a Lei 12.846/2013 não tratou especificamente das atribuições das diversas instituições legitimadas constitucionalmente ao enfrentamento da corrupção, limitando-se apenas a fixar a competência da CGU, tampouco tratando da relação e cooperação entre os diversos entes estatais. Conforme escreve Marrara (2018, p. 204):

A Lei Anticorrupção, contudo, não conferiu grande atenção aos problemas de articulação organizacional e processual, deixando de lado os problemas de atos infrativos com efeitos lesivos complexos. A legislação não faz uma diferenciação entre a celebração isolada e a celebração conjunta de acordos de leniência, não trata da cooperação entre entes lesados simultaneamente por uma mesma prática infrativa, nem cuida da cooperação entre entidades responsáveis por diferentes tipos de responsabilização.

É certo que atos infralegais buscaram disciplinar a participação dos órgãos no programa de leniência. Assim, no âmbito do Poder Executivo federal, foi editada a Portaria Interministerial 2.278, de 15 de dezembro de 2016, que definia os procedimentos para celebração do acordo de leniência da Lei 12.846/2013, no âmbito da CGU, e disciplinava a colaboração da AGU no programa de leniência. Referida portaria veio a ser revogada pela Portaria Conjunta 4, de 9 de agosto de 2019, que

passou a definir os procedimentos para negociação, celebração e acompanhamento dos acordos de leniência, no âmbito da CGU e a dispor sobre a participação da AGU.

Por outro lado, o TCU editou controvertida Instrução Normativa 74/2015, em que procurava disciplinar sua participação no programa de leniência, que veio a ser revogada pela Instrução Normativa 83/2018.

Porém, como escreve Marrara (2018, p. 205), a questão referente à colaboração institucional deve ser tratada em lei, considerando que “nem atos normativos da Administração (como decretos), nem cláusulas do próprio acordo de leniência serão capazes de retirar ou limitar [...] as competências legais de entes competentes para adotar medidas de responsabilização civil, penal e administrativa [...] contra o infrator colaborador”.

5. A MEDIDA PROVISÓRIA 703/2015 E A TENTATIVA DE DISCIPLINAR O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

A Medida Provisória 703, de 21 de dezembro de 2015, pretendeu alterar a redação do *caput* do artigo 16, atribuindo a competência para a celebração do acordo aos órgãos de controle interno da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, “de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública”.

Nesse sentido, procurava-se, de certa forma, afastar dúvidas sobre a competência, aumentar a segurança jurídica dos interessados e a eficiência do instrumento, ao possibilitar a participação do Ministério Público e da Advocacia Pública, prevendo, ainda, que os acordos de leniência que tivessem a participação destas instituições impediriam o ajuizamento ou prosseguimento de ações de improbidade e ações de natureza civil.

A MP 703/2015 acrescentava, ainda, o §14 ao artigo 16, estabelecendo que “O acordo de leniência depois de assinado será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, que poderá [...], instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário, quando entender que o valor constante do acordo não atende o disposto no § 3º”, ou seja, não reparar integralmente o dano causado.

De certa forma, com a MP 703/2015, atendia-se à ponderação expressada por Marrara (2018, p. 205), de que a conveniência da norma advinha da disciplina à colaboração institucional no programa de leniência, nas suas palavras:

[...] a celebração conjunta entre o ente estatal responsável pela aplicação das sanções administrativas por ato de corrupção com outras entidades responsáveis pela persecução penal e pela persecução civil[...]desponta como forma de coordenação das esferas de responsabilização e das várias entidades por elas competentes.

Por este motivo, a conveniência de uma norma a disciplinar a colaboração institucional no programa de leniência.

Não obstante, a MP 703/2015 perdeu a sua eficácia por ausência de apreciação pelo Congresso Nacional, inexistindo, atualmente, norma legal disciplinando essa colaboração institucional.

6. O SIGILO E O COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES DECORRENTES DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Questão prática que surge nesse contexto de multiplicidade institucional refere-se ao sigilo e ao compartilhamento das informações e documentos obtidos no âmbito dos acordos de leniência e a sua utilização em prejuízo da pessoa jurídica colaboradora que os forneceu ao Estado.

O acesso irrestrito aos documentos e informações, principalmente à confissão do colaborador, pode colocá-lo em posição excessivamente desvantajosa no âmbito das demais esferas de responsabilização, diminuindo, assim, a atratividade do programa de leniência e, conseqüentemente, os benefícios e vantagens que o acordo de leniência gera para o Poder Público.

A despeito da Lei 12.846/2013 prescrever, no artigo 16, §7º, que “não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada, a doutrina reconhece ser a providência insuficiente para garantir a credibilidade do programa de leniência e torná-lo atrativo, se não for acompanhada de outras medidas, como a devolução de documentos e elementos fornecidos durante a negociação e que possam gerar prejuízos ou riscos ao infrator (MARRARA, 2018)⁷.

⁷Observa-se que a medida sugerida por Marrara está prevista no artigo 35 do Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei 12.846/2013, e prescreve que, na hipótese de o acordo não via a ser celebrado, “os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias, à pessoa

Marrara (2018) sugere, ainda, como forma de diminuir os riscos decorrentes da negociação frustrada, a possibilidade de negociações meramente orais, sem a transferência de documentos antes da celebração do acordo, conforme previsto no artigo 31 do Decreto 8.420/2015⁸.

Por outro lado, o compartilhamento das informações e documentos obtidos no âmbito do acordo de leniência com as outras autoridades deve observar cautelas, sempre que puder comprometer o agente colaborador. Essa preocupação está presente no entendimento firmado pela Quinta Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, no Estudo Técnico 01/2017-5ª CCR, em que afirma a necessidade de estabelecimento de parâmetros objetivos e condicionantes para o compartilhamento de informações e provas obtidas com o acordo de leniência, como a “adesão racional e razoável aos termos negociados e acertados entre Estado e colaborador”. Afirma-se no referido estudo (BRASIL, 2017, p. 118):

[...] para o equilíbrio dos interesses suscitados na negociação premial, sobretudo para que sejam corretamente asseguradas a segurança jurídica e a proteção da boa-fé, equivalentes ao ganho informacional e ao incremento de eficiência estatal, exsurge como providência fundamental o estabelecimento claro de parâmetros objetivos e condicionantes, necessários à possibilidade de empréstimo de prova produzida em leniência.

Assim, o acesso a informações e documentos obtidos em colaboração premiada, por outros órgãos públicos de fiscalização e controle ou por terceiros interessados que se legitimem a tal *disclosure*, depende da adesão racional e razoável aos termos negociados e acertados entre Estado e colaborador. Trata-se de decorrência lógica que deflui do paradigma de consensualidade[...].

Como se observa no referido Estudo Técnico 01/2015-5ª CCR, a solução indicada é adotada internacionalmente, para cumprir tratados multilaterais e exigências de cooperação entre países. Com a solução proposta, “de um lado, se assegura acesso a

jurídica proponente e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública federal tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do acordo de leniência”. A mesma norma consta no artigo 8º da Portaria Conjunta 4/2019, que define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei 12.846/2013, no âmbito da CGU e dispõe sobre a participação da AGU.

⁸Art. 31. A proposta de celebração de acordo de leniência poderá ser feita de forma oral ou escrita, oportunidade em que a pessoa jurídica proponente declarará expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e solicitações da Controladoria-Geral da União durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta. § 1º A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União.

informações, mantido os sigilos cabíveis, e, de outro, garante o respeito aos benefícios legais concedidos ao colaborador, em toda sua amplitude” (BRASIL, 2017, p. 119). Isto significa que não pode existir a concessão de vantagens para uma parte em detrimento da negativa de benefícios a outra, pois a normativa privilegia os princípios da boa-fé objetiva e da lealdade, que preconizam a consideração às expectativas de confiança e coerência esperadas do comportamento do Estado, como também uma atuação equilibrada e orientada pela razão (BRASIL, 2017).

Observa-se, porém, que o TCU já decidiu, no Acórdão 1.411/2017 do Plenário, da relatoria do ministro Augusto Sherman, afastar cláusula expressa de confidencialidade de acordo de colaboração premiada que vedava o compartilhamento de provas para outras instâncias. Embora a discussão no referido acórdão trate de compartilhamento de provas obtidas em colaboração premiada, as considerações adotadas pelo TCU podem ser transplantadas para os acordos de leniência, tendo em vista a similaridade dos institutos (ZYMLER; ALVES, 2018, p. 165).

Porém, em julgamento mais recente o TCU, no Acórdão 1.214/2018-Plenário, da relatoria do ministro Benjamin Zymler, adotou entendimento no sentido de que elementos de prova fornecidos pela pessoa jurídica colaboradora não poderiam ser utilizados para sancioná-la com a declaração de inidoneidade, com fundamento, indicado no voto do ministro relator, no direito de não autoincriminação, de propriedade dos documentos particulares e nos princípios da boa-fé subjetiva e da proteção da confiança legítima do colaborador.

Esse entendimento também veio a ser adotado pelo STF, nos autos do Agravo Regimental no Inquérito 4.420-DF, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, julgado em 28 de agosto de 2018, em que se decidiu pela possibilidade de compartilhamento das provas obtidas com o acordo de leniência, desde que observados os limites estabelecidos no acordo. O acórdão está assim ementado:

Penal e Processual Penal. 2. Compartilhamento de provas e acordo de leniência. 3. A possibilidade de compartilhamento de provas produzidas consensualmente para outras investigações não incluídas na abrangência do negócio jurídico pode colocar em risco a sua efetividade e a esfera de direitos dos imputados que consentirem em colaborar com a persecução estatal. 4. No caso em concreto, o inquérito civil investiga possível prática de ato que envolve imputado que não é abrangido pelo acordo de leniência em questão. 5. Contudo, deverão ser respeitados os termos do acordo em relação à agravante e aos demais aderentes, em caso de eventual prejuízo a tais pessoas. 6. Nego provimento ao agravo, mantendo a decisão impugnada

e o compartilhamento de provas, observados os limites estabelecidos no acordo de leniência em relação à agravante e aos demais aderentes.

Assim, pode-se concluir que a tendência é de se permitir o compartilhamento das informações e documentos fornecidos pela pessoa jurídica no acordo de leniência, desde que observados os limites estabelecidos no acordo, não podendo ser utilizados em prejuízo da pessoa jurídica que os forneceu ao Estado.

7. O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS E A REPERCUSSÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA SOBRE A ATUAÇÃO DO TCU

Outra questão prática que constitui desafio ao modelo de multiplicidade institucional de combate à corrupção, surge do princípio da independência das instâncias, segundo o qual as distintas esferas de responsabilização possuem autonomia para exercer suas competências e aplicar as sanções.

Sobre o princípio da independência das instâncias, escreve Souza (2016, p. 231) que ele possui uma dimensão ligada à separação dos poderes, em que se procura impedir “a submissão de uma esfera dos Poderes estatais às demais, permitindo que cada qual exerça com autonomia e independência sua parcela de *ius puniendi*”.

Assim, tendo presente o princípio da independência das instâncias, o acordo de leniência celebrado pela CGU não afasta as competências do TCU fixadas no artigo 71 da Constituição da República e na Lei 8.443/1992, essencialmente a de apurar débitos e aplicar sanções aos agentes que causarem prejuízo ao erário (BARCELLOS, 2015; ROSILHO, 2016). Não obstante, a necessidade de se assegurar a efetividade e segurança jurídica do programa de leniência demanda que o TCU observe, em sua atuação, os acordos firmados pelas demais instituições.

A necessidade de o TCU observar os acordos de leniência no exercício de suas competências foi tratada no já citado Acórdão 483/2017-Plenário, da relatoria do ministro Bruno Dantas, que observou em seu voto:

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

74. O acordo de leniência e a colaboração premiada são como um contrato. Qualquer pacto, contrato ou ajuste envolve cálculo, previsão e racionalidade estratégica [...].

75. Qualquer elemento que desestabilize desnecessariamente essa equação será percebido como motivo de insegurança para futuros interessados em negociar [...]. 76. É por essa razão que, ao possibilitar os acordos de leniência, o ordenamento jurídico pressupõe certa interação entre os órgãos [...]. 77. Dessa forma, o Tribunal também deve considerar para esta decisão eventual colaboração que as empresas estejam fazendo junto ao Ministério Público Federal. [...]

84. Portanto, é deveras nobre a missão do Tribunal de construir uma decisão que, propiciando o diálogo interinstitucional entre os órgãos de controle, concilie duas necessidades: a de emitir incentivos às colaborações e a de reparar o dano ao erário.

Não obstante a preocupação demonstrada no referido Acórdão com os efeitos do acordo de leniência na atuação do TCU, houve, na prática, a subordinação desses efeitos à observância, pela pessoa jurídica colaboradora, de condicionantes impostas pelo Tribunal, o que motivou sua impugnação perante o Supremo Tribunal Federal. De fato, o Acórdão 483/2017-Plenário foi impugnado no Mandado de Segurança 35.435-DF, tendo o ministro Gilmar Mendes, então relator, em juízo de cognição sumária, deferido parcialmente a liminar para impedir a decretação de inidoneidade da impetrante pelo TCU, ressalvado eventual descumprimento do acordo de leniência ou o surgimento de novos fatos.

É certo que mais recentemente o TCU ajustou seu entendimento, reconhecendo a necessidade de se valorar a utilidade da colaboração da pessoa jurídica advinda do acordo de leniência, conforme se verifica no Acórdão 1.214/2018-Plenário, tendo o ministro Benjamin Zymler observado:

100. Sendo assim, entendo que o TCU pode valorar e levar em conta as colaborações premiadas e os acordos de leniência celebrados pelo Ministério Público e outras instâncias de controle que tratem dos mesmos fatos analisados em seus processos, principalmente se elas forem úteis ao exercício das competências de controle externo.

101. Caso o Tribunal utilize os elementos de prova fornecidos pelo colaborador, em função de tais instrumentos, para exercer suas atribuições sobre outros responsáveis e/ou apurar novos fatos, ele deve reconhecer a eficácia da colaboração para a jurisdição de contas e, com base nos dispositivos supramencionados, reduzir ou isentar o interessado da pena que lhe seria imputada em razão das irregularidades por ele admitidas.

102. Todavia, é pertinente advertir que o TCU, na condição de órgão constitucionalmente encarregado de promover a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, é o único legitimado para avaliar a eficácia da colaboração para o exercício da jurisdição de contas.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão afirma-se que o acordo de leniência se justifica por argumentos de ordem utilitarista, consubstanciados, fundamentalmente, no objetivo de incrementar a capacidade persecutória do Estado no enfrentamento aos crimes complexos e de difícil investigação, como é o caso dos ilícitos de corrupção. O programa de leniência concorre para o ganho de eficiência na gestão administrativa ao viabilizar uma investigação mais robusta, com menor dispêndio de recursos humanos e financeiros.

Considerando a lógica subjacente ao acordo de leniência, que funciona a partir da criação de incentivos aos agentes privados para abandonarem a conduta ilícita e colaborarem com as autoridades, a mera previsão normativa do instrumento não é suficiente a efetividade do programa de leniência, que depende, segundo a doutrina, da existência de condições que assegurem atratividade e segurança jurídica.

Nesse contexto, considerando o cenário brasileiro, em que há multiplicidade de instâncias de controle e de esferas de responsabilização por atos de corrupção, o sucesso do programa demanda a atuação harmônica e coordenada das autoridades.

Se é certo que o modelo de multiplicidade institucional tem suas vantagens, como reconhecem Tojal e Tamasauskas (2017, p. 6), pois “permite que se confira uma maior proteção ao seu sequestro por corruptos e corruptores, com vistas a imunizar a atuação no enfrentamento de situações de afronta à moralidade”, ele também pode ter efeitos colaterais, principalmente num contexto de corrupção sistêmica, em que há natural desconfiança entre as diversas autoridades, criando mais embaraços para a operacionalização do programa de leniência (TOJAL; TAMASAUSKAS, 2017).

Assim, o grande desafio do modelo de multiplicidade institucional, como parece ser consenso na doutrina e manifestações das autoridades, é solucionar a atuação desarticulada e disputa entre as autoridades que, como visto, pode comprometer a segurança jurídica e criar desincentivos para a colaboração das pessoas jurídicas infratoras. Essa é a conclusão a que chegam Simão e Vianna (2017, p. 230), ao afirmarem que “Provavelmente o ponto que mais dificultou a efetivação dos acordos de leniência foi a incapacidade dos órgãos públicos envolvidos articular de forma adequada e encontrar uma solução viável para sua implementação”.

A partir da análise de duas questões concretas – o tratamento do sigilo e do compartilhamento de provas e os efeitos dos acordos de leniência sobre a atuação do

TCU –, ainda há muita insegurança jurídica, não obstante os esforços dos órgãos e manifestações das autoridades reconhecimento da necessidade da solução interinstitucional, o que é comprovado pela judicialização das questões.

9. REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática* — CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 394p.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Submissão de acordos de leniência ao TCU necessita de esclarecimentos*. Revista Consultor Jurídico, 23 de fevereiro de 2015, 6h56. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/ana-barcellos-submissao-acordos-leniencia-tcu-gera-duvidas>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR*, de setembro de 2017. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo-tecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2019.

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2016. Cap. 10. p. 337-373.

MARRARA, Thiago. *Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: modalidades, regime jurídico e Problemas Emergentes*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 3 jul. 2015.

_____, Thiago. *Comentários ao art. 16*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2018. p. 187-227.

MOREIRA, EgonBockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. *Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, descondiçõesocietária, acordos de leniência e regulamentos administrativos*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set.2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204512>>. Acesso em: 3 out. 2018.

ROSILHO, André. *Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorruptao>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

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

SOUZA, Jorge Munhós de. *Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção*. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2016. Cap. 7. p. 187-241.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Controle sabotando controle. Negociação de acordos de leniência com empresas da Lava Jato mostra alguns defeitos do sistema*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/control-sabotando-control-22032017>>. Acesso em: 07 out. 2019.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. *A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto*. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração Premiada* (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2017. Cap. 10. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/138401991/v1/document/142122842/anchor/a-142122842>>. Acesso em 07 out. 2019.

VASCONCELOS, Beto Ferreira Martins; SILVA, Marina Lacerda e. *Acordo de leniência - A prática de um jogo ainda em andamento*. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração Premiada (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Cap. 12. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/138401991/v1/document/145677693/anchor/a-145677693>>. Acesso em: 07 out. 2019.

ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. *Acordos de Leniência e o papel do TCU*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, p. 153-168, jan/fev. 2018.