

## Acordos de Leniência e o Tribunal de Contas

Elísio de Azevedo Freitas<sup>1</sup>

Um dos assuntos que mais chama a atenção dos operadores do direito na atualidade, e que importa sobremaneira aos que se dedicam ao controle da administração pública, é o denominado *direito premial* – no qual se inserem os acordos de leniência e a colaboração premiada.

Sobre essa vertente do direito, importa colacionar reflexão de Rudolph Von Ihering, segundo o qual<sup>2</sup>:

Um dia, os juristas vão se ocupar do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas sobretudo no interesse superior da coletividade.

Esse trabalho se dedica ao acordo de leniência, e mais especificamente ao acordo de leniência previsto na lei anticorrupção, importando – para o enfoque que se pretende conferir – a visão do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre o instituto.

A doutrina, ao apreciar esses institutos, pondera que<sup>3</sup>:

A razão de ser desses institutos é simples: estimular a colaboração daqueles envolvidos na prática de atos ilícitos de forma a identificar outros infratores e evitar a reiteração das condutas ilícitas.

Trata-se de importante instrumento de investigação apto a dotar as autoridades de informações relevantes sobre atos ilícitos que não necessariamente seriam obtidas sem a celebração dos acordos.

Impende destacar, logo de início, a importância dos acordos de leniência para o combate e prevenção à corrupção, para a recuperação de ativos da Administração e, também, para redução do dispêndio de recursos públicos com persecução de infrações e gestão de processos, além da inegável economia de tempo – que pode ser materializada no tempo de todos os atores do setor público que precisariam trabalhar em um processo administrativo ou judicial tradicional, caso não houvesse a utilização de instituto de direito premial.

A respeito do combate e prevenção à corrupção, a possibilidade de que alguma das empresas envolvidas em atos de corrupção firme acordo de leniência, para fazer *jus* aos benefícios daí decorrentes, enfraquece o laço de confiança existente entre os

---

<sup>1</sup> Possui mestrado em Administração Pública pelo IDP, graduação em Direito pela UDF e especialização em Direito Legislativo pela UFMS e em Direito Processual Civil. Atualmente é mestrando em Economia pelo IDP, advogado e consultor na área de Controle Externo, especializado em Tribunais de Contas e em Licitações Públicas e Procurador de Assistências Judiciária do Distrito Federal.

<sup>2</sup> Ihering, Rudolf Von. A Luta pelo direito. 23. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 73.

<sup>3</sup> Zymler, Benjamin. Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo / Benjamin Zymler, Laureano Canabarro Dios. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 147.

diversos coautores envolvidos no ato, gerando instabilidade e enfraquecimento da ação ilegal.

Embora a celebração do acordo de leniência isente a pessoa jurídica de certas sanções e reduza em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável, ele não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

A questão da obrigatoriedade da reparação integral do prejuízo ao erário já foi tratada algumas vezes pelo Tribunal de Contas da União, principalmente sob o prisma de que os valores de ressarcimentos calculados por outros órgãos não restringirem a avaliação do TCU, que utiliza outros critérios de cálculos do débito (prejuízo ao erário quantificado).

Possível indagar-se, do ponto de vista acadêmico, se a lei poderia ser criticada sob o ângulo dos benefícios à empresa que se disponha a firmar um acordo de leniência, examinando-se se os benefícios seriam suficientes para encorajar a empresa a assumir os riscos e responsabilidades de suas condutas ilegais.

Com efeito, a Lei Anticorrupção – ou Lei da Empresa Limpa – prevê isenção quanto à obrigatoriedade de publicação extraordinária da decisão condenatória, prevista em seu inciso II do artigo 6º.

Além disso, estabelece que a empresa que firmar acordo de leniência ficará isenta da sanção relativa à 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.

Soma-se a isso uma redução considerável da multa aplicável em 2/3 (dois terços) de seu valor.

Não podemos deixar de trazer para a reflexão sobre o acordo de leniência, ainda, o contexto no qual ele se insere. É certo que o combate à corrupção (com a punição e exposição de grandes empresas de diversos setores, em especial do setor de infraestrutura) e a exigência por mecanismos de *compliance* nas empresas, são assunto que estão entre os que se apresentam para que as empresas tenham segurança jurídica, a caminhar no sentido de fortalecer seus programas de integridade, para que se estabilizem as tensões entre principal e agente.

O problema principal-agente diz respeito à relação na qual um principal, no caso o acionista de uma empresa, confere a alguém que possui habilidades para conduzir seus negócios – o executivo – a responsabilidade e os poderes para agir por si.

Essa relação é permeada por assimetria informacional, porque o agente acaba a ter acesso a informações que o principal não dispõe. Desta forma, o estabelecimento de um eficiente programa de integridade protege a empresa e o principal.

Assim, acima dos benefícios previstos expressamente na Lei 12.846/ 2013, o que se precisa avaliar é que as empresas que queiram se inserir na dinâmica de relação íntegra com a Administração, segura para gestores (agente) e acionistas (principal), caso esteja envolvidas nas ações previstas na referida norma, tem no acordo de leniência um instrumento tendente a garantir – até mesmo – sua sobrevivência no mercado.

Esse artigo não tem como realizar uma avaliação empírica confiável – com base em método quantitativo –, nem se destina a isso; mas a observação dos últimos fatos, com investigações contra presidentes e ex-presidentes da República (apenas para dar exemplo de como atinge autoridades da República) e as ações efetivas contra algumas das maiores sociedades empresárias, por exemplo, do ramo de infraestrutura do país, é

um dado que não pode ser desprezado, a apontar no sentido da observância das normas e na tentativa de minimizar riscos – o que pode ser buscado pelos mecanismos do direito premial.

Como destacado em excerto de uma das obras pesquisadas para esse trabalho, o acordo de leniência é “importante instrumento de investigação apto a dotar as autoridades de informações relevantes sobre atos ilícitos que não necessariamente seriam obtidas sem a celebração dos acordos”<sup>4</sup>.

Sobre a necessária harmonia entre os institutos de direito premial e os órgãos de controle em busca de segurança jurídica, vale colacionar a seguinte reflexão<sup>5</sup>:

A nosso ver, a conciliação entre os três institutos será possível e dependerá dos esforços de coordenação entre os órgãos competentes no caso concreto, bem como da atuação dos proponentes e seus procuradores. Por se tratar de um desafio recente, por algum período inicial, é possível que algumas dúvidas existam, mas à medida que os primeiros casos forem surgindo e a prática, bem como a jurisprudência, se consolidando, a imperiosa segurança jurídica se sobressairá, em benefício de toda a sociedade. Aos advogados que representam as pessoas jurídicas e/ou físicas, caberá analisar previamente a “predominância” do tipo de ilícito, de modo que o proponente à colaboração premiada direcionará seu pedido ao Cade, ao Ministério Público e/ou à Controladoria Geral da União (CGU)/Tribunal de Contas da União (TCU).

O Tribunal de Contas da União é um órgão que possui competência constitucional para apreciar irregularidades que acarretem prejuízo ao erário, podendo punir pessoas físicas e jurídicas, julgar suas contas irregulares e condena-las ao ressarcimento de prejuízos causados.

Importante visão sobre esses instrumentos é elaborada pelo Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, em voto proferido perante o Plenário do TCU:

Esses acordos, portanto, somente podem ser entendidos sob os contornos traçados pelos objetivos de responsabilização, de forma a criar mecanismo colaborativo por parte de potenciais delatores, a propiciar a potencialização do esforço investigativo, pela apresentação de informações verdadeiramente úteis para a investigação e para a produção de provas, no que concerne à recuperação de valores frutos dos atos lesivos e à identificação e responsabilização desejável de todos os envolvidos.

13. Para tanto, em prol de uma efetiva colaboração nas investigações, abre-se mão de punições ao delator-colaborador, permitindo-se, quanto a esse, leniência quanto à punição em relação às infrações de que participou, em face não apenas de sua “confissão” quanto à participação nos ilícitos, mas principalmente em razão dessa colaboração. Logo, diferentemente do que possam vir a pensar, a respeito dessa

---

<sup>4</sup> Zymler, Benjamin. Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo / Benjamin Zymler, Laureano Canabarro Dios. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 147.

<sup>5</sup> Athayde, Amanda e de Grandis, Rodrigo. Programa de Leniência Antitruste e Repercussões Criminais: Desafios e Oportunidades Recentes. In A Lei 12.529/2011 e na Nova Política de Defesa da Concorrência. Organizados Vinicius Marques de Carvalho. p. 299.

novel produção legislativa, não se trata de direito às empresas ao abrandamento das sanções cabíveis, mas instrumento a serviço da administração, para utilizá-lo, se útil às suas apurações. Não há espaço, nessa lei, para interpretações que conduzam a crer que ela contém benefício a empresas praticantes de ilícitos contra a Administração Pública, pois o objetivo último é justamente o contrário, pois visa garantir a punição exemplar dos infratores, com a identificação de todos os envolvidos. E, quando essa identificação for fruto de acordo de leniência, com permissivo de exclusão ou atenuação da punição da empresa colaboradora com as investigações, o que se dá em troca da colaboração bem sucedida, e no interesse público maior, é o livramento parcial ou total das punições ao colaborador.

14. Bem por isso que a própria lei impõe condicionantes à concessão de imunidades a algumas das sanções nela previstas e à mitigação de outras, haja vista que a celebração do acordo deve ser favorável ao interesse público e não ao interesse privado das empresas infratoras pelo simples arrependimento ou pela colaboração não efetiva ou não útil ao processo investigativo. A utilidade deve ser vista, ainda, a meu ver, como aquela capaz de punir o máximo de participantes dos atos lesivos, com maior número de provas e com maior probabilidade de ressarcimento da integralidade dos prejuízos causados.

Com efeito, observa-se que essa interlocução é importante e pode auxiliar o trabalho dos diversos órgãos, como foi mencionado em processo de fiscalização (acompanhamento) do Tribunal de Contas da União relativo à fraude em licitação para contratações de eletromecânica em Angra 3, conforme expõe o Ministro-Relator Bruno Dantas:

36. Neste caso, ao contrário, as graves ocorrências ora em apreciação somente vieram à tona com essa intensidade em virtude das informações carreadas aos autos por uma das empresas, primeiro, junto ao Cade e ao MPF, e, posteriormente, perante este Tribunal, a qual não só relatou os fatos ocorridos, como assumiu sua participação e entregou as provas e os demais responsáveis.

(...)

39. Chamo a atenção então para este fato: esta ação de controle foi viabilizada a partir da conjunção entre colaboração de uma das empresas infratoras e compartilhamento de informações pelos outros órgãos. De fato, qualquer estratégia de combate à corrupção que se pretenda minimamente efetiva deve perpassar necessariamente por dois pilares: uma estrutura de estímulos e incentivos para que agentes infratores sintam-se fortemente impelidos a cooperar com as apurações promovidas pelo Estado e um desenho institucional que permita o diálogo permanente e a atuação coordenada entre os diversos órgãos de controle estatais. (grifos acrescentados)

A interação entre os órgãos de controle na formação e fiscalização dos acordos de leniência, com respeito às suas competências, precisa ser objeto de revisão em legislação futura.

Sobre esse aspecto do assunto que se está a estudar, há artigo publicado pelo Ministro Bruno Dantas do TCU<sup>6</sup>:

A Constituição de 1988 trouxe um arranjo institucional complexo, no qual algumas tarefas são exclusividade de certos órgãos do Estado e outras devem ser realizadas concorrentemente por mais de um. O constituinte fez clara opção por reforçar o sistema de controle da administração pública e aí que se insere o atual debate sobre os acordos de leniência no âmbito da operação "lava jato".

E complementa, no artigo já citado:

A lei atribuiu com exclusividade à CGU a negociação e assinatura de acordos de leniência. Nada mencionou nesse ponto sobre Ministério Público (MP) ou Tribunal de Contas da União (TCU). Ocorre que as competências dessas instituições não emanam de leis ordinárias, mas da Constituição (artigos 129 e 70, respectivamente), norma hierarquicamente superior.

Portanto, regras básicas de hermenêutica jurídica ensinam que o silêncio da lei ordinária não poderia afastar a atribuição do MP de celebrar acordos de leniência no âmbito judicial nem a do TCU de fiscalizar acordos celebrados na esfera administrativa.

(...)

Cabe um esclarecimento importante: quando acordos de leniência são pactuados pelo Ministério Público, suas cláusulas são imunes à apreciação administrativa do TCU, pois representam expressão da atividade-fim daquela instituição e seu controle somente pode se dar pela via judicial. Acordos celebrados pela CGU, no entanto, têm natureza administrativa, e justamente por isso se sujeitam integralmente ao controle administrativo do TCU.

As competências do TCU são estabelecidas pelo art. 71 da Constituição e regulamentadas pela Lei 8.443/1992, a qual em seu art. 3º prevê no âmbito de sua competência e jurisdição lhe assiste poder regulamentar, para expedir atos normativos adstritos a matérias ligadas as suas atribuições e organização dos processos que lhe devam ser submetidos.

Com fundamento em seu poder regulamentar, o TCU editou a Instrução Normativa (IN) 74/2015, a qual “dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União, com base no art. 3º da Lei 8.443/1992, quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da LAC”.

A IN 74/2015/TCU sofre questionamento quanto a sua constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal pela ADI 5.294/DF, ainda pendente de julgamento. Entretanto,

---

<sup>6</sup> <https://www.conjur.com.br/2017-dez-28/bruno-dantas-acordos-leniencia-limites-atuacao-orgaos>

a manifestação do Ministério Público, de lavra do então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, foi no seguinte sentido:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA 74/2015, DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). ATO REGULAMENTAR. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. FISCALIZAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DO TCU PARA CONTROLE EXTERNO DE ATOS QUE POSSAM GERAR LESÃO À ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO E COM NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. (...) 3. É compatível com o regime constitucional do controle externo do TCU a edição de ato regulamentar que discipline remessa de documentos e informações de seu interesse institucional, com estabelecimento de prazos e de multa por descumprimento injustificado. 4. Parecer pelo não conhecimento da ação e, sucessivamente, pela improcedência do pedido.

Entre os diversos instrumentos de fiscalização que o TCU dispõe – levantamento, inspeção, auditoria, acompanhamento e monitoramento (arts 238 a 243 do seu regimento interno) –, ele exerce essa atividade fiscalizatória por meio do acompanhamento.

Não podemos deixar de destacar que a IN 74/2015 impõe a aprovação pelo Tribunal como condição necessária para eficácia dos atos subsequentes<sup>7</sup>.

Ademais, como as competências do TCU possuem matriz constitucional, a Corte de Contas não fica vinculada ao conteúdo do acordo de leniência e poderá aplicar as sanções previstas em seus normativos, além de calcular o prejuízo ao erário segundo seus critérios, impondo o ressarcimento de valores adicionais aos estabelecidos nesses pactos – o que traz insegurança jurídica ao instituto.

## Referências

ATHAYDE, Amanda e de Grandis, Rodrigo. Programa de Leniência Antitruste e Repercussões Criminais: Desafios e Oportunidades Recentes. In A Lei 12.529/2011 e na Nova Política de Defesa da Concorrência. Organizados Vinicius Marques de Carvalho.

IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo direito. 23. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ESPIÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. [Orgs.] Delação Premiada: Estudos em Homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ZYMLER, Benjamin. Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo / Benjamin Zymler, Laureano Canabarro Dios. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

---

<sup>7</sup> Zymler, Benjamin. Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo / Benjamin Zymler, Laureano Canabarro Dios. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 172.