

## Perspectivas para a segurança jurídica dos acordos de leniência

O acordo de leniência, previsto na Lei nº 12.846/2013 (também denominada de Lei Anticorrupção (LAC)), sem dúvida alguma representa uma das maiores mudanças de paradigmas do direito brasileiro, especialmente do direito administrativo sancionador, uma vez que alterou as bases de uma atuação estatal fundada na imperatividade, irrenunciabilidade e coercibilidade para uma lastreada na cooperação com os particulares, de modo a buscar maior eficiência na obtenção de resultados com o menor dispêndio de recursos na solução de casos que envolvam atos ilícitos praticados contra a Administração Pública.

Spacca



Por ter representado a leniência uma profunda alteração nas

bases do direito administrativo sancionador brasileiro, passados cinco anos de sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, é de se indagar em qual estágio presentemente o instituto se encontra. Atingiu o grau de amadurecimento necessário, capaz de assegurar a necessária segurança jurídica a quem dele se serve? Tornou-se apto a cumprir os fins para os quais foi concebido?

Para encontrar as melhores respostas, impende revisitar rapidamente a própria evolução experimentada pelo acordo de leniência desde sua implantação, que, frise-se desde logo, vivenciou marchas e contramarchas. Com efeito, não foram poucas as turbulências verificadas, decorrentes, precipuamente, da disputa entre os vários órgãos estatais competentes para celebrá-lo. Também concorreu para muitas das dificuldades incorridas a diversidade de pretensão que cada órgão público buscava retirar do acordo, além da própria dificuldade de compreensão pelo Poder Judiciário.

É de se adiantar, no entanto, que o acordo de leniência, mais recentemente, vem se aproximando de seu ponto de equilíbrio, na exata medida em que uma maior atuação concertada das instituições legitimadas a celebrá-lo tem se verificado, fato este, por outro lado, acompanhado de uma solidificação crescente de uma jurisprudência que tende a garantir os efeitos jurídicos do pactuado entre o Estado e a empresa.

Como se sabe, a leniência surge no direito brasileiro no campo concorrencial, especialmente no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no qual assume uma feição híbrida, uma vez que é destinada ao afastamento de sanções penais e administrativas àqueles que colaborarem com o Conselho. Em razão de ser um ambiente controlado, conduzido por uma instituição que detém a especialidade de atuação em relação ao tema, o instituto da leniência antitruste desenvolveu-se rapidamente e logo se tornou o pilar da Política Nacional de Proteção da Ordem Econômica no Brasil ante a sua capacidade de atuar de forma preventiva e reativa às práticas de cartel.

Posteriormente, com fundamento na experiência e recomendações internacionais em relação ao tema da corrupção, bem como no exemplo conferido pelo CADE em relação ao tratamento das práticas anticoncorrenciais, os mecanismos de resolução consensual de conflito ganharam destaque nas novas propostas de tutela dos ilícitos cometidos contra a Administração Pública, como os acordos de colaboração premiada destinados às pessoas físicas, disciplinados pela Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), e os acordos de leniência às pessoas jurídicas, estabelecidos pela Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

A ideia subjacente à leniência, assim como ao próprio acordo de colaboração premiada, refere-se à compreensão de que todos os agentes são racionais e agem movidos a maximizar seu interesse individual, definido em termos de cálculo de custos e benefícios. Dessa forma, a leniência funciona como um estímulo à empresa infratora para abandonar a conduta ilícita e colaborar com as autoridades, de modo que possa obter os benefícios e mitigar a incidência das sanções previstas em lei.

Entretanto, o início da aplicação da leniência veiculada pela LAC foi tortuoso, uma vez que as pessoas jurídicas que estavam dispostas a colaborar com o Estado não tinham a segurança de que efetivamente receberiam em troca os benefícios prometidos, mas sim apenas as sanções aplicáveis pelas instituições com atribuições para tanto, que não se mostravam<sup>[1]</sup> dispostas a atuar de forma coordenada e, principalmente, respeitando o pactuado.

Em razão desse cenário, buscou-se, num primeiro momento, alcançar uma solução macro ao problema da insegurança jurídica atinente aos acordos de leniência, o que se deu pela Medida Provisória nº 703/2015, por meio da qual foram realizadas modificações na Lei nº 12.846/2013 de modo a melhor integrá-la ao sistema jurídico, especialmente em relação à Lei de Improbidade Administrativa (LIA), bem como para definir critérios para o controle de tais acordos. Entretanto, devido ao cenário político conturbado, a desconfiança dos atos do governo à época e a novidade do instituto da leniência, algumas instituições estatais, com especial destaque ao Tribunal de Contas da União (TCU), rebelaram-se<sup>[2]</sup> contra tal medida, a qual acabou por perder a sua vigência e eficácia.

Isso obrigou advogados, membros do Ministério Público e demais agentes públicos envolvidos nas negociações a buscar, em suas atividades cotidianas, soluções destinadas a estabelecer a necessária segurança jurídica ao instituto por meio do desenho de cláusulas contratuais que garantissem a efetividade do pactuado, a comunicabilidade entre os acordos realizados e a integração da leniência com

---

as demais normas do ordenamento jurídico, num verdadeiro processo *learning by doing*.

Assim, no âmbito do Ministério Público Federal (MPF), a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (5ª CCR) vem estabelecendo entendimentos importantes por meio de estudos[3] e orientações sobre o tema, os quais têm orientado, ao menos no plano federal, as demais instituições colegitimadas a celebrar o acordo de leniência. Dentre algumas posições relevantes construídas ao longo desse processo, destacam-se a possibilidade de serem albergadas pelo acordo de leniência as sanções previstas na LIA (afastando-se, dessa forma, a vedação à transação prevista no artigo 17, 1º§ da Lei nº 8.429/92), bem como o reconhecimento do caráter transversal e pleno do acordo de leniência em relação às pessoas físicas relacionadas com a empresa leniente, de modo que os respectivos acordos de colaboração que venham a ser firmados devam guardar relação com a leniência da empresa colaboradora.

Por sua vez, a Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU) buscaram estabelecer, por meio da edição de normas infralegais (como a Instrução Normativa nº 02/2018), fórmulas objetivas para o cálculo dos valores referentes a multas, danos e enriquecimento ilícito decorrentes dos atos que integram os acordos de leniência.

Evidencia-se, nesse processo, que o distanciamento inicial entre a CGU/AGU e o MPF vem se desfazendo, o que viabiliza cada vez mais a celebração de acordos[4] em conjunto. Isso porque, na origem, os processos de negociação evoluíam de maneira separada em razão de as instituições vislumbrarem objetivos primários diversos com tais acordos. Enquanto o MPF possui o entendimento de que a leniência tem por escopo precípua a colaboração para as investigações, a CGU/AGU tem como objetivo principal a reparação dos danos causados pelos atos ilícitos praticados pela empresa leniente. Nesse sentido, tem-se chegado à conclusão de que os objetivos de cada instituição em relação aos acordos de leniência não são diversos e inconciliáveis, mas sim complementares, sendo que é perfeitamente possível aproveitar a expertise de cada instituição e celebrar um acordo conjunto que melhor atenda aos objetivos definidos pela LAC.

O Poder Judiciário, a seu turno, tem fixado a correta posição de defender a validade e a eficácia dos acordos de leniência celebrados quando atacados por outras instituições estatais. Nesse sentido, é importante destacar a jurisprudência que está sendo estabelecida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, mais especificamente por sua 3ª Turma, no sentido de que os efeitos do acordo de leniência às partes da relação contratual, não sendo assim possível demandar/sancionar a empresa leniente sobre os fatos albergados pelo acordo sem antes obter a declaração de nulidade do pactuado.[5]

Nessa seara, o STF também tem repellido, de modo a garantir a devida segurança jurídica ao instituto, as tentativas[6] do TCU de declarar a inidoneidade de empresas lenientes em decorrência de fatos que integraram seus acordos, tentativas essas que decorrem do manejo enviesado do entendimento segundo o qual a suposta competência da Corte de Contas não estaria vinculada à legislação infraconstitucional.

Por esse cenário, apesar de ter havido uma evolução no diálogo interinstitucional sobre o tema leniência, e do Poder Judiciário estar garantindo a efetividade dos acordos, defendendo-os de ataques realizados por diversas instituições estatais, é certo que ainda não se pode dizer que o processo de mudança de paradigmas estabelecido pela Lei nº 12.846/2013 chegou a uma fase de plena estabilização.

Remanesce ainda a necessidade de enfrentamento e resolução de algumas questões de modo a estabelecer a devida segurança jurídica aos acordos de leniência, como: a) definir os limites de atuação das Cortes de Contas, especialmente o TCU, em relação aos acordos e às empresas lenientes; b) transpor toda a experiência adquirida no plano federal (decorrente da Operação Lava Jato) aos demais entes federativos, de modo que os problemas relacionados aos acordos de leniência sejam resolvidos de maneira uniforme no país e; c) estabelecer mecanismos de sanção ao Estado caso não mantenha os benefícios acordados com a empresa leniente, necessidade esta que decorre da compreensão de que o acordo de leniência nada mais é do que um negócio jurídico bilateral e sinalagmático, no qual as partes possuem direitos e obrigações recíprocas, devendo assim, da mesma forma, estar sujeitas à sanção caso descumpram os termos acordados.

---

[1] É revelador dessa situação o MS 34.031- STF, impetrado pela AGU contra a determinação do TCU de encaminhamento de informações sobre acordos de leniência em trâmite pela CGU antes mesmo de suas assinaturas, determinação essa que foi derrubada pela Suprema Corte. Tentava claramente a Corte de Contas, amparada por um ato normativo próprio (Instrução Normativa nº 74/15, já alterada pela IN nº 83/18), estabelecer um mecanismo de controle prévio dos acordos de leniência, o que, na prática, significaria a usurpação da competência da CGU em relação à celebração dos acordos.

[2]<https://www.conjur.com.br/2016-jan-11/mp-debate-medida-provisoria-703-verdadeira-aberracao-juridica>

[3] Nesse sentido, dispõe o Estudo Técnico nº 01/2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>.

[4] Tome-se como exemplo o acordo de leniência realizado pela CGU/AGU e MPF com as agências de publicidade MullenLowe Brasil e FCB Brasil.

[5] O caso em questão referia-se à pretensão da Petrobras em continuar a mover uma ação de improbidade administrativa (nº 5027001-47.2015.4.04.7000/PR) contra a empresa Odebrecht S/A, após a União Federal, autora da demanda, requerer a sua extinção em razão de ter celebrado acordo de leniência com a referida empresa, o qual englobava os fatos discutidos na ação. Irresignada, na condição de litisconsorte, a Petrobras recorreu (AI nº 5042782-55.2018.4.04.0000/PR) contra a decisão que extinguiu o feito com resolução de mérito, alegando que permanecia o seu interesse processual e a pretensão pelo ressarcimento dos danos sofridos. A Terceira Turma do TRF da 4ª Região indeferiu o pleito da Petrobras por entender que o acordo de leniência celebrado é oponível a terceiros, inclusive contra demais órgãos do Estado, sendo que à Petrobras caberia impugnar o próprio acordo caso entendesse ser nulo, e não demandar a empresa leniente em sede de ação de improbidade administrativa.

[6] Vide acórdãos nº 483/2017 e nº 1036/2019, proferidos na Tomada de Contas nº 016.991/2015-0, referente à apuração de fraude à licitação para a construção da parte eletromecânica da usina nuclear de Angra 3.

**Date Created**  
05/09/2019

---