

Cooperação técnica em leniência: sinal (ou esperança) de novos tempos



Rodrigo Mudrovitsch
Advogado

Guilherme Pupe
Advogado

Foi alvo de ampla divulgação durante essa última semana

o acordo de cooperação técnica¹ assinado pelo Tribunal de Contas da União, pela Advocacia-Geral da União, pela Controladoria-Geral da União e pelo Supremo Tribunal Federal, sem que o tenha subscrito a Procuradoria-Geral da República.²

Independentemente das problematizações que o referido termo ainda merecerá — delas nos ocuparemos no futuro próximo —, reservamos este escrito em particular para enaltecer não somente a iniciativa, mas alguns dos aspectos endereçados no documento.

Como já pudemos apontar em diversos textos anteriormente, o instituto do acordo de leniência, mercê de seu vanguardismo, trouxe um leque de possibilidades institucionais para os agentes do nosso direito sancionador, tendo inegavelmente logrado produzir frutos importantes.

Da parte das empresas signatárias de leniência, sem embargo, foi possível notar que o instrumento foi sendo lapidado enquanto utilizado, não raro se convolvendo em patrocínio de grande insegurança jurídica emergente (i) da falta de prestígio aos termos do ajuste por outros *players* estatais, (ii) do uso indiscriminado de provas oriundas do acordo por agentes não aderentes, sob o argumento de que seu vazamento as tornaria fatos notórios, (iii) do desestímulo resultante do fato de que muitas vezes a celebração não punha fim a uma precificação das sanções, deixando em aberto discussões adicionais (seja perante a entidade vitimada, seja perante cortes de contas) sobre o valor do ressarcimento ao erário etc. Enfim, sobretudo os primeiros ajustes funcionaram como verdadeiro laboratório do instituto da leniência, de modo que o acordo de cooperação técnica em questão parece surgir como um freio de arrumação, anunciando novos tempos, o que em si já é positivo.



Em nossa visão, e em primeiro lugar, absolutamente salutar que o texto seja produto das instituições diretamente envolvidas com o tema. Diferentemente dos diplomas legais e suas regulamentações, o acordo em questão defluiu de ajustes entre aqueles que, da parte do Estado e em nível federal, estão na linha de frente do direito sancionador e que por isso são conhecedores dos complexos problemas surgidos nos últimos anos. Em segundo lugar, relevantíssimo que o termo surja na verdade como uma espécie de pacto, com as instâncias máximas de cada instituição convergindo em favor de um respeito recíproco acerca das atribuições de cada um e da natural existência de objetivos comuns.

Nessa linha, iniciamos mais minuciosamente nossos destaques pela fala do Ministro Presidente do TCU ao apresentar o texto, aduzindo que: "Até o momento, sempre que esses acordos envolviam dano ao erário, o instrumento ressaltava a competência do TCU de apontar, a posteriori, o valor final a ser ressarcido. Desse modo, diversos processos de tomadas de contas especiais continuaram sua tramitação no Tribunal, prolongando a discussão e a efetiva definição do montante a ser pago pela empresa leniente."

Indo além, afirmou o Presidente que: "Considerando que o valor final do débito, por nós aferido, não foi considerado no cronograma de pagamentos estabelecido durante a negociação do acordo de leniência, tem se verificado situações em que a capacidade de pagamento das empresas para honrar com esses valores restou comprometida, o que dificulta o esforço de execução judicial do acórdão condenatório."

A fala, muito ao contrário de simplória, é bastante simbólica. Discussões chegaram a ser alçadas ao STF sobre a legalidade de declaração de inidoneidade pelo TCU de empresas, inobstante subscritoras de acordos de leniência. Ainda hoje, são diversas as representações e tomadas de contas que ainda cuidam do ressarcimento ao erário que teria sido supostamente subestimado em acordos já celebrados e homologados. Adicionalmente, como já pudemos realçar neste espaço, mudanças conjunturais, as mais variadas, aliadas a esse verdadeiro incremento sancionatório trazido sob o signo de readequação do ressarcimento ao erário, têm imposto revisita a acordos de leniência, numa espécie de reequilíbrio econômico-financeiro, daí por que importante o ponto.

No que toca aos "Princípios aplicáveis aos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2013", enunciados no acordo de cooperação, ressaltamos o segundo, "da segurança jurídica, para que haja o devido incentivo à autodenúncia voluntária". Algumas posturas e decisões, no passado recente, não atentaram para uma visão consequencialista capaz de divisar, numa aparente autoproclamada defesa intransigente da coisa pública, um verdadeiro esvaziamento do instituto da leniência e, via de consequência, um desestímulo à sua celebração. O predicado da segurança é ponto de partida e de chegada do direito e o zelo para com ele deve ser constante.

O quarto princípio, de sua vez, trata da "inaplicabilidade pelas signatárias do ACT de sanções adicionais àquelas aplicadas ao colaborador no acordo de leniência, com fundamento nos fatos admitidos e nas provas diretas ou derivadas do acordo de leniência, com as consequentes restrições ao compartilhamento de prova com outros órgãos sem a garantia de não utilização em face do colaborador que as apresentou".



Já manifestamos aqui nossa preocupação com a questão das desmedidas independências — funcional endógena ou federativa exógena — com que alguns entes e órgãos operam. Notadamente em ilícitos muito abrangentes, é frequente o acionamento de distintas competências, com o debate sobre possíveis adesões ou rediscussões de termos somente ocorrendo *a posteriori*, quando já assumido um primeiro compromisso por companhias signatárias de leniências. Se, de um lado, as negociações ficam desbalanceadas (o ente aderente de certo modo já possuiu acesso, ainda que indireto e superficial, a elementos da narrativa delitiva), de outro, a não adesão ou fatalmente redundante em uso dos elementos, inobstante não adesão (a notoriedade é o rótulo normalmente utilizado), ou redundante em prova ilícitas por derivação (ainda quando o agente busque produzir provas outras que não as da leniência, fato é que, tendo acessado informações, se torna capacitado a direcionar suas diligências instrutórias).

O quinto princípio fala do "consenso entre as SIGNATÁRIAS DO ACT quanto à apuração e eventual quitação de danos decorrentes de fatos abrangidos no acordo, sem prejuízo da obrigatoriedade do ressarcimento integral do dano pelos fatos e circunstâncias não abrangidos no acordo".

Muitos dos primeiros acordos de leniência limitaram seu endereçamento às sanções oriundas da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade, sempre pondo a salvo, nos termos do primeiro diploma, o ressarcimento ao erário, que ficava flanando como rubrica pendente de preenchimento posterior. O problema acabava não sendo totalmente resolvido, porque não impedia a instauração de procedimentos perante cortes de contas ou ações de ressarcimento por parte das entidades vitimadas. Adicionalmente, dada a celebração da leniência, fato é que restava firmada uma pré-compreensão de autoria e materialidade, de modo que o valor, quando estimado — e muitas vezes superestimado — no bojo de ações diversas, desequilibrava as demais sanções já precificadas na leniência e se tornava muito difícil de rebater num contexto de visão formada acerca de culpabilidades. Não foi por acaso — obviamente que há diversos outros fatores — que inúmeras companhias amparadas por leniências ou faliram ou entraram em recuperação (extra)judicial.

O décimo segundo princípio trata da "cooperação internacional com a busca, sempre que possível, da coordenação entre autoridades em casos multijurisdicionais, a fim de se garantir o combate sistêmico à corrupção e ao suborno transnacional, bem como a adequada e proporcional recuperação de ativos correspondente a cada jurisdição". E aqui, talvez estejamos diante do mais recente capítulo envolvendo os imbróglios que orbitam o tema da leniência.

É que, mais recentemente, se tem observado, agora transnacionalmente, o mesmo problema antes restrito à seara doméstica: uso de informações e documentos sem adesão, cálculos desmedidos de prejuízos aos erários, perseguições com cariz ufanista etc. Muitas dessas cominações e cobranças fatalmente reverterão em decisões a serem homologadas e em execuções a serem manejadas perante a jurisdição brasileira, sendo premente que o Estado do Brasil seja bastante criterioso, em especial acerca do uso de provas oriundas da leniência, mas sem adesão ao ajuste. Dito de outro modo, a cooperação não pode se dar em mão única ou sem que Estados estrangeiros assumam compromissos, dentre os quais o de honrar o ajuste entabulado pela entidade leniente.



Avançando, o décimo terceiro princípio versa sobre a razoabilidade e a proporcionalidade, "sendo vedada a imposição de obrigações e sanções em medida superior àquelas condizentes ao atendimento do interesse público e à recuperação de ativos em montante suficiente à prevenção do ilícito e à justa indenização dos prejuízos ao erário, sempre prevalecendo a lógica de que o colaborador não pode estar nas mesmas condições do não colaborador, mas também não pode equiparar-se àquele que, desde o início, optou por não delinquir".

Por mais óbvio que possa soar, desnatura o instituto da leniência perceber que o não colaborador ostenta situação mais confortável que quem colabora — o que tem se observado, pontualmente. Da colegitimação de entes estatais para o acionamento da seara sancionadora não pode jamais decorrer investidas desproporcionais e nem, o que é pior, dupla apenação. Aliás, como consta do décimo quinto princípio do termo comentado, "a celebração do acordo de leniência suspende a aplicação de sanções pelas signatárias do ACT em relação ao objeto do acordo, extinguindo-se a pretensão punitiva com o cumprimento integral do acordo, bem como admitindo-se a possibilidade de compensação entre valores e rubricas de mesma natureza jurídica e relacionados aos mesmos ilícitos sancionados nas diversas esferas de responsabilização."³

Já nos direcionando para nossa conclusão, o termo de cooperação, a par dos princípios que enuncia, elenca ações sistêmicas e operacionais com as quais seus subscritores se comprometem. A segunda ação operacional, em especial, estabelece que, "visando a incrementar-se a segurança jurídica e o trabalho integrado e coordenado das instituições, a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União conduzirão a negociação e a celebração dos acordos de leniência nos termos da Lei n.º 12,846, de 2013, bem como, quando algum ilícito revelado na negociação envolver fatos sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas da União, lhe encaminharão informações necessárias e suficientes para a estimação dos danos decorrentes de tais fatos, observados os seguintes parâmetros: (1) a CGU, a AGU e o TCU buscarão parametrizar metodologia específica para apuração de eventual dano a ser endereçado em negociação para acordo de leniência (...)".

Por mais que as negociações, quanto mais *players* congregue, mais complexa se torne, o predicado da ação acima está em que os termos discutidos serão de antemão conhecidos, subsidiando a decisão empresarial (e jurídica) sobre ultimar ou não acordo. Atualmente — ou ao menos até pouco tempo —, o texto negociado era em certa medida ilusório, conduzindo a um ajuste, mas deixando o subscritor de leniência suscetível a diversas vulnerabilidades. Em sentido oposto, a assimilação negocial daqueles órgãos de controle referidos na ação em comento confere maior robustez ao ajuste e, conseqüentemente, proteção jurídica ao particular.

¹ <https://www.conjur.com.br/https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/tcu-aprova-termo-cooperacao-1.pdf>

² <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf>



3 Não discrepa, adicionalmente, a sexta ação operacional com a qual se comprometem os subscritores do acordo: “Sexta ação operacional: as SIGNATÁRIAS DO ACT buscarão estabelecer mecanismos de compensação e/ou abatimento de multas (sanções) pagas pelas empresas em condutas tipificadas em mais de uma legislação, assim como, para evitar pagamentos ou cobranças em duplicidade, procurarão estabelecer mecanismos de compensação e/ou abatimento de valores de ressarcimento quando destinados aos mesmos entes lesados e originários dos mesmos fatos.”

Meta Fields