

MS 35435 / DF

MANDADO DE SEGURANÇA 35.435 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**

IMPTE.(S) : **A.G.E.S.**

ADV.(A/S) : **FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO E OUTRO(A/S)**

ADV.(A/S) : **SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL**

ADV.(A/S) : **HUMBERTO THEODORO JUNIOR**

IMPDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

PROC.(A/S)(ES) : **AGU - RICARDO OLIVEIRA LIRA**

PROC.(A/S)(ES) : **AGU - CRISTIANE CARDOSO AVOLIO GOMES**

ADITAMENTO AO VOTO

**Manifestação Conjunta nos
MS 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e M 36.526**

A título de aditamento ao meu voto, gostaria de tecer algumas considerações sobre os desafios impostos pela atuação de múltiplas entidades de controle na celebração e na negociação dos acordos de leniência da Lei 12.846/2013.

Embora a multiplicação de normas proibitivas em esferas de naturezas jurídicas independentes tenha sido percebida como importante avanço no combate à corrupção¹, as experiências de implementação desses acordos, sobretudo no âmbito dos desdobramentos da Operação Lava-Jato, passaram a evidenciar que as sobreposições desses múltiplos regimes impõem desafios de cooperação institucional entre as diversas entidades

¹ Por todos, cf. CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case. *Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 62, p. 56–65, 2016, p. 59.

que, sob diferentes enfoques, buscaram a implementação de programas de leniência próprios².

As circunstâncias fáticas dos casos subjacentes a esses Mandados de Segurança demonstram que a implementação da LAC tem se desdobrado a partir de intrincadas redes de sobreposições, redundâncias e conflitos entre esses atores estatais, cujas fricções, ao fim e ao cabo, redefinem profundamente as disciplinas legais abstratamente concebidas.

Considerando que as deficiências da descoordenação institucional já eram há muito percebidas não só na doutrina como por este Tribunal, após o início do julgamento dos casos em tela em maio de 2020, a Presidência do Supremo Tribunal Federal tomou a iniciativa de capitanear a celebração de um Acordo de Cooperação Técnica envolvendo a AGU, a CGU, o TCU e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, o qual foi assinado em setembro de 2020, ainda sob a gestão do eminente Ministro Dias Toffoli.

O ACT traz notáveis avanços no regime de cooperação ao prever o procedimento de cumprimento dessa obrigação entre as entidades envolvidas na aplicação da LAC e as salvaguardas necessárias para a preservação do sigilo das informações compartilhadas.

O Acordo regulamenta o compartilhamento dessas informações tanto no estágio anterior à celebração do acordo quanto no estágio posterior. Ainda na fase de negociação dos acordos perante a CGU/AGU, o TCU será comunicado para que se manifeste em até 90 (noventa) dias acerca da possibilidade ou não de instaurar ou extinguir procedimentos de sua competência voltados à cobrança do dano em face da colaboradora.

Embora referido acordo represente um grande avanço na racionalização institucional do combate à corrupção, chamo a atenção para o fato de que as principais controvérsias jurídicas veiculadas nos casos em tela envolvem dificuldades de delimitação do regime jurídico do chamado “Acordo de Leniência do MPF”.

A despeito do amplo uso desse instrumento pelo *Parquet*, considero que este instrumento precisa urgentemente passar por uma re-

² MENDES, Gilmar Ferreira e FERNANDES, Victor Oliveira. *Acordos de Leniência e Regimes Sancionadores Múltiplos: Pontos de Partida para uma Integração Constitucional*. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. (Coord.) *Inovações no Sistema de Justiça*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2021 (no prelo). Salienta-se que o presente aditamento de voto reproduz livremente trechos do referido artigo acadêmico.

conceptualização, inclusive a partir de eventuais soluções de *lege ferenda*, a fim de que sua utilidade no combate à corrupção possa ser compatibilizada com os princípios constitucionais da legalidade, da segurança jurídica e da proibição de punição dupla.

Permito-me fazer uma breve digressão sobre as incongruências e lacunas do regime jurídico do acordo de leniência do MPF. Faço isto, repiso, com o espírito de sinalizar a necessidade de se buscar soluções legislativas para os problemas que são concretizados nos Mandados de Segurança em exame.

Como destaquei em meu voto, nem a Lei do CADE nem a Lei Anticorrupção atribuíam ao Ministério Público a possibilidade de negociar acordos de leniência. Diante da ausência de previsão legal expressa, a construção do chamado Acordo de Leniência do MP remonta a uma interpretação extensiva do ordenamento jurídico idealizada nos primeiros anos de atuação da antiga Força-Tarefa da Lava-Jato em Curitiba.

A origem do instituto é bem explicada por Raquel Pimenta em obra seminal sobre o tema oriunda de Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)³.

Para elaboração desta tese de doutoramento, a autora realizou entrevistas com membros do Ministério Público Federal, entre eles com o então Procurador da República Carlos Fernando dos Santos Lima. O ex-Procurador que explicou a iniciativa em entrevista concedida em 22 de outubro de 2018:

“(...) Essa ideia de leniência nem passava pela nossa cabeça. Mas diante da natureza das nossas investigações, nós estávamos com questões de Direito Econômico, era um cartel das empreiteiras e nós tínhamos um colaborador que falava sobre esse cartel. Então de alguma forma nós nos aproximamos do CADE. (...) E nesse episódio de aproximação com o CADE, eu comecei a ler a respeito dos acordos de leniência. Eu li os do CADE e os da Lei Anticorrupção e cheguei à conclusão que era possível que o MP tivesse um papel importante a desenvolver

³ PIMENTA, Raquel de Mattos. *A Construção dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção*. São Paulo: Blucher, 2020, p. 93–97, p. 95

nesses acordos. (...) Não sei se você sabe, mas eu e o Vladimir Aras desenvolvemos os primeiros acordos de colaboração premiada em crimes de colarinho branco, ainda em 2003, ainda quando não existia legislação.

(...) Então nós já tínhamos uma experiência de que muitas vezes o sistema, a legislação diretamente não nos dava esse papel, mas que era possível construir dentro do sistema uma interpretação de que nós tínhamos um papel primeiro nas colaborações de colarinho branco e agora na leniência, porque era evidente que a Lei Anticorrupção era frágil, ela não tinha elementos suficientes para atrair a empresa para um acordo. (...) Por quê? Porque no Brasil existe, sobre o fato desse tipo de crime de colarinho branco, especialmente sobre a investigação da Lava Jato, a empresa está envolvida em crimes financeiros, crimes econômicos, crimes tributários, corrupção, lavagem de dinheiro e a Lei Anticorrupção não resolve o problema ou não dava um arcabouço suficientemente bom para incentivar a empresa a vir. Além disso, ela só tratava das multas da Lei Anticorrupção. Como tem todo esse arcabouço de incidências jurídicas de diversas pessoas e ordenamentos diferentes, a pessoa se sujeitava, se revelasse os fatos, a multas de diversas ordens e à penalização criminal dos seus principais agentes, que, no caso do Brasil, diferente dos EUA, são normalmente familiares, donos das empresas. Como nós temos uma estrutura societária normalmente de empresas familiares, qual era o incentivo da empresa revelar algo que correspondia, na verdade, a um crime dos seus proprietários e que, ao mesmo tempo, não dava nenhuma proteção? Nesse ponto, a lei do CADE tem uma estrutura melhor porque dá essa proteção penal. Aí, observando a prática do CADE, eu observei que, apesar da lei não falar nada sobre intervenção do MP, o CADE chama o MP para assinar os acordos. (...) Mas se não estava lá, minha primeira pergunta [era] por que o MP estava intervindo se ele não está na lei? Se ele não está lá, eu também não estou aqui, mas se ele vai lá, eu também posso ir aqui. O raciocínio jurídico não é de muita complexidade. Eu já tinha a experiência de que se você tem um arcabouço do sistema que suporte e você tem um bom motivo, que no caso

eram as investigações da Lava Jato, você deve tentar. Então nós resolvemos, basicamente eu resolvi, fazer esse acordo e convenci os colegas.”

Ainda na obra de Raquel Pimenta, transcreve-se entrevista concedida pela Procuradora Regional da República Samantha Dobrowolski que explica como os colegas conseguiram desenvolver a tese da legitimidade do MPF a partir de uma sagaz interpretação da intertemporalidade da LAC e da Lei de Improbidade embora esta, à época, expressamente vedasse a celebração de acordos:

“Os colegas se deram por competentes porque você poderia ter uma leitura que nós não temos essa atribuição direta, ela é supletiva [na LAC]. Mas o que foi feliz para eles é que nos casos iniciais não tinha como incidir a Lei Anticorrupção com suas penas administrativas. Porém, poderia ser usada a Lei de Improbidade [Administrativa]. Então, eles tiveram essa grande sacada que o instituto tinha um aspecto procedimental formal e ele retroagiria para aplicar as penas da improbidade. Aí o Ministério Público tem uma vasta experiência na matéria, é colegitimado. (...) Os colegas mais antigos ali na Força Tarefa tinham essa bagagem, então você transpõe o mesmo raciocínio básico de colaboração e cooperação do imputado, do indiciado, réu, com o Estado do criminal para o civil com as peculiaridades de cada área. Aí eu acho que eles viram que era um mundo junto com as questões dos cartéis, viram que era um mundo de possibilidades e funcionou.”

Atualmente, a possibilidade de o MPF celebrar acordos de leniência busca fundamentação em um arco normativo centrado na legitimidade do MPF para a proteção da probidade administrativa e para a proteção do patrimônio público e social, como disposto no artigo 129, inciso III e artigo

37, parágrafo 4º, da Constituição Federal⁴. Somam-se a isso a identificação do perfil generalista da atuação do MP, que poderia conferir transversalidade às políticas de leniência.

Salienta-se que, além de entender ser parte legítima para a celebração de acordos próprios, o MPF considera que a sua participação nos acordos de leniência celebrados com a AGU/CGU seria sempre mandatória, uma vez que as condutas tipificadas na Lei Anticorrupção configuram ilícitos penais⁵.

Daí porque, recentemente, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão entendeu que o MPF não deveria aderir aos termos do recente Acordo de Cooperação Técnica AGU/CGU/TCU/MJSP/STF, já que, na visão da referida Câmara, o acordo estaria calcado “em uma inadequada interpretação literal da Lei nº 12.846/2013, de modo a cancelar a pretendida ausência de atribuições do MPF para negociar e celebrar acordos de leniência, no marco de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção”⁶.

Ainda que as orientações da 5ª CCR tentem ser ao máximo possível exaustivas, há pontos claros de incompatibilidade com o regime da Lei 12.843/2013 que suscitam dúvidas quanto à possibilidade de invocação desse regime legal. A ausência de uma previsão normativa exauriente

⁴ O Estudo Técnico 01/2017 da 5ª CCR/MPF dispõe que: “o Ministério Público detém legitimidade para celebrar o acordo de leniência, nos mesmos moldes que a lei autoriza a autoridade administrativa a fazer. E assim deve ser porque ao órgão ministerial foi, inclusive, conferida a atuação subsidiária pela própria LAC – como guardião e garante -, quando verificada a omissão da autoridade administrativa, como deflui dos termos do artigo 20 da LAC. A legitimidade do Ministério Público decorre ainda de sua posição institucional de independência, em relação às autoridades administrativas, livre de qualquer intervenção hierárquica sobre sua atuação finalística, o que decorre de seu perfil constitucional autônomo, fundado nas prerrogativas que asseguram a seus Membros independência funcional, inamovibilidade e vitaliciedade” (BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Estudo técnico n. 01/2017 - Estudo sobre inovações da Lei 12.846 e o papel do Ministério Público nos acordos, p. 1–131, 2017, p. 75).

⁵ Como observa Amanda Athayde “apesar de não haver qualquer dispositivo legal que exija a participação do Ministério Público nos Acordos de Leniência Anticorrupção, dado que estes possuem efeitos tão somente administrativos, o Estudo Técnico nº 01/2017 da 5ª CCR argumenta que as condutas apuradas na Lei Anticorrupção podem configurar ilícitos penais. (...) Assim, a indissolúvel associação da Lei Anticorrupção e a responsabilidade penal tornaria insustentável que o Ministério Público e o Poder Judiciário fossem postos à margem das fases de detecção e seleção de casos atribuídos e submetidos a seu exercício funcional típico” (ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 258–261).

⁶ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica n 02/2020 - 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Sobre o Acordo de Cooperação Técnica assinado pela AGU, CGU, TCU e MJ, em 06.08.2020, com participação do STF, em relação aos Acordos de Leniência, da Lei n 12.846, de 2013., p. 1–47, 2020, p. 45.

acerca das hipóteses de cabimento do acordo levanta a questão sobre se todo e qualquer ato potencialmente redutível ao conceito de ato lesivo à administração pública poderia ser transacionado pelo MP independentemente do seu enquadramento em norma penal. Além disso, a própria atribuição da competência para celebração dos acordos de leniência a qualquer membro do MPF (item 1 da Orientação 07/2017) não se submete à lógica da lei anticorrupção de elencar como legitimado apenas a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública⁷.

Além da ausência de previsão legal expressa para celebração dos acordos, outro ponto que suscita forte insegurança jurídica quanto ao regime de leniência do MP se refere à irradiação dos efeitos da celebração desses acordos para a esfera penal.

Como descrito anteriormente, o regime de responsabilidade cível e administrativa previsto no LAC incide tão somente sobre pessoas jurídicas que praticam atos lesivos ao poder público. Pela legislação vigente, o acordo de leniência da LAC, a princípio, somente poderia gerar benefícios a essas entidades. Essa restrição, aliás, é apontada na doutrina como um dos principais fatores de desincentivos à adesão aos programas de leniência da CGU/AGU, dado que, após a celebração do acordo, a pessoa física relacionada a empresa poderia se tornar exposta à eventual responsabilização criminal.

A despeito dessa limitação legal, o MPF passou a contemplar a possibilidade de estender os efeitos do acordo de leniência às pessoas naturais⁸. Nas hipóteses em que essas pessoas são integradas ao negócio jurídico, o *Parquet* compromete-se, além dos benefícios da LAC a não

⁷ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Política de Leniência e a Segurança Jurídica Conferida pela Advocacia-Geral da União. *Publicações da Escola da AGU*, v. 10, n. 3, p. 63–84, 2018, p. 71.

⁸ Ressalta-se, a esse respeito, previsão constante de nota técnica da 5ª CCR/MPF: “no âmbito do MPF houve a busca incessante de superar um incontestável desincentivo aos Acordos de Leniência, que estava na ausência de extensão dos benefícios dos acordos às pessoas físicas, coautoras de atos ilícitos, mas que também se dispõe a colaborar na esfera civil” (BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica n 1/2020 - 5 Câmara de Coordenação e Revisão sobre Termos de Adesões ou Subscrições de pessoas físicas em Acordos de Leniência, celebrados pelo MPF, nos termos da Lei n 12.846 e da Lei n 8.429, no domínio da improbidade administrativa, p. 1–56, 2020, p. 11).

apresentar denúncia contra as pessoas físicas relacionadas à pessoa jurídica signatária⁹.

Ou seja, **no meio do caminho entre o acordo de leniência de natureza cível e administrativa (idealmente ancorado na LAC e na lei de improbidade) e o acordo de colaboração premiada da esfera criminal (previsto na Lei 12.850/2013), a prática institucional do MP foi delineando uma forma de contemplar, nos acordos de leniência, as repercussões penais dos ilícitos administrativos e cíveis**¹⁰.

Essa “solução” do MPF foi implementada em diversos acordos de leniência firmado com empreiteiras investigadas na Operação Lava-Jato. Já no primeiro acordo celebrado com a empresa SOG, o *Parquet* obrigou-se genericamente a “*não propor qualquer ação de natureza criminal pelos fatos e/ou condutas relevadas em decorrência do Acordo de Leniência*” contra os “*prepostos, dirigentes ou acionistas*” da empresa que subscrevessem o termo de leniência¹¹.

Em acordos posteriores, a ampliação dos benefícios do acordo de leniência para a esfera criminal foi sendo construída a partir dos chamados “*Termos de Adesão ou Subscrição de Pessoas Físicas*”. Trata-se de acordos acessórios firmados com os mesmos fundamentos do acordo principal e, por meio do qual, pessoas naturais que inicialmente não eram signatárias

⁹ O item 7.2 da Orientação nº 7/2017 prevê, no item relativo às partes do acordo: “se for o caso, previsão da possibilidade de adesão ao acordo, durante prazo específico, por parte de empresas do grupo, diretores, empregados e prepostos da empresa envolvidos nas práticas objeto do acordo de leniência, mediante assinatura dos respectivos termos e posterior aceitação pelo membro oficiante” (BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Orientação 07/2017 - 5 Câmara de Coordenação e Revisão - Combate a corrupção - Acordos de Leniência, 2017).

¹⁰ Como destacado pela 5ª CCR: “o MPF tem adotado a técnica de celebração de Acordos de Leniência, com pessoas jurídicas colaboradoras e pessoas físicas a elas relacionadas, atribuindo repercussões sancionatórias cíveis e criminais. Esta prática, sob o ponto de vista criminal, é um enorme desafio institucional. O novo regramento das colaborações premiadas encontra-se assim estabelecido na Lei nº 12.850/2013 (com as alterações da Lei nº 13.964/2019), em seus artigos 3º-A ao artigo 7º. Este regramento de Direito Penal e Direito Processual Penal deverá ser observado, relativamente às Adesões de pessoas físicas, quando celebradas no contexto de Acordos de Leniência, caso sejam negociadas com efeitos jurídicos criminais, e, por conseguinte, extravasando os efeitos do domínio da improbidade administrativa” (BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica n 1/2020 - 5 Câmara de Coordenação e Revisão sobre Termos de Adesões ou Subscrições de pessoas físicas em Acordos de Leniência, celebrados pelo MPF, nos termos da Lei n 12.846 e da Lei n 8.429, no domínio da improbidade administrativa, p. 1-56, 2020, p. 41-42).

¹¹ Cláusula 8ª, alínea “d”, do Termo de Leniência. Homologado em 01.12.2014. Disponível em: http://apps.mpf.mp.br/apex/apex_util.get_blob?s=27126671645314&a=131&c=10985183900844818&p=8&k1=29&k2=&ck=anVIBPRFUKX-JfhHblNz3ppHjtc&rt=IR.

do acordo pleiteiam adesão ao regime de direitos e deveres pactuados com a empresa signatária¹². Essa sistemática foi utilizada, por exemplo, nos acordos firmados com a Camargo Corrêa, Carioca Engenharia, Odebrecht e outros¹³, que preveem a possibilidade de adesão ao acordo por parte de prepostos, empregados, administradores, e até mesmo de terceiros contratados das empresas colaboradoras.

Ainda que a atribuição de benefícios penais nos acordos de leniência possa promover incentivos à colaboração com as autoridades públicas, há diversos desdobramentos controvertidos dessa criação institucional.

O principal desafio jurídico, sem dúvida, consiste na possibilidade de esse acordo garantir a imunização criminal em relação a fatos cuja apuração ultrapassa a competência dos membros do MPF que atuam como signatários.

Conforme reconhecido pela própria 5ª CCR em Nota Técnica recente, o “dependendo da complexidade ou abrangência dos ilícitos, certamente haverá mais de um membro do MPF que não terá participado do processo originário de celebração, e cuja independência poderia ser invocada para negar a eficácia ao conteúdo do Acordo travado”¹⁴.

Para garantir maior segurança jurídica às repercussões criminais, viabilizou-se em alguns acordos a previsão do chamado “Termo de Aquiescência por parte de Membros do *Parquet* não celebrantes”. Se o membro do MPF que inicialmente não participou da assinatura do acordo adere a ele por meio do Termo de Aquiescência, torna-se possível que este utilize as informações e os elementos de provas obtidos a partir do acordo na sua esfera de atuação.

¹² BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica n 1/2020 - 5ª Câmara de Coordenação e Revisão sobre Termos de Adesões ou Subscrições de pessoas físicas em Acordos de Leniência, celebrados pelo MPF, nos termos da Lei n 12.846 e da Lei n 8.429, no domínio da improbidade administrativa, p. 1-56, 2020, p. 20.

¹³ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica n 1/2020 - 5ª Câmara de Coordenação e Revisão sobre Termos de Adesões ou Subscrições de pessoas físicas em Acordos de Leniência, celebrados pelo MPF, nos termos da Lei n 12.846 e da Lei n 8.429, no domínio da improbidade administrativa, p. 1-56, 2020, p. 23.

¹⁴ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica no 1/2020 - 5ª Câmara de Coordenação e Revisão sobre Termos de Adesões ou Subscrições de pessoas físicas em Acordos de Leniência, celebrados pelo MPF, nos termos da Lei no 12.846 e da Lei no 8.429, no domínio da improbidade administrativa, p. 1-56, 2020, p. 23.

Ainda que a 5ª CCR fixe diretrizes interpretativas voltadas a compatibilizar a amplitude dos acordos de leniência com os princípios da unidade funcional e da unidade institucional do Ministério Público, são inequívocos os riscos de outros membros do *Parquet* negarem vigência ao acordo.

Por não serem tais riscos desprezíveis, acordos como os da Andrade Gutierrez[13] e da Braskem[14] chegam (i) a prever o compromisso do MPF de “*gestionar junto aos promotores naturais*” a sua adesão ao compromisso firmado pelos membros da Força-Tarefa e (ii) a fixar que promotores naturais que não aderirem ao acordo “*não poderão utilizar as provas produzidas na leniência em desfavor da signatária nas suas respectivas esferas de atual*”. Nessas situações críticas, a 5ª CCR certamente terá que enfrentar o difícil desafio de harmonizar a atuação dos membros do MPF.

Esses riscos de descoordenação interna do *Parquet* tornam-se ainda mais sensíveis diante da tendência de ampliação do objeto transacionado nos acordos de leniência. A partir dos acordos firmados com as construtoras Andrade Gutierrez e Odebrecht, passou-se a prever que o objeto do termo de leniência firmado pela Força-Tarefa da Lava-Jato abrangeria condutas ilícitas de pessoas físicas vinculadas à empresa colaboradora a serem descobertas e “*mesmo que não conexas ou correlatas aos fatos ou condutas em investigação no âmbito da Operação Lava-Jato*”.

No acordo da Odebrecht, percebe-se, por exemplo, o objeto da transação abrange, além dos atos de improbidade, tipos penais das mais variadas naturezas, como ilícitos eleitorais e infrações contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem econômica e tributária, concorrenciais e outros¹⁵. O acordo trouxe ainda a previsão de que estariam abrangidos pela transação as infrações a serem descobertas nos programas de investigação interna que seriam implementados pela empresa¹⁶.

¹⁵ Cláusula 4ª do Termo de Leniência. Homologado em 15.12.2016. Disponível em: http://apps.mpf.mp.br/apex/apex_util.get_blob?s=13183982187426&a=131&c=10985183900844818&p=8&k1=41&k2=&ck=M R5J-xxjmE8995p1ohR9SDIXBWs&rt=IR

¹⁶ Cláusula 4ª do Termo de Leniência. Homologado em 15.12.2016. Disponível em: http://apps.mpf.mp.br/apex/apex_util.get_blob?s=13183982187426&a=131&c=10985183900844818&p=8&k1=41&k2=&ck=MR5J-xxjmE8995p1ohR9SDIXBWs&rt=IR

A ampliação do escopo desses acordos, mais uma vez, tenciona o princípio da legalidade, seja pela ausência de previsão expressa na LAC, seja pela possível violação das regras de competência penal.

Ainda que o MPF assuma a titularidade da ação penal pública e possa se valer do regime da Lei 12.850/2013 para firmar os acordos de colaboração premiada, a celebração de acordos de leniência tão amplos, com natureza dúplice administrativa e penal, acaba incidindo em um verdadeiro vácuo legal que tem sido preenchido por uma atuação constante da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

A rigor, a transação da pretensão punitiva em relação a determinado fato delituoso típico exige não apenas a participação no acordo do promotor-natural como ainda a homologação pelo juízo competente. Nesse ponto, aos acordos de leniência do MPF parece plenamente aplicável o entendimento jurisprudencial do STF¹⁷ no sentido de que a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência.

Ainda quanto aos riscos decorrentes da ausência de uma disciplina legal robusta dos acordos de leniência, vale destacar que, nos últimos anos, tem sido bastante discutida a discricionariedade do MP para definir a destinação dos valores arrecadados nos acordos a título de reparação do dano.

Pela disciplina prevista na Orientação nº 07/2017, permite-se que as empresas colaboradoras antecipem valor incontroverso a título de reparação de danos, ainda que isso não implique a quitação integral, ressalvando-se, portanto, o direito de outros órgãos ou instituições de buscarem o ressarcimento devido¹⁸. Embora o objetivo central dos acordos de leniência do MP não seja o de promover essa reparação cível, essa possibilidade torna o acordo mais atrativo, na medida em que se evita eventual ação indenizatória do próprio MP.

No Estudo Técnico nº 01/2017, além de se assentar que a reparação de danos seria cláusula não essencial do acordo, a 5ª CCR previu que:

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 4.130 QO, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-020 DIVULG 02-02-2016 PUBLIC 03-02-2016.

¹⁸ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Orientação 07/2017 - 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate a corrupção - Acordos de Leniência, 2017, p. 4

A reversão dos valores recuperados ou obtidos com sanções pecuniárias para as vítimas da lesão, quando conhecidas, além dos casos em que se restringirem aos entes políticos lesados, é medida salutar, voltada a devolver a quem de direito recursos desviados ou indenização material pelos danos causados. Já a destinação da multa civil para instituições e órgãos de controle não pode ser efetivada, à míngua de legislação específica e própria, em termos fiscais, orçamentários e financeiros, além da questão ética que merece reflexão e aprofundamento¹⁹.

Recentemente, porém, a possibilidade de o MPF definir a destinação dos recursos recuperados por meios dos acordos foi questionada em ações de controle abstrato perante o STF. Como amplamente cediço, em 17.09.2019, o relator da ADPF 568, Ministro Alexandre de Moraes, homologou acordo apresentado nos autos pela Procuradoria-Geral da República, pela Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pelo Congresso para destinar os recursos do acordo da Petrobras para o combate a incêndios florestais e investimento em políticas de educação. A decisão do relator, no entanto, explicitou que seriam nulos o negócio jurídico celebrado pelos membros do MPF e a decisão judicial de homologação do acordo²⁰.

Mais recentemente, em 10.02.2021, o mesmo relator proferiu decisão monocrática na ADPF 569, em que concedeu medida cautelar ad referendum do Plenário, para, com base no art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999, DETERMINAR que os valores ou bens provenientes dos efeitos da condenação criminal ou de acordos observem os estritos termos do art. 91 do Código Penal, do inciso IV do art. 4º da Lei 12850/13 e do inciso I do art. 7º da Lei 9613/98; cabendo à União a destinação de valores referentes a restituições, multas e sanções análogas decorrentes de condenações criminais, colaborações premiadas ou outros acordos realizados, vedando-

¹⁹ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Estudo técnico n. 01/2017 - Estudo sobre inovações da Lei 12.846 e o papel do Ministério Público nos acordos, p. 1-131, 2017, p. 75.

²⁰ ADPF 568, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decedido em 17.09.2019, Dje 19.09.2019

MS 35435 / DF

se que seus montantes sejam distribuídos de maneira vinculada, estabelecida ou determinada pelo Ministério Público, por termos de acordo firmado entre este e o responsável pagador, ou por determinação do órgão jurisdicional em que tramitam esses procedimentos²¹.

Em todas essas dimensões, verifica-se que a ausência de uma disciplina legal esmiuçada sobre os acordos de leniência do MP tem gerado notáveis focos de insegurança jurídica, diagnosticando este que deve nortear eventual atuação futura do legislador quanto o próprio controle realizado pelo Poder Judiciário na apreciação da validade desses acordos.

²¹ ADPF 568, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decidido em 10.02.2021, DJe 12.02.2021