

O JOGO EM AÇÃO

CONTROLE SOBRE ACORDOS DE LENIÊNCIA

Os acordos de leniência não se encerram na análise das estratégias e soluções construídas pelas instituições que tomaram parte na mesa de negociações ou pelos documentos finais assinados por empresas. Sendo um instrumento de negociação e transação que envolve um grau elevado de discricionariedade das autoridades, o controle possui um papel de relevância. A lei não disciplina especificamente como deve se dar o controle sobre acordos de leniência e silencia sobre homologações.

O controle externo pode reconfigurar os acordos, a depender de como ele é exercido. Ele pode atuar como fiscalizador ou das autoridades celebrantes ou dos acordos realizados. Em relação a esta última hipótese, pode apreciar sua forma e procedimentos e/ou julgar seu conteúdo. Pode atuar após a celebração ou até mesmo antes, como avalizador das negociações. Entre os países signatários da OCDE, em pouco mais da metade (60%) das jurisdições as cortes desempenham papel antes conclusão dos acordos, em sua maioria limitada aos termos e condições procedimentais.¹ Pode, ainda, exercer papel de mediador dos conflitos entre as partes ou entre autoridades de forma mais abstrata ou mais específica, em um caso.

¹ OECD, *Resolving Foreign Bribery Cases With Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, p. 145.

As formas assumidas pelo controle externo ainda estão se desenvolvendo. Ainda assim, observar sua atuação nos primeiros anos de implementação de acordos de leniência pode subsidiar análises que buscam entender o impacto da atuação do controle externo em relação às demais autoridades e, também, às funções previamente indicadas dos acordos de leniência.

Este capítulo narra como o TCU e o Poder Judiciário, em suas diferentes instâncias, construíram sua participação sobre os acordos de leniência celebrados por MPF e CGU/AGU. As formas de atuação variaram, assim como o foco nas três funções dos acordos (informação, ressarcimento e integridade). Para o TCU, aquele que celebra o acordo de leniência, CGU/AGU ou MPF, leva a estratégias diferentes de controle. Isso é devido a constrangimentos externos sobre suas ações e estratégias, como o fato de o TCU não ter competência para analisar o conteúdo da atividade-fim do MPF, enquanto este limite não é claro com a CGU/AGU. As ações do TCU testam os limites do arranjo institucional. Para ilustrar esse ponto, são analisadas a Instrução Normativa do TCU nº 74/2015 em relação à CGU/AGU, o estudo econométrico sobre danos de cartel e o julgamento do caso Angra 3, todos descritos no próximo item.

O Poder Judiciário, por sua vez, é utilizado como arena onde as disputas entre órgãos são travadas. São pedidos em juízo o bloqueio de bens de pessoas jurídicas que colaboraram com outra autoridade ou o ressarcimento a maior, por meio de ações civis públicas com base na Lei de Improbidade Administrativa. Essas disputas judiciais enviam sinais preocupantes às empresas celebrantes (e a potenciais celebrantes) e podem fragilizar as bases dos acordos. Porém, o Judiciário, por vezes, também age como ator, quando se propõe a reconfigurar o arranjo jurídico. Quando a 13ª Vara Federal de Curitiba disciplina se e como o produto da colaboração das empresas pode ser aproveitado por outras autoridades para imposição de novas sanções, a atuação do Judiciário reorganiza o arranjo por meio do controle da informação que flui entre autoridades. Ele não busca alterar os termos da colaboração e não está analisando casos concretos ou limites de competência de cada autoridade. São analisados esses dois conjuntos de atuação: em decisões de Improbidade Administrativa e sobre compartilhamento de provas.

Nos próximos itens, passa-se, então, à descrição das ações tomadas pelo TCU e Judiciário e como elas impactam a conformação dos acordos de leniência entre 2014 e 2018. Nas conclusões do capítulo, busca-se também entender em que medida estas formas de controle se relacionam com as funções dos acordos já identificadas (informar, ressarcir, alterar condutas) e as tentativas de composição.

1. EXERCÍCIO DO CONTROLE NO TCU: ENTRE PARTE E CONTROLE

1.1 A IN 74/2015

O TCU tem competência para julgar a legalidade, adequação e eficiência do uso de recursos da União por pessoas físicas e jurídicas. Acordos de leniência no âmbito federal tratam valores pecuniários e transacionam, ao mínimo, multas devidas, além de poderem estipular valores de ressarcimento a entidades da União lesadas. Apesar da corte de contas não ter papel definido pela Lei Anticorrupção quanto a acordos de leniência, ela desde logo se entende competente à sua fiscalização.² Em sua interpretação, caberia a ela acompanhar a gestão patrimonial da administração pública e dos controles internos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que nenhum processo ou informação poderiam ser sonogados à sua fiscalização.

Por esse motivo, o TCU emitiu a Instrução Normativa nº 74, ainda em fevereiro de 2015. Ela instituiu procedimentos de fiscalização dos processos de celebração dos acordos de leniência - antes, durante e após a sua celebração.³ A cada etapa caberia a manifestação do TCU como condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes, com prazos rígidos à CGU para apresentação de documentação, sob pena de responsabilização dos servidores públicos em caso de não cumprimento. A IN 74/2015 expressamente afirma que mesmo o acordo de leniência celebrado não afasta as competências do Tribunal de Contas da União ou impede a aplicação das sanções previstas em sua Lei Orgânica. Obriga, ainda, o encaminhamento ao TCU do processo administrativo específico de reparação integral do dano que trata a Lei Anticorrupção para apuração de eventual prejuízo ao erário.

É possível uma discussão sobre a adequação formal da IN 74/2015. Contra interpretação mais extensa da competência da corte, é possível argumentar que o acordo de leniência não é exatamente um contrato relacionado à gestão de recur-

² Em termos específicos, a interpretação do TCU é que o art. 16 da lei prevê que o acordo de leniência não exime a reparação de dano e no art. 13, menciona “processo administrativo específico” para a reparação de danos. Para o tribunal, esta previsão faz referência ao Processo de Tomada de Contas Especial, o que atrai a jurisdição da corte. Ver o acórdão TCU 225/2015, plenário, rel. Min. José Mucio Monteiro, 11 de fevereiro de 2015.

³ De acordo com o art. 1º da IN 74/2015, o TCU pretende fiscalizar as seguintes etapas: a manifestação de pessoa jurídica interessada em celebrar acordo de leniência, as condições negociadas entre as partes (incluindo documentos e processos específicos de apuração e débito), relatórios de acompanhamento do cumprimento do acordo de leniência e relatório conclusivo contendo avaliação dos resultados obtidos com a celebração.

tos públicos como atividade da administração pública. Sendo de uma natureza diversa, o recolhimento de valores não é ato de gestão pública e é incapaz de quitar o dever de ressarcir o dano causado, se houver.⁴

No entanto, a IN 74/2015 deve ser interpretada além de sua discussão técnica imediata. Seu objetivo é ampliar o poder da corte de contas, por meio de múltiplas fases de controle sobre os acordos negociados e executados. Seu resultado, se fosse implementado em sua máxima extensão, é triangular - antes, durante e após a negociação - a relação entre pessoa jurídica interessada e autoridade celebrante com as decisões e interpretações do TCU. Em outras palavras, o TCU exerceria papel decisivo na celebração de acordos de leniência. De acordo com Rosilho:⁵

“(…) ao conferir interpretação peculiar às suas próprias competências, [o TCU] escancarou disputa latente entre os órgãos de controle internos e externo por espaço na aplicação de diploma que inegavelmente tem polarizado discussões contemporâneas envolvendo o direito administrativo sancionador. (...) O curioso é que nesse ambiente de incerteza quanto aos reais contornos de suas competências, o TCU não raro tem se utilizado de seu poder regulamentar (a ele genericamente conferido pelo art. 3º de sua Lei Orgânica) para, sob o pretexto de esclarecer seu papel enquanto órgão de fiscalização e de operacionalizar suas atribuições, pavimentar novas vias de controle para além dos limites fixados pelas normas constitucionais e legais. Trata-se de uma estratégia de autolegitimação do seu poder, em boa medida possível por conta da dificuldade de se extrair do ordenamento jurídico parâmetros e critérios claros e objetivos.”

A Instrução Normativa é a primeira tentativa de estabelecer o procedimento e o escopo do controle do TCU. O controle do TCU é amplo e se estenderia para “*legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados*” (art. 1º) pelas autoridades. Ou seja, ela não restringe ou especifica sobre quais funções ou pontos específicos do acordo de leniência o controle recairia.

A aplicação da IN 74/2015 é um foco de tensão entre TCU e CGU/AGU, especialmente pela previsão de controle prévio dos acordos de leniência.⁶ O Poder

⁴ ALVES, Francisco Sérgio Maia, Análise da Juridicidade do Controle dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial pelo Tribunal de Contas da União, **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 17, n. 2, 2018.

⁵ ROSILHO, André J. **Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção**, Direito do Estado. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorrupcao>. Acesso em: 8 maio 2018.

⁶ Consulta ao TCU (TC- 004.452/2015-1), a CGU encaminha questões a serem esclarecidas para cumprimento da IN 74/2015 (Nota Técnica nº 323/2015/COREP/CRG/CGU). Já questiona naquele momento a extensão da fiscalização e sugere a remessa de todas as informações no momento da celebração do acordo. A consulta fica anos parada e, em 2018, é arquivada.

Judiciário foi mobilizado para se pronunciar sobre o assunto em 2016, no qual liberou a CGU/AGU, em caso específico, de apresentar informações ao TCU antes da celebração do acordo.⁷ Também foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a IN 74, ainda em 2015, sem decisão final.⁸

A tentativa de autolegitimação do TCU continuou. Em março de 2017, o Tribunal de Contas da União, por meio de instrução normativa, buscou proibir a CGU de suspender os processos de investigação abertos contra empreiteiras que haviam manifestado interesse em celebrar acordos na esfera administrativa, gerando instabilidade nas negociações.⁹

Os conflitos se manifestaram durante a celebração de acordos. A assinatura do acordo com a UTC, o primeiro feito pela CGU e AGU, não aguardou aval do TCU.¹⁰ Por sua vez, o Tribunal abriu procedimento para questionar as bases da leniência feita e para apurar responsabilidade de membros da AGU e CGU que participaram da negociação por suposta sonegação de informação ao Tribunal.¹¹ Essas tensões permaneceram sem solução ao longo dos anos. Em julho de 2018, os termos do acordo de leniência da Odebrecht com a CGU/AGU foram apresentados ao TCU somente após sua execução, mostrando, novamente, a objeção das autoridades celebrantes ao controle prévio. CGU e AGU chegaram a manifestar desconforto sobre ações e interpretações dadas pela área técnica do tribunal.¹² O

⁷ Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.031/DF Ministro Relator Gilmar Mendes. A CGU impetrou Mandado de Segurança contra ato praticado por Ministro do TCU que teria determinado o envio ao órgão todas as informações relacionadas a acordos de leniência em negociação, incluindo “*cópias de atas de reuniões e de todos os documentos produzidos até o momento*”. A CGU defendeu que a documentação fosse encaminhada somente ao término das negociações, após a conclusão e assinatura, com base na Lei Anticorrupção e na Medida Provisória que era vigente até então. Em 22 de fevereiro de 2016, a medida cautelar é concedida pelo Ministro Gilmar Mendes. A razão da concessão foi bastante formal: a medida provisória, enquanto em vigor, tinha força de lei e o artigo 16 §4º previa o envio de informações ao TCU após a assinatura do acordo. Em agosto de 2018, o mandado de segurança foi julgado prejudicado pela perda superveniente de seu objeto, uma vez que o ato coator teria sido revogado e a CGU não teria manifestado interesse no prosseguimento da ação.

⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5294/DF, Relator Ministro Marco Aurélio.

⁹ FABRINI, Fabio, **TCU manda governo mudar leniência com empreiteiras**, O Estado de São Paulo. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-manda-governo-mudar-leniencia-com-empresiteiras,70001703319>. Acesso em: 5 jun. 2017.

¹⁰ CAMAROTTO, Murillo. TCU aprecia hoje leniência da Odebrecht. Valor Econômico, 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/5650515/tcu-aprecia-hoje-leniencia-da-odebrecht>. Acesso em: 13 fev. 2019.

¹¹ Ibid.

¹² Segundo reportagem do Estado de São Paulo, os chefes da CGU e AGU sustentaram que a área técnica da Corte, legitimada por sua cúpula, teria aberto diversos procedimentos para

Tribunal de Contas reagiu. Foi proposta medida cautelar para suspender o acordo da Odebrecht, mas, ao final, ela não foi acatada.¹³ O TCU aprovou a celebração do acordo ressaltando sua possibilidade de investigar ressarcimento ao erário posteriormente.

A IN 74/2015 é ponto de partida fundamental para entender como o TCU buscou se posicionar no arranjo institucional de controle da corrupção. A estratégia de usar seu poder normativo para se tornar incontornável até mesmo no controle prévio dos atos é contenciosa, com tensões de parte a parte, mas bem-sucedida do ponto de vista da estratégia do Tribunal. Todos os acordos de leniência celebrados pela CGU e AGU tiveram procedimentos próprios no TCU.¹⁴

A IN 74/2015 não foi implementada isoladamente. Ela é acompanhada de mobilização organizacional dentro do TCU para examinar as evidências da Lava Jato e os acordos de leniência celebrados. Em janeiro de 2016, é criada secretaria, a SeinfraOperações, para atuar em operações especiais e combater fraudes em projetos de infraestrutura, em especial, aquelas ligadas à Lava Jato, com atuação nos contratos da Usina Termonuclear Angra 3, da Refinaria Abreu e Lima (Rnest), do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (Comperj), da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar), dentre outras.¹⁵ É também a mesma secretaria responsável por analisar todos os acordos de leniência celebrados pela CGU e AGU.

Ao final de 2018, a IN 74/2015 foi substituída pela Instrução Normativa nº 83 de 12 de dezembro de 2018. A fiscalização prévia deixou de ser condição de eficácia à celebração dos acordos. Também especificou alguns critérios que devem ser observados na análise dos acordos, como risco, materialidade e

“impedir o cumprimento, pelas instituições competentes, de seu dever legal de trabalhar para a implementação dos acordos de leniência no país”. PIRES, Breno, TCU atua em descompasso com política de leniência, afirmam AGU e CGU, **O Estado de São Paulo**, 10/08/2018. O relato é que a equipe técnica do TCU que acompanha as negociações estaria exigindo o CPF dos integrantes da comissão de negociação para fins de responsabilização por cada cláusula negociada.

¹³ CAMAROTTO, Murillo. TCU rejeita suspender acordo de leniência da Odebrecht. Valor Econômico, 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/5652563/tcu-rejeita-suspender-acordo-de-leniencia-da-odebrecht>. Acesso em: 13 fev. 2019.

¹⁴ Como explicado na metodologia, tais procedimentos não foram publicizados e, por essa razão, são utilizadas outras fontes, como notícias de jornais para descrever as relações entre TCU e CGU/AGU.

¹⁵ Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-vai-ouvir-empreiteiras-e-dirigentes-da-petrobras-envolvidos-na-operacao-lava-jato.htm>. Último acesso em: 30 mar. 2019.

relevância. Por um lado, a nova diretiva do TCU buscou apaziguar algumas das tensões com a CGU/AGU. Por outro, continuou em processo de demarcação da competência do Tribunal de analisar os acordos, prevendo a responsabilização das autoridades celebrantes caso limitem ou dificultem a ação do TCU, dando pistas que o embate entre autoridades não se encontrava equalizado.¹⁶

1.2 Interpretação do dano ao erário: estudo econométrico

A projeção pelo uso de seu poder normativo não é a única estratégia utilizada pelo TCU para firmar seu controle sobre acordos de leniência. A projeção de *expertise* no embate sobre quantificação do dano e o ressarcimento devido é a outra ferramenta utilizada pelo Tribunal.

Ao final de 2015, o TCU emitiu estudo com entendimentos sobre ressarcimento de danos ao erário relacionados à cartelização de empreiteiras em contratações na Petrobras.¹⁷ Sua função era subsidiar análises dos acordos de leniência feitas conforme o procedimento da IN 74/2015, estimando o prejuízo causado na Petrobras, mas também reforçando a projeção do Tribunal como órgão técnico capaz de estimar o ressarcimento do dano. Essa função será o principal foco de análise do Tribunal.

O estudo utiliza como base 156 contratos da área de refino (Diretoria de Abastecimento) com rubrica superior a 100 milhões de reais, recolhidos dos processos compartilhados pela Operação Lava Jato. Para metodologia, escolhe utilizar cenário contrafactual (também chamado de *but-for-price*), estimando o preço que seria praticado se não houvesse colusão. A diferença entre os dois cenários (com colusão e sem colusão) representaria o dano causado.

A conclusão do TCU é que, entre 2002 e 2015, apenas nas licitações sob responsabilidade da Diretoria de Abastecimento, houve sobrepreço de 17% nos contratos firmados pela Petrobras. O prejuízo decorreria da redução do percentual de descontos nas licitações em que houve colusão entre empresas participantes.¹⁸ Para entender a ordem de grandeza estimada, o prejuízo causado

¹⁶ YASSER, Gabriel. Novo regulamento do TCU sobre acordos de leniência: algo mudou? Jota, 2019. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/novo-regulamento-do-tcu-sobre-acordos-de-leniencia-algo-mudou-01052019>. Acesso em: 7 jun. 2020.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas nº 005.081/2015-7, de 2 de dezembro de 2015, Relator: Ministro Benjamin Zymler. **Disponível em:** <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A151356F96015169AC54333330&inline=1>. Acesso em: 30 mar. 2019.

¹⁸ O exemplo dado à pg. 33 do relatório é o seguinte: “Suponha que uma licitação vencida pelo cartel apresentou desconto de -5% [*desconto negativo*] e que uma licitação semelhante vencida por empresa não cartelizada apresentou desconto de 12% (contrafactual). Pela definição

segundo esta metodologia seria de 8,8 bilhões de reais apenas para a Diretoria de Abastecimento e, se extrapolado para todas as contratações da Petrobras, esse percentual representaria 29 bilhões de reais, sem considerar efeitos que o cartel poderia gerar em fases posteriores à licitação inicial, como aditivos ao contrato.¹⁹

Para o TCU, na ausência de dado mais preciso, o parâmetro encontrado (17%) deveria ser utilizado como *proxy* para avaliar a legalidade e legitimidade em relação à quantificação do dano de eventuais acordos de leniência celebrados. Ele busca estimar o prejuízo causado individualmente por cada empresa e encaminhar as conclusões para as demais instituições de controle.²⁰

O estudo busca dar parâmetros à atuação posterior da corte de contas, mas também tenta influenciar o conteúdo de acordos de leniência. Como afirma o voto relator: “(...) seria recomendável que constasse do acordo a obrigatoriedade de ressarcimento do dano por parte da pessoa jurídica, de forma a aumentar as vantagens advindas de sua celebração para a administração pública”. Porém, a estimativa contém sua dose de polêmica. Segundo entrevistados, ela deixa de considerar uma série de outros fatores que podem interferir no cálculo do dano e na estimativa da reparação devida.

Ao comentar sobre reparação de danos mais amplamente, Badin adiciona outros elementos que deveriam integrar a estimativa do dano, especificamente no caso da Petrobras. Por exemplo, a empresa era monopsonista no mercado e tinha alto poder de barganha com seus fornecedores, capaz de resistir à imposição de sobrepreço por eles, comprimindo, assim, o percentual estimado pelo TCU. A estatal também negligenciou mecanismos de *compliance* e parte de sua diretoria estava envolvida nos atos ilícitos, o que representaria ao menos culpa concorrente no dano o que, para o advogado, deveria ser considerada na estimativa do ressarcimento devido.²¹

Além disso, considera que a colaboração e as informações prestadas também geram valores econômicos que precisariam ser considerados na estimativa do ressarcimento do dano. Da mesma forma, seria adequado, na visão de Badin, quantificar o efeito cascata que a primeira a denunciar tem

de *overcharge*, o dano é calculado pela diferença do bem ou serviço nos cenários com ou sem atuação do cartel. Assim, suponha que a estimativa dessa licitação seja R\$ 100,00. Se o cartel não atuasse, o desconto deveria ser de 12% em vez de -5%, ou seja, o *overcharge* é de $R\$5,00 + R\$12,00 = R\$17,00$.”

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ BADIN, Arthur, cit.

(construindo o caminho para que outras também relatassem seus ilícitos). Em suas palavras:²²

“Não existe uma definição muito explícita, clara de dano. O que é importante é você chegar em *proxies* e entender que a colaboração em si proporciona, tem valor econômico ao proporcionar redução de custos de investigação, ampliação das chances de sucesso destas investigações e ampliar objetiva e subjetivamente o escopo das investigações. Então quando se fala ‘a Camargo fez um acordo pelo qual ela iria pagar 700 milhões de reais, ela é uma meia verdade. Ela fez uma colaboração que ela se comprometeu a pagar 700 milhões e mais uma colaboração que proporcionou o outro acordo da Andrade de 1 bilhão e depois da Odebrecht que proporcionou 3 bilhões. Isto tudo tem valor. Isto tem que ser levado em consideração nestas indenizações. E eu acho que desde que feitas estimativas e adotadas *proxies* para estas duas estimativas: a estimativa do dano e do valor da colaboração, dado que esta decisão que é subjetiva, jamais haverá uma resposta na lei, o que é importante é saber se essa escolha foi feita de forma legítima. Ela tem que ser respeitada.”

Rodriguez corrobora que para aferir o dano, quando há acordo com o Estado, é preciso considerar, além do valor da informação, outros três parâmetros: o risco de perda, a duração do processo e o custo do processo. Ele exemplifica:²³

“Então, um acordo privado, você é minha locadora, eu sou locatário não paguei, você entra ação contra mim e eu proponho um acordo. E o que eu devo no contrato é 100 e digo: ‘eu pago 70’. Este acordo não é ruim necessariamente porque eu estou oferecendo menos. Este acordo é bom ou ruim se para obter os 100, você teria custo 0, risco 0 e à vista. Faria sentido ou não você receber 70 agora? Neste sentido, eu tenho 100, mas [*vamos supor que*] o Judiciário brasileiro é imprevisível, então tem um risco de perda aqui de, por exemplo, 20%, já significa que só 80 já valeria a pena você receber agora, mas o processo vai demorar 10 anos, então eu trago a valor presente, já cai [*vamos imaginar*] mais 10, além disso eu tenho que pagar advogado, então eu vou gastar, no fim, se eu receber, eu vou receber 60. Ah, ofereceu 70? Grande acordo. Então você não compara o 70 com o 100, você compara o 70 com o 60. Que é o resultado do cálculo destes três fatores que eu falei. (...) Então a mesma coisa vale para a avaliação que o TCU tem que fazer de acordos da CGU e AGU. Ele não analisa a diferença entre o acordo efetivo e a pretensão. É a diferença entre o acordo efetivo e o resultado deste cálculo que não é aritmético, que envolve alguma subjetividade.”

Para Eduardo Olmos, Advogado da União junto à CGU, ainda que se tomasse o estudo como válido, isso não determina como a negociação será feita. É uma presunção relativa apresentada à empresa e que pode gerar contraproposta e provas dos valores e contratos contaminados. Segundo ele, as estimativas geradas por *proxies* são pontos de partida da negociação.²⁴

²² Ibid.

²³ RODRIGUEZ, Caio F., cit.

²⁴ OLMOS, Eduardo, *Entrevista*, Washington: 15 nov. 2018. MP3.

O estudo apresentado pelo TCU ilustra como a questão do dano, ressarcimento e estimativa se tornou central para aferir a adequação de acordos de leniência, apesar de não estar disciplinado na Lei. Por um lado, é um problema técnico que demanda de mais discussão e amadurecimento, por outro é uma forma das instituições se inserirem no debate e criarem seu espaço de atuação. Como afirma Dobrowolski:²⁵

“Agora, eu acho que ele [o dano, a estimativa do dano] esconde ou ele apresenta as duas coisas: ele apresenta um problema técnico, concreto (...), por exemplo, no setor de óleo e gás ou no começo ali da operação, talvez a ordem de grandeza nem pudesse ser afirmada, neste aspecto você tem que ter uma capacidade de imaginação, de cálculo, de arbitramento mesmo, para poder sentar e negociar. E ver a contraproposta. Acho que a parte privada sempre vai estar em vantagem neste caso, e nós precisamos correr atrás deste aparato técnico, desta capacidade, desta *expertise*. Tanto com a nossa área técnica de perícia interna, mas os órgãos de fiscalização e controle precisam fazer isso, até para dar o apoio às outras instituições que trabalham no sistema. A questão do dano demonstra isso. E, por outro lado, ela esconde, daí eu diria que ela esconde[u] ou serve para esconder uma disputa institucional mesmo, de espaço.”

Este debate demonstra a complexidade da função de reparação de dano. O estudo econométrico feito pelo TCU contribui para avançar entendimentos sobre a adoção de *proxies* ou parâmetros técnicos. Quando escolhidos, eles fornecem balizas capazes de evitar que as autoridades negociadoras de acordos de leniência ou ajam sem nenhum parâmetro ou que a cada discussão tenham que construir sua própria metodologia e discutir todas as premissas da reparação do dano. Por um lado, a atuação sem parâmetros traz riscos de inadequação do cálculo do dano e por outro, todas suas premissas sejam sempre revistas com custos e tempo maiores de negociação.

Ao pensar tais *proxies*, é preciso admitir que tais parâmetros devem se adequar à natureza negocial dos acordos de leniência— ainda que a reparação de danos deva ser integral, a empresa pode apresentar fatores específicos ao caso que mitiguem valores. Isso não significa uma adesão necessária aos 17% - até porque eles se referem ao prejuízo do cartel da Petrobras, uma circunstância razoavelmente limitada para o universo de questões relacionadas ao ressarcimento. Também, os entrevistados manifestam pontos importantes sobre o que deve ser incluído ou não na estimativa da reparação de danos. Esse diálogo entre autoridades e agentes privados podem levar à construção de *proxies* ainda mais apuradas e de maior operacionalização.

²⁵ DOBROWOLSKI, Samantha, cit.

De toda forma, a estimativa do TCU é utilizada pelo próprio tribunal em suas avaliações. Também foi usada pela AGU para embasar pedidos de ações de improbidade administrativa, como descrito nos itens abaixo sobre judiciário. Como Dobrowolski apontou, é de se cogitar que esse uso, além de sua natureza técnica, foi uma forma de construção do espaço de atuação do TCU, também mobilizado para a AGU intervir em processos da LIA.

1.3 Caso Angra 3: Recall dos acordos de leniência celebrados com o MPF

A interpretação do TCU sobre danos não fica restrita a estudos e recomendações aos demais órgãos de controle. Também não se restringe à dinâmica de avaliação dos acordos de leniência da CGU/AGU regulamentada por meio da Instrução Normativa nº 74. O TCU também busca remodelar, em parte, os acordos de leniência celebrados com o MPF para abarcar demandas do controle externo, como no caso Angra 3.²⁶ Trata-se do mais emblemático entre 2014-2018.

O Processo de Tomada de Contas Especial buscava analisar o Consórcio Angramon -formado pelas empresas Construtora Queiroz Galvão, Empresa Brasileira de Engenharia, Techint Engenharia e Construção, UTC Engenharia e as Construtoras Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Norberto Odebrecht - quanto a indícios de restrição à competição e à formação de cartel na licitação e contratos relacionados à montagem eletromecânica da Usina Termonuclear de Angra 3.²⁷ O edital de licitação e contratos já estavam sob análise do Tribunal quando foram levadas novas evidências sobre a fraude à licitação, por meio de atos de corrupção e realização de cartel. Essas evidências surgiram nas investigações sobre a Termonuclear no âmbito do acordo de leniência firmado pela Camargo Córrea perante MPF e, também, no acordo de leniência antitruste celebrado com o CADE.²⁸ O voto do relator menciona que o controle só foi possível pela colaboração de uma empresa infratora e pelo compartilhamento de informações pelos demais órgãos.

²⁶ Tomada de Contas nº 015.991/2015-0, Acórdão 483/2017, Ministro Relator Bruno Dantas, proferido em sessão ordinária em 22 mar. 2017.

²⁷ . Tratava-se de um projeto iniciado na década de 1980, retomado em 2009, quando foram feitos novos contratos e iniciadas as obras civis. Em 2015, as obras foram suspensas, pela situação econômica da Eletronuclear e a dificuldade de acesso a crédito por atrasos e aumentos de custos. A regularidade das obras é analisada perante o TCU em processo próprio, TC 002.651/2015-7, sob relatoria do Ministro Bruno Dantas. Também, contratações dos projetos civis e eletromecânicos são apreciados no processo TC 021.542/2016-3.

²⁸ Tomada de Contas nº 015.991/2015-0.

Em março de 2017, em análise sobre a fraude à licitação de contrato da Usina Nuclear de Angra 3 no Rio de Janeiro, o plenário do Tribunal de Contas aplicou sanção de declaração de inidoneidade para participar de licitações promovidas pela administração pública federal pelo prazo de 5 anos às empresas Construtora Queiroz Galvão, Empresa Brasileira de Engenharia, Techint Engenharia e Construção e UTC Engenharia. Condenou, ainda, a Construtora Andrade Gutierrez e Norberto Odebrecht e a Camargo Corrêa.

O TCU adota a tese de que as sanções aplicáveis às empresas na corte de controle são distintas de outras sanções administrativas e judiciais, eventualmente já transacionadas. Isto porque ele exerce controle de natureza distinta à atividade fiscalizatória de órgãos de controle interno ou ao MPF. Portanto, os tipos de inidoneidade aplicáveis por órgãos diferentes não se confundiriam. A pena de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei nº 8443/92 (Lei Orgânica do TCU) não seria a mesma da Lei nº 8666/93, o que não geraria a dupla penalização da empresa, o *bis in idem*.²⁹ Já seria discutível se essa interpretação seria adequada.

No caso das três últimas empresas listadas, todas colaboradoras com o MPF, o Tribunal suspende a aplicação da penalidade, desde que elas passassem a colaborar com a corte de contas, em especial, admitindo e consubstanciando evidências relacionadas à apuração de débitos na obra. Aparentemente, há deferência do TCU aos acordos de leniência. Porém, o reconhecimento dos acordos de leniência conflita com a tentativa de abrir novos tópicos e obrigações de colaboração com o controle externo, para dar conta de suas preocupações relacionadas à estimativa do dano.

O voto destaca que o TCU não exerce controle sobre a atividade-fim do MPF e reconhece que a celebração de acordos de leniência se encaixa nesse tipo de atividade. Porém, entende que as empresas devem colaborar com o Poder Público Federal não apenas para investigações criminais ou ações de improbidade, mas também no devido ressarcimento ao erário. O relatório chega a afirmar que “a necessidade de as empresas colaborarem para descortinar as irregularidades de superfaturamentos decorrentes das fraudes é ponto pacífico entre órgãos da rede de controle”.³⁰ A interpretação dada pela área técnica do TCU é que a colaboração deve se estender não só ao ressarcimento de danos, mas ao reconhecimento específico de valores de superfaturamento como um dano causado além do pagamento de propinas.

²⁹ Tomada de Contas nº 015.991/2015-0, Acórdão 483/2017, Ministro Relator Bruno Dantas, proferido em sessão ordinária em 22 mar. 2017.

³⁰ *Ibid.*, p. 71.

O voto considera que as informações providas em acordo de leniência perante o MPF e o CADE foram importantes para a comprovação de fraude à licitação. Reconhece que é preciso fortalecer a estrutura de incentivos de acordos de leniência para que empresas que colaboraram estejam em situação melhor do que aqueles que não colaboraram. Por analogia a outras leis, busca criar uma forma de atenuar as penalidades do tribunal àqueles que colaboram:

“A partir desta decisão, podemos acrescentar, então, que o fornecimento de informações que venham a contribuir com as apurações em curso do Tribunal e o reconhecimento da participação nos ilícitos serão considerados por esta Corte como fatores atenuantes no estabelecimento das penalidades aplicadas.”

Mais ainda, o voto lista vantagens que poderiam ser concedidas pelo Tribunal, caso as empresas decidam colaborar, como: (i) benefício de ordem na cobrança da dívida nas tomadas de contas especiais em que há várias empresas respondendo solidariamente pelo débito; (ii) reconhecimento da boa-fé e extinção de juros de mora sobre o montante da dívida, (iii) ressarcimento da dívida mediante pagamento parcelado que leve em consideração a real capacidade de pagamento das empresas, atestada por agentes independentes, (iv) abatimento das parcelas da dívida, dos valores já antecipados no âmbito de acordo celebrado com o MPF, o que diferirá o início do recolhimento do débito, e (v) supressão da multa proporcional ao débito, conforme art. 57 da Lei Orgânica do TCU.³¹

Em contrapartida a tais benefícios, a empresa deve assumir compromisso junto ao MPF de colaboração junto ao controle externo, para, por exemplo: (i) apresentar documentos fiscais e contábeis para estimativas dos valores desviados, (ii) não recorrer de decisões do controle externo que estejam relacionadas a Angra 3, e (iii) após as apurações, recolher sua parte no débito solidário, conforme for determinado em decisão, respeitada sua capacidade de pagamento.³²

Não seria exagero dizer que o voto tenta criar nova seção em acordos de leniência, com exigências e benefícios voltados, especificamente, ao TCU. O voto afirma: “Tratar-se-ia, basicamente, de um aditivo, ou recall, aos acordos de leniência já firmados, abordando essas questões”. Um *recall* não antevisto por nenhuma das demais autoridades ou pela Lei.

Para o auditor do Tribunal de Contas da União, Nivaldo Dias Filho, há diferença em discutir a totalidade do ressarcimento de danos – incluindo superfaturamento e vantagens ilícitas, além da propina - no bojo da negociação do acordo

³¹ Voto Relator Ministro Bruno Dantas, Acórdão 483/2017 p. 10-11 proferido em 22 mar. 2017, TC 016.991/2015-0.

³² *Ibid.*, p. 11.

de leniência. Se nelas há mera ressalva nos acordos firmados que não houve quitação integral do dano, não são estipuladas consequências no caso de não pagamento de sua integralidade.³³ Trata-se de assunto que fica fora da negociação. Neste contexto, para ele, o acordo não promove dissuasão da prática ilícita, porque a empresa pode contar com a possibilidade real de não quitar todo o dano que causou e mesmo assim manter o acordo de leniência. Em suas palavras:³⁴

“Ora, se o colaborador já assumiu os crimes e negociou o tempo de reclusão, já reconheceu a responsabilidade objetiva e negociou a multa sobre o faturamento (etc.), por que reconheceria o dano, se tiver que restituí-lo integralmente, quando sabe da ineficiência do Estado em recuperá-lo pelas vias tradicionais? Acho que enquanto a eficiência de recuperação estiver com perspectivas tão baixas, enquanto o dano só for negociado depois das sanções penais e das responsabilizações objetivas (com seus inúmeros agentes habilitados a negociar), enquanto não houver uma legislação *whistleblowing*, a única forma de haver colaboração para a restituição do dano é transigir também nesse ponto. Isso é uma afirmação bem controversa e pode ter uma reprovação enorme, mas não vejo outra saída e não entendo ser ilegal transigir no dano. (...) O Estado receberia de forma consensual mais do que teria a perspectiva de conseguir restituir pelas vias tradicionais, com isso incrementando sua capacidade de restituição, que serviria de critério para negociações futuras. Os infratores e a sociedade enxergariam o efeito dissuasivo com a percepção de que infringir a lei ainda é vantajoso, mas não tanto quanto antes, e está ficando cada vez menos vantajoso; melhor não infringir. Atingido um determinado patamar de eficiência recuperadora-sancionadora, passam a valer os modelos da economia do crime tradicionais. Essa tese depende de estudos e fundamentações adicionais, mas acho que fui suficientemente claro, ao menos até que eu consiga publicá-la.”

Ou seja, não bastaria apenas ressaltar nos acordos de leniência a competência do controle externo para averiguar danos posteriormente. Tal previsão poderia não ser eficaz, se o controle externo não tiver condições legais e técnicas de identificar e recuperar tais ativos. No entanto, trazer a discussão da integralidade do dano para a negociação do acordo de leniência é complexa. Primeiro, exige uma interpretação nova do que significa a integralidade do dano nestas situações. Depois, pode entrar em possível conflito com outras funções dos acordos de leniência. Por exemplo, segundo Dobrowolski, ela pode entrar em conflito com o *timing* da negociação e da obtenção de provas. Essa é uma potencial interdependência entre a função obtenção de informações e a reparação de danos nos moldes propostos pelo TCU.

O acórdão dá prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que as empresas apresentem planos de colaboração com o controle externo para o MPF. Foi concedido

³³ DIAS FILHO, Nivaldo, cit.

³⁴ Ibid.

também 60 (sessenta) dias para que a Força Tarefa da Operação Lava Jato e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas se manifestem sobre a decisão. Até o final de 2018, há nos autos apenas registro de pedidos de prorrogação de prazo pelo MPF.³⁵

Além de descrever uma estratégia de atuação do TCU e iluminar possíveis conflitos entre as funções dos acordos de leniência, o caso trouxe outro desdobramento importante. A Andrade Gutierrez impetrou mandado de segurança preventivo no Supremo Tribunal Federal para impedir o TCU de declarar sua inidoneidade no âmbito do procedimento.³⁶ Quase simultaneamente à concessão da medida pelo STF, o TCU declarou a indisponibilidade de bens da Andrade Gutierrez e bloqueou mais de 500 milhões de reais, em processo administrativo distinto, referente agora às obras civis de Angra 3 (e não aos contratos de montagem eletromecânica). No voto do Ministro Relator, o fato da empresa ter adotado estratégia de levar o conflito ao Judiciário seria uma das razões para aplicação da penalidade:

“(...) surgem indícios, revelados pela SeinfraOperações, de que a empresa não tem colaborado satisfatoriamente com a apuração das irregularidades a ela imputadas neste processo. A meu ver, essa postura acabou sendo reforçada pela escolha da via judicial para combater a atuação do Tribunal, em substituição à via consensual inaugurada no âmbito do Acórdão 483/2017- TCU Plenário e à qual aderiram as demais empresas favorecidas por aquela decisão.”³⁷

Este desfecho para a Andrade Gutierrez demonstra como o TCU busca, como se verifica no caso Angra 3, avançar um modelo de acordo de leniência que abarcaria apuração do dano ao erário, incluindo obrigações de colaboração com a corte de contas para estimativas de potencial superfaturamento nos contratos. O órgão demonstra disposição, inclusive, para punir empresas que não optem por colaborar.

No caso Angra 3, a atuação do TCU ultrapassa o papel de controle externo. Por meio da suspensão da declaração de inidoneidade, ele pretende levar as

³⁵ Vide Acórdão 801/2017 Plenário, Acórdão 1132/2017, Acórdão 1788/2017 e Acórdão de Relação 2048/2017 todos no âmbito da TC 002.651/2015-7.

³⁶ O MS 35.435 foi concedido pelo Ministro Relator Gilmar Mendes. A empresa alegou que “embora o Tribunal de Contas da União, particularmente no Acórdão 483/2017-TCU Plenário, apresente um discurso abstrato de reconhecimento da importância dos acordos, na prática os esvazia ao ameaçar impor determinado conteúdo aos acordos que retiram deles sua eficácia. Mais do que isso, então, ameaça aplicar sanções que haviam sido expressamente excluídas se cumprido o acordo”.

³⁷ Processo 002.651/2015-7, Acórdão 874/2018 Voto Ministro Relator Bruno Dantas proferido em 25 abr. 2018.

peças jurídicas a renegociarem, em parte, os termos de seus acordos de leniência. A própria decisão estabelece um novo capítulo do que poderia ser oferecido pelo TCU e sob quais condições. Em verdade, o TCU busca atuar quase como autoridade celebrante, colocando condições e benefícios relacionados à corte de contas, ainda que indiretamente, uma vez que remete a negociação ao MPF.

O caso Angra 3 passa a ser parte recorrente do repertório do TCU. Por exemplo, na análise de medida cautelar para declarar indisponibilidade dos bens de empresas envolvidas em contratos da Comperj,³⁸ em abril de 2017, o acórdão do Angra 3 é citado pelo Ministro Relator como reconhecimento de que as empresas que celebram acordo de leniência devem ser tratadas de forma distinta, levando em conta suas possíveis contribuições à colaboração com o controle externo. Por essa razão, naquele processo a Andrade Gutierrez não tem seus bens declarados indisponíveis.³⁹

Não é uma unanimidade. Há indícios de visões diferentes sobre como o controle externo deve exercer seu papel na apreciação de acordos de leniência entre Ministros do TCU. Ao analisar a imposição de medidas cautelares de bloqueio de bens de empresas em caso relacionado à Repar,⁴⁰ o voto do Ministro Relator considera que é necessário sopesar a colaboração já realizada pela empresa com as sanções que o controle externo deve aplicar, resguardando a atratividade de acordos de leniência.⁴¹ Porém, o Relator torna-se voto vencido e a maioria do

³⁸ O caso cuida de auditoria realizada em obras de implantação das unidades de destilação atmosférica e à Vácuo (UDAV) e de Hidrocraqueamento Catalítico (UHCC) e de Coqueamento Retardado (UCR) do complexo petrolífero de Comperj. É convertido em Tomada de Contas Especial para cada contrato para apurar responsabilidade por indícios de sobrepreço. Utiliza provas do acordo de leniência da SOG com o CADE e acordos de colaboração de pessoas físicas.

³⁹ Nos termos do acórdão: “quando da decisão sobre declaração de inidoneidade para contratar com a administração pública federal, bem como sobre a aplicação da multa de que trata o art. 57 da Lei nº 8443/1992, este Tribunal considerará os compromissos assumidos pelos responsáveis em acordos celebrados com o Ministério Público Federal, no que toca às medidas de colaboração que possam contribuir com os respectivos processos de controle externo, por meio, entre outras possibilidades, da apresentação de elementos que permitam, com maior nível de confiança, apurar e quantificar o dano ao erário, definir graus diferenciados de responsabilidades, dar celeridade e efetividade ao processo que busca o ressarcimento do dano ao erário; nessa ocasião, o Tribunal também deliberará sobre possíveis sanções premiaias a serem concedidas, conforme o caso.”

⁴⁰ Trata-se de Tomada de Contas Especial para analisar contrato de obras de modernização celebrado pela Petrobras para a Refinaria Presidente Getúlio Vargas no Paraná.

⁴¹ Tomada de Contas Especial 023.266/2015-5, Acórdão 1083/2017, Ministro Relator André de Carvalho, Ministro-Substituto Weder de Oliveira, prolatado em 24 de maio de 2017. São também bloqueados bens do Consórcio Conpar, da OAS S.A, da UTC Engenharia e outras pessoas físicas.

plenário decide bloquear cautelarmente os bens da Odebrecht, mesmo depois da celebração de seu acordo de leniência com o MPF, com a ressalva de que a corte de contas pode relaxar a medida cautelar se os responsáveis demonstrarem predisposição para indenizar os danos causados ao erário.

O caso Angra 3 e seus desdobramentos consolidam a visão de que, no caso dos acordos de leniência, o TCU busca atuar como parte incontornável, quase como autoridade negociadora, mobilizando para tanto, sua competência, *expertise* de análise de reparação de danos e poder sancionatório.

Para Dias Filho, na verdade, caso assim fosse legislado, o TCU poderia de fato exercer o papel de autoridade encarregada de negociar acordos de leniência. Ele vê como vantagens o fato de Tribunal já ter experiência com contas e, portanto, saber lidar com sanções econômicas. A solução também evitaria a concentração de poder no Ministério Público, preservando o acordo de leniência como uma decisão de caráter colegiado. Ele descreve este cenário hipotético:

“Mesmo reconhecendo que minha posição não é de isenção (os observadores não me enxergariam como isento), outra opção que acho viável dependeria da separação do órgão de instrução do órgão de julgamento, no TCU, aos moldes do CADE. (...) O órgão de instrução especializado no tema conduziria os acordos, tendo o Ministério Público de Contas como fiscal da lei, que contariam com parecer da AGU, relatório e voto do Ministro-Relator e homologação pelo Plenário.”

Caso essa possibilidade fosse aprovada de alguma forma, o TCU seria efetivamente um órgão celebrante, o que tornaria o processo de celebração de acordos de leniência potencialmente ainda mais complexo.

2. O PODER JUDICIÁRIO: ARENA DE DISPUTA E AGENTE DE MEDIAÇÃO

O Poder Judiciário exerce controle de forma distinta. De forma geral, nestes primeiros anos de implementação da lei, ele se mantém distante da mesa de negociações de acordos de leniência, ou seja, pouco altera o conteúdo acordado entre as partes. Esta constatação não é banal. O Judiciário brasileiro tem, pela Constituição Federal, amplos poderes para a apreciação de lesão ou ameaça de lesão e direito, então é possível imaginar interpretações nas quais existiriam formas de controle mais diretas sobre o conteúdo dos acordos de leniência. É importante ressaltar que não há enfrentamento definitivo sobre nenhuma questão relacionada a acordos de leniência, como competência, função, dever de reparação de dano e compartilhamento de provas. Também muitas das ações

de improbidade administrativa, nas quais parte destas discussões são travadas, permanecem sem resolução ou correm sob sigilo.⁴²

Ainda assim, ao longo dos cinco anos iniciais de aplicação da Lei Anticorrupção, o Judiciário foi chamado a mediar ou decidir sobre a relação entre instituições – é o que foi visto, por exemplo, no Mandado de Segurança impetrado pela CGU em relação à Instrução Normativa do TCU nº 74/2015, ou no caso entre Andrade Gutierrez e TCU, ambos já apresentados anteriormente. Há também decisões sobre conflitos entre MPF e AGU quanto à propositura de ação de improbidade administrativa e, ainda, decisão sobre o compartilhamento de provas recolhidas pelo MPF com outras instituições de controle.

2.1 Conflitos em ações de improbidade administrativa

É de se supor que o Judiciário seria chamado a decidir sobre casos diversos envolvendo ilícitos cometidos por ou em benefício de pessoas jurídicas. O MPF ajuizou 8 ações de improbidade administrativa no âmbito da Lava Jato e a AGU ajuizou ao menos 5.⁴³

Tais ações interessam a este trabalho na medida em que revelam pontos de embate sobre acordos de leniência firmados por outras instituições ou quando uma decisão do Judiciário reconfigura ou impacta a atratividade do instrumento. Há informações suficientes sobre ao menos duas ações de improbidade administrativa com estas características.

Em maio de 2016, houve a proposição de ação de improbidade administrativa pela União, por meio da AGU, para ressarcimento de danos advindos de fraudes em contratos firmados com a Petrobras pela Odebrecht, dentre outras empresas.⁴⁴ O pedido de ressarcimento do dano da AGU utiliza o estudo eco-

⁴² Ao menos até metade de 2018, não havia sentença em nenhuma das oito ações de improbidade administrativas impetradas pela Força Tarefa. CORREIO BRAZILIENSE. Ações por improbidade administrativa da Lava-Jato tramitam em ritmo lento. Correio Braziliense. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/06/13/interna_politica,688247/acoes-por-improbidade-administrativa-da-lava-jato-tramitam-em-ritmo-le.shtml. Acesso em: 6 mar. 2019.

⁴³ VALOR ECONÔMICO, **AGU vai à Justiça cobrar R\$ 5,1 bilhões da Camargo Corrêa**, Valor Econômico, Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/4744919/agu-vai-justica-cobrar-r-51-bilhoes-da-camargo-correa>. Acesso em: 6 mar. 2019.

⁴⁴ Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 5025956-71.2016.4.04.7000/PR contra UTC Engenharia S.A., Odebrecht S.A., Odebrecht Plantas Industriais e Participações, OAS S/A, Construtora OAS Ltda., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Coesa Engenharia Ltda. e pessoas físicas. É reconhecida conexão com a Ação Civil Pública nº 5006675-66.2015.4.04.7000, perante o Juízo da 5ª Vara Federal de Curitiba, proposta pelo MPF.

nométrico do TCU para argumentar que o dano seria 17% de sobrepreço nos contratos. Em novembro de 2016, é concedida medida cautelar que obriga a Odebrecht e a OAS a depósito mensal em conta judicial de três por cento de sua receita total para constituir fundo que, no futuro, seria utilizado para ressarcimentos e eventuais multas.⁴⁵

Em janeiro de 2017, diante da celebração de acordo de leniência da Odebrecht com o MPF no mês anterior, este pede a revogação da medida cautelar. Em sua decisão deferindo o pedido do MPF, o juízo considera que “manter o bloqueio implicaria negar eficácia a acordo celebrado com base em legislação técnica, por mera dissidência entre órgãos que compõem o Estado em si (unitariamente concebido), dando ensejo, no mais, a comportamento contraditório por parte da Administração Pública.”⁴⁶ A decisão foi contestada pela AGU e o TRF-4 decidiu que o acordo de leniência entre MPF e empresa não tinha eficácia na ação de improbidade, uma vez que a transação no âmbito da LIA seria vedada. O Tribunal Regional manteve os termos da medida cautelar. A AGU poderia, portanto, impetrar e pleitear penalizações com base nessa lei.⁴⁷

Algum tempo depois, após firmado acordo de leniência com a CGU/AGU, foi requerida sua homologação em juízo para fins de desistência da ação em relação à Odebrecht.⁴⁸ Se parecia resolvida a questão entre MPF, CGU/AGU e empresa, a Petrobras permaneceu na qualidade de litisconsorte ativa, sendo que poderia pleitear o ressarcimento integral dos danos como ente lesado.⁴⁹

Este primeiro caso demonstra uma outra face do embate entre instituições, não só sobre a negociação do acordo ou de sua implementação, mas dos reflexos que eles trazem a ações de improbidade administrativa. A AGU primeiro apresenta a ação por discordar do MPF quanto ao ressarcimento de danos. É possível cogitar que a falta de concordância sobre os valores pleiteados desvele outra estratégia: incentivar as empresas a negociarem acordos perante a CGU/AGU. Isso se coadunaria com a resistência da AGU quanto à extinção da ação em relação à Odebrecht por ocasião do seu acordo de leniência com o MPF e, posteriormente,

⁴⁵ Valor estipulado por simetria ao relatado por colaboradores de percentual dos contratos da Petrobras que potencialmente envolviam propinas.

⁴⁶ Decisão Interlocutória proferida em 24 de março de 2017, 1ª Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná, Justiça Federal.

⁴⁷ Porém, os valores do acordo de leniência poderiam ser compensados posteriormente. Tribunal Regional (4ª Região). Agravo de Instrumento nº 5020207-87.2017.4.04.0000 Relatora Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, 3ª Turma, Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

⁴⁸ Decisão proferida em 15 de outubro de 2018.

⁴⁹ *Ibid.*

seu pleito de extinção quando da celebração de acordo de leniência com a CGU/AGU. Como visto no capítulo anterior, os acordos de leniência celebrados entre a empresa e o MPF e depois com a CGU/AGU, do ponto de vista dos valores pagos, é muito semelhante, existindo alguma convergência entre as instituições sobre os montantes.

O primeiro caso também aponta para um outro agente importante no ressarcimento de danos: o ente lesado. Ou seja, mostra uma nova frente de tensão no arranjo: como lidar com as ações judiciais propostas ou nas quais o ente lesado se habilita a pleitear o ressarcimento integral de danos.⁵⁰

A segunda ação de improbidade administrativa, também proposta pela AGU, em outubro de 2016, visava a reparação de danos materiais causados pela existência de cartel e o ressarcimento de danos em contratos das refinarias Repar, Rnest e Henrique Lage (Revap), implicando, entre outras a Camargo Corrêa que, nessa época, já havia celebrado acordo de leniência com o MPF e o CADE.⁵¹

Utilizando parte das evidências e informações apresentadas em acordos de colaboração de indivíduos e no acordo de leniência, a União, por meio da AGU, pleiteou o ressarcimento do dano, utilizando o estudo econométrico do TCU como *proxy* para estimar o valor devido pelas empresas. Alternativamente, havia pedido de nulidade dos contratos com devolução do lucro auferido. Foi reconhecida a conexão com ação civil pública proposta pelo MPF que discutia a licitude dos mesmos contratos.⁵²

Em agosto de 2018, o juízo competente decidiu que os efeitos dos acordos de leniência celebrados se espalham para outros entes legitimados para a propositura de ação de improbidade administrativa. Em relação aos colaboradores, haveria falta de interesse de agir da União. Só poderiam ser pleiteadas novas sanções pela Lei de Improbidade Administrativa se fosse requerida preliminar de mérito pedindo a anulação do acordo e, conseqüentemente, descartadas as evidências

⁵⁰ Este não foi um dos atores estudados no estudo de caso, mas a análise desta ação de improbidade demonstra que é preciso incorporá-lo em estudos posteriores.

⁵¹ Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 5051170-64.2016.4.04.7000/PR perante a 11ª Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná. Além de pessoas físicas, constam como réus: Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., Camargo Corrêa S.A., Sanko Sider Comércio, Importação e Exportação de Produtos Siderúrgicos Ltda., Sanko Serviços de Pesquisa e Mapeamento Ltda., Promon Engenharia Ltda., Worley-Parsons Engenharia S.A. e MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.

⁵² Despacho proferido em 14 de outubro de 2016 na Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 5051170-64.2016.4.04.7000/PR. A Ação Civil Pública proposta pelo MPF é a nº. 5006717-18.2015.4.04.7000/PR.

vinculadas a ele.⁵³ Por essa razão, foi reconhecida a ilegitimidade passiva da Camargo Côrrea S.A.⁵⁴ e da Construções e Comércio Camargo e Côrrea, dentre outros. Reconheceu também a Petrobras como assistente litisconsorcial para que seja reconhecido que o ressarcimento de danos se destina a ela.

Foi apresentado agravo de instrumento e, no mesmo mês, foi acolhido pedido de efeito suspensivo ao recurso para manter os requeridos no polo passivo.⁵⁵ O Desembargador Relator do Agravo de Instrumento entendeu que o Judiciário é chamado a processar conflitos do arranjo institucional que não conseguem ser resolvidos entre seus componentes: *“Lamentavelmente, o que se vislumbra no presente processo é um embate entre órgãos (Ministério Público Federal e União Federal) que deveriam agir de forma concertada”*. No entanto, considerou que a União é legitimada a buscar o ressarcimento integral de danos por meio da LIA e que não há litispendência uma vez que seu pedido, com base no estudo do TCU, é mais amplo do que os pedidos anteriores do MPF que haviam sido extintos quanto aos colaboradores. A liminar concedida decide que existe a legitimidade do MPF em acordos de leniência, mas a natureza do contrato é civil, sendo seus efeitos relativos e não vinculantes àqueles que não participaram do ato.⁵⁶

As duas ações de improbidade administrativa mostram uma divergência de posicionamentos: a primeira instância dá aos acordos efeitos que vinculam terceiros. Já o Tribunal tende a manter a competência do MPF e AGU no assunto, paralelas e disjuntivas, como decorrência da amplitude do dever de ressarcimento integral do dano. A manutenção das competências paralelas significa que o Judiciário faz poucas considerações aos benefícios dos acordos de leniência quanto às demais funções. O que é possível dizer é que esses casos representam o começo da interpretação que o Judiciário pode ter sobre acordos de leniência.

Ainda assim, já é bastante problemática sob o ponto de vista das empresas que firmaram acordos, porque as ações de improbidade rompem com suas expectativas de eficácia do acordo. Badin afirma:⁵⁷

⁵³ Decisão em 7 de agosto de 2018.

⁵⁴ A decisão também considerou que não foi imputado nenhum ato de improbidade específico à *holding* ou à sua diretoria.

⁵⁵ Agravo de Instrumento nº 5032589-78.2018.4.04.0000/PR, antecipação de tutela concedida pelo Desembargador Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle.

⁵⁶ Estes foram as últimas decisões relevantes do caso até o final de 2018.

⁵⁷ BADIN, Arthur, cit.

“O acordo como um ato, um negócio jurídico bilateral, ele é assinado por uma pessoa jurídica chamada Camargo Córrea e por uma pessoa jurídica chamada União. No ato, representada pelo MPF. (...) E é a União que assumiu vários compromissos no acordo de leniência dentre os quais não impor novas sanções da Lei de Improbidade [*administrativa*], não propor novos valores, não propor novas medidas contra a empresa. Todo ato administrativo pode ser sujeito a um controle judicial de ilegalidade, vício de competência, vício de forma, enfim, quaisquer daquelas hipóteses que nós temos (...). Só que a AGU não alega isso. Ela não pede a rescisão do acordo por algum vício de competência. E por que ela não faz isso? Porque ela não quer[*ia*] abrir mão das provas e dos benefícios que os acordos proporcionam. (...) É o agir oportunista do Estado brasileiro: a mão esquerda fechou um acordo em que ela se comprometeu a dar um determinado benefício, a mão direita que é a outra parte da mesma pessoa jurídica fala ‘eu quero essa parte boa que você entregou, eu quero o dinheiro que você se propôs a pagar, eu quero toda colaboração que você fez, com uma atuação esta que proporcionou inegavelmente o sucesso da Operação Lava Jato.’ Talvez a Operação Lava Jato não tivesse chegado onde chegou se não fosse a colaboração da Camargo Córrea naquele momento. E, portanto, é um escândalo de má-fé, de violação da boa-fé, surpreender esse colaborador com uma ação contraditória com aquilo que [*a União*], através do MPF, se comprometeu. (...) . Esta ação redundante, esta sobreposição de sanções, punições e processos, já não tem mais o objetivo que deveria ser de combater a corrupção e aplicar a lei. Agora o objetivo é quebrar a costela destas empresas que romperam com o pacto perverso que havia entre estas empresas e o poder político no Brasil. Aí a sociedade brasileira vai ter que enxergar isso e perceber se nós queremos ou se é isso que é o certo a fazer.”

Para Rodriguez, a disputa entre órgãos em geral torna-se ainda mais premente pela abrangência da informação dada pela empresa. A escolha por um acordo total, sobre todos os possíveis ilícitos cometidos pela empresa, torna eventuais sinalizações contraditórias entre órgãos ainda mais dramáticas:⁵⁸

Se você é incentivado a falar o máximo, então vou te dar um exemplo, o acordo da Odebrecht é público, então você vai ver que tem uma cláusula lá inventada por nós que diz o seguinte: eu estou dizendo para a força tarefa mais do que é competência da força tarefa. Eu sei que eu estou fazendo isso e a força tarefa sabe que eu estou fazendo isso. E por que eu estou fazendo? Porque eu preciso da máxima proteção possível, eu não posso fazer aqui um acordo pontual sobre uma coisa que depois vai gerar um conjunto de investigações que vão se voltar contra mim de novo.

O tipo de corrupção revelada não permitiria um acordo com um escopo muito restrito, que geraria novas investigações. Ao mesmo tempo, o acordo de leniência total exige do arranjo institucional um grau ainda maior de proteção e garantias para que guarde alguma coerência. Além de violar a boa-fé, para Rodriguez, a ação descoordenada entre autoridades rompe a bilateralidade do contrato:⁵⁹

⁵⁸ RODRIGUEZ, Caio F., cit.

⁵⁹ Ibid.

Eu faço esse acordo e em troca eu falo com órgão que tem todos os atributos institucionais que eu te falei. E aí vem alguém depois e fala ‘agora você tem que pagar 10 bilhões’? Não. O acordo é uma equação. É uma igualdade. Então de um lado tem X e do outro lado tem Y. $X=Y$. X é informação, dou a informação, dou dinheiro previamente acordado, cesso a prática e tomo algumas medidas de correção. Informação, dinheiro e medidas. (...) Se vem alguém e reabre a discussão, não, você me deve mais Z. Então tá bom, então eu retiro uma das informações. Se você vai reabrir um lado da equação, eu preciso poder reabrir o meu lado da equação também. Então eu vou tirar algumas informações do que eu falei antes, dado que você está me cobrando mais. Porque informação é que é a moeda de troca.

As ações de improbidade expõem e concretizam algumas das preocupações dos agentes privados ao manter as competências do MPF e da AGU separadas e reconhecer a possibilidade de cada um, a seu tempo, buscar novas formas de ressarcir o dano.

2.2 Decisão sobre compartilhamento de provas

A decisão de restringir o compartilhamento de provas tem uma sistemática diferente das ações de improbidade administrativa. É emitida no juízo criminal, pela 13ª Vara Federal de Curitiba e abarca diversos processos, incluindo o chamado inquérito mãe da Operação Lava Jato.⁶⁰

O compartilhamento para outras autoridades de termos de acordos de leniência e depoimentos de colaboradores, bem como documentos e outras informações relacionadas a eles, desde que a colaboração tenha sido homologada

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). 13ª Vara Federal de Curitiba. Despacho em Petição nº 5054741-77.2015.4.04.7000/PR, de 2 de abril de 2018, Juiz: Sérgio Fernando Moro. Disponível em: <https://eproc.jfpr.jus.br>. Acesso em: 8 abr. 2019. Segundo a decisão, ela abrange além do processo em questão, o Inquérito mãe da Lava Jato, o processo 5049557-14.2013.4.04.7000, cujos resultados haviam sido compartilhados com o TCU. A decisão também atinge os seguintes processos e compartilhamentos descritos. No processo 5010767-87.2015.4.04.7000 foi decretada a quebra do sigilo fiscal e bancário de indivíduos e autorizado o compartilhamento com o TCU. No processo 5013906-47.2015.4.04.7000, foi decretada a quebra do sigilo fiscal de diversas empreiteiras, subsidiárias e consórcios por elas integrados e seus resultados foram enviados ao TCU. No processo 5023582-53.2014.4.04.7000 foi decretada a quebra do sigilo fiscal sobre dados disponíveis perante a RFB de pagamentos entre a Petrobras, o Consórcio CNCC, o qual a Camargo Córrea integra, e a empresa Sanko Sider e os resultados foram compartilhados com o TCU. No processo 5056156-95.2015.4.04.7000 foram decretadas buscas e prisões de indivíduos e autorizado o compartilhamento com a Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União no Estado do Mato Grosso do Sul. No processo 5073475-13.2014.4.04.7000 foram decretadas buscas e prisões de investigados relacionados ao cartel de empreiteiras e feito o compartilhamento com a RFB, TCU e CADE. No processo 5001446-62.2014.4.04.7000, foram decretadas buscas e prisões e autorizado compartilhamento com RFB, TCU, BACEN, CGU e AGU.

e que os termos/documentos não sejam mais sigilosos, foi uma prática comum em processos da Lava Jato, por alguns anos. Diversos órgãos requisitaram e receberam tais informações, como RFB, TCU, CGU, CADE, BACEN e AGU. Até que o MPF requereu em Juízo a especialização de provas cujo compartilhamento já tenha sido autorizado para que seja ressalvado o uso contra colaboradores ou empresas lenientes. Em abril de 2018, a 13ª Vara Federal de Curitiba acolheu tal pedido.

O Juízo considerou que a inaplicabilidade de sanções diretas ou indiretas aos colaboradores ou lenientes com base em informações obtidas em processo de colaboração é medida que amplia a eficácia do acordo, uma vez que permite a condenação de outras pessoas físicas ou jurídicas sem que a admissão dos fatos seja utilizada contra a colaboradora em caso subsequente.

De acordo com o Juízo, o compartilhamento de provas criminais para a utilização na esfera cível e administrativa atende ao interesse público, mas é necessário proteger o colaborador ou empresa leniente “contra sanções excessivas de outros órgãos públicos, sob pena de assim não fazendo desestimular a própria celebração desses acordos e prejudicar seu propósito principal que é de obter provas em processos criminais”. Assim, parece que a decisão judicial, à primeira vista, dá primazia à resolução consensual da esfera criminal para pessoas físicas. Não fica explícito como esse raciocínio se aplicaria aos acordos de leniência, mas é claro o foco da decisão na preservação da informação e na produção de provas.

Em despacho complementar, em junho de 2018, a decisão é justificada pela falta de adesão de órgãos administrativos aos acordos feitos pelo Ministério Público:

“Tudo isso decorre do fato de que, na prática, os acordos de colaboração e de leniência celebrados pelo MPF não têm contado com a adesão por parte de determinados órgãos administrativos. No contexto, é inapropriado que os órgãos administrativos, que não têm aderido aos acordos, pretendam servir-se das provas através deles colhidas contra os próprios colaboradores ou empresas lenientes. Isso não impede que as mesmas provas sejam utilizadas contra terceiros ou que os órgãos administrativos busquem, como apontado pelo Juízo, autorização específica para utilização da prova contra o colaborador ou empresa leniente. Também não impede que os órgãos administrativos realizem suas próprias investigações, sem utilização da prova compartilhada, contra os colaboradores e empresas lenientes.”

A restrição ao compartilhamento rapidamente ganha nuances. Em julho de 2018, em nova decisão, é mantido o compartilhamento à Receita Federal sem ressalvas. Em relação a acordos de leniência, a proteção estabelecida estaria relacionada a sanções de caráter punitivo, como proibição de contratar com a

Administração Públicas, multas, bloqueios de bens, que, em última análise, podem comprometer a própria capacidade da empresa de honrar com os acordos de leniência. A restrição não se aplicaria à Receita Federal porque, primeiramente, ela teria “auxiliado significativamente os trabalhos de investigação no âmbito da Operação Lava Jato, atendendo a requisições específicas do MPF ou do Juízo ou realizando um trabalho paralelo, nos lançamentos fiscais, de investigação. Isso deve ser levado em consideração.” Ou seja, sua postura de cooperação com as investigações e não oposição ou questionamento deveria ser considerada para o acesso às provas. Depois, vários dos acordos de leniência não abrangem estimativas sobre tributos sonegados, não existindo motivos para concessão de isenção a colaboradores. Assim, as provas podem ser compartilhadas para fins de lançamento e cobrança de tributo, além de aplicação de multas punitivas – uma vez que caberia ao colaborador mitigá-las, se fosse o caso.⁶¹

Em outubro de 2018, é feita nova ressalva. O juízo decide autorizar o compartilhamento de provas ao TCU para função exclusiva de ressarcimento dos danos, entendendo que os valores firmados quando da assinatura dos acordos de leniência são calculados por estimativas, sem que seja medida totalmente a extensão do dano. No entanto, a decisão ressalva que as provas não podem ser utilizadas para imposição de sanção como declaração de inidoneidade ou proibição de contratar. A firma, ainda, que havendo responsabilidade solidária pelo dano, deve-se dar o benefício de ordem na cobrança buscando o patrimônio, primeiro, de não colaboradores. O TCU deve, ainda, segundo a decisão, se abster de usar provas compartilhadas para decretar indisponibilidade de ativos, uma vez que isso traria prejuízo à solvência e capacidade das empresas de honrar as condições estabelecidas.

Em dezembro de 2018, o juízo é novamente provocado, agora a respeito do pedido da CGU em relação à abrangência da decisão que vetou o compartilhamento de provas para fins de imposição de novas penalidades aos colaboradores. A Controladoria pede esclarecimento quanto ao uso de prova de outros acordos para incriminar colaboradores (e não de seus próprios acordos). A decisão veda o uso cruzado advindo de outras colaborações para responsabilizar, de forma indireta, aqueles que resolvem celebrar acordos com as autoridades. Então, a

⁶¹ É feita a ressalva que as provas não podem ser sucessivamente compartilhadas a outros órgãos administrativos e que representações fiscais para fins penais permanecem sob a competência do Juízo. Também, é estipulado algum dever de coordenação entre a Receita Federal, a Procuradoria da Fazenda Nacional e o MPF, para evitar bloqueios fiscais de bens, impedindo que os bens de colaboradores sejam imobilizados e prejudiquem o cumprimento das obrigações do acordo.

colaboração da pessoa X não pode ser utilizada para sancionar o colaborador Y. Sua autorização, segundo o juízo, minaria a previsibilidade daquele que faz acordo com a justiça. Novamente, é ressaltado que a decisão não impede o uso da prova para reparação integral do dano.

A decisão repercute em outras instâncias. Por exemplo, no TCU, em Processo referente às investigações da Refinaria Abreu e Lima em Ipojuca/Pernambuco para imposição de sanções de inidoneidade das empresas e inabilitação dos dirigentes de cargo em comissão ou função de confiança, o TCU reconhece os limites ao uso das provas da Lava Jato contra os colaboradores. Entende-se que os processos foram impulsionados pelas descobertas da Lava Jato que demonstram a existência de fraude em licitação das obras.⁶² Em 24 de outubro de 2018, Ministro Zymler decide suspender punição à Camargo Corrêa em razão da celebração de leniência e da decisão da 13ª Vara Federal de Curitiba.

A decisão de compartilhamento de provas tenta reorganizar o arranjo entre instituições, não por meio do questionamento da competência de nenhuma das autoridades, mas pelo controle da informação que circula entre instituições e que pode ser vital para embasar outras sanções em outros procedimentos. No entanto, seu alcance é limitado não só por se referir a alguns processos, mas também porque a decisão não se aplica a procedimentos destinados à apuração de ressarcimento de danos. Como visto, o que significa ressarcimento integral dos danos permanece um ponto altamente controvertido e capaz de criar tensões entre autoridades.

3. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Como visto no Capítulo 3, o MPF faz a homologação interna e amplia a possibilidade de homologação criminal. No Capítulo 4, os acordos celebrados pela CGU/AGU estão sujeitos ao controle hierárquico ministerial. Essas formas não esgotam os papéis exercidos pelo controle.

Neste capítulo foi narrado como nos primeiros anos de implementação dos acordos de leniência houve variação na incidência do controle, de forma mais direta sobre o conteúdo dos acordos ou sobre o arranjo institucional, em tentativa

⁶² Processo 016.119/2016-9, Ministro Relator Benjamin Zymler, Acórdão 1583/2016. Este procedimento avaliou cinco contratos (respectivamente, da Unidade de Coqueamento Retardado - UCR, Unidade de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta - UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio - UGH, Tubovias de Interligações, Unidade de Destilação Atmosférica - UDA e Terraplanagem) que representam 54.6% do universo de contratos firmados para implementação da Refinaria.

de reorganizá-lo sem alterar pontos do conteúdo. A tabela abaixo busca sintetizar as formas de controle nos itens analisados no capítulo.

Tabela 10. Formas de Atuação do Controle Externo

Forma do controle		Casos analisados
Sobre o conteúdo dos acordos	Direto	Caso Angra 3
	Indireto	Estudo econométrico do TCU
Sobre o arranjo institucional		IN 74/2015* Ações de Improbidade Administrativa* Decisão sobre compartilhamento de provas

* Itens que poderiam ser representados na fronteira entre conteúdo dos acordos e arranjos institucionais como explicado ao longo do texto.

Elaborado pela autora

O TCU, nestes primeiros anos, apresenta movimento de se aproximar não apenas como controlador externo da negociação e celebração de acordos de leniência, mas também agente envolvido na negociação dos acordos e na conformação dos seus termos.

A IN 74/2015 busca reconfigurar o arranjo institucional, na medida em que estabelece procedimentos e entrega de documentos à fiscalização do TCU em cinco etapas durante a negociação e execução dos acordos de leniência. Se ela é mal-sucedida em coordenar as atividades de controle com a CGU/AGU, como visto pelos diversos embates entre elas, a IN 74/2015 é bem-sucedida em pavimentar um espaço amplo de atuação do TCU, na falta de previsão normativa. A IN 74/2015 também representa um primeiro movimento de deslocamento do TCU em direção a uma atuação que visa modelar os acordos de leniência.

Este deslocamento que aproxima o TCU a participante dos acordos de leniência cresce nos outros episódios analisados. O estudo econométrico busca projetar a corte de contas como *expert* no cálculo do dano e do montante devido. Ele é utilizado não só para os cálculos dos processos perante o TCU, mas também recomendado para as autoridades celebrantes utilizarem em seus próprios processos e nos cálculos dos acordos de leniência. O movimento mais claro do TCU para participar diretamente nos acordos de leniência se dá por meio do Caso Angra 3. Nele, o Tribunal constrói obrigações e benefícios às colaboradoras interessadas em reconhecer o superfaturamento e em fornecer provas em troca de abrandamento das penas impostas pelo tribunal.

No período analisado, o Poder Judiciário não busca alterar ou sinalizar como ou o que os acordos de leniência devem abordar. Claro que isto está relacionado ao princípio da inércia. Se o juízo não foi provocado a se manifestar sobre estes pontos, ele não o fará. Ainda assim, a remodelação do arranjo institucional traz impactos aos acordos. As decisões das ações de improbidade administrativa analisadas privilegiam a manutenção de competências concorrentes entre CGU/AGU e MPF. Em nenhuma das ações, o montante pago pelas empresas é questionado, dado que os pedidos visam sua complementação. De fato, a Lei Anticorrupção ressalva a hipótese de ressarcimento integral do dano.

No entanto, para alguns dos entrevistados, este tipo de ação, mesmo que apenas reconheça a sobreposição de competências entre agentes, altera os incentivos à celebração de acordos de leniência. Tal reconhecimento de sobreposições sem nenhuma ressalva expõe a pessoa jurídica que decidiu colaborar a novas sanções ou medidas preventivas sob a discussão do ressarcimento integral do dano, sendo, inclusive, utilizadas evidências que a própria colaboradora trouxe em suas investigações. Traz dúvidas sobre segurança jurídica, exercício de boa-fé do Estado e sobre a bilateralidade do acordo celebrado.

A decisão sobre o compartilhamento de provas possui outra lógica de reorganização do arranjo institucional. Ela não infere quem tem ou não competência para atuar, mas controla o fluxo de informações entre autoridades por meio do compartilhamento de provas. A racionalidade que embasa a decisão busca preservar empresas colaboradoras de novas sanções feitas com base nas informações por elas mesmas apresentadas. Ela é reformada para preservar a possibilidade de as evidências serem utilizadas para pleitear o ressarcimento integral do dano, desde que não sejam impostas sanções capazes de minar a própria capacidade da empresa de honrar com as obrigações (e pagamentos) acordados. Ela não é, então, um equacionamento completo das interdependências que podem surgir entre as funções de informar, ressarcir e alterar condutas.

Como a tabela abaixo demonstra, trata-se da única decisão de controle que discute a função do acordo de leniência de prover informações. As demais, tendem a se concentrar no ressarcimento do dano. É preciso reconhecer que a IN 74/2015, por seus termos amplos, pode abordar todas as funções.⁶³

⁶³ Porém, como os procedimentos de apreciação do TCU sobre os acordos de leniência celebrados pela CGU/AGU correm em sigilo, não é possível precisar, neste momento, se a implementação da IN 74/2015 aborda ou não outras funções do acordo de leniência.

Tabela 11. Funções Discutidas no Exercício do Controle

Funções	Itens abordados
Obter Informações	Decisão sobre compartilhamento de provas
Ressarcir Danos	IN 74/2015 Estudo econométrico do TCU Caso Angra 3 Ações de Improbidade Administrativa
Alterar Condutas	-

Elaborado pela autora

Até o final de 2018, não há tentativa do controle externo de apreciar formas de conjugar estas três funções. Mesmo a decisão sobre compartilhamento de provas evitou tratar da suficiência ou insuficiência da reparação de danos já oferecida pelas empresas colaboradoras ou, ainda, como apresentar evidências pode ter valor ou não ao cálculo da reparação de danos. Ou se existem fatores que alteraram o cálculo do ressarcimento integral de danos para uma empresa que decide apresentar provas, alterar suas condutas e colaborar. Estes são exemplos de pontos que o controle externo ainda pode se pronunciar com impactos aos acordos de leniência já celebrados e fornecer sinalizações positivas ou negativas aos próximos.

Descritas as ações tomadas por TCU e Judiciário, é possível completar o quadro de tentativas de resolução de conflito entre autoridades na conformação dos acordos de leniência.

Tabela 12. Tentativas de resolução de conflito

	Autocomposição	Edição normativa	Judiciário
+ Abstrata	Instrução Normativa CGU/AGU	MP 703/2015	-
+Concreta	Caso Mullen Lowe/ SBM Offshore Mecanismos de adesão	IN 74/2015	Compartilhamento de provas Ações de Improbidade Mandados de Segurança CGU/TCU ou TCU/Andrade Gutierrez

Elaborado pela autora

Os três capítulos sobre celebração e controle de acordos de leniência mostram que não há equacionamento completo dos conflitos ao redor dos acordos de leniência. Nenhuma das arenas de resolução de conflito abarcou todos os agentes ou funções e foi bem-sucedida, apesar de existirem exemplos positivos de composição. Os riscos do prolongamento desses embates são tornar os acordos inócuos para empresas que celebraram e minar a legitimidade do sistema de controle da corrupção não só perante as empresas, mas também perante a sociedade que espera que o sistema seja capaz de investigar e punir condutas de agentes econômicos com proporcionalidade, equidade e dissuasão.

Mais preocupante ainda, mesmo que não se concretize um cenário de completa inutilização dos acordos de leniência, os embates entre instituições ou a dinâmica e assinatura de acordos sucessivos e espelhados como tentativa de contornar ações cruzadas entre autoridades celebrantes ou ameaças de bloqueios ou inidoneidade do TCU, podem, ao longo do tempo, atrofiar e minar o desempenho das funções para as quais ele foi criado e implementado. Esse seria o verdadeiro desastre.

Tais embates e soluções compensatórias não permitem pensar de forma sistemática no aprimoramento do instrumento. Sua prolongação não permite se focar como obter e checar informações prestadas de forma tempestiva. Não permite avançar na estipulação de parâmetros razoáveis para o ressarcimento integral do dano. Obstrui, ainda, a discussão sobre como monitorar programas de integridade para que sejam eficazes para se tornarem realidades da cultura corporativa de certa empresa.

Por isso, a conclusão dessa tese busca refletir sobre o futuro dos acordos de leniência e sobre formas de reorganização do arranjo institucional de controle da corrupção.