

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Tribunal de Contas da União: O controle externo e os Acordos de Leniência

Marcelo Augusto Puzone Gonçalves

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 16 de outubro de 2.020

1. Tema, contexto e modelo de pesquisa predominante

Os Acordos de Leniência têm assumido importante protagonismo na investigação, reparação de danos e aplicação de sanções por atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. A importância desse instituto decorre especialmente da natureza assumida por tais ilícitos, os quais dificilmente seriam descortinados por outros meios.

A 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, responsável pelo julgamento das ações cíveis decorrentes da “operação lava-jato”, identificou com precisão esse cenário ao afirmar que o Acordo de Leniência viabiliza “maior celeridade e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, vis-a-vis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos.”¹

¹ BRASIL. TRF4. APELAÇÃO CÍVEL Nº 5030772-62.2017.4.04.7000/PR. Relatora: Desembargadora Vânia Hack. Julgado em 19/05/2020. Processo sigiloso.

Para citar exemplificadamente a relevância do instrumento, desde o início da vigência da Lei nº 12846/2013 a Controladoria Geral da União² e o Ministério Público Federal³ contabilizam ao todo quarenta e um acordos, cujos valores alcançam a cifra de R\$ 13.671.855.155,97 e R\$ 22.583.852.350,00, respectivamente em cada órgão.

Não obstante esse cenário de avanço institucional, principalmente pela mudança da mentalidade controladora para consensual⁴, as empresas signatárias de Acordo de Leniência enfrentam enorme insegurança jurídica.

Dentre os obstáculos enfrentados, é notável que o sistema multiagências de enfrentamento da corrupção acarreta descoordenação e, conseqüentemente, maiores custos e insegurança jurídica aos interessados, conforme identificado em estudo realizado por Julia Lavigne Ribeiro⁵ em dissertação de mestrado acadêmico defendida na FGV-RIO.

Um dos fatores de insegurança jurídica decorrente da atuação descoordenada, é a própria atuação do Tribunal de Contas da União.

Deixado ao largo do arcabouço normativo da Leniência, o Tribunal de Contas da União vem buscando firmar sua competência através de verdadeira “autorregulação”, como se infere das Instruções Normativas 74/2015 e 83/2018, ao adotar interpretação própria de dispositivos constitucionais e legais.

Essa insegurança jurídica busca ser superada por iniciativas do Poder Legislativo, como se infere do Projeto de Decreto Legislativo nº 5/2015, e principalmente pelo PLS nº 105/2015, atualmente em trâmite perante a Câmara dos Deputados como PL 3.636/2015⁶. Dentre as disposições

² Disponível em <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>> Acesso em 18/07/2020

³ Disponível em <<https://sig.mpf.mp.br/sig/servlet/mstrWeb?evt=3140&src=mstrWeb.3140&documentID=DE8159D411EA799D1A090080EF2586DD&Server=MSTRIS.PGR.MPF.MP.BR&Project=Unico&Port=0&share=1>> Acesso em 18/07/2020

⁴ Oliveira, G. J. de, & Schwanka, C. (2009). A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 104, 303-322. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>> Acesso em 23/07/2020.

⁵ “Portanto, mesmo que se aceite que os overlappings no Brasil possam ocasionar benefícios para a atividade sancionadora, o mesmo não pode ser afirmado para o contexto da celebração de acordos de leniência. Isso porque o atual cenário de descoordenação (1) gerou custos de transação para o Estado com a administração de conflitos entre instituições, tendo em vista que o assunto chegou ao Poder Judiciário, (2) aumentou os custos de compliance para os particulares em razão da existência de orientações não uniformes entre as instituições sobre os efeitos de acordos firmados e (3) reduziu a eficiência do mecanismo, tendo em vista a insegurança jurídica ocasionada. Portanto, em razão do elevado grau de conflituosidade verificado, a adoção de mecanismos de coordenação se apresenta como uma estratégia recomendável para reduzir a insegurança jurídica e, por conseguinte, aumentar a eficiência do acordo de leniência” Ribeiro, Julia Lavigne; **O acordo de leniência da lei anticorrupção e a descoordenação institucional**, Dissertação de Mestrado Escola de Direito- FGV Direito Rio. Disponível em <shorturl.at/dpEY9> Acesso em 18/07/2020.

⁶ BRASIL Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.636/2015. Autor Senado Federal - Ricardo Ferraço - PMDB/ES Apresentação 16/11/2015 Ementa Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto, no âmbito da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dá outras providências. Dados Complementares: Revogam-se o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429, de 1992, e o inciso I do § 1º do art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013.

desse Projeto de Lei, estão previstas a isenção das sanções decorrentes da legislação de licitações e contratos⁷, a impossibilidade de ajuizamento de novas como também do prosseguimento de ações já ajuizadas, e a interrupção de procedimentos oriundos dos tribunais de contas que guardem relação com o objeto do acordo.⁸

Enquanto essa alteração legislativa não é integrada ao ordenamento jurídico, as empresas lenientes precisam conviver com alto grau de insegurança jurídica quanto à atuação do Tribunal de Contas da União sobre os acordos firmados. Deve-se ressaltar que os Acordos, em linhas gerais, preveem cláusula que prevê a observância das “competências do Tribunal de Contas da União – TCU fixadas no artigo 71 da Constituição Federal”.

Um exemplo dessa insegurança é o Acórdão nº 483/2017-Plenário, proferido nos autos da Tomada de Contas nº 016.991/2015-0, que categorizou as empresas lenientes em “colaboradoras” e “não colaboradoras”, ao estabelecer uma espécie de “recall” aos acordos, sem que houvesse previsão legal para tanto. Mediante denominada “colaboração”, foram previstos diversos benefícios, como o sobrestamento da apreciação de responsabilidade por fraude à licitação, aplicação da sanção de inidoneidade, possibilidade de efetuar cobranças das empresas de forma diferenciada, extinção dos juros de mora e o ressarcimento mediante parcelamento delineado conforme a capacidade real de pagamento das empresas.⁹

Considerando que alguns acordos (MullenLowe Brasil e FCB Brasil¹⁰) obtiveram aval prévio do Tribunal de Contas da União, a pesquisa buscará obter respostas sobre quais aspectos garantem segurança jurídica aos Acordos de Leniência pela ótica do controle externo, inclusive no tocante ao possível cálculo de ressarcimento de danos.

Recentemente, o Tribunal de Contas da União assinou um Acordo de cooperação técnica com o Ministério Público Federal (MPF), a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) que estabeleceu ritos e mecanismos de compartilhamento de informações entre as instituições envolvidas nos acordos de

⁷ I – isentará a pessoa jurídica da sanção prevista no inciso II do art. 6º desta Lei e das sanções restritivas do direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e em outras normas referentes a licitações e contratos;

⁸ § 11. O acordo de leniência celebrado nos termos do § 2º que conte com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede o ajuizamento ou o prosseguimento de ação já ajuizada pelos entes celebrantes das ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de outras de natureza civil, inclusive o de procedimentos oriundos dos tribunais de contas que guardem relação com o objeto do acordo

⁹ “9.1. Nesse caso, a título de contraprestação espera-se que a empresa assuma compromisso junto ao Ministério Público Federal no sentido de não obstar o exercício das funções do Tribunal e o desenvolvimento do processo de controle externo, admitindo adotar postura cooperativa, como por exemplo: a) admitir sua participação nas irregularidades e apresentar a documentação fiscal e contábil que lhe seja requerida com a finalidade de estimar, com segurança e fidedignidade, os valores desviados; b) não recorrer, no âmbito do processo de controle externo, das decisões que vierem a ser proferidas e que tenham relação com o empreendimento de Angra 3; c) feitas as apurações, recolher sua quota-parte no débito solidário a partir da decisão que o determinar, respeitada sua capacidade real de pagamento, conforme explicitado alhures.”

¹⁰ Conforme noticiado pela CGU – Controladoria Geral da União disponível em <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/04/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-as-agencias-mullenlowe-e-fcb-brasil>> Acesso em 20/07/2020.

leniência previstos na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). O objetivo é dar maior segurança jurídica aos acordos de leniência firmados e garantir a efetividade do instrumento de alavancagem investigatória e da recuperação de valores desviados da União.

O modelo de pesquisa dominante será o de resolução de problema e terá por objetivo explorar uma “radiografia” da abordagem jurisprudencial do Tribunal de Contas da União sobre os Acordos de Leniência. Tal terá em vista a mensurar incentivos e mitigar riscos na tomada de decisão tanto pela assinatura acordo, quanto de eventuais cláusulas a serem inseridas no processo de negociação na esfera federal, incluindo proposta de cálculo do dano possível a ser restituído.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

O trabalho buscará responder aos seguintes quesitos:

- Quais são os principais fatores de insegurança jurídica impostos pelo Tribunal de Contas da União às empresas que assinaram Acordos de Leniência?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: Análise de dados do Tribunal de Contas da União e dados públicos sobre os Acordos de Leniência.

- O Tribunal de Contas da União possui competências constitucionais e legais que permitam auditar os Acordos de Leniência?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: Análise de legislação, doutrina e jurisprudência, tanto judicial quanto administrativa do Tribunal de Contas da União.

- Qual a evolução da jurisprudência do Tribunal de Contas da União no trato com os Acordos de Leniência?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: Análise de legislação, doutrina e jurisprudência, tanto judicial quanto administrativa do Tribunal de Contas da União.

- Considerando o Acórdão 483/2017 – Plenário, o que representa uma postura “colaborativa” das empresas celebrantes de um Acordo de Leniência?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: Análise de legislação, doutrina e jurisprudência, tanto judicial quanto administrativa do Tribunal de Contas da União.

- Quais foram os fatores dominantes que o Tribunal de Contas da União levou em consideração para conceder aval prévio aos acordos de Leniência das empresas MullenLowe Brasil e FCB Brasil?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: Análise de legislação, doutrina e jurisprudência, tanto judicial quanto administrativa do Tribunal de Contas da União, além da realização de entrevistas.

- Quais incentivos e riscos a empresa interessada em iniciar negociação para um Acordo de Leniência deve levar em consideração? Como mensurá-los e mitigá-los?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: Análise de legislação, doutrina e jurisprudência, tanto judicial quanto administrativa do Tribunal de Contas da União, além da realização de entrevistas.

- Considerando a atuação do Tribunal de Contas da União, é possível promover melhorias nas condições e cláusulas dos Acordos? É possível propor modelo de ressarcimento de danos?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: Análise de legislação, doutrina nacional e também estrangeira, jurisprudência (judicial e administrativa do Tribunal de Contas da União) além da realização de entrevistas.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

A relevância prática decorre da inexistência de um trabalho amplo sobre a forma de atuação do Tribunal de Contas da União sobre os Acordos de Leniência da esfera federal.

Considerando que o Tribunal de Contas da União vem assumindo enorme protagonismo nos últimos anos, inclusive sobre políticas públicas, identificar o raciocínio das decisões proferidas quando da Análise dos Acordos de Leniência pode contribuir para que futuros lenientes prevejam e mitiguem riscos, como também mensurem os verdadeiros incentivos da colaboração com a Justiça.

Através da minha atuação profissional, tenho notado que há uma preocupação crescente das empresas lenientes com a forma de atuação dos Tribunais de Contas da União. Enquanto a situação judicial, especialmente na seara da responsabilização por improbidade administrativa e criminal, caminha para uma resolução, o “contencioso” administrativo perante o Tribunal de Contas da União caminha em uma crescente, com processos administrativos sendo instaurados para avaliar todos os aspectos dos contratos que integram os Acordos.

Desses processos, cite-se a instauração de Tomadas de Contas Especiais até para investigar fraudes a licitação, condutas quais, geralmente, são assumidas pelos Lenientes, o que obstaculiza o exercício da ampla defesa em razão do dever de sigilo com as autoridades signatárias. Soma-se ainda a aplicação de sanções adicionais às Lenientes, potencialmente danosas para a continuidade das atividades da empresa e conseqüentemente ao cumprimento do próprio Acordo de Leniência.

O caráter inovador decorre da novidade da matéria e da ainda incipiente jurisprudência administrativa.

O potencial de impacto pode sugerir uma forma de atuação preventiva das empresas interessadas em colaborar através de um Acordo de Leniência, fortalecendo a segurança jurídica e a eficiência administrativa.

4. Familiaridade do pesquisador com o objeto da pesquisa

A minha familiaridade decorre de aproximadamente seis anos (desde o início da Operação Lava Jato) na defesa de empresas Lenientes em diferentes esferas judiciais e administrativas, incluindo o Tribunal de Contas da União.

Em razão de possuir instrumento de mandato de diversas empresas Lenientes, tenho acesso à diversas Tomadas de Contas Especiais e processos judiciais, inclusive que contam com restrição por sigilo.

Além disso, trabalho desde 2006 no escritório Tojal, Renault Advogados Associados, responsável pela negociação de diversos Acordos de Leniência e poderei contar com amplo acesso à experiência de profissionais do escritório para auxiliar o desenvolvimento dos trabalhos, bem como de outros advogados que possuem vínculo de amizade que também advogam na área.

5. Bibliografia preliminar

ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência. Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 170-203, 2017.

ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática - CADE, BC CVM, CGU, AGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunal de contas: algumas incompetências, Revista de Direito Administrativo, v. 203, jan./mar. 1996. CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Verbatim, 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). TC nº. Processo: 016.991/2015-0. Acórdão 483/2017–TCU–Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão: 22/03/2017

CANETTI, Rafaela Coutinho. Acordo de Leniência: fundamentos do instituto e os problemas do seu transplante no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

COSTA, Daniel Ribeiro. A Lei Anticorrupção e a Atuação do Ministério Público. Rev. De Jure. Belo Horizonte: v.16, n. 20, p. 161-209, jul./dez. 2017.

CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota; Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case. The Quarterly Review of Economics and Finance, v. 62, p. 56-65, 2016.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Tribunais de Contas no Brasil. São Paulo: Dialética, 2006. DIAS, Eduardo Rocha. Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados. São Paulo: Dialética, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos. Interesse Público, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 4a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Regimento Interno e Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. 4a edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. Balcão Único para Negociação de Acordos de Leniência no Brasil (Leniency Agreements in Brazil: The Proposition of 'One-Stop Shop'). SSRN, 2019. Disponível em: <encurtador.com.br/DTU58> Acesso em: 25/07/2020

MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica. Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019.

MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 509-527, jul. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Org.). Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, G. J. de, SCHWANKA, C, A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 104, 303-322. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em 23/07/2020.

