

MANDADO DE SEGURANÇA 35.435 DISTRITO FEDERAL

VOTO - CONJUNTO

MS 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e M 36.526

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Os mandados de segurança foram impetrados contra acórdãos do Tribunal de Contas da União, formalizados em tomadas de contas especiais, os quais resultaram na aplicação e ameaça de aplicação de sanção de inidoneidade, com base no art. 46 da Lei 8.443/1992, com o objetivo de reparar o dano ao erário decorrente de condutas das impetrantes.

1) Relatório

No **MS 35.435**, a empresa Andrade Gutierrez Engenharia S.A. sustenta que, não obstante a celebração de acordo de leniência com o Ministério Público Federal e de Termo de Cessação de Conduta com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Tribunal de Contas da União, no âmbito da Tomada de Contas 016.991/2015, veiculou, por meio do Acórdão 483/2017, explícita ameaça de declaração de inidoneidade, pelos mesmos fatos relacionados às contratações para as obras de Angra III.

Assevera que o Tribunal de Contas da União, *“ao mesmo tempo em que aplicou essa sanção a outras empresas, aplicou-a também à ora impetrante, tendo apenas determinado a suspensão da execução dessa pena, subordinando a eficácia do acordo de leniência firmado junto ao Ministério Público Federal ao cumprimento de condicionantes (que esvaziam o acordo) impostos pelo TCU. Colocou-se, inequivocamente, o TCU acima do Ministério Público Federal.”*

O Tribunal de Contas da União, em informações, aponta a necessidade de indeferimento da liminar e, no mérito, a denegação da ordem, alegando, em síntese, *“a competência constitucional e legal de o Tribunal de Contas da União aplicar a sanção de inidoneidade da impetrante, independentemente de a empresa apenada haver firmado acordo de leniência.”*

Após a concessão de medida liminar tão somente para impedir a decretação de inidoneidade da impetrante pelo Tribunal de Contas no

âmbito do TC 016.991/2015-0, o TCU interpôs agravo interno.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECRETAÇÃO DA SANÇÃO DE INIDONEIDADE. CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE LENIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Mandado de Segurança impetrado contra acórdão do Tribunal de Contas da União que constitui alegada ameaça de decretação da sanção de inidoneidade da impetrante. 2. Embora seja inegável a contribuição dos acordos de leniência para o desmantelamento de fraudes e atos de corrupção perpetrados contra o Estado, tal instituto não pode servir de obstáculo para o desempenho da função constitucional de outros órgãos de controle. 3. A celebração de acordo de leniência não compromete a autonomia decisória da Corte de Contas e não pode afastar o Tribunal do exercício de suas funções. 4. O acórdão impugnado adotou solução que alia, de um lado, deferência aos acordos já firmados, e, de outro, maior efetividade na apuração e no ressarcimento ao erário. Ausente ilegalidade ou abuso de poder. – Parecer pela denegação da segurança.”

A impetrante, em seguida, noticia fato superveniente, qual seja, a firmação de acordo de leniência com a Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU).

Intimada, a AGU manifesta-se no sentido da impossibilidade de modificação da causa de pedir do presente *mandamus* para incluir o novo acordo de leniência como fundamento a obstar a decretação de inidoneidade pelo TCU. No mérito, contudo, entende inviável a aplicação de tal sanção pela Corte de Contas sobre os fatos tratados no acordo de leniência devidamente firmado entre a parte agravada, a AGU e a CGU.

No **MS 36.173**, a empresa Construtora Artec S.A. sustenta, em essencial, a nulidade do Processo de Tomada de Contas no âmbito do

MS 35435 / DF

TCU, uma vez que foi instaurado com fundamento em interceptação telefônica declarada nula pelo STF no âmbito do Inquérito 3.732, bem como a prescrição da pretensão administrativa.

A Corte de Contas, em informações, defende a legalidade do ato impugnado.

Após a concessão de medida liminar tão somente para determinar a suspensão dos efeitos dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas da União nos autos do TC 015.601/2009-0, apenas no que se refere à declaração de inidoneidade da impetrante, a União interpôs agravo interno.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela denegação da segurança, em parecer ementado nos seguintes termos:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONSTATAS ESPECIAL. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO NAVALHA RECONHECIDAS COMO NULAS POR ESSE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INQUÉRITO 3.732. IRRELEVÂNCIA. ELEMENTOS DE PROVA AUTÔNOMOS. JUÍZO CONDENATÓRIO FORMADO POR PROVAS PRODUZIDAS NO EXERCÍCIO DA MISSÃO CONSTITUCIONAL DE FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, AMPLA DEFESA OU CONTRADITÓRIO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESCABIDA A ALEGAÇÃO DE QUEBRA DE ISONOMIA, DESPROPORÇÃO OU IRRAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE AO IMPETRANTE. DOSIMETRIA CORRETA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.”

No **MS 36.496**, a empresa UTC Engenharia S.A. sustenta, em apertada síntese, que o acordo de leniência celebrado com a AGU e a CGU garantiu-lhe a isenção da aplicação da pena de inidoneidade em

relação aos fatos objeto do acordo. Essa questão, no entanto, haveria sido violada pela Corte de Contas, nos autos da TC 016.991/2015-0, que declarou a inidoneidade da impetrante para contratar com a Administração Pública pelo período de 5 (cinco) anos.

O Tribunal de Contas da União, em informações, manifesta-se pelo indeferimento da liminar e, no mérito, pela denegação da ordem.

Em 31.7.2019, a impetrante peticionou informando que o TCU implementou a penalidade aplicada, lançando seu nome no rol de empresas inidôneas para contratar com a Administração Pública Federal, em virtude do decidido na TC 016.991/2015-0 e no Acórdão 483/2017, os quais são o objeto da presente demanda.

Após a concessão de medida liminar tão somente para suspender a aplicação da pena de inidoneidade da impetrante pelo Tribunal de Contas no âmbito da TC 016.991/2015-0, a parte impetrada interpôs agravo interno.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela denegação da segurança, em parecer ementado nos seguintes termos:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECRETAÇÃO DA SANÇÃO DE INIDONEIDADE. CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE LENIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Mandado de Segurança impetrado contra acórdão do Tribunal de Contas da União que aplicou a sanção de inidoneidade à impetrante. 2. A celebração de acordo de leniência, não obstante a inegável contribuição do instituto para o desmantelamento de fraudes e atos de corrupção perpetrados contra o Estado, não é obstáculo para o desempenho da função constitucional de outros órgãos de controle. 3. A realização de acordo de leniência não compromete a autonomia decisória do Tribunal de Contas e não há de afastar a Corte do exercício de suas funções. 4. Não há ofensa à isonomia quando a decisão impugnada demonstra a desigualdade de situações que justifica o sobrestamento da sanção de inidoneidade a determinadas

empresas e não concede o mesmo benefício à impetrante. Ausente ilegalidade ou abuso de poder. – Parecer pela denegação da segurança.”

No **MS 36.526**, a Construtora Queiroz Galvão S.A. aduz, em síntese, que o TCU “(i) extrapolou a sua competência em face da competência do CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão que tem processo em curso para apurar a mesma acusação de cartel que levou o TCU a praticar o ato coator; (ii) utilizou prova emprestada absolutamente precária e inconclusiva perante os órgãos junto aos quais foram produzidas e sem que a ora impetrante tivesse assegurado o contraditório e a ampla defesa; e (iii) ofendeu a coisa julgada administrativa, pois a própria Corte de Contas já havia se pronunciado em definitivo quanto ao edital de licitação que é objeto do TC 016.991/2015-0, em procedimento amplamente fundamentado”. (eDOC 1, p. 3-4)

Afirma ainda que, durante o curso do citado processo na Corte de Contas, iniciou significativa colaboração com o TCU, com ampla exposição de elementos sólidos, contábeis e devidamente auditados. Tendo em vista a ausência de regulamentação de colaboração perante a Corte, o Ministério Público de Contas opinou pela criação de um processo apartado, o que foi deferido pelo Ministro Augusto Nardes, então relator, que determinou a instauração da TC 036.758/2018-3.

Todavia, alega que, apesar da enorme contribuição que ofereceu durante aproximadamente um ano – o que possibilitou o ressarcimento de mais de 200 milhões ao erário –, o TCU manteve sua condenação à sanção de inidoneidade (Acórdão 1178/2019), sem levar em consideração os elementos colhidos em sua colaboração, violando diversos princípios como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a confiança legítima, a boa-fé objetiva, a isonomia, a livre iniciativa, a intranscendência da pena e a coisa julgada administrativa.

Assim, requer a concessão de medida liminar para suspender a aplicação da sanção de inidoneidade até o julgamento final do presente mandado de segurança. No mérito, pede a anulação do ato coator, “suspendendo-se a declaração de inidoneidade da impetrante até a efetiva conclusão do processo apartado de colaboração TC 036.758/2018-3 e a instrução

do processo principal (TC 016.991/2015-0) sob a égide do amplo respeito ao contraditório, à ampla defesa e aos dispositivos constitucionais e legais acima apontados”.

A autoridade coatora, em informações, defende a legalidade do ato impugnado (eDOC 69).

A União peticionou requerendo seu ingresso no feito (eDOC 73).

Deferi a medida liminar, em 7.8.2019, para suspender a aplicação da sanção de inidoneidade à impetrante no âmbito da TC 016.991/2015-0, até o julgamento final do presente mandado de segurança (eDOC 75).

A União em agravo regimental interposto, afirma, em síntese, que *“inexiste afronta ao princípio da confiança legítima em virtude do comportamento contraditório da impetrante, que apresenta pedido de colaboração, porém se abstém de reconhecer sua efetiva participação na fraude, além de não apresentar elementos que possam contribuir concretamente com as investigações”.* (eDOC 85)

Intimada (eDOC 87), a parte agravada apresentou contrarrazões ao agravo, sustentando o acerto da decisão agravada (eDOC 88).

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela denegação da segurança, em parecer cuja ementa transcrevo a seguir:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECRETAÇÃO DA SANÇÃO DE INIDONEIDADE. CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE LENIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Mandado de Segurança impetrado contra acórdão do Tribunal de Contas da União mediante o qual se aplicou a sanção de inidoneidade à impetrante. 2. A celebração de acordo de leniência, não obstante a inegável contribuição do instituto para o desmantelamento de fraudes e atos de corrupção perpetrados contra o Estado, não é obstáculo para o desempenho da função constitucional de outros órgãos de controle. 3. A realização de acordo de leniência não compromete a autonomia decisória do Tribunal de Contas e não há de afastar a Corte do exercício de suas funções. 4. Não há

ofensa à isonomia quando a decisão impugnada demonstra a desigualdade de situações que justifica o sobrestamento da sanção de inidoneidade a determinadas empresas e não concede o mesmo benefício à impetrante. 5. A decisão que aplicou a sanção de inidoneidade à pessoa jurídica impetrante está devidamente fundamentada, uma vez que examinou detidamente as circunstâncias fáticas e jurídicas que demonstram a existência de fraude e o grave dano ao erário, de forma a evidenciar a necessidade de aplicação da mencionada sanção. 6. Acórdão do Tribunal de Contas da União que aplica sanção de inidoneidade à pessoa jurídica impetrante, ante a demonstração da existência de fraude e do grave dano ao erário, não viola os princípios constitucionais do devido processo legal, da isonomia e da segurança jurídica, tampouco configura ilegalidade ou abuso de poder. Parecer pela denegação da segurança". (eDOC 93, p. 1)

Devidamente instruídos, os autos vieram conclusos a mim.

Proponho a reunião dos mandados de segurança para o julgamento desta Turma, por versarem sobre um mesmo suporte fático – contratação para obras da **Usina Nuclear de Angra III** – e sobre a mesma pena aplicada – declaração de inidoneidade –, além de se enquadrarem na disposição do art. 9º, I, d, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

2) Mérito

2.1) Consensualidade no Direito Administrativo sancionador e multiplicidade dos regimes de leniência no microsistema anticorrupção

Nos *writs*, as impetrantes alegam que, tanto em análise preventiva quanto repressiva, sobre o mesmo suporte fático, qual seja, fraudes licitatórias nas obras de Angra III, o TCU teria aplicado a sanção de declaração de inidoneidade que esvaziaria o objeto dos acordos de leniência firmados com o Ministério Público Federal e, no caso do MS 35.435, MS 36.496 e do MS 36.526, também o conteúdo do Termo de Cessação de Conduta e/ou do Acordo de Leniência firmado com o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).

Antes de examinar os argumentos trazidos em cada um dos processos, reputa-se oportuno examinar os casos em tela considerando a dimensão constitucional do fenômeno de ampliação dos espaços de consenso na atuação punitiva do Poder Público.

Nos últimos anos, o ordenamento jurídico pátrio assistiu a um verdadeiro espraiamento da figura dos acordos de Leniência Administrativa, em paralelo ao uso de institutos análogos na seara criminal. Esse movimento foi de certo modo influenciado por um esforço internacional de convergência na adoção de políticas judiciais e legislativas de combate à corrupção.

Tal influência, se traduziu por meio da incorporação ao sistema jurídico interno de tratados multilaterais como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (internalizada pelo Decreto 3.678/2000); a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), Decreto 4.410/2002; a Convenção de Palermo (Decreto 5.015/2004); e a chamada Convenção de Mérida (Decreto 5.687/2006).

Os acordos de leniência configuram relevantes instrumentos de instrução probatória voltados ao fortalecimento de uma política de combate a infrações econômicas na desarticulação de ilícitos administrativos e criminais de natureza colusiva, isto é, que envolvem a atuação concertada de diversos agentes econômicos com o intuito de restringir a concorrência ou de fraudar as regras de processos de seleção pública.

Sobretudo quando essas condutas colusivas são adotadas no âmbito de licitações públicas, os danos à coletividade são evidente e transcendem às perdas financeiras. Como bem destacado pelas autoras Paula Farani de Azevedo Silveira e Paula de Andrade Baqueiro em estudo internacional sobre os desafios brasileiros no combate a corrupção em licitação:

Atos de corrupção e cartéis impõem sérios riscos à integridade do sistema de seleção pública, uma vez que as duas práticas distorcem os objetivos centrais de uma licitação, quais sejam estimular a competição e reduzir preços. A corrupção nas seleções públicas vai além da mera transferência de recursos entre agentes privados e públicos, uma vez que, do ponto de vista da concorrência, esses atos fundamentalmente minam a competitividade e facilitam colusões. (tradução livre) (SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo e BAQUEIRO, Paula de Andrade. **Can Competition Authorities Address Corruption in Public Procurement? The Brazilian Experience in Car Wash Cases.** *Concurrences Review*, 2020, p. 4)

No enfrentamento dessas estratégias ilícitas, a função persecutória do Estado recai sobre condutas delituosas que, por sua própria natureza, são secretas e apresentam materialidade volátil. No combate a esses tipos de infrações, a obtenção de resultados positivos na detecção de ilícitos depende da existência de mecanismos de incentivos para que os agentes econômicos envolvidos em práticas colusivas tragam os fatos delituosos ao conhecimento das autoridades públicas (SPAGNOLO, Giancarlo. **What Do We Know About the Effectiveness of Leniency Policies? A**

Survey of the Empirical and Experimental Evidence. 2014).

No ordenamento jurídico vigente, há pelo menos 4 (quatro) gêneros de acordos de leniência que podem ser celebrados por pessoas físicas ou jurídicas para atenuação da responsabilidade administrativa ou judicial de atos econômicos, quais sejam: (i) o Acordo de Leniência Antitruste, que encontra previsão na Lei 12.529/2011 (Lei do CADE); (ii) o Acordo Leniência Anticorrupção, fundamentado na Lei 12.843/2013 (Lei Anticorrupção), (iii) o chamado “Acordo de Leniência do MP”, que não possui previsão legal expressa, mas surge de interpretação sistemática das funções constitucionais do Ministério Público; e ainda (iv) o Acordo de Leniência do Sistema Financeiro Nacional, que é disposto pela Lei 13.506/2017. Além desses, seria possível ainda apontar como uma quinta modalidade de Acordo de Leniência o chamado “*acordo de não persecução cível*”, que foi recentemente introduzido pela Lei 13.964/2019, o chamado “*Pacote Anticrime*”.

Embora esses acordos possam eventualmente abranger fatos suscetíveis de repressão na esfera criminal, os Acordos de Leniência não se confundem com as modalidades de consenso disponíveis na esfera penal, como a figura do chamado Acordo de Colaboração Premiada, disciplinado na Lei 12.850/2013.

Os recentes desdobramentos da chamada Operação Lava Jato evidenciaram as sobreposições e interfaces entre os múltiplos regimes de responsabilização administrativa e cível que incidiram sobre as pessoas físicas e jurídicas investigadas.

Diversos estudos recentes têm debatido se e como a coexistência de regimes de leniência no direito brasileiro pode atingir um nível ótimo de incentivo à colaboração dos agentes econômicos, de modo a aprimorar o combate à corrupção.

Em trabalho que buscou identificar a estrutura de incentivos para colaboração em investigação antitruste e anticorrupção no Brasil, **Paulo Burnier da Silveira** e **Victor Oliveira Fernandes** destacam que “a coexistência de múltiplos regimes de leniência inevitavelmente requer um esforço normativo (i) de alinhamento dos incentivos premiais dos

sistemas e (ii) de criação de mecanismos de cooperação entre as agências responsáveis pelo enforcement das legislações". (tradução livre) (SILVEIRA, Paulo Burnier. FERNANDES, Victor Oliveira. **The Car Wash Operation in Brazil: Challenges and Perspectives in the Fight Against Bid Rigging**. In.: Global Competition Enforcement: New Players, New Challenges. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019, p. 130).

Os dois autores destacam que, no ordenamento pátrio, há profundas assimetrias na definição dos requisitos para a celebração dos acordos em cada uma das esferas administrativas. Também identificam que há fortes assimetrias no regime de sanções premiais, já que os acordos podem gerar imunidades totais ou parciais dentro de uma mesma esfera de responsabilização cível ou administrativa e podem ou não gerar benefícios na esfera penal. (Ibid., p. 131).

Esse esforço de alinhamento de incentivos e de cooperação institucional faz-se ainda mais necessário quando os regimes de punição apresentam sobreposições, isto é, quando as legislações aplicáveis podem incidir sobre um mesmo plexo de atos dos agentes econômicos.

Como reconhecem **Reinaldo Diogo Luz** e **Giancarlo Spagnolo**, dois renomados autores que investigam essa temática, deve-se ter em mente que "o envolvimento de múltiplas autoridades em casos de leniência dificulta a efetividade dos mecanismos vigentes" (tradução livre) (LUZ, Reinaldo Diogo & SPAGNOLO, Giancarlo. **Leniency, collusion, corruption, and whistleblowing**. Journal of Competition Law and Economics, 2017).

Ao contrário do que se poderia intuir, a necessidade de cooperação e coordenação entre as instituições envolvidas no chamado Microsistema Anticorrupção não é apenas uma medida de garantia da segurança jurídica que opera a favor das empresas que negociam com o Estado. Ao contrário, trata-se de verdadeira condição de efetividade dos instrumentos de leniência. Nas palavras precisas da ilustre professora da Universidade de Brasília (UnB) **Amanda Athayde**, em obra dedicada ao tema, deve-se ter consciência de que:

“Diante da atuação concomitante de diversas instituições públicas no âmbito da negociação e celebração de Acordos de Leniência Anticorrupção, com a condução de processos administrativos, civis e penais, eventualmente até nas esferas federal, estadual e municipal, as instituições competentes devem adotar um comportamento cooperativo. Se aqueles que praticam os atos de corrupção atuam de modo organizado, as instituições públicas também devem atuar de modo organizado para enfrentar os ilícitos de corrupção”. (grifos nossos) (ATHAYDE, Amanda. **Manual de Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 261).

Na nossa história recente, são bastante escassas as experiências institucionais em que empresas investigadas buscaram simultaneamente diversas autoridades administrativas para a colaboração. Uma das raras situações em que isso se verificou foi justamente nas investigações de práticas de corrupção no âmbito da construção da usina termoeletrica de Angra III, que estão relacionadas aos Mandados de Segurança ora em exame. Contudo, mesmo nesse caso, embora as empresas investigadas tenham formalizado acordos autônomos com o CADE, com a CGU/AGU e o MPF, apenas uma delas, a Andrade Gutierrez, logrou assumir o compromisso de colaboração perante todos esses órgãos.

Além da Andrade Gutierrez, no Brasil, apenas as empresas SBM Offshore e o grupo de comunicação Interpublic (que engloba as agências MullenLowe Brasil e FCB Brasil) lograram celebrar acordos de leniência com todas as instituições envolvidas na apuração dos ilícitos da Operação Lava Jato.

É justamente em razão desses desafios práticos e institucionais à assinatura de uma pluralidade de acordos de leniência que importantes vozes na doutrina chegam a debater a conveniência de se instituir um regime de balcão único para a negociação de colaborações em âmbito administrativo. Nesse sentido, o professor **Alexandre Cordeiro Macedo** e

Raquel Mazzuco Sant'Ana chegam a defender que “a existência de um único balcão com competência para negociar e celebrar acordos de leniência poderia ser exequível se primeiramente ocorresse uma alteração legislativa que unificasse a regulamentação sobre leniência no Brasil e conferisse uma dinâmica de cooperação entre as autoridades que reduzisse tempo e custo de investigação” (MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. **Balcão Único Para Negociação de Acordos de Leniência no Brasil**. *SSRN Electronic Journal*, v. 23529, p. 1–36, 2019, p. 32). As reflexões nesse sentido são de especial relevância para a matéria debatida nos casos em tela.

Considerando a complexidade da matéria gerada a partir da intrincada rede de regimes de responsabilização anticorrupção, o presente voto analisa cuidadosamente as principais características dos acordos de leniência disponíveis no ordenamento jurídico pátrio, com o intuito de estabilizar de forma clara as hipóteses de cabimento desses acordos, os requisitos de sua celebração e, principalmente, os possíveis benefícios deles decorrentes em cada uma das esferas de responsabilização.

Antecipa-se que o estudo aqui desenvolvido diagnosticou importantes assimetrias nas previsões de imunização geradas por cada um desses acordos, o que pode comprometer a segurança jurídica desses instrumentos. Além disso, identificou-se que um dos principais fatores de desalinhamento dos regimes refere-se à ausência de parâmetros comuns e objetivos para o cálculo de reparação e ressarcimento de danos nos acordos. A adoção de diversas metodologias de cálculo que ainda estão sujeitas a questionamentos afeta negativamente estrutura de incentivos para a colaboração com o Estado.

A partir dessas considerações teóricas, o presente voto busca aplicar aos casos concretos uma interpretação harmônica das funções constitucionais do Tribunal de Contas da União, que preserve os princípios constitucionais da segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, CF) e da eficiência (art. 37, CF).

2.1.1) Acordos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

No ordenamento brasileiro, as primeiras experiências exitosas com o uso de acordos de leniência se deram no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), no início dos anos 2000. Com a edição da Lei 10.149/2000, que promoveu alterações na legislação antitruste brasileira, passou-se a admitir que a União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), celebrasse acordos de leniência com pessoas físicas e jurídicas autoras de infração à ordem econômica, fazendo jus à “*extinção da ação punitiva da administração ou à redução de um a dois terços da penalidade aplicável*” (art. 35-B da então vigente Lei 8.884/1994).

A SDE celebrou o primeiro acordo de leniência do país no ano de 2003, no âmbito das investigações do chamado *cartel dos vigilantes*. A validade desse acordo foi reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no ano de 2007 (CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert (eds.). **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 2013, p. 51).

O uso de acordos de leniência no SBDC foi acompanhado de um notável amadurecimento institucional por parte da autoridade antitruste. Em 2011, com a edição da Nova Lei de Defesa da Concorrência, o instituto da leniência foi mantido e aprimorado.

Pela legislação atualmente vigente, o Acordo de Leniência Antitruste apresenta-se como instrumento de colaboração probatória que pode ser celebrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tanto com pessoas jurídicas quanto com pessoas físicas que foram autoras de infração à ordem econômica (art. 86 da Lei 12.529/2011). Ou seja, podem celebrar acordos de leniências as empresas ou pessoas físicas que tenham cometido ato, sob qualquer forma manifestado, que tenha por objeto ou possa ter produzido algum efeito de limitação ou falseamento da livre concorrência, na forma do art. 36 da Lei 12.529/2011.

A celebração do acordo de leniência tem como possíveis benefícios a extinção da ação punitiva ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade pecuniária aplicável (art. 86). No caso das infrações à ordem econômica, essa penalidade pode variar de 0,1 a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, obtido no ano anterior à instauração do processo administrativo (art. 37), valor esse que também serve de referência para a pena atribuída às pessoas físicas.

Após anos de aprimoramento institucional do Programa de Leniência do CADE, a autarquia passou a contemplar sofisticado sistema de colaboração. Apenas os agentes infratores que primeiro trouxerem a notícia da existência do ilícito à autoridade antitruste são elegíveis para o acordo de leniência, que pode resultar na imunidade *full* do investigado.

Contudo, a Lei e o Regimento Interno do CADE também permitem que os demais infratores envolvidos na prática denunciada pelo leniente possam colaborar com a autarquia trazendo provas adicionais do ilícito por meio da celebração dos chamados Termos de Compromisso de Cessação (TCC) – art. 85 da Lei 12.529/2011. Nesses acordos, a empresa ou a pessoa física investigada assume a obrigação de cessar a prática, admite a participação no ilícito e pode assumir o compromisso de colaborar com as investigações.

Do ponto de vista das repercussões administrativas e penais, um dos grandes motivos de sucesso do programa de leniência do CADE é que, desde os seus anos iniciais, a Autarquia se manteve aberta ao diálogo institucional com o Ministério Público Federal, que logo passou a atuar também como signatário dos acordos de leniência antitruste.

Do ponto de vista dos benefícios, tem-se que o Acordo de Leniência do CADE pode gerar, de forma direta, a imunidade das signatárias em relação à configuração de infrações à ordem econômica, nos termos do art. 86 da Lei 12.529/2011.

Contudo, além dessa imunidade administrativa, o art. 87 do diploma normativo prevê que a celebração do acordo de leniência antitruste também *“determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência”*.

Transcreve-se o dispositivo:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 , e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Apesar dessa previsão, a doutrina aponta que não há clareza sobre qual seria a extensão dessa imunidade criminal gerada pelo Acordo de Leniência Antitruste. A principal dúvida que surge é se a imunidade criminal abrangeria apenas o crime de cartel ou outros crimes eventualmente relacionados, como delitos de corrupção e de fraude à licitação. Como destacam, mais uma vez, **Paulo Burnier da Silveira** e **Victor Oliveira Fernandes**, diante dessa controvérsia, o CADE passou a pactuar, especificamente nos acordos de leniência da Operação Lava Jato cláusula que restringe a imunidade criminal. Como destacam os autores:

A fim de garantir segurança jurídica, os acordos de leniência antitruste assinados com o CADE na operação lava-jato passaram a prever uma cláusula específica que estabelecia o escopo da imunidade criminal. A cláusula 7.9 dos acordos passou a deixar claro que os benefícios da leniência antitruste não se aplicam a “crimes não diretamente relacionados à prática de cartel, como os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, ainda que praticados de forma conexa ao cartel acobertado pelo acordo. (tradução livre) (SILVERA e FERNANDES, op. Cit., p. 132).

A controvérsia sobre a extensão da imunidade criminal, sem dúvida, é um ponto crítico de reflexão na composição dos incentivos à colaboração por parte de empresas envolvidas em cartéis em licitações públicas.

De todo modo, verifica-se que, afora a questão criminal controvertida, a celebração da Leniência Antitruste não parece gerar benefício outros além da imunidade ou possibilidade de redução da sanção administrativa passível de imposição pelo próprio CADE.

2.1.2) Leniência Anticorrupção da Lei 12.846/2013

A Lei 12.846/2013 e o seu regulamento (Decreto 8.420/2015) estabeleceram um verdadeiro sistema autônomo de responsabilização civil e administrativa pelos chamados “*atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*” (art. 1º). Esses atos são entendidos, de forma aberta, como “*todos aqueles praticados por pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil*” (art. 5º).

Inspirada no modelo da legislação antitruste, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) previu a chamada Leniência Anticorrupção. Como bem observado pelo Professor Nitish Monebhurrin: “o programa de leniência enquanto instrumento jurídico originalmente pertencente ao campo antitruste teve a sua lógica e o seu espírito eficazmente transpostos para o domínio anticorrupção, onde se esperou que esses acordos fossem aplicados com um duplo efeito positivo: combater a corrupção e proteger a concorrência”. (MONEBHURRUN, Nitish. *Fighting Corruption and Promoting Competition in Brazil*. in: **International Cooperation and Competition Enforcement: Brazilian and European Experiences from the Enforcers’ Perspective**. CARVALHO, V. M. (editors) RAGAZZO, C. E. J. e SILVEIRA, P. B., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 84).

À semelhança do que ocorre na Legislação Antitruste, a Lei

Anticorrupção traz um rol aberto de infrações administrativas, dentre as quais se insere atos tais como o de “*prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada*”(art. 5º, inciso I) e o de “*frustrar ou fraudar, mediante, ajuste, combinação ou qualquer outro expediente o caráter competitivo de procedimento licitatório público*” (art. 5º, inciso IV, alínea “a”).

Todavia, diferente do que ocorre no regime do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, fica claro que **as condutas passíveis de punição pela Lei Anticorrupção também podem configurar, além de crimes, outras infrações administrativas e também com repercussões judiciais.**

Apesar de ter se inspirado nas melhores práticas internacionais, a pouca vivência institucional e o conhecimento doutrinário ainda em expansão nessa matéria têm dificultado a adequada compreensão das possibilidades de uso do Acordo de Leniência Anticorrupção.

A partir de uma interpretação sistemática da Lei 12.843/2013, é possível compreender que o novel diploma instituiu verdadeiro **regime duplo de responsabilização das pessoas jurídicas**. Dentro desse regime duplo, a prática dos chamados atos lesivos à Administração Pública definidos no art. 5º da lei pode tanto ensejar (i) a responsabilidade administrativa, que é regulamentada nos Capítulos III e IV do diploma, e (ii) a responsabilidade judicial, que é regulamentada no Capítulo VI da lei.

Do ponto de vista da **responsabilização administrativa**, a Lei Anticorrupção foi pensada como um regime vertical nas esferas Federal, Estadual e Municipal e no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O diploma normativo estabeleceu, nesse sentido, que a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica pelos atos lesivos à administração pública sempre caberá “*à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa*” (art. 8º).

Embora não esteja claro qual órgão ou entidade deve ser responsável pela aplicação dessa lei nas esferas estaduais e municipais ou no âmbito

dos Poderes Legislativo e Judiciário, ao menos no âmbito do Poder Executivo Federal, a legislação deixou claro que a competência seria da Controladoria-Geral da União – CGU (art. 8º, § 2º). A CGU é também o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira (art. 16, § 10).

No campo da responsabilidade administrativa, há 2 (duas) sanções que podem ser aplicadas pela autoridade máxima da entidade em face da qual foi praticado o ato lesivo, ou, em caso de órgão da administração direta, do seu Ministro de Estado. São elas: (i) a sanção de multa e (ii) publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora (art. 6º, incisos I e II).

Por outro lado, a Lei Anticorrupção trouxe no seu Capítulo VI o regime da chamada **responsabilização judicial** (art. 18). Enquanto a responsabilidade administrativa enseja a punição da empresa por parte da CGU ou órgão equivalente nas esferas estadual e municipal, a responsabilidade judicial dos atos lesivos à Administração Pública consiste na possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio de suas respectivas Advocacias Públicas ou ainda o Ministério Público, ajuizarem ações em face das empresas. O art. 19 da lei descreve a forma como é operacionalizada a responsabilidade judicial, bem como as sanções dela decorrentes:

“Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.”

Desse modo, percebe-se que, nos termos da Lei Anticorrupção, de um mesmo ato lesivo à Administração Pública, na forma do art. 5º da lei, pode-se desencadear os dois regimes – administrativo e judicial – de responsabilização da pessoa jurídica. Como visto, no regime de responsabilidade administrativa, cabe à CGU (no plano federal) ou à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário mover o chamado Processo Administrativo de Responsabilização – PAR e, se comprovada a infração, impor as sanções pecuniárias previstas no art. 6º, que têm verdadeira natureza punitiva ou sancionadora.

Já no regime judicial, o ato lesivo do art. 5º dá ensejo ao ajuizamento de demandas seja pelo órgão de advocacia do Ente Público (AGU ou procuradorias estaduais) ou pelo Ministério Público, cabendo ao Poder Judiciário, se for o caso, aplicar as sanções do art. 19, as quais, por sua vez, visam a reparar o dano causado pela pessoa jurídica ao Ente Público, possuindo, portanto, natureza indenizatória.

Entender essa separação entre essas duas esferas dentro de uma mesma lei é essencial para que se possa delimitar o alcance do chamado Acordo de Leniência Anticorrupção. Esse acordo – que é previsto no Capítulo V da lei – pode servir para atenuar a responsabilidade da empresa tanto no campo administrativo quanto no campo judicial.

Dentre os requisitos para a celebração da Leniência Anticorrupção, destacam-se as exigências de que a empresa seja a primeira a manifestar interesse em cooperar para apuração do ilícito (art. 16, inciso I), que a pessoa jurídica cesse completamente o seu envolvimento na infração (art. 16, inciso II) e que ela admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo (art. 16, inciso III).

A rigor, se apenas o órgão responsável pela apuração administrativa (que no plano federal é a CGU) celebrar o acordo, a leniência só poderá gerar efeitos no campo da responsabilidade administrativa. É exatamente isso o que está disposto no art. 16, § 2º, da Lei Anticorrupção, que, ao tratar dos benefícios, dispôs que a celebração dos acordos de leniência garantiria aos signatários apenas: (i) o afastamento da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória (prevista no art. 6º, inciso II, da referida lei); (ii) o afastamento da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (previsto no art. 19, inciso IV, da lei) e ainda (iii) a redução de um a dois terços do valor da multa aplicável.

Ocorre que a lei também autoriza que o titular da ação judicial de que trata o art. 19 celebre esse acordo com a empresa. Nessas hipóteses, a interpretação do art. 17 sugere, especificamente para os casos de atos lesivos à administração pública (art. 5º) que também configurem violação à Lei 8.666/1993, que a Administração Pública poderá estender os benefícios do acordo de leniência anticorrupção à imunização das sanções de que tratam os arts. 66 a 68 da Lei Geral de Licitações:

“Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.”

Dentre as sanções previstas nesses dispositivos da Lei 8.666/1993 e que, portanto, podem ser afastadas no Acordo de Leniência Anticorrupção, destaca-se *“a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade”* (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666).

No plano federal, percebe-se que essas complexidades do regime duplo da Lei Anticorrupção têm sido superadas justamente por meio do aprimoramento da cooperação institucional entre a CGU e a AGU. Ainda em 2016, os dois órgãos estabeleceram a Portaria Interministerial CGU/AGU 2.278/2016, que passou a definir os procedimentos para a celebração do acordo. Essa portaria esclareceu que a AGU teria participação nas comissões formadas pela CGU para negociação dos acordos, cabendo aos membros da AGU não só assessorar essas comissões, mas também *“avaliar a vantagem e procedência da proposta da empresa em face da possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais”* (art. 5º, § 4º, da Portaria Interministerial CGU/AGU 2.278/2016).

Assim, quando a celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção envolver simultaneamente a CGU e a AGU, percebe-se que o alcance dos benefícios se torna bastante alargado, uma vez que opera tanto sobre o regime de responsabilização administrativa, guardado pela CGU, quanto o regime de responsabilização judicial, guardado pela AGU. O art. 2º da referida Portaria Interministerial deixa claro que a celebração conjunta do acordo de leniência poderá abranger a atenuação de sanções previstas na Lei Anticorrupção, na Lei 8.666/1993 e ainda na própria Lei de Improbidade Administrativa. Confira-se o dispositivo:

“Art. 2º O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº12.846, de 1º de agosto de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as

investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração.”

Em outras palavras, a cooperação entre CGU e AGU permitiu que os Acordos de Leniência Anticorrupção desdobrassem seus efeitos tanto no regime de responsabilidade administrativa da Lei 12.846/2013 quanto sobre os múltiplos regimes de responsabilidade judicial, que são titularizados pela AGU. Como bem destacado pela professora **Amanda Athayde** em obra dedicada ao tema:

“Para além dos benefícios administrativos, a entrada da AGU na negociação dos Acordos de Leniência Anticorrupção trouxe mais benefícios aos signatários. Consiste no benefício do afastamento ou da mitigação da pena que seria aplicável nos termos da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção.(...) A participação da AGU nas negociações do Acordo de Leniência Anticorrupção visa, portanto a garantir a possibilidade de concessão de benefícios administrativos relacionados principalmente à reparação de danos e à multa de que trata a Lei de Improbidade Administrativa, trazendo segurança aos seus signatários” (p. 294).

Nos casos concretos ora examinados, verifica-se que tanto a impetrante Andrade Gutierrez quanto a impetrante UTC Engenharia firmaram Acordos de Leniência Antitruste com a AGU/CGU. A discussão que se coloca nos Mandados de Segurança se refere à extensão das sanções premiaias advindas da celebração do acordo de leniência anticorrupção e seus possíveis reflexos sobre a atuação do Tribunal de Contas da União e também do Ministério Público.

[XXXX]

2.1.3) Acordo de Leniência do MP

Além dos acordos de leniência celebrados pelo CADE e pela CGU/AGU, também assume extrema relevância para o julgamento dos

writs em tela a compreensão do regime jurídico do chamado “Acordo de Leniência do MP”.

Inicialmente, é importante destacar que o “Acordo de Leniência do MP” não se confunde com a figura da colaboração premiada da Lei 12.850/2013, cuja análise foge ao escopo do presente voto. Diferente deste tipo de colaboração criminal, o Acordo de Leniência do MP é instrumento consensual utilizado pelo *Parquet* que se insere no âmbito da competência do órgão na propositura de ações de improbidade administrativa ou de ações cíveis inseridas no âmbito da responsabilização judicial pelos atos lesivos à Administração Pública de que trata a Lei 12.846/2013.

Diferente do que ocorre no Sistema de Defesa da Concorrência e no âmbito da CGU, **a celebração dos “Acordos de Leniência do MP” não possui previsão legal explícita**. O uso desses instrumentos pelo *Parquet* se consolidou a partir da sua própria experiência institucional, e seu regime jurídico hoje é disciplinado por instrumentos de *softlaw*, em especial o Estudo Técnico 01/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e a Orientação 07/2017 da mesma CCR.

A partir de uma interpretação sistemática do dispositivo constitucional definidor das funções do Ministério Público (art. 129, inciso I, da CF/88), do princípio da eficiência (art. 37 da CF/88), da legislação processual civil no tocante ao estímulo às formas consensuais de resolução de conflitos e da própria Lei Anticorrupção, o Estudo Técnico 01/2017 assenta a legitimidade do MP para celebrar Acordos de Leniência com empresas no âmbito de ações de improbidade ou de ações civis públicas voltadas à reparação de danos decorrentes dos atos lesivos à Administração Pública. Na visão do MP, essa legitimidade estaria justificada a partir de um perfil “generalista” de proteção do interesse público, conforme destacado no Estudo Técnico 01/2017:

“Portanto, para além de tudo quanto já afirmado acima, sobre sua atribuição criminal típica e exclusiva, seu perfil generalista e suas competências requisitórias, que lhe conferem caráter apropriado e abrangente para celebrar negócios

jurídicos transversais, também sob o prisma da eficiência e com arrimo na proporcionalidade - guias necessários à construção hermenêutica consistente -, pode-se afirmar que o Ministério Público detém legitimidade para celebrar o acordo de leniência, nos mesmos moldes que a lei autoriza a autoridade administrativa a fazer. E assim deve ser porque ao órgão ministerial foi, inclusive, conferida a atuação subsidiária pela própria LAC – como guardião e garante -, quando verificada a omissão da autoridade administrativa, como deflui dos termos do artigo 20 da LAC.

A legitimidade do Ministério Público decorre ainda de sua posição institucional de independência, em relação às autoridades administrativas, livre de qualquer intervenção hierárquica sobre sua atuação finalística, o que decorre de seu perfil constitucional autônomo, fundado nas prerrogativas que asseguram a seus Membros independência funcional, inamovibilidade e vitaliciedade (CF, 127, § 1º e 128, § 5º). A isto, adiciona-se rigoroso regime jurídico de impedimentos e vedações (art. 128, § 5º, II, da CF), que, valendo-se da proibição de atividades incompatíveis com as funções institucionais, de caráter público ou privado, paradoxalmente amplia e reforça o âmbito material de atuação funcional dos órgãos do Ministério Público, pela garantia ampliada de isenção e imparcialidade de seus Membros.” (p. 75-76).

O *“Acordo de Leniência do MP”*, nesses termos, consiste em instrumento negocial pelo qual as empresas se comprometem a cessar os ilícitos civis praticados, apresentando informações e provas relevantes sobre os fatos apurados. A Orientação 07/2017 da CCR-5 estabelece que esse acordo só poderá ser celebrado se demonstrado o interesse público, que integra a oportunidade, a efetividade e utilidade do acordo (item 7.3).

Além das obrigações de cessação da prática e de colaboração das investigações, as empresas ficam com dois tipos de obrigações pecuniárias: (i) pagamento de multa da Lei de Improbidade ou da Lei

Anticorrupção, conforme o caso e (ii) pagamento de valor relativo à antecipação de reparação de danos, ressalvado o direito de outros órgãos, instituições, entidades ou pessoas de buscarem o ressarcimento que entenderem lhes ser devido. (item 7.5 da Orientação 07/2017 da CCR-5).

A formatação jurídica do Acordo do MP expõe a existência lacunas no regime jurídico de combate à microcriminalidade econômica. Em primeiro lugar porque a Lei Anticorrupção, apesar de claramente fazer referência à legitimidade do MP para pleitear judicialmente a reparação de danos cíveis derivados dos atos lesivos, não deixa clara a possibilidade de o *Parquet* celebrar o acordo de leniência. Salienta-se, a propósito, que há proposição legislativa em trâmite no Congresso Nacional (PLS 105/2015), que visa a justamente deixar clara a intervenção do MP nos acordos celebrados pela AGU/CGU.

Em segundo lugar, o uso do acordo leniência do MP nas ações de improbidade administrativa, pelo menos à época da edição do Estudo Técnico 01/2017 da 5ª CCR, desafiava disposição expressa da própria Lei 8.429/1992, cujo art. 17, § 1º, expressamente vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Esse óbice foi parcialmente superado recentemente com a edição do chamado Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), que passou a prever o chamado “acordo de não persecução cível” nas ações de improbidade. A terminologia jurídica adotada, porém, perpetua as dúvidas e confusões. Em alguma medida, os espaços de negociabilidade do acordo de leniência do MP e do acordo de não persecução cível seriam totalmente coincidentes, o que dificulta sobremaneira a interpretação harmônica da legislação aplicável.

2.2.) Conclusões parciais sobre os fatores de desalinhamento de incentivos dos regimes de leniência

A análise desenvolvida no presente voto permite a identificação de focos de desalinhamento entre os acordos de leniência examinados. Além de não haver convergência nos requisitos para a celebração dos acordos, também não há harmonia entre os benefícios passíveis de serem obtidos.

A tabela colacionada no Anexo I deste voto sintetiza os escopos normativos e as possíveis repercussões da celebração de cada um dos acordos de leniência examinados.

De forma sintética, é possível identificar importantes fatores de desalinhamento dos regimes que podem comprometer profundamente a estrutura de incentivos dos agentes econômicos em colaborar com as autoridades públicas no desvendamento de ilícitos.

Esses fatores de desalinhamento estão relacionados principalmente: (i) aos benefícios alcançáveis na esfera penal e (ii) à ausência de parâmetros de cálculo da reparação dos danos ao erário.

Quanto aos benefícios, observa-se que o Acordo de Leniência Antitruste é o único que gera efeitos na seara penal. Contudo, há importante controvérsia sobre se a imunização criminal desses acordos fica restrita ao crime de cartel ou se estende a outros ilícitos, como aos crimes de corrupção e organização criminosa.

Situação ainda mais delicada se coloca em relação aos Acordos de Leniência Anticorrupção da Lei 12.843/2013. Esses acordos só podem ser celebrados com pessoas jurídicas. Assim, a rigor, as pessoas físicas que participam desses ilícitos provavelmente ficarão expostas a repressão criminal e por parte de outras esferas administrativas, como a própria Lei Antitruste.

Quanto à forma de cálculo da reparação de danos ao erário, não é claro nos regimes de leniência se essa reparação é ou não condição para a celebração dos acordos. Além disso, não há convergência entre as múltiplas esferas quanto à metodologia de cálculo. No caso do Tribunal de Contas da União, por exemplo, apresenta pelo menos cinco fórmulas de cálculo, baseadas, em síntese, em (i) metodologias tradicionais de engenharias de custos, (ii) auditorias de notas fiscais, (iii) métodos econométricos, (iv) metodologias do produto interno mitigado e (v) metodologias do índice de recuperação projetado (ATHAYDE, Amanda. **Manual de Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 57-60).

Esses fatores de desalinhamento devem ser cuidadosamente

examinados pelas autoridades públicas, a fim de que se mantenha hígida a estrutura de incentivos à formalização dos acordos de leniência no Brasil.

3) Exame de mérito dos Mandados de Segurança

Nestes *writ of mandamus*, discute-se a possibilidade de o TCU declarar a inidoneidade das impetrantes em julgamentos de fraudes licitatórias, ainda que os ilícitos tenham sido objeto de acordos firmados em programas de leniência com outras instituições a nível federal.

3.1) MS 35.435, impetrado pela Construtora Andrade Gutierrez S.A., e MS 36.496, impetrado pela UTC Engenharia S.A.

Em 22.3.2017, o TCU proferiu o Acórdão 483/2017-TCU-Plenário no âmbito de acompanhamento de auditoria (TC 016.991/2015-0) realizada com o objetivo de fiscalizar a licitação e os contratos referentes ao serviço de montagem eletromecânica da Usina Termonuclear de Angra III.

Nessa citada auditoria, foram descobertas diversas irregularidades, entre as quais se constatou a ocorrência de fraude à licitação evidenciada pela adoção de critérios restritivos à competitividade e pela formação de cartel entre a UTC Engenharia S.A. (líder); Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Construtora Andrade Gutierrez S.A.; Construtora e Comércio Camargo Corrêa S.A.; Construtora Queiroz Galvão S.A.; Empresa Brasileira de Engenharia S.A.; e Techint Engenharia e Construção S.A., empresas do consórcio responsável pela execução dos contratos subsequentes à licitação.

Ao proferir o Acórdão 483/2017, o TCU assentou a existência de diversos indícios e provas convergentes que demonstrariam a ocorrência de fraude à licitação por meio de conluio entre as empresas integrantes do Consórcio Angramon. Esses mesmos fatos já haviam sido objeto de acordo firmado pela Construtora Andrade Gutierrez S.A. com o CADE e com o Ministério Público Federal.

No referido acórdão, o Tribunal **declarou a inidoneidade** da **Construtora Queiroz Galvão S.A.**; da Empresa Brasileira da Engenharia S.A.; da Techint Engenharia S.A.; e da **UTC Engenharia S.A. Construções** para licitar com a Administração Pública Federal, pelo prazo de 5 anos. O Plenário da Corte de Contas, no entanto, entendeu que, por conta da celebração de acordos com o CADE e com o MP, deveria ser dispensado tratamento diferenciado às empresas Construtora Norberto Odebrecht S.A.; **Construtora Andrade Gutierrez S.A.** e Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. Assim, como forma de “recompensar” essas empresas pela postura colaborativa, o TCU propôs que, para elas, fosse adotada uma espécie de “*suspensão condicional da pena de inidoneidade*” (nas palavras do voto-relator). Transcreve-se, nesse sentido, o voto-relator do Ministro Bruno Dantas:

“Julgo que a confissão e a colaboração dessas empresas junto ao Estado brasileiro na apuração de infrações e no combate ao crime poderá justificar conceder-lhes o benefício de suspensão da aplicação da pena de inidoneidade, no pressuposto de que as informações que elas detêm possam vir a contribuir para que o TCU exerça suas funções com maior efetividade.

Proponho, em essência, a adoção de um instituto inspirado na chamada suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal, na medida em que o Tribunal poderá suspender a aplicação da sanção de inidoneidade, mediante determinadas condições para aqueles que se enquadrem em certas características.

Ainda que não haja autorização específica na Lei Orgânica para essa medida, a qual também foi proposta pela SeinfraOperações, há que se interpretar o velho à luz do novo. Nossas competências, regulamentadas em lei há quase 25 anos, integram todo um microsistema de combate à corrupção, que prevê a transação entre fornecimento de informações e sanções premiais (redução de pena, isenção de pena e óbices à apresentação de denúncia, conforme analisado entre os itens 63

e 67 deste voto). Portanto, ante a efetiva colaboração junto ao MPF com vistas a uma atuação mais efetiva desta Corte, vislumbro ser sim possível a adoção de tal sistemática.

Em adição à possível suspensão da aplicação da pena para essas empresas, na fase posterior de apuração e ressarcimento dos valores subtraídos do erário em Angra 3, ou mesmo em outros empreendimentos investigados na Lava Jato, pode o Tribunal avaliar a possibilidade de efetuar a cobrança de maneira diferenciada no caso dessas empresas, adotando, por exemplo, premissas como as listadas a seguir:

a) benefício de ordem na cobrança da dívida nas tomadas de contas especiais em que empresas colaboradoras respondam solidariamente pelo débito junto a outras empresas;

b) reconhecimento da boa-fé, com seus naturais efeitos de extinção dos juros de mora sobre o montante da dívida (Regimento Interno do TCU, art. 202);

c) ressarcimento da dívida mediante parcelamento delineado de forma a respeitar a capacidade real de pagamento das empresas (*ability to pay*), a qual deverá ser atestada mediante procedimento analítico efetuado por agentes independentes de notório renome internacional;

d) abatimento, em cada uma das primeiras parcelas da dívida, dos valores já antecipados no âmbito do acordo celebrado pelo Ministério Público Federal, os quais passam a funcionar como um fundo reparador, providências que acarretarão o diferimento do início do recolhimento do débito; e

e) supressão da multa proporcional ao débito, a qual, de outra forma, poderia alcançar até 100% do valor atualizado do débito (Lei Orgânica do TCU, art. 57).

Nesse caso, a título de contraprestação espera-se que a empresa assumo 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.

Tratar-se-ia, basicamente, de um aditivo, ou *recall*, aos acordos de leniência já firmados, abordando essas questões.

Dessa forma, as sanções premiaias concedidas às empresas – de suspensão da aplicação da penalidade e eventuais benefícios na cobrança do débito – poderão se reverter na recuperação de valores subtraídos do erário, especialmente nos casos em que há dificuldade de se calcular o débito correspondente (como os contratos de eletromecânica, por exemplo).

Ademais, espera-se um ganho decorrente da diminuição na litigância, considerando a necessidade de postura cooperativa por parte da empresa no processo de controle externo, o que pode incluir a renúncia ao direito de recorrer da decisão perante o Tribunal”.

Desse modo, o TCU suspendeu a aplicação da sanção de inidoneidade em relação às empresas Camargo Correa, Andrade Gutierrez e Odebrecht, mas condicionou a manutenção da suspensão da tomada de contas em relação a essas empresas à apresentação, pelo Ministério Público Federal, de compromisso das empresas em colaborar com os processos de controle externo do TCU.

A rigor, o impasse gerado no Acórdão 483/2017 tinha relação com o valor devido a título de reparação dos danos ao erário. A intenção do TCU era de que o MPF conseguisse negociar com as empresas uma atualização dos valores de ressarcimento previstos nos Acordos de Leniência firmados com o *Parquet*, processo que ficou conhecido como o chamado “recall”. O contexto fático subjacente a essa interlocução entre o

MPF e o TCU foi explicado pelo próprio relator, Min. Bruno Dantas, em entrevista ao jornal Valor Econômico:

“Valor: Em março o TCU julgou sete empreiteiras que fraudaram uma licitação na usina de Angra 3. Quatro foram declaradas inidôneas e três tiveram o julgamento suspenso. O que explica essas três exceções?”

“Bruno Dantas: Das sete, três tinham celebrado acordo de leniência com o MPF [Odebrecht, Andrade e Camargo] e as outras quatro [UTC, Techint, EBE e Queiroz Galvão] não haviam cooperado com as investigações. Recebi um pedido do procurador Deltan Dallagnol, em nome da força-tarefa de Curitiba, para que as empresas colaboradoras tivessem tratamento privilegiado nos processos do TCU. Após várias rodadas de conversas entre os procuradores de Curitiba e os ministros do TCU, ficou estabelecido que a cooperação meramente na esfera penal seria insuficiente para o TCU, que possui uma missão institucional diversa da do MPF. Para eles, o principal objetivo a ser buscado são as provas da corrupção e da existência de organização criminosa.

Para nós, são as provas de superfaturamento que viabilizarão o integral ressarcimento do erário. Como os acordos de leniência foram celebrados originariamente pelo MPF dentro de uma lógica muito particular, essencialmente penal, ficou acordado que os procuradores reabririam as negociações com a finalidade de obter das empresas o compromisso de cooperar também com as fiscalizações do TCU e de, ao fim, ressarcir integralmente o dano causado aos cofres públicos.

Não se pode esquecer que os valores pagos pelas empreiteiras nos acordos com o MPF são irrisórios se comparados com o real desfalque que elas causaram ao Estado brasileiro, e isso não se deu por falha dos procuradores, mas porque o objetivo do MPF nunca foi calcular com precisão o valor do dano e nem obter o ressarcimento, mas sim aprofundar

a investigação penal da corrupção. Para permitir essa tentativa de "recall" pelo MPF, o plenário do TCU aceitou suspender o julgamento temporariamente.

Assim, a posição da Corte de Contas era a de que os acordos de leniência firmados com o MPF, mesmo que válidos, não afastariam a competência do TCU, até mesmo porque a celebração desses acordos não prejudicaria a necessidade imperativa do ressarcimento integral dos prejuízos, conforme disposto no § 3º do art. 16 da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, *in verbis*:

“Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”.

Em 20.11.2017, a Força-Tarefa da Lava Jato de Curitiba encaminhou ao TCU o Ofício 10325/2017-PRPR/FT (eDOC 35) informando que *“apesar da realização de diversas reuniões por parte de membros desta força-tarefa com integrantes desse E. Tribunal e com representantes das empresas, e apesar da boa vontade declarada e demonstrada por todas as partes, não foi possível, até o momento, alcançar consenso sobre a forma e consequências da colaboração das empresas junto à Corte”*. O MPF complementou, assentando que, em seu entender, *“o melhor encaminhamento é a realização de audiências das empresas pelo colegiado e a criação de uma comissão no próprio Tribunal para prosseguir nas tratativas, o que, neste momento, respeitosamente, sugere-se”*.

Ainda no âmbito desse Ofício, especificamente quanto aos riscos da imposição da sanção de inidoneidade, a Força-Tarefa da Lava Jato advertiu que:

"A suspensão da aplicação da penalidade de inidoneidade

responde a um imperativo inerente a qualquer acordo de leniência, que é a possibilidade de que os seus termos possam ser integralmente cumpridos, até porque ninguém supõe celebrar um acordo para que ele não seja cumprido. A premissa da sua celebração é o adimplemento de suas cláusulas, o que decorre da boa-fé objetiva e do princípio da confiança. Se o acordo de leniência prever a aplicação de multa e de sanções pecuniárias de monta contra a empresa que celebra o pacto, é necessário dar a ela condições de cumprir com tais sanções. Para tanto, é imprescindível que se permita que a empresa continue funcionamento e operando em seu mercado usual” (grifos nossos) (eDOC 35, p. 6)

Em decisão formalizada, em 13.4.2018, no MS 35.435, considerando o risco iminente de que o TCU decretasse a sanção de inidoneidade em relação à impetrante do referido MS, deferi parcialmente a liminar, para impedir a decretação de inidoneidade da Andrade Gutierrez Engenharia S.A., nos autos do Processo TC 016.991/2015-0. Ressalte-se que, nessa decisão, busquei deixar claro que: *"se os acordos de leniência não contemplarem em sua totalidade a reparação do dano causado ao erário, é possível ao TCU julgar as contas daqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público"*. Ressalvei, no entanto, que *"tendo o TCU outros mecanismos aptos a atingir tais finalidades, não é razoável que aplique penalidade que inviabilize o cumprimento dos acordos firmados por outros entes"*.

Respeitando essa decisão monocrática de minha lavra, mas em divergência com as recomendações do MPF, em 25.4.2018, o TCU, nos termos do Acórdão 874/2018-Plenário, estabeleceu a indisponibilidade de bens da empresa, determinando que esta medida alcançasse os bens considerados necessários, para garantir o integral ressarcimento do débito em apuração, no valor original de R\$ 290.613.598,39 (duzentos e noventa milhões, seiscentos e treze mil, quinhentos e noventa e oito reais e trinta e nove centavos - data-base 1/7/2008). O seguinte trecho do voto-relator do Min. Bruno Dantas bem sintetiza o encadeamento de fatos:

“Por meio do Acórdão 483/2017-TCU-Plenário, esta Corte de Contas buscou construir uma decisão que, propiciando o diálogo entre os órgãos de controle, conciliasse duas necessidades: a de emitir incentivos às colaborações e a de reparar o dano ao erário.

Restou, então, consignado, no mencionado aresto, que o TCU poderia suspender a aplicação da sanção de inidoneidade, mediante determinadas condições, sobretudo na hipótese de que as informações que elas detêm pudessem vir a contribuir para que o TCU exerça suas funções com maior efetividade.

É importante notar que, tão bem caracterizada a fraude à licitação, em situação de tamanha gravidade, o caminho natural daquele processo seria a declaração de inidoneidade das empresas, conforme determina o art. 46 da Lei 8.443/1992. Em atenção a pedido formulado pela Força Tarefa da Operação Lava Jato e no intuito de alavancar as investigações, este Tribunal vislumbrou a possibilidade de conceder sanções premiais àquelas responsáveis que se dispusessem a, consensualmente, colaborar com as apurações em curso, em especial no que se refere ao cálculo dos valores desviados. Observo que não haveria qualquer vinculação ao Tribunal ou às empresas quanto a essa liberalidade, visto que os acordos firmados pelo Ministério Público Federal (MPF) não pretendiam – nem poderiam – afastar a atuação desta Corte. A meu ver seria no mínimo descabida qualquer expectativa nesse sentido por qualquer das partes.

Ocorre que, nesta oportunidade, 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.

Relevante comentar, a propósito, que a possibilidade de o Tribunal, eventualmente, retomar os procedimentos para decretar a inidoneidade da Andrade Gutierrez no âmbito do TC 016.991/2015-0 encontra-se suspensa por força de liminar proferida em sede de mandado preventivo de segurança pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (MS 35.435 MC/DF). Conforme comentado, entretanto, o Ministro explicitou a possibilidade de aplicação de outras sanções com vistas a assegurar a efetiva reparação do dano causado.

Diante desse contexto, corroboro o entendimento do secretário da Seinfra Operações e pugno pela decretação da indisponibilidade de bens da empresa Andrade Gutierrez.

Essa medida deve alcançar tantos bens quanto considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos prejuízos ao erário a serem calculados, ressalvados os bens financeiros necessários à manutenção das atividades da pessoa jurídica, facultando-lhes a indicação desses bens, por ocasião da resposta à oitiva concernente a essa medida”.

É digno de destaque que, nesse mesmo acórdão, o Ministro-Revisor divergiu do eminente relator quanto à aplicação da cautelar de indisponibilidade de bens e acompanhou recomendação do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) no sentido de que se deveria considerar os acordos celebrados pela empresa com o MPF. Destaque-se a posição expressa pelo Min. André Luís de Carvalho:

“Enfim, a atuação do TCU deve prestigiar os acordos celebrados pelo MPF, não apenas em respeito ao princípio da unidade estatal, já que o Estado é uno e indivisível, mas também em homenagem aos princípios administrativos da legítima confiança e da eficiência, já que a eventual interferência desfavorável do TCU pode prejudicar a celebração de novos acordos de colaboração com o MPF, obstando indevidamente a continuidade da necessária elucidação de todos (frise-se: todos) os responsáveis pelos absurdos ilícitos perpetrados contra a administração pública,

aí incluídos todos os agentes políticos organizadores desse nefasto esquema de corrupção no País”.

Ressalte-se que, em **18.12.2018**, a Andrade Gutierrez Engenharia celebrou Acordo de Leniência com a CGU e AGU (eDOC 100). Assim, esta impetrante logrou celebrar acordos nas três esferas administrativas e judiciais aplicáveis, considerando o Acordo de Leniência firmado com o MPF e o Termo de Compromisso de Cessação celebrado com o CADE.

A situação da **Andrade Gutierrez Engenharia** é próxima à da **UTC Engenharia**. A essa última empresa, que figura como impetrante no MS 36.496, o TCU impôs a sanção de inidoneidade ainda no âmbito do Acórdão TCU 483/2017, em 22.3.2017. Entretanto, em 26.5.2017, a empresa obteve decisão liminar no STF, no âmbito do MS 34.709/DF, que concedeu efeito suspensivo ao recurso interposto em face do mencionado acórdão.

Em 10.7.2017, a UTC Engenharia celebrou com a CGU e a AGU acordo de leniência sobre os mesmos fatos apurados na TC 016.991/2015-0. Ressalta-se que, **embora a formalização desse acordo tenha ocorrido em momento posterior à prolação do Acórdão TCU 483/2017, as tratativas entre a impetrante e a CGU/AGU se iniciaram ainda em 2016 e tal fato foi levado à conhecimento do próprio TCU.**

Assim, para os fins do presente voto, considera-se indiferente o fato de o Acordo de Leniência com a CGU/AGU ter sido celebrado pela impetrante em data posterior à imposição da sanção de inidoneidade pelo TCU, até mesmo ante à concepção da leniência administrativa como um processo de colaboração probatória que não se esgota, mas até mesmo antecede o ato formal de assinatura do acordo.

Quando do julgamento do Pedido de Reexame ao Acórdão TCU 483/2017 apresentado ao TCU, porém, o Tribunal rejeitou os embargos de declaração opostos pela empresa, mantendo a sanção de inidoneidade. Transcreva-se trecho desta última decisão, proferida em 8.5.2019, no Acórdão TCU 1.036/2019:

“Inicialmente, anuo em classificar os documentos apresentados como sigilosos (peça 765), tendo em vista estar a

decisão no MS 35.435 classificada como segredo de justiça pelo STF e certidão emitida pela CGU conter previsão expressa de sigilo, com base na Lei 12.846/2013.

A responsável busca demonstrar, novamente, a validade do acordo de leniência firmado com a CGU/AGU, a fim de equiparar sua situação a das empresas que tiveram a sanção de inidoneidade suspensa pelo Acórdão 483/2017-Plenário. Tenta rediscutir o mérito da decisão embargada, alegando omissões, contradições e obscuridades que não procedem.

Não há omissão em relação à liminar proferida no MS 35.435, pois a decisão do STF trata exclusivamente de outra responsável nos autos, a empresa Andrade Gutierrez. Não há razão para estender seus efeitos à UTC, que mediante o MS 34.709, teve o pleito de suspensão de inidoneidade nestes autos negado, liminarmente, pelo E. Ministro Ricardo Lewandowski.

Ademais, o acórdão embargado diferenciou de forma certa a situação das empresas. A Andrade Gutierrez teve a sanção de inidoneidade suspensa por esta Corte, antes da liminar do STF, mediante Acórdão 483/2017-Plenário, em deferência a pedido do MPF e condicionada à colaboração com o controle externo, no âmbito do ajuste, já firmado à época, com o Parquet.

Como demonstrado no voto da decisão embargada, esses requisitos não foram preenchidos pela UTC.

Não procede a contradição sobre a utilização da decisão do E. juiz Sergio Moro, que vedou o uso de provas compartilhadas contra colaboradoras e lenientes, uma vez que a suspensão da inidoneidade das empresas pelo Acórdão 483/2017-Plenário se deu antes da referida decisão e pelos motivos não aplicáveis à UTC, conforme anteriormente exposto.

Ao contrário do que afirma a embargante, o acordo de leniência da UTC preservou expressamente as prerrogativas do TCU e tem isenção apenas em relação à inidoneidade prevista na Lei 8.666/1993. Assim, não há contradição relativa à autorização proferida pelo E. juiz Luiz Antônio Bonat, da 13ª Vara Federal de Curitiba, na decisão embargada.

O fato de o acordo de leniência com a CGU estar válido, vigente e em cumprimento, conforme certidão expedida pela CGU, não é capaz de alterar o mérito do processo.

O voto da decisão embargada deixou claramente consignado que não há fundamento, no âmbito deste Tribunal, para colaboração da UTC com o controle externo, uma vez que sua situação é diversa das empresas elencadas no item 9.2 do Acórdão 483/2017- Plenário.

A manutenção da inidoneidade da UTC se deu pela ocorrência de fraude à licitação, não elidida, conjugada com o não enquadramento da empresa nas condições que motivaram a suspensão da sanção para as outras responsáveis, e não pelo fato de tramitarem neste Tribunal processos que tratam de supostas irregularidades no referido acordo de leniência. Nem poderia, pois tais processos ainda não foram julgados.

Reforço manifestação contida no voto embargado:

Admitir a vedação do uso [de provas compartilhadas] para empresas não colaboradoras, que venham a celebrar acordos após condenação, seria concluir pela inutilidade da prova e prestigiar a torpeza dos responsáveis que, após condenação, buscam meios para obter isenções e abrandamentos quanto às irregularidades devidamente caracterizadas com auxílio de provas fornecidas anteriormente por outros agentes. E o direito não se interpreta para prestigiar os torpes, em detrimento da sociedade.

A fim de preservar as competências constitucionais desta Corte e em atenção à decisão do E. juiz Sérgio Moro, solicitei e recebi autorização do atual titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, E. juiz Luiz Antônio Bonat, para manter a sanção aplicada:

Assim, com espeque na prerrogativa contida na decisão da 13ª Vara Federal de Curitiba, solicitei ao d. juízo da 13ª Vara Cível de Curitiba autorização para manter a sanção de inidoneidade à UTC. A Decisão de 19/03/2019 deixa assente que, “se o acordo celebrado pela UTC Engenharia S/A com a CGU e AGU contiver a previsão de isenção em relação à

declaração de inidoneidade, a prova compartilhada por este Juízo não poderá ser utilizada à manutenção dessa sanção contra a leniente”.

Por fim, não procede obscuridade quanto ao tratamento desigual entre colaboradoras e lenientes. O acórdão embargado esclareceu a distinção efetuada pelo Acórdão 483/2017-Plenário:

Os itens 9.2, 9.3 e 9.4 do acórdão recorrido deixaram claro que o sobrestamento da aplicação da sanção de inidoneidade foi concedido em deferência à expressa solicitação do Ministério Público Federal. E tal foi deferido somente às empresas com acordos já firmados, naquela ocasião, desde que fossem incluídos, nos ajustes celebrados, compromissos de colaboração com o controle externo, o que não ocorreu.

Por todo o exposto, rejeito os embargos de declaração opostos nos presentes autos, por não existirem as omissões, contradições e obscuridades alegadas. Verifico que as responsáveis buscam rediscutir o mérito dos autos, a fim de protelar a eficácia das sanções que lhes foram aplicadas.

Assim, alerto as recorrentes que a oposição de embargos com fins protelatórios ensejará o conhecimento da peça como mera petição, sem efeito suspensivo, nos termos do art. 287, § 6º, do Regimento Interno deste Tribunal, e poderá ensejar a cominação da multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente à legislação interna desta Corte de Contas, consoante precedentes acolhidos pelo Plenário do Tribunal nos Acórdãos 593/2017 e 525/2018”.

A despeito de a Andrade Gutierrez ter celebrado acordos com o CADE, CGU/AGU e MPF, e a UTC Engenharia ter apenas celebrado acordo com a CGU/AGU, entendo que a situação das duas impetrantes comporta a mesma solução jurídica.

No enfrentamento da discussão aqui colocada, **não há dúvidas acerca da competência da Corte de Contas para fiscalizar a aplicação do dinheiro público, bem como a quantificação de eventual dano ocasionado ao erário, buscando sua efetiva reparação.**

Além da previsão constitucional contida nos arts. 70 e 71, o

Regimento Interno da Corte de Contas foca na recuperação dos valores perdidos em decorrência dos ilícitos administrativos, de modo que há vasta disposição sobre as multas que poderão ser aplicadas, alcançando, inclusive, o montante integral do dano causado ao erário devidamente atualizado, cujo texto normativo está a seguir transcrito:

“Art. 267. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário, conforme estabelecido no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992.

Art. 268. O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do caput do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação:

I – contas julgadas irregulares, não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 209, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante definido no caput deste artigo;

II – ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante a que se refere o caput;

III – ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante referido no caput;

IV – descumprimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência determinada pelo relator, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput;

V – obstrução ao livre exercício das auditorias e inspeções determinadas, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o caput;

VI – sonegação de processo, documento ou informação, em auditoria ou inspeção, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o caput;

VII – descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, no valor compreendido entre cinco e

cinquenta por cento do montante a que se refere o caput;

VIII – reincidência no descumprimento de decisão do Tribunal, no valor compreendido entre cinquenta e cem por cento do montante a que se refere o caput”.

A discussão que se coloca, todavia, é a de **se o poder sancionador do Tribunal de Contas da União (TCU) é de alguma maneira impactado pela disciplina dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção firmados com o CGU/AGU ou ainda pela disciplina do chamado Acordo de Leniência do MP.**

Como já assentado no presente voto, a interpretação conjugada dos múltiplos regimes de leniência que se inserem no microssistema anticorrupção deve zelar (i) pelo alinhamento de incentivos institucionais à colaboração e (ii) pela realização do princípio da segurança jurídica, a fim de que os colaboradores tenham previsibilidade quanto às sanções e benefícios premiaes cabíveis quando da adoção de postura colaborativa com o Poder Público.

A concretização desses dois objetivos – alinhamento institucional e preservação da segurança jurídica – demanda contínuo esforço de diálogo entre os órgãos e entidades imbuídos do combate a atos de macrocriminalidade econômica. Tal esforço é fundamental para estimular a realização de novos acordos de leniência, que são compreendidos como instrumento-chave para a detecção ilícitos secretos e com alto potencial lesivo ao Poder Público.

Como assentado no presente voto, a partir de uma interpretação sistemática da Lei Anticorrupção, é possível compreender que o novel diploma instituiu verdadeiro **regime duplo de responsabilização das pessoas jurídicas**. Dentro desse regime duplo, a prática dos chamados atos lesivos à Administração Pública definidos no art. 5º da lei pode tanto ensejar (i) responsabilidade administrativa, que é regulamentada nos Capítulos III e IV do diploma, e (ii) responsabilidade judicial, que é regulamentada no Capítulo VI da lei.

Quando a celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção envolver simultaneamente a CGU e a AGU, percebe-se que o alcance dos

benefícios se torna bastante alargado, uma vez que opera tanto sobre o regime de responsabilização administrativa, que é guardado pela CGU, quanto sobre o regime de responsabilização judicial, que é guardado pela AGU. O art. 2º da referida Portaria Interministerial deixa claro que a celebração conjunta do acordo de leniência poderá abranger a atenuação de sanções previstas na Lei Anticorrupção, na Lei 8.666/1993 e ainda na própria Lei de Improbidade Administrativa. Confira-se o dispositivo:

“Art. 2º O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº12.846, de 1º de agosto de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração.”

Em outras palavras, a cooperação entre CGU e AGU permitiu que os Acordos de Leniência Anticorrupção desdobrassem seus efeitos tanto no regime de responsabilidade administrativa da Lei 12.846/2013 quanto sobre os múltiplos regimes de responsabilidade judicial que são titularizados pela AGU. Como bem destacado pela professora Amanda Athayde em obra dedicada ao tema:

“Para além dos benefícios administrativos, a entrada da AGU na negociação dos Acordos de Leniência Anticorrupção trouxe mais benefícios aos signatários. Consiste no benefício do afastamento ou da mitigação da pena que seria aplicável nos termos da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção.(...) A participação da AGU nas negociações do Acordo de Leniência Anticorrupção visa, portanto a garantir a possibilidade de concessão de benefícios administrativos relacionados principalmente à reparação de danos e à multa de que trata a Lei de Improbidade Administrativa, trazendo

segurança aos seus signatários” (p. 294).

Nos casos em tela, o Acordo de Leniência firmado entre a Andrade Guterrez e a CGU/AGU continha disposição expressa no sentido de afastar as sanções administrativas da Lei Anticorrupção, as sanções previstas nos incisos I a IV do artigo 87 da Lei 8.666/1993 e ainda os efeitos e as penalidades previstas na Lei 8.429/1992. Confirma-se a cláusula 11^a do Acordo:

“11.1. Em observância ao disposto no artigo 16, § 2º, da Lei nº 12.846/2013, no tocante à responsabilização administrativa e judicial previstas nesta Lei, respeitados os termos deste Acordo de Leniência, serão assegurados às RESPONSÁVEIS COLABORADORAS os seguintes benefícios legais, especificamente quanto aos fatos e contratos objeto do presente Acordo de Leniência, ressalvando-se o surgimento de novos fatos, em conformidade com o item 5.4, e a obrigação de reparar integralmente o dano causado, conforme art. 16, § 3º, da Lei 12.846/2013:

11.1.1. Não aplicação das sanções previstas no art. 62, inciso 11, e no art. 19, inciso IV, da lei nº 12.846/2013;

11.1.2. Aplicação do percentual redutor do valor da multa prevista no art. 62, inciso 1, da Lei nº 12.846/2013, conforme demonstrativo constante do ANEXO III- DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO E VALOR DAS MULTAS (Lei nº 8.429/92 e lei nº 12.846/2013);

11.1.3. Aplicação do percentual redutor do valor da multa prevista no art. 12 Lei nº 8.429/92, conforme demonstrativo constante do ANEXO Ili DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO E VALOR DAS MULTAS (Lei n2 8.429/92 Lei nº 12.846/2013).

11.2. Nos termos do artigo 24 da Lei n2 12.846/2013 e Lei nº 8.429/92, os valores das multas serão destinados à UNIÃO.

11.3. No tocante à responsabilização administrativa, respeitados os termos deste Acordo de leniência, é assegurada à SEGUNDA RESPONSÁVEL COLABORADORA a isenção quanto à aplicação das sanções previstas nos incisos 1 a IV do

artigo 87 da Lei nº 8.666/93, exclusivamente no tocante aos atos ilícitos constantes dos ANEXOS 1e11;

11.4. As INSTITUIÇÕES CELEBRANTES reconhecem a aplicabilidade do Acordo de Leniência ao âmbito da lei de Improbidade Administrativa quanto aos atos ilícitos constantes dos ANEXOS 1e11, e tão-somente em relação às RESPONSÁVEIS COLABORADORAS, ressalvado o disposto nas Cláusulas 18.4, 18.5 e 18.6.

11.5. É assegurada a não aplicação dos efeitos e das penalidades previstas nos arts. 9º e 12 da Lei nº 8.429/92, com exceção da multa reduzida conforme Cláusula 11.1.3, em relação à SEGUNDA RESPONSÁVEL COLABORADORA, no âmbito da responsabilização administrativa e/ou judicial, pela prática de atos de improbidade administrativa relativos aos atos ilícitos constantes nos ANEXOS 1 e II, respeitados os termos deste Acordo de Leniência”.

O mesmo regime de imunidade ampla foi garantido na Cláusula Décima Primeira do Acordo de Leniência firmado entre a UTC Engenharia e a CGU/AGU em 10.7.2017 (eDOC 14).

Ressalte-se ainda que, nesses dois acordos celebrados com a CGU/AGU, as empresas colaboradoras assumiram o compromisso de pagar integralmente valor arbitrado a título de ressarcimento do patrimônio público (Valor Global do Acordo de Leniência). No caso da UTC, esse valor foi de R\$ 574.658.165,21 (quinhentos e setenta e quatro milhões, seiscientos e cinquenta e oito mil, cento e sessenta e cinco reais e vinte e um centavos). Além disso, é válido observar que, nos termos de ambos os acordos, o descumprimento das obrigações assumidas poderia implicar, inclusive, *“a decretação de inidoneidade das Responsáveis Colaboradoras para licitar ou contratar com a Administração Pública”*. (Cláusula 15.5.8).

No caso específico da Andrade Gutierrez, mesma extensão de imunidade cível pela reparação de danos foi garantida pelo Acordo de Leniência firmado entre a impetrante e o Ministério Público Federal. Confirmam-se os parágrafos 4º e 5º do acordo:

“Parágrafo 4º. Por força do que é declarado no presente termo, o Ministério Público Federal, no âmbito de suas atribuições, considera suficientemente satisfeitas as repercussões cíveis desses ilícitos penais praticados em benefício de Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A, e demais empresas do grupo econômico integrado pela COLABORADORA incluindo aqui a Andrade Gutierrez S.A e a Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (atual denominação da Construtora Andrade Gutierrez S.A.), bem como em relação prepostos, exclusivamente aos fatos revelados neste acordo.

Parágrafo 5º. O Ministério Público Federal compromete-se a postular apenas o reconhecimento declaratório dos atos de improbidade administrativa, sem aplicação de sanções, aos fatos objeto das Ações Civis Públicas de Improbidade proposta em relação ANDRADE GUTIERREZ ENGENHARIA S.A. (atual denominação da CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A) e seus executivos ou ex-executivos, em todas as ações de improbidade de atribuição de signatários deste acordo.”

Diante desses termos pactuados, é importante que a Administração Pública atue de forma coordenada, e não de maneira contraditória e incoerente, de modo a se gerar a aplicação de sanções como se não houvesse colaboração voluntária. É uma responsabilidade do Estado zelar para que as empresas investigadas não tenham a percepção de que a Administração Pública está desonrando os seus compromissos.

Ainda que, do ponto de vista estritamente normativo, a celebração dos contratos de Leniência Anticorrupção previstos na Lei 12.846/2013 de fato não fulmine a atuação sancionadora do TCU baseada na Lei 8.443/1992, **há inegável sobreposição fática entre os ilícitos admitidos pelas colaboradoras perante a CGU/AGU e o objeto de apuração do controle externo.**

Se tal sobreposição fática não for considerada de forma harmônica, sobreleva-se o **risco de determinada empresa ser apenada duas ou mais vezes pelo mesmo fato**, a despeito de não ser evidente a pluralidade de

bens jurídicos tutelados pelas distintas esferas de responsabilização. Esse risco foi bem destacado pela AGU em sua manifestação nos autos:

“Em relação aos fatos que compõe o escopo do Acordo houve o acertamento das Responsáveis Colaboradoras relativamente aos ilícitos de natureza corruptiva (exemplificativamente, pagamento de suborno, fraude em licitação, entre outros) nos termos do previsto na Lei 8.429/92, na Lei 8.666/93 e na Lei 12.846/2013. Em outras palavras, os ilícitos de natureza corruptiva previstos nessas Normas foram abrangidos pelo Acordo. (...). Partindo-se dessas premissas e abstraindo eventuais questões processuais inerentes ao Mandado de Segurança em tela, as quais são, por nós desconhecidas, o entendimento desse Departamento é pela impossibilidade de o Tribunal de Contas da União aplicar sanção de inidoneidade nos autos do TC 016.991/2015-0 se os fatos apurados nessa TC integram o escopo do Acordo de Leniência aqui referido.

(...) Nesse sentido, em sendo celebrado acordo de leniência com inclusão, no seu escopo, de ilícitos relacionados a fraudes em licitação, nesse acordo e em relação a esses ilícitos estará materializado o exercício da potestade sancionadora do Estado em relação aos mesmos, não havendo possibilidade novo sancionamento por esses fatos, ainda que, por outro ente, como é o TCU com base no art. 46 da Lei 8.443/92, sob pena de ocorrência de *bis in idem*” (eDOC 112).

Para além do debate sobre ocorrência de *bis in idem*, uma perspectiva punitiva não coordenados regimes de responsabilidade cível e administrativa gera riscos à própria efetividade do sistema anticorrupção.

A lógica subjacente ao modelo de justiça negocial que se expande no mundo no combate à macrocriminalidade econômica é a de instituir um rígido regime de colaboração que obriga os signatários a trazer aos autos substrato probatório que permita o aprofundamento das investigações por parte do Estado. Em outras palavras, para além de um mero negócio

jurídico bilateral, os Acordos de Leniência apresentam verdadeira natureza de meio de obtenção de prova.

Em contrapartida ao dever de colaboração, o Poder Público mantém uma suspensão circunstancial e condicionada das sanções aplicáveis. É evidente que, no equilíbrio de incentivos à colaboração, a possível ameaça da imposição de sanções como a de inidoneidade em uma hipótese de descumprimento das obrigações de colaborar com as investigações é importante garantia de que dispõe o Estado. **Se essa sanção for aplicada por outro órgão a despeito do estrito cumprimento dos acordos firmados pelas empresas com o Estado, seriam totalmente minados os incentivos de cumprimento da colaboração probatória no âmbito do acordo de leniência.**

Ademais, fica claro que a suspensão das sanções em alguns casos torna-se verdadeira condição de cumprimento do próprio acordo de colaboração. Em se tratando mais especificamente de grandes construtoras cuja atuação econômica se volta primordialmente à realização de grandes empreendimentos de contratação pública, não desrazoado imaginar que a decretação de inidoneidade configuraria uma verdade “*pena de morte*” para a empresa.

Nesse sentido, a propósito, é o posicionamento do Ministério Público Federal no já mencionado Estudo Técnico 01/2017 – 5ª CCR. No estudo, em que se examinam com profundidade os reflexos das intrincadas relações entre os regimes do microsistema anticorrupção brasileira, desenvolve-se o raciocínio de que:

“A suspensão da aplicação desta inidoneidade responde a um imperativo inerente a qualquer acordo de leniência, que é a possibilidade de que os seus termos possam ser integralmente cumpridos, até porque ninguém supõe celebrar um acordo para que ele não seja cumprido. A premissa da sua celebração é o adimplemento de suas cláusulas, o que decorre da boa-fé objetiva e do princípio da confiança.

Nestes termos, parece razoável supor que, se o acordo de

leniência prevê a aplicação de multas e sanções pecuniárias de monta contra a empresa que celebra o pacto, é necessário dar a ela condições de cumprir tais sanções. Para tanto, é imprescindível que se permita que a empresa continue funcionando e operando em seu mercado usual. Assim, negar-lhe a contratação com o Poder Público, enquanto permanecer com ele colaborando e, portanto, protegida pelo acordo de leniência, é impedir, por vias transversas, que ela possa dar cumprimento a estas sanções e, por consequência, é negar qualquer factibilidade ao próprio acordo.”

Assim, por todas as razões expostas, **a possibilidade de o TCU impor sanção de inidoneidade pelos mesmos fatos que deram ensejo à celebração de acordo de leniência com a CGU/AGU não é compatível com os princípios constitucionais da eficiência e da segurança jurídica.**

Embora a sanção de inidoneidade aplicada com base na Lei 8.443/1992 não esteja contemplada expressamente na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), **a aplicação desta penalidade pela Corte de Contas resultará em ineficácia da cláusula que prevê a isenção ou a atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, por consequência, esvaziando a força normativa do art. 17 da Lei 12.846/2013, pois os efeitos práticos das sanções mencionadas são semelhantes, senão coincidentes.**

Destaco, no entanto, que esse entendimento de modo algum suprime a realização da missão institucional do TCU. Como já destacado, o próprio microsistema anticorrupção reconhece que a celebração do acordo de leniência em si não esgota o dever jurídico de reparação integral do dano ao erário. Esse é o sentido do art. 16, § 3º, da própria Lei Anticorrupção, o qual deixa claro que *“o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”*.

Assim, nada obsta que, mesmo após a celebração do acordo de leniência com a CGU/AGU, o TCU apure a existência de danos complementares que não foram integrados na reparação ao erário entabulada naqueles acordos. Ocorre que, nessa hipótese, não é dado ao

MS 35435 / DF

TCU valer-se de sanção que obstrua a execução daqueles acordos.

É válido lembrar que, para alcançar a reparação do dano ao erário, além de declarar a inidoneidade, o TCU pode, de acordo com a Lei 8.443/1992, decretar de indisponibilidade de bens (art. 44, § 2º), aplicar multa (arts. 57 e 58), bem como conceder eficácia de título executivo às suas decisões que resulte em imputação de débito ou cominação de multa (art. 24).

Essas medidas devem ser manejadas pela Corte de Contas considerando a sua proporcionalidade e os impactos sobre os acordos pactuados com a Administração Pública.

Por todas as razões expostas, **concedo a ordem** no âmbito do MS 35.435, impetrado pela Construtora Andrade Gutierrez S.A., e do MS 36.496, impetrado pela UTC Engenharia S.A.

3.2) MS 36.526, impetrado pela Construtora Queiroz Galvão S.A.

No **MS 36.526**, a Construtora Queiroz Galvão S.A. aduz, em síntese, que o TCU *“(i) extrapolou a sua competência em face da competência do CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão que tem processo em curso para apurar a mesma acusação de cartel que levou o TCU a praticar o ato coator; (ii) utilizou prova emprestada absolutamente precária e inconclusiva perante os órgãos junto aos quais foram produzidas e sem que a ora impetrante tivesse assegurado o contraditório e a ampla defesa; e (iii) ofendeu a coisa julgada administrativa, pois a própria Corte de Contas já havia se pronunciado em definitivo quanto ao edital de licitação que é objeto do TC 016.991/2015-0, em procedimento amplamente fundamentado”*. (eDOC 1, p. 3-4).

Além desses argumentos, a impetrante aduz, em síntese, que o TCU violou seu direito líquido e certo, ao não levar em consideração os elementos colhidos em virtude de sua colaboração antes da confirmação da penalidade de inidoneidade para contratar com o Poder Público pelo período de 5 anos. A sanção de inidoneidade foi imposta pelo TCU à impetrante no âmbito do já mencionado Acórdão 483/2017-TCU-Plenário.

Em face desse acórdão, a impetrante interpôs recurso, o qual também foi rejeitado pela Corte de Contas.

Diferente da situação vislumbrada no caso das empresas Andrade Guitierrez e UTC Engenharia, o debate colocado no caso da Queiroz Galvão não está relacionamento propriamente aos efeitos que os Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção exercem sobre o poder sancionador do TCU, mas sim aos **efeitos de uma tentativa de colaboração travada diretamente com o próprio TCU**.

Ainda que a Queiroz Galvão tenha celebrado Acordo de TCC com o CADE, como já destacado, esse pacto não gera benefícios outros na esfera administrativa além da própria imunização total ou parcial pelas infrações à ordem econômica dispostas na Lei 12.529/2011. Assim, não há que se falar em eventual invasão da competência do CADE por parte do TCU, autônomos que são os poderes sancionadores dessas duas entidades.

A questão que aqui se coloca é se a Corte de Contas teria de algum modo violado o devido processo legal, a confiança legítima e boa-fé objetiva ao não ter considerado colaboração probatória prestada pela impetrante nessa tentativa de colaboração com o TCU, ao impor a sanção de inidoneidade no julgamento da Tomada de Contas relativa às fraudes à licitação de Angra III.

Extraí-se dos autos que a empresa Queiroz Galvão realizou requerimento para colaborar com as investigações perante o TCU em 21.6.2018 (eDOC 38). Tendo em vista parecer favorável do MP de Contas, o relator, Ministro Augusto Nardes, sobrestou o Pedido de Reexame e determinou a formação de processo apartado (TC 036.758/2018-3) a ser relatado pelo Ministro Bruno Dantas, para análise do requerimento de cooperação, tendo em vista já ser relator de outros diversos pedidos da mesma natureza e referentes à mesma tomada de contas.

Confira-se trecho da manifestação do MP de Contas:

“A Construtora Queiroz Galvão S.A., em seu pedido, manifestou intenção de firmar acordo de colaboração efetiva com o TCU tendo por objeto os fatos apurados nestes autos.

Requeriu também a constituição de apartado do presente processo para o desenvolvimento das negociações, a exposição de elementos que se dispõe a compartilhar com vistas à devolução de valores ao erário, e a obtenção de benefícios como contrapartida à colaboração, incluindo reversão da declaração de inidoneidade imposta.

4. Encontrando-se os autos neste gabinete, a empresa Techint Engenharia e Construção S.A. ingressou com pedido de audiência com o Relator, visando à abertura de canal para cooperação (peça 695). Diante desta solicitação, esta representante do Ministério Público, por meio do Despacho à peça 697, encaminhou os autos ao gabinete do eminente Relator para adoção das medidas cabíveis.

5. Nos termos do Despacho à peça 701, **o Ministro Augusto Nardes, considerando a generalidade e similitude dos pleitos apresentados pela Construtora Queiroz Galvão S.A. e pela Techint Engenharia e Construção S.A., e a possibilidade de que se conclua pela viabilidade legal dos instrumentos de colaboração, com extensão de sua aplicação a todos os casos de pedidos no mesmo sentido, devolveu os autos ao MPTCU reiterando solicitação de manifestação sobre os requerimentos apresentados pelas empresas** (peças 690 a 695).

6. Os pedidos de colaboração das empresas Construtora Queiroz Galvão S.A. e Techint Engenharia e Construção S.A. em tese, podem influenciar a análise dos pedidos de reexame que elas interpuseram, assim como o mérito do processo. Isso porque as empresas foram declaradas inidôneas para licitarem com a Administração Pública Federal, nos termos do Acórdão n.º 483/2017-TCU-Plenário, e o objetivo da colaboração é trazer informações de interesse aos processos de controle do Tribunal que envolvam irregularidades praticadas pelas empresas em troca de benefícios ou sanções premiais. Evidencia-se, assim, dependência da análise dos recursos com eventuais colaborações.

7. No mesmo Acórdão n.º 483/2017-TCU-Plenário, o

Tribunal decidiu sobrestar a análise de mérito da fraude e consequente sanção de inidoneidade em relação a três outras empresas, Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Construtora Norberto Odebrecht S.A. Essas empresas também manifestaram intenção de colaborar com o Tribunal nas apurações das irregularidades, o que levou o Ministro Relator Bruno Dantas a determinar a autuação de processos apartados para tratar da situação específica de cada uma delas.

8. Desse modo, foram criados os seguintes apartados para cada empresa que intenciona cooperar com o Tribunal: a) TC 009.498/2018-4, para a Construtora Andrade Gutierrez S.A.; b) TC 009.491/2018-0, para a Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A.; e c) TC 009.504/2018-4, para a Construtora Norberto Odebrecht S.A.

9. Sem perder de vista que o tema pedido de colaboração/cooperação perante a Corte de Contas ainda não foi regulamentado, impõe-se reconhecer que os diversos pedidos de colaboração já dirigidos ao Tribunal, incidentalmente em sede do presente feito, pelo menos em tese – independente da condição de a colaboradora ter ou não sido declarada inidônea – merecem ser submetidos a um mesmo procedimento. Neste ensejo, revela-se oportuno que o Relator dos recursos, Ministro Augusto Nardes, avalie em conjunto com o Relator ‘a quo’ deste processo e dos apartados acima, Ministro Bruno Dantas, sobre o encaminhamento processual a ser dado aos pedidos formulados pelas empresas, objetivando, se possível, um tratamento análogo.

10. Diante do exposto, esta representante do Ministério Público submete os autos ao descortino do nobre Relator ad quem, Ministro Augusto Nardes, para que delibere acerca do procedimento a ser adotado em relação aos pedidos de colaboração das empresas Construtora Queiroz Galvão S.A. e Techint Engenharia e Construção S.A., tendo em vista a existência dos processos apartados TC 009.498/2018-4, TC 009.491/2018-0 e TC 009.504/2018-4, de relatoria do Ministro

Bruno Dantas, que tratam de pedidos semelhantes de colaboração no âmbito da contratação do serviço de montagem eletromecânica da usina de Angra III. Após a análise, requer que os presentes autos sejam retornados a este Gabinete para manifestação de mérito sobre os recursos”.

A celebração de um acordo entre a impetrante e o TCU também foi endossada pela área técnica responsável pela análise do processo, qual seja a SeinfraOperações. Em parecer emitido no âmbito do processo apartado de colaboração (TC 036.758/2018-3), a área técnica reconheceu a postura colaborativa da impetrante e sugeriu ao Tribunal a concessão do título de *marker*, para que pudesse ocupar o primeiro lugar numa fila de colaboradores e lhe fossem garantidas sanções premiais tais como a suspensão da declaração de inidoneidade.

É oportuno destacar que, nesse parecer, a SeinfraOperações admitiu que a impetrante já teria, inclusive, reconhecido dano já quantificado, o que reforçaria a conveniência da colaboração. Transcreve-se trecho deste parecer:

“Por fim, por considerar que a empresa apresentou expressamente qual seria o valor do dano, indicando os meios pelos quais pretende demonstrá-lo, e quais as benesses almejadas, entende-se que é o caso de conceder o termo de *marker* à proponente, de forma a marcar o seu posicionamento em uma fila de possíveis cooperadores

(...) a não caracterização de postura de defesa diz respeito a confissão de um dano já quantificado e/ou uma fraude (...) deve-se considerar a primazia quanto ao dano do caso concreto, questão que, até o momento, não foi aventada por outras consorciadas.”

Ao final deste parecer, a SeinfraOperações elencou conjunto de medidas para o prosseguimento das tratativas de colaboração:

“192. Diante do exposto, submetem-se os autos à

consideração superior, para posterior encaminhamento ao Gabinete do Relator, Ministro Bruno Dantas, propondo:

a) encaminhar os presentes autos para manifestação do Ministério Público junto ao TCU sobre a legalidade da proposta provisória apresentada;

b) submeter a proposta de metodologia provisória ao Plenário para sua adoção especificamente no caso dos contratos de montagem eletromecânica de Angra 3;

c) propor à Presidência deste Tribunal, em caso de acolhimento da proposta provisória de cooperação pelo Plenário, a formalização do termo de marker da proponentes tratada neste processo, especificando o escopo de eventual cooperação e a data e o horário de sua manifestação, e indicando expressamente que a eventual confissão de ilícitos e os elementos probatórios obtidos por meio de sua manifestação durante a dialética de cooperação não poderão ser utilizados em processos de controle externo nem compartilhados com outros órgãos de controle, no caso de insucesso nas tratativas de cooperação, nos termos indicados nesta instrução;

d) determinar à Segecex, em caso de acolhimento da proposta provisória de cooperação e da formalização do termo de marker, que: d.1) conduza as tratativas para uma possível cooperação, tendo como referência a metodologia provisória apresentada nesta instrução e respeitando a ordem dos termos de marker; d.2) manifeste-se conclusivamente quanto à possibilidade ou não de cooperação da pessoa jurídica, sopesando o material probatório examinado e as sanções premiaias possibilitadas.”

Antes mesmo de se realizar a avaliação da proposta de colaboração pelo Gabinete do Ministro Bruno Dantas, já em 20.3.2019, o TCU, negou os pedidos de reexame (Acórdão 580/2019). Na ocasião, a Corte determinou sumariamente o encerramento dos autos que haviam sido instaurados em apartado para fins de analisar a colaboração da impetrante, sem ter valorado de forma mínima a instrução do processo de colaboração e os pareceres favoráveis da SeinfraOperações e do MPTCU.

É importante destacar que, no mencionado Acórdão, a tese que prevaleceu no Plenário do TCU foi a de que o procedimento de colaboração que corria em autos apartados não materializava direito subjetivo da impetrante à obtenção dos benefícios e, ainda, que uma eventual colaboração deveria ocorrer “no exclusivo critério do TCU, no sentido de obter elementos consistentes de provas neste e em outros processos”. Transcreve-se trecho importante do Acórdão:

“No caso concreto, a solução encontrada pelo Tribunal foi excepcionalíssima, em atendimento à solicitação do MPF, e apenas para as empresas colaboradoras com o *Parquet*, considerando o interesse público na consecução dos objetivos dos acordos firmados, bem como a possibilidade de efetiva colaboração com os processos de controle externo, que visam ao ressarcimento dos prejuízos ocasionados aos cofres públicos por agentes públicos e privados.

Entendo que, se houver interesse, o Tribunal pode dar continuidade às tratativas de colaboração com as empresas que já firmaram acordo com o MPF, mediante prosseguimento do feito neste processo e nos apartados determinados pelo relator *a quo* em despacho (peça 673): TCs 009.491/2018-0, 009.498/2018-4 e 009.504/2018-4 (peça 676), para obtenção de dados e informações atinentes às atividades do controle externo.

Tal procedimento, materializado nos apartados, por óbvio, não decorre de direito subjetivo das empresas, que não existe, nem lhes acarretam direitos outros, mas no exclusivo critério do TCU, no sentido de obter elementos consistentes de provas neste e em outros processos e evitar a repetição de crimes semelhantes, sempre em vista do interesse público.

Os pedidos de colaboração das empresas Techint e Queiroz Galvão com este Tribunal, cuja análise foi acolhida pelo então relator dos pedidos de reexame, E. Ministro Augusto Nardes (peça 706), mediante a formação de apartados, também sob a relatoria do E. Ministro Bruno Dantas, têm condição diversa da estabelecida no acórdão recorrido, tendo em vista que as empresas Techint e Queiroz Galvão não firmaram

acordos de cooperação com o MPF. Tais empresas nada aduziram de relevante, o que permite entrever danoso conteúdo de postergações e atrasos, enfim, sem nenhum resultado útil ao Tribunal.

Dessa forma, propugno por tornar insubsistente a decisão do então relator ad quem e encerrar os apartados ali determinados: TCs 036.758/2018-3 e TC-036.759/2018-0 (peça 715)”.

Em face de tal decisão foram opostos embargos de declaração, os quais restaram rejeitados por intermédio do Acórdão 1178/2019 (22.5.2019). É relevante destacar que, no julgamento dos referidos embargos, o Plenário do TCU consignou expressamente que não haveria fundamento legal para a colaboração da Queiroz Galvão com a Corte de Contas e que a situação dessa impetrante seria muito diferente das demais, que teriam celebrado acordo de leniência com o MPF. Confira-se trecho do aresto:

“Não procede a omissão da decisão embargada quanto aos elementos de colaboração da empresa com o controle externo. O acórdão recorrido consignou, expressamente, que não há fundamento para tal, tendo em vista a Queiroz Galvão não se enquadrar nos condicionantes estabelecidos no Acórdão 483/2017-Plenário.

Considerando a diferença de situação das empresas envolvidas no processo, consistente na colaboração com o MPF, celebrada antes do Acórdão 483/2017-Plenário, em oposição ao que alega a embargante, afirmo que a pretendida manutenção dos processos apartados determinados pelo despacho de peça 706 é que se mostraria contraditória com a decisão que aplicou a sanção de inidoneidade à empresa.

(...) O Tribunal entendeu que a constituição dos processos apartados das empresas que não colaboraram com o MPF, à época do Acórdão 483/2017-Plenário, foi equivocada. Por isso, foram encerrados sem análise de mérito e não procede a alegação de ilegalidade do encerramento sem

constarem da pauta de julgamento.

De fato, tramita no Tribunal processo com o objetivo de estudar as possibilidades jurídicas e as premissas de possível colaboração de responsáveis com o controle externo. No entanto, enquanto não houver decisão deste Tribunal a respeito da viabilidade e condições de cooperação, não há amparo legal e parâmetros devidamente estabelecidos para andamento de processos que tratem do referido procedimento em casos concretos. Como deixei assente no acórdão embargado, as únicas exceções foram os processos motivados por requerimento do Ministério Público Federal”. (eDOC 54, p. 4-5)

Destaque-se que, nessa decisão, o Ministro-relator entendeu que a colaboração da Queiroz Galvão não poderia ser considerada por não haver regulamentação interna do TCU sobre esse procedimento, embora tal possibilidade estivesse sendo estudada. Por esse motivo, a situação da impetrante seria diferente das demais empresas investigadas que celebram acordos com o MPF. O Ministro-relator destacou ainda que *“o suposto processo que trata da elaboração de normas técnicas, em vista essa colaboração eventual, porque não é uma colaboração certa, nunca entrou em meu gabinete, ele está nessas tramitações dos escaninhos do Tribunal”*. Destaque-se o seguinte trecho do voto:

“De fato, tramita no Tribunal processo com o objetivo de estudar as possibilidades jurídicas e as premissas de possível colaboração de responsáveis com o controle externo. No entanto, enquanto não houver decisão deste Tribunal a respeito da viabilidade e condições de cooperação, não há amparo legal e parâmetros devidamente estabelecidos para andamento de processos que tratem do referido procedimento em casos concretos. Como deixei assente no acórdão embargado, as únicas exceções foram os processos motivados por requerimento do Ministério Público Federal”.

É relevante destacar ainda que, na apreciação desses recursos, os

Ministros do TCU discutiram a relevância da colaboração realizada e alguns deles destacaram a necessidade de se melhor apurar as informações trazidas ao conhecimento da autoridade pela Queiroz Galvão antes de aplicar definitivamente a sanção de inidoneidade. A própria Procuradora-Geral do MPTCU, em sua manifestação oral, destacou que a proposta de colaboração apresentada pela impetrante foi julgada oportuna pela área técnica da Corte e que seria igualmente de interesse do *Parquet*. Nesse sentido, afirmou a representante do MPTCU:

“Mas o que eu queria considerar é o seguinte: primeiramente, esse é o último recurso da empresa, tá? Eles não têm mais nenhuma oportunidade, daqui para a frente, para se insurgir contra o pedido de inidoneidade. [...] **Nesse processo de cooperação, já existem o parecer da SEINFRA que entende que é possível sim a cooperação.** A gente sabe a seriedade do trabalho da SEINFRA...eles entenderam que é sim possível a cooperação. Eles estabeleceram alguns termos; ouvindo o Ministério Público, nós também entendemos que seria sim possível a colaboração, apresentamos manifestação pouco divergente da apresentada pela SEINFRA, mas o principal é que nós entendemos em convergência que seria sim possível uma colaboração com o tribunal.” (DOC. 05)

Pelas circunstâncias apresentadas, considero que houve, por parte do TCU, a adoção de comportamentos contraditórios na sinalização de possibilidade de acordo com a impetrante. Ainda que não se desconheça que o TCU apresenta uma estrutura complexa com repartições de competências entre seus órgãos internos, não há dúvida de que, sob a perspectiva do Administrado, **trata-se de uma instituição una.** Na medida em que órgãos internos da Corte de Contas, como a própria área técnica responsável pelas investigações da Operação Lava Jato manifestasse favoravelmente à celebração de acordo de colaboração com a empresa, é inquestionável que tal ato tem o condão de gerar confiança legítima nas empresas de que as tratativas de colaboração serão minimamente consideradas pelo Tribunal.

Ainda que não se cogite da existência de direito líquido e certo à obtenção dos benefícios, a estruturação de qualquer programa de leniência deve-se pautar em regras transparentes, que possibilitem ao administrado ter ciência acerca dos parâmetros que orientarão a análise da sua proposta.

Nesse aspecto, destaque-se que, recentemente, esta Segunda Turma do STF, no julgamento do MS 35.963, adotou raciocínio semelhante no campo dos Acordos de Colaboração Premiada da Lei 12.850/2013. Nesse precedente, o colegiado afirmou que, mesmo que não haja direito líquido e certo à obtenção dos benefícios, é dever do Estado acusador motivar a eventual recusa da proposta de colaboração apresentada. Em meu voto, destaquei:

“Diante disso, embora definido como negócio jurídico entre partes, o acordo de colaboração premiada é firmado por uma autoridade pública, submetida aos critérios e limites previstos na Lei. Ou seja, a decisão do acusador sobre propor/aceitar, ou não, um acordo não pode ser vista como meramente discricionária, pois isso inviabilizaria qualquer espécie de controle, essencial à justiça criminal negocial de um Estado Democrático de Direito.

O próprio Ministério Público Federal assentou posicionamento institucional sobre a questão na Orientação Conjunta 1/2018, definindo que “a proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado”.

Portanto, **a decisão do órgão acusador de não aceitar proposta de colaboração premiada apresentada pela defesa deve ser devidamente motivada**”.

No caso concreto, **a mera divergência interna dos órgãos do TCU sobre a possibilidade jurídica de colaboração, por si só, não configura fundamentação idônea para afastar a consideração do esforço colaborativo da impetrante**. Além disso, também não prospera o argumento apresentado pelo TCU, em sede de agravo, de que o Tribunal

teria rejeitado o pedido de colaboração ao fundamento de que a impetrante não teria reconhecido sua participação na fraude à licitação e não teria cooperado para o devido esclarecimento dos fatos. É que o próprio parecer da SeinfraOperações, acima destacado, consignou expressamente que a impetrante não apenas reconheceu a sua participação no ilícito, mas até mesmo chegou a apresentar proposta de valor do dano no caso concreto. Foi por esse motivo, a propósito, que a área técnica sugeriu a concessão do *marker* à empresa.

Bem examinados os autos, é possível verificar, portanto, que o Acórdão do TCU violou o devido processo legal e a própria boa-fé objetiva ao rechaçar sumariamente a proposta de colaboração iniciada com as áreas técnicas sem apresentar fundamentação robusta que fosse além da mera divergência do Tribunal e da área técnica quanto à própria possibilidade de a Corte de Contas realizar acordos desse gênero.

Um dos pilares estruturantes de qualquer acordo de leniência ou colaboração criminal é justamente a garantia de transparência, previsibilidade e segurança jurídica aos administrados quanto aos possíveis resultados de uma tratativa.

É importante que sejam minimamente estabilizadas, inclusive, as possíveis repercussões de uma eventual desistência ou insucesso da colaboração. Na hipótese de insucesso ou de desistência, há que se estabelecer limites à própria utilização dos documentos e provas apresentados nas tratativas em uma eventual atuação repressiva do órgão. Esse princípio é aplicável tanto aos acordos criminais quanto àqueles celebrados na esfera administrativa.

Por todos esses motivos, **concedo a ordem** no âmbito do MS 36.526, impetrado pela Construtora Queiroz Galvão S.A.

3.3 – MS 36.173, impetrado pela Construtora Artec S.A.

Por fim, passo a dissertar sobre o caso que tão somente ocorre no MS 36.173, diante deste julgamento coletivo.

Extrai-se dos autos que o procedimento de Tomada de Contas

Especial 015.601/2009-0, o qual deu origem à aplicação da penalidade ao impetrante, teve início a partir de dados obtidos em interceptação telefônica realizada em 27.6.2006, no âmbito da Operação Navalha.

Tal fato é confirmado pela própria Corte de Contas.

Entretanto, o STF declarou a nulidade da referida interceptação no julgamento do Inquérito 3.732, Rel. Min. Cármen Lúcia, nos termos da seguinte ementa:

“INQUÉRITO. DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO FEDERAL. CRIME DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA (ART. 332 DO CP). OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA POR JUIZ INCOMPETENTE, DE ACORDO COM O ART. 102, INC. I, AL. b DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO ART. 1º DA LEI N. 9.296/1996. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA EXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO CLARA E OBJETIVA EM RELATÓRIO DA POLÍCIA FEDERAL DE POSSÍVEL PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO TRIBUNAL DE CONTAS E, POSTERIORMENTE, DE MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ILICITUDE DAS PROVAS DERIVADAS DA INTERCEPTAÇÃO ILICITAMENTE REALIZADA POR AUTORIDADE JUDICIAL INCOMPETENTE. CONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE DO ART. 395, INC. III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENÚNCIA REJEITADA. 1. A denúncia preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, individualiza a conduta do denunciado no contexto fático, expõe de forma pormenorizada todos os elementos indispensáveis à demonstração de existência, em tese, do crime de tráfico de influência, sem apresentar a contradição apontada pela defesa. 2. A prova encontrada, fortuitamente, durante a investigação criminal é válida, salvo se comprovado vício ensejador de sua nulidade. 3. Nulidade da interceptação telefônica determinada por autoridade judicial incompetente, nos termos do art. 102,

inc. I, al. b, da Constituição da República e do art. 1.º da Lei n. 9.296/1996. 4. Ausência de remessa dos autos da investigação para o Supremo Tribunal Federal, depois de apresentados elementos mínimos caracterizadores da participação, em tese, de Ministro do Tribunal de Contas da União e de membro do Congresso Nacional na prática de ilícito objeto de investigação. 5. Contaminação das provas produzidas, por derivação, por não configuradas as exceções previstas no § 1º e no § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal. 6. Denúncia rejeitada, por não estar comprovada, de forma lícita, a existência de justa causa para o exercício da ação penal, caracterizando a hipótese prevista no art. 395, inc. III, daquela lei processual”. (Inq 3.732, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 22.3.2016)

As provas que desta decorrem, assim, são também ilícitas, mesmo que adquiridas por instituição (no caso, TCU) distinta, uma vez que foram essas que deram o condão ao procedimento fiscalizatório da Corte de Contas. Essa notícia é trazida, inclusive, no agravo regimental interposto pela União nos autos do MS 36.173 (eDOC 259, p. 5).

A rejeição da prova derivada assenta-se na doutrina americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). O Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, aplicou essa teoria, declarando a nulidade de todos os atos praticados no processo (HC 74.116/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.3.1997; HC 69.912/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.3.1994; HC 72.588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 4.8.2000).

Por essas razões, em decisão monocrática, concedi a medida liminar para determinar a suspensão dos efeitos dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas da União nos autos do TC 015.601/2009-0, porquanto as conclusões decisórias dos autos são produto da apreciação de provas ilícitas.

Por mais que o julgador deva fazer uso de seu livre convencimento para examinar provas e proferir decisões, suas conclusões, em regra, não podem advir de provas ilícitas.

Assim, entendo que tais provas não podem levar à formação de

MS 35435 / DF

convicção dos julgadores no procedimento de Tomada de Contas Especial 015.601/2009-0, ante a sua ilicitude.

Por todo o exposto, voto no sentido de conceder a ordem no MS 36.173, impetrado pela Construtora Artec S.A.

4) Dispositivo

Ante o exposto, voto pela confirmação da medida liminar e a concessão da ordem nos mandados de segurança. Prejudicados, assim, os agravos regimentais interpostos pelo TCU (MS 35.435 e MS 36.496) e pela União (MS 36.173 e MS 36.526).

É como voto.

Anexo I – MS 35.435/DF, MS 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e M 36.526

Tabela-resumo dos Acordos de Leniência

	Previsão legal	Órgãos ou entidades signatárias	Ilícitos envolvidos	Benefícios possíveis
Acordo de Leniência Antitruste	Lei 12.529/2011	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	Infrações à ordem econômica (art. 36 da Lei n. 12.529/2011)	Na esfera administrativa: extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável (art. 86). Na esfera criminal: imunidade apenas pelo crime de cartel
Acordo de Leniência Anticorrupção	Lei 12.846/2013	Autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública. (16). União: Controladoria Geral da União (art. 16, § 10º) Advocacia Pública dos Entes (art. 17)	Ilícitos administrativos: Atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira (art. 5º) Ilícitos da Lei de Improbidade Administrativa Ilícitos cíveis de responsabilidade civil	Se celebrado apenas com a Autoridade Máxima de cada órgão ou entidade pública: afasta as sanções de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º) Se celebrado também com a Advocacia Pública: afasta a reparação judicial dos danos e as sanções da Lei de Improbidade e da Lei 8.666/93 (incluindo sanção de inidoneidade)
Acordo de Leniência do Ministério Público	Não há previsão legal expressa. Orientação nº 07/2017/MPF.	Ministério Público Federal	Atos de Improbidade Administrativa	Não propositura de ações cíveis ou sancionatórias (inclusive as ações de improbidade) ou as suspensões das ações já propostas ou a problema de decisões efeitos meramente declaratórios.