

## Leniência na lei anticorrupção: *Accountability* segundo as funções vertebradoras dos atores estatais

Leniency in anti-corruption law: Accountability in accordance with the backbone functions of State actors (EN: 115-128)

Lucio Alves Angelo Junior

University of Brasília, Brazil

Vanir Fridriczewski

University of Salamanca, Spain

DOI: 10.33167/2184-0644.CPP2019.VVN2/pp.129-143

### RESUMO

O presente trabalho propõe-se a discutir as principais repercussões dos acordos de leniência celebrados conjuntamente pela Controladoria-Geral da União (CGU) e pela Advocacia-Geral da União (AGU), segundo a Lei n.º 12.846/13, na atuação dos demais órgãos públicos brasileiros incumbidos do combate à corrupção, à luz das premissas teóricas da *accountability*. Tomando-se como ponto de partida a literatura jurídica, constatou-se que tais ajustes ostentam natureza de atos administrativos discricionários, sendo pertinente estabelecer potencialidades e limitações decorrentes dessa condição. Em seguida, considerando a exigência em ambientes democráticos de mecanismos de controle horizontal, manejados por agências estatais, buscou-se, com base na teoria que preconiza respetivas funções vertebradoras, delimitar as correspondentes parcelas de atuação, com a adequada inserção de cada órgão no sistema da leniência. As considerações finais enfatizam a necessidade do desempenho harmônico, não invasivo e coordenado de competências, com base nas atribuições legais que traduzem suas margens de exercício.

**Palavras-chave:** acordo de leniência, ato administrativo, *accountability*, função vertebradora

## 1. Introdução

Apesar de a Lei n.º 12.846 (Brasil, 2013), popularmente conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), já existir há tempo razoável, a celebração de acordos de leniência como forma de recuperação de ativos pela Administração Pública federal encontra-se em processo de franca expansão e de aperfeiçoamento pelos órgãos legal e constitucionalmente incumbidos do combate à corrupção. Não são poucas as discussões relacionadas à competência para a celebração dos referidos ajustes, às suas potenciais implicações nas searas judicial e administrativa, ou mesmo, à possibilidade de interferência nos atos praticados no bojo das negociações.

Diante de tal contexto, o presente artigo tem o objetivo de investigar a natureza jurídica dos acordos de leniência previstos na LAC para, após evidenciadas suas principais características, delimitar seus efeitos frente às demais organizações públicas paralelamente envolvidas na investigação, prevenção e punição de ilícitos praticados por pessoas jurídicas, ou de outros atos de natureza corruptiva a eles conexos.

Sob a perspectiva acadêmica, o artigo ainda se justifica pela proposta de justaposição de conceitos jurídicos consolidados na doutrina às suas principais repercussões frente à literatura envolvendo a *accountability* no setor público (O'Donnell, 1998; Lavallo & Vera, 2010) e as funções típicas a cada órgão deste processo, com supedâneo em suas funções vertebradoras (Rezzoagli, 2015).

Dada sua natureza eminentemente teórica, este ensaio lastreou-se em pesquisa bibliográfica nos campos da Administração Pública e do Direito, e documental, no que concerne às temáticas sob estudo, seguida de pesquisa junto à legislação de regência dos acordos de leniência firmados pela Controladoria-Geral da União (CGU) e que tangenciam Advocacia-Geral da União (CGU), conjuntamente.

Este ensaio está estruturado em cinco seções, além desta introdução. A primeira trata da identificação dos acordos de leniência, na LAC, como atos administrativos para, no capítulo seguinte, inseri-los no contexto da *accountability* horizontal. As considerações acerca das funções vertebradoras dos diversos órgãos envolvidos, por sua vez, buscam relacionar a vocação institucional de cada organização pública às suas margens de atuação, que se encontrarão delineadas pelas respectivas competências legais, pela autoexecutoriedade do ato e pelos limites impostos pelo mérito administrativo. As considerações finais visam à síntese do estudo, em consonância com os objetivos propostos, e, além disso, pontuar pela possibilidade de novas frentes de pesquisa envolvendo a temática.

## 2. O acordo de leniência na LAC como ato administrativo

Quando se busca conhecer a essência de um instituto do Direito, a primeira tarefa consiste em perquirir sua natureza jurídica, ponto a partir do qual será possível situá-lo adequadamente no contexto normativo vigente, com todos os consectários daí decorrentes.

Os acordos de leniência, à luz da LAC e do Decreto n.º 8.420 que a regulamenta (Brasil, 2015), emergem como instrumentos alternativos à imposição de certas sanções previstas na legislação, estando, portanto, circunscritos à esfera do poder sancionador, que constitui prerrogativa exclusiva dos órgãos estatais legalmente designados. Assim, é perceptível a feição pública do instituto, bem como o notório exercício do poder de *imperium* pelo Estado quando de seu manejo.

Essas constatações preliminares lançam luzes sobre tais acordos, fazendo emergir características que permitem delineá-lo, segundo Celso de Mello (2006), como ato administrativo:

(...) declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, sujeito a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (p. 346)

Complementando tal noção, Di Pietro (2017) enumera os atributos clássicos inerentes aos atos administrativos, tais quais as presunções de legitimidade, a qual opera a favor da conformação do ato ao ordenamento jurídico, assim como de veracidade, no que se refere ao conteúdo de fato atestado pela Administração.

Quanto à imperatividade, trata-se da possibilidade de imposição da vontade consubstanciada no ato a terceiros, sem a necessidade de seu assentimento, enquanto a autoexecutoriedade torna despicienda sua submissão a intervenção judicial para que se produzam os efeitos pretendidos. Por fim, a tipicidade, que nada mais é do que a necessidade de correspondência às figuras estabelecidas em lei e destinadas à finalidade pretendida (Di Pietro, 2017).

Também éomezinha e não demanda maiores digressões a lição de Direito Administrativo que identifica os elementos (ou requisitos) dos atos administrativos, quais sejam: (a) sujeito competente; (b) finalidade pública; (c) forma prescrita em lei; (d) motivo e; (e) objeto (da Cunha Jr, 2015).

Considerados tais parâmetros, não é difícil vislumbrar, sem maiores esforços, que o acordo de leniência consiste, efetivamente, em ato administrativo que carrega consigo uma vontade sancionadora do Estado, a despeito de eventuais classificações derivadas que poderiam advir dos elementos cooperativos e consensuais existentes ao longo de seu processo de celebração (Heinen, 2015), inerentes ao pro-

cesso negocial que antecede a sua feitura. De todo modo, para os fins deste trabalho, basta o reconhecimento de suas dimensões nucleares, uma vez que discussões acerca de sua potencial comutatividade, ou da possibilidade de negociação, não se mostram suficientes para descaracterizá-lo.

Um último aspecto interessante a abordar é a dicotomia existente entre atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários, no ambiente da leniência. E, nesse pormenor, é inequívoco que as negociações entre o Estado leniente e o particular interessado na composição devem comportar, por essência, espaço para concessões recíprocas, nos termos e limites em que autorizados pela LAC e por seu decreto regulamentar. Assim, é razoável admitir que a exteriorização de vontade pela CGU, levada a cabo no ajuste, não constitui direito subjetivo da empresa, condicionado ao simples cumprimento de requisitos exigidos pela lei mas, ao revés, pressupõe um necessário juízo de conveniência e oportunidade por parte da Administração. Em outras palavras: está-se a tratar de inequívoco mérito administrativo, que traduz a essência dos atos administrativos discricionários, valendo sempre lembrar que sua margem decisória, ainda assim, deve obediência às balizas legais postas. E tal observação traz consigo importantes consequências.

### **3. Accountability horizontal**

Identificada a natureza dos acordos de leniência previstos na LAC, é necessário avançar sobre o papel das demais agências governamentais em relação aos mesmos, com o especial propósito de garantir que não sejam esvaziados os seus papéis ao longo dessa importante via de combate à corrupção. Isto porque, em um ambiente democrático, é intuitiva a noção de que nenhum órgão estatal pode pretender considerar-se imune a controle. Todavia, o cerne de tais mecanismos reside não na necessidade de sua existência, mas na delimitação de seu alcance e regras.

Quanto à problemática, estudos da Ciência Política e da Administração Pública (O'Donnell, 1998) têm lançado luz sobre possíveis soluções, ao vislumbrar que a atribuição de competências legais específicas a cada órgão, não afastam outros mecanismos inclusivos de múltiplos atores em um contexto de *accountability* mútua, a exemplo do poder judiciário, do Ministério Público Federal (MPF), da Polícia Federal (PF) e do Tribunal de Contas da União (TCU).

Embora questões inerentes à tradução do termo *accountability* (Campos, 1990; Pinho e Sacramento, 2009), ou mesmo à delimitação exata de seu conceito, ainda não estejam imunes a divergências (Koppel, 2005) a literatura não permaneceu inerte na busca por um consenso ou, ao menos, na tentativa de identificar suas principais dimensões.

A despeito dessas múltiplas concepções, Schedler (1999) afirma que é possível apontar dois elementos indissociáveis da sua construção, consistentes em *answe-*

*rability* e em *sanction* (sinonímia para *enforcement*). Seus conteúdos relacionam-se à necessidade de os governos proverem informações e explicações dos atos que praticam, associada à permanente possibilidade de sujeição a sanções em caso de irregularidades, respectivamente.

Outros autores levam ainda em consideração modalidades mais amplas para a definição proposta, tal como Fox (2006) que pontua pela «responsabilização dos atores estatais por suas ações», precedida pela concessão de acesso a informações governamentais (premissa intimamente relacionada à transparência) e pela imputação de responsabilidade, seja de modo formal ou informal, viabilizando uma consequente atividade sancionatória.

Para Lavalle e Vera (2010), a presença concomitante dos requisitos da informação, justificação e sanção seria critério relevante para diferenciá-la de outras modalidades conceituais que integram a teoria democrática, sobretudo em sua feição participativa. Essa maior rigidez seria justificada pela necessidade de buscar-se uma precisão conceitual que distinga a *accountability* de outros conceitos que lhe são correlatos (e até pressupostos), mas que com ela não se confundem, a exemplo do controle social e da transparência.

Outro aspecto interessante extraído da literatura é a interconexão entre as ciências jurídicas e administrativas no que se refere ao controle. Hely Lopes Meirelles (2003) já o compreendia intuitivamente como «a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro» (p. 563), enquanto Di Pietro (2017) afirma, embora não de forma direta, a noção de que o exercício de competências administrativas está sujeito a mecanismos de *accountability* horizontal, exemplificando com a responsabilização de autoridades nas searas administrativa e penal.

Avançando sobre a clássica concepção cartesiana de O'Donnell (1998), a *accountability* pode ser compreendida em sua modalidade horizontal, onde agências internas ao Estado são incumbidas de controlar outras agências, de *status* análogo ou não, e na perspectiva vertical, sendo a atividade de controle sobre o Estado uma prerrogativa dos próprios cidadãos, ocorrendo substancialmente sobre os representantes eleitos, que se colocam em posição de subordinação àqueles quando do processo eleitoral.

No que importa ao presente trabalho, a *accountability* horizontal possui, no âmago de seus arranjos de prestação de contas, a interface entre agências de controle legalmente designadas e o ente estatal a ela obrigado a prestar informações para escrutínio e, desejavelmente, a difusão à coletividade dos produtos de sua atividade, no qual se incluem os devidos esclarecimentos quanto às razões de determinado modo de agir para com a coisa pública (Lavalle & Vera, 2010). Neste ponto, vale reiterar que a possibilidade de sanção sobre agências públicas (e seus

agentes), como já visto, é elemento de grande centralidade nas teorias sobre a *accountability*, em todas as suas proposições.

Nesta linha de ideias, já identificado o órgão competente para a celebração de acordos de leniência segundo a Lei Anticorrupção e, mostrando-se não só possível, como indispensável o controle interagências, cabe novamente questionar quais seriam os marcos para o exercício de tais atividades no âmbito federal. A assertiva ainda é corroborada por Pope e Vogl (2000), que referendam a necessidade de coordenação entre os diversos atores estatais incumbidos de fazer frente à corrupção.

#### **4. Função vertebradora**

A fim de contribuir com a maior clareza na delimitação desses papéis nos sistemas anticorrupção, Rezzoagli (2015) propõe que, identificadas as organizações envolvidas nesse processo, sejam buscadas suas «funções vertebradoras». Em palestra proferida junto à Universidade de Brasília, Bruno Rezzoagli (2019) assentiu que o grau de autonomia de cada uma em relação às outras é de suma importância, devendo sua localização na estrutura estatal ser considerada nos respectivos desenhos institucionais, independentemente de tratar-se de agência de prevenção ou repressão.

Tal perspectiva reforça, com efeito, a noção da impossibilidade de determinado ato, praticado no exercício da competência expressa de um órgão, vir a estar ordinariamente sujeito à simples chancela de um terceiro. Por chancela, nesta discussão, deve-se entender como a possibilidade de uma organização pública dotada de atribuições de controle vir a possuir prerrogativa para, sob esse pretexto, substituir-se integralmente à agência que praticou o ato sob sua análise. Além de tal advento vir a constituir indevida absorção de atributos que não lhe são próprios, o mesmo violaria o pressuposto fundamental que norteia as funções vertebradoras de todos os organismos envolvidos, tanto na perspectiva de um alargamento indevido do controlador quanto do consequente encolhimento do controlado. Por outro lado, não se pode ignorar que as funções de controle devem permanecer fortes, coordenadas e cooperativas, e garantidoras do regime de interesse público, sob pena de criar-se um ambiente favorável a arbitrariedades.

As funções vertebradoras de cada órgão, portanto, podem ser identificadas como «aquellas funciones que le son propias y que ningún otro órgano podría realizar de la misma forma y con las mismas garantías de efectividad» (Rezzoagli, 2015, p. 10). Para o autor, o pleno exercício da função pressupõe, para seu êxito, a existência de agências altamente especializadas, caracterizadas por atribuições específicas e dotadas de recursos suficientes para o desempenho adequado de seus trabalhos, sendo tal ideia reforçada por Pope (2000), para quem a independência

é pedra angular sobre qual se funda a própria existência das agências de combate à corrupção.

É importante mencionar que o modelo brasileiro atual remete ao que Rezzogalli (2015) classificou como «modelo de agencias múltiples» (p.4), baseando-se em estudo da OCDE (2008) e, ao discorrer sobre a independência dos órgãos, afirmou:

Hecha esta distinción, los órganos de prevención de la corrupción no deberían ser «totalmente independientes», ya que la implementación de políticas preventivas requiere de la decisión y el apoyo de la máxima autoridad del gobierno; así como de la cooperación y coordinación con otras dependencias gubernamentales, dado que aquéllas se caracterizan por poseer competencias transversales (p. 9).

Tais considerações, como visto, reforçam a proposta deste estudo, no sentido de admitir que tanto é necessário quanto possível estabelecer limites a todo e qualquer ente governamental, quando do desenvolvimento de estratégias para lidar com atos de corrupção.

## **5. Limites segundo competências, autoexecutoriedade e mérito administrativo**

Estabelecidas as premissas teóricas nos campos da *accountability* e das funções vertebradoras de cada organização pública envolvida na leniência, cabe analisar, em seguida, a competência para a prática do ato concretizado no acordo, sendo evidente que somente a lei pode concedê-la, pois se está a tratar de elemento absolutamente vinculado. A própria LAC, em seu artigo 16, §10, conforma a opção do legislador em, explicitamente, designar a CGU no âmbito do poder executivo federal para a exclusividade de seu exercício.

A norma também se mostra em consonância com as previsões da Constituição da República (Brasil, 1988), da Lei Complementar n.º 73 (Brasil, 1993) e da Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Brasil, 1992a), alusivas à Advocacia-Geral da União no que concerne às suas atribuições para a representação judicial e extrajudicial da União, às suas atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Executivo e aos poderes para desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União (Soares, 2018). O reforço a tal arranjo também foi a clara finalidade da Portaria Interministerial CGU/AGU 2.278 (Brasil, 2016), que definiu «os procedimentos para celebração do acordo de leniência» de que trata a LAC, no âmbito da CGU e dispôs sobre a participação da AGU.

Mesmo nesse contexto, deve ficar claro que não há previsão na LAC, ao menos no que se refere à leniência, que conceda a outras organizações, quaisquer que se-

jam seus *status* constitucionais ou legais, a competência para fazê-lo em nome do Executivo federal brasileiro ou da administração pública estrangeira.

Foi este o fundamento que o Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região (TRF4, 2017) adotou para reconhecer que o MPF não tem atribuição para celebrar acordo de leniência nos termos da LAC:

Quanto ao primeiro aspecto, reza a Lei 12.846/2013 (LAC) que, no âmbito do poder executivo federal, a Controladoria Geral da União – CGU é o órgão detentor de competência exclusiva para celebrar o acordo (art. 16, §10). O Decreto n.º 8.420/2015 (...) repete o dispositivo em seu art. 29.

Ou seja, a autoridade competente, em princípio, para firmar o acordo de leniência com a pessoa jurídica envolvida em atos corruptivos é a CGU.

Isso não impede, e até parece recomendável, a participação de outros órgãos, como a Advocacia da União, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União – TCU.

(...)

Contata-se, dessa maneira, vício no acordo de leniência sob exame, o que, entretanto, não leva à nulidade do ato negocial, pela possibilidade de ratificação pela CGU, ou re-ratificação, com participação dos demais entes, levando-se em conta o aspecto a seguir examinado, qual seja o ressarcimento ao erário e a multa (p. 6).

A jurisprudência, portanto, é mais um fator a corroborar a necessidade de se pensar critérios para coordenação dos atores públicos, a fim de evitar nulidades por violação à lei. De todo modo, é importante ressaltar que essa multiplicidade orgânica não pode ser confundida com a concessão de competências equivalentes, valendo reiterar que, dentre todos, o único indispensável à prática do ato administrativo, como já visto é a CGU, por expressa determinação legal.

Quanto às repercussões da autoexecutoriedade, não é demais lembrar que a lei dispensa qualquer tipo de submissão dos acordos de leniência a eventual homologação, judicial ou não, para que os mesmos produzam seus imediatos efeitos.

Nesse pormenor, há de se observar que a caracterização dos mesmos como títulos executivos extrajudiciais (art. 37, III, do Decreto 8.420) não lhes retira essa qualidade. Ao contrário, confirma-a, uma vez que a necessidade de *enforcement* somente ocorrerá caso descumpridos os seus termos por parte da empresa beneficiada. Em outras palavras, apenas na hipótese em que o ajuste deixar de produzir os seus regulares e naturais efeitos, nos termos acordados, é que a lei facultará ao órgão legitimado a utilização da via judicial.

A respeito desse atributo, é necessário fazer mais uma observação. É que o acordo de leniência, muito embora precedido de um processo negocial, como antes referido, carrega consigo a vontade sancionadora do Estado e impõe ao par-



ricular, entre outras, obrigações de identificar os demais envolvidos na infração, bem como de adimplir penalidades – multa – e de restituir valores apurados durante a fase de tratativas, sem prejuízo da obrigação de ressarcir integralmente os danos que venham ser apurados por outras formas, como por exemplo através de tomadas de contas no âmbito do Tribunal de Contas da União (artigo 16 da LAC).

Por fim, e com mais destaque, afloram as consequências da natureza discricionária do ato: seu mérito, isto é, os critérios de conveniência e oportunidade levados em consideração pela Administração Pública, que não se mostram passíveis de incursão por órgão jurisdicional, cujo controle se encontra limitado a eventuais vícios concernentes à ordem jurídica (legalidade). O Supremo Tribunal Federal (STF, 2017) possui farta e consolidada jurisprudência a esse respeito:

É firme o entendimento desta Corte no sentido de que o poder judiciário, em respeito ao princípio constitucional da separação dos Poderes, só pode adentrar no mérito de decisão administrativa quando esta restar eivada de ilegalidade ou de abuso de poder. (p.1)

Mesmo no presente, o Tribunal mantém intacto tal entendimento (STF, 2019):

Demais disso, frise-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que o exame dos atos administrativos no âmbito do poder judiciário se circunscreve à legalidade e à observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo insindicável o mérito do ato administrativo. (p. 11)

As linhas acima, portanto, podem ser sintetizadas na ideia de que, uma vez celebrados pela autoridade designada por lei, os acordos de leniência constituem atos administrativos, autoexecutórios por essência, e dotados de critérios específicos de conveniência e oportunidade impassíveis de substituição pela vontade de qualquer outro órgão ou poder da República, sob pena de inegável violação ao sistema de freios e contrapesos que lhe é inerente.

Nada obstante, ainda se mostra legítimo o questionamento sobre circunstâncias e modo pelos quais tais ajustes serviriam para impulsionar a atuação de outros sujeitos estatais, ante sua inserção no quadro institucional vigente, uma vez que devem ser preservadas as competências das demais organizações envolvidas no macrossistema brasileiro de combate à corrupção. As ideias a seguir propõem-se a contribuir com a solução.

Quanto ao MPF e à Polícia Federal, no que tange ao exercício de suas funções vertebradoras relacionadas à persecução criminal, não é difícil vislumbrar ações de controle por meio de diversos instrumentos legalmente postos à disposição de ambos (inquéritos e ações judiciais, a título de exemplo), na eventualidade de ilícito penal vir a ser perpetrado no bojo das negociações, ou mesmo da execução,

dos acordos de leniência, justificando que postulem pelas penalidades cabíveis aos responsáveis.

Além disso, é importante lembrar que eventuais atos de improbidade administrativa cometidos, nas mesmas condições, por agentes públicos envolvidos nos referidos ajustes, também devem ser objeto de medidas de responsabilização, não só pelo MPF, mas por todos os legitimados à ação civil, a exemplo da própria AGU, que pode (e deve) atuar em face de seus membros se assim necessário à tutela da probidade e do patrimônio público.

Perceba-se, contudo, que nenhuma das atribuições ora destacadas, a despeito da feição constitucional dos órgãos citados, se mostra apta a tangenciar o mérito dos acordos. Isto porque tal controle, fortemente marcado pela necessidade de reprimir eventuais ilegalidades no processo, incide sobre a conduta dos agentes envolvidos, cujos efeitos deletérios, se comprovada a contaminação do ato administrativo, serão extirpados por uma questão reflexa, eis que assentados sobre o ilícito sujeito ao controle. Em outras palavras: os critérios de conveniência e oportunidade, nas referidas hipóteses, não têm como ser sindicados por uma questão lógica, porque inexistentes desde a origem do ato.

Sem prejuízo do que já exposto, um questionamento que tem gerado acalorados debates entre organizações públicas tem sido a possibilidade de o TCU, órgão de controle externo designado pela Constituição Federal (Brasil, 1988), atuar sobre os termos formulados nos acordos de leniência. A justificativa para tanto residiria nos amplos poderes que lhe são conferidos pela própria Carta Constitucional, assim como pela Lei n.º 8.443 (Brasil, 1992b).

Como já dito anteriormente, em um regime democrático autêntico, nenhum órgão ou entidade pode pretender ser imune à *accountability* de qualquer espécie, sob pena de subversão de diversos valores fundamentais à República. Por outro lado, a gama de atribuições de determinada organização pública, ainda que ampla, jamais pode ser entendida como competência ilimitada, sob pena de criar-se indevida situação subordinante aos demais atores, o que constituiria fenômeno tão ou mais grave quanto a primeira proposição. Nessa esteira, a coordenação de atribuições claramente demarcadas, segundo as respectivas funções vertebradoras, afigura-se como o melhor caminho.

A própria redação do artigo 70 da Constituição tende a repelir a ideia de subordinação. Na verdade, seu conteúdo explicitamente reforça a noção de coordenação ao asseverar que a fiscalização da União e suas entidades estará a cargo, além do Congresso Nacional, com o auxílio do TCU (conforme artigo 71), também do «sistema de controle interno de cada Poder». Assim, qualquer interpretação que exclua ou minimize de modo impróprio o papel dos órgãos de controle interno (no caso da União, a CGU) será evidentemente inconstitucional.

Outro ponto que se poderia questionar quanto aos limites do controle de contas seria análogo àquele sobre o qual já se discorreu quanto ao poder judiciário: o mérito administrativo seria, ao menos no exercício de tal competência administrativa (contábil), passível de incursão pelo TCU? A resposta é, de modo semelhante, negativa. Segundo Odete Medauar (1990, p. 121), «não se pode cogitar de apreciação do mérito das contas, isto é, de sua conveniência e oportunidade, por ser privativa de autoridade detentora do poder de decidir a respeito da aplicação dos recursos públicos». Tal entendimento, sem maiores obstáculos argumentativos, pode ser estendido aos acordos de leniência, uma vez que a CGU é, neste âmbito, a autoridade que detém o poder de decisão e que, sem sombra de dúvidas, impactará o erário, cabendo-lhe também velar pela estrita observância da margem de discricionariedade concedida pela lei.

Vê-se, assim, que a leitura mais acertada de qualquer ato normativo relativo à necessidade de controle externo (sobretudo de contas) sobre os acordos de leniência, não comporta interpretação no sentido de que todos os aspectos concernentes à celebração dos mesmos, especialmente os termos em que se deram a negociação, devam se submeter a escrutínio material. Em outras palavras: há parcelas do exercício da competência pela CGU que não podem ser tangenciados pelo TCU, a menos que assim admitido pelo próprio órgão celebrante.

Mesmo estabelecidos tais limites, é inegável que o controle de contas sobre os acordos de leniência deve existir. Partindo-se do pressuposto legalmente estabelecido de que a reparação do integral do dano pela pessoa jurídica interessada não pode, de modo algum, ser afastada e, ao mesmo tempo, também possuindo o TCU ferramentas aptas a consolidar tais valores, é necessário reconhecer que existe espaço normativo para que a Corte se manifeste sobre os valores em questão.

E, neste ponto, a realidade atual revela um aspecto relevante: como recentemente divulgado (CGU, 2019), a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União tornaram públicos os acordos de leniência firmados no âmbito da LAC. Dentre várias, uma cláusula comum aos seis acordos divulgados é que a assinatura dos mesmos não afasta as competências do Tribunal de Contas da União – TCU fixadas no artigo 71 da Constituição.

Nota-se, através dessa acertada previsão, a preocupação da CGU e da AGU em preservarem e respeitarem as funções vertebradoras dos diversos atores públicos que integram o sistema brasileiro anticorrupção. Quanto ao ponto, é importante salientar que o ordenamento brasileiro não prevê a prevalência da atuação ou competência de determinado órgão estatal sobre os demais. Com efeito, o que há são espaços de atribuição e competência sistematizados, ainda que com alguma imperfeição – uns inclusive compartilhados (competência concorrente), como ocorre no caso da ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa,

em que foi reconhecida a legitimidade ativa tanto ao Ministério Público como às pessoas jurídicas interessadas (art. 17 da LIA).

Essa convivência harmônica e cooperativa é observada, por exemplo, no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, a qual, incorporando a diretriz prevista no art. 51 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Brasil, 2006), traz a expressa previsão do art. 17, § 2.º, no sentido de que a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público. O que se depreende é que, em matéria de ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, as quais versam, em última síntese, sobre responsabilização por atos de natureza corruptiva, deverá sempre ser perseguida a máxima reparação do dano sofrido pelo Estado (*rectius*, danos sofridos pelo patrimônio público, pela coletividade), podendo a Fazenda Pública tanto ajuizar ações para esse fim (art. 17, *caput*, da LIA), como aderir às ações ajuizadas pelo Ministério Público (art. 17, § 3.º, da LIA) ou, ainda, quando for o caso, ajuizar ações para complementação do ressarcimento (art. 17, § 2.º, da LIA).

Daí porque esse espírito de complementaridade na atuação de diversos órgãos, bem como a necessidade de se buscar a mais ampla reparação do dano sofrido pelo Estado, também fora incorporado pela LAC, a qual, em seu art. 16, § 3.º, como já visto, traz a expressa previsão no sentido de que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado, reparação essa que, se não for assegurada no acordo de leniência, poderá ser perseguida pela Fazenda Pública, e pelos demais órgãos legitimados para tanto, de acordo com as especificidades institucionais compatíveis com suas funções vertebradoras.

Em última análise, percebe-se que o acordo de leniência da LAC – que em momento algum obsta a atividade fiscalizadora complementar dos demais atores estatais – constitui ato administrativo precedido de processo negocial através do qual é manifestada a vontade sancionadora estatal, permitindo, desde já, o adimplemento de valores em favor do Estado e das pessoas públicas lesadas por ato de corrupção, não se amoldando, por isso, a nenhuma das hipóteses previstas no art. 71 da Constituição, circunstância que afasta a possibilidade de o TCU sindicat tais atos além dos valores relativos aos danos causados ou, ainda, de pretender chamar para si a atribuição para a condução desse processo negocial e sua conclusão.

Portanto, o ponto ótimo em que não se nega a missão constitucional da Corte de Contas e, ao mesmo tempo, preserva-se a competência dos órgãos legitimados para a celebração é justamente admitir a possibilidade de controle externo, em legítimo processo de *accountability* horizontal, contanto que limitada aos aspectos de legalidade do acordo, sem qualquer tangência ao mérito do ato discricionariamente praticado, bem como à busca da reparação integral do dano causado ao erário, se posteriormente verificada, sob o aspecto contábil, a insuficiência dos

termos acordados pela CGU. Tal raciocínio reforça a ideia de que eventuais arbitrariedades ou ilegalidades evidentes não podem estar albergadas em face do controle exercido pelas demais agências. Ao revés, devem ser duramente combatidas, mas tão somente na medida em que se encontrarem circunscritas aos limites das competências legal e constitucionalmente estabelecidas. Qualquer passo além também transmutar-se-á em nova arbitrariedade, desta vez travestida de controle.

Observe-se, por oportuno, que tais prerrogativas de modo algum prejudicam o dever de transparência ou mesmo boa-fé na prestação de informações entre agências governamentais, uma vez que o interesse público é o ponto de equilíbrio sobre o qual se assentam todas as competências. E é nesse contexto cooperativo que os órgãos envolvidos devem buscar não só maximizar suas potencialidades, como também observar os limites que regem a sua atuação.

## 6. Considerações finais

Por tudo o que exposto, o estudo apresentado pelo presente trabalho permite afirmar que o acordo de leniência é ato administrativo discricionário e autoexecutório, de competência da CGU, que tem consequências limitativas a outros órgãos no que tange ao seu mérito, embora não se possa cogitar do escamoteamento das demais organizações envolvidas no processo de *accountability* horizontal. Contudo, as respectivas atuações devem observância aos desenhos entalhados em suas funções vertebradoras, sem adentrar os critérios de conveniência e oportunidade, excluindo-se as hipóteses em que os órgãos legalmente incumbidos da celebração de tais ajustes assim o disponham de forma explícita.

Nada obstante tais considerações, é evidente a pertinência de se aprofundarem os estudos sobre as possíveis interfaces entre a *accountability* e as funções vertebradoras das organizações públicas brasileiras, de modo a permitir uma melhor compreensão do fenômeno do controle interagências e acrescentar novas possibilidades de atuação construtiva, com novas ideias no processo, capitaneadas mais pelo senso de colaboração e pelo espírito republicano do que por imposição legal.

## Referências

- Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal.
- Brasil (2006). Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.
- Brasil (2015). Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei n.º 12.846, de 1.º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

- Brasil (1993). Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências.
- Brasil (1992a). Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.
- Brasil (1992b). Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.
- Brasil (2013). Lei n.º 12.846, de 1.º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.
- Controladoria-Geral da União (2016). *Portaria Interministerial CGU/AGU n.º 2.278, de 15 de dezembro de 2016*. Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei n.º 12.846, de 1.º de agosto de 2013, no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União.
- Controladoria-Geral da União (2019). *CGU e AGU passam a divulgar os Termos dos Acordos de Leniência*. Recuperado em 9 de abril, 2019, de <<https://www.cgu.gov.br/noticias/2019/04/cgu-e-agu-passam-a-divulgar-os-termos-dos-acordos-de-leniencia>>.
- Campos, A. M. (1990). *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* Revista de administração pública, 24(2), 30-50.
- Da Cunha Jr, D. (2015). *Curso de direito administrativo – 14.ª ed. Rev., ampl. e atual*. Salvador: JusPodivm.
- Fox, J. (2006). Sociedad civil y políticas de rendición de cuentas. *Revista Perfiles Latinoamericanos*, 13(27), 33-68.
- Di Pietro, M. S. Z. (2017). *Direito administrativo – 30.ª ed. Rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: Forense.
- Heinen, J. (2015). Comentários à Lei Anticorrupção – Lei n.º 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum.
- Koppell, J. G. (2005). Pathologies of *accountability*: ICANN and the challenge of “multiple accountabilities disorder”. *Public administration review*, 65(1), 94-108.
- Lavalle, A. G. & Vera, E. I. (2010). *Precisiones conceptuales para el debate contemporáneo sobre la innovación democrática: participación, controles sociales y representación*.
- Medauar, O. (1990). *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas*. id/496840.
- Meirelles, H. L. (2003). *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros.
- Mello, C. A. B. D. (2006). *Curso de direito administrativo, 21.ª ed.* São Paulo: Malheiros.
- OECD (2008). *Specialized anticorruption institutions: Review of models*. Anti-corruption network for Eastern Europe and Central Asia. Paris: OECD.
- O'Donnell, G. A. (1998). Horizontal accountability in new democracies. *Journal of democracy*, 9(3), 112-126.
- Pinho, J. A. G. D., & Sacramento, A. R. S. (2009). *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?* Revista de Administração Pública-RAP, 43(6).

- Pope, J. (2000). *Confronting corruption: The elements of a national integrity system*. Transparency International.
- Pope, J., & Vogl, F. (2000). Making anticorruption agencies more effective. *Finance and Development*, 37(2), 6-9.
- Rezzoagli, B. A. (2015). La ubicación institucional de las agencias anticorrupción: Un debate vigente. *Políticas Públicas*, 8(2).
- Rezzoagli, B. A. (2019). *O combate à corrupção na América Latina: Considerações da realidade brasileira*. Universidade de Brasília. Palestra proferida em 27 de fevereiro de 2019.
- Schedler, A. (1999) Conceptualizing accountability. In: *The self-restraining state. Power and accountability in new democracies*. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers.
- Soares, P. V. (2018). Atribuições e cooperação em leniência: A busca do arranjo institucional. *Revista Jus Navigandi*. Recuperado em 12 de março de 2019, de <<https://jus.com.br/artigos/64573>>.
- Supremo Tribunal Federal (2017). *Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 1008992*. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgado em 23/06/2017. Recuperado em 4 de março de 2019, de <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=13119728&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ARE%20/%201008992%20-%20AgR>>.
- Supremo Tribunal Federal (2019). *Recurso extraordinário 951689*. Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 27/03/2019. Recuperado em 4 de março de 2019, de <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339816208&ext=.pdf>>.
- Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região (2017). *Relatório e voto. Agravo de instrumento 5023972-66.2017.4.04.0000/PR*. Rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, julgado em 24/08/2017. Recuperado em 4 de abril de 2019, de <[https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41503591340641941104282900189&evento=488&key=939cf3a480c4f9e415295d3bae7745bfd051d0oddffdc37ea0f045ac72722ee57&hash=7142387ed38dc65f27dao4b-4f440dda5](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41503591340641941104282900189&evento=488&key=939cf3a480c4f9e415295d3bae7745bfd051d0oddffdc37ea0f045ac72722ee57&hash=7142387ed38dc65f27dao4b-4f440dda5)>.

