

RECEBIDO EM: 26-06-2017

APROVADO EM: 05-03-2018

ANÁLISE DA JURIDICIDADE DO CONTROLE DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

***ANALYSIS OF THE LEGALITY OF THE CONTROL OF
LENIENCY AGREEMENTS OF THE CORPORATE ANTI-
CORRUPTION LAW BY THE BRAZILIAN COURT OF
ACCOUNTS***

Francisco Sérgio Maia Alves

Mestre em Direito e Políticas públicas pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília.

Graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba e graduação em

Engenharia Civil Aeronáutica pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica.

Auditor Federal de controle externo - Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Características, Conceito e Natureza Jurídica dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial; 1.1 Fundamento da Lei Anticorrupção Empresarial; 1.2 Fundamentos dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial; 1.3 Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial como Instrumento de Consensualidade no Direito Administrativo; 1.4 A Natureza Contratual dos Acordos de Leniência

da Lei Anticorrupção Empresarial; 2 Acordos Administrativos no Processo Sancionatório; 2.1 Poder Sancionador da Administração Pública; 2.2 Acordos de leniência da Lei Anticorrupção Empresarial como Instrumento do Poder Sancionador do Estado; 3 Controle Externo da Administração Pública; 3.1 Espaço Objetivo de Incidência do Controle Externo da Administração Pública; 3.2 Modelo Constitucional Vigente do Controle Externo de Atos e Contratos Administrativos; 3.3 Controle dos Acordos de Leniência pelo TCU; 4 Inconveniências e Problemas da Atuação do TCU na Fiscalização dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente trabalho visa analisar se o Tribunal de Contas da União possui, à luz das disposições constitucionais e legais que regem a sua atuação, competência para fiscalizar os acordos de leniência celebrados com fulcro na lei anticorrupção empresarial e condicionar a eficácia jurídica de tais instrumentos à sua aprovação, conforme previsto na Instrução Normativa-TCU nº 74, de 11/02/2015. Para tanto, serão estudadas as características e a natureza jurídica dos acordos de leniência; a conformidade jurídica do controle prévio de tais instrumentos, à luz do modelo de controle estabelecido na Constituição de 1988; a legalidade da Instrução Normativa-TCU nº 74/2015, os efeitos dos acordos de leniência sobre a jurisdição de contas; e os aspectos práticos da fiscalização dos acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Anticorrupção Empresarial. Acordo de Leniência. Poder Sancionador. Controle Externo. Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT: This paper aims analyzing whether, in the light of the constitutional and legal provisions, the Brazilian Court of Accounts has the power to oversee leniency agreements based on the corporate anti-corruption law and to condition the legal effectiveness of such instruments to your approval, according to the Normative Instruction-TCU No. 74, dated 02/11/2015. Therefore, will be studied the characteristics and legal nature of leniency agreements; the legal conformity of the prior control of such instruments, in the light of the control model established in the 1988 Constitution; the legality of Normative Instruction-TCU No. 74/2015, the effects of leniency agreements on the jurisdiction of

accounts; and the practical aspects of oversight of the leniency agreements of the corporate anti-corruption law.

KEYWORDS: Business Anticorruption Law. Leniency Agreement. Sanctioning Power. External Control. Brazilian Court of Accounts.

INTRODUÇÃO

A fim de atender aos diversos acordos e tratados internacionais voltados ao combate à corrupção, o Brasil editou a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como lei anticorrupção empresarial. O propósito principal da norma, exposto logo em seu art. 1º, foi introduzir em nosso ordenamento jurídico a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Além de dispor sobre os atos lesivos, o processo administrativo de responsabilização e as sanções administrativas e judiciais cabíveis, a lei tratou dos denominados acordos de leniência.

Por entender que tais ajustes constituem espécie de ato administrativo sujeito à sua jurisdição, o Tribunal de Contas da União editou a Instrução Normativa-TCU nº 74, de 11/02/2015.

Dentre os diversos aspectos tratados na norma, o art. 3º instituiu o controle prévio dos acordos de leniência. Segundo o dispositivo, a apreciação do Tribunal sobre as etapas que compõem a celebração de acordos de leniência, descritas no art. 1º, constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes.

O objetivo do presente artigo é analisar se o Tribunal de Contas da União possui, de fato, à luz das disposições constitucionais e legais que regem a sua atuação, competência para fiscalizar os acordos de leniência e condicionar a eficácia jurídica de tais instrumentos à sua aprovação. Dito de outra forma, será avaliada a compatibilidade material e formal da Instrução Normativa-TCU nº 74, de 11/02/2015 com a Constituição Federal e a Lei Orgânica do TCU.

Como objetivo secundário, serão analisadas as implicações da celebração de tais ajustes sobre as atribuições da Corte de Contas, especificamente, se os seus termos impedem que o Tribunal apure a responsabilidade financeira e aplique as sanções previstas em sua lei

orgânica em razão dos atos abarcados pelo acordo de leniência da lei anticorrupção empresarial.

Para a consecução da pesquisa, serão examinados os atributos e o conceito dos acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial. Para tanto, serão explorados os conceitos de contrato administrativo segundo a doutrina especializada e daí confrontadas as noções abstratas de tais institutos jurídicos com a disciplina dos acordos de leniência estabelecidos na Lei nº 12.846/2013.

Ademais, será examinado o espaço objetivo de incidência do controle externo realizado pelo TCU e analisadas as disposições que regem a fiscalização de atos e contratos, estabelecidos na Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, e na Constituição Federal. Na sequência, o texto da Instrução Normativa-TCU nº 74, de 11/02/2015, que constitui a base da presente pesquisa, será confrontado com as disposições constitucionais e legais que disciplinam a fiscalização realizada pelo Tribunal.

Para cumprir esses objetivos, será adotado o método de abordagem dedutivo, partindo-se da análise geral do objeto de estudo, ou seja, da legislação e da doutrina pertinentes, até se chegar a conclusões particulares. Quanto às técnicas de pesquisa, será utilizada a documentação indireta, por intermédio da pesquisa documental e bibliográfica.

1 CARACTERÍSTICAS, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL

1.1 FUNDAMENTO DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL

A lei anticorrupção empresarial foi instituída no esforço de coibir a prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira, por meio da criação de procedimento sancionatório voltado à responsabilização objetiva da pessoa jurídica por ilícitos administrativos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

A lei buscou sancionar, na esfera administrativa e cível, os atos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, tendo especificado, em seu art. 5º, cinco atos lesivos, com a descrição das condutas proibidas pela lei.

As penas estabelecidas na lei inserem-se no âmbito do poder sancionador do Estado, que, no presente caso, busca tutelar o patrimônio público, a probidade e a ética na relação entre as pessoas jurídicas e a administração pública. O pano de fundo da lei é a defesa dos princípios da administração pública e, em especial, os compromissos assumidos pelo Brasil em convenções internacionais de combate à corrupção. Foi por essa razão que a lei, a despeito de não tratar unicamente de corrupção, entendida aqui como ilícito penal definido no art. 333 do Código Penal, passou a ser conhecida como lei anticorrupção empresarial.

Segundo Dias (2015, p. 77), “essa proteção à ética administrativa, contudo, não é feita de forma direta, mas sim indiretamente, uma vez que o legislador optou por elencar, no caput do art. 5º, os bens jurídicos que a lei protege diretamente”. É justamente por essa carga axiológica da lei que a doutrina se divide quanto ao caráter exaustivo ou exemplificativo do artigo 5º¹, ou seja, se é possível aplicar as sanções da lei por outros atos que tenham infringido os valores que a lei visa tutelar.

A lei anticorrupção empresarial apresenta evidentes pontos de intersecção com a lei de improbidade administrativa. Nesse sentido, Ferraz (2014, p. 33-34) assinala que a referida normas, juntamente com as Leis nºs 8.429/1992 e 1.079/1952, o Decreto-Lei nº 201/1967 e a Lei Complementar nº 64/1990, prescrevem um microsistema normativo de tutela da ética nas relações político-administrativas no Brasil.

A despeito da intenção do legislador, a lei acabou por criar espaços de sobreposição com a Lei nº 8.429/1992 e gerou, por força do instituto do acordo de leniência, expectativas errôneas quanto à extensão de seus efeitos para outras normas e órgãos de controle da administração pública. A instituição do controle dos acordos de leniência pelo TCU é um reflexo dos equívocos cometidos na interpretação da norma.

1.2 FUNDAMENTOS DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL

Os acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial são instrumentos jurídicos bilaterais, formados a partir da conjunção de vontades entre um órgão da administração pública e uma pessoa jurídica

1 A título de exemplo, Dias (2015, p. 87) entende que o rol é exemplificativo e admite interpretação extensiva. Campos (2014, p. 166) compreende que a lista é taxativa.

que tenha praticado atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, tipificados na referida lei, em que a primeira se compromete a mitigar ou deixar de aplicar as sanções administrativas previstas na norma, em troca da obtenção de informações e elementos de provas úteis à apuração dos atos ilícitos praticados.

Trata-se de instrumentos de investigação processual concebidos para a comprovação dos atos ilícitos especificados na norma. Assim como a colaboração premiada, constituem meio de obtenção de prova, possuindo, portanto, caráter instrumental ao processo administrativo e judicial especificado na lei².

Os acordos de leniência foram formatados para ampliar os poderes de investigação do estado, e, assim, aumentar a probabilidade de punição dos ilícitos anticoncorrenciais, especialmente os cartéis.

Braga, Oliveira e Pinha (2016, p. 139) ressaltam, no mesmo sentido, que a implementação dos programas de leniência ao redor do mundo decorre do consenso de que este é um mecanismo inteligente de combate aos cartéis. A ideia, portanto, é desequilibrar o ajuste formado para a prática de ilícitos, por meio da criação de uma estrutura de incentivos que induza um dos membros da organização a colaborar com o Estado³.

Os acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial foram criados sob inspiração de institutos semelhantes existentes no direito internacional e nacional. Eles são mais um exemplo da aproximação do direito sancionador brasileiro com o sistema da *common law* (PINTO, 2016, p.52).

Com isso, conclui-se que os acordos de leniência são instrumentos processuais destinados à obtenção eficiente de provas da materialidade e autoria dos atos ilícitos tipificados na lei anticorrupção empresarial. Pelos efeitos jurídicos que produzem sobre o exercício do poder sancionador do Estado frente ao colaborador, eles também podem ser considerados negócios jurídicos processuais substitutivos ou integrativos das sanções previstas em lei.

2 MARRARA (2015, p. 511) destaca, na mesma linha, o caráter funcional dos acordos de leniência.

3 PALMA (2010, p. 91-116) destaca a consensualidade como instrumento de realização da eficiência administrativa na investigação de ilícitos.

1.3 ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL COMO INSTRUMENTO DE CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Os acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial refletem, na esfera do direito sancionador, a tendência de consensualidade que tomou conta do Direito Administrativo no presente século.

A consensualidade consiste em uma técnica de gestão administrativa por meio da qual são firmados os acordos entre Administração e administrado com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício de autoridade estatal (prerrogativa pública) (PALMA, 2010, p. 127).

No processo administrativo sancionatório, a consensualidade se manifesta pelo emprego de módulos contratuais de forma alternativa à prática do ato administrativo unilateral de aplicação de sanção.

A consensualidade nos acordos de leniência não tem como norte o atendimento dos interesses particulares. Conforme visto, ela é instrumental à satisfação do interesse da própria Administração de apurar a responsabilidade e punir, de forma mais eficaz e eficiente, os ilícitos cometidos contra ela.

Por óbvio, o interesse do particular colaborador também é atendido, na medida em que ele também participa do ato bilateral que conjuga as vontades de ambas as partes. Porém, como o objetivo imediato da consensualidade, nos acordos de leniência, é atender aos interesses da própria Administração, é esse aspecto que será avaliado pela autoridade competente, ao decidir pela atuação por meio de atos imperativos e unilaterais ou consensuais.

Por essa razão, é o órgão da administração pública, na condição de guardião dos valores promovidos pela lei, por absoluta deferência legal, quem pode verificar os meios que se mostrem mais adequados para a promoção da finalidade da lei anticorrupção empresarial, a promoção da moralidade pública, da probidade administrativa e o combate à corrupção. A má escolha do órgão, a decisão equivocada, terá como única consequência o exercício deficiente de seu poder sancionador.

1.4 A NATUREZA CONTRATUAL DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL

No direito nacional, a doutrina costuma restringir a ideia de contrato administrativo aos acordos disciplinados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como a lei geral de licitações e contratos. Todavia, além

de a norma não tratar apenas dessa modalidade de contrato, ela admite expressamente a existência de outros contratos administrativos, distintos dos tipificados e nominados na aludida lei.

O fato de a Lei nº 8.666/1993 ter instituído um regime geral de contratos da Administração não impede que outras leis estabeleçam diversos regimes jurídicos para outros contratos, inclusive administrativos (ALMEIDA, 2012, p. 203)⁴.

Dito isso, cabe discutir se os acordos de leniência podem ser enquadrados como contratos administrativos.

Segundo Moreira e Bagatin (2014, p. 27), a estruturação do Direito Administrativo brasileiro não permite que se reconduza o exercício negociado de poderes unilaterais à categoria dos contratos administrativos. Isso porque, no Brasil, a expressão remete primariamente à aplicação da Lei nº 8.666/1993, que disciplina exclusivamente contratos de aquisição de bens e serviços, sem qualquer preocupação com a disciplina de outras formas de concertação entre Administração Pública e particulares. A despeito disso, os autores entendem que o acordo de leniência constitui ato comutativo que visa modificar situações jurídicas, o que o identifica com a noção de contrato (MOREIRA, BAGATIN, 2014, p. 27).

Moreira Neto (2003, p. 10-11), por sua vez, diferencia os contratos dos acordos. Segundo ele, o consenso se formaliza no concurso de vontades – o pacto – que, por sua vez, se apresenta ora como contrato ora como acordo, distinguindo um do outro pela natureza jurídica das respectivas prestações neles avençadas. Com efeito, enquanto as prestações dos contratos são recíprocas, voltadas cada uma delas ao atendimento de interesses distintos de cada um dos contratantes, as prestações dos acordos são integrativas, porque solidariamente voltadas ao atendimento de interesses comuns.

Palma (2010, p. 87) prefere posicionar os acordos de leniência dentre os instrumentos consensuais da administração pública.

Marrara (2015, p. 512) compreende os acordos de leniência como um “instrumento negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade

⁴ Quanto a esses contratos administrativos, entende-se que a Lei nº 8.666/1993 funciona como norma geral, sendo, portanto, de aplicação subsidiária às leis especiais que regem os aludidos, como, aliás, impõem as regras elementares de hermenêutica jurídica. No mesmo sentido, ver ALMEIDA (2012, p. 204).

pública e um particular”. Pereira (2016, p. 88-89), por sua vez, entende que os acordos de leniência são dotados de um viés contratual, pois comprometem os assinantes a cumprirem o que fora avençado com boa-fé.

No presente trabalho, adota-se a definição de contrato administrativo Correia (1987, p. 396):

acordo vinculativo por força de lei, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que vise criar, modificar ou extinguir relação jurídica disciplinada em termos específicos do sujeito administrativo, em que figure como parte pelo menos uma pessoa coletiva da Administração.

Dessa forma, como os acordos de leniência constituem a expressão de duas ou mais vontades contrapostas e harmonizáveis entre si com o objetivo de disciplinar relação jurídica entre a pessoa jurídica colaborada e o órgão administrativo dotado do poder de investigar os atos ilícitos reportados e exercer *ius puniendi*, entende-se que tais instrumentos se amoldam à ideia de contrato administrativo, segundo a doutrina de Correia (1987).

2 ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO PROCESSO SANCIONATÓRIO

2.1 PODER SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A prerrogativa sancionatória é a faculdade detida pela Administração Pública de impor unilateral e imperativamente sanções administrativas. Tal competência decorre do denominado poder administrativo sancionador geral, o *ius puniendi*, que resulta da soberania do Estado e de seu papel de proteger os bens jurídicos relevantes para toda a sociedade.

Prates (2005, p. 37) assinala que a possibilidade de a Administração impor, por ela mesma e com império, sanções aos particulares com os quais não mantivesse nenhuma relação jurídica especial, constitui verdadeiro poder administrativo, a ser usado em favor da coletividade.

Quanto à extensão desse poder, Osório (2015, p. 43) observa que o Estado, por meio do Direito Administrativo, costuma proibir e sancionar determinados comportamentos, alcançando agentes públicos e particulares. Com isso, constata-se que o poder sancionador do Estado se irradia sobre todos os administrados independentemente de possuir uma relação especial ou geral com o Estado.

O poder sancionatório deve ser exercido na forma e no limite da lei (Palma, 2010, p. 73). Segunda a referida autora, o fundamento da competência sancionatória detida pela Administração Pública não encontra amparo no *ius puniendi* estatal, mas sim na prerrogativa sancionatória prevista nos textos legais, a ser exercitada nos termos e limites definidos no regime administrativo ao qual se relacione.

Entende-se que existe ampla discricionariedade do legislador para estabelecer as infrações administrativas e penais, as sanções e os órgãos encarregados da fiscalização dos valores tutelados pelas normas e da aplicação das sanções. Nesse sentido, Souza (2015, p. 190) assinala que “a possibilidade de que o Estado selecione condutas indesejadas e a prescrevam como ilícitos, atribuindo as respectivas sanções, deriva da própria noção de soberania e de seu consectário lógico que é o Poder Punitivo Estatal (*jus puniendi*)”.

É nesse contexto que devem ser analisadas as disposições da lei anticorrupção empresarial. Conforme Souza (2015, p. 194), as infrações especificadas na referida norma foram, por opção legislativa, classificadas “[...] como ilícitos extrapenais, passíveis de responsabilização administrativa e judicial, sem prejuízo de que também sejam considerados ilícitos penais ou cíveis de outras leis”.

Com relação às sanções especificadas na lei anticorrupção empresarial, embora a Constituição não tenha atribuído expressamente à administração pública e ao sistema de controle interno o poder de sancionar pessoas jurídicas, nos termos de seu art. 8º, nada impede que o legislador ordinário defina, como de fato fez, determinados comportamentos como ilícitos administrativos, estabeleça sanções administrativas e atribua a função de aplicá-las a um dos órgãos da estrutura estatal.

Afinal, é absolutamente legítimo se atribuir competências aos órgãos estatais por meio de lei, desde que a outorga de competência não afete o arranjo de atribuições estabelecidas na própria constituição. A constituição não é a única fonte de competências estatais, de modo que o legislador é livre para definir a organização administrativa que, em sua concepção, seja a mais adequada para o cumprimento das funções do Estado⁵.

5 Nesse sentido, Osório (2015, p. 140) destaca a ampla discricionariedade do Poder Legislativo na configuração dos regimes jurídicos do *ius puniendi* estatal

Dessa forma, apesar de o art. 74 da Constituição não ter atribuído ao sistema de controle interno o poder de punir pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, a lei anticorrupção empresarial não incorreu em inconstitucionalidade ao atribuir, de forma difusa, o poder de sanção dos atos lesivos contra a administração.

2.2 ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL COMO INSTRUMENTO DO PODER SANCIONADOR DO ESTADO

Segundo Palma (2010, p. 190-191), os acordos administrativos se dividem em duas categorias. Pelos acordos substitutivos, a Administração deixa de emitir ato imperativo e unilateral que lhe compete e encerra ou deixa de instaurar o processo administrativo correspondente. Pelos acordos integrativos, não há terminação do processo, a administração e o administrado celebram o acordo integrativo para viabilizar a posterior emissão de ato final, imperativo e unilateral, de forma mais célere ou mais adequada ao caso concreto.

Os acordos de leniência da lei anticorrupção enquadram-se no último tipo. Isso porque a norma não prevê a remissão de todas as sanções administrativas especificadas, sendo que, no caso da multa, ela admite a redução em no máximo 2/3 (dois terços). Dessa forma, tais instrumentos se enquadram no conceito de acordo administrativo integrativo do exercício de competência unilateral, segundo a referência bibliográfica citada.

Os acordos de leniência da lei anticorrupção constituem forma de manifestação estatal exercida no âmbito do poder sancionador atribuído à administração pública em face dos ilícitos especificados na referida norma. Eles constituem a contraface do poder-dever do Estado de impor unilateralmente as sanções administrativas instituídas pela Lei nº 12.846/2013, especificamente no art. 6º e 19 da norma.

Dessa forma, a autoridade competente terá ampla liberdade de impor as aludidas penas, segundo o seu livre convencimento, caso a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios ou o Ministério Público ingressem com ação judicial com vistas à aplicação dessas sanções, independentemente da celebração de acordo de leniência na esfera administrativa⁶.

6 Contudo, Marrara (2015, p. 522) entende que a celebração de acordo de leniência também impediria a aplicação da pena de dissolução compulsória, pois, se assim não for, a legislação padece de um grave vício lógico. Nesse sentido, indaga: “De que adianta conceder esse benefício ao infrator colaborador, se a leniência não impede que o juiz determine a sua extinção como pessoa jurídica? Para que os benefícios sejam reais e efetivos, portanto, é preciso reinterpretar a Lei Anticorrupção. Embora o art. 16 não o

Considerando que os acordos de leniência são integrativos do processo administrativo sancionatório da lei anticorrupção empresarial, é razoável que somente os órgãos competentes para impor as sanções da lei tenham competência para dispor desse poder-dever e, portanto, celebrar tais acordos.

No que se refere aos danos decorrentes dos ilícitos tipificados na lei anticorrupção empresarial, a norma não atribui às autoridades administrativas competência para transacionar os prejuízos causados contra a Administração Pública por meio da celebração de acordos de leniência. A administração somente pode dispor a respeito das sanções especificadas nos arts. 6º e 19, inciso IV, da lei anticorrupção empresarial e nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993.

O art. 16, § 3º, da lei anticorrupção empresarial preconiza que “o acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”. Segundo o art. 13, a administração deve instaurar processo administrativo específico de reparação integral do dano, que segue independentemente do processo administrativo pertinente à aplicação das sanções estabelecidas nesta lei. Por fim, o parágrafo único do referido dispositivo estabelece que “concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública”.

Apesar da omissão da norma, é preciso destacar que o art. 8º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, impõe a obrigação da autoridade competente de instaurar tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. Segundo o § 2º do art. 8º, a tomada de contas especial deverá ser, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal.

Isso implica que a celebração de acordo de leniência e a conclusão do processo administrativo de reparação do dano pela administração pública não afetam a competência do TCU de apurar débitos e imputar responsabilidade financeira daqueles que eventualmente causaram prejuízo ao erário, uma vez que tal atribuição tem raiz constitucional.

diga, a leniência impõe uma imunidade também contra a medida prevista no art. 19, inciso III. Se não for assim, de nada adiantará o benefício quanto ao inciso IV”.

3 CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle externo da União e das entidades da administração direta e indireta é exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete, dentre outras atribuições (art. 71)

Diante desse quadro normativo constitucional, passa-se a examinar se o TCU tem competência para fiscalizar os acordos de leniência celebrados pela administração pública federal e, em caso positivo, se ele pode condicionar a eficácia de tais instrumentos à sua aprovação prévia.

3.1 ESPAÇO OBJETIVO DE INCIDÊNCIA DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, cabe um pequeno esclarecimento sobre o conceito de “espaço objetivo de incidência”. A expressão foi extraída da obra do administrativista português Tavares (1998, p. 68 e 81) e pode ser definida, para os fins do presente artigo, como o universo de atos jurídicos sobre os quais incide a fiscalização e o controle do Tribunal de Contas da União.

Segundo o art. 70, parágrafo único, da Constituição:

prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

A leitura do dispositivo mencionado, em especial, dos verbos utilizados no artigo, permite deduzir que o controle externo da administração pública se dá sobre os atos relativos à atividade financeira do Estado, assim entendida como “a atuação estatal voltada para obter, gerir e aplicar os recursos necessários à consecução das finalidades do Estado que, em última análise, se resumem na realização do bem comum” (HARADA, 2008, p. 4).

Segundo o art. 41, da Lei nº 8.443/ 1992, o Tribunal “efetuará a fiscalização dos *atos de que resulte receita ou despesa*, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição” (grifo do autor). Segundo o art. 45 da norma, “*verificada a ilegalidade de ato ou contrato*, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (grifo do autor).

Com isso, conclui-se que o controle externo do TCU não incide sobre todos os atos e contratos administrativos, mas apenas sobre aqueles relacionados à atividade de administração e gestão de bens, dinheiros e valores públicos que resultem receita e despesa pública e, ainda, sobre os atos que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

3.2 MODELO CONSTITUCIONAL VIGENTE DO CONTROLE EXTERNO DE ATOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A doutrina administrativista costuma dividir o controle quanto ao momento em que se realiza em três tipos: controle prévio ou preventivo; controle concomitante e controle *a posteriori*. Apesar da falta de uniformidade na definição dos tipos mencionados, buscar-se-á delimitar os tipos de controle mencionados, a fim de permitir o melhor entendimento da tese que se propõe.

A despeito da falta de rigor terminológico no estudo do tema, entende-se adequado delimitar, para os fins do presente estudo, a ideia de controle prévio de atos administrativos. Apesar de a doutrina administrativa considerá-lo como sinônimo de controle preventivo, entendo que tais modalidades de controle não devem ser confundidas.

O controle prévio é o que antecede a conclusão ou operatividade do ato, como requisito para sua validade ou eficácia. Por exemplo, quando o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, estabelece que “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”, está instituindo um controle prévio de tais atos e negócios administrativos, que somente serão considerados válidos se cumprirem tal condição.

O controle preventivo, por sua vez, é o que antecede a consumação dos efeitos do ato, mas não constitui condição para a sua validade ou eficácia. Nesse caso, o ato pode ser celebrado e as despesas realizadas durante a realização do controle preventivo, a menos que seja expedida ordem de suspensão do ato, mediante a adoção de medida cautelar. A existência do poder geral de cautela por parte do TCU não impede que os atos administrativos produzam desde logo seus efeitos, ou seja, não condiciona a eficácia dos atos à manifestação do Tribunal. Ele apenas admite a atuação preventiva do TCU em situações excepcionais onde restarem configurados o perigo da demora e a fumaça do bom direito.

O controle prévio de atos e contratos que resultassem obrigação de pagamento vigeu no ordenamento jurídico brasileiro, com variadas formatações, até a aprovação da Constituição de 1967. No regime constitucional anterior, o art. 77, § 2º, da Constituição de 1946, estabelecia que estava “sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste”.

Com a Constituição de 1967, o sistema de registro prévio de atos e contratos foi substituído pela fiscalização por meio da técnica de auditoria, instrumento de controle sucessivo à formação do ato e concomitante à execução orçamentária das despesas⁷. Dessa forma, considerando que o elenco de competências atribuído ao TCU, no art. 71 da Constituição não abrange o controle prévio de atos e contratos, entende-se que tal modalidade de controle é incompatível com o regime constitucional de controle externo atualmente em vigor.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido, em análise de ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual:

2.O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da Função Executiva.

3. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público⁸.

Com isso, conclui-se que o controle prévio de atos e contratos administrativos não encontra amparo no regime constitucional de controle externo atualmente em vigor.

3.3 CONTROLE DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA PELO TCU

Por meio da Instrução Normativa – TCU nº 74, de 11 de fevereiro de 2015, o TCU disciplinou a fiscalização da organização do processo de

7 No mesmo sentido, Speck (2000, p. 68).

8 Supremo Tribunal Federal. ADI 916-8 Mato Grosso. Relator Ministro Joaquim Barbosa, Sessão de 2/2/2009. DJe nº 43, de 6/3/2009.

celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei nº 12.846/2013.

Segundo a norma, “a celebração de acordos de leniência por órgãos e entidades da administração pública federal é ato administrativo sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas da União quanto a sua legalidade, legitimidade e economicidade, nos termos do art. 70 da Constituição Federal”.

Dentre os motivos indicados para a edição da norma, o Tribunal invocou a competência que lhe foi atribuída nos arts. 38, 41, inciso I, alínea “b” e 42 da Lei n.º 8.443/1992, de “promover o acompanhamento sobre a gestão e o controle contábil, orçamentário, financeiro e patrimonial praticados pela administração pública e pelos sistemas de controle interno dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. Segundo se depreende dos considerandos da instrução normativa, o objetivo da fiscalização dos acordos de leniência é assegurar a eficácia do controle e instruir o julgamento das contas pelo TCU.

Nesse contexto, a norma criou um procedimento de fiscalização dos processos de celebração de acordos de leniência da administração pública federal, por meio da análise de documentos e informações, que serão enviados ao Tribunal segundo as etapas estabelecidas no art. 1º da norma.

Porém, entende-se que o Tribunal de Contas da União não é competente para fiscalizar a legalidade e a economicidade da celebração dos acordos de leniência.

Primeiramente, o acordo de leniência não é ato administrativo. Conforme visto, trata-se de instrumento formado a partir do concurso de vontades da pessoa jurídica particular e da administração pública, possuindo a natureza de contrato administrativo, conforme visto no capítulo 2.4.

Todavia, o acordo de leniência não é celebrado no âmbito da atividade de gestão de bens, dinheiros e valores públicos. Embora ele resulte receita pública, correspondente à multa prevista no art. 6º, inciso I, da lei anticorrupção empresarial, ele não constitui ato jurídico praticado no bojo da administração de recursos públicos.

Ademais, o ato de celebração do acordo de leniência não é apto a gerar, por si só, perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, uma vez que não é possível, por meio dele, reduzir ou

isentar a pessoa jurídica do pagamento do dano causado à administração pública em virtude do ato ilícito praticado.

Dessa forma, considerando que o acordo de leniência não envolve a utilização, arrecadação, gerência ou administração de dinheiros, bens e valores públicos, entende-se que ele não gera o dever de prestar contas, nem está sujeito à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas da União.

No que se refere ao sistema de controle interno dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, embora o TCU seja competente para fiscalizar e acompanhar os atos de gestão praticados pelos aludidos órgãos no âmbito de sua função administrativa, ele não possui a atribuição constitucional de controlar e acompanhar os atos de controle. Sem o pudor de ser repetitivo, o TCU não é uma instância de supracontrole, que fiscaliza a legalidade e a legitimidade dos atos da administração praticados no âmbito da função de controle.

Por exemplo, o TCU não controla a legalidade, a legitimidade e a economicidade do parecer conclusivo do tomador de contas especial quanto à comprovação da ocorrência do dano, à sua quantificação e à correta imputação da obrigação de ressarcir a cada um dos responsáveis. Da mesma forma, o Tribunal também não controla a legalidade, a legitimidade e a economicidade do parecer conclusivo do dirigente do órgão de controle interno, elaborado no âmbito do processo de tomada de contas especial instaurado pela administração pública.

Após a sua conclusão, a tomada de contas especial será encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento⁹, que deliberará a respeito da matéria, segundo sua própria convicção, independentemente das conclusões da administração pública e do controle interno e da existência de eventual vício no procedimento.

Ademais, o TCU não controla a legalidade do processo administrativo de aplicação da sanção, ou seja os diversos atos praticados no âmbito da competência sancionatória atribuída à administração pública.

9 Art. 8º, § 2º, da Lei nº 8.443/1992: A tomada de contas especial prevista no caput deste artigo e em seu § 1º será, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao Erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu Regimento Interno.

Sob a ótica dos interesses particulares dos administrados, caso eles se sintam prejudicados pelas decisões unilaterais da administração no exercício do poder sancionatório devem recorrer ao Poder Judiciário para defesa de seus direitos subjetivos. Nesse sentido, a jurisprudência do TCU é pacífica, conforme se verifica nas seguintes deliberações prolatadas pelo Tribunal:

Por esse motivo, a exemplo do que decidido pelo Plenário do TCU, mediante os Acórdãos 209/1999, 823/1999, 657/2000, 1.438/2002, 125/2011, *não cabe a este Tribunal atuar como instância revisora de pena administrativa*, aplicada aos particulares, que poderão – se assim o quiserem – recorrer ao Poder Judiciário, para defesa de seus interesses subjetivos¹⁰. (grifo do autor)

Sob a ótica do interesse público, o TCU também não atua como segunda instância administrativa do exercício do poder sancionatório da administração pública, pois além de essa atribuição não ter sido conferida expressamente pela lei e pela constituição, os atos formais do procedimento de aplicação de sanção não podem ser considerados atos de gestão de recursos públicos sujeitos ao controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial deferido pela Constituição ao TCU.

O Tribunal não fiscaliza nenhum ato de imposição de sanção administrativa nem os acordos substitutivos ou integrativos das sanções previstos na legislação. A título exemplificativo, o TCU não realiza o controle externo dos:

- a) termos de compromissos ambientais previstos no art. 139 do Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008;
- b) acordos de leniência do sistema de defesa da concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011); e
- c) termo de compromisso no âmbito do mercado de valores mobiliários (art. 11, § 5º, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976).

Assim como o exame da materialidade e da conduta do agente infrator para fins de aplicação de sanções, a valoração da efetiva colaboração, mediante a análise dos documentos e das informações prestadas pelo

10 Voto condutor do Acórdão nº 3997/2016-Primeira Câmara. Ministro Relator: Walton Alencar Rodrigues

colaborador com vistas à celebração da leniência é matéria de competência exclusiva da autoridade administrativa. Não cabe ao TCU adentrar nesse aspecto e verificar a justeza e a correção do exercício do *ius puniendi* pelas autoridades administrativas legitimadas pela lei.

Além de ter fixado indevidamente a jurisdição do TCU sobre os acordos de leniência, a Instrução Normativa-TCU 74/2015 instituiu modalidade de controle prévio, o qual se mostra incompatível com o regime constitucional vigente.

Conforme o art. 3º da norma, a apreciação do Tribunal de Contas da União sobre as etapas que compõem a celebração de acordos de leniência constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes. Dessa forma, verifica-se que o dispositivo em análise instituiu o controle prévio dos acordos de leniência celebrados no âmbito da administração pública federal.

Tomando por base as considerações aduzidas no item anterior, entende-se que o controle prévio dos acordos de leniência celebrados pela administração pública federal, instituído pelo art. 3º, da Instrução Normativa – TCU 74/2015, não está de acordo com as disposições constitucionais atualmente em vigor.

Em sentido próximo, cabe mencionar a doutrina de Rosilho (2016, p.1-3), segundo o qual não compete ao TCU fiscalizar, nem muito menos aprovar ou rejeitar, minutas de acordos que não foram sequer foram publicadas, pois se assim o fosse ele estaria se imiscuindo na função executiva (praticar atos, celebrar contratos e formular acordos).

Sendo assim, compreende-se que o TCU, ao condicionar a eficácia jurídica dos acordos de leniência à sua aprovação, instituiu modalidade de controle prévio, o qual se mostra incompatível com o regime constitucional vigente.

Da mesma forma, Fidalgo e Canetti (2015, p. 369) entendem que a Constituição não atribuiu ao TCU qualquer competência apriorística para a análise dos acordos de leniência.

Segundo o art. 3º, da Lei nº 8.443/1992, o Tribunal de Contas da União pode, no âmbito de sua competência e jurisdição, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Sobre o assunto, Barroso (2001, p. 239) assinala que o exercício do poder regulamentar pelo TCU deve ser interpretado conforme a Constituição. Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, o órgão de contas desfruta de competências normativas inferiores, e não do poder de editar regras gerais e abstratas. Para ele, o Tribunal não tem competência para editar regulamentos de execução, regulamentos autônomos, muito menos para invadir a esfera de reserva legal, com o fim de impor obrigações, estabelecer requisitos ou ditar vedações que não tenham apoio na lei.

Conforme visto, os acordos de leniência não constituem atos de gestão nem atos de que resulte receita ou despesa, de modo que eles não estão sujeitos à prestação de contas nem à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial prevista no art. 70 da Constituição e no arts. 41 da Lei nº 8.443/1992.

Dessa forma e considerando, ainda, que a lei anticorrupção empresarial não atribuiu ao TCU competência para celebrar ou aprovar acordo de leniência, nem para verificar a legalidade na aplicação da referida norma, como, por exemplo, o fez a Lei nº 8.666/1993¹¹, compreende-se que o TCU extrapolou o poder regulamentar que lhe foi conferido, ao disciplinar, por meio da Instrução Normativa-TCU 74/2015, a fiscalização da organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal¹².

A celebração dos acordos de leniência não afeta a competência do TCU de imputar débitos e apurar a responsabilidade financeira daqueles que deram causa a prejuízo ao erário. O eventual ressarcimento dos prejuízos decorrentes dos atos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas, no âmbito dos processos administrativos instaurados pela administração

11 Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

12 A propósito, encontrava-se em tramitação na Câmara dos Deputados, na data da elaboração do presente artigo, o Projeto de Decreto Legislativo nº 5/2015, apresentado pelo Deputado Raul Jungmann (PPS-PE), em 19/2/2015, com o objetivo de sustar a referida norma (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1301695&filename=Tramitacao-PDC+5/2015>. Acesso em: 10 maio de 2017. Na data da elaboração desse artigo, a proposta de decreto legislativo encontrava-se em tramitação na Câmara dos Deputados).

pública ou pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, na esfera federal, não constitui óbice à atribuição constitucional do TCU de julgar as contas dos responsáveis, que, por óbvio, levará em conta o valor devolvido na decisão final quanto ao valor do débito.

Quanto ao poder de sanção do Tribunal, ressalta-se que tal competência decorre do art. 71, inciso VIII, da Constituição. Segundo o aludido dispositivo, cabe ao TCU “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, *multa proporcional ao dano causado ao erário*” (grifos do autor).

Considerando que a lei anticorrupção empresarial somente autorizou a administração pública a transacionar as sanções administrativas que lhe compete aplicar, conforme os arts. 16, § 2º e 17 da norma, a celebração de acordo de leniência também não afeta a competência do TCU de imputar as sanções previstas em sua lei orgânica.

No mesmo sentido, Zymler e Dios (2016, p. 172) assinalam que “o TCU não fica vinculado ao conteúdo do acordo de leniência e não há repercussão em suas competências fixadas no art. 71 da Constituição e tampouco impedimento à aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992”.

Por óbvio, o TCU pode considerar a colaboração da pessoa jurídica perante a administração pública, caso os elementos aportados em face do acordo de leniência seja útil ao desenvolvimento de seus processos de controle externo. Nesse caso, o Tribunal pode levar em conta a conduta da empresa na dosimetria de suas sanções, podendo, inclusive, se for o caso, decidir por não aplicá-la. Porém, é preciso destacar que a palavra final é sua, no legítimo exercício de seu poder-dever de sancionar.

Em sentido próximo ao exposto, Barcellos (2015) suscitou três questões acerca da obrigatoriedade de submissão dos acordos de leniência à análise do TCU: os acordos de leniência não são, em si, atos que envolvam a utilização de recursos públicos federais; a própria lei anticorrupção resguarda a competência do TCU ao prever, no art. 16, § 3º, que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado; a celebração do acordo de leniência não afasta as competências do Tribunal de Contas da União fixadas no art.

71 da Constituição Federal, nem impede a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992.

Dessa forma, conclui-se que não é possível depreender, a partir das disposições constitucionais pertinentes ao controle de atos e contratos administrativos, da lei orgânica do TCU e da própria lei anticorrupção empresarial, a competência do Tribunal para fiscalizar a legalidade, legitimidade e economicidade de acordos de leniência. Sendo assim, entende-se que a Instrução Normativa-TCU 74/2015 extrapolou formal e materialmente o poder regulamentar atribuído ao TCU.

4 INCONVENIÊNCIAS E PROBLEMAS DA ATUAÇÃO DO TCU NA FISCALIZAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL

Alguns autores levantam problemas de ordem prática à ausência na lei anticorrupção da participação do Ministério Público e dos Tribunais de Contas na celebração de acordos de leniência.

Segundo Pereira (2016, p. 92), as controvérsias em torno do tema repousam

[...] no argumento de que a celebração de pactos de leniência pela CGU, sem a anuência e participação do Ministério Público Federal e do Tribunal de Contas da União, poderia prejudicar as práticas investigativas destes órgãos, bem como a aplicação de punições pelos delitos corruptivos cometidos e a correta quantificação dos danos gerados.

Além do acordo de leniência não interferir no exercício das competências constitucionais do TCU e do Ministério Público, já que ele não tem efeitos penais nem impede a interposição de ações de improbidade administrativa, tal instrumento, pelo contrário, pode auxiliar a prática investigativa desses órgãos, principalmente do TCU. Nesse sentido, cabe destacar o dever constitucional do controle interno de dar ciência das irregularidades ao Tribunal, o que impõe a remessa dos documentos obtidos em face do acordo de leniência ao TCU, conforme o art. 74, § 1º, da Constituição.

Por outro lado, alguns doutrinadores destacam a posição desfavorável dos potenciais colaboradores, justamente em razão da

ausência de efeitos do acordo de leniência sobre os demais nichos de controle. Nesse sentido, Marrara (2015, p. 518) destaca que:

[...] nenhum dos acordos gera efeitos protetivos para o colaborador em outros processos administrativos sancionadores. [...] Nada garante, porém, que o mesmo infrator logrará cumprir todos os requisitos de cada lei para celebrar os vários acordos previstos no direito positivo – e é esta imprevisibilidade que torna a negociação de um acordo extremamente arriscada na prática.

Com relação aos à participação do TCU na celebração de acordos de leniência, Fidalgo e Canetti trazem argumentos favoráveis e contrários. Inicialmente, elas destacam que “a inclusão de mais um ator no processo de análise e negociação constitui um fator de complexidade e morosidade indesejável às negociações” (FIDALGO, CANETTI, 2015, p. 369). Por outro lado, a participação do TCU no processo de negociação do acordo poderia mitigar o risco de aplicação da legislação de modo conflitante, especialmente no que se refere à sanção de declaração de inidoneidade por fraude à licitação, aumentando a segurança jurídica do administrado (FIDALGO, CANETTI, 2015, p. 370).

Entende-se que a participação e a fiscalização dos acordos de leniência pelo TCU, além de não estarem previstas em lei, geram custos administrativos adicionais e aumentam o risco da quebra da confidencialidade das tratativas iniciais entre a administração e o colaborador, pelo aumento da quantidade de atores envolvidos. Ademais, a participação do órgão de contas não impacta positivamente em nenhuma das questões indicadas pelas autoras, uma vez que o colaborador não pode obter imunidade nem redução das sanções reservadas ao TCU, nem garantia de que os efeitos do acordo se estenderão à responsabilização financeira apurado pelo Tribunal de Contas, por absoluta falta de previsão legal.

Ademais, a fiscalização pelo TCU dos acordos de leniência não é capaz de tutelar adequadamente o interesse público e diminuir a possibilidade de serem firmados acordos desvantajosos para a Administração, pois o órgão não dispõe de instrumentos adequados para avaliar a efetividade da colaboração trazida pelas pessoas jurídicas.

Nesse cenário, a inclusão, por norma infralegal, de outro ator nesse processo, no caso, o Tribunal de Contas da União, a pretexto

de conferir mais segurança jurídica e almejar a proteção do interesse público, acaba tornando um fator de aumento da subjetividade, custos administrativos e insegurança jurídica.

5 CONCLUSÕES

Os acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial tem duplo significado: são, ao mesmo tempo, instrumentos processuais destinados à obtenção eficiente de provas da materialidade e autoria dos atos ilícitos tipificados na referida lei e negócios jurídicos processuais substitutivos ou integrativos das sanções previstos na referida lei. Eles assinalam o viés instrumental e funcional do direito administrativo, especialmente o voltado à aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 12.846/2013.

Tais ajustes constituem espécie de contratos administrativos, pois decorrem de duas declarações de vontade contrapostas entre si, com o objetivo de criar, modificar e extinguir relações jurídicas de direito administrativo, isto é, que sejam disciplinadas pelo direito estatutário da Administração e sejam instrumentais ao exercício de funções públicas.

Não é possível depreender, a partir das disposições constitucionais pertinentes ao controle de atos e contratos administrativos, a competência do TCU para fiscalizar a legalidade, legitimidade e economicidade de acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial, uma vez que tais contratos administrativos não são praticados no âmbito da atividade de administração e gestão de bens, dinheiros e valores públicos que resultem receita e despesa pública, nem são potencialmente aptos a causar perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Embora o TCU seja competente para fiscalizar e acompanhar os atos de gestão praticados pelos órgãos do sistema de controle interno federal no âmbito de sua função administrativa, ele não possui a atribuição constitucional de controlar e acompanhar os atos de controle. O TCU não é uma instância de supracontrole, que fiscaliza a legalidade e a legitimidade dos atos da administração praticados no âmbito da função de controle.

Da mesma forma, o controle prévio dos acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial, instituído pela Instrução Normativa-TCU nº 74/2015, não está de acordo com o regime constitucional vigente. Não há amparo na Constituição e nas leis vigentes a subordinação da eficácia jurídica dos acordos de leniência à aprovação do TCU.

O TCU extrapolou o poder regulamentar que lhe foi conferido, ao disciplinar, por meio da Instrução Normativa-TCU nº 74/2015, a fiscalização da organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal.

As disposições dos acordos de leniência celebrados pela administração pública e pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU não afetam o exercício das atribuições constitucionais deferidas ao TCU, que pode julgar as contas dos responsáveis, condená-los ao ressarcimento dos prejuízos cometidos ao erário e aplicar as sanções estabelecidas em sua lei orgânica, independentemente do conteúdo de tais ajustes;

A fiscalização pelo TCU dos acordos de leniência da lei anticorrupção não é capaz de tutelar adequadamente o interesse público e diminuir a possibilidade de serem firmados acordos desvantajosos para a Administração, pois o órgão não dispõe de instrumentos adequados para avaliar a efetividade da colaboração trazida pelas pessoas jurídicas.

A inclusão, por norma infralegal, de outro ator nesse processo de celebração de acordos de leniência, no caso, o Tribunal de Contas da União, a pretexto de conferir mais segurança jurídica e almejar a proteção do interesse público, acaba tornando um fator de aumento da subjetividade, custos administrativos e insegurança jurídica.

A fiscalização do TCU sobre a celebração de acordos de leniência depende de previsão legal, constituindo, portanto, matéria sujeita à apreciação do legislador ordinário, em seu espaço de liberdade para a organização das estruturas estatais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Submissão de acordos de leniência ao TCU necessita de esclarecimentos. *Revista Consultor Jurídico*, fev. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/ana-barcellos-submissao-acordos-leniencia-tcu-gera-duvidas>>. Acesso em: 06 maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRAGA, Marcelo José; OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio; PINHA, Lucas Campio. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 133-152, maio. 2016. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/253/128>>. Acesso em: 4 maio 2017

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Brasil, v. 2, n. 1, p. 160-185, out. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/80943>>. Acesso em: 13 maio 2017.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

DIAS, Jeferson Aparecido. Atos de corrupção relacionados com licitações e contratos. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei anticorrupção e Temas de Compliance*. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei anticorrupção e Temas de Compliance*. Salvador: Juspodivm, 2015.

HARADA, Hiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2008.

LIVIANU, Roberto; OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Nova portaria interministerial pró-corrupção usurpa o Poder Legislativo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-19/portaria-interministerial-pro-corrupcao-usurpa-poder-legislativo>>. Acesso em: 24 maio 2017.

MARRARA, Thiago. Acordos De Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: Modalidades, Regime Jurídico e Problemas Emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Brasil, v. 2, n. 2, p. 509-527,

jul. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/98582>>. Acesso em: 04 maio 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, out. 2003. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-DIOGO-DE-FIGUEIREDO-MOREIRA-NETO.PDF>>. Acesso em: 04 maio 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. São Paulo: Universidade de São Paulo. 332 p. 2010.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.

PINTO, José Guilherme Bernan Correa. Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, p. 49-56, dez. 2016.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Feral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSILHO, A. J. Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção. *Revista Colunistas Direito do Estado*, v. 1, 2016.

SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização administrativa na Lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei anticorrupção e Temas de Compliance*. Salvador: Juspodivm.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 2000.

TAVARES, José Fernandes Farinha. *O Tribunal de Contas. Do visto em especial. Conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração*. Coimbra, 1998.

ZYMLER, Benjamin. DIOS, Laureano Canabarro. *Lei Anticorrupção. Lei nº 12.846/2013: uma visão do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.