

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR

RELATORA : Des. Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA
AGRAVANTE : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
AGRAVADO : AGENOR FRANKLIN MAGALHAES MEDEIROS
ADVOGADO : Daniel Müller Martins
: JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO
: MATHEUS FERNANDES DE JESUS
AGRAVADO : ALBERTO YOUSSEF
ADVOGADO : Luiz Carlos Moreira Junior
: ARMANDO DE SOUZA SANTANA JUNIOR
AGRAVADO : COESA ENGENHARIA LTDA.
ADVOGADO : Daniel Müller Martins
: JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO
: MATHEUS FERNANDES DE JESUS
AGRAVADO : CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S A
ADVOGADO : Marina Hermeto Corrêa
AGRAVADO : CONSTRUTORA OAS LTDA
: FERNANDO AUGUSTO STREMEL ANDRADE
: JOSE ADELMARIO PINHEIRO FILHO
: JOSE RICARDO NOGUEIRA BREGHIROLI
: MATEUS COUTINHO DE SA OLIVEIRA
: OAS S.A.
ADVOGADO : MATHEUS FERNANDES DE JESUS
: Daniel Müller Martins
: JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO
AGRAVADO : ODEBRECHT PLANTAS INDUSTRIAIS E PARTICIPACOES
S/A
AGRAVADO : ODEBRECHT S/A
ADVOGADO : Marina Hermeto Corrêa
AGRAVADO : PAULO ROBERTO COSTA
: PEDRO JOSE BARUSCO FILHO
AGRAVADO : RENATO DE SOUZA DUQUE
ADVOGADO : DANIELE DE OLIVEIRA NUNES
: RODRIGO BENICIO JANSEN FERREIRA
AGRAVADO : UTC ENGENHARIA S/A
ADVOGADO : MARCELO AUGUSTO PUZONE GONCALVES
: Sebastião Botto de Barros Tojal
INTERESSADO : PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que, em ação de improbidade administrativa, decidiu afastar o bloqueio cautelar de bens das empresas do Grupo Odebrecht.

Alega a parte agravante, em síntese, que, embora celebrado acordo de colaboração, tal acordo não afasta o interesse no ressarcimento integral do dano, nos termos do disposto no art. 16, § 3º da Lei nº 12.486/2013. Sustenta que não resta afastada a pretensão deduzida na origem, de ressarcimento integral do dano, motivo pelo qual não se mostra viável a liberação dos bens bloqueados das empresas agravadas. Pondera que é expressamente vedada pela Constituição a representação judicial de entidades públicas, como a União, aduzindo que tal tarefa cabe à AGU. Refere que a Controladoria Geral da União, e não o MPF, é o órgão competente para a celebração de acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal. Assevera que o acordo firmado entre as empresas em questão e o Ministério Público Federal não vincula a União, o CADE ou a PETROBRAS. Argumenta que é necessário o restabelecimento da ordem de indisponibilidade em comento. Requer, assim, seja concedida a antecipação da tutela recursal, determinando-se o imediato bloqueio dos bens do Grupo Odebrecht.

O pedido antecipatório foi deferido (evento 5), sendo interpostos agravos internos pelo Ministério Público Federal e pela Construtora Norberto Odebrecht.

Em seu recurso, alega o MPF: (a) nulidade da decisão agravada ao definir se há eficácia do Acordo de Leniência para fins de afastar sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, porquanto deveria ter se limitado à análise dos requisitos que autorizam a concessão da medida de indisponibilidade de bens; (b) o cabimento do acordo de leniência no âmbito da ação civil pública de improbidade administrativa; (c) ausência do *fumus boni iuris* e (d) afronta ao princípio da proporcionalidade.

A Construtora Odebrecht, por seu turno, defende a ampla abrangência do acordo de leniência com a impossibilidade de afastar-se sua eficácia em sede de agravo de instrumento. Afirma que não há nestes autos controvérsia a respeito da eficácia do Acordo de Leniência, sendo a decisão *extra petita*. Diz ainda que não se mostram presentes nem o *periculum in mora*, nem tampouco o *fumus boni iuris*, havendo, isso sim, o risco de dano inverso.

Com contrarrazões, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

A UNIÃO ingressou com ação de improbidade administrativa contra vários réus envolvidos na Operação Lava Jato, tendo sido deferida medida liminar determinando a indisponibilidade de bens dos réus.

Todavia a medida liminar, em relação à empresa ODEBRECHT, foi revogada pelo Juízo de origem, atendendo pedido do Ministério Público Federal, sob o fundamento de que não seria possível intervir em Acordo de Leniência firmado com órgão ministerial, que se comprometeu, inclusive, em requerer o levantamento das ordens de bloqueio dos bens e onde consta cláusula de compromisso da empresa ao pagamento de indenização acordada. Disse o Juízo a quo que manter a ordem de bloqueio representaria negativa de eficácia ao acordo celebrado com órgão atuante em nome do interesse público primário.

Da decisão acima mencionada, cita-se:

'O Estado, ou melhor, a Administração Pública é una, e sua subdivisão, ainda que sob o prisma da independência funcional de seus agentes, deve levar em conta que o administrado não pode ficar à mercê de conflito de atribuições internas à pessoa política com quem mantém relações, quer de natureza contratual, quer de natureza legal. Nesse contexto, ao celebrar o acordo de leniência, o Ministério Público Federal age em prol do interesse primário - e não secundário - da Administração Pública, que, no caso, pertence à União. Assim, defendendo interesses em nome da pessoa política - o que não se assimila à advocacia prestada a ente público - soa, no mínimo, contraditório a insurgência da Advocacia-Geral da União contra o cumprimento do acordo, cujo fim precípua é, justamente, facilitar o ressarcimento do dano. Assim, manter o bloqueio implicaria negar eficácia a acordo celebrado com base em legislação técnica, por mera dissidência entre órgãos que compõem o Estado em si (unitariamente concebido), dando ensejo, no mais, a comportamento contraditório por parte da Administração Pública: nemo potest venire contra factum proprium. (...)Do ponto de vista dos particulares, o Ministério Público da União e a Advocacia Geral da União são indistinguíveis, são o ente União e não o pulmão esquerdo e o direito de um organismo. O particular transacionou com o ente, não com os órgãos. Por isso, a transação entre o Ministério Público Federal e as pessoas que representam o conjunto de Empresas Odebrecht é válido, vigente, imperativo, alcançando todos os órgãos da União, mesmo os que manifestam resistência.'

Contra essa decisão a União interpôs Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação de tutela recursal, onde impugna os fundamentos que levaram o magistrado de primeiro grau a afastar o bloqueio de bens. Demonstrou que a ação de improbidade foi proposta meio ano antes de ser firmado o acordo de leniência. Aduziu que o MPF, ao firmar acordo com as empresas agravadas o fez de forma isolada, sem a participação da Polícia Federal, Ministério da Transparência (CGU), TCU ou a própria União, o que gera a sua não vinculação aos termos assentados no mencionado pacto. Que o MPF reconhece que o acordo firmado não abrange o ressarcimento ao erário, porquanto postulou (evento 133) o recebimento da ação de improbidade apenas com efeito declaratório e o recebimento do pedido formulado pela União somente no que tange ao ressarcimento ao erário. Afirmou que a suspensão do bloqueio de bens coloca em risco a integral reparação do dano, ante a possibilidade de dilapidação do patrimônio da empresa.

Nessa instância recursal, foi deferido o pedido de efeito suspensivo, mantendo-se a indisponibilidade de bens do Grupo ODEBRECHT.

Disse o eminente Desembargador Fernando Quadros da Silva que:

'o Acordo de Leniência deveria restringir-se a promover o integral ressarcimento ao erário, isso porque o direito patrimonial em questão é de ordem indisponível, sendo certo que o acordo não pode dispor a respeito das demais sanções de natureza civil, previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992.' e, em consequência, perante a ação de improbidade, carece de amparo legal a eficácia o acordo firmado em o MPF e o Grupo ODEBRECHT.'

Manifestou entendimento no sentido de que o art. 17º, §1º, da Lei 8.429/1992 veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa, devendo o ressarcimento ao erário ser integral, motivo pelo qual deveria ser mantida a medida de indisponibilidade de bens, permitindo-se futura compensação com valores adimplidos por conta do Acordo.

Para o MPF:

'É sabido que as empresas que aderem a acordos de leniência devem entender que aceitam o erro cometido, aderindo à conclusão de que devem sujeitar-se às sanções correspondentes, sendo certo, também, que sua adesão deve implicar vantagens, que permitam estimular essa colaboração. Ninguém supõe celebrar um acordo para que ele não seja cumprido. A premissa da sua celebração é o adimplemento de suas cláusulas (boa-fé e do princípio da confiança). A confiança não se exprime apenas no ato e momento da celebração da leniência, mas, também, e sobretudo, no seu cumprimento: um Estado que age de maneira contraditória, buscando minar a efetividade e estabilidade de acordos celebrados pelos seus agentes, viola o dever constitucional de obedecer o princípio da própria moralidade. Nesses termos, parece razoável supor que, se o acordo de leniência prevê a aplicação de multas e sanções pecuniárias de monta contra a empresa que celebra o pacto, é necessário dar a ela condições de cumprir com essas sanções. Para tanto, é imprescindível que se permita que a empresa continue funcionando e operando em seu mercado usual. Parece nítido que uma empresa que não pode dispor de sua receita e de seu patrimônio também não pode funcionar. E não podendo funcionar, certamente não terá condições de arcar com as sanções que lhe são impostas. Mais do que isso, se a empresa não pode funcionar, mesmo depois de colaborar com as investigações que levam ao desmantelamento de ilícitos graves e relevantes, certamente não tem interesse em realizar o acordo de leniência ou em colaborar com o Poder Público. Essa consequência (a manutenção das constringências sobre receita/bens mesmo depois de celebrado o acordo de leniência) implica a mais perversa das situações: a empresa que colabora é mais prejudicada do que a que não colabora. Afinal, a que colabora exhibe suas máculas e se expõe ainda mais ao ressarcimento do prejuízo que causou; e isso tudo com a constringência de seus bens a inviabilizar o prosseguimento de sua atividade. Já a empresa que não colabora mantém o Estado em ignorância, não se sujeitando a qualquer reparação de dano e, a fortiori, à constringência de seu patrimônio. A não observância dos exatos termos do acordo de leniência em tela prejudica, portanto, a celebração de novos acordos e, com isto, o incremento das investigações contra a corrupção, já que tal situação cria incentivo contrário à cooperação, na medida em que serve

de exemplo negativo para outros agentes privados que desejem colaborar com futuras investigações contra a corrupção.'

Percebe-se, em um primeiro momento, a existência de fundadas e relevantes dúvidas sobre a validade e eficácia do acordo de leniência firmado entre o MPF e a empresa ODEBRECHT S/A, na qualidade de controladora das empresas pertencentes ao seu grupo econômico.

De outro lado, a impugnação versa também sobre a presença dos requisitos necessários ao deferimento da tutela antecipada.

Decisão extra petita

Para os ora agravantes (MPF e ODEBRECHT S/A) não poderia este Juízo examinar a validade, ou não, do Acordo de Leniência.

Não identifico o vício apontado (decisão extra petita) pelas partes recorrentes.

Com efeito, não é possível decidir-se sobre os efeitos de um negócio jurídico sem, antes, analisar a questão de sua validade e eficácia. Torna-se essencial o exame da legalidade do Acordo de Leniência, porquanto é ele que ampara o pedido ora examinado. Se irrepreensível o Acordo firmado, seus efeitos são irradiados à Ação de Improbidade Administrativa. Se, ao contrário, dotado de vícios, deve-se examinar seu alcance e até mesmo se possui aptidão para gerar efeitos jurídicos válidos.

Mérito - Acordo de Leniência

I - Impõe-se, em rápido retrospecto, historiar os precedentes que levaram à consagração, no Direito Positivo Brasileiro, dos institutos ora em exame, com o objetivo de fixarem-se conceitos e princípios que balizarão o presente voto.

O Acordo de Leniência foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio por força das disposições da Lei nº 10.149/2000, ao alterar a Lei nº 8.884/1994, que, então, disciplinava a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Posteriormente, porém, veio a ser sancionada a chamada Lei Antitruste (12.529/2011), que revogou os atos legislativos mencionados, estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, autorizando expressamente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE a celebrar acordos de leniência de forma ampla e então inédita, para tanto podendo não só extinguir a punibilidade, mas também reduzir a gravidade de sanções capituladas na legislação de regência, inclusive as de natureza penal.

Em 2013 sobrevém a Lei nº 12.846, denominada Lei Anticorrupção (LAC), estatuindo a respeito da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de natureza privada, pela prática de atos contrários aos interesses do Poder Público e sua administração, tanto nacional quanto estrangeira.

Esse texto legal deu nova moldura ao Acordo de Leniência, como segue:

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

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1o O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§2o A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6o e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

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

§ 4o O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5o Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6o A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7o Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8o Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9o A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.'

Apenas para fins de registro, mencione-se a tentativa de profunda alteração desses comandos, por meio da Medida Provisória nº 703, de 2015, o que, entretanto, não se concretizou, em face da não conversão em lei do ato legislativo e consequente perda de eficácia. Por essa razão, os dispositivos consubstanciados no art. 16, acima transcritos, vigem em sua plenitude.

Do cotejo entre os citados diplomas legislativos, resulta claro que o Acordo de Leniência pressupõe como condição de admissibilidade, que a pessoa jurídica interessada manifeste prima facie sua disposição, reconhecendo expressamente a prática do ato lesivo, cessando-o e prestando cooperação com as investigações. A contrapartida

consistirá em isenção e atenuação na graduação da pena, mantida, porém, a reparação do dano, em sua integralidade.

Nem poderia ser outro o entendimento porque, de outra forma, o dispositivo encerraria profunda contradição, ao trazer em seu bojo apenas premiações e vantagens para o infrator, em detrimento do interesse público mais elementar, qual seja o de se ressarcir do dano sofrido. Poderia até constituir-se em estímulo para práticas delituosas da espécie. Isso porque, há de se considerar, a depender das circunstâncias, poderia ser compensadora a prática nefasta, pela apropriação do seu resultado, hipótese que se de um lado afronta o Direito, de outro estaria colimando um fim diametralmente oposto ao pretendido pelo legislador.

Nesse sentido a doutrina de Márcio Pestana, verbis: 'Nem poderia ser diferente, dado que o dano efetivamente causado à Administração Pública é impingido, reflexamente, a toda a coletividade, que exige a reparação correspondente, não transacionando a respeito.' (Lei Anticorrupção: Exame Sistematizado da Lei nº 12.846/2013, São Paulo, Ed. Manole, 2016, p. 177)

O acordo de leniência, portanto, é uma espécie de colaboração premiada em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção, justamente para viabilizar maior celeridade e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, vis-a-vis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público.

Assim, o acordo de leniência, em troca de informações relevantes ao interesse público, oferece um lenitivo nas penas administrativas para as empresas corruptoras.

Aliás, a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de improbidade administrativa constitui tema de há muito incorporado ao direito brasileiro, nos termos da Lei nº 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA):

'Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.'

Analisando tais dispositivos, Kleber Bispo dos Santos, em sua Dissertação de Mestrado, segue na mesma linha, a saber:

'a Lei nº 12.846/2013 não é a pioneira em prever a responsabilização da pessoa jurídica envolvida em atos lesivos à Administração Pública. Antes dela, a Lei nº 8.429/92, por força do seu artigo terceiro, já previa a responsabilização da pessoa jurídica caso esta induzisse ou concorresse para a prática do ato de improbidade, ou ainda, dele se beneficiasse sob qualquer forma, direta ou indiretamente. A nosso ver, as infrações definidas na Lei nº 12.846/2013 têm o mesmo fundamento constitucional das infrações definidas na Lei nº 8.429/92, qual seja, o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que prevê os atos de improbidade

administrativa.' (Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 27).

Já a Lei de Improbidade Administrativa, editada em 1992, surgiu no cenário jurídico nacional tendo por objetivo precípuo punir o agente público ímprobo.

Antes dela, a Ação Popular (Lei 4717/65) tinha por objetivo o ressarcimento ao erário, inclusive por parte de particulares, por atos lesivos ao patrimônio público; não dispunha, entretanto, de instrumentos de punição ao agente público ou ao particular responsáveis pelas ilicitudes.

A seu turno, determina o art. 30 da citada LAC, que:

'A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade nos termos da Lei nº 8.249, de 2 de junho de 1992; (...).'

Em outro vértice, as penas capituladas na Lei de Improbidade Administrativa incidem, primordialmente, sobre o agente público ímprobo. Estende-se ao particular, apenas, a perda dos bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio em decorrência da improbidade, o ressarcimento integral do dano resultante e a proibição de contratar com o Poder Público, receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Importante frisar que, como sabido, ressarcimento não é pena. Nesse sentido farta jurisprudência do STJ, na linha de que não constitui sanção propriamente dita, mas sim efeito do prejuízo causado:

O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ. 5. A repercussão do dano, o elemento subjetivo do agente e outras particularidades do caso concreto devem ser avaliados e ponderados pelo julgador ordinário na dosimetria das sanções, aplicáveis cumulativamente ou não, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. REsp 1184897 / PE

Igualmente pacificado o entendimento de que não será admitida a ação de improbidade se não estiver presente no pólo passivo da relação jurídica um agente público. Ou seja, sem o concurso deste, a pretensão punitiva não poderá ser deduzida com esteio na legislação em tela.

II - Como se sabe, um mesmo fato poderá configurar ilícito penal, ato de corrupção e improbidade administrativa, consoante os tipos descritos nas leis regentes.

No que concerne às instâncias penal e administrativa, não remanescem dúvidas quanto à sua independência, donde o consectário de que o mesmo suporte fático poderá configurar crime e ato ímprobo, incidindo as penas correspondentes, nas respectivas esferas, sem que se possa falar em bis in idem.

No entanto, se restritos ao âmbito administrativo, tanto os atos de corrupção quanto os de improbidade serão passíveis de sanção. Integram o direito administrativo sancionador. Por isso, diferentemente do que se dá entre o administrativo e o penal, aplicar-se dupla sanção na seara administrativa ao mesmo agente e em razão de um mesmo delito tipificado tanto como corrupção quanto improbidade, configura bis in idem.

E bis in idem, em nosso ordenamento jurídico, é expressamente vedado, afastando a possibilidade de duplicidade de sanções pelo mesmo suporte fático, na mesma esfera sancionatória. Assim, o mesmo fato pode gerar sanção penal e administrativa, mas não poderá render ensejo a duas penalidades em uma mesma órbita.

Nessa linha a lição de Jorge Munhós de Souza, para quem:

'Talvez o princípio da vedação de bis in idem tenha importância para autorizar os órgãos com atribuições investigativas e sancionatórias a não estarem obrigados a instaurar investigações e processos quando constatarem que as medidas já tomadas por outras instâncias são suficientes para o exercício do ius puniendi estatal de forma suficiente para a tutela dos bens jurídicos protegidos.' (Lei Anticorrupção e Temas de Compliance, Org. Jorge Munhós e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, Editora Jus Podvium, 2017, Salvador - Bahia, p. 236-237)

III - Por outro prisma, Nicolao Dino cogita de um microssistema de combate à corrupção, nele incluindo a Lei de Improbidade Administrativa:

'É correto afirmar, com efeito, a existência de um microssistema destinado ao enfrentamento da corrupção. Também integram esse microssistema a Lei 12.850/2013, a Lei 12.529/2011 e a Lei 12.846/2013.' (A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: Possibilidade e Repercussão Probatória. In A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade, Org. Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, Editora JusPodvium, Salvador-Bahia, 2015, p. 457)

Tais diplomas legais, portanto, regulam o acordo de colaboração, a defesa da concorrência e o combate à corrupção, respectivamente, constituindo-se no alicerce do microssistema apontado.

Para que efetivamente assim seja - um sistema - ou, no caso, microssistema, é imperioso que guarde unidade, coerência e harmonia, afastando-se as aparentes antinomias, de molde a que, por meio de interpretação sistemática e sob a ótica conjuntural e, portanto, orgânica do conjunto então formado, sejam alcançados os objetivos legais.

Esse parece ser um aspecto da maior importância, porque, como já mencionado, a LIA busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular. Já a LAC tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também, em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-os, por consequência, para o campo de incidência da LIA.

Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou

responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o mens legislatoris foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção.

Nesse sentido e mencionando o microsistema de combate à corrupção, Nicolao Dino refere que:

'Em tais diplomas legais encontram-se disposições relativas à colaboração premiada e ao acordo de leniência. Vale dizer, tanto no que se refere à esfera criminal, como no campo da responsabilização administrativa, há farto regramento acerca da concessão de medidas premiais em prol do investigado/acusado que colabora efetivamente na elucidação do fato e sua estrutura hierárquica, com vistas à ampla punição de coautores e partícipes da empreitada ilícita.' (Ibdem, p. 458)

Também concordam com a idéia de um microsistema Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bomfim:

'A Lei nº 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção, embora com âmbito de aplicação distinto (art. 30 da Lei nº 12.846/2013), compõe com a Lei de Improbidade Administrativa um microsistema legal de combate a atos lesivos à Administração Pública. O propósito da lei é regular 'responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira' (art. 1º). Os arts. 16-17 dessa lei regulam o chamado 'acordo de leniência', negócio jurídico de eficácia complexa. A interseção entre as leis permite que se entenda cabível acordo de leniência como negócio atípico em processo de improbidade administrativa.' (A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jan/mar 2017, p. 77)

IV - Dispõe o § 1º do art. 17 da Lei nº 8249/92 (LIA) que é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Esta proibição legal chegou a ser derogada pela MP 703, de 2015, que, no entanto, perdeu eficácia em face da não conversão em lei pelo Congresso Nacional, conforme já explicitado, supra.

Em razão dessa vedação expressa e por força da superveniência da legislação posterior, tem-se por controverso o alcance e o real sentido do dispositivo. Nesse aspecto, parte da doutrina sustenta a impossibilidade de qualquer modulação de penas ante a expressa vedação, interpretando, portanto, de forma gramatical, suas disposições.

Há que se considerar, entretanto, que a assertiva - vedação de transação, acordo ou conciliação em ação de improbidade - era perfeitamente justificável à época da edição do diploma legislativo - 1992. Inadmissível, naquele momento, frente ao direito positivo de então, sequer cogitar-se de qualquer forma de negociação entre autoridades e réus ou suspeitos. Por outro lado, a interpretação isolada do dispositivo também poderia levar a conclusão similar.

No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microsistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução.

Como afirma Nicolao Dino a 'inflexibilidade, contudo, não se coaduna com a própria finalidade da norma, tampouco com os atuais vetores do sistema de repressão do Estado.' (Ibdem, p. 455)

Segundo a lição de Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bomfim,

'À época da edição da Lei nº 8.429/1992, o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada. Não por acaso, falava-se em indisponibilidade da ação penal e em indisponibilidade do objeto da ação penal. Sucede que, a partir de 1995, com a Lei nº 9.099/1995, instrumentos de justiça penal negociada começaram a ser previstos no Direito brasileiro. Desenvolveram-se técnicas de justiça penal consensual. São exemplos a transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo penal (art. 89, Lei nº 9.099/1995). Em ambos os casos, há negociação que produz conseqüências no âmbito do Direito Penal material. O processo penal também sofreu transformações com a ampliação das possibilidades de negociação entre autor e réu. A 'colaboração premiada', negócio jurídico material e processual previsto em algumas leis (embora prevista em diversas leis, a regulamentação mais completa está na Lei nº 12.850/2013) é o principal exemplo desse fenômeno. Ao lado da 'colaboração premiada', surgem institutos de compliance das empresas envolvidas, como é o caso do acordo de leniência (Lei Anticorrupção, Lei n 12.846/2013). A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as conseqüências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção.' (A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jan/mar 2017, p. 76), concluindo, destarte, que *'A interpretação literal do comando do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 levava a uma situação absurda: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria completamente a diferença entre os contextos históricos da promulgação da lei (1992) e de sua aplicação.'* (Ibdem, p. 77)

No mesmo sentido, Nicolao Dino, para quem

'as mesmas razões que inspiram o operador a mitigar o caráter obrigatório da ação penal estão presentes nos campo da responsabilização com base na Lei 8.429/92, porquanto a persecução penal e a persecução nos termos da LIA se encartam no mesmo espaço do direito sancionador, fortemente impregnado pelo princípio da proporcionalidade. (...) Nessa linha de raciocínio, revela-se inteiramente pertinente e eficaz a utilização da colaboração premiada na persecução por improbidade administrativa. Há que se buscar fundamento para

tanto, superando-se a ausência de previsão normativa explícita mediante a inserção da Lei 8.429/92 no microssistema de combate à corrupção.' (Ibdem p.457)

E prossegue o mesmo autor:

'É importante considerar, nesse passo, que o próprio êxito da colaboração premiada ou do acordo de leniência firmados no âmbito da persecução penal ou do processo administrativo, pode ficar comprometido se a autoincriminação numa instância, em troca de um benefício, puder implicar responsabilização integral em outra instância, na esfera da improbidade administrativa. Isso iria de encontro, inclusive, ao princípios da proteção da confiança legítima, corolário do princípio da segurança jurídica, o qual preconiza que o cidadão, ao confiar no comportamento do Estado, não pode sofrer prejuízos em consequência direta do crédito a ele atribuído.' (Ibdem p. 458)

Especificamente sobre o tema - segurança jurídica e acordo de colaboração - o Supremo Tribunal Federal, recentemente, 'considerou ser imprescindível chancelar a importância da preservação da segurança jurídica e da própria figura da colaboração premiada como instrumento relevante para coibir delitos, sobretudo contra o erário.' (Pet. 7074 - Informativo 870)

Tal acórdão consagrou, peremptoriamente, o entendimento lógico de que o que deve conduzir a persecução estatal é o interesse público e o fato de ser o acordo de leniência um instrumento de realização desse mesmo interesse, constituindo, por isso, meio de propiciar a própria realização e efetividade do direito.

Não se trata apenas de um caminho facilitador ou abreviativo de atos investigatórios, mas sim de um instrumento que possibilita, de forma efetiva, o combate à corrupção, com a apuração dos fatos e sua demonstração de forma cabal, de modo a constituir prova a subsidiar, de maneira segura, a fixação das penalidades.

Voltando à preleção de Nicolao Dino '... a busca da colaboração de investigados/réus infratores, em troca de benefícios quanto a sanções, não implica abdicar da tutela da probidade, mas sim alcançá-la de modo mais eficiente.' (Ibdem p. 458)

Por isso, na hipótese de o Poder Público não dispor de elementos que permitam comprovar a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção, o interesse público conduzirá à negociação de acordo de leniência objetivando obter informações sobre a autoria e a materialidade dos atos investigados, permitindo que o Estado prossiga exercendo legitimamente sua pretensão punitiva.

Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.

Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que,

em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de compliance e não reincidência na prática de atos corruptivos.

V - Em termos instrumentais, dúvidas surgem quanto à validade do acordo de leniência ora examinado, a respeito da autoridade competente para firmar o ato, o valor do ressarcimento, bem como da multa aplicada.

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 nº 8.420/2015, que regulamenta a mencionada lei, 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.

O TCU, por sua vez, através da IN 74/2015 estabeleceu regras de fiscalização quanto à organização do processo de celebração do acordo de leniência e instituiu que os pactos firmados por outros órgãos da administração federal não afastam sua legitimidade e capacidade de apuração e sanção, sufragando a indispensabilidade de sua participação, quantos aos termos e condições negociadas.

No que respeita ao Ministério Público, o art. 15 da LAC dispõe que 'A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.'

Ou seja, torna-se necessária a atuação harmônica e cooperativa dos órgãos envolvidos, em prol do interesse público, como aliás não poderia deixar de ser, porquanto a compartimentalização do serviço público não há de constituir óbice à colaboração entre pessoas de direito público com poderes/deveres de fiscalização, na espécie.

Consoante refere Victor Alexandre El Khoury M. Pereira '...a prévia oitiva do parquet se faz essencial na celebração dos pactos de leniência, afinal a atuação solitária da CGU pode resultar num substrato fático-probatório já averiguado. Ou seja, a CGU não tem condições de avaliar a novidade das informações oferecidas pelas pessoas jurídicas pactuantes, dado o sigilo das operações promovidas pelo Ministério Público Federal.' (Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF - Belo Horizonte, ano 5, n. 9, 2016, p. 92)

Com efeito, se de um lado é possível o abrandamento ou até mesmo a exclusão de penalidades (tanto na LAC quanto na LIA, consoante fundamentação desenvolvida acima), não se poderá afastar o ressarcimento integral do dano. Torna-se necessária, portanto, a manifestação da CGU, AGU (e TCU), apontando o quantum a ser indenizado. Mas, de outro lado, imprescindível a presença do Ministério Público, em razão de sua competência exclusiva no que tange à repercussão na esfera penal, avaliando a importância e necessidade das informações a serem prestadas.

A AGU também exerce importante papel, porquanto de sua alçada o patrocínio de ações cíveis, como, por exemplo, a de improbidade administrativa.

Por tais razões, não parece adequado aos termos da lei acordo de leniência firmado sem a presença dos órgãos envolvidos, especialmente a CGU, competente para tanto, segundo expressa menção legal.

Corroborando a assertiva acima, a lição de Kleber Bispo dos Santos:

'A natureza jurídica do acordo de leniência, a nosso ver, é de ato administrativo consensual, visto que se trata de ato emanado por agente público e que para ser produzido exigiu-se um consenso, um ajuste de resultados entre o Poder Público, o particular interessado, devendo, ainda, participar desse ato administrativo, sempre que possível, outros agentes competentes pelas diversas modalidades de responsabilização decorrente do mesmo ato ilícito, dentre os quais o Ministério Público...' (Ibidem p. 103)

E o mesmo autor acentua que:

'...a responsabilização da pessoa jurídica com a aplicação da mesma sanção por duas esferas ou sistemas diferentes de responsabilização desafia a correta aplicação do postulado da proporcionalidade, da razoabilidade e a correta ponderação de princípios, e sendo assim, havendo a possibilidade de celebração de acordo de leniência, é este o momento em que o agente competente e o particular tem que resolver tudo o que diz respeito ao fato objeto do acordo de leniência, englobando todas as esferas de responsabilização decorrentes do mesmo fato. Apenas dessa maneira irá preponderar a eficiência, a coerência e a racionalidade, e prevalecer o interesse público da coletividade. Todavia, para que seja possível trilhar esse caminho se faz necessária a participação do Ministério Público, bem como das advocacias públicas dos entes envolvidos juntamente com os órgãos de controle interno desses entes.' (Ibidem p. 168)

Com efeito e, em suma, no âmbito das competências, parecem acertadas e harmônicas as normas integrantes do microssistema de combate à corrupção, uma vez que, na seara administrativa, a empresa dispõe do acordo de leniência (Lei 12.846/2013), enquanto na seara penal o instrumento é o acordo de colaboração, (Lei nº 12.850/2013), este alcançando, como visto, a pessoa física. Coerentemente, no primeiro, administrativo, a autoridade competente integra a Administração Pública Direta ou Autárquica, enquanto no segundo, penal, a atribuição é do Ministério Público.

No acordo de leniência, embora a lei aponte como legitimada a CGU, faz-se necessária a participação de todos os órgãos envolvidos (Ministério Público, Advocacia Pública, Tribunal de Contas) para que a responsabilização seja única e integral.

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.

Afasta-se a nulidade absoluta do negócio jurídico também em respeito ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, conforme acima mencionado. O acordo de leniência firmado não pode ser uma armadilha para a empresa que recebe o lenitivo.

VI - No que diz respeito à integralidade do ressarcimento e multa, incidem as seguintes regras:

Lei 12.846/2013:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

Lei nº 8.429/92 -

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

*I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, **ressarcimento integral do dano**, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;*

*II - na hipótese do art. 10, **ressarcimento integral do dano**, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*

*III - na hipótese do art. 11, **ressarcimento integral do dano**, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.*

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

(...)

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

(...)

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

Analisando-se os dispositivos acima transcritos, tem-se que o microsistema de combate à corrupção não excepciona o integral ressarcimento do dano e a cominação de multa.

Em notícia recentemente divulgada (10.07.2017) através da Agência Senado, há relatos de acordo de leniência firmado entre a empresa UTC Engenharia e a União. Consta da edição eletrônica que o acordo foi assinado pela UTC com a AGU e a CGU e o valor a ser pago, R\$ 574 milhões, foi calculado com base em 3 eixos: 1) 70% do lucro da empresa com os contratos pactuados de forma ilícita; 2) outros R\$ 110 milhões representando o ressarcimento do dano causado pelo pagamento de propinas, e, 3) diferença decorrente da aplicação de multa prevista na Lei Anticorrupção. Com o acordo a empresa poderá voltar a contratar com a administração federal, em face do compromisso da AGU em requerer, em juízo, a extinção de ações de improbidade.

Segundo a Cláusula IV do Acordo de Leniência sob exame, seu valor global é de R\$ 3.828.000.000,00 (três bilhões e oitocentos e vinte e oito milhões de reais), sendo que a somatória das parcelas do Valor Global, após a estimativa de projeção de variação da SELIC, resulta no valor estimado de R\$ 8.512.000.000,00 (oito bilhões e quinhentos e doze milhões de reais).

Na mesma cláusula (3º, item a) consta que o valor correspondente a 97,5% do Valor Global, descontada parcela destinada a outras jurisdições, conforme acordos celebrados pela colaboradora com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América e com a Procuradoria-Geral da Suíça, é destinado ao ressarcimento dos danos materiais e imateriais causados pelos fatos e condutas ilícitas objeto do Acordo, aos entes públicos, empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista, observado o disposto no artigo 16, § 3º, da Lei nº 12.846/2013.

Ou seja, não há uma clara discriminação a respeito do quantum a ser pago. Não resta especificado o valor do dano, nem tampouco qualquer referência sobre a cominação de multa e seu valor.

Já a União, na ação de improbidade administrativa, postula a aplicação das penas da LIA e o ressarcimento integral dos danos causados à sociedade brasileira e à PETROBRAS, ancorando sua pretensão em conclusões advindas do Tribunal de Contas da União, onde se encontram pormenorizados os débitos encontrados.

De outro lado, refere a União manifestação do Ministério Público Federal (evento 133) onde, revendo posição anterior, admite que os valores do acordo de leniência não abrangem o ressarcimento ao erário e pede que a ação de improbidade seja recebida apenas com efeito declaratório em relação às empresas lenientes do Grupo ODEBRECHT.

Com efeito, consta nas contrarrazões ao agravo de instrumento que 'O Ministério Público Federal, por meio de nova promoção, especificou que ... a manifestação ministerial protocolada no evento 133 não abrange os pedidos de ressarcimento ao erário', requerendo, em relação às empresas lenientes Construtora Norberto Odebrecht, Odebrecht Plantas Industriais e Participações S.A. e Odebrecht S.A. 'seja recebida a ação apenas com efeito declaratório no que se refere às sanções específicas da Lei 8.429/92, e o recebimento dos pedidos formulados pela União em face de tais empresas somente no que tange ao ressarcimento ao erário' (E158 - PROMOÇÃO1, autos originários).

Como se vê, há fundadas dúvidas sobre o valor correspondente ao integral ressarcimento dos danos ao erário, no que diz respeito ao Grupo ODEBRECHT e mesmo sobre a cominação ou não da multa prevista na LAC.

De qualquer sorte, o Grupo ODEBRECHT não poderia permanecer demandado na ação de improbidade apenas para fins de ressarcimento. A LIA tem por objeto punir os agentes ímprobos e ressarcimento não é pena, repise-se.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. ÚNICA MEDIDA IMPOSTA COMO CONSEQUÊNCIA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO EM MULTA CIVIL. 1. As Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, senão uma consequência imediata e necessária do ato combatido, razão pela qual não se pode excluí-lo, a pretexto de cumprimento do paradigma da proporcionalidade das penas estampado no art. 12 da Lei n. 8.429/92. Precedentes. 2. Tendo em vista a natureza patrimonial da lesão provocada, entende-se por bem manter a imposição do ressarcimento a título solidário contra ambos os réus e a proibição de contratar em face de Severino Buss (até porque o recorrente não suscitou junto a esta Corte Superior a revisão de tais condenações), acrescentando, em face do ex-Prefeito, e apenas dele, a condenação em multa civil na razão de 20% do valor do dano, atualizado monetariamente. (STJ REsp 1298814-SC)

VI - Em princípio, portanto, a empresa deverá permanecer na ação de improbidade, aguardando-se eventual ratificação ou re-ratificação do Acordo de Leniência, persistindo o interesse no bloqueio dos bens, não porque o MP não pode transacionar sobre as penas, como referiu a decisão anterior, mas porque o Acordo de Leniência possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato negocial.

VII - Por fim, alegam as partes a ausência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, bem como lesão ao princípio da proporcionalidade.

Em face do exposto reconhecimento envolvendo a prática de atos ilícitos, não parece remanescer qualquer dúvida quanto a presença de fortes indícios de fraude

contra o Poder Público, restando inarredável a plausibilidade jurídica da tese de que a empresa Odebrecht cometeu atos ímprobos, subsumidos aos tipos previstos na LIA.

No tocante ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação, adota-se o entendimento consagrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo (Primeira Seção), no sentido de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o periculum in mora está implícito no art. 7º da Lei nº 8.429/1992. É o que se extrai da ementa a seguir transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).

2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes [...] de que, '(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido'.

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

[...]

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ. (REsp 1366721 BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014 - grifei)

Nesse sentido, ainda, cito os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC/73. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO IMINENTE OU EFETIVA DO PATRIMÔNIO DO DEMANDADO.

1. Não cabe falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, pois o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o *periculum in mora* está implícito no art. 7º da Lei nº 8.429/1992 (LIA). 3 - Recurso especial provido.(STJ, RESP 201000652698, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:17/06/2016.)

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONVÊNIO. APLICAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS. INDISPONIBILIDADE DE BENS. CONTRARRAZÕES AO APELO NOBRE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. PRECLUSÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PERIGO NA DEMORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ.

1. A nulidade decorrente da ausência de intimação para apresentação das contrarrazões ao recurso especial preclui caso não suscitada na primeira oportunidade em que possível manifestar-se nos autos. No caso, o vício apenas foi suscitado em sede de agravo regimental, tendo a parte interessada permanecido inerte mesmo após ter sido regularmente intimada da decisão de admissibilidade do apelo.

2. Além disso, eventual nulidade fica superada com o manejo do agravo regimental, ocasião em que a parte, efetivamente, teve a oportunidade de indicar todas as suas objeções à tese veiculada no recurso especial, tendo exercido o direito à ampla defesa e ao contraditório. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.515.465/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/5/2015, DJe 13/5/2015.

3. Quanto à suscitada ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, a preliminar foi afastada na origem, não tendo o agravante, à época, submetido a matéria à instância extraordinária, o que impossibilita a insurgência no âmbito do agravo regimental. 4. Ademais, a jurisprudência do STJ reconhece a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para o ajuizamento da ação civil pública de improbidade administrativa com vistas à recuperação de danos decorrentes da indevida utilização de verbas públicas e à aplicação das respectivas sanções, nos termos da Lei n. 8.429/92.

5. Em situações similares à hipótese dos autos, a competência da Justiça Federal é definida em razão da presença das pessoas jurídicas de direito público previstas no art. 109, I, da CF na relação processual, no caso, o Ministério Público Federal, não dependendo, especificamente, da natureza da verba ou de estar sujeita, ou não, à fiscalização da Corte de Contas da União. Precedentes: REsp 1.325.491/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 5/6/2014, DJe 25/6/2014; CC 142.354/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 23/9/2015, DJe 30/9/2015.

6. O aresto impugnado destoou da jurisprudência do STJ firmada em recurso representativo da controvérsia, segundo a qual a decretação da indisponibilidade de bens na ação de improbidade caracteriza tutela de evidência, bastando para seu deferimento a demonstração de indícios da prática ímproba, estando o perigo na demora implicitamente contido no art. 7º da Lei n. 8.429/92, sendo desnecessária, portanto, a comprovação da dilapidação patrimonial. Observa-se: REsp 1.366.721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/2/2014, DJe 19/9/2014. 7. Os argumentos trazidos pelo agravante, concernentes à inexistência de provas de danos ao erário, ao ressarcimento do aporte federal pelo Tesouro do Estado do Pará, à existência de ilícito de pequena expressão econômica, à ausência de culpabilidade do recorrente, são temas que, para serem acolhidos, demandam o revolvimento do contexto fático-probatório da demanda, o que não é permitido na instância extraordinária ante o óbice da Súmula 7/STJ.

8. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AGRESP 201201686998, DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO) - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:12/05/2016.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. VIOLAÇÃO CONFIGURADA. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. FUMUS BONI IURIS PRESENTE. 1. Trata-se de Ação Civil de ressarcimento de danos ao Erário cumulada com responsabilização por ato de improbidade administrativa, com pedido liminar de indisponibilidade de bens, busca e apreensão de documentos e afastamento de cargos públicos contra gestores da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso e contadores alegadamente responsáveis por desvios de aproximadamente R\$ 3,2 milhões (valor histórico cuja atualização segundo critérios da Tabela Prática do TJ/SP alcançaria, hoje, montante superior a R\$ 7,6 milhões). A petição inicial decorre da apuração de denúncias de desvio e apropriação indevida de recursos do Poder Legislativo do Estado de Mato Grosso por meio de pagamentos a empresas

inexistentes ou irregulares - fatos esses relacionados com o Grupo João Arcanjo Ribeiro e com a empresa Confiança Factoring Fomento Mercantil. 2. Requerida a indisponibilidade de bens, foi ela indeferida na origem, por ausência de periculum in mora. A irresignação do Ministério Público está amparada na tese da verossimilhança demonstrada documentalmente e no periculum in mora implícito. 3. A Primeira Seção do STJ uniformizou o entendimento de que a decretação da indisponibilidade não está condicionada à prova de dilapidação patrimonial ou de sua iminência, tendo em vista que o comando legal estabelece uma 'tutela de evidência, uma vez que o periculum in mora não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade'. (REsp 1.319.515/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell, DJe 21.9.2012). Daí a jurisprudência presumir o risco de dano, conforme os precedentes do STJ: AgRg no REsp 1.382.811/AM, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 6.9.2013, AgRg nos EREsp 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 7.6.2013, REsp 1.319.583/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda TURMA, DJe 20.8.2013, AgRg no REsp 1.312.389/PA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 14.3.2013, AgRg no AREsp 197.901/DF, Rel. Ministro TEORI Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 6.9.2012, AgRg no AREsp 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 29.6.2012). 4. No caso concreto, o acórdão de origem expressamente consigna a gravidade dos atos de improbidade e os indícios de sua efetiva ocorrência ao referir que 'o conjunto probatório que instrui a inicial da Ação Civil Pública é bastante consistente na demonstração de sérios indícios acerca das ilegalidades e das irregularidades denunciadas pelo Recorrente. Constam, do inquérito civil instaurado pelo Agravante, provas de que a empresa não existe no mundo real e que foi criada com o intuito de desviar dinheiro público.' 5. A gravidade dos atos praticados pelos investigados é reforçada pela existência de inúmeros precedentes em que o STJ apreciou fatos semelhantes que envolvem os mesmos investigados na origem, ex vi do REsp 1.211.986/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14.3.2011, REsp 1.205.119/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.10.2010; REsp 1.203.133/MT, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 27.10.2010; REsp 1.201.559/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.10.2010; REsp 1.199.329/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7.10.2010; REsp 1.134.638/MT, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20.11.2009; REsp 1.177.290/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30.6.2010 e REsp 1.177.128/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15.9.2010, estes dois últimos julgamentos com acórdãos que registraram a existência de mais de sessenta Ações Cíveis Públicas contra os investigados buscando a reparação de prejuízos superiores a R\$ 97 milhões. 6. Agravo Regimental provido. (STJ, AGRESP 201001169393, CESAR ASFOR ROCHA - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:12/02/2016)

Tampouco vislumbra-se qualquer ferimento ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a medida é adequada, necessária e razoável.

Adequada, porquanto não se tem como identificado o quantum correspondente nem ao dano ao erário, nem à multa. Necessária, como garantia de satisfação dos valores a serem apontados pelos órgãos competentes. Razoável, já que o acordo de leniência necessita que vícios sejam sanados.

Em outras palavras, busca-se o ressarcimento dos danos causados ao erário público. O bloqueio de bens é um instrumento adequado para tal intento. Por ora, enquanto não sanados os vícios no acordo de leniência, não há outro meio, que permita atingir-se ao fim colimado. E, por fim, prepondera aqui o interesse público sobre o particular.

VIII - Em conclusão, pelas razões apontadas, o agravo deve ser provido, confirmando-se a decisão monocrática que determinou a indisponibilidade de bens das empresas do Grupo Odebrecht, embora por diversa fundamentação, julgando prejudicados os agravos internos.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o bloqueio dos bens das empresas do Grupo Odebrecht, julgando prejudicados os agravos internos do MPF e da Construtora Norberto Odebrecht.

É o voto.

Desembargadora Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA
Relatora

Documento eletrônico assinado por **Desembargadora Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9092683v12** e, se solicitado, do código CRC **D38E406A**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Vânia Hack de Almeida

Data e Hora: 23/08/2017 18:53
