

Acordos de leniência e sua oponibilidade erga omnes

Soluções a partir do sistema brasileiro anticorrupção multiagências

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

03/03/2021 07:54



Crédito: Unsplash

O acordo de leniência é a expressão que se faz mais presente no âmbito do direito administrativo sancionador da “nova contratualização administrativa”, identificada por uma tendência ao consensualismo na Administração Pública

Os acordos de leniência, em sua acepção ampla, recebem sua validade de fontes normativas diversas, de sorte que, a bem dizer, dentro do conceito de leniência há,

ontologicamente, mais de uma espécie de acordo de leniência, cada qual com sua específica aplicabilidade.^[1]

O mais notório dos acordos de leniência é aquele previsto na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), o qual possui ampla utilização prática nas diversas esferas federativas e considerável densidade normativa em razão da disciplina contida na referida lei e no Decreto nº 8.420/2015.



JOTA PRO
— Poder —

A cobertura política mais especializada do Brasil, com **previsibilidade e transparência** para você tomar decisões e desenhar cenários

CLIQUE PARA SABER MAIS

Ainda que a sua aplicação tenha sido frequente nos últimos anos, diversos problemas vêm surgindo no processo de institucionalização do instituto. O mais grave deles é a falta de garantia de segurança jurídica àqueles que celebram o acordo de leniência com o Poder Público. Tema que provoca reflexões e tentativas de solução, as quais, basicamente, giram em torno de estancar a fragilidade decorrente da fragmentária competência para aplicar sanções administrativas e realizar acordo de leniência no âmbito do direito brasileiro anticorrupção.

No cenário atual, nada impede que uma empresa que firme um acordo de leniência com a Administração Pública lesada pelos seus atos seja sancionada, em razão dos mesmos fatos, por atuação do Ministério Público e/ou perante o Tribunal de Contas.

Essa insegurança decorre, em larga medida, do fato de o sistema anticorrupção brasileiro ser do tipo *multiagência* (diversos órgãos e entidades públicas detêm competência para realizar ações preventivas, repressivas de responsabilização das pessoas físicas e jurídicas que ferem a legislação anticorrupção, nas esferas administrativa, cível e criminal).

A tentativa mais recente de conferir harmonia e racionalidade ao complexo sistema anticorrupção brasileiro no âmbito dos acordos de leniência foi o Acordo de Cooperação Técnica (ACT) firmado, em 06/08/2020, pelas seguintes entidades: (i) Advocacia Geral da União (AGU); (ii) Controladoria Geral da União (CGU); (iii) Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP); e, (iv) Tribunal de Contas da União (TCU).

De largada já se verifica um grave problema nessa tentativa de constituição de um “Balcão Único”: a ausência do principal ator da persecução sancionadora, o Ministério Público.^[2]

Assim, pela ausência do *Parquet* e pela existência de acordos firmados fora da abrangência do ACT, é necessária a proposição de solução prática à questão da eficácia dos acordos de leniência, a qual seja suficientemente compatível com os bens jurídicos constitucionais envolvidos: a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima do particular-colaborador.

A resposta jurídico-dogmática com grandes implicações práticas é a que dá conta da seguinte pergunta: qual seria a extensão da eficácia e oponibilidade de acordo de leniência firmado entre um ente competente para tanto e um particular que busca a leniência, no concernente aos demais órgãos encarregados da persecução, não participantes da negociação?

Para responder essa questão a bom termo, não se pode olvidar que os atos do Estado brasileiro devem ser interpretados de maneira una, não-fragmentária e não contraditória, como restou pontuado no Acórdão do Agravo de Instrumento nº 5040116-47.2019.4.04.0000 prolatado pelo TRF-4.^[3]

A lógica é simples: não pode o Poder Público, de um lado, entabular acordo de leniência – sujeito ao cumprimento de obrigações de reparação e multa à empresa colaboradora – para, de outro, engendrar novas persecuções concernente à responsabilização judicial e administrativa da pessoa jurídica beneficiada pela leniência que tenham como base os mesmos atos.

Ora, não é lícito ao Estado brasileiro assim proceder. A própria força normativa do acordo de leniência como acordo administrativo colaborativo substitutivo seria tão parca que o instituto nem teria razão de ser. Se o *ethos* da leniência é o de conferir vantagens recíprocas às partes – vantagens que, nos termos acordados, são a normatividade mesma do acordo – não é justificável que o Estado permita tantas exceções à aplicabilidade e à oponibilidade do acordo que tais se sobreponham à própria eficácia normativa do instituto.

A lógica de unicidade do Estado brasileiro para fins de celebração de acordo de leniência confere segurança jurídica ao instituto e ao microssistema anticorrupção, evitando o comportamento contraditório entre os responsáveis pela persecução. Trata-se, inclusive do posicionamento do Ministério Público Federal exposto no Ofício nº 5.375/2020, de 17 de junho de 2020.^[4]

Assim, “*se o acordo de leniência é ajustado com a observância dos requisitos legais (legitimidade inclusive) fixando um valor a título de ressarcimento integral do dano, esse documento será oponível contra todos*”.^[5]

O acordo de leniência entabulado entre o particular e um órgão público legitimado, desde que cumpridos os requisitos legais, deve possuir oponibilidade *erga omnes* em relação aos demais colegitimados, e ter o condão de resolver as controvérsias judiciais eventualmente pré-existentes com base no mesmo fato. A razão de ser para essa abrangência é singela: a leniência satisfaz, juridicamente, o interesse do Estado no âmbito da responsabilização administrativa e judicial em face da pessoa jurídica que cometeu as infrações.

A oponibilidade *erga omnes* dos acordos de leniência é a interpretação que se impõe dentro do sistema anticorrupção multiagência brasileiro. Só assim, o regime jurídico dos acordos de leniência não terá os seus atrativos e efeitos conferidos pelo ordenamento jurídico vulnerabilizados, provendo a necessária e esperada segurança jurídica aos colaboradores e demais envolvidos, bem como atingindo o interesse público que visa satisfazer.

O episódio 50 do podcast *Sem Precedentes* faz uma análise da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal nesta semana e que pode acelerar a aplicação de vacinas contra a Covid-19. Ouça:

Sem Precedentes, ep. 50: STF enfraquece a Anvisa ao acelerar vacinação c...



[1] É a posição apresentada pelo Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no voto conjunto aos mandados de segurança MS 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e MS 36.526 (STF, Data de Julgamento: 26/05/2020): *“No ordenamento pátrio, há profundas assimetrias na definição dos requisitos para a celebração dos acordos em cada uma das esferas administrativas. Também identificam que há fortes assimetrias no regime de sanções premiaias, já que os acordos podem gerar imunidades totais ou parciais dentro de uma mesma esfera de responsabilização cível ou administrativa e podem ou não gerar benefícios na esfera penal”* (fl. 11).

[2] O motivo da não participação Ministério Público no Acordo de Cooperação Técnica está exposto em nota técnica, da Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal (5CCR/MPF), divulgada em 10/08/2020.

[3] TRF4, AI 5040116-47.2019.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 18/02/2020. Nesse julgado, manifestou-se o entendimento de que o acordo de leniência entabulado promana seus efeitos aos demais entes da Administração Pública, dado o caráter uno e indivisível do Estado, não

podendo ele entabular leniência com uma mão para, com a outra, processar o particular-colaborador pelos mesmos atos e fatos constantes do acordo administrativo em ação com base na Lei de Improbidade Administrativa.

[4] No Ofício nº 5.375/2020, de 17 de junho de 2020, expõe-se que: *“por decorrência do princípio da segurança, impõe-se a todos os órgãos colegitimados do sistema de leniência respeitar e fazer valer o acordo em todas as suas vertentes, preservando sua eficácia, assim como, em virtude do princípio da proteção da confiança legítima, o particular tem o direito subjetivo de ver resguardado o acordo que de boa-fé celebrou e de receber um tratamento compatível com ele”*.

[5] TRF4, AI 5039153-73.2018.4.04.0000/PR, Terceira Turma, Relatora: Vânia Hack de Almeida. Julgado em 18/02/2020.

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA – Professor de Direito Administrativo na USP (Largo São Francisco), EDB (SP) e IDP (Brasília-DF). Árbitro, consultor e advogado especializado em direito público.