



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

O ressarcimento do dano em acordos de leniência da lei anticorrupção

The reimbursement of damages in leniency agreements under anti-corruption act

Ana Paula Peresi de Souza

Resumo: O estudo analisa controvérsias existentes em relação ao ressarcimento do dano em acordos de leniência regidos pela Lei n.º 12.846, de 2013, como a natureza jurídica dessa obrigação, a possibilidade de quitação, a metodologia de cálculo e a cobrança do ressarcimento em patamar adicional ao que convencionado por quem não participou do acordo. Este trabalho concluiu, ao final, que a obrigação de ressarcimento do dano exige aprimoramentos em relação à metodologia de apuração do dano, que atualmente não está definida normativamente e não é amplamente conhecida, haja vista a ausência de transparência dos acordos de leniência nesse aspecto. A partir do aprimoramento da metodologia, as outras controvérsias antes mencionadas poderão ser mitigadas, tudo a contribuir para a segurança jurídica dos acordos de leniência e o combate à corrupção.

Palavras-chave: Acordo de leniência; Dano; Lei Anticorrupção; Metodologia; Ressarcimento; Quitação.

Abstract: This paper examines controversies regarding the reimbursement of damages in leniency agreements under Anti-Corruption Act, such as its legal nature, its discharge, the methodologies that quantify the damages and the additional reimbursement requested by whom did not take part in the agreement. This paper concluded that the reimbursement of damages requires improvements concerning methodologies that quantify the damages, which is not set forth in statutory law and is not broad known since the leniency agreements are sealed as to this information. Once the methodologies that quantify the damages are improved, other above-mentioned controversies may be mitigated, which might contribute to legal certainty as well to the fight against corruption.

Keywords: Leniency agreements; Damages; Anti-corruption Act; Methodology; Reimbursement; Discharge.

Disponível na URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8n2p251-289>

O RESSARCIMENTO DO DANO EM ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO

SOUZA, Ana Paula Peresi de*

Sumário: 1 Introdução; 2 A natureza jurídica do ressarcimento do dano e sua distinção com a multa e o perdimento de bens; 3 O ressarcimento do dano deve estar previsto no acordo de leniência?; 4 O ressarcimento do dano imputado pelo Tribunal de Contas da União; 5 O ressarcimento do dano cobrado pela pessoa jurídica de direito público lesado; 6 A questão da quitação relativa ao ressarcimento do dano pactuado em acordos de leniência; 7 Metodologia de apuração do dano; 7.1 Anotações iniciais; 7.2 A apuração do dano em acordos de leniência no Brasil; 7.3 Apuração do dano em outros países segundo OCDE e Banco Mundial; 8 Conclusão; 9 Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Lei n.º 12.846, de 2013 estabeleceu um novo regime punitivo no campo do direito administrativo sancionador, prescrevendo sanções aplicáveis na esfera administrativa (art. 6º) e, também, na esfera judicial (art. 19). Paralelamente à incidência das sanções, a norma reafirmou o dever de ressarcimento do dano pela pessoa jurídica que causa prejuízo à Administração Pública, nacional ou estrangeira. Assim, o dever de ressarcir o dano incide ao lado das sanções aplicadas em razão de decisão, administrativa ou judicial, condenatória (arts. 6º, §3º, 19, §4º, 21, parágrafo único) e remanesce mesmo quando celebrado o acordo de leniência (art. 16, §3º).

O dever de ressarcimento do dano causado pelos atos lesivos tipificados na Lei n.º 12.846, de 2013 decorre do “princípio geral do direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem fica obrigado a repará-lo” (DI PIETRO, 2018, p. 118). Especificamente no campo do combate à corrupção, esse dever ampara-se no art. 35 da Convenção de Mérida, ratificada pelo Decreto n.º 5.687, de 2006, que dispõe que os Estados-Partes adotarão medidas “para garantir que as entidades ou pessoas prejudicadas como consequência de um ato de corrupção tenham direito a iniciar uma ação legal contra os responsáveis desses danos e prejuízos a fim de obter indenização”.

Nos acordos de leniência disciplinados pela Lei n.º 12.846, de 2013, a experiência recente demonstra que as partes signatárias vêm pactuando a obrigação de ressarcir o dano no próprio instrumento do acordo. Contudo, a questão do ressarcimento do dano tem gerado controvérsias sob diferentes aspectos.

* Mestranda em Direito Administrativo pela PUC-SP. Pós-Graduada em Direito Administrativo pela FGV Direito SP. Pós-Graduada em Direito Econômico pela FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. E-mail: anap.peresi@gmail.com.

Debate-se se realmente cabe pactuar essa obrigação na leniência, tendo em vista que não seria possível mensurar a extensão do dano por ocasião das negociações do acordo, vez que a leniência seria apenas o ponto de partida para revelar condutas antijurídicas que possam vir a denotar dano muito superior àquele inicialmente avistado durante as negociações do acordo.

A competência dos tribunais de contas e a legitimidade das pessoas jurídicas de direito público para buscar o ressarcimento integral do dano consiste em outro ponto de intensa controvérsia, tendo em vista que aqueles atores vêm buscando ressarcimento em montante adicional àquele pactuado no acordo de leniência, o que gera dúvidas sobre os contornos da cláusula que estabelece a obrigação de ressarcimento do dano.

Nesse ponto, surge a reflexão sobre a possibilidade de o Ministério Público, a Controladoria-Geral da União (“CGU”) e a Advocacia-Geral da União (“AGU”) de conferir quitação integral do dever de ressarcimento do dano e, com isso, afastar a possibilidade de que outros atores institucionais busquem o ressarcimento integral do dano.

Essas duas últimas questões conversam diretamente com a metodologia de apuração do dano. Para saber se o acordo de leniência pactuou o ressarcimento do dano em sua integralidade, é necessário conhecer como o valor do dano foi calculado. No entanto, inexistente uma única metodologia de apuração do dano. Há, na verdade, diferentes metodologias de acordo com os remédios previstos na legislação de cada país e com o propósito buscado pela autoridade que pleiteia ou negocia o ressarcimento do dano. Isso, por si só, enseja dificuldades. No entanto, no Brasil, a questão da metodologia de apuração do dano apresenta desafio adicional, pois inexistem normas e guias estabelecendo a metodologia e não há transparência das metodologias adotadas pelo Ministério Público, Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União em cada um dos acordos firmados.

A proposta deste estudo é examinar os problemas acima dispostos, buscando compreender como os atores institucionais envolvidos nas questões afetas aos acordos de leniência na esfera federal analisam essas questões e tecendo nossas considerações a respeito dessas controvérsias. Com esse propósito, na primeira parte, este estudo aborda a natureza jurídica do ressarcimento do dano e apresenta as consequências práticas advindas da distinção entre o ressarcimento e as sanções pecuniárias. A segunda parte analisa se os acordos de leniência devem, ou não, pactuar o ressarcimento do dano. A terceira e quarta partes tratam da busca pelo ressarcimento integral do dano pelo Tribunal de Contas da União e pela pessoa jurídica de direito público lesada, respectivamente. A quinta parte deste estudo aborda a controvérsia a respeito da possibilidade de conferir quitação à obrigação de ressarcimento do dano pactuada nos acordos de leniência. A sexta parte dedica-se a exa-

minar as metodologias de apuração do dano que vêm sendo empregadas tanto em acordos de leniência no Brasil quanto em casos de corrupção em outros países.

2. A natureza jurídica do ressarcimento do dano e sua distinção com a multa e o perdimento de bens

O ressarcimento do dano não é sanção. Essa afirmação pode parecer singela e trivial, porém ainda persiste confusão acerca da natureza do ressarcimento do dano e de sua distinção face às sanções pecuniárias, o que produz consequências práticas negativas em matéria de acordos de leniência.

No âmbito do direito administrativo sancionador, a noção de que o ressarcimento do dano seria uma espécie de sanção parece advir da redação dos incisos I a III do art. 12 da Lei n.º 8.429, de 1992 (“Lei de Improbidade Administrativa”), que contemplam essa medida reparatória no rol de cominações aplicáveis a quem comete ato ímprobo, dando a impressão de que o ressarcimento seria uma sanção tal como as demais cominações prescritas naqueles dispositivos.

A Lei n.º 12.846, de 2013 não cometeu o mesmo equívoco redacional. O ressarcimento não está previsto como sanção no art. 6º nem no art. 19, que prescrevem as sanções aplicáveis nas esferas administrativa e judicial, respectivamente. A norma prevê o ressarcimento do dano como medida apartada da imputação das sanções.

Nas palavras de Fábio Medina OSÓRIO, “as medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não se assumem efeito aflitivo ou disciplinar, não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório” (OSÓRIO, 2019, p. 113). A imposição do ressarcimento do dano causado por atos antijurídicos não pretende punir o responsável pela lesão, causando-lhe aflição, mas sim reparar o prejuízo sofrido pelo lesado.

A 5ª Câmara de Revisão e Coordenação do Ministério Público Federal prescreve que “a reparação integral do dano, como é cediço, tem status constitucional e não configura, de fato, espécie de sanção. Consiste, antes e essencialmente, em obrigação *ex lege*: “a de restituição de uma situação ao estado anterior ao do dano causado a outrem, inclusive ao erário. (...)” (BRASIL, 2017c, p.102).

Todavia, conforme antecipado, a desatenta percepção da natureza do ressarcimento do dano gera reflexos nas normas que regulamentam a leniência. Exemplo disso está na Instrução Normativa n.º 2, de 16 de maio de 2018, do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, que estabelece que a multa administrativa integra “o valor a ser ressarcido aos entes públicos lesados”, nos seguintes termos:

No que se refere ao ressarcimento aos entes lesados, a orientação vigente sobre o valor a ser ressarcido aos entes públicos lesados, no âmbito de acordo de leniência, consigna dois tipos de rubricas: i. Rubrica com natureza de sanção: a multa administrativa da LAC; e ii. Rubrica com natureza de ressarcimento: a vantagem indevida auferida ou pretendida no âmbito de suas relações com a administração pública em geral. Composta por três categorias de valores (...). (BRASIL, 2018)

É verdade que o ressarcimento do dano e a multa interagem entre si na medida em que a constatação do ressarcimento do dano atenua o montante da multa imposta à empresa, nos termos do art. 18, II, do Decreto n.º 8420, de 2015. Contudo, isso não torna a multa em uma rubrica do “valor a ser ressarcido aos entes públicos lesados”. A redação da mencionada instrução não é, assim, tecnicamente correta nesse aspecto.

Ainda, a desatenta percepção da natureza do ressarcimento reflete-se nas cláusulas dos acordos de leniência que estabelecem a obrigação pecuniária acordada, mas, regra geral, não definem com precisão a que esse montante se refere. Em alguns casos, o instrumento distingue a multa do ressarcimento do dano, mas não explicita o que compõe esse ressarcimento. Não se sabe se o dano ressarcido corresponde ao valor do superfaturamento, de vantagens pecuniárias indevidas (“propinas”), de lucros ilegítimos ou de todos eles. Aparentemente, as rubricas que compõem o montante global pactuado constam de anexos e apêndices que, todavia, não são tornados públicos, problema esse abordado no item 6 a seguir. Se fosse atribuída real relevância à natureza do ressarcimento e a sua distinção em relação às sanções pecuniárias, muito provavelmente os acordos de leniência seriam mais precisos ao definirem as rubricas que compõem a obrigação pecuniária.

A correta distinção da natureza dos valores pactuados nas cláusulas pecuniárias no acordo de leniência não consiste em preciosismo. Conhecer, com exatidão, as rubricas que integram o montante total pactuado assume especial importância nos casos em que se debate se houve, ou não, o ressarcimento integral do dano e em que medida o que já foi pago pode ser abatido de futuras cobranças.

Tomemos como hipótese caso em que o Tribunal de Contas da União (“TCU”) busque o ressarcimento do dano para além do que foi pactuado na leniência. Por força do art. 22, §3º, da Lei de Introdução das Normas ao Direito Brasileiro e das cláusulas que estabelecem o abatimento dos valores pagos por força da leniência¹, será

¹ Como exemplo, vide cláusula de acordo firmado entre CGU, AGU e a empresa Nova Participações S.A.: “13.16 As INSTITUIÇÕES CELEBRANTES concordam que os valores efetivamente adimplidos a título exclusivo de ressarcimento neste Acordo de Leniência, em decorrência da responsabilização pelos atos lesivos descritos nos ANEXOS I-A, I-B, I-E e II do presente Acordo, para cada contrato e conforme cada entidade lesada, poderão ser utilizados para fins de abatimento de valores da mesma natureza, caso outras instituições responsabilizem as RESPONSÁVEIS COLABORADORAS em relação aos mesmos atos lesivos e sobre a mesma rubrica.”

necessário saber o que foi adimplido a título de dano (por exemplo, sobrepreço do contrato executado) e o que foi adimplido a título de perdimento de bens (por exemplo, lucro obtido com o contrato executado). O que foi pago a título de perdimento de bens não poderá ser abatido do que está sendo imputado, pela corte de contas, como ressarcimento adicional do dano.

Caso real semelhante a essa hipótese foi posta no âmbito do TCU. Em processo de tomadas de contas especial em que apurou o lucro ilegítimo oriundo de contrato obtido mediante fraude à licitação, o Ministério Público junto ao TCU indicou que não eram conhecidas as rubricas que integraram a obrigação pecuniária pactuada na leniência e dispôs que somente pôde inferir que essa obrigação contemplou o lucro legítimo a partir de notícias divulgadas na *internet*. Portanto, conforme disposto pelo *Parquet*, a desinformação a respeito da natureza da obrigação pecuniária pactuada na leniência impediu verificar se o lucro, cuja devolução era buscada na tomada de contas especial, já havia sido pago no acordo de leniência, o que, caso positivo, poderia eventualmente resultar em uma compensação entre os valores (BRASIL, 2020a).

Pensemos, ainda, em outra hipótese: a pessoa jurídica de direito público lesada busca eventual condenação da empresa que firmou o acordo de leniência ao perdimento de bens com base no art. 9º e 12, I, da Lei de Improbidade Administrativa. Além da possibilidade de a empresa arguir os postulados da segurança jurídica e da confiança legítima e a transversalidade dos acordos como impeditivo de tal pretensão, ainda pode ser suscitado que já houve o perdimento dos bens no âmbito da leniência, o que obstaría sua condenação a essa penalidade ante a vedação ao *bis in idem*.

Se essas rubricas que compõem o montante total pago pela empresa signatária da leniência não estão bem definidas, torna-se mais árdua a questão do abatimento de valores. Daí porque há a premente necessidade de (i) fixar a compreensão de queo ressarcimento do dano não é sanção e (ii) distinguir o ressarcimento do dano da multa e do perdimento de bens.

A natureza do ressarcimento e sua distinção em relação às sanções pecuniárias mostram-se relevante na apuração do cálculo do que vem sendo chamado de “dano”, conforme veremos adiante, no item 6.

3. O ressarcimento do dano deve estar previsto no acordo de leniência?

Uma análise empírica dos acordos de leniência pode levar à impressão de que o ressarcimento do dano é um requisito para celebração da leniência. Em primeiro lugar, porque tais acordos usualmente contemplam a obrigação de ressarcir. Em segundo lugar, porque as autoridades públicas costumam conferir amplo destaque

aos valores pactuados, tratando-os como uma importante consequência do sistema de combate à corrupção².

Surge, assim, a dúvida se o ressarcimento do dano é, ou não, requisito para celebração da leniência. Tanto é assim que minuta do voto proferido no Supremo Tribunal Federal dispôs que “não é claro nos regimes de leniência se essa reparação é ou não condição para a celebração dos acordos”³.

Essa dúvida é corroborada pela redação do art. 5º, inciso V, da Portaria Interministerial n.º 2.278, de 15 de dezembro de 2016, do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, que prescreve que compete à comissão responsável pela negociação do acordo de leniência “negociar os valores a serem ressarcidos, com base em critérios de eficiência, preservando-se a obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado” (BRASIL, 2016b).

Mais recentemente, a minuta do acordo de cooperação técnica, que procura disciplinar a cooperação interinstitucional na celebração de leniências, estabeleceu como seu “segundo pilar” o “ressarcimento ao erário dos valores apurados consensualmente, sem prejuízo da obrigatoriedade do ressarcimento integral do dano pelos fatos e circunstâncias não abrangidos no acordo de leniência” (BRASIL, 2020e).

Ambos os instrumentos sofreram críticas acerca do tratamento conferido ao ressarcimento do dano. Thiago MARRARA criticou a mencionada portaria interministerial, dispondo que tal norma criou requisito não previsto em lei e sustentando que o ressarcimento do dano deve ser tratado em outra esfera que não na negociação do acordo de leniência:

Além dos requisitos legais (confissão, disponibilidade de cooperação, cessação da prática e primariedade na cooperação), o art. 5º, inciso IV, da Portaria Interministerial 2.278/2016 prevê a necessidade de aplicação, aperfeiçoamento ou adoção de programas de integridade, e o inciso V se refere a “valores a serem ressarcidos, com base em critérios de eficiência, preservando-se a obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado”. (...) Ora, não há dúvidas de que a imposição desses requisitos adicionais exorbita o poder regulamentar, fere a Lei Anticorrupção e a regra da livre negociação que deveria pautar o programa de leniência. Não está no escopo da Lei Anticorrupção tratar da reparação de danos, cabendo a cada ente lesado as providências para tanto. Nesse sentido, o máximo que se poderia aceitar na negociação seria uma reparação dos

² Como exemplo desse tratamento, v. <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/08/acordos-de-leniencia-celebrados-pela-cgu-e-agu-ja-garantiram-o-pagamento-de-r-1-5-bilhao-em-2019> e <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/01/29/acordos-de-leniencia-acumulam-r-26-bilhoes.ghtml>.

³ Minuta do voto disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-analisa-inidoneidade-empresas.pdf>. Acesso em 28.11.2020 Por ocasião da finalização desse estudo, o julgamento daqueles mandados de segurança ainda pendia de finalização.

danos sofridos pela entidade federal lesada, nada mais que isso. A não aceitação da reparação na esfera administrativa pelo colaborador, ademais, jamais poderá ser tomada como motivo para afastar a celebração do acordo. É direito seu querer discutir a reparação em outras esferas e não no campo do acordo. (MARRARA, 2019, p. 110)

Já a 5ª Câmara de Revisão e Coordenação do Ministério Público Federal criticou o “segundo pilar” do acordo de cooperação técnica, destacando que “exigir o ressarcimento integral (ou mesmo parcial) como condição legal é inserir um inciso inexistente no direito positivo”. Embora aquela câmara entenda que a negociação do ressarcimento do dano, previamente à celebração do acordo, é juridicamente possível e desejável sob a ótica pragmática, dispôs que “condicionar a colaboração a este resultado limita ilegalmente o exercício da potestade da autoridade competente, dentre as quais está o MPP” (BRASIL, 2020g, p. 28).

No entendimento deste estudo, o ressarcimento do dano não consiste em requisito para celebração do acordo de leniência. Primeiramente, porque a leniência é norteada por um objetivo instrutório, isto é, a celebração desse acordo busca angariar informações e provas que elucidarão o cometimento de atos antijurídicos e a participação de outras pessoas, jurídicas e naturais. Não consiste, portanto, em instrumento voltado ao ressarcimento de dano.

Ademais, a Lei n.º 12.846, de 2013 tratou o ressarcimento integral do dano como medida paralela ao exercício da competência punitiva, ao dispor que o dever de ressarcir remanesce mesmo quando aplicadas sanções tanto no âmbito administrativo quanto na seara judicial, como também quando firmado o acordo de leniência.

Em razão dessa distinção, por ocasião da responsabilização na via administrativa, deve ser aberto processo para apuração da responsabilidade dos requeridos (processo administrativo de responsabilização) e, concomitante ou sucessivamente, instaurado processo específico para reparação integral do dano (OLIVEIRA, 2018, p. 165). Nos termos do art. 13 daquela norma, a tramitação deste último processo “não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei”.

Essa lógica de distanciamento entre as sanções e o ressarcimento do dano conduz à conclusão de que este último não é pressuposto da celebração do acordo de leniência. Em outras palavras: para celebrar o acordo de leniência não é necessário ressarcir o dano anteriormente ao acordo nem pactuar o ressarcimento como obrigação em tal instrumento. Essa constatação pode ser corroborada tanto pelos §2º do art. 16, que estabelece os requisitos para celebração, quanto pelo §3º do mesmo dispositivo, segundo o qual “o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”.

Ainda que o ressarcimento do dano não seja pressuposto da leniência, este estudo compreende que nada obsta que o acordo pactue a obrigação de ressarcimento do

dano decorrente dos fatos revelados pela empresa, haja vista que essa obrigação consiste em objeto lícito passível de previsão em negócio jurídico, tal como é o acordo de leniência.

Também, a estipulação da obrigação de ressarcir o dano já no instrumento de leniência pode, ao menos a princípio, consistir em incentivo positivo à celebração dessa espécie de acordo, seja para a autoridade pública, seja para a empresa signatária. Trata-se, portanto, de medida salutar.

Justamente por essas razões, os acordos de leniência vêm prescrevendo o ressarcimento do dano. Contudo, a estipulação dessa obrigação é objeto de controvérsias quanto à metodologia de estipulação do montante a ser ressarcido, à possibilidade de quitação à empresa que adimple o ressarcimento pactuado e à interação desse aspecto da leniência com outros atores institucionais, como o tribunal de contas e a pessoa jurídica de direito público lesada, que detêm, respectivamente, competência para apurar e imputar o dano e legitimidade para cobrar o ressarcimento, como será visto a seguir.

4. O ressarcimento do dano imputado pelo tribunal de contas da união

Ao lado daqueles que detêm competência para celebrar acordos de leniência, dois outros atores institucionais emergem em matéria de ressarcimento do dano convencionalizado em acordos de leniências na esfera federal: o Tribunal de Contas da União e a pessoa jurídica de direito público lesada. Neste item, trataremos daquele primeiro, deixando para abordar este último no item subsequente.

Embora a Lei n.º 12.846, de 2013 não preveja qualquer forma de participação do TCU nos acordos de leniência⁴, a experiência vem mostrando que a corte de contas debruça-se sobre as leniências, sob a ótica do ressarcimento do dano, em razão de competência prescrita no art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB”).

O propósito de atuação do TCU em acordos de leniência ficou evidente com a edição da Instrução Normativa n.º 74, de 11 de fevereiro de 2015, que assentou que “a celebração de acordos de leniência por órgãos e entidades da administração pública federal é ato administrativo sujeito à jurisdição do TCU quanto a sua legalidade, legitimidade e economicidade”.

⁴ Consigna-se que a Medida Provisória n.º 703/2015 modificou a Lei n.º 12.846, de 2013 para prever a participação do Tribunal de Contas da União, nos seguintes termos: “§ 14. O acordo de leniência depois de assinado será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, que poderá, nos termos do [inciso II do art. 71 da Constituição Federal](#), instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário, quando entender que o valor constante do acordo não atende o disposto no § 3º.” Contudo, a medida provisória perdeu vigência, sem que tenha sido convertida em lei.

Essa norma estabeleceu que aquela corte de contas acompanharia todas as etapas relativas à negociação do acordo e, também, ao seu posterior cumprimento. Assim, dispôs que essa apreciação das etapas de negociação de acordos de leniência “constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes”. Especificamente quanto à apuração do dano, determinou que os processos administrativos voltados à apuração do dano (art. 1º, I e art. 6º, §1º) deveriam ser encaminhados àquele tribunal.

Essa instrução foi duramente criticada, sob o entendimento de que o condicionamento da eficácia dos acordos de leniência a pronunciamento prévio do TCU não encontraria suporte na Lei n.º 12.846, de 2013 tampouco em seu decreto regulamentador⁵.

Três anos depois, essa instrução foi revogada pela Instrução Normativa n.º 83, de 12 de dezembro de 2018, que disciplinou a fiscalização do TCU sobre os processos de acordo de leniência, em substituição àquela norma. Essa nova instrução não mais prevê a chancela prévia do acordo de leniência pelo TCU, sendo este o grande diferencial em relação à IN 74/2015. Contudo, mantém a obrigação de a autoridade celebrante do acordo de leniência dar ciência àquele tribunal da “instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano de que trata o art. 13 da Lei 12.846/2013” (art. 1º).

Por meio dessas instruções normativas, o TCU regulamentou o exercício de sua competência para fiscalizar a apuração do dano havida no curso das negociações e, mais do que isso, reforçou sua competência para calcular e imputar o dano em complementação ao quanto pactuado no acordo de leniência a título de ressarcimento.

Os acordos de leniência firmados pela CGU e AGU reconhecem essa competência ao dispor que a assinatura do acordo não afasta as competências fixadas nos art. 70 e 71 da CRFB e, também, ao não conferir quitação à empresa signatária do acordo ante a possibilidade de apuração de danos pelos órgãos de controle, conforme veremos detalhadamente no item 5 a seguir.

A atuação do TCU no âmbito da apuração de danos oriundos de fatos revelados em acordos de leniência não se cinge à dinâmica disposta nas mencionadas instruções, indo além disso. Vejamos o chamado “recall das leniências”, que constitui caso paradigmático no que concerne à atuação do TCU acerca dos reflexos dos acordos de leniência sobre o ressarcimento do dano apurado por aquela corte de contas. No âmbito de processo de auditoria que apurava fraude à licitação na Usina Angra 3, a corte de contas apreciou em que medida os acordos de leniência produziram efeitos no mencionado processo em relação às empresas signatárias de acordos de leniência e cuja responsabilização administrativa também era apurada pelo TCU.

No Acórdão n.º 483/2017, aquela corte de contas assentou que as leniências devem ser prestigiadas, porém, de outro lado, ressaltou que “esta Corte não pode se furtrar de cumprir seu papel constitucional de buscar o ressarcimento do dano so-

⁵ v. “Se no âmbito do seu regimento interno o Tribunal praticamente se restringiu a repetir o teor da LOTCU, há casos em que a corte de contas, via edição de instruções normativas, acabou expandindo seu campo de atuação no âmbito sancionatório para além dos limites que lhe foram fixados pela legislação. Refiro-me especificamente à IN 74, editada em 11 de fevereiro de 2015 e voltada à disciplina do processo de celebração do acordo de leniência a que se refere a lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 – Lei Anticorrupção”. (ROSILHO, 2016, p. 189)

frido pelos cofres públicos”, especialmente tendo em vista que “ao firmarem o acordo de leniência, elas [as empresas] não receberam quitação quanto aos prejuízos causados e tem plena consciência de que a precisarão arcar com esse dano” (BRASIL, 2017a).

Buscando uma forma de consagrar os acordos de leniência sem desprestigiar a busca pelo ressarcimento do dano em sua integralidade, o TCU dispôs que poderia conceder às empresas benefícios relativos ao ressarcimento do dano a ser imputado de modo complementar ao que já havia sido pactuado no acordo, sendo eles: benefícios de ordem na cobrança da dívida em que haja responsabilidade solidária, extinção dos juros de mora no caso de boa-fé, parcelamento do débito de acordo com a “capacidade real de pagamento das empresas (*ability to pay*)”, abatimento dos valores já pagos em razão do quanto pactuado na leniência e supressão da multa proporcional ao débito.

Em contrapartida, para gozar desses benefícios, caberia à empresa cooperar com o TCU por meio de sua admissão na participação das irregularidades, apresentação de documentação fiscal e contábil, renúncia ao direito de recorrer e recolhimento de sua quota parte no débito solidário.

De acordo com o Ministro Relator do mencionado acórdão, essa nova dinâmica de benefícios e obrigações “tratar-se-ia, basicamente, de um aditivo, ou *recall*, aos acordos de leniência já firmados, abordando essas questões”.

Contudo, posteriormente, diante da constatação de que as empresas não estariam cooperando com o TCU, o Acórdão nº 874/2018 decretou a indisponibilidade de bens da empresa signatária de acordo de leniência, no montante total correspondente ao alegado superfaturamento apurado por aquela corte de contas. Nessa ocasião, o TCU não teceu qualquer consideração a respeito de eventual identidade entre o montante imputado como dano naquele procedimento de auditoria e o valor pactuado na leniência como ressarcimento do dano, deixando de abordar eventual compensação entres esses valores.

Essa decisão deu ensejo à impetração de mandado de segurança, cuja relatoria foi atribuída ao Ministro Gilmar Mendes. Em voto proferido no julgamento de mérito desse mandado de segurança, o Ministro Relator consignou que é vedado ao TCU aplicar a sanção de inidoneidade às empresas signatárias do acordo de leniência em que essa sanção tenha sido infirmada, mas consignou que não há óbice a que aquela corte de contas apure e impute dano complementar àquele pactuado no acordo⁶. Confira-se minuta do voto do relator:

No enfretamento da discussão aqui colocada, não há dúvidas acerca da competência da Corte de Contas para fiscalizar a aplicação do dinheiro público, bem como a quantificação de eventual dano ocasio-

⁶Vide: <https://youtu.be/ag2VpWc1E6U> Acesso em: 01.12.2020

nado ao erário, buscando sua efetiva reparação. Além da previsão constitucional contida nos arts. 70 e 71, o Regimento Interno da Corte de Contas foca na recuperação dos valores perdidos em decorrência dos ilícitos administrativos, de modo que há vasta disposição sobre as multas que poderão ser aplicadas, alcançando, inclusive, o montante integral do dano causado ao erário devidamente atualizado (...) nada obsta que, mesmo após a celebração do acordo de leniência com a CGU/AGU, o TCU apure a existência de danos complementares que não foram integrados na reparação ao erário entabulado naqueles acordos (...). (VALENTE, 2020)

Extraí-se do caso “recall das leniências” que o TCU não se limita a fiscalizar a celebração dos acordos de leniência, nos termos da Instrução Normativa nº 83/2018, ou a apurar a extensão do dano complementarmente ao montante pactuado na leniência. Na verdade, o TCU parece colocar-se como uma parte do acordo, impondo à empresa celebrante da leniência dever adicional de cooperação direta que, caso não observado, obstará a fruição de certos benefícios perante aquela corte⁷.

Resta saber, assim, qual postura será adotada pelo TCU quando considerado que a empresa colabora com a corte de contas, além da colaboração oriunda da leniência e, de modo contrário, quando considerado que a companhia não colaborou.

Considerando o quanto ocorrido no caso no caso “recall das leniências”, se o TCU entender que a empresa colaborou, concederá um ou mais benefícios dentre aqueles elencados no mencionado acórdão (benefícios de ordem da cobrança, extinção dos juros, parcelamento da dívida, abatimento dos valores antecipados ou supressão da multa).

A dúvida surge em relação à hipótese em que a corte de contas vislumbrar que a empresa não cooperou. Nesse caso, a empresa não faria jus a esses benefícios? Isso se torna especialmente problemático quando observado que, no mencionado caso, houve a decretação da indisponibilidade de bens no montante compreendido pelo TCU como dano, sem tecer juízo sobre eventual identidade desse montante com aquele valor pactuado na leniência. Daí porque indaga-se se eventual abatimento entre o dano complementar apurado e o prejuízo calculado na negociação da leniência somente ocorreria nas hipóteses em que o TCU compreender que a empresa colaborou diretamente com aquela corte de contas.

Na visão deste estudo, esse eventual abatimento não pode consistir em um benefício atribuído pelo TCU dado apenas às empresas que cooperam com a corte de contas, para além da cooperação imposta pela leniência. A compensação de valores trata-se, na verdade, de imposição legal disposta expressamente pelo art. 22, §3º,

⁷Nesse sentido, Raquel de Mattos PIMENTA dispõe: “O caso Angra 3 e seus desdobramentos consolidam a visão de que, no caso dos acordos de leniência, o TCU busca atuar como parte incontornável, quase como autoridade negociadora, mobilizando para tanto, sua competência, expertise de análise de reparação de danos e poder sancionatório.” (PIMENTA, 2020, p. 163)

da LINDB, pelo princípio de vedação ao enriquecimento sem causa e, também, de disposições previstas nos próprios acordos de leniência, que prescrevem o abatimento de valores, como visto na nota de rodapé nº 05.

Esse é o entendimento do Ministério Público junto ao TCU, destacado no item 1 acima. Em tomada de contas especial que apurava o lucro ilegítimo auferido por empresas celebrantes de acordo de leniência, o *Parquet* suscitou a pertinência de conhecer a natureza das rubricas que compuseram a obrigação pecuniária acordada, tendo em vista eventual “compensação entre os pagamentos efetuados no âmbito do acordo e os a que estaria obrigada a empresa após uma condenação em débito no TCU”.

No entendimento deste estudo, a compensação de valores entre o débito imputado pelo TCU a título de dano não deve ser feita apenas por ocasião da execução de condenação. Esse abatimento de valores deve nortear, também, a decretação de medidas cautelares de indisponibilidade de bens. Sendo assim, quando o TCU decreta a indisponibilidade de bens da empresa signatária do acordo de leniência – tal como fez no caso do “recall das leniências” –, deve bloquear apenas montante que extrapola o valor pactuado na leniência a título de ressarcimento do dano, pois cabe àquela corte de contas buscar, tão somente, o ressarcimento de danos não integrados no ressarcimento entabulado no acordo.

Dessas breves reflexões depreende-se que o TCU exerce papel relevante no ressarcimento de dano oriundo de fatos revelados em acordos de leniência. A experiência mostrará se esse papel central prejudicará ou fomentará a confiabilidade das leniências. Eventual participação do TCU na apuração do dano em cooperação com as instituições celebrantes conferirá maior segurança às partes, pois saberão que ente com vasta *expertise* técnica validou a metodologia de apuração e a extensão do dano cujo ressarcimento é pactuado na leniência. Porém, essa participação do TCU durante as negociações eventuais pode retirar a celeridade por vezes necessária para celebração do acordo. De outro lado, a ausência da participação do TCU durante a negociação do acordo permitirá que essa instituição calcule e impute a eventual complementação do ressarcimento do dano após a celebração do acordo, o que pode consistir em fator de mitigação da segurança e atratividade dos acordos de leniência⁸.

⁸ Rafaela Coutinho CANETTI destaca a dualidade que pode advir da atuação no TCU em matéria de acordos de leniência: “Se, por um lado, a prévia submissão dos acordos à chancela da Corte de Contas excede as competências constitucionais do TCU, além correr o risco de aumentar a morosidade, complexidade e riscos da adesão pelo particular, não se pode ignorar que alguma medida de participação da Corte de Contas nos acordos da CGU poderia ser salutar para incrementar a confiabilidade e atratividade do instituto.” (CANETTI, 2020, p. 270)

Como atualmente ainda não há uma articulação entre as instituições celebrantes e o TCU bem definida⁹, por ora, para evitar controvérsias e, assim, maior insegurança quanto ao ressarcimento do dano pactuado em acordos de leniência, parece-nos pertinente que haja alinhamento quanto à metodologia aplicada para apuração do dano, questão essa abordada no item 6.

5. O ressarcimento do dano cobrado pela pessoa jurídica de direito público lesado

A pessoa jurídica de direito público lesada pela conduta antijurídica é mais um ator relevante em matéria de ressarcimento do dano oriundo de fatos revelados em acordo de leniência. Sua pretensão ressarcitória lhe torna parte legítima para requerer a complementação do dano pactuado no acordo de leniência via ação indenizatória ou de improbidade administrativa.

Justamente em razão disso, a Petrobras vem frequentemente pleiteando o ressarcimento do dano oriundo da atuação de cartel em seu âmbito, na qualidade de litisconsorte ativo de ações de improbidade administrativa. Em uma dessas demandas, a AGU, autora da ação, requereu a desistência de sua pretensão punitiva em relação à empresa e pessoas naturais signatárias da leniência, pugnando pelo prosseguimento da demanda em relação a eles apenas para concessão de provimento declaratório, o que foi acolhido pelo juízo de primeiro grau.

Recorrendo dessa decisão, a Petrobras sustentou o prosseguimento da demanda para buscar o ressarcimento integral do dano em face de empresa que celebrara acordo de leniência e das pessoas naturais aderentes a tal acordo, sob os fundamentos de que o acordo não estabeleceu o ressarcimento integral, a pessoa jurídica lesada não seria destinatária do pagamento enquanto não aderisse ao acordo de leniência e a leniência não produz efeitos sobre quem não integrou o negócio jurídico.

Ao apreciar esse recurso, o Tribunal Regional Federal da 4^a Região decidiu que se presume que o valor pactuado na leniência a título de ressarcimento abarca a integralidade do dano, material e moral, daí porque eventual insurgência contra o valor acordado representa insurgência contra a validade do acordo como um todo:

Acrescente-se, ainda que, 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. E os valores ali fixados presumem-se contemplar a integralidade do dano (seja ele material ou moral) não podendo ser exigido por outro órgão (bis in idem) ou sequer ser re-

⁹ No momento de finalização deste trabalho, o acordo de cooperação técnica ainda pende de assinatura por todos os signatários e não há outras normas que disciplinem a cooperação interinstitucional em matéria de acordos de leniência.

discutido a título de aferir-se se o valor é integral (SEGURANÇA JURÍDICA). (...) Qual seria o objetivo de se postular o prosseguimento da ação de improbidade para fins declaratórios que não seja buscar a reparação do dano? E o que aqui se disse foi que a reparação do dano foi presumidamente contemplada de forma integral no acordo de leniência firmado entre as partes, sendo que, dessa forma, qualquer discussão nesse sentido deve ocorrer quanto à validade do próprio acordo e não quanto ao que lá foi decidido. (BRASIL, 2020b, p. 18)

Embora o acórdão não explicita a consequência desse entendimento, podemos compreender que a Petrobras deveria, nesse caso, buscar a invalidação do acordo de leniência para, então, perseguir a busca do ressarcimento do dano em montante superior, segundo a lógica disposta no acórdão.

Ainda que essa decisão não tenha fulminado, por completo, a possibilidade de a pessoa jurídica lesada buscar o dano em patamar superior àquele pactuado na leniência, é evidente que esse entendimento tornou o caminho mais árduo e moroso, pois impõe ao lesado o ônus de comprovar a invalidade do acordo.

Também, esse precedente acaba por conferir tratamento diferenciado ao tribunal de contas e à pessoa jurídica de direito público: enquanto esta teria direito a buscar o ressarcimento do dano somente após questionada a validade do acordo em si, o tribunal de contas pode perseguir a complementação do ressarcimento do dano, no exercício de sua competência constitucional, sem precisar impugnar a leniência, conforme visto no item anterior.

Para evitar controvérsias como as acima citadas a respeito da possibilidade de pleitear o ressarcimento do dano, é recomendável que a pessoa jurídica de direito público lesada participe da leniência, na qualidade de interveniente. Dessa forma, a proximidade do ente lesado com os fatos contribuirá com o dimensionado do dano e, ainda, abrirá a possibilidade de que esse ente confira quitação em relação a si¹⁰. Como exemplo dessa medida, temos o acordo de leniência firmado entre CGU, AGU e a empresa SBM, que contou com a participação da Petrobras, na qualidade de interveniente.

Quando isso não for possível, é recomendável que o acordo contenha ao menos cláusula que destine o montante pago a título de ressarcimento do dano à pessoa jurídica de direito público lesado, nos termos do art. 24 da Lei n.º 12.846, de 2013, pois “não há fundamento legal para destinar os recursos arrecadados a outro ente

¹⁰ A quitação conferida pela pessoa jurídica de direito público lesada que integra acordo é medida já recomendada em acordos de não persecução cível. Nesse sentido, v. art. 17, §2º, da Orientação n.º 10 da 5ª Câmara de Revisão e Coordenação do Ministério Público Federal: “da, ambas como partes signatárias originárias. §2º A entidade lesada poderá aderir aos termos do acordo de não persecução cível do MPF desde que dê quitação integral ao dano causado ao Erário Público.” Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/5CCR_OrientacaoANPC.pdf. Acesso em 28.11.20

que não a pessoa jurídica que sofreu o dano” (DI PIETRO, 2018, p. 274). A destinação do montante adimplido a título de ressarcimento do dano à pessoa jurídica lesada ainda tem o condão de evitar que as instituições celebrantes do acordo de leniência deliberem como o dinheiro arrecadado será destinado, assim correndo o risco de imiscuir-se em competência que não detém¹¹.

Precedente de relatoria do Ministro Benjamin Zymler consignou que o ressarcimento do dano causado pelo cartel deve ser buscado preferencialmente pelo ente público lesado, pelo Ministério Público Federal e pela AGU, via ação de improbidade administrativa. Isso, porque o Supremo Tribunal Federal entendeu que a pretensão ressarcitória decorrente de ato ímprobo cometido com dolo é imprescritível, ao passo que a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão TCU é prescritível. Assim, até que o Supremo Tribunal Federal decida sobre os marcos interruptivos da pretensão ressarcitória veiculada na corte de contas, referido Ministro entende que a busca pelo ressarcimento dano deve ocorrer preferencialmente via ação de improbidade, especialmente em relação a contratos ainda não fiscalizados pelo TCU:

Nesse cenário, entendo mais adequado, sob a perspectiva do aparato de controle do Estado como um todo, que a busca de reparação do dano causado pelo cartel, especialmente em contratos ainda não fiscalizados pelo TCU, ocorra a partir de atuação das entidades lesadas, do Ministério Público e da AGU, via ação de improbidade administrativa. 84. Isso não significa que o Tribunal não possa dar continuidade aos processos já autuados para a quantificação do débito e constituição do título extrajudicial para cobrança da dívida. Nesses casos, mesmo que o STF venha a confirmar o entendimento esposado no item 81 supra, seria possível aplicar os marcos interruptivos da contagem da prescrição estabelecidos em diversas leis de regência, matéria que, inclusive, deverá ser enfrentada futuramente pelo TCU quando o posicionamento do STF finalmente se consolidar. (BRASIL, 2020c)

Já exploradas a natureza do ressarcimento do dano, a pertinência de negociar o ressarcimento no âmbito da leniência e a atuação do tribunal de contas e da pessoa jurídica lesada na busca pela complementação do ressarcimento do dano, caso o acordo de leniência não tenha pactuado o ressarcimento integral, cabe verificarmos se os acordos de leniência podem conferir quitação à empresa que ressarce o dano, no exato cumprimento do quanto entabulado no acordo.

¹¹ A esse respeito, v. Raquel de Mattos PIMENTA: “preciso discutir que medida a escolha da distribuição de recursos torna os controladores verdadeiros gestores de políticas públicas, sem que seu desenho institucional, tanto do ponto de vista das capacidades técnicas quanto da prestação de contas seja pensado para tanto.” (PIMENTA, 2020, p. 188)

6. A questão da quitação relativa ao ressarcimento do dano pactuado em acordos de leniência

Os acordos de leniência firmados pelo Ministério Público Federal e, também, pela CGU e AGU não conferem quitação à empresa leniente. Sendo assim, ainda que as partes signatárias pactuem o ressarcimento do dano, após o cumprimento dessa obrigação, a empresa poderá ser compelida a adimplir montante adicional àquele acordado a título de ressarcimento do dano¹².

São apresentadas diferentes razões para justificar a ausência de quitação do ressarcimento do dano, sendo elas: a impossibilidade de apurar o valor integral do dano durante a negociação, vez que os fatos revelados na leniência e dele derivados poderão denotar dano em maior extensão do que aquele medido inicialmente; a competência concorrente de outros entes para apurar e cobrar o ressarcimento; a incidência de diferentes metodologias que apontam montantes distintos; o descompasso entre o *timing* da celebração do acordo e o tempo necessário para apuração do dano; e a impertinência do dano ser ressarcido por uma única pessoa quando há outros indivíduos responsáveis solidariamente pelo dano.

Em 2016, a 5ª Câmara de Revisão e Coordenação não homologou acordo de leniência firmado pelo *Parquet* com a empresa holandesa SBM, entre outros signatários, sob o fundamento de que o acordo não poderia dar quitação ao ressarcimento do dano, além de outros aspectos problemáticos avistados por aquela câmara. De acordo com o voto relator:

(...) não há como se dar quitação sem se conhecer toda a extensão do dano causado e sua respectiva reparação. Em não havendo essa identificação – como parece não haver, neste caso – o acordo deve deixar expresso que a pessoa jurídica não está isenta da obrigação de reparar integralmente o dano causado que vier, eventualmente, a ser apurado. (BRASIL, 2016a).

Portanto, entendeu-se que quando não se conhece toda a extensão do dano, desca-be conferir quitação. No ano seguinte, o Estudo Técnico n.º 01/2017 subscrito por aquela câmara assentou a “impossibilidade de se dar quitação de um dano, se desconhecida toda a sua extensão e de sua respectiva reparação”(BRASIL, 2017c, p.

¹² No acórdão citado no item 4 acima, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que se presume que o valor pactuado na leniência a título de ressarcimento abarca a integralidade do dano, material e moral, daí porque eventual insurgência contra o valor acordado representa insurgência contra a validade do acordo como um todo. Esse entendimento acaba por conferir, na prática, quitação à empresa que firma a leniência, pois presume que o valor acordado representa a integralidade do dano e, com isso, impõe que o ente lesado busque o ressarcimento do dano somente após a invalidação do acordo. Contudo, ao assim decidir, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região parece não tomar em consideração que as cláusulas do acordo dispuseram justamente que não é dada a quitação em relação ao ressarcimento do dano, o que viabiliza a busca por ressarcimento em montante adicional àquele pactuado desde que represente o ressarcimento integral do dano.

103). Ainda, teceu que a quitação integral impediria a futura atuação do Ministério Público e dos demais colegitimados na busca do ressarcimento, o que seria juridicamente incorreto. Nesse mesmo sentido, a mencionada câmara subscreveu a Orientação n.º 07/2017, que dispõe que “não será dada quitação por danos ou prejuízos, devendo o valor pago a esse título ser sempre considerado como uma antecipação de pagamentos” (BRASIL, 2017b). Essa tem sido a orientação aplicada nos acordos de leniência firmados pelo Ministério Público Federal.

Nos acordos firmados pela CGU e AGU também há cláusulas que expressamente não conferem quitação e, em decorrência disso, prescrevem que subsiste o dever de ressarcimento integralmente dos prejuízos oriundos de inexecução ou execução irregular dos contratos públicos e dos danos apurados pelos “órgãos de fiscalização e controle competentes”¹³.

O acordo de cooperação técnica, acima já referido, estabelece como um dos princípios do acordo de leniência a “busca do consenso entre as SIGNATÁRIAS DO ACT quanto à apuração e eventual quitação de danos decorrentes de fatos abrangidos no acordo, sem prejuízo da obrigatoriedade do ressarcimento integral do dano pelos fatos e circunstâncias não abrangidos no acordo.”

Na sequência, esse acordo estabelece a dinâmica quanto à apuração do dano, que pode levar à quitação desde que haja consenso entre os signatários do acordo e o TCU. Eis a dinâmica: no curso das negociações, a CGU e AGU – que, de acordo com a cooperação técnica, seriam os únicos com competência a celebrar acordo de leniência – deverão encaminhar ao TCU as informações necessárias para apuração dos danos. Caso a corte de contas concorde com o montante pactuado a título de ressarcimento, aquele tribunal dará quitação condicionada ao pleno cumprimento do acordo. Já se o TCU entender que o ressarcimento acordado é insuficiente, a CGU e a AGU poderão negociar a modificação do quanto acordado. Porém, se as partes não chegarem a um consenso, poderão firmar o acordo de leniência, sem conferir quitação quanto ao ressarcimento do dano. Também não haverá quitação na hipótese em que o TCU deixar de se manifestar a respeito do quanto negociado em relação ao ressarcimento do dano. Nestes dois últimos casos, após celebrado o acordo de leniência, o instrumento e seus anexos poderão ser compartilhados com o TCU, que não poderá utilizar as provas para sancionar a empresa em relação aos ilícitos revelados na leniência, mas poderá empregá-las para “apuração de eventual dano não resolvido pelo acordo de leniência”.

Em nota técnica que criticou tal acordo de cooperação técnica, a 5ª Câmara de Revisão e Coordenação do Ministério Público Federal reforçou a impertinência de cláusula que confere quitação à obrigação de ressarcimento do dano, sob o enten-

¹³ Nesse sentido, como exemplo, vide cláusulas 4.2 e 13.11 do acordo celebrado entre CGU, AGU e a empresa OAS, disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf> Acesso em 05.12.2020

dimento de que (i) a apuração do dano por ocasião da negociação “pode não contemplar todas as técnicas de segurança previstas, possibilitando montantes inexatos”, (ii) “pode desprezar ou inviabilizar os demais objetivos desta categoria de acordo sancionatório”, (iii) os acordos “confiam a referida análise à competência finalística de outras Instituições igualmente competentes, a depender da configuração e enquadramento dos atos ilícitos” (BRASIL, 2020g).

As justificativas apresentadas pela referida câmara de revisão e coordenação coadunam-se com aquelas apresentadas pela literatura jurídica. Raquel de Mattos PIMENTA destaca que a estipulação do dano no acordo de leniência demanda melhor entendimento a respeito do que compõe o dano e, também, ressalta que a apuração desse prejuízo pode gerar um descompasso com o objetivo instrutório do acordo de leniência, sobretudo no que concerne ao *timing* de obtenção de provas:

(...) trazer a discussão da integralidade do dano para a negociação do acordo de leniência é complexa. Primeiro, exige uma interpretação nova do que significa a integralidade do dano nestas situações. Depois, pode entrar em possível conflito com outras funções dos acordos de leniência. Por exemplo, segundo Dobrowolski, ela pode entrar em conflito com o *timing* da negociação e da obtenção de provas. (PIMENTA, 2020, p. 160)

Thiago MARRARA coloca em dúvida a pertinência de a leniência apurar o dano e pactuar seu ressarcimento, vez que o objetivo instrutório desse acordo permite a conclusão a respeito do ilícito pactuado apenas quando concluídos os processos que foram instruídos pelas provas reunidas na leniência. Eis a indagação apresentada por aquele autor: “Como se pode falar de reparação civil no momento em que se modela o acordo – antes ou ao longo da instrução –, se ele justamente integra um processo administrativo em que somente se concluirá algo a respeito da ilicitude da conduta investigada com a decisão final?” (MARRARA, 2019, p. 104).

Adicionalmente às razões acima apresentadas, Amanda ATHAYDE acrescenta que a quitação dada à empresa que firma o acordo de leniência acabaria por dispensar os demais responsáveis solidários pelas condutas antijurídicas, que não subscreveram o acordo, da obrigação de ressarcir o dano:

Isso significa que ao signatário do Acordo de Leniência deve ser dado benefício de ordem, ou seja, não deve cobrar dele todo o valor dos danos, sob pena de oferecer tratamento desproporcional em benefício de infratores não colaboradores que também tenham sido solidariamente responsáveis pelo dano em questão. (ATHAYDE, 2019, p. 351)

Percebe-se que a decisão que não homologou o primeiro acordo de leniência com a SBM no ano de 2016 fundamentou a impossibilidade de dar quitação no desconhecimento da real extensão do dano, ao passo que as manifestações mais recentes do

Ministério Público Federal acrescentaram outras razões que obstam essa possibilidade, tais como a perseguição do objetivo principal da leniência – qual seja, o propósito instrutório – e a existência de outras instituições com “competência finalística” para apuração do dano.

Conquanto sejam apontadas razões diversas para a obstar a quitação do ressarcimento do dano pactuado na leniência, no entendimento deste estudo, a experiência revela que as principais razões para tanto são (i) a competência concorrente de outros entes para apurar e imputar ou cobrar o ressarcimento e (ii) as fragilidades existentes na metodologia de apuração do dano.

Em relação a esse segundo aspecto, conforme disposto pela 5ª Câmara de Revisão e Coordenação, a apuração do dano durante a negociação da leniência pode resultar em “montantes inexatos”. Sendo assim, se não há consenso e confiança na metodologia de apuração do dano, a realidade impõe que não seja dada quitação ao ressarcimento do dano. Portanto, a inexatidão da metodologia de dimensionamento do dano nos parece uma das duas principais razões para a impossibilidade de conferir ampla quitação.

A outra principal razão consiste na competência concorrente de outros entes para apurar e cobrar o ressarcimento. Conforme visto nos itens 3 e 4, o TCU e a Petrobras, nos casos em que se caracteriza como a pessoa jurídica de direito público lesada, vêm questionando o dano calculado nos acordos de leniência. Ainda, aquela corte de contas assenta que “não pode se furtar de cumprir seu papel constitucional de buscar o ressarcimento do dano sofrido pelos cofres públicos” (BRASIL, 2017a). Justamente em razão disso, acordos de leniência firmados pela CGU e AGU costumam prever que a celebração da leniência não prejudica o exercício das competências daquela corte de contas¹⁴ e que permanece o dever de ressarcir o dano apurado por órgãos de fiscalização e controle competentes.

Há, ainda, outro indicativo de que a impossibilidade de quitação da obrigação de ressarcimento do dano decorre, primordialmente, da existência de competências de outras instituições para apuração e cobrança do dano: trata-se do fato de que os acordos de leniência conferem cláusulas que impedem que o signatário do acordo busque ressarcimento em montante superior ao pactuado.

Como exemplo, cita-se a cláusula 9ª, §3º, do acordo de leniência firmado entre o Ministério Público Federal e a empresa Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A, que estipulou que o *Parquet* “não proporá qualquer medida adicional

¹⁴ Como exemplo, v. cláusula 16.1 do acordo firmado entre CGU, AGU e Nova Participações: “16.1 As INSTITUIÇÕES CELEBRANTES e as RESPONSÁVEIS COLABORADORAS reconhecem que, de acordo com as vontades aqui livremente expressas, a assinatura do presente Acordo de Leniência não afasta as competências do Tribunal de Contas da União – TCU fixadas no art. 71 da Constituição Federal, observada ainda a Cláusula 13 e seus subitens.” Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-engevix.pdf> Acesso em: 26.11.2020

para obter ressarcimento cível ou aplicar penalidades, em relação aos fatos revelados neste Acordo, às COLABORADORAS, bem como em relação ao Aderentes”¹⁵.

No âmbito dos acordos celebrados pela CGU e AGU, toma-se como exemplo a leniência da empresa Nova Participações S/A, que estabelece que não serão instaurados novos processos administrativos e judiciais de responsabilização (cláusula 13.1), a AGU não ajuizará ações judiciais calcadas na Leis n.º 8.429/92 e 12.846/2013 (cláusula 13.7) e pugnará pela extinção de ações de improbidade administrativa já em curso (cláusula 13.7.1) e, ainda que venha representar judicialmente a União em razão de decisão proferida pelo TCU, observará as obrigações de defender os termos do acordo de leniência (cláusula 13.8.1)¹⁶. Ainda, como acima citado, há cláusulas que não conferem quitação nas hipóteses em que constatada a inexecução ou execução irregular dos contratos públicos e em que apurados danos pelos “órgãos de fiscalização e controle competentes”.

Logo, de um lado, o Ministério Público Federal e a CGU comprometem-se a não perseguir a responsabilidade dos signatários do acordo e, mais expressamente no caso da leniência firmada com o *Parquet*, a não buscar adicional ressarcimento do dano relativo aos fatos revelados no acordo; de outro lado, o acordo não obsta que outros legitimados busquem o ressarcimento em patamar superior ao acordado. Portanto, nos acordos que prevejam cláusulas no sentido acima referido, na prática, o Ministério Público, a CGU e a AGU conferem quitação em relação a si, o que lhes obsta buscar o ressarcimento do dano em patamar superior àquele acordado em relação aos fatos revelados no acordo. Isso não impede que outros legitimados apurem e cobrem o dano em montante adicional ao quanto acordado.

Essa conclusão demonstra que um dos argumentos erigidos para justificar a impossibilidade de quitação não se ampara na prática. Como visto acima, argumenta-se que o dano não pode ser apurado na fase de negociação, pois a leniência revelará a real extensão do dano apenas depois de sua celebração, haja vista seu objetivo instrutório. Se assim fosse, as autoridades signatárias do acordo não pactuariam o ressarcimento já na celebração do acordo e tampouco comprometer-se-iam a não buscar ressarcimento adicional.

Assim, entre as diversas razões erigidas para justificar a ausência de quitação, parece-nos que a cobrança do dano por instituições não signatárias do acordo consiste na principal causa da impossibilidade de conferir quitação, ao lado da inexistência de metodologia clara de apuração do dano.

¹⁵ Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/doc_acordos_votos/Acordo_AndradeGutierrez_1.26.000.004465-2018-13.pdf. Acesso em 26.11.2020

¹⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-engevix.pdf> Acesso em: 26.11.2020

Nesse cenário, a solução ótima parece ser a cooperação interinstitucional de todas as instituições competentes para celebração do acordo, dos tribunais de contas e da pessoa jurídica de direito público lesada, por ocasião da negociação do acordo. Se essa atuação conjunta existisse e os atores pudessem concordar com o montante pactuado a título de ressarcimento, seria perfeitamente cabível cláusula prevenindo a quitação condicionada ao cumprimento da obrigação.

No entanto, considerando que atualmente inexistente essa desejada cooperação interinstitucional e, ainda que existisse, as dificuldades não seriam necessariamente superadas de pronto, seria salutar que ao menos houvesse alinhamento quanto à metodologia de apuração do dano, o que traria maior clareza, previsibilidade e segurança aos acordos de leniência, questão essa abordada no item a seguir.

7. Metodologia de apuração do dano

7.1 Anotações iniciais

O cálculo do dano, por si só, enseja dificuldades ínsitas a si, que subsistem mesmo quando as metodologias aplicadas nos acordos de leniência estão amplamente alinhadas entre os atores institucionais e divulgadas à sociedade. Embora possam ser definidas metodologias gerais para uma determinada circunstância, as peculiaridades fáticas e os contornos conferidos pela legislação influem na aplicação prática das metodologias, conforme destacado pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e Banco Mundial, segundo os quais “o método específico usado e os fatores considerados, em última análise, dependem dos fatos e circunstâncias específicas do caso”¹⁷. Portanto, a metodologia de apuração do dano atrai desafios mesmo quando há vasta alinhamento e experiência em sua aplicação.

Se a metodologia de apuração do dano, por si própria, pode ensejar controvérsias, é ainda mais gravosa a circunstância em que inexistente metodologia claramente definida e conhecida, o que pode culminar na aplicação de diferentes metodologias em diferentes acordos, sem uma razão lógica para a distinção, ou na adoção de uma única metodologia sem adequado rigor técnico. Evidentemente, a “a adoção de diversas metodologias de cálculo que ainda estão sujeitas a questionamentos afeta negativamente estrutura de incentivos para a colaboração com o Estado”, nos termos manifestados pelo Ministro Gilmar Mendes (VALENTE, 2020).

A ausência de clareza acerca das metodologias de apuração do dano decorre de duas causas distintas. A primeira delas consiste na ausência de norma robusta voltada a disciplinar as rubricas que compõem o dano e a metodologia aplicada ou, ainda, de cartilhas informativas com orientações acerca das metodologias passíveis

¹⁷ Tradução livre do excerto: “The specific method used and the factors taken into consideration ultimately depend on the specific facts and circumstances of the case.” (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 30).

de aplicação¹⁸. Nesse aspecto, a apuração do dano distingue-se do cálculo da multa, cujos parâmetros estão previstos no Decreto n.º 8.420, de 2015, detalhados pela Instrução Normativa n.º 2, de 16 de maio de 2018 e, ainda, elucidados por “manual prático” criado pela CGU¹⁹. A segunda causa consiste no sigilo dos anexos ou apêndices dos acordos de leniência que estabelecem a metodologia de apuração do dano, o que impossibilita conhecer quais as metodologias aplicadas e as rubricas que compuseram o dano²⁰.

O desconhecimento das metodologias aplicadas pelos signatários do acordo de leniência macula a transparência administrativa²¹ e, por consequência, prejudica o exercício do controle social. Ainda que considerado que o ressarcimento pactuado no acordo consiste em mera antecipação do ressarcimento integral e, assim, não obsta a busca por reparação em patamar superior ao que acordado, se não se sabe como alcançou-se o valor a ser ressarcido, torna-se árduo contestar a eventual insuficiência desse montante.

As dificuldades oriundas da apuração do dano não passaram despercebidas pelos signatários do já mencionado acordo de cooperação técnica que disciplina a interação interinstitucional na celebração de leniências, cuja minuta prescreve que “CGU, a AGU e o TCU buscarão parametrizar metodologia específica para apuração de eventual dano a ser endereçado em negociação para acordo de leniência” (BRASIL, 2020e). Ao que tudo indica, esse compromisso decorre da experiência vivenciada por aqueles entes, que, em diferentes oportunidades, divergiram a respeito do

¹⁸ ATHAYDE refere-se à existência de minuta de “Manual sobre acordos leniência”, elaborado pela AGU (ATHAYDE, 2019., p. 286). Consigna-se que este trabalho não teve acesso a esse documento em razão da negativa ao nosso pedido de acesso à informação, sob o seguinte fundamento “Não houve, até a presente data, aprovação do referido manual e por isso o documento não existe sob o ponto de vista oficial para a instituição. O que há são estudos e discussões sobre o tema, os quais são restritos à AGU. Por essa razão, com fundamento nos incisos I e II do art. 19 da Portaria AGU 529, de 2016, indefere-se o pedido.” (Resposta apresentada em 01.12.2020 ao pedido de acesso à informação n.º 01015.017400/2020-18, formulado em 25.11.2020). Embora não conheçamos o teor de tal manual, podemos inferir que dele não podemos depreender critérios de aplicação de metodologia de apuração do dano, vez que tal manual ainda não foi aprovado.

¹⁹Vide:

https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46569/5/Manual_Pratico_de_Calculo_de%20Sancoes_da_L.AC.pdf Acesso em 25.11.20

²⁰ Embora a CGU tenha disponibilizado em seu sítio eletrônico os instrumentos dos acordos de leniência e o Ministério Público Federal divulgue alguns acordos homologados, ambos os entes não disponibilizam os anexos e apêndices que acompanham os acordos, sob o fundamento de que a divulgação das informações desses anexos violaria o direito à privacidade das empresas signatários do acordo (BRASIL, 2020d)

²¹ No entendimento deste estudo, a divulgação das rubricas que compõe a obrigação pecuniária pactuada no acordo e a forma de cálculo não fere o direito à privacidade da empresa, pois, para apresentar o numerário final alcançado em relação a cada rubrica que compõe o dano, não é necessário divulgar informações comerciais da pessoa jurídica de direito privado.

propósito e da metodologia da apuração do dano a ser ressarcido por ocasião do acordo²².

Considerando a importância da metodologia de apuração do dano, seja para manter a atratividade dos acordos de leniência, seja para assegurar o ressarcimento na maior medida possível por ocasião celebração do acordo, este estudo busca reunir os elementos atualmente disponíveis que denotam como o dano vem sendo apurado durante a negociação nos acordos de leniência. Ao final, apresentaremos exemplos de metodologias experimentadas em outros países.

7.2 A apuração do dano em acordos de leniência no Brasil

Primeiramente, cabe nos debruçar sobre a apuração do dano durante a negociação do acordo de leniência com a CGU e AGU. Nesse âmbito, há a Instrução Normativa n.º 2, de 16 de maio de 2018, que meramente menciona as “categorias” de valores que compõem o dano, sendo elas: (i) o somatório de eventuais danos incontroversos atribuíveis às empresas colaboradoras; (ii) o somatório de todas as vantagens pecuniárias indevidas (“propinas”) pagas; (iii) o lucro ou o enriquecimento que seria razoável se não houvesse o ato ilícito.

De acordo com o Anexo II da mencionada portaria, “dano incontroverso”:

é aquele atribuível à empresa colaboradora no âmbito da contratação ou execução contratual referentes aos contratos que compõem o escopo do acordo e a respeito do qual haja admissão de autoria e materialidade por parte da empresa colaboradora ou decisão final irrecorrível do Tribunal de Contas da União, condenando-a recolhimento do débito.

Tal definição de dano incontroverso é pouco precisa, pois alude meramente a contratos em que cometidos os atos antijurídicos revelados no acordo, sem dizer qual parte do valor contratual deve ser considerado como dano. Logo, dizer que o ressarcimento deve abarcar os danos incontroversos relativos aos contratos objetos da leniência é insuficiente e, portanto, pouco útil.

²² Como exemplo disso, vejamos entrevista concedida pelo Ministro Bruno Dantas, do Tribunal de Contas da União, ao Valor Econômico, em que externou sua visão de que as leniências firmadas pelo Ministério Público Federal não têm como objetivo realmente apurar o dano, vez que guiado por uma lógica eminentemente penal: Como os acordos de leniência foram celebrados originariamente pelo MPF dentro de uma lógica muito particular, essencialmente penal, ficou acordado que os procuradores reabririam as negociações com a finalidade de obter das empresas o compromisso de cooperar também com as fiscalizações do TCU e de, ao fim, ressarcir integralmente o dano causado aos cofres públicos. Não se pode esquecer que os valores pagos pelas empreiteiras nos acordos com o MPF são irrisórios se comparados com o real desfalque que elas causaram ao Estado brasileiro, e isso não se deu por falhas dos procuradores, mas porque o objetivo do MPF nunca foi calcular com precisão o valor do dano e nem obter o ressarcimento, mas sim aprofundar a investigação penal de corrupção. (Disponível: <https://valor.globo.com/politica/coluna/sem-recall-o-unico-caminho-possivel-e-o-da-inidoneidade-1.ghtml> Acesso em 05.12.2020)

Por outro lado, esse conceito de “danos incontroversos” é pertinente em sua parte final, que diz respeito ao débito imputado pelo TCU em decisão irrecorrível. Assim, de acordo com essa definição de “danos incontroversos”, o ressarcimento do dano pactuado no acordo de leniência deve sempre contemplar o débito imputado por aquela corte de contas, caso houver.

Ainda outra questão remanesce da categorização prescrita na Instrução Normativa n.º 2, de 16 de maio de 2018: indaga-se o que seria o lucro ou o “enriquecimento que seria razoável se não houvera o ilícito”. Nessa norma, ainda não fica claro, por exemplo, se o lucro contemplaria o valor realmente auferido pela empresa, se seria uma mera estimativa de lucro e, também, se a devolução do lucro deve ocorrer em todo caso ou apenas quando há fraude à licitação.

Essas minúcias não estão dispostas pela referida instrução, mas algumas delas podem ser extraídas da apresentação subscrita pelo Ministro da Controladoria-Geral da União e disponibilizada pela CGU (BRASIL, 2019). De acordo com essa apresentação, o ressarcimento é composto de duas rubricas: a vantagem indevida e o dano.

O conceito de vantagem é depreendido do art. 20, §§2º e 3º, do Decreto n.º 8.420, de 2015, que a ela se refere a fim de parametrizar os valores mínimos e máximos da multa. Portanto, utiliza-se o conceito de vantagem, inicialmente relacionada à multa, para também parametrizar o ressarcimento do dano. Conforme tais dispositivos “o valor da vantagem auferida ou pretendida equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo”. De tal montante “serão deduzidos custos e despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido”. De tal métrica extrai-se, portanto, o lucro, ou seja, o montante contratual extraídos os custos e as despesas legítimas. Tal lucro pode ser tanto o “lucro auferido com uma contratação ou execução viciado de contrato”, quanto “lucro superior à média de mercado”.

Especificamente quanto ao lucro, a mencionada apresentação dispõe que entre o lucro pretendido (“ganhos pretendidos ao tempo da contratação por meio de instrumento contaminados”, nos termos da Instrução Normativa n.º 2, de 16 de maio de 2018) e o lucro auferido (“ganhos obtidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do lesivo”, nos termos da Instrução Normativa n.º 2, de 16 de maio de 2018), deve ser escolhido o lucro que for superior.

Em precedente do TCU, unidade técnica daquele tribunal revelou a metodologia adotada pela CGU nas negociações de acordo de leniência. Aquela corte de contas apontou que, muito embora a medida ideal consistiria em aferir o lucro real percebido pela empresa com base em sua contabilidade, essa medida é inviável na prática, pois (i) as empresas, via de regra, não confessam o valor do sobrepreço, (ii) “os balanços contábeis podem estar contaminados por metodologias de sonegação e evasão de divisas, fatores que inviabilizam a identificação dos resultados reais des-

sas contratações”; e (iii) os valores praticados não podem servir como parâmetro, pois decorrem de contratações fraudadas. Diante dessas fragilidades, de acordo com o que disposto pelo TCU, o lucro tido como ilegítimo seria calculado pela CGU partindo de “paradigma de mercado (ou preço referencial médio para determinado objeto)” (BRASIL, 2020a).

Já o chamado “dano”, referido pela mencionada apresentação, contemplaria “os valores pagos a título de propina” e o “superfaturamento por sobrepreço ou inexecução contratual”. Logo, apurado a rubrica tida como lucro, soma-se, então, o dano (propina ou superfaturamento ou ambos), resultando no valor a ser pactuado a título de ressarcimento.

Raquel de Mattos PIMENTA destaca que os acordos negociados pela CGU em conjunto com a AGU contemplam, a título de ressarcimento do dano, tanto as vantagens pecuniárias indevidas (“propinas”)(consideradas como “dano presumido”) quanto o lucro obtido com os contratos que compõem o escopo da leniência²³. No entanto, critica o uso do lucro como parâmetro de aferição do dano, pois “a negociação sobre o lucro obtido é uma *proxy* que não considera, por exemplo, questões de superfaturamento dos custos do contrato” (PIMENTA, 2020, p. 143), o que impediria o integral ressarcimento do dano.

Contudo, diversamente do que dispõe a mencionada autora, o eventual superfaturamento, caso exista, é abarcado no cálculo elaborado pela CGU e AGU na rubrica “dano”, como visto acima. Nesse sentido, Amanda ATHAYDE aclara que “dano é entendido pela CGU como sinônimo de prejuízo e abarca todos os valores pagos a título de vantagens pecuniárias indevidas (“propinas”) (custo ilícito), o superfaturamento por sobrepreço ou inexecução contratual (admitido pela empresa e/ou por decisão terminativa do TCU) e outros danos materiais” (ATHAYDE, 2019, p. 58).

Na forma como calculada pela CGU e AGU, o montante pactuado nos acordos de leniência contempla, na verdade, não apenas o ressarcimento do dano em si, mas também o perdimento de bens. Isso, porque o pagamento de valor correspondente ao lucro auferido ou pretendido pela empresa não caracteriza lesão ao Erário nas hipóteses em que o contrato foi executado – ou seja, não abarca o dano ao Erário –, mas sim consiste em sanção de perdimento de bens prevista no art. 19, I, da Lei n.º

²³ “Mais, nos acordos da CGU/AGU, dentro do gênero de ressarcimento de danos, há diferenciação entre o dano que advém de valores relacionados à propina, tradicionalmente considerado dano presumido, e aqueles relacionados a lucros considerados indevidos, uma vez que os contratos teriam sido designados à empresa em decorrência da existência de corrupção. (...) Diferentemente do MPF, a CGU/AGU busca explicitar seu método de cálculo do dano, primeiro separando multa e ressarcimento. Depois, divide a restituição da propina, considerada dano presumido da restituição do lucro de contratos fraudados, o chamado disgorgement. A ideia é que a empresa não obteria certo contrato sem a prática ilícita, por isso seu lucro é um tipo de enriquecimento ilícito. Seriam, então, analisados os contratos celebrados pelas empresas e seu lucro, por meio da documentação apresentada no processo de negociação.”(PIMENTA, 2020, p. 133 e 142)

12.846, de 2013²⁴. O pagamento do lucro pactuado no acordo é uma sanção que não deve ser confundida com o ressarcimento do dano, muito embora ambos possam ser adimplidos por meio do acordo de leniência. Ainda assim, parece-nos que cabe aos acordos distinguirem, com clareza, o valor pago a título de perdimento de bens e o numerário adimplido a título de ressarcimento do dano, haja vista as consequências práticas dessa distinção, acima indicadas no item 1.

Cabe, ainda, pontuar que nem sempre deverá ocorrer o perdimento do lucro. Na visão da Secretaria de Operações Especiais em Infraestrutura do TCU, se houve formação viciada da relação contratual, em decorrência de fraude à licitação, e, conseqüentemente, superfaturamento, a empresa deverá pagar montante correspondente ao superfaturamento e ao seu lucro. De modo distinto, caso a licitação ou a contratação direta tenha sido escorreita, havendo o superfaturamento na execução contratual em decorrência de fatores que não decorram de fraude à licitação, a empresa deverá adimplir numerário equivalente ao superfaturamento, mantendo consigo o lucro²⁵.

Não se sabe se esse entendimento é comungado pela CGU, AGU e Ministério Público Federal, justamente porque não são conhecidas as metodologias de cálculo de apuração do dano, conforme visto acima.

Já no âmbito do Ministério Público Federal, a metodologia de apuração do dano é desconhecida, ao menos em termos de transparência ativa. A Orientação nº 07/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão estabelece meramente que “o valor pago a título de antecipação de reparação de danos serão estabelecidas com estrita observância do princípio da proporcionalidade, em razão do qual deve ser buscado o equilíbrio entre o proveito trazido à investigação e o benefício concedi-

²⁴ A respeito do perdimento do lucro como sanção e não como reparação do dano, v. o quanto decidido pelo Tribunal de Contas da União: “Observo inicialmente que o débito oriundo do lucro espúrio se reverteria para a própria entidade contratante, que seria o cofre credor da dívida. Tal fato me fez refletir se realmente a natureza jurídica do valor que se pretende imputar aos responsáveis realmente se caracteriza como prejuízo ao Erário, pois, se a Petrobras tivesse contratado a obra por meio de um certame competitivo, do qual se sagrou vencedora uma proposta com preço praticado compatível com os parâmetros de mercado, ela arcaria com alguma margem de lucro no preço proposto. Portanto, a parcela do lucro que se pretende impugnar nestes autos seria um dispêndio incorrido pela Petrobras mesmo que a obra tivesse sido licitada em um ambiente competitivo regular, não subsistindo débito. O dano que ora se apura, caracterizado pelo lucro obtido pelo consórcio por meio de fraude aos certames licitatórios, pela formação de cartel e pelo pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos, se assemelha à pena de perdimento do produto do ilícito, sanção prevista no art. 19 da Lei Anticorrupção (...) Assim, ainda que sopesando as louváveis considerações do MP/TCU, considero que a perda de bens, direitos ou valores, aí incluído o lucro obtido de forma ilícita, possui natureza nitidamente sancionatória, e não indenizatória.” (BRASIL, 2020a)

²⁵ “Ao ser analisada a execução de um contrato administrativo, caso se constate a ocorrência de superfaturamento sem a evidenciação de vícios de nulidade contratual, o dano ao erário equivalerá ao superfaturamento. Porém, se o contrato houver sido firmado com comprovado vício nulificante na origem, provocado com a concorrência do contratado no cometimento do ato ilícito, caracterizará dano ao erário não só o superfaturamento identificado, mas também o lucro ilegítimo indevidamente recebido pelo contratado.” (BRASIL, 2020a)

do à colaboradora”, porém nada dispõe acerca do cálculo do dano. Há, tão somente, menção de que a apuração da multa – e não do dano – deve observar os parâmetros dispostos no Decreto n.º 8.420, de 2015.

De alguns acordos de leniência celebrados pelo Ministério Público Federal e de notícias veiculadas na internet é possível depreender que, em alguns casos, a reparação do dano e o pagamento de lucros auferidos pela empresa em razão da execução contratual compõem a obrigação pecuniária acordada, porém não fica claro se haveria uma distinção essas duas rubricas ou se elas atinam ao mesmo montante. Como exemplo, toma-se o acordo firmado com a empresa Keppel Fels Brasil S.A. que prescreve que esta companhia pagará “o valor de R\$ 326.715.847,20 (equivalente a US\$ 99.608.490,00), arbitrados a título de reparação de danos e devolução de lucros, valor este a ser revertido integralmente à entidade jurídica lesada, PETROBRÁS”²⁶. Ainda, a metodologia do cálculo que chegou a ser valor não é indicada.

Além da metodologia aplicada por CGU, AGU e Ministério Público Federal, é igualmente relevante saber como o TCU apura o dano, haja vista sua competência constitucional e sua *expertise* em tal apuração. De acordo com Amanda THAYDE:

No âmbito do TCU, por sua vez, existem pelo menos 5 (cinco) metodologias que têm sido testadas para a apuração desse dano. As metodologias são as seguintes: (i) metodologias tradicionais de engenharias de custos, típicas de auditorias em obras públicas, sobretudo baseadas em análises de preços (curvas ABC, etc); (ii) o uso de notas fiscais eletrônicas; (iii) métodos econométricos, baseados na escolha de variáveis explicativas, na identificação de modelo matemático a ser utilizado e, conseqüentemente, na quantificação do impacto da prática em função das variáveis; (iv) o produto bruto mitigado; e (v) índice de recuperação projetado. (ATHAYDE, 2020, p. 57)

Merece destaque o mencionado método econométrico aplicado pelo TCU para verificar o *overcharge* (sobrepço) oriundo de atuação de cartel no âmbito da Petrobras, a fim de “subsidiar a análise das demais etapas do acordo de leniência em elaboração” (BRASIL, 2015). Para o TCU, a metodologia de apuração de dano tradicionalmente empregado seria pouco eficiente para apurar a quantificação do dano decorrente da atuação cartelizada:

A apuração desse sobrepço poderia se dar a partir dos métodos tradicionais, a comparação dos preços praticados com os obtidos a partir dos custos referenciais do Sicro e do Sinapi. Todavia, considerando as especificidades da situação concreta, a SeinfraPetróleo

²⁶ Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/doc_acordos_votos/acordo_keppel_1-25-000-003382-2017-55.pdf
Acesso em: 27.11.2020.

afirmou que "os processos convencionais, nos quais a apuração de sobrepreço parte dos valores referenciais contidos nos sistemas de custos oficiais, apesar de extremamente valiosos para revelar evidências robustas de cartelização nesses contratos, mostram-se pouco eficazes para a função de quantificação do sobrepreço global auferido pelos integrantes desse cartel, porque seria necessário empreender análise por técnicas de engenharia de custos em todos os contratos que foram alvo do cartel. (BRASIL, 2020c)

Assim, aplicando o método econométrico, o TCU partiu de uma base amostral inicial de cento e cinquenta e seis contratos da diretoria de abastecimento daquela empresa estatal, comparando os preços ofertados pelos licitantes em ambientes cartelizados (factual) com os preços que seriam ofertados em ambientes de perfeita concorrência (contrafactual). Os preços ofertados pelos licitantes em ambos os cenários foram analisados em face das estimativas de preço (preço de referência), calculadas pela Petrobras, em cada certame licitatório. Dessa comparação resultou o percentual de 17% (dezesete por cento), que representaria o dano causado pelo cartel correspondente ao *overcharge* (sobrepreço²⁷), isto é, a dinâmica do cartel resultaria na contratação de preços 17% maiores do que seria contratado em um cenário de perfeita concorrência.

Finalizado o estudo, o TCU determinou que "o parâmetro supra relacionado, na ausência de dado mais robusto, em presunção *juris tantum*, servirá de base para a avaliação de legalidade e legitimidade dos eventuais acordos de leniência que venham a ser pactuados com base na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)".

Como a metodologia empregada por CGU, AGU e Ministério Público Federal para apurar o dano não é divulgada, não sabemos se esse método econométrico foi ou continua sendo empregado pelas instituições celebrantes de acordos de leniência, para definir a extensão do dano a ser ressarcido por meio do acordo de leniência firmado com empresas acusadas de compor o cartel da Petrobras.

É apenas consabido que o resultado oriundo da aplicação desse método econométrico foi empregado, pela AGU, como referência para buscar o ressarcimento do dano em ações de improbidade administrativa propostas contra as empresas que compuseram o cartel atuante na Petrobras. Assim, a AGU pugna pelo ressarcimento do dano equivalente ao percentual de 17% incidente sobre os contratos públicos objetos daquelas ações judiciais. Anota-se que profissionais de economia já apon-

²⁷ Consigna-se que esse método se distingue daquele aplicado pela Petrobras para apurar o dano advindo do cartel, conforme explicita o TCU: "companhia considerou como percentual de *overcharge* apenas o declaradamente pago a título de propina, no valor de 3%, a agentes internos da Companhia que atuaram no sentido de facilitar a cartelização. A despeito da validade da metodologia adotada pela Petrobras para fins estritamente contábeis, entendo, em linha de consonância com a unidade técnica, que o efeito da atuação do cartel sobre o preço das contratações não se resumiu ao montante pago a título de propina." (BRASIL, 2020c)

taram fragilidades de cunho metodológico presentes nesse estudo elaborado pelo TCU²⁸.

Em 2020, o Plenário do TCU revisitou o mencionado estudo técnico para verificar se seria adequado aplicar o resultado alcançado em relação a contratos firmados por outras diretorias da Petrobras e, também, com outras empresas integrantes do cartel, tendo concluído pela pertinência da aplicação daquele método definido em 2015 a essas novas circunstâncias. Houve, porém, retificação quanto ao percentual apurado de 17% para 14,53%.

Novamente, o TCU deu ciência das conclusões atinentes à aplicação de método econométrico às instituições celebrantes de acordos de leniência para que possam “servir de base para a negociação de eventuais acordos de leniência ainda em curso”.

Ainda, o Ministro Bruno Dantas sugeriu realizar escrutínio mais amplo e público, a fim de “dar oportunidade de eventuais questionamentos trazidos pela sociedade tornarem o estudo mais robusto e reduzirem as possibilidades de sua revisão na fase de sua aplicação”. Acatando tal sugestão, o Plenário determinou a abertura de prazo para que entidades acadêmicas, representativas das empresas de construção civil e/ou da sociedade em geral apresentassem sugestões, contribuições e eventuais objeções ao método econométrico que vem sendo empregado pelo TCU. Contudo, após a oposição de embargos declaratórios pela Petrobras, o TCU revogou o item da decisão que trouxera essa determinação, sob o entendimento de que o método econométrico pode ser revistado em cada situação concreta, sendo inoportuno o debate público naquele momento (BRASIL, 2020f).

Desses apontamentos constatamos que a questão de metodologia de apuração dos danos em acordos de leniência merece mais clareza a fim de proporcionar previsibilidade, o que pode ser feito por meio de normatização, legal ou infralegal, da questão e, no campo informativo, por meio de elaboração de cartilhas ou guias, tal como hoje há sobre a apuração da multa administrativa. Evidentemente, há natural e constante mutação da aplicação dessas metodologias, que poderão ser modificadas ao longo do processo de aprendizado decorrente da experiência prática. Contudo, isso não pode obstar a busca pela padronização dessas metodologias acompanhada da transparência necessária para que viabilize o controle social, assim permitindo não apenas o exame dos valores acordados em cada acordo de leniência, mas também a contribuição social para o aprimoramento da aplicação dessas metodologias.

²⁸ Como exemplo, vide estudos apresentado pela Tendências Consultoria nas ações de improbidade administrativa n.º 5011396-27.2016.4.04.7000 e 5017254-05.2017.4.04.7000, ambas em trâmite na Subseção Judiciária de Curitiba.

7.3 Apuração do dano em outros países segundo ocde e banco mundial

Considerando que muitos países ainda não possuem legislação acerca da identificação e quantificação das vantagens (“proceeds”) gozadas por quem comete atos de corrupção²⁹ ou, mesmo já tendo normatizado essa questão (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 12) ainda não colocaram a legislação em prática, a OCDE e o Banco Mundial elaboraram guia para auxiliar as autoridades no cálculo das referidas vantagens a fim de permitir sua restituição.

Nesse documento, aquelas instituições apresentam os diferentes remédios utilizados para restituir as vantagens gozadas por quem se beneficia do pagamento de vantagens pecuniárias indevidas (“propinas”) a agentes públicos, sendo eles: (i) confisco dos ativos oriundos da prática do ilícito; (ii) perdimento dos lucros indevidamente obtidos (“disgorgement of profits”); (iii) multas pecuniárias baseadas no valor da vantagem obtida; (iv) compensação por danos; e (v) restituição dos valores contratuais pagos por força de contratos posteriormente invalidados.

Esses chamados remédios podem ser aplicados isolada ou cumulativamente, cada qual servindo a um propósito específico e, em razão disso, podendo ser aplicados por entes como com competência sancionatória distinta, o que torna necessário cuidados para evitar a injusta dupla penalização (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 22) – o que equivaleria à vedação do *non bis idem* em nosso ordenamento jurídico. Especificamente quanto à diferença de propósitos de cada remédio, citamos como exemplo a distinção de objetivos entre a compensação por danos e o perdimento dos lucros indevidamente obtidos (“disgorgement”):

O governo lesado [pelo ato de corrupção] pode entrar com um pedido de indenização para recuperar os prejuízos financeiros sofridos pelo pagamento de preços mais elevados, obtenção de bens e serviços de menor qualidade ou inexecução de contrato que foi obtido por meio de suborno recebido pelo contratante. Promotores também pode buscar o confisco ou devolução dos lucros do contratante. Basicamente, o primeiro busca recuperar seu dano, enquanto o último busca recuperar o ganho do contratante. (tradução livre)(OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 24)³⁰

²⁹ Utilizaremos o termo “corrupção” em sentido amplo, sem restringi-lo à ótica penal. Assim, “atos de corrupção”, na forma como aqui empregada, pode corresponder tanto ao crime de corrupção, como a atos ímprobos, como também aos atos lesivos previstos na Lei. 12.846, de 2013.

³⁰ Original: “The government victim may file a claim seeking compensation to recover the financial damages suffered from paying higher prices, obtaining lesser quality of goods and services or obtaining incomplete performance of the contract that was procured through bribery by the contractor. Prosecutors also may seek confiscation or disgorgement of profits from the contractor. Primarily, the former seeks to recover his harm while the latter seeks to recover the contractor’s gain.” (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 24)

Outro exemplo interessante atine ao confisco dos ativos oriundos da prática do ilícito e o perdimento dos lucros indevidamente obtidos (“disgorgement”), que, regra geral, servem a propósito semelhante, motivo pelo qual, nos Estados Unidos da América, dificilmente serão aplicados simultaneamente. OCDE e Banco Mundial, porém, não descartam a possibilidade de incidência simultânea desses remédios dependendo das circunstâncias do caso concreto (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 23).

Na sequência, OCDE e Banco Mundial trazem as metodologias usualmente aplicadas para quantificar as vantagens oriundas dos atos de corrupção em cinco circunstâncias diferentes: vantagens pecuniárias indevidas (“propinas”) pagas para obtenção de contratos públicos, para concessão de atos de liberação pelo Poder Público, para evitar despesas ou perdas, para acelerar atos a serem emanados do Poder Público, para viabilizar contabilidade ou controle internos frouxos. Cada uma dessas circunstâncias exigirá a aplicação de uma metodologia diferente baseada no remédio adotado na legislação de cada país (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 29).

Na medida em que os acordos de leniência no Brasil envolvem, na maioria dos casos, o pagamento de vantagens pecuniárias indevidas para obtenção de contratos públicos e que nossa legislação admite os mencionados remédios, ainda que, em alguns casos, imbricados entre si, entendemos pertinente mencionar as metodologias citadas pela OCDE e Banco Mundial destinadas a quantificar as vantagens oriundas dos atos de corrupção para obtenção de contratos.

Primeiramente, aquelas instituições abordam duas metodologias para quantificação das vantagens para fins de confisco ou perdimento do lucro indevidamente obtido: a metodologia da receita bruta (“gross revenue method”) e a metodologia da receita líquida (“net proceeds method”) (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 30).

A metodologia da receita bruta estabelece que toda a receita contratual auferida pela empresa equivale à vantagem obtida e, em razão disso, deverá ser restituída.

Já a metodologia da receita líquida considera a receita contratual obtida menos os custos e as despesas legítimas incorridos pela empresa para execução contratual. Ainda, nos casos em que as vantagens pecuniárias indevidas tenham sido fraudulentamente computadas contabilmente como despesas legítimas, o valor relativo a elas será somado à diferença entre as receitas e os custos e despesas legítimas. Já quando as vantagens pecuniárias não tenham sido indicadas como despesas nos registros contábeis, mas tenham sido embutidas no preço contratual e, por consequência, na receita auferida, a vantagem pecuniária paga ao agente público deve ser apurada em cálculo apartado para fins de confisco.

Nessa metodologia, a aferição dos custos e despesas legítimas pode apresentar certas dificuldades, como, por exemplo, a distinção de custos diretos e indiretos

(OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 32). Custos diretamente relacionados ao contrato viciado são mais fáceis de serem apurados, como, por exemplo, materiais adquiridos ou funcionários contratados exclusivamente para execução daquela avença. Já os custos indiretos como, por exemplo, o aluguel do prédio onde está a empresa ou os funcionários que prestam serviços relativos tanto ao contrato viciado quanto aos demais negócios podem nem sempre estar claramente alocados ao contrato viciado dependendo do sistema de custo arranjado, o que dificulta a apuração desses custos legítimos a serem abatidos do valor da receita auferida. Para superar essas dificuldades, OCDE e Banco Mundial destacam que é necessário compreender, com profundidade, a dinâmica empresarial e o sistema contábil da companhia. Ainda, destacam alguns países que nem mesmo admitem a dedução de custos indiretos, tal como a Dinamarca que não permitiu o abatimento dos custos relativos à depreciação de ativos, no caso “oil for food” (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 31).

Embora não apontem a estimativa de valores como uma técnica a ser empregada nas metodologias apresentadas, OCDE e Banco Mundial trazem como exemplo do caso “Medical Equipment Case” em que se mostrou necessário estimar os custos, pois o cálculo do montante real geraria um ônus insuperável ao Estado na medida em que a empresa fraudava suas faturas e não mantinha individualização de custos e receitas para cada projeto executado (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 54).

Ainda no âmbito da quantificação das vantagens para fins de confisco ou perdimento dos lucros, OCDE e Banco Mundial pontuam que também devem ser considerados os lucros que seriam obtidos caso não houvesse o ato de corrupção, o que pode, em alguns casos, minorar a quantia do lucro a ser perdida pela empresa. Essa análise dependerá primordialmente do nível de capacidade da empresa de obter o contrato público licitamente, isto é, sem o cometimento de ato de corrupção.

Para elucidar essa questão, OCDE e Banco Mundial desenham três hipóteses (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 33). Na primeira delas, a empresa contrataria com o Poder Público mesmo que não tivesse pago vantagens pecuniárias indevidas, haja vista a sua qualificação e as condições de mercado. Nesse caso, a vantagem não consiste na obtenção do contrato, o que impede que haja o perdimento de todo o lucro gozado pela empresa e impõe que seja calculado o lucro adicional que obteve quando comparado com outros contratos que também seriam celebrados pela empresa ou por competidores equivalentes à companhia sem o ato de corrupção. Na segunda delas, o contratado teria firmado o contrato mesmo sem o pagamento de vantagens pecuniárias indevidas, porém, não teria conseguido certas condições contratuais vantajosas a si. Nesse caso, deve ser calculada a diferença entre o lucro auferido e o lucro que seria obtido caso essas condições vantajosas não fossem dispostas contratualmente. Na terceira hipótese, o contratado não teria conseguido firmar a avença se não fosse pelo pagamento de vantagens pecuniárias indevidas, de modo que a vantagem corresponde aos lucros totais gozados pelo contratado.

Logo, na primeira e segunda hipóteses, a empresa não perderá todo o seu lucro, mas tão somente o lucro resultado da diferença oriunda da comparação do cenário factual e cenário contrafactual em cada um dos dois casos.

Já em casos em que o contrato obtido mediante pagamento de vantagens pecuniárias indevidas não chegou a ser executado e, portanto, não houve o recebimento de receita, houve a presunção de que a vantagem gozada pela empresa corresponde ao menos ao valor das vantagens pecuniárias indevidas, montante esse a ser confiscado no lugar do lucro inexistente (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 56).

Em relação às metodologias de apuração para compensação de danos (ou, conforme termo empregado neste trabalho, ressarcimento de danos), OCDE e Banco Mundial dispõem que tanto o Poder Público contratante quanto empresas concorrentes podem caracterizar-se como sujeitos que sofrem os danos dependendo das circunstâncias do caso concreto e da legislação de cada país (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 33). Em ambos os casos, o ressarcimento visa levar a vítima à situação em que estaria caso não tivesse havido o ato de corrupção – ideia essa que reflete o que o direito brasileiro denomina como retorno ao *statu quo ante*.

Nos casos em que o Poder Público contratante sofre os danos oriundos da corrupção, via de regra, o dano corresponde ao montante adicional acrescido ao valor contratual, que inexistiria caso não houvesse o ato de corrupção, isto é, o sobrepreço. Logo, para calcular o dano, deverá verificar a diferença entre o preço contratual e o preço que seria pactuado caso o ato de corrupção não tivesse existido. Em muitos casos, para cumprir esse propósito, deverá ser verificado os preços que seriam praticados pelas empresas concorrentes.

Já nas hipóteses em que empresa competidora sofre os danos pelo ato de corrupção por ter perdido a oportunidade de celebrar contrato com o Poder Público, o dano não corresponde à vantagem obtida pela empresa contratada, mas sim guarda pertinência com os lucros que a companhia concorrente auferiria no curso da relação contratual, que serão ressarcidos à empresa lesada. Esses lucros hipotéticos podem ser calculados de duas formas: (i) por meio da correspondência com os lucros líquidos auferidos pelo contratado desonesto quando a empresa concorrente conseguir demonstrar que teria margem de lucro similar àquela gozada pelo contratado desonesto; ou (ii) por meio da verificação do lucro líquido que seria auferido pela empresa concorrente partindo da simulação de todas as receitas, custos e despesas havidas na hipotética execução contratual pela empresa competidora, vítima do dano.

Quanto à quantificação baseada na restituição dos valores contratuais pagos pelo Poder Público, OCDE e Banco Mundial dispõem que alguns países prescrevem que contratos celebrados com empresas que cometeram atos de corrupção devem ser invalidados, pois era viciada a vontade presente na formação da relação contratual (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 21). Nesse caso, essa invalidação pode ter efeito

prospectivo ou retroativo, a depender da legislação nacional. Ainda, a norma local pode prever que a empresa contratada deverá restituir todas as contraprestações pecuniárias recebidas em razão da execução contratual, o que, segundo OCDE e Banco Mundial, aproxima-se ao confisco baseado na metodologia da receita bruta. Nesse caso, a empresa não terá direito a receber as contraprestações que ainda estejam dependentes de pagamento pelo Poder Público. Alternativamente, a legislação local poderá permitir o abatimento dos valores correspondentes aos benefícios gozados pelo Poder Público em razão da execução contratual. Nessa hipótese, deverá ser verificado o valor desse benefício (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 37). No caso “Cameron Airlines v. Transnet Limited”, para apurar o benefício auferido pela empresa estatal contratante, buscou-se definir o preço justo de mercado pelo serviço executado descontadas as vantagens pecuniárias indevidas pagas que corresponderam, naquele caso, a percentual do valor contratual pago a título de comissão à empresa intermediária responsável pelo pagamento de vantagens pecuniárias indevidas a agentes públicos (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 61).

Após apresentadas essas metodologias, OCDE e Banco Mundial indicaram outros fatores que também podem ser considerados para fins de calcular a vantagem obtida com o ato de corrupção. Por exemplo: as comissões pagas a quem intermediou o pagamento de vantagens pecuniárias indevidas (“propinas”) (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 41) e os benefícios indiretos, tais como o lucro auferido em razão de outro contrato, celebrado licitamente, mas em parte obtido em razão da benevolência, boa vontade do agente público no passado já beneficiado pelo ato de corrupção (OCDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 42).

O relato apresentado pela OCDE e Banco Mundial proporciona úteis elementos para refletirmos sobre a apuração do dano pactuado em acordos de leniência. De um lado, é verdade que certas metodologias indicadas pelo OCDE e Banco Mundial não são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, tal como a metodologia da receita bruta que, se aplicada, violaria o princípio do enriquecimento sem causa e contrariaria o art. 20, §3º, do Decreto n.º 8.420 de 2015. De outro, há metodologias passíveis de aplicação em nosso sistema jurídico e que, inclusive, já vêm sendo adotadas pela CGU e AGU, como o método da receita líquida para apuração do lucro a ser perdido e a apuração do sobrepreço correspondente ao dano.

Cabe saber se as instituições celebrantes da leniência no Brasil atualmente empregam essas metodologias na profundidade indicada pela OCDE e pelo Banco Mundial, examinando, por exemplo, se a empresa seria contratada para executar o contrato mesmo que não tivesse cometido o ato de corrupção – o que, como visto acima, influi na apuração do lucro a ser perdido – ou mapeando corretamente os custos diretos e indiretos a serem abatidos do valor da receita bruta considerando todas as dificuldades existentes nessa apuração.

Embora não possamos afirmar o nível de profundidade de aplicação da metodologia de cálculo do dano nos acordos de leniência ante a ausência de informação pública a respeito das metodologias atualmente aplicadas, como visto acima, é recomendável que as instituições brasileiras observem a experiência internacional, buscando constante refinamento nessa matéria.

Ainda, podemos extrair do guia elaborado pela OCDE e Banco Mundial o cuidado com a distinção entre os propósitos que norteiam cada remédio. Ao contrário do que ocorre atualmente em nossos acordos de leniência, em que o ressarcimento do dano parece misturar-se com o perdimento dos lucros, por vezes sendo tratados como uma única rubrica, referidas instituições multilaterais procuraram demarcar o âmbito e objetivo de cada remédio, ainda que considerando seus pontos de intersecção. Sendo assim, este trabalho compreende que os acordos de leniência devem tomar o mesmo cuidado detido internacionalmente quanto a esse aspecto.

8. Conclusão

Este trabalho propôs-se a examinar as controvérsias atualmente existentes em relação à pactuação do ressarcimento do dano em acordos de leniência regidos pela Lei nº 12.8426, de 2013, partindo da visão dos atores institucionais em acordos de leniência e apresentando, adicionalmente, as nossas considerações.

Primeiramente, este estudo apontou que os acordos de leniência não distinguem, com o rigor que seria necessário, o ressarcimento do dano das demais sanções pecuniárias, daí decorrendo consequências práticas negativas, como a dificuldade de abatimento do valor pago a título de ressarcimento do dano quando da cobrança pelos tribunais de contas ou pela pessoa jurídica de direito público lesada.

Na sequência, firmou-se que o ressarcimento do dano não consiste em pressuposto da celebração do acordo de leniência, contudo, sua pactuação em tais instrumentos é juridicamente possível e, sob uma ótica pragmática, mostra-se salutar.

Posteriormente, este estudo demonstrou que o TCU vem exercendo papel relevante em matéria do ressarcimento do dano oriundo de fatos revelados em acordos de leniência, vez que detém competência constitucional e *expertise* para apurar a extensão do dano. Porém, pontuamos que ainda é incerto se essa atuação prejudicará ou fomentará a confiabilidade dos acordos de leniência.

Ainda, demonstrou-se como a pessoa jurídica de direito público lesada pelas condutas antijurídicas reveladas na leniência consistem em mais um ator importante na matéria de ressarcimento dos danos. Daí porque é recomendável que a pessoa jurídica de direito público lesada participe da leniência, na qualidade de interveniente ou, ao menos, figure como destinatária do ressarcimento do dano entabulado no acordo.

Também, evidenciamos que os acordos de leniência não conferem quitação à empresa signatário em relação ao dever de ressarcimento do dano, seja porque há outros atores que não celebram a leniência e que detém competência para imputar ou dano ou legitimidade para cobrá-lo judicialmente, seja porque a inexatidão na apuração da extensão da sanção não permite afirmar, com segurança, que o dano está sendo ressarcido em sua integralidade.

Na sequência, constatou-se que não são claros os parâmetros aplicados por Ministério Público Federa, CGU e AGU para definir a extensão do dano a ser ressarcido. Tal circunstância por vezes resulta na ideia de que a obrigação pecuniária acordada na leniência não ressarcir o dano em sua integralidade, o que leva à busca por ressarcimento complementar àquele pactuado, seja pelo TCU, seja pela pessoa jurídica de direito público lesada. Como consequência final, essa opacidade da metodologia aplicável para apuração do dano tem o condão de afetar a confiabilidade e a atratividade da leniência.

Constatado esse problema, este estudo entende que o Estado brasileiro deve conferir mais previsibilidade e transparência à metodologia de apuração do dano por meio de normatização, legal ou infralegal, da questão e, no campo informativo, por meio de elaboração de cartilhas ou guias. Ao fazer isso, mostra-se pertinente valer-se da experiência estrangeira para refinar as metodologias eleitas. Igualmente importante, cabe ao Estado Brasileiro buscar o constante aprimoramento da aplicação das metodologias, o que pode ser feito não apenas em decorrência do natural processo de aprendizado decorrente da experiência, mas também da contribuição social viabilizada pela transparência.

Ainda, o aperfeiçoamento das metodologias de apuração do dano auxiliará a mitigar controvérsias quanto à quitação da obrigação de ressarcir e a imputação de dano por tribunais de contas, pelas pessoas jurídicas de direito público lesadas e pela instituição competente para celebrar acordo de leniência, mas que não seja signatária do instrumento celebrado.

Tais medidas serão benéficas tanto ao Estado, no âmbito do combate à corrupção, quanto às empresas signatárias da leniência na medida em que incrementarão a segurança jurídica advinda da celebração desses acordos.

9. Referências bibliográficas

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil*. Teoria e Prática. Belo Horizonte: Fórum, 2019

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n.º 3089/2015*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 02.12.2015

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. *Inquérito Civil n.º 1.30.001.0001111/2014-42*.

- Relator: Mônica Nicida Garcia. Brasília, DF, 01.09.2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-nao-homologa-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore> Acesso em 24.11.2020
- BRASIL. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Portaria Interministerial n.º 2278, de 15 de dezembro de 2016*. Brasília, DF, 16.12.2016.
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n.º 483/2017*. Ministro Relator Bruno Dantas. Julgamento em 22.03.2017
- BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. *Orientação n.º 07/2017*. Brasília, DF, 24.08.2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ORIENTA07_2017.pdf Acesso em 24.11.2020
- BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. *Estudo Técnico n.º 01/2017*. Setembro de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo-tecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>. Acesso em: 28.11.2020
- BRASIL. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Instrução Normativa n.º 02, de 16 de maio de 2018*. Brasília, DF, 21.05.2018.
- BRASIL. Controladoria Geral da União. *Os acordos de leniência e seus pilares*. 19.02.2019. Disponível em <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/32923> Acesso em 25.11.2020
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n.º 129/2020*. TC 016.588/2019-3. Ministro Relator Benjamin Zymler. Julgamento em 29.01.2020
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Agravo de instrumento n.º 5042987-50.2019.4.04.0000*. Porto Alegre, RS, 18.02.2020
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n.º 1568/2020*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 17.06.2020
- BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Decisão n.º 175/2020/CMRI*. Brasília, DF, 31.07.2020
- BRASIL. *Minuta do Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram o Ministério Público Federal, a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e o Tribunal de Contas da União (TCU) em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei n.º 12.846, de 2013, 06 de agosto de 2020*, Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acordo6ago sto.pdf> Acesso em 24.11.2020

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 2179/2020*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 19.08.2020

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. *Nota Técnica n.º 02/2020*. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nota-tecnica-2-2020-acordo-de-cooperacao-acordo-de-leniencia-final.pdf> Acesso em: 24.11.2020

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao art. 6º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARRARA, Thiago. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica. *Revista Digital de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v6i2p95-113. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/160590>. Acesso em: 25 nov. 2020.

OCDE; BANCO MUNDIAL. *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: Revised edition*. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264174801-en>. Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/identificationandquantificationofthepr oceedsofbriberyajointoecd-staranalysis.htm>. Acesso em 01.12.2020. p. 12

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 13. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018

PIMENTA, Raquel de Mattos. *A construção dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção*. São Paulo: Blucher, 2020

ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. F. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

VALENTE, Fernanda. *STF analisa inidoneidade de empresas declarada após acordo de leniência*. Consultor Jurídico, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-26/stf-analisa-inidoneidade-empresas-declarada-leniencia>. Acesso em: 29.12.2020