
DA RESTITUIÇÃO DE LUCROS
INDEVIDOS EM CASO DE CORRUPÇÃO:
FUNDAMENTOS LEGAIS PARA
ADOÇÃO DE *DISGORGEMENT* COMO
FERRAMENTA PARA RECUPERAÇÃO DE
ATIVOS

*RESTITUTION OF ILL-GOTTEN PROFITS: LEGAL
FRAMEWORK FOR DISGORGEMENT IN CORRUPTION
CASES AS A TOOL TO RECOVER PROCEEDS FROM BRIBERY*

*Rafael Romanoff
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dos fundamentos para exigir a restituição dos lucros indevidos; 2 A restituição dos lucros ilícitos e o ressarcimento; 3 Do acordo de cooperação técnica; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata-se de artigo em que se discutem os fundamentos para adoção da restituição de lucros obtidos em contratos afetados por ilícitos tipificados na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção. Defende-se a efetividade da restituição de lucros indevidos como adiantamento de danos para casos em que a quantificação de dano efetivo seja de complexa apuração, como medida que assegure um patamar mínimo de ressarcimento. Por fim, pondera sobre como o Acordo de Cooperação Técnica firmado com TCU, Polícia Federal, AGU e CGU poderá tratar a questão.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Confisco. Restituição de Lucros Indevidos. Acordos de Leniência.

ABSTRACT: This article pursues the legal framework for the adoption of disgorgement of profits obtained in contracts affected by acts classified as illicit in the law of administrative improbity and in the anti-corruption law. It discusses the effectiveness of restitution of ill-gotten profits is defended as an advance of damages for cases in which the quantification of actual damage is complex to determine, as a measure that ensures an adequate level of reimbursement and discusses how the Technical Cooperation Agreement signed with TCU, Federal Police, AGU and CGU can address the issue.

KEYWORDS: Corruption. Confiscation. Disgorgement. Leniency Agreements.

INTRODUÇÃO

Nos últimos 10 anos, o Brasil tomou conhecimento de um imenso esquema de corrupção, que se alastrava por diversas esferas federativas e afetou centenas de contratos administrativos. Diante da relevância dos fatos revelados, as esferas de controle interno e externo adotaram diversas medidas para buscar a responsabilização dos agentes públicos e privados, assim como buscar quantificar os danos causados pelos atos ilícitos e promover ações para recuperação dos ativos desviados pela corrupção.

O presente artigo buscará demonstrar que a restituição de lucros indevidos é uma ferramenta adequada para efetivação da aplicação de confisco do produto do ilícito, bem como para o cálculo de um valor mínimo para ressarcimento de danos causados à administração pública, sem prejuízo de outros procedimentos complementares reparação integral do dano.

Além disso, analisará o tratamento de questões relativas à diferenças de metodologia de apuração de dano no acordo de cooperação técnica celebrado entre 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 nº 12.846/2013.

1 DOS FUNDAMENTOS PARA EXIGIR A RESTITUIÇÃO DOS LUCROS INDEVIDOS

No plano internacional, três convenções assinadas pelo Brasil trazem importantes compromissos para responsabilização: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Tais diplomas internacionais trazem alguns dispositivos que se relacionam diretamente ao dever de buscar o confisco ou perdimento.

O artigo XV da Convenção Interamericana contra a Corrupção determina que:

1. Em conformidade com as legislações nacionais aplicáveis e os tratados pertinentes ou outros acordos que estejam em vigor entre eles, os Estados Partes prestarão mutuamente a mais ampla assistência possível para identificar, localizar, bloquear, apreender e confiscar bens obtidos ou provenientes da prática dos delitos tipificados de acordo com esta Convenção, ou os bens usados para essa prática, ou o respectivo produto.

O artigo 30 da Convenção da UNCAC prevê que:

1. Cada Estado Parte adotará, no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno, as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco:

a) Do produto de delito qualificado de acordo com a presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao de tal produto;

b) Dos bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados utilizados na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

O artigo 3º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais:

3. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias a garantir que o suborno e o produto da corrupção de um funcionário público estrangeiro, ou o valor dos bens correspondentes a tal produto, estejam sujeitos a retenção e confisco ou que sanções financeiras de efeito equivalente sejam aplicáveis.

Pelo teor dos dispositivos citados, há uma grande preocupação da comunidade internacional com a efetivação de medidas que permitam o confisco do produto do delito, ou seja, lucros ou outros benefícios obtidos pelo subornador na transação ou outra vantagem indevida obtida ou assegurada por meio de suborno.

No plano interno, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção determinam a aplicação de perdimento de bens, nos seguintes termos:

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

Como ressaltam Saadi e Machado (2017, p. 493), o confisco de ativos é importante eixo da nova estratégia estatal para arrostar a corrupção:

Se o crime se torna um negócio que gera grandes volumes de riqueza, a política criminal que reage a esse quadro será efetiva na medida em que priva os criminosos dos proveitos ilicitamente auferidos. A resposta penal por excelência, tradicionalmente voltada à persecução da pessoa, exige uma reformulação para contemplar ações que busquem valores. Dessarte, o confisco de ativos é importante eixo da nova estratégia estatal para arrostar a corrupção.

Além de assumir efeito dissuasório da prática do crime, a constrição de bens pode assegurar a reparação de danos causados pelo delito. A propósito, as medidas para indisponibilizar o patrimônio ilícito foram historicamente concebidas como instrumento para garantir que vítimas pudessem requerer, futuramente, a compensação pelos prejuízos que o delito lhes tiver causado (DE CARLI, 2012, p. 217). Em crimes de corrupção, contudo, nem sempre é possível nomear vítimas individualmente, mas a índole reparatória a que se destinam as medidas patrimoniais permanece para assegurar a compensação da sociedade pelos danos econômicos e sociais.

Conforme manual da OCDE para identificação e quantificação do produto do ilícito (OECD 2012), há cinco medidas legais principais para que o Estado busque a recuperação do produto do delito: confisco, *disgorgement*, multas aplicadas no valor do benefício, ressarcimento de danos e indenização por descumprimento contratual. Cada uma dessas medidas pode ser utilizada isoladamente ou em conjunto, em muitos casos por mais de um órgão competente na mesma jurisdição.

Segundo o estudo, tanto o confisco como o *disgorgement* servem para propósitos similares, quais sejam, remover da esfera jurídica do infrator os ganhos obtidos ilicitamente. Neste ponto, diferem-se das multas, que possuem nítido objetivo de punir o infrator. Por tal razão, é comum a aplicação de uma penalidade e do *disgorgement* no mesmo procedimento, sem que haja cobrança em duplicidade em face do infrator.

Há também interação entre confisco e cobrança de danos. Em relação a um mesmo ato ilícito, o Estado pode atuar para efetivar o confisco de bens, caso o infrator tenha obtido algum benefício do ato ilícito, assim como a vítima pode requerer a cobrança de danos sofridos, mesmo que o infrator não tenha auferido qualquer vantagem com o ilícito.

Todavia, o estudo afirma que várias jurisdições levam em consideração a relação entre o confisco e a cobrança de danos, para impedir injusta duplicidade na responsabilização dos agentes. Nesse sentido, os órgãos competentes podem considerar satisfatórias uma das medidas já tomadas e avaliar se é necessário adotar outras medidas, ou mesmo privilegiar a indenização das vítimas, diretamente ou pela restituição dos valores confiscados à vítima, e depois avaliar se outras medidas serão necessárias.

Além desses instrumentos legais, o estudo da OCDE também discorre quanto às metodologias utilizadas para quantificar a vantagem indevida na efetivação do confisco ou do *disgorgement*. Quando o ato de corrupção afeta um contrato administrativo, alguns sistemas podem exigir a devolução de (i) todo o valor do contrato, (ii) da receita líquida, ou seja, das receitas pagas deduzidas despesas legítimas ocorridas na execução do contrato, ou (iii) do lucro adicional, que avalia quais benefícios a empresa teria obtido caso a propina não tivesse sido paga.

No sistema brasileiro, o art. 59 da Lei de Licitações traz balizas para declaração de nulidade de contratos administrativos:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Em tais casos, por se tratar de ato lesivo ao patrimônio público, há possibilidade de que os atos ensejem o ajuizamento de ação civil pública ou de ação de ressarcimento para pleitear a nulidade do contrato afetado, com a desconstituição dos efeitos produzidos e o ressarcimento de danos que tenham sido causados à administração pública. Com efeito, os valores obtidos nos contratos viciados são produto do crime e devem ser restituídos ao patrimônio do ente público lesado com o ato.

Como ensina Cano (2015, p. 71), a anulação de atos e contratos administrativos é uma forma de confisco dos produtos do delito ou da aplicação de sanções de efeito equivalente:

Todos os instrumentos internacionais de luta contra a corrupção partem do princípio de que a corrupção não pode compensar e que, conseqüentemente, os Estados signatários devem confiscar o produto da corrupção ou aplicarem sanções pecuniárias de efeito equivalente. O confisco do produto dos delitos de corrupção engloba também a “caducidade dos direitos” noção dentro da qual, sem esforço, cabe considerar incluída a nulidade de atos e contratos públicos.

Para Cano (2017, p. 64), a declaração de nulidade do contrato e do ato poderia ser determinada pelo próprio juízo criminal. Todavia, tal entendimento é mais coerente com sistemas que admitem a responsabilização criminal da pessoa jurídica, parte na relação contratual, enquanto no direito brasileiro, para fins de combate à corrupção, a responsabilização desses entes deve se dar nas esferas civil e administrativa, haja vista que pessoas jurídicas na esfera criminal somente podem ser punidas pela prática de crimes ambientais.

Dessa forma, como consequência normativa de contratos afetados por corrupção, impõe-se a nulidade do contrato no âmbito administrativo e civil ou, no caso de contratos já executados, a criação de instrumentos que permitam restituir a vítima ao estado anterior à lesão.

Por fim, o último fundamento para a aplicação decorre do enriquecimento sem causa. No âmbito do direito privado, há recente decisão no STJ que reconhece a possibilidade de restituição de lucros ilícitos, com fundamento na proibição do enriquecimento sem causa. Nesse caso, o STJ entendeu que:

A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante.

Ainda que se trate de aplicação no âmbito do direito privado, observa-se uma crescente introdução do instituto da restituição dos lucros indevidos na prática forense brasileira.

Em suma, a prática internacional demonstra que o compromisso de recuperar bens e valores provenientes de ilícitos praticados contra a administração pública pode ser efetivado por diversos instrumentos e de acordo com parâmetros determinados por algumas metodologias (produto bruto, receita líquida e lucro adicional).

No direito brasileiro, em relação a ilícitos que afetaram contratos administrativo, há instrumentos no direito sancionador que permitem a responsabilização da pessoa jurídica mediante a restituição de lucros ilícitos aos entes públicos lesados, bem como uma crescente adoção do instrumento na seara do direito privado.

2 A RESTITUIÇÃO DOS LUCROS ILÍCITOS E O RESSARCIMENTO

O pedido de perdimento dos ganhos ilícitos pode se tornar o principal instrumento da dificuldade em apurar, em cada caso, a exata extensão do dano causado para a administração pública, e da necessidade de promover medidas céleres de responsabilização aos agentes que se beneficiaram dos ilícitos praticados com a obtenção de contratos administrativos.

Chinelato (2018, p. 123), a partir da jurisprudência norte-americana, afirma que o *disgorgement* orienta-se a partir de uma premissa muito clara: não é possível que, mesmo após a vítima recuperar as suas perdas, o agressor permaneça em uma posição melhor da que estava antes da ilicitude. Assim, o *disgorgement* não deve ser entendido como um instrumento voltado primordialmente para garantir a compensação da vítima, mas uma forma de privar o transgressor de todos os ganhos decorrentes do seu erro.

Como alertam Rosenvald e Kuperman (2017, p. 29), há espaço, no sistema jurídico pátrio para uma adequação do instituto do enriquecimento sem causa, convertendo-se em efetiva pretensão para o resgate do lucro ilícito, bem como uma alteração da fisionomia sistemática da Responsabilidade Civil mirando o escopo preventivo-punitivo, especificamente para casos em que há necessidade de uma alteração in pejus no patrimônio do responsável pelo ilícito e não somente um retorno deste ao status quo:

O grave problema da responsabilidade civil brasileira consiste na miopia de preservar o paradigma puramente compensatório, em detrimento de um modelo plural e aberto que possa albergar a civilizada convivência de remédios reparatórios, restituitórios e punitivos, cada qual dentro de seus pressupostos objetivos. Esse esquema monolítico de reparação de danos é exclusivamente focado na fictícia restituição da vítima ao estado anterior a lesão, quando na verdade, o máximo que o direito pode fazer para, de alguma forma, resgatar o passado é transcender

a epiderme do dano e alcançar o ilícito em si, seja para remover os ganhos indevidamente dele derivados ou, em situações excepcionais, punir comportamentos exemplarmente negativos.

Todavia, a existência de instrumentos diversos para quantificação de sanções e ressarcimento não implica a impossibilidade de diálogo entre as diversas esferas para apuração de dano, cada uma a seu tempo adequado.

Dessa forma, havendo elementos que comprovam a existência de ilícitos que acarretem a nulidade do contrato administrativo, sem que seja necessário comprovar a existência de dano efetivo, o disgorgement pode ser utilizado como ferramenta tanto para efetivação da pena de perdimento como uma fixação mínima de valor de ressarcimento.

No âmbito dos acordos de leniência firmados entre a AGU e a CGU, há previsão normativa na Instrução Normativa nº 2, de 16 de maio de 2018, acerca dos valores a título de ressarcimento que podem ser endereçados nos acordos de leniência, com previsão expressa da devolução do lucro ou do enriquecimento que seria razoável se não houvera o ato ilícito:

3. 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, a saber:

1. somatório de eventuais danos incontroversos atribuíveis às empresas colaboradoras;

2. somatório de todas as propinas pagas; e

3. lucro ou enriquecimento que seria razoável se não houvera o ato ilícito.

A metodologia prevista na Instrução Normativa se aproxima do método da receita líquida descrito no Manual da OCDE, ao determinar o perdimento das receitas do contrato com exceção de custos e despesa legítimas incorridos pela pessoa jurídica infratora na execução do contrato. A inclusão do valor das propinas como valor a ser ressarcido também

se aproxima da metodologia, pelo fato de tais despesas serem inseridas de forma fraudulenta na contabilidade de contratos e repassadas aos entes lesados.

Essa metodologia, todavia, não tem a pretensão de eximir a pessoas jurídicas colaboradoras de ressarcimento integral ao erário, tendo em vista a expressa previsão legal do art. 16, § 3º, da Lei nº 12.846/2013.

A opção por não incluir o ressarcimento do dano no bojo do próprio acordo de leniência parte do pressuposto que a apuração do dano pressupõe contraditório e ampla defesa efetivos, inclusive com participação de terceiros envolvidos que não fazem parte do processo de negociação de leniência.

Além disso, as informações e documentos fornecidos pelas colaboradoras nem sempre trarão todos os elementos necessários para a integral apuração dos fatos no bojo do próprio procedimento de negociação. Com efeito, as ações de alavancagem investigativa podem demandar a obtenção de informações e documentos em poder de terceiros, obtidos a partir de medidas de natureza judicial (em alguns casos com reserva de jurisdição) ou administrativa que somente poderão ser efetivadas após a celebração do acordo.

Além disso, para correta mensuração do dano, em muitos casos será necessária a realização prova de natureza pericial e de estudos aprofundados de natureza econométrica absolutamente cuja produção seja absolutamente incompatível com a rito de negociação de um acordo de leniência.

Em vista das limitações inerentes ao próprio processo de negociação de acordo de leniência, a restituição de lucros indevidos é estruturada como adiantamento de dano, tornando possível um patamar mínimo de ressarcimento decorrente do ato ilícito admitido pela empresa colaboradora. Com efeito, não afeta a possibilidade de o ente lesado adotar medidas para ressarcimento de danos não tratados no acordo ou de o TCU imputar débitos e apurar a responsabilidade financeira daqueles que deram causa a prejuízo ao erário. Como explicita Alves (2018, p. 174-175):

O eventual ressarcimento dos prejuízos decorrentes dos atos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas, no âmbito dos processos administrativos instaurados pela administração pública ou pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, na esfera federal, não constitui óbice à atribuição constitucional do TCU de julgar as contas dos responsáveis, que, por óbvio levará em conta o valor devolvido na decisão final quanto ao valor do débito.

Para evitar ressarcimento em duplicidade, podem ser estipuladas cláusulas que permitem compensações de valores cobrados em instâncias

distintas, decorrentes do mesmo fato gerador e sob a mesma rubrica de ressarcimento, como para, mediante um juízo equitativo, ser utilizado como parâmetro para fixação de reparação de danos

Como visto, a declaração de nulidade do ato poderia ensejar inclusive a restituição de todos os valores desembolsados, por força do art. 59 da Lei nº 8.666/1993. No entanto, tal alternativa traria inúmeras discussões acerca de enriquecimento ilícito da própria administração pública, uma vez que usufruiria das obras e serviços prestados pelo contratado sem qualquer contraprestação.

Como aponta Chinelato (2018, p. 124), os tribunais americanos não exigem precisão na definição da quantia a ser restituída, mas uma apuração razoável dos lucros que teriam sido efetivamente realizados e que tenham sido diretamente relacionados com o ato ilícito.

A previsão de restituição dos lucros indevidos nos acordos de leniência segue prática internacional, como se depreende de estudo realizado pelo Banco Mundial (OECD 2014, p. 72), o qual aponta que, em acordos de natureza civil e administrativa que envolvam suborno transnacional, 60,2% do total dos valores pagos consistia na devolução de ganhos indevidos.

Em relação à autocomposição de conflitos que envolvam casos de suborno transnacional, outro estudo (OECD 2019) aponta que 71% dos sistemas de soluções consensuais permitem que a aplicação de multa e de confisco seja realizada no mesmo procedimento. Conforme o estudo, há diferenciação exata entre os valores aplicados a título de multa daqueles relacionados ao confisco.

Nesse contexto, a adoção de metodologia focada em apuração de dano, com padrões distintos daqueles adotados por outras jurisdições, pode prejudicar a coordenação entre autoridades em casos multijurisdicionais, essencial para adequada solução de conflitos que envolvam suborno transnacional.

No âmbito do TCU, a possibilidade de aplicação de sanção de perda de lucros foi objeto do Acórdão nº 129/2020-Plenário, no qual a Corte de Contas concluiu pela impossibilidade de aplicação de perda de lucros em sede de tomada de contas especial.

A partir de análise dos efeitos do art. 19 da Lei nº 12.846/2013, do art. 12 da Lei nº 8.429/1992 e do art. 91 do Código Penal, o Tribunal reconheceu a natureza punitiva da devolução do lucro obtido mediante fraude às licitações e a ausência de competência legal para a aplicação dessa sanção pelo Tribunal de Contas da União (p. 8-9):

Outrossim, julgo que falta competência legal a este Tribunal para deliberar sobre a restituição do lucro espúrio recebido pelo consórcio

contratado. O TCU não pode aplicar sanções sem a devida previsão legal, nos termos do art. 5º, incisos II, XXXIX e XLVI, da Constituição Federal. Em obséquio ao princípio da reserva legal, não é dado à administração pública aplicar penalidades administrativas sem respaldo em lei formal. A Lei Orgânica do TCU não possui capitulação análoga à existente nas Leis 8.429/1992 e 12.846/2013, que estabelecem perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio dos envolvidos nos atos de improbidade administrativa ou lesivos contra a administração pública, respectivamente.

23. Ainda nessas leis, a competência para a aplicação da pena de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio é privativa ao Poder Judiciário, mediante o devido processo legal, diferentemente do que ocorre no processo de tomada de contas especial, em que as decisões desta Corte de Contas possuem eficácia de título executivo.

Embora tenha reconhecido a natureza de sanção do perdimento do lucro dos contratos, outro fundamento acolhido pela Corte de Contas diz respeito à possibilidade de compensação das verbas devolvidas a tal título com os danos efetivos possivelmente apurados em relação ao mesmo fato.

Nessa ocasião, o tribunal retomou antigo entendimento firmado em decisão anterior (Acórdão 892/2019-Plenário, que apreciou embargos de declaração opostos contra o Acórdão 2.677/2018-Plenário), no sentido de que os pagamentos efetuados no âmbito dos acordos de leniência e de colaboração, a título de ressarcimento de danos, multas de natureza indenizatória ou confiscos, podem ser considerados para amortização dos valores dos débitos imputados na tomada de contas especial apurados contra os responsáveis colaboradores, desde que configurada a identidade dos fatos geradores e do cofre credor.

Dessa forma, mesmo reconhecendo a natureza sancionatória do perdimento de lucros, o TCU avalia a possibilidade de compensação dos valores fixados em acordo de leniência em sede de apuração de dano concreto. Não há, portanto, impossibilidade de coexistência de ambos institutos.

Por fim, em relação à atuação do Ministério Público, ainda que a Lei nº 12.846/13 não tenha reconhecido competência expressa para a celebração de acordos de leniência, tornou-se prática realizar acordos com pessoas jurídicas, especialmente em conjunto com acordos de colaboração premiada de pessoas físicas vinculadas à pessoa jurídica infratora.

Em relação a pagamento de valores, ainda que o Ministério Público Federal não tenha orientação quanto parâmetros para cálculo

de ressarcimento ou discriminação entre sanção e ressarcimento, a Nota Técnica 01/2017 indica que o pagamento em dado caso concreto pode ser apenas um adiantamento de caráter parcial do ressarcimento, que não dá quitação e não é requisito do próprio acordo. Dessa forma, também há preocupação em indicar os valores fixados em tais instrumentos como adiantamento de dano, evitando-se cobrança em duplicidade.

3 DO ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA

No dia 06 de agosto de 2020, anunciou-se a assinatura de acordo de cooperação técnica entre a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Tribunal de Contas da União (TCU) para o combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846/2013.

O preâmbulo do referido instrumento revela a finalidade do acordo: coordenar a atuação de diversas esferas de exercício do poder sancionatório do Estado:

Percebe-se assim que, no que tange à função estatal de prevenção e combate à corrupção, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro é dotado de um sistema de múltiplas camadas de competências e responsabilidades, com independência relativa ou mitigada entre elas. E nesse sistema com múltiplas esferas de responsabilidade vários são os órgãos ou instituições públicas com atribuição e competência para exercer parcela do poder sancionatório do Estado, sem a existência de hierarquia ou subordinação entre eles.

Nesse contexto, dada a natureza multifacetária e plural dos atos de corrupção, esses atraem a incidência de um verdadeiro sistema de responsabilização que demanda a atuação articulada de várias instituições para combatê-la. Dentro deste sistema, destacam-se (i) as instituições com poder de investigação e persecução penal (no nível federal através da Polícia Federal e Ministério Público Federal); (ii) as instituições encarregadas de promover ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa (no plano federal através do Ministério Público Federal e os entes públicos lesados, notadamente a União representada pela Advocacia-Geral da União); (iii) as instituições comissionadas legalmente para exercer as funções próprias ao controle interno, à persecução administrativa nos termos da Lei nº 12.846/2013 e à prevenção e combate à corrupção (no âmbito do Poder Executivo

federal, a cargo da Controladoria-Geral da União); bem como (iv) as instituições incumbidas do controle externo dos demais Poderes (que no âmbito federal é exercido pelo Tribunal de Contas da União).”

Em relação à natureza dos valores a serem fixados nos acordos, a necessidade de discriminação correta de cada rubrica foi erigida à condição de princípio:

Nono princípio: da objetividade dos parâmetros para fixação proporcional e razoável dos valores a serem pagos a partir de, ao menos, dois tipos de rubricas: (i) rubrica de natureza sancionatória, referente às multas da Lei nº 12.846, de 2013, e da Lei nº 8.429, de 1992; e (ii) rubrica específica referente a uma estimativa justa e consensual dos valores a serem ressarcidos, considerando a necessidade de se dar efetividade à recuperação de ativos e observadas as condições subjetivas do colaborador;

Dessa forma, o ACT afasta o estabelecimento de rubricas genéricas, que não permitem exatamente a verificação de como foi exercido o poder sancionador no caso concreto. Nesse sentido, considera-se que o referido princípio do ACT traz avanços na uniformização da terminologia dos acordos, essencial para permitir que o TCU e os entes lesados entendam adequadamente quais foram os parâmetros utilizados para a construção dos valores e avaliem os reflexos nos procedimentos de sua competência.

Tal diferenciação é essencial para a aplicação da sexta ação operacional prevista no ACT:

Sexta ação operacional: as SIGNATÁRIAS DO ACT buscarão estabelecer mecanismos de compensação e/ou abatimento de multas (sanções) pagas pelas empresas em condutas tipificadas em mais de uma legislação, assim como, para evitar pagamentos ou cobranças em duplicidade, procurarão estabelecer mecanismos de compensação e/ou abatimento de valores de ressarcimento quando destinados aos mesmos entes lesados e originários dos mesmos fatos.

Observa-se um esforço em promover um diálogo institucional para que o compromisso assumido pela pessoa jurídica infratora de restituir os lucros indevidos seja devidamente levado em consideração em procedimentos que apurem o dano pelo mesmo fato.

Todavia, o ACT avançou ainda mais nessa seara ao prever, em sua segunda ação operacional, que a CGU, a AGU e o TCU buscarão

parametrizar metodologia específica para apuração de eventual dano a ser endereçado em negociação para acordo de leniência. Há uma expectativa, portanto, que a análise relativa a dano seja aprofundada nas próprias negociações da leniência e que haja condições de que o TCU se pronuncie e, de forma definitiva, possa dar quitação de dano que houver sido estimado:

(2) concluindo a CGU/AGU que o acordo está em condições de ser assinado e ainda não havendo manifestação do TCU, este será comunicado para que se manifeste em até 90 (noventa) dias acerca da possibilidade de não instaurar ou extinguir procedimentos administrativos de sua competência para cobrança de dano em face de colaboradora, por considerar que os valores negociados atendem aos critérios de quitação de ressarcimento do dano;

(3) Havendo manifestação do Tribunal de Contas da União no sentido de considerar que os valores negociados no acordo satisfazem aos critérios estabelecidos para a quitação do dano por ele estimado, o tribunal dará quitação condicionada ao pleno cumprimento do acordo.

Na efetivação do acordo de cooperação técnica, este ponto parece ser o principal desafio imposto às instituições celebrantes, uma vez que a metodologia atual prevista na Instrução Normativa nº 2, de 16 de maio de 2018, não contempla uma discussão aprofundada sobre dano, pelos motivos já expostos neste artigo.

Por outro lado, deve-se reconhecer que a tentativa de criação de parâmetros para ressarcimento pode trazer maior segurança jurídica para as empresas colaboradoras, tendo em vista maior previsibilidade quanto às repercussões financeiras de suas condutas.

Além disso, diante da ausência de atribuição legal para celebração de acordo de leniência por parte do TCU e dos benefícios decorrentes da adoção de mecanismos consensuais para solução de controvérsias, considera-se legítima a preocupação do TCU de que os acordos de leniência também possam trazer resoluções adequadas para os procedimentos de tomadas de contas em trâmite no tribunal.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Extraordinário 636.886/AL- Alagoas (STF, 2020, pgs. 15/16), no qual o STF reconheceu que “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”, a Suprema Corte exaltou a necessidade de os atores políticos envidarem esforços para redução do tempo dos processos em trâmite no TCU:

Em primeiro lugar, cabe ao Tribunal de Contas, em particular, e a todos os agentes políticos, de modo geral, evitar esforços para que haja a redução do tempo dos processos na referida Corte. Penso não ser legítimo o sacrifício de direitos fundamentais dos indivíduos, como forma de compensar a ineficiência da máquina pública.

No entanto, é imprescindível que a boa intenção de apurar de forma célere danos causados à administração pública não prejudique outros pilares do acordo de leniência, especialmente relacionado à efetividade na apuração dos ilícitos, com a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa. Com efeito, é possível que a existência de um prejuízo efetivo seja identificada somente após o aprofundamento das apurações, sem que haja elementos suficientes para o tribunal avaliar se é possível conceder a quitação do dano.

Outra hipótese é que o TCU entenda que os valores fixados a título de restituição de lucro, em alguns casos, podem ser suficientes para o encerramento ou não instauração de tomada de contas especial. Nesse caso, haveria um aproveitamento parcial do acordo em relação à quitação, que já seria útil pela possibilidade de priorização dos procedimentos em que seja necessário um maior aprofundamento pelo tribunal.

Nesse contexto, o ACT traz, de um lado, como quarto princípio a busca do consenso entre as SIGNATÁRIAS DO ACT quanto à apuração e eventual quitação de danos decorrentes de fatos abrangidos no acordo, ao mesmo tempo em que, de outro, reconhece como sétimo princípio a busca do interesse público na avaliação da vantajosidade da proposta de acordo para a Administração Pública, devendo-se analisar quais seriam os custos e o resultado útil das medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.

Um dos pontos essenciais para sucesso do ACT é a elaboração de uma metodologia que alcance um ponto de equilíbrio entre os mencionados princípios e permita que a celebração de acordos de leniência continue a ser efetiva. Caso não se compreendam as limitações inerentes ao instrumento, há o risco de que os mesmos problemas que prejudicam a efetividade dos procedimentos tradicionais de apuração de dano coloquem em risco a celebração de novos acordos e a possibilidade de se obter um nível razoável de recuperação de ativos desviados por força da corrupção.

4 CONCLUSÃO

No presente texto destacou-se, de início, a existência de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil que demandam o confisco de bens obtidos ou provenientes da prática dos delitos contra a administração pública e instrumentos internos que permitem o cumprimento desse compromisso.

Uma das formas de efetivar o perdimento de valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio é a aplicação da restituição dos lucros indevidos, quando analisados ilícitos relacionados a contratos administrativos. Trata-se de metodologia adotada internacionalmente e adequada para mecanismos de resolução consensual de conflitos, com bons resultados no combate à corrupção.

Na restituição de lucros decorrentes de acordo de leniência, ainda que o procedimento tenha a natureza de procedimento administrativo sancionador, os valores devolvidos diretamente às vítimas passam a ter natureza de ressarcimento.

O compromisso na restituição dos lucros aos entes lesados deve ser levado em consideração na cobrança de danos apurados concretamente, na medida em que se admite a compensação de valores relacionados aos mesmos fatos e com a mesma rubrica.

Em um sistema que enfrenta diversos desafios relacionados à apuração e quantificação de dano, a adoção da metodologia de devolução de lucros como parâmetro de aplicação da pena de perdimento serve como instrumento efetivo para garantir um ressarcimento razoável, sem prejuízo da apuração e da cobrança de danos que superem os valores acordados.

Nesse contexto, conclui-se que o acordo de cooperação técnica trouxe importante avanço nos diálogos entre o acordo de leniência, principal mecanismo consensual de responsabilização da pessoa jurídica, e outros instrumentos de direito sancionador contencioso, tais como as tomadas de contas especiais de competência do Tribunal de Contas da União. No entanto, o acordo também trouxe grandes desafios às instituições celebrantes ao propor metodologia de apuração de dano no bojo do acordo de leniência.

Dessa forma, a possibilidade de colocar o ACT em prática e de forma efetiva demanda a correta compreensão acerca da finalidade e das limitações do instrumento de acordo de leniência, assim como de ajuste de expectativas quanto à sua viabilidade como mecanismo de apuração de dano. Nesse sentido, ainda que as instituições adotem os seus melhores esforços e cumpram o ACT dentro do espírito de cooperação que norteou a celebração do acordo, pode haver frustração nos resultados esperados se forem completamente descartadas metodologias adequadas ao rito dos acordos de leniência, tais como a restituição dos valores de lucros indevidos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. Análise da juridicidade do controle dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção empresarial pelo Tribunal de Contas da União. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 17, m.02 155-182, abr/jun. 2018.

BRASIL. *Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Tribunal de Contas da União (TCU) para o combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei 12.846/2013*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E73726BD20173C539FB925300>. Acesso em: 15 Ago. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 4410/2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso: em 15 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 5480/2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5480.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 5687/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. Presidência, Controladoria-Geral da União. Brasília: CGU, 2007.

BRASIL. *Nota Técnica nº 01/2017 – 5ª CCR, sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal*. Brasília: MPF, 2007. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *ACÓRDÃO Nº 129/2020 – TCU – Plenário*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 5/5/2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2390637%22>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. *Lei 12.846/2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8666/1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8429/1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CANO, Carlos Aymerich. *O dever de deixar sem efeito os contratos afetados por atos de corrupção*. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/59315/35394>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CHINELATO, João Marcelo Torres. Do dever de restituir o lucro decorrente da lesão a direitos coletivos. *Advocacia-Geral da União 25 anos: o Brasil com segurança jurídica*, v.10 n.3, 07/2018 a 09/2018.

OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention* Disponível em: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm Acesso em: 15 ago. 2020.

OECD (2014). *Left out of the bargain: settlements in foreign bribery cases and implications for asset recovery* / Jacinta Anyango Oduor, Francisca M.U. Fernando, Agustin Flah, Dorothee Gottwald, Jeanne M. Hauch, Marianne Mathias, Ji Won Park, Oliver Stolpe. Disponível em: <https://star.worldbank.org/publication/left-out-bargain-settlements-foreign-bribery-cases-and-implications-asset-recovery>. Acesso em: 15 ago. 2020.

OECD (2012), *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*: Revised edition, February 2012, OECD Publishing, Paris, Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264174801-en>. Acesso em: 15 ago. 2020.

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? R. *Fórum de Dir. Civ. – RFDC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5283/3367>. Acesso em: 15 ago. 2020.

SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. Os valores da corrupção: administração de bens apreendidos e confiscados. *Rev. direito GV*, [online]. 2017, v.13, n.2 [cited 2020-07-26], pp.484-519. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200484&lng=en&nrm=iso>. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201719>. Acesso em: 15 ago. 2020.

SOARES, Pedro Vasques. Atribuições e cooperação em leniência: a busca do arranjo institucional. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5411, 25 abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64573>. Acesso em: 15 ago. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL : *REsp 1.698.701 RJ (2017/0155688-5)*. Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/recurso-especial-resp-686209-rs-2004-0111329-9-stj>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

STF. *Recurso Extraordinário nº 636886*. Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020). Acesso em: 15 ago. 2020.

WILLEBOIS, Emile van der Does de. *Using Civil Remedies in Corruption and Asset Recovery Cases*, 45 Case W. Res. J. Int'l L. 615 (2013) Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol45/iss3/6>. Acesso em: 15 ago. 2020.

WOODY, Karen. *"Declinations with Disgorgement" in FCPA Enforcement*, 51 U. MICH. J. L. REFORM 269 (2018). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol51/iss2/1>. Acesso em: 15 ago. 2020.