

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.466/DF

Relatora: Ministra **ROSA WEBER**
Requerente: Partido Popular Socialista (PPS)
Interessados: Presidente da República

EMENTA: 1. Outras inconstitucionalidades que violam a autonomia constitucional e o poder de autogoverno dos 34 Tribunais de Contas do Brasil 2. Procedência da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS).

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES DE CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ANTC), entidade de classe de âmbito nacional sem fins econômicos, com a finalidade de representar única e exclusivamente os interesses dos Auditores de Controle Externo dos 34 Tribunais de Contas do Brasil, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 16.812.795/0001-72, legalmente representada, na forma do artigo 34, inciso I do Estatuto, por sua Presidente, LUCIENI PEREIRA DA SILVA, CPF nº 010.945.827-35, Identidade nº 08565844-1 IFP/RJ, Auditora Federal de Controle Externo-Área de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, vem, respeitosamente, requerer a V. Exa. que considere as razões de fato e de direito a seguir expendidas quando da emissão de Parecer na AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 5.466-DF, a fim de pugnar pela **PROCEDÊNCIA** do

pedido formulado pelo Partido Socialista Popular (PPS), pelas razões apontadas na inicial e nesta REPRESENTAÇÃO.

I. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL QUE CONGREGA A CLASSE DE AUDITORES DE CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ANTC)

1. O tema em discussão da ADI epigrafada diz respeito não apenas ao vício de iniciativa ao disciplinar por medida provisória matéria de direito processual civil, vedado pelo artigo 62, § 1º, inciso I, alínea 'b', da Constituição da República, tal como demonstrado na inicial.

2. Para além desse vício insanável, a Medida Provisória nº 703, de 2015, interfere diretamente no funcionamento dos 34 Tribunais de Contas do Brasil regulado por leis orgânicas específicas, em flagrante violação ao disposto no artigo 73, *caput*, c/c artigo 96 inciso I, alínea 'a', e inciso II da Lei Maior, que asseguram independência e poder de autogoverno aos Tribunais de Contas no exercício de sua missão constitucional.

3. Os fundamentos que balizam a razão de ser e existir da ANTC estão definidos no artigo 3º do Estatuto da entidade, a saber:

Art. 3º A ANTC tem como fundamentos:

...

VI - o **padrão nacional** de organização e funcionamento da unidade de controle externo dos Tribunais de Contas;

VII - a **imprescindibilidade do Tribunal de Contas** independente, imparcial e apartidário, **como instância julgadora e garantidora do devido processo legal na esfera do controle externo.**

4. Ancorado em tais fundamentos, o Estatuto da ANTC define os seguintes objetivos fundamentais e específicos:

Art. 4º Constituem **objetivos fundamentais** da ANTC:

...

IV – defender:

...

a) o fortalecimento do controle externo, com instituições permanentes e indispensáveis à manutenção e ao equilíbrio dos Poderes governamentais;

...

d) a atuação do Auditor de Controle Externo em todas as ações de controle externo e em todos os processos perante os Tribunais de Contas;

...

Art. 5º A ANTC rege-se por este Estatuto e pelas disposições legais que lhe forem aplicáveis e tem por **objetivos específicos**:

...

X - **defender os princípios e competências institucionais dos Tribunais de Contas, sua independência e poder de autogoverno**, bem como os meios necessários para o exercício de sua missão institucional na forma da Constituição da República;

...

XV – promover a representação e a defesa judicial e extrajudicial dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos Auditores de Controle Externo, ativos e aposentados, podendo, para tanto, ajuizar mandado de segurança, individual ou coletivo, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade e outras medidas judiciais e administrativas, independentemente de autorização por meio de Assembleia Geral;

XVI - atuar como substituto processual dos associados, representando, judicial e extrajudicialmente, de ofício ou a requerimento, os direitos e os interesses de seus associados.

5. Estão presentes, portanto, os requisitos legais que autorizam e justificam a legitimidade da ANTC para o presente requerimento *amicus curiae* na ADI nº 5.466 perante o STF, com a finalidade de expor **outros vícios da Medida Provisória nº 703, de 2015**, não apontados na inicial, **notadamente quanto aos dispositivos que atentam contra as competências, a independência e o poder de autogoverno assegurados constitucionalmente aos Tribunais de Contas do Brasil.**

II. DOS FATOS

6. Trata-se de ADI nº 5.466, com pedido de medida cautelar, dirigida contra a Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, a qual não apenas altera substancialmente matéria de direito processual civil no âmbito da Lei nº 12.846, de 2013,

também conhecida como ‘Lei Anticorrupção’, e da Lei nº 8.429, de 1992, conhecida como ‘Lei de Improbidade Administrativa’, mas também dispõe sobre o **funcionamento** do Tribunal de Contas da União e demais 33 Tribunais de Contas do Brasil para fiscalizar a legalidade dos atos dos Poderes Executivos sujeitos ao controle externo. Eis o teor da Medida Provisória questionada:

Art. 16. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus **órgãos de controle interno, de forma isolada** ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte:

...

Art. 1º A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a instauração do processo administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.” (NR)

“Art. 16. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, **por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou** em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte:

- I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber;
- II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação;
- III - a cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva; e
- IV - o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade.

§ 1º

.....

III - a pessoa jurídica, em face de sua responsabilidade objetiva, coopere com as investigações e com o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento; e

IV - a pessoa jurídica se comprometa a implementar ou a melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta.

§ 2º O acordo de leniência celebrado pela autoridade administrativa:

I - isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do caput do art. 6º e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas que tratam de licitações e contratos;

II - poderá reduzir a multa prevista no inciso I do caput do art. 6º em até dois terços, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo; e

III - no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a redução poderá chegar até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo.

.....
§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo administrativo e quando estipular a obrigatoriedade de reparação do dano poderá conter cláusulas sobre a forma de amortização, que considerem a capacidade econômica da pessoa jurídica.

.....
§ 9º A formalização da proposta de acordo de leniência suspende o **prazo prescricional** em relação aos atos e fatos objetos de apuração previstos nesta Lei e sua celebração o interrompe.

.....
§ 11. **O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuizem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil.**

§ 12. **O acordo de leniência celebrado com a participação da Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público impede o ajuizamento ou o prosseguimento da ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações mencionadas no § 11.**

§ 13. Na ausência de órgão de controle interno no Estado, no Distrito Federal ou no Município, o acordo de leniência previsto no caput somente será celebrado pelo chefe do respectivo Poder em conjunto com o Ministério Público.

§ 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.” (NR)

“Art. 17. A **administração pública** poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável por atos e fatos investigados previstos em normas de licitações e contratos administrativos com vistas à isenção ou à atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar.” (NR)

“Art. 17-A. Os **processos administrativos** referentes a licitações e contratos em curso em outros órgãos ou entidades que versem sobre o mesmo objeto do acordo de leniência deverão, com a celebração deste, ser **sobrestados** e, posteriormente, **arquivados**, em caso de cumprimento integral do acordo pela pessoa jurídica.” (NR)

“Art. 17-B. Os documentos porventura juntados durante o processo para elaboração do acordo de leniência deverão ser devolvidos à pessoa jurídica quando não ocorrer a celebração do acordo, não permanecendo cópias em poder dos órgãos celebrantes.” (NR)

“Art. 18. **Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, exceto quando expressamente previsto na celebração de acordo de leniência, observado o disposto no § 11, no § 12 e no § 13 do art. 16.**” (NR)

“Art. 20.”

Parágrafo único. A proposta do acordo de leniência poderá ser feita mesmo após eventual ajuizamento das ações cabíveis.” (NR)

“Art. 25”

§ 1º Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput e no § 1º aos ilícitos previstos em normas de licitações e contratos administrativos.” (NR)

“Art. 29.”

§ 1º Os acordos de leniência celebrados pelos órgãos de controle interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios contarão com a colaboração dos órgãos a que se refere o caput quando os atos e fatos apurados acarretarem simultaneamente a infração ali prevista.

§ 2º Se não houver concurso material entre a infração prevista no caput e os ilícitos contemplados nesta Lei, a competência e o procedimento para celebração de acordos de leniência observarão o previsto na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e a referida celebração contará com a participação do Ministério Público.” (NR)

“Art. 30. **Ressalvada a hipótese de acordo de leniência que expressamente as inclua, a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:**

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 1992;

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 1993, ou por outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no que se refere ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 2011; e

III - infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529, de 2011.” (NR)

Art. 2º Ficam revogados:

I - o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - o inciso I do § 1º do art. 16 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Art. 3º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

7. Editada com o nítido fim de driblar a **Operação Lava Jato**, o texto da Medida Provisória foi alvo de duras críticas de juristas renomados e especialistas, conforme amplamente veiculado nos meios de comunicação¹, a saber:

23/12/2015 06h03 - Atualizado em 23/12/2015 06h03

Para juristas, MP do acordo de leniência 'acoberta' empresa corrupta Especialistas ouvidos pelo G1 criticaram regras definidas por medida. Presidente Dilma sancionou na semana passada MP que acelera acordos.

...

Editada pelo governo federal na última sexta-feira (18) com a justificativa de evitar demissões, a medida provisória que implementa novas regras para os acordos de leniência gerou duras críticas de especialistas no assunto. Juristas ouvidos pelo G1 afirmam que a MP, publicada no "Diário Oficial da União" nesta segunda (21), "acoberta" empresas corruptas por permitir que as companhias, mesmo sob sanções, possam assinar novos contratos com o poder público.

...

Entre outros pontos, a medida provisória enviada pelo Palácio do Planalto ao Legislativo prevê que penalidades previstas na lei da licitação, como autorização para a empresa voltar a assinar contratos com a administração pública, sejam utilizadas no acordo de leniência.

Autor do livro "Comentários à Lei de Sociedades Anônimas" – obra que analisa a legislação sobre o assunto –, **o jurista Modesto Carvalhosa classificou ao G1 de "escandaloso" o objetivo da medida provisória dos acordos de leniência.** Na visão do especialista, o governo lança uma

¹ <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/12/para-juristas-mp-do-acordo-de-leniencia-acoberta-empresa-corrupta.html>

"cortina de fumaça" para manter os contratos das construtoras envolvidas em esquemas de corrupção com o poder público.

"O objetivo desta MP é escandaloso. É permitir que empresas envolvidas em corrupção continuem a contratar com o governo federal. Este para mim é o ponto principal. É uma cortina de fumaça para as empreiteiras poderem continuar a contratar com todo o poder público", ressaltou Carvalhosa.

"Esta MP vai acobertar empreiteiras para que elas possam voltar a operar acordos com o governo", acrescentou o jurista.

Para o jurista, embora a MP estabeleça as sanções da Lei de Licitações, as penalidades previstas nessa legislação, como pagamento de multas, são incompatíveis com os crimes que possam ter sido cometidos pelas empresas. "[Essas penas] são uma bobagem", enfatizou.

Modesto Carvalhosa disse ainda que as grandes empreiteiras "não se inibem" diante de multas e, mesmo com a adoção de medidas de controle interno, na prática, "não diz nada". "Elas [as empreiteiras] já adotam essas ações, e continuam corrompendo o sistema", completou.

Ex-integrante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – autarquia ligada ao Ministério da Justiça que, entre outras atribuições, é responsável pela negociação de acordos de leniência –, a professora Ana Frazão afirmou ao G1 que o conteúdo da MP é "preocupante" porque o "principal ponto" é o que permite a inclusão de mais de uma empresa em um acordo de leniência. Especialista em direito econômico e empresarial, a professora da Universidade de Brasília (UnB) pondera que estender o acordo a todas às empresas envolvidas no ato ilícito e permitir o acordo em qualquer fase é "muito preocupante".

"Por uma simples razão: a ideia do acordo se baseia no pressuposto de que, em se tratando de crime corporativo, envolvendo agentes privados e públicos, é preciso ter uma fonte de incentivo para que alguém denuncie a prática. Se não há o incentivo para denunciar, os agentes podem decidir ficar na zona de conforto e não denunciar", observou Ana Frazão." (grifei).

8. Em coro com os juristas, a **Associação Nacional do Ministério Público de Contas** (AMPCON) e o **Instituto Não Aceito Corrupção** formalizaram suas críticas junto à Procuradoria-Geral da República amparadas em argumentos jurídicos consistentes contra a Medida Provisória. O Deputado Federal Raul Jungmann (PPS-PE) também denunciou² ao Procurador-Geral da República os vícios da Medida Provisória impugnada.

²

http://www.pps.org.br/wp-content/uploads/2016/01/Representacao_ao_PGR_Acordo_de_Leniencia_ultima_forma.pdf

9. Diante da polêmica às vésperas do recesso natalino, o Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União expediu **RECOMENDAÇÃO n° 001, de 2015**, por meio da qual deu ciência aos Secretários da Secretaria-Executiva, da Secretaria de Prevenção e Combate à Corrupção e da Secretaria Federal de Controle Interno, todas da Controladoria-Geral da União do Poder Executivo, acerca dos riscos da celebração de acordos de leniência com base na Medida Provisória sem a observância do arcabouço normativo vigente, nos seguintes termos que merecem atenção:

O Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União, no desempenho de sua missão institucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e a guarda da lei e de fiscalizar sua execução e com fundamento no art. 84 da Lei 8.443/92, combinado com a Lei Complementar n° 75, de 1993,

CONSIDERANDO que compete aos Procuradores de Contas junto ao Tribunal de Contas da União, em sua missão de guarda da lei e fiscal de sua execução a atribuição de promover a defesa da ordem jurídica em defesa do patrimônio público da União;

CONSIDERANDO que o Tribunal de Contas da União dispõe de poder de autogoverno, devendo se organizar à semelhança dos Tribunais do Poder Judiciário consoante o que dispõe o artigo 73, caput, c/c art. 96, inciso I, alínea 'a' e inciso II' da Constituição da República, instituição independente de controle externo regida por sua Lei Orgânica específica e seu Regimento Interno, os quais somente podem ser alterados por ato normativo de iniciativa privativa do próprio Tribunal de Contas da União;

CONSIDERANDO o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da legitimidade do Tribunal de Contas da União para a expedição de medidas cautelares a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões, o que decorre dos atos de fiscalização na esfera de controle externo que se processam de forma autônoma, segundo os princípios e regras constitucionais, da Lei Orgânica e do Regimento Interno da Corte de Contas;

CONSIDERANDO que, consoante o artigo 71 da Constituição da República, compete ao Tribunal de Contas da União julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades sujeitas à fiscalização do Tribunal; além de fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma

direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; e fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

CONSIDERANDO que, consoante o disposto no artigo 74, inciso IV e § 1º da Constituição da República, a finalidade primordial dos órgãos que integram o sistema de controle interno de cada Poder é “apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”, devendo os responsáveis pelo controle interno, sob pena de responsabilidade solidária, darem ciência ao Tribunal de Contas da União ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade por determinação constitucional expressa;

CONSIDERANDO que compete privativamente à Advocacia-Geral da União (AGU) representar a União, judicial e extrajudicialmente, nos termos do artigo 131 da Constituição da República, regulamentado pela Lei Complementar nº 73, de 1993, cabendo ao referido órgão representar as pessoas jurídicas que integram a União nos acordos de leniência que vierem a ser celebrados com pessoas jurídicas com base na Lei nº 12.846, de 2013, com alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 703, de 2015;

CONSIDERANDO a necessidade de preservar o curso das auditorias, inspeções e demais procedimentos de fiscalização na esfera de controle externo, em curso e que vierem a ser instaurados a qualquer tempo, sobre atos e fatos que tenham qualquer relação com o objeto de acordos de leniência que vierem a ser celebrados pelos órgãos de controle interno, isolada ou conjuntamente, com o órgão jurídico de representação judicial e extrajudicial da pessoa jurídica dos entes da Federação que administrarem, gerenciarem ou aplicarem recursos públicos da União;

CONSIDERANDO ainda os seguintes fatos:

...

CONSIDERANDO, por fim, o artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, compete ao Ministério Público de Contas expedir recomendação ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa esteja no âmbito das suas atribuições, este Órgão Ministerial **RESOLVE**:

RECOMENDAR

Aos Ilustríssimos Senhores Secretários da Secretaria-Executiva da Controladoria-Geral da União, da Secretaria de Prevenção e Combate à Corrupção e da Secretaria Federal de Controle Interno do Poder Executivo da União, que adotem as seguintes medidas:

- a) observem rigorosamente a IN TCU 74/2015 em todas as suas etapas e requisitos;
- b) incluam obrigatoriamente em eventuais acordos de leniência cláusulas por meio das quais as empresas celebrantes declarem tomar ciência de que tais acordos não vinculam de forma alguma o Tribunal de Contas da União e que continuam em curso todos os processos já instaurados, e possíveis

todos os eventuais, decorrentes de sua fiscalização, assim como continuam aplicáveis todas as sanções previstas em sua lei orgânica;

c) observem na elaboração de acordos de leniência todos os trabalhos de fiscalização na esfera de controle externo já realizados pelo Tribunal de Contas da União, especialmente quanto à identificação de responsáveis e quantificação de danos ao Erário.

10. Em entrevista concedida ao Jornal Valor Econômico³ de 4/01/2016, o Procurador Regional da República e um dos **Coordenadores da Operação Lava-Jato em Curitiba**, Carlos Fernando dos Santos Lima, também fez duras críticas à Medida Provisória, nos seguintes termos:

MP da leniência vai permitir recursos ilícitos a partidos, afirma procurador **A medida provisória 703 permitirá ao governo barrar o avanço das investigações da Operação Lava-Jato**, garantindo que as empresas investigadas celebrem acordos sem revelar fatos novos, e que os partidos da base aliada preservem esquemas espúrios de financiamento ilícito. **A avaliação é do procurador regional da República Carlos Fernando dos Santos Lima, um dos coordenadores da força-tarefa da investigação federal com base em Curitiba.**

A MP alterou a redação da lei Anticorrupção, mitigando o risco de que empresas corruptas sejam declaradas inidôneas e, conseqüentemente, impedidas de contratar novamente com o Poder Público.

“É um retrocesso evidente. Infelizmente, o governo federal com a edição dessa medida provisória, introduziu um risco moral, pois, além de desincentivar o cumprimento da legislação com a mitigação da ameaça de aplicação imediata de sanções de inidoneidade, também deixou claro que não é do interesse do governo que o combate à corrupção avance sobre o sistema de poder econômico que sustenta a atividade político-partidária atual”, afirma Lima.

Para o procurador, um dos principais estrategistas dos acordos de delação premiada e de leniência celebrados na Lava-Jato, com a edição da MP 703 o governo mantém os acordos sob o seu controle e passa uma mensagem clara às empresas: **“O Poder Executivo não só manietou a Controladoria Geral da União (CGU), colocando-a sob o tacão da Advocacia-Geral da União (AGU), como também avisou todos os agentes econômicos que, caso necessário, ao invés de cumprir a lei, o governo federal fará tantas mudanças legislativas quanto necessárias para manter tudo como dantes”**.

³<http://www.valor.com.br/politica/4375940/mp-da-leniencia-vai-permitir-recursos-ilicitos-partidos-afirma-procurador>

Lima é categórico ao afirmar que a MP da leniência vai influenciar diretamente os trabalhos da Polícia Federal (PF) e do Ministério Público Federal (MPF) para apurar a corrupção entre agentes políticos e econômicos.

“Essa medida provisória trará reflexo imediato no trabalho da força-tarefa Lava-Jato. Mas não um reflexo positivo, como seria de se esperar se essa medida fosse editada com base no interesse público. **O que vai acontecer é um simulacro de procedimento perante a Controladoria-Geral da União**”, afirmou.

De acordo com Lima, a empresa pode escapar da inidoneidade “sem a entrega de dados novos sobre infrações e sem a obrigação, prevista na lei anterior, de que novos acordos com outras empresas somente poderiam ser celebrados se houvesse a apresentação de provas de novos crimes”. A consequência, segundo Lima é que “todas as empresas envolvidas no escândalo da Petrobras estarão livres de punições severas apenas com a admissão de sua responsabilidade em fatos já conhecidos”.

Na opinião do procurador, está claro que o objetivo do governo federal é “evitar que novas empresas procurem o Ministério Público Federal para novos acordos de leniência, nos termos duros que buscam apenas o interesse público de se ampliar as investigações”.

Ele condena a inserção facultativa do MPF como parte do acordo de leniência previsto na MP. “Somente o Ministério Público pode estabelecer se o conteúdo fornecido pela empresa leniente é suficiente do ponto de vista da prova, porque é o único órgão que possui a visão global das investigações, muitas delas realizadas sob sigilo de Justiça”, disse, indagando em seguida: “como pode a CGU, ou a AGU, dizer que o acordo é suficiente em relação aos fatos investigados?”.

O procurador regional da República faz contundente crítica ao discurso repetido pelo governo federal de que é preciso “salvar” as empreiteiras flagradas em corrupção na Petrobras:

“Querem salvar essas empreiteiras? Então que suas ações sejam desapropriadas e que os valores devidos aos acionistas sejam bloqueados para o ressarcimento completo do prejuízo que esses mesmos acionistas causaram, na sua maioria, direta e dolosamente, ao patrimônio público. Depois, pouco a pouco, da forma que o mercado de ações permitir, essas ações podem ser democraticamente vendidas, com o retorno dos valores ao governo federal”, propõe.

Para Lima, a intenção do governo está clara: “a pretensão verdadeira do governo, sob o *‘non sense’* de dizer que não se deve punir as empresas, mas sim os seus dirigentes apenas, é exclusivamente a de salvar o capital dos estimados financiadores das caríssimas campanhas eleitorais”. O procurador afirmou que a lei anticorrupção deveria ser o começo de uma legislação mais ampla, que previsse também a responsabilidade penal da pessoa jurídica. “A Lei Anticorrupção existe sim para se punir empresas, existe sim para punir seus dirigentes, existe também para punir agentes públicos, sejam agentes políticos ou não. Ela deveria ser apenas o começo”, afirmou.

Carlos Fernando dos Santos Lima considera ainda que o texto da MP da leniência é ambíguo, não deixando claro, por exemplo, se uma empresa por ela beneficiada estará isenta de eventual ação do MPF:

“Trata-se de uma redação propositadamente aberta, permitindo que as empreiteiras que venham a ser favorecidas pelo governo federal possam abrir inúmeras discussões judiciais acerca dos limites dos benefícios alcançados”.

Três acordos de leniência com empreiteiras investigadas por corrupção na Petrobras foram firmados em 2015 com o MPF, antes da edição da MP 703. Eles envolvem a Camargo Corrêa, a Andrade Gutierrez e o Grupo Sog/Setal.”

11. O autor desta ação (PPS) é Partido Político com representação no Congresso Nacional, legítimo, portanto, para ajuizar a presente ação nos termos do artigo 103 da Magna Carta.

12. Em 23/02/2016, o Partido dos Trabalhadores (PT) ingressou com *amicus curiae* (peça eletrônica 9) por meio da qual defende a improcedência da ADI, porém as alegações não enfrentam os fundamentos de inconstitucionalidade que sustentam a inicial e tampouco considera os fundamentos jurídicos abordados nesta petição. Em apertada síntese, alega o Partido que o instituto jurídico do acordo de leniência observa o modelo internacional, em especial o norte-americano, o que não é verdade, conforme ficará demonstrado.

13. O item 39 da petição de *amicus curiae* do Partido da Presidente da República (peça eletrônica 9) evidencia, inclusive na nota de rodapé, a **visão equivocada** consubstanciada no artigo 17-A da Lei nº 12.846, de 2013, com redação dada pela Medida Provisória nº 703, de 2015, no sentido de que os procedimentos de fiscalização próprios da esfera de controle externo a cargo dos Tribunais de Contas se confundem com mero processo administrativo instaurado pela autoridade administrativa.

14. Cumpre fazer um parêntese para registrar que, embora o processo no âmbito dos Tribunais de Contas seja comumente conhecido como ‘processo administrativo’, fato é que os processos típicos de controle externo, por meio dos quais os Tribunais de Contas julgam contas, apuram danos causados ao erário e aplicam sanções, não se confundem com processos administrativos próprios da esfera administrativa de responsabilização, a cargo do próprio gestor.

15. Na sua petição o PT também aponta, ainda, a **inépcia da inicial** sob o argumento de que a petição do autor (PPS) estaria fundada em **alegação genérica de inconstitucionalidade** da Medida Provisória nº 703, de 2015.

16. Adotou-se o rito do artigo 10 da Lei 9.868, de 1999, fixados os prazos de 5 (cinco) dias para a Presidente da República se manifestar e de 3 (três) dias para o Procurador-Geral da República emitir parecer.

17. São esses os fatos que merecem registro para orientar o exame de mérito.

II. DA PRELIMINAR

18. Preliminarmente, pede-se a rejeição da alegação de inépcia da inicial apontada na petição de *amicus curiae* do PT. A Emenda Constitucional nº 32, de 2001, alterou a redação do artigo 62 da Carta Política, com o nítido propósito de impedir a edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo para disciplinar matéria de **direito processual civil** e penal, e direito penal, o que redundaria no comprometimento do princípio da separação de poderes e do próprio Estado Democrático de Direito.

19. Assiste razão ao PPS, quando sustenta a violação flagrante ao disposto no artigo 62, § 1º, inciso I, alínea 'b' da Lei Maior, devido à vedação constitucional inequívoca de disciplinar matéria de direito processual civil por medida provisória.

20. O disciplinamento de matéria de direito processual civil, com repercussões na esfera cível de responsabilização (judicial), e o conflito de competência constitucional entre diversos órgãos perpassam toda Medida Provisória nº 703, de 2015, constituindo seu núcleo.

21. Tem-se desde o disciplinamento de regras para prescrição, impedimento de prosseguimento e até mesmo determinação do arquivamento de ações cíveis em curso no Juízo competente, usurpação de competência constitucional e afronta ao poder de autogoverno de órgãos autônomos nos termos da Constituição da República. Merecem citação o artigo 16, *caput*, §§ 9º, 11, 12 e 14; e artigos 17, 17-A, 18, 30, inciso I da Lei Anticorrupção com redação dada pela norma impugnada, para mencionar alguns exemplos

inequívocos de inconstitucionalidade que comprometem todos os demais, ainda que por arrastamento.

22. Os requisitos formais subjetivos de um ato normativo infraconstitucional referem-se à questão de iniciativa. Qualquer espécie normativa que desrespeite o poder de iniciativa para legislar sobre determinada matéria apresentará flagrante vício de inconstitucionalidade.

23. Consoante a jurisprudência do STF, a conversão de medida provisória em lei não convalida os vícios formais existentes na edição, pelo Presidente da República, do ato normativo originário, merecendo citação os seguintes precedentes:

Questão de ordem quanto à possibilidade de se analisar o alegado vício formal da medida provisória após a sua conversão em lei. **A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade.** Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória. (ADI n. 3.090-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 21.10.2007). No mesmo sentido: ADI n. 3.330, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 22.3.2013. (grifos aditados)

24. De fato, a eventual apreciação da Medida Provisória nº 703, de 2015, pelo Congresso Nacional não resolverá o **vício insanável** contido na adoção dessa via, posto que o ato impugnado produz efeito desde sua publicação.

25. Um Estado Democrático não admite - e jamais poderá tolerar - que se coloquem os representantes do Povo (Deputados Federais) e os representantes dos Estados (Senadores da República) diante do **fato consumado** por ato monocrático do Poder Executivo - celebração de acordos de leniência no plano da representação extrajudicial com repercussão na esfera cível de responsabilização a cargo do Juízo competente -, em matéria que a Constituição da República exige, expressamente, a prévia apreciação legislativa.

26. O objetivo de proibir a edição de medida provisória para disciplinar matéria de direito processual civil visa evitar abusos do Poder Executivo, já que este é parte interessada em grande parte das demandas levadas a Juízo nas ações de improbidade administrativa e, mais recentemente, pelas ações judiciais cíveis regidas pela Lei

Anticorrupção que adota, subsidiariamente, o procedimento judicial fixado pela Lei da Ação Civil Pública. Não cabe, por óbvio, que o Poder Executivo possa imiscuir-se em tal matéria.

27. É inafastável a definitividade dos acordos de leniência com repercussão na esfera cível, seja nas ações cíveis previstas na Lei Anticorrupção processadas subsidiariamente à luz da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985 – de natureza eminentemente cível), seja nas reguladas pela Lei de Improbidade Administrativa, o que não pode ocorrer à revelia do Juízo competente, sob pena de instaurar um quadro de **insegurança jurídica** sem precedente.

28. A uma, porque uma vez ajuizada a ação cível, não pode seu arquivamento ser determinado por acordos e quaisquer tipos de transações extrajudiciais, sem nenhuma apreciação do Poder Judiciário.

29. A duas, porque o acordo de leniência que afastar o ajuizamento de novas ações cíveis ou determinar o arquivamento de tais ações em curso, à revelia do Juízo, poderá ter sua legalidade questionada por ações populares ou ações civis públicas que poderão ser ajuizadas por qualquer cidadão e associações, respectivamente, em defesa do patrimônio público.

30. Nos itens subsequentes, serão pormenorizados cada um dos aspectos que maculam por inteiro a Medida Provisória nº 703, de 2015, em razão de vício de inconstitucionalidade.

III. DOS FUNDAMENTOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

31. O instituto jurídico do acordo de leniência constitui uma das modernas técnicas de investigação, em que a empresa é responsabilizada objetivamente, nas esferas administrativa e civil, pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira e se compromete a colaborar com a investigação desses delitos, à semelhança do acordo de colaboração premiada para pessoa física processada na esfera criminal, conforme previsto na Lei nº 12.850, de 2013, também conhecida como 'Lei de Delação Premiada'.

32. Todavia, não se pode deixar de analisar o fiel cumprimento da Constituição da República em todas as suas dimensões, desde a independência dos Poderes (artigo 2º),

preservação dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º e outros), passando pela defesa intransigente da moralidade e da probidade administrativa (artigo 37), pelas competências constitucionais dos órgãos de controle e representação judicial e extrajudicial (artigos 92 a 96; 70 a 74; 127 a 131) sem perder de vista a preservação da função social das empresas e a livre concorrência (artigo 170, incisos III e IV) que balizam a ordem econômica tal como posta na Carta Política (artigo 170, incisos III e IV), consideravelmente subvertidos pela Medida Provisória nº 703, de 2015.

33. Há consenso que um dos fundamentos da gestão para resultado de uma organização empresarial não figura em seu centro de custos, mas sim na imagem de credibilidade que o seu produto transmite ao consumidor, no caso o Estado brasileiro e administração pública estrangeira.

34. Quase tudo gira em torno da imagem de seriedade que a empresa passa, de acordo com os valores que dão consistência à sua ação, à qualidade dos bens, produtos e serviço que coloca no mercado. De modo diverso, não há atividade empresarial que se mantenha cumprindo os princípios da livre concorrência e da função social eticamente saudáveis e economicamente rentáveis, a médio e longo prazos.

35. A despeito disso, a Medida Provisória atacada produz efeito contrário, na medida em que, ao inaugurar um sistema disfuncional, fomenta uma cultura de falsa gestão ou de gestão corrompida, não apenas no setor público, assim como no setor privado, estimulando a cultura do ‘mais eficiente corruptor’ - em que o melhor é aquele que vence, a que custo for.

3.1. Conflito de competências entre os órgãos de controle interno e externo, com flagrante violação dos artigos 71 e 73 da Constituição da República

36. Caso fosse possível superar a preliminar, deveria ser apreciada a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 703, de 2015, concedida a liminar para, no mérito, julgar procedente o pedido, tendo em vista o efeito nocivo da norma em vigor, em especial, para o item em análise, quanto ao disposto no § 14 do artigo 16 da Lei Anticorrupção.

37. O referido dispositivo com redação dada pela Medida Provisória nº 703, de 2015, determina que o acordo de leniência será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas após sua assinatura, em flagrante afronta à Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443, de 1992), Regimento Interno e Instruções Normativas editados no exercício do poder regulamentar conferido à Corte de Contas com amparo constitucional como será demonstrado adiante.

38. O § 14 do artigo 16 prevê, ainda, que, após a celebração do acordo de leniência, as Cortes de Contas poderão instaurar procedimento de fiscalização próprio da esfera de controle externo - **equivocadamente** denominado de **‘procedimento administrativo’** pela norma atacada -, contra a pessoa jurídica (empresa) para apurar prejuízo ao erário, quando o Tribunal entender que o valor pactuado no acordo de leniência pelo órgão de controle interno não configura o dano integral causado ao erário.

39. É com base nesse dispositivo da Medida Provisória que a CGU busca no STF impedir, a qualquer custo, a fiscalização do TCU sobre as negociações de acordos de leniência em negociação entre o Poder Executivo e as empresas investigadas na esfera penal pela Operação Lava Jato. Cite-se a liminar concedida no âmbito do **Mandado de Segurança nº 34.031** que, por ora, suspende a fiscalização do TCU sobre tais acordos, nos seguintes termos:

“DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança ajuizado pelo Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União (CGU) em face de ato praticado por Ministro do Tribunal de Contas da União, o qual teria determinado o encaminhamento ao TCU de todas as informações que digam respeito ao trâmite de prováveis acordos de leniência em curso na CGU, tais como “cópias das atas de reuniões e de todos os documentos produzidos até o momento, incluindo, se for o caso, cópia integral dos processos administrativos que tratam da manifestação de interesse informada por meio do Ofício 6279/2015 (...)”.

Em síntese, o impetrante alega que o encaminhamento para análise do Tribunal de Contas da União do acordo de leniência **somente** deve ser efetuado após a devida conclusão e assinatura, nos termos do § 14 do art. 16 da Lei 12.846/13, com redação dada pela MP 703, de 18 de dezembro de 2015.

Requer, em sede de liminar, a desobrigação do encaminhamento dos documentos solicitados.

...

Decido. A concessão de medida liminar pressupõe a presença da verossimilhança das alegações, da relevância dos fundamentos e do

fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos do art. 7º, inciso III, da Lei 12.016/09:

40. O relator do Mandado de Segurança em tela, Ministro Gilmar Mendes, reconhece, em sua decisão liminar, o conflito de competência entre o órgão de controle interno e o TCU, merecendo destaque a seguinte passagem da liminar:

No caso, **há pretensão conflito de atribuições** entre Órgãos de controle interno (CGU) e externo (TCU), de **densa relevância constitucional que merece maior reflexão por esta Corte.**

...

Dessa forma, considerando o exíguo prazo de 24h (vinte e quatro horas) apontado no ato impetrado (eDOC 4) e a **situação peculiar delineada nestes autos (limites e atribuições entre órgãos de controle do interesse público)**, reputo presentes os requisitos legais para conceder a medida liminar, suspendendo a obrigação de entrega imediata dos documentos solicitados, **sem prejuízo de reanálise do pleito cautelar**, no curso deste *writ* constitucional, nos termos do art. 7º, inciso III, c/c §3º, da Lei 12.016/09.

41. Tal reconhecimento pelo próprio relator reforça a necessidade de analisar a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 703, de 2015, sob perspectiva mais alargada, de forma a restabelecer a ordem constitucional que se encontra abalada desde a edição do referido ato monocrático infraconstitucional.

42. A razão que motiva a manifestação das entidades signatárias desta petição diz respeito ao flagrante conflito de competências constitucionais entre os órgãos de controle interno e externo, uma vez que a Medida Provisória nº 703, de 2015, inaugura caso raro de flagrante inversão dos papéis constitucionais.

43. **Para iniciar a análise, oportuno visitar o Parecer da Procuradoria-Geral da República pela improcedência da ADI nº 5.294, que questiona a Instrução Normativa TCU nº 74, de 2015, editada para disciplinar o procedimento de fiscalização da legalidade no processo de negociação dos acordos de leniência.**

44. **Na peça, o Procurador-Geral da República assevera que a Constituição da República de 1988 consolidou os Tribunais de Contas como órgãos de estatura constitucional, com incumbência de executar controle externo das atividades financeiras e operacionais de todos os Poderes e órgãos da administração direta e**

indireta. Para devido desempenho de suas atribuições constitucionais, conferiu-lhes autonomia institucional, administrativa e orçamentário-financeira e assegurou importantes garantias institucionais a seus membros. Assevera, ainda, que o Controle externo é função essencial à consolidação da democracia, à efetivação do direito à moralidade e à probidade administrativa e à eficiência na gestão da coisa pública. E segue:

Atividades de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública desenvolvidas pelos tribunais de contas são de inegável **interesse público**. Trata-se de funções de contenção do poder estatal e de verificação da legitimidade de suas contas ante princípios e normas constitucionais. Interessam, dessa maneira, diretamente à sociedade, porquanto essenciais à consolidação da moralidade, da eficiência, da probidade administrativa e da própria realização de direitos fundamentais. **Por emanarem diretamente da Constituição, as funções de controle externo são, como regra, indelegáveis, irrenunciáveis e insuscetíveis de mitigação por intermédio de legislação infraconstitucional**. (grifou-se)

45. Preocupa as associações signatárias desta petição que o Poder Executivo arbitre, por meio de ato infraconstitucional, o momento e a forma de atuação do TCU e demais Tribunais de Contas, o que já está ocorrendo com base no **§ 14 do artigo 16** da Lei Anticorrupção, com redação dada pela Medida Provisória nº 703, de 2015.

46. Forçoso registrar que a Controladoria-Geral da União (CGU) impetrou, em 22/02/2016, **Mandado de Segurança nº 34.031-DF** para suspender procedimento de fiscalização do TCU que acompanha a legalidade dos atos referentes acordos de leniência em negociação no âmbito do Poder Executivo, alegando a norma do § 14 do artigo 16 da Medida Provisória nº 703, de 2015. A liminar foi concedida pelo relator, Ministro Gilmar Mendes.

47. A seguir nessa toada, a celebração do primeiro acordo de leniência pela CGU com empresas investigadas pela Operação Lava Jato **sobrestará** todos os processos referentes a auditoria, inspeção e demais procedimento de fiscalização em curso, impedindo a instauração de novos processos enquanto o acordo não for integralmente cumprido, o que pode levar anos.

48. Convém fazer um parêntese para registrar o resultado da fiscalização realizada pelo TCU, em que estimou o dano causado ao erário decorrente da atuação de cartel em

licitações da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Eis as principais conclusões destacadas na página oficial da Corte de Contas⁴:

O TCU concluiu que a atuação do cartel reduz em aproximadamente **17% o valor do desconto que seria ofertado no caso de um cenário competitivo**. Essa constatação poderá ser utilizada como parâmetro de verificação da correção do valor do dano causado por práticas ilícitas, no âmbito de acordos de leniências a serem submetidos à apreciação do tribunal....

O TCU, no entanto, estima que o prejuízo pode chegar a **R\$ 29 bilhões**, caso o escopo dos estudos seja ampliado para além da Diretoria de Abastecimento, na hipótese de o cenário verificado na amostra dos 136 contratos se reproduzir, com o mesmo comportamento estatístico, nos contratos assinados pelas demais diretorias. O prejuízo foi estimado a partir da multiplicação do percentual de 17% sobre o valor total das contratações da Petrobras com as empresas consideradas cartelizadas, no montante de aproximadamente **R\$ 170,6 bilhões**.

O relator do processo, ministro Benjamin Zymler, comentou que o trabalho realizado pelo tribunal “pode subsidiar os demais órgãos de controle na fixação do montante do dano a ser devolvido por proponentes de acordo de leniência”.

O TCU encaminhou o resultado do estudo à CGU, ao MPF, ao DPF, à Petrobras, à Advocacia-Geral da União (AGU) e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Ao encaminhar os trabalhos, o tribunal considerou que os resultados não devem agravar ou isentar a responsabilidade de agentes da Petrobras quanto ao eventual direcionamento das licitações. **Para o TCU, a existência de acertos de empreiteiras, com a viabilização de cartéis sobre as contratações da companhia, é assunto que se encontra em investigação no âmbito de diversos processos de controle externo em trâmite no tribunal e conexos com a Operação Lava Jato.**

49. Atos monocráticos de natureza infralegal editado com o fim de impedir a fiscalização do TCU sobre acordos de leniências inserido nesse universo bilionário, além de não atender o interesse público, afrontam a iniciativa privativa do TCU para alterar a lei que rege sua organização e funcionamento, conforme consagrado no artigo 73 c/c artigo 96, inciso II da Constituição da República, a saber:

Art. 73. O **Tribunal de Contas da União**, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em

⁴ TCU estima dano decorrente de cartel em licitações da Petrobras. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aaa.htm>. Acesso em: 28 fev 2016

todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

...

Art. 96. **Compete privativamente:**

I - aos tribunais:

a) **eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;**

...

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos **Tribunais Superiores** e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

...

d) a **alteração da organização** e da divisão judiciárias;

50. Não são poucos os precedentes da Corte Suprema sobre iniciativa privativa dos Tribunais de Contas para instaurar o processo legislativo que altera sua lei orgânica, em simetria com os tribunais do Poder Judiciário, merecendo destaque as seguintes ações: **ADIs nºs 789/DF, 1.994/ES, 789/DF, 1.381 MC/AL e 1.681 MC/SC, 2616-PR, 2654-AL, 4284-RR, 4643-RJ** (liminar concedida em 2014), **5075-DF**.

51. A organização e funcionamento do TCU estão disciplinados pela Lei nº 8.443, de 1992 (Lei Orgânica do TCU e correspondentes nos Estados), não cabendo alterações por medida provisória ou leis que não observem a iniciativa privativa do TCU, em simetria com o procedimento adotado com os Tribunais do Poder Judiciário.

52. Com base no § 14 do artigo 16 da Lei Anticorrupção, com redação dada pela Medida Provisória nº 703, de 2015, a CGU sonega informações ao TCU, o que se repetirá em todo País, com **mais de 11 mil órgãos de controle interno** existentes em cada um dos Poderes da União, dos 26 Estados, do Distrito Federal e de mais de 5,5 mil Municípios.

53. A sonegação de informações ao TCU é fato gravíssimo que atenta contra os pilares do Controle Externo, atingindo não apenas a Corte de Contas, mas o próprio Congresso Nacional, à luz do disposto no artigo 70, *caput*, e artigo 71 da Constituição da República, com efeito multiplicador nas demais esferas de governo.

54. Ressalta-se que o sistema de controle interno previsto no artigo 74 da Lei Maior, que no Poder Executivo é realizado pela CGU, foi previsto para realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, **em apoio ao Congresso Nacional e ao TCU**, instituições republicanas previstas, cada qual com seu papel, para titularizar as funções de controle externo exercidas com autonomia.

55. A Constituição da República não deixa dúvida quanto ao papel eminentemente de apoio conferido aos órgãos de controle interno:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e **pelo sistema de controle interno de cada Poder.**

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, **sistema de controle interno com a finalidade de:**

...

IV - **apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.**

§ 1º Os **responsáveis pelo controle interno**, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela **darão ciência ao Tribunal de Contas da União**, sob pena de responsabilidade solidária.

56. **Mais uma vez, deve-se recorrer aos fundamentos que sustentam o Parecer do Procurador-Geral da República pela improcedência da ADI nº 5.294, a qual questiona a constitucionalidade da Instrução Normativa TCU nº 74, de 2015, editada para normatizar a fiscalização dos acordos de leniência celebrados no plano da representação extrajudicial, no sentido de que os deveres previstos no referido ato regulamentar decorrem da disciplina constitucional e legal relativa ao controle externo exercido pelo TCU. Lembra que, nos termos do artigo 74, § 1º, da Constituição da República, e dos artigos 8º, *caput*, parte final, e 51 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do TCU), constitui dever dos órgãos responsáveis pelo sistema de controle interno – nos quais se inclui a CGU – dar ciência imediata ao órgão de contas de qualquer ilicitude de que tomem conhecimento, sob pena de responder solidariamente com o causador do dano.**

57. Não há república e não há verdadeira democracia sem Controle Externo **independente** e com **plena autonomia** para exercer suas funções, capaz de revelar à sociedade qualquer desvio de conduta da administração pública e de corrigi-lo o quanto antes, prevenindo ou minimizando seus efeitos nocivos. Precedente: ADI nº 789.

58. **Não se pode ignorar o momento por que passa a Nação, imersa no maior escândalo de corrupção de sua história - a Operação Lava Jato -, com o envolvimento de grandes empresas nacionais, tradicionais financiadoras de campanhas políticas.**

59. Nesse ambiente crítico, os acordos de leniência celebrados isoladamente pelo Poder Executivo, à revelia do Ministério Público e sem qualquer previsão de apreciação pelo Poder Judiciário - a despeito da repercussão na esfera cível prevista -, tanto podem ser ferramentas úteis para subsidiar as investigações necessárias ao combate à corrupção, ajudando a passar a limpo o País, como também, se mal utilizados, instrumentos de 'salvamento' de empresas investigadas pela prática de corrupção em outras esferas de responsabilização autônomas, que revelam suas estruturas corrompidas. A exemplo das esferas criminal e cível pela ação de improbidade administrativa.

60. Frise-se que, embora a Lei nº 8.429, de 1992, traga na essência a responsabilização da **pessoa física** envolvida em improbidade administrativa, as sanções cíveis podem atingir as pessoas jurídicas se os agentes envolvidos forem sócios majoritários das empresas que contratarem com o Poder Público (artigos 10 a 12). E é exatamente essa possibilidade de sanção cível a cargo do Juízo competente que a Medida Provisória atacada afasta, em flagrante afronta à **independência dos Poderes** e à vedação constitucional já mencionada.

61. Os benefícios econômicos oferecidos às empresas nos acordos de leniência são imensos e podem, eles mesmos, ser fonte e objeto de novas práticas de corrupção, frustrando, em vez de apoiar, as investigações em curso em outras esferas de responsabilização autônomas, tal como se verifica com a **Operação Lava Jato**.

62. A legalidade dos acordos de leniência celebrados no campo da representação extrajudicial, com repercussão tão somente sobre as sanções administrativas, deve ficar a cargo do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas competente.

63. Nesse sentido, é essencial que o TCU e os demais Tribunais de Contas exerçam, com todo rigor técnico de órgãos estruturados em carreira e independência em relação ao Poder Executivo, a competência constitucional para fiscalizar esses acordos desde o seu nascedouro, a fim de impedir desvirtuamento e assegurar seu uso efetivo em prol do combate à corrupção.

64. **Como dito, o artigo 73 da Constituição confere ao TCU a conformação institucional de um tribunal, o qual deve se organizar à semelhança dos tribunais do Poder Judiciário, perante o qual oficia, inclusive, um Ministério Público de Contas.**

65. Não é por outra razão que o artigo 71, inciso IV da Carta Política estabelece que ao TCU compete realizar, “*por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário*”, assim como nas demais entidades sujeitas a julgamento de contas.

66. Nota-se que as fiscalizações que dependem de verificação *in loco* somente podem ser realizadas pelo TCU, com previsão constitucional expressa de solicitação pelas Casas Legislativas. É dizer: não pode o Congresso Nacional realizar, diretamente, auditorias e inspeções *in loco* nos atos referentes a acordos de leniência celebrados pelas autoridades administrativas dos Poderes da União.

67. Quis o Constituinte originário que as autoridades e demais gestores de todos os Poderes tivessem suas gestões administrativas auditadas e inspecionadas *in loco* com a imparcialidade exigida da Magistratura Nacional, sem qualquer influência político-partidária que é própria do Poder Legislativo.

68. Para garantir a eficácia do controle externo dos atos praticados no âmbito da Administração Pública, o Constituinte conferiu ao TCU, ainda, o poder de “*sustar, se não*

atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal”, conforme disposto no inciso X do artigo 71 da Constituição da República.

69. A Lei Orgânica do TCU confere ao órgão independente de controle externo a competência para solicitar elementos indispensáveis ao exercício de suas funções institucionais (artigo 2º, parágrafo único) e para acompanhar convênios, **acordos**, ajustes e instrumentos congêneres (artigo 41, inciso I, alínea ‘b’).

70. Sobre o exercício dessa missão constitucional, cumpre ressaltar que o STF também reconhece ao TCU o **poder geral de cautela**, que lhe permite coartar qualquer ilegalidade ainda em curso, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões, conforme decidido no **Mandado de Segurança nº 26.547-DF**.

71. **A finalidade dessa conformação constitucional foi assegurar a imparcialidade dos agentes de Estado responsáveis pelas fiscalizações na esfera de controle externo e a observância das normas de processo e das garantias das partes, o que está estabelecido na Lei Orgânica do TCU e no Regimento Interno do órgão que tem inclusive previsão constitucional e, portanto, força de lei.**

72. Seria mesmo curioso imaginar que o TCU, com todas as garantias⁵ da Magistratura Nacional conferidas a seus membros, com a atuação imparcial de um Ministério Público de Contas e com total independência em relação ao Poder Executivo, pudesse ser menos confiável do que um órgão interno do próprio Poder Executivo, com evidente interesse político nos resultados das investigações da **Operação Lava Jato**.

⁵ Constituição de 1988: “Art. 73. O **Tribunal de Contas da União**, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

...
§ 3º Os **Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça**, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”

73. O Congresso Nacional e a sociedade necessitam da atuação do TCU, instituição republicana lastreada na independência de seus membros, na autonomia institucional que a Constituição assegura ao órgão (ADI nº 789) e na elevada qualificação e independência dos seus Auditores Federais de Controle Externo-Área de Controle Externo competentes para o exercício da função de investigação na esfera de controle externo a cargo do Órgão de Instrução.

74. A fiscalização do TCU é medida que confere **maior segurança jurídica** ao processo que aprecia os pleitos de acordo de leniência, uma vez que reduz a desconfiança da sociedade acerca de possíveis desvios e conflito de interesses em negociações que, em razão do relevante valor econômico e impacto político, não podem ficar adstritas ao comando do titular do Poder ou órgão envolvido nos possíveis ilícitos, no caso em questão o próprio Poder Executivo, com o olhar restrito do órgão de controle interno que, repita-se, tem o dever constitucional de apoiar o controle externo e não lhe sobrepor ou ‘jogar para escanteio’, exatamente o que ocorre com a vigência do § 14 do artigo 16 e artigo 17-A da Lei Anticorrupção com redação dada pela da Medida Provisória nº 703, de 2015.

75. Restringir a competência constitucional do TCU e demais Tribunais de Contas para fiscalizar na esfera de controle externo os processos de negociação de propostas de acordo de leniência no plano extrajudicial gera um quadro de insegurança jurídica, o que por sua vez tende a inibir, ainda que de forma reflexa, o interesse das empresas em colaborarem com as investigações.

76. **Isso porque, afastada a atuação do órgão independente e especializado em controle externo, que atua segundo preceitos constitucionais de imparcialidade, independência e autonomia plena em relação a todos os órgãos fiscalizados, a sociedade, se desconfiar da lisura dos acordos celebrados no plano da representação extrajudicial, tende a buscar a via judicial para que algum controle seja exercido, o que pode resultar na nulidade dos acordos.**

77. Esse questionamento em defesa do patrimônio público poderá ocorrer por meio de **ações populares** a cargo de qualquer cidadão ou de **ações civis públicas** ajuizadas por associações e outros legitimados conforme assegurado constitucionalmente.

78. Sobre o item precedente, convém anotar que recentemente o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.004, de 2014, para incluir dispositivo que possibilita o ajuizamento de ação civil pública para casos de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados, dentre outros casos, ao patrimônio público e social (artigo 1º, inciso VIII da Lei nº 7.347, de 1985), sem prejuízo da ação popular.

3.2. Órgãos competentes para representação judicial e extrajudicial do ente da Federação e celebrar acordos – afronta ao artigo 131 da Constituição da República

79. Quanto aos agentes legitimados para celebrar acordos de leniência, o desafio não é menor. É cediço que os acordos de leniência estão inseridos no rol das modernas técnicas especiais de investigação. Todavia, merece atenção o arranjo inaugurado pela Medida Provisória nº 703, de 2015, eivado de vícios que, se não forem corrigidos, instaurará um quadro de insegurança jurídica sem precedentes.

80. Como se sabe, o acordo de leniência é aquele em que a pessoa jurídica (empresa) é **responsabilizada objetivamente**, nas esferas administrativa e civil, pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira e se compromete a auxiliar na investigação desses delitos.

81. O *caput* do artigo 16 da Medida Provisória nº 703, de 2015, estabelece os órgãos com legitimidade para celebrar acordos de leniência com pessoas jurídicas que contratam com o poder público, às quais tenha sido imputada a prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, na forma da Lei Anticorrupção.

82. O primeiro óbice à modelagem inaugurada pela Medida Provisória impugnada é a pulverização dos colegitimados na Federação para celebrar acordos de leniência com empresas privadas envolvidas em fraude de licitação com a administração pública, alcançando **mais de 11 mil órgãos de controle interno** dos Poderes e órgãos autônomos da União, dos 26 Estados, do Distrito Federal e de mais de 5,5 Municípios, os quais operam sob padrões consideravelmente assimétricos na Federação.

83. Nesse ambiente de multiplicidade extrema, aumenta o risco de acordos não condizentes com o interesse público serem firmados com empresas com poder de influência política e econômica, para o fim de beneficiá-las, sem a devida adequação jurídica. Há

consenso entre os especialistas de que quanto maior o número de legitimados, **maior será a insegurança jurídica**, a alta exposição da empresa investigada sobre os seus ilícitos, a diminuição da vontade de cooperar e a possibilidade de violação do sigilo.

84. A possibilidade de o próprio investigado estabelecer ou ter influência sobre as condições do acordo também é preocupante e não pode ser desconsiderada, sob pena de desfigurar a Lei Anticorrupção dos propósitos pactuados pelo Brasil em Convenções Internacionais.

85. Não se pode ignorar a influência excessiva que os titulares dos Poderes exercem sobre os órgãos de controle interno, que, além de não gozarem de poder de autogoverno - **pois se assim fossem não seriam órgãos de controle interno, mas sim controle externo** -, não detêm a expertise para lidar com temas jurídicos com repercussões em matéria processual que regulam esferas autônomas de responsabilização.

86. A Lei Anticorrupção, com a redação dada pela Medida Provisória nº 703, de 2015, possibilita que, de um lado, mais de 11 mil órgãos de controle interno apliquem **multas administrativas que podem variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto das empresas**, de outro, elege esses mesmos órgãos para celebrar, isoladamente, acordos de leniência com a previsão de isenção parcial ou total dessa multa.

87. Soma-se a isso a desconfiança que o modelo tem acarretado no meio jurídico. Durante Seminário sobre acordo de leniência realizado pelo Ministério Público Federal da 3ª Região (SP), o representante⁶ do **Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo** manifestou a preocupação da classe, que está desaconselhando a celebração dos acordos de leniência em razão da falta garantia de

⁶**CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES INVIABILIZA ACORDOS DE LENIÊNCIA, DIZEM ESPECIALISTAS:** “Pedro Paulo Wendel Gasparini, relator do **Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo**, diz que os **advogados estão desaconselhando a assinatura dos acordos de leniência por se tratar de um “flagrante atropelo de competências” dos diferentes órgãos.** “Como advogado já entendo ser uma irresponsabilidade dizer ao cliente que o perdão na esfera administrativa junto ao Cade [Conselho Administrativo de Defesa Econômica] isentaria o cliente de outra ação ou sanção positivada. O que dizer, então, no âmbito da Lei Anticorrupção? O que se viu foi um trazimento para dentro de casa também de processos decisórios administrativos, que, a rigor, são decididos pela autoridade máxima do ente lesado. **Os processos administrativos podem ser conduzidos por funcionários de carreira, sem qualquer formação jurídica**”, disse.” Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-11/conflito-atribuicoes-inviabiliza-leniencia-dizem-especialistas> . Acesso em: 29 fev 2016

formação jurídica dos agentes dos órgãos legitimados a celebrar os acordos, porque isso aumenta o risco para as empresas.

88. A Medida Provisória nº 703, de 2015, está maculada de erros jurídicos grosseiros que potencializam o quadro de insegurança para celebração de acordos de leniência. Além de afrontar o poder de autogoverno e as competências do TCU e demais Tribunais de Contas consagrados nos artigos 71 e 73 da Constituição da República (ADI nº 789), a Medida Provisória impugnada fere de morte a competência constitucional privativa da Advocacia-Geral da União para exercer a representação extrajudicial da União, na medida em que possibilita que **mais de 11 mil órgãos de controle interno** possam celebrar, **isoladamente**, acordos de leniência com empresas privadas, sem que tais órgãos tenham o poder de representar a pessoa jurídica do ente da Federação.

89. A celebração de acordo entre o Estado e a empresa privada pressupõe a **representação extrajudicial** da pessoa jurídica de direito público ou privado, *in casu* a União Federal e a Petrobrás, que exige algumas formalidades.

90. Isso porque, conforme estabelece o artigo 131 da Lei Maior, a AGU é o órgão competente para representar União, judicial e extrajudicialmente, nos seguintes termos:

Art. 131. A **Advocacia-Geral da União é a instituição que**, diretamente ou através de órgão vinculado, **representa a União, judicial e extrajudicialmente**, cabendo-lhe, **nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento**, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

91. A Lei Complementar nº 73, de 1993, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, não deixa dúvida quanto ao agente capaz de celebrar acordo em nome da União:

Art. 4º - São **atribuições do Advogado-Geral da União**:

...

VI - desistir, transigir, **acordar** e firmar compromisso nas **ações de interesse da União**, nos termos da legislação vigente; (Regulamento)

92. O Regulamento a que se refere à Lei Complementar em questão foi aprovado pela Lei nº 9.469, de 1997, merecendo destaque a seguinte passagem:

Art. 1º O **Advogado-Geral da União**, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão **autorizar a realização de acordos** ou transações para **prevenir** ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

§ 1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações.

...

§ 4º Quando o litígio envolver **valores superiores** aos fixados em regulamento, o **acordo** ou a transação, **sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto**, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput. (Incluído pela Lei nº 13.140, de 2015).

93. Ora, se nem mesmo o Procurador-Geral da República e os Presidentes dos Tribunais do Poder Judiciário podem celebrar, sem a participação da AGU, acordo ou transação que afete interesse da União, jamais seria possível admitir que a Controladoria-Geral da União e demais órgãos de controle interno dos Poderes dos entes da Federação possam celebrar acordos de leniência à margem desse arcabouço jurídico exigido pela Lei Maior, especialmente quando se considera a magnitude financeira e as possíveis repercussões políticas dos acordos pretendidos pelas empresas sob investigação, a exemplo do que se vê na pela **Operação Lava Jato**.

94. Trata-se, como fica evidenciado, de atribuição de índole constitucional que a Lei Complementar confere expressamente ao Advogado-Geral da União. Tal atribuição não pode, jamais, ser delegada a órgão controle interno que não tem qualquer vinculação com a Advocacia-Geral da União, tampouco sua missão é exercer a representação extrajudicial da União.

95. Para complementar o raciocínio jurídico, convém lembrar o fato de que o parágrafo único do artigo 38 da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666, de 1993) exige que as minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas pelo órgão jurídico. Há evidente obrigação legal do gestor público

em submeter tais instrumentos à chancela de uma apreciação jurídica, sob pena de infringir a legalidade estrita. Cite-se o Mandado de Segurança nº 24.584, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a saber:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA
LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO -
ESCLARECIMENTOS –

Prevedo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. (STF - MS 24.584-1 - Rel. Min. Marco Aurélio - DJe 20.06.2008 - p. 33)

96. Não há digressões doutrinárias e jurisprudenciais de que os pareceres emitidos pelos assessores jurídicos em obediência ao artigo 38, parágrafo único, não seriam meramente opinativos, mas sim ostentariam a natureza de verdadeira peça vinculativa. As decisões do Tribunal de Contas da União são exemplos desse entendimento:

11. Verifica-se que o legislador atribuiu relevante função à assessoria jurídica, qual seja, realizar um controle prévio da licitude dos procedimentos licitatórios e dos documentos mencionados no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos. Aduzo que o parecer jurídico emitido nessas circunstâncias não possui um caráter meramente opinativo, como se depreende da leitura do seguinte trecho do Voto do ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Farias de Mello, proferido quando do julgamento do MS nº 24.584/DF: “a aprovação ou ratificação de termo de convênios e de aditivos, a teor do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, difere do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo”.

12. Nesse mesmo sentido, este Plenário acolheu Voto da lavra do eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, do qual extrai o seguinte trecho (Acórdão nº 462/2003 – Plenário): “O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada.” (TCU. Acórdão nº 147/2006. Plenário; Rel. Benjamim Zymler. DOU 21/02/2006)

“Da leitura do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993 (examinar e aprovar), combinada com a do art. 11 da Lei Complementar 73/1993 (examinar prévia e conclusivamente), depreende-se que, para prática dos atos nele especificados, o gestor depende de pronunciamento favorável da consultoria jurídica, revelando-se a aprovação verdadeiro ato administrativo. Sem ela, o ato ao qual adere é imperfeito.” (TCU. Acórdão nº 1337/2011. Plenário; Rel. Walton Alencar Rodrigues. DOU 01/06/2011)

97. Diante desse entendimento, não é razoável eleger **mais de 11 mil órgãos de controle interno** na Federação para celebrar acordos de leniência e isentar de sanções pessoas jurídicas que fraudaram exatamente licitações públicas de sanções, cujas contratações foram precedidas, por força do arcabouço constitucional-legal vigente, de manifestação obrigatória do órgão jurídico.

98. O papel do sistema controle interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário está descrito no artigo 70 da Constituição da República, abrangendo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. O artigo 74 da Carta Política, por sua vez, apresenta redação cristalina e inequívoca quanto às competências dos órgãos de controle interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme já transcrito.

99. O dispositivo que elege mais de 11 mil órgãos de controle interno na Federação não pode prosperar por duas razões básicas.

100. Primeiro, a celebração de acordo de leniência, seja na esfera cível que se processa no Poder Judiciário, seja na esfera administrativa, está dentro do conceito de representação judicial e extrajudicial da União, função que a Constituição e a legislação que a regulamenta reservam à Advocacia-Geral da União e órgãos correspondentes nos Estados e Municípios, constituindo flagrante usurpação de competência.

101. Segundo, se os editais de licitação e os contratos devem ser aprovados pelo órgão jurídico, reconhecida a necessidade da expertise de seus agentes de Estado, por maior razão devem os acordos de leniência ser igualmente conduzidos pelo órgão jurídico que detém a missão constitucional de representar a pessoa jurídica de direito público e até mesmo as pessoas jurídicas de direito privado dependentes dos orçamentos fiscal e/ou da seguridade social.

102. Podem os órgãos de controle interno subsidiar o órgão jurídico com informações técnicas sobre as fiscalizações realizadas no âmbito do controle interno acerca de contratações sob suspeita. **Isso não significa, jamais, que o controle interno possa**

fazer as vezes, ainda que seja na esfera administrativa, pois a celebração de tais acordos pressupõe a representação extrajudicial da pessoa jurídica.

103. Não há qualquer previsão sequer semelhante no artigo 74 da Constituição Federal que possa fazer supor que mais de 11 mil órgãos de controle interno sejam legítimos para exercer essa competência que o constituinte reservou aos órgãos jurídicos.

104. Os órgãos de controle interno, para os fins previstos nos artigos 70 e 74 da Lei Maior não são dotados de poder sancionador, nem mesmo de caráter disciplinar. Consoante o disposto no artigo 141 da Lei nº 8.112, de 1990, as sanções disciplinares⁷ devem ser aplicadas pela autoridade administrativa e não pelo órgão de controle interno. Não há qualquer delegação da Lei nº 8.112, de 1990, que permita aos órgãos de controle interno aplicação de sanções de natureza disciplinar, tais como demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, dentre outras.

105. No campo da **declaração da inidoneidade de empresas** que contratam com a Administração Pública, que será objeto de acordo de leniência, cumpre observar que o artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993, define a competência exclusiva⁸ do Ministro de Estado

⁷ Lei nº 8.112, de 1990: “Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:

I - pelo **Presidente da República**, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de **demissão e cassação de aposentadoria** ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;

II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias;

III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;

IV - pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.”

⁸ Lei nº 8.666, de 1993: “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes **sanções**:

...
IV - **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública** enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

...
§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de **competência exclusiva do Ministro de Estado**, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

...
Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

...

e Secretários estaduais e municipais para aplicar a sanção administrativa referente à declaração de inidoneidade de empresas para contratar com a Administração Pública por até 2 (dois) anos.

106. Não há, no ordenamento jurídico qualquer passagem que confira a mais de 11 mil órgãos de controle interno o poder sancionador, nem mesmo de caráter disciplinar. Isso porque, para fins da fiscalização prevista no artigo 70 da Constituição da República, o Constituinte conferiu poder sancionador de aplicar multa e demais sanções apenas ao TCU, conforme disposto no artigo 71, inciso IV.

107. Não seria razoável o constituinte conferir poderes sancionadores ao órgão de controle externo e também aos órgãos de controle interno que têm a missão institucional de apoiar aqueles. Frise-se que nem mesmo o Congresso Nacional foi dotado de poderes sancionadores tais como aplicação de multa. Ao julgar as contas da Presidente da República na esfera de controle externo ou julgá-la nos casos de crime de responsabilidade, o Poder Legislativo no máximo poderá afastá-lo do cargo, sem poderes para aplicar multa, declarar empresas inidôneas, tampouco apurar o dano causado ao erário, já que somente as decisões do Tribunal têm eficácia de título executivo.

VI. DO PEDIDO

108. Versando o tema de fundo da ADI nº 5.466 sobre questão relativa ao conflito de competência entre os órgãos de controle interno e externo, poder de autogoverno dos Tribunais de Contas, e considerando que o Mandado de Segurança nº 34.031 suspendeu a competência do TCU para fiscalizar e acompanhar os acordos de leniência em negociação entre a Controladoria-geral da União e empresas investigadas pela Operação Lava Jato, a Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil (ANTC), respeitosamente, espera e requer que o Parecer do Procurador-Geral da República considere a análise empreendida nesta REPRESENTAÇÃO, especialmente sobre os

III - **pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado**, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

conflitos de competência entre órgãos de controle interno em relação às competências constitucionais dos Tribunais de Contas e dos órgãos jurídicos.

Neste termos

Pede deferimento.

Brasília, 3 de março de 2016.

FRANCISCO JOSÉ GOMINHO ROSA
Vice-Presidente Nacional da ANTC

LUCIENI PEREIRA
Presidente da ANTC