

Bastos Nunes: Controvérsia dos acordos de leniência

15/08/2023

Ao se aproximar a data do julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 1.051), [questiona-se a atribuição exclusiva](#) do Ministério Público para firmar acordos de leniência.



O acordo de leniência é uma espécie de colaboração premiada relacionada a empresas.

Nesse sentido, as companhias se comprometeriam a revelar fatos ilícitos apurados nas investigações internas relacionadas a ilicitudes praticadas no âmbito empresarial ou de pessoas jurídicas envolvidas com atos de corrupção considerados lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira.



A avença permite que as pessoas jurídicas continuem

suas



atividades — inclusive participando de contratos com o poder público — no intuito de proporcionar os valores necessários à reparação dos atos ilícitos praticados.

O pacto também estabelece mecanismos destinados a assegurar a adequação e a efetividade das práticas de integridade das empresas, à medida que previne a ocorrência de novas irregularidades e destaca-se, em grau prioritário, a ética e a transparência na condução de seus negócios.

Conquanto o artigo 16 da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa) não tenha expressamente conferido poderes ao MP para firmar acordo de leniência, a referida atribuição decorre dos poderes conferidos pela própria Constituição Federal e leis de regência.

O artigo 129, IX, da Lei Maior expressamente trouxe a previsão de competência constitucional para que o Ministério Público exerça "outras funções", desde que tenham pertinência temática com as suas finalidades institucionais. Com efeito, o MP é o Órgão responsável pela fiscalização da correta aplicação da lei e do combate efetivo à corrupção e formas de burla ao sistema legal e normativo.

Nesse ponto, considerando que o acordo de leniência tem por finalidades identificar os demais envolvidos na infração, a fim de serem obtidos — de forma célere e eficaz — informações e documentos comprobatórios da ilicitude, ao passo que se proporciona o adiantamento da reparação do dano. Nesse contexto, exsurge a respectiva atribuição do *Parquet* para firmar os compromissos contidos no pacto de leniência.

A teoria dos poderes implícitos

A teoria dos poderes implícitos pode ser explicada, em linhas gerais, pelo famigerado adágio "quem pode o mais, pode o menos". Assim, se o Ministério Público detém ampla atribuição para determinada ação (exemplo: propor a ação penal), possuirá — como decorrência lógica — a atribuição para realizar investigações tendentes a colher provas necessárias ao processo criminal (realização de investigações criminais, de acordo com o procedimento previsto e regulado pela Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)).

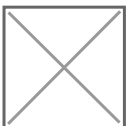
No mesmo sentido, a teoria dos poderes implícitos fundamenta que a Constituição, ao outorgar atribuições a determinado órgão, confere-lhe, implicitamente, os poderes necessários para a sua execução. Desse modo, não seria lógico conferir competência ao Tribunal de Contas para julgar as contas dos administradores públicos — verificando a legalidade e economicidade dos gestores ou responsáveis pelo emprego dos recursos públicos (artigo 71 da Constituição) — e não permitir a adoção de medidas acautelatórias (poder geral de cautela), visando suspender ilegalidades com potencial lesivo ao erário.

Em suma, a indigitada teoria aduz que, em decorrência de a Constituição atribuir uma competência expressa a determinado órgão, conferiria, na forma de poderes implícitos, ao respectivo Órgão estatal, os meios necessários à integral realização de tais fins, que lhe foram outorgados, ficando sujeitas às proibições e limitações estruturais da Constituição Federal. Como exemplo, tem-se que a Constituição Federal atribuiu ao Tribunal de Contas da União

(TCU), em seu artigo 71, diversas competências. Assim, o TCU disporia de poderes implícitos para imprimir efetivo cumprimento às suas funções institucionais expressamente previstas pela CF/88.

Nesse sentido, colaciona-se a seguinte ementa de decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça:

"LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RJ PARA DETERMINAR A PRESENTE MEDIDA CAUTELAR. Quando a Corte de Contas se vale do poder geral de cautela, isso não implica substituição da função jurisdicional. Constitui-se, em verdade, no instrumento que se destina a conferir eficácia final às manifestações estatais e encontra-se em consonância com a própria razão de existir daquele órgão, a fim de zelar pelos interesses do Erário estadual. O STF já reconheceu a atribuição de poderes explícitos e implícitos ao Tribunal de Contas para legitimar a incumbência de índole cautelar que permite à mesma Corte adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências estabelecidas nos artigos 33, §2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º, e 161, parágrafo único, todos da Constituição Federal de 1988. (MS 24.510/DF, relatora ministra Ellen Gracie, DJ 19/11/2003; ministro Luiz Fux MS 30.924; MS 33.092, relator ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, Processo eletrônico DJE-160, publicado 17/8/2015; MS 25.481-AgR/DF, relator ministro Dias Toffoli, Data de julgamento 4/10/2011). O STF, em caso similar, entendeu que os Tribunais de Contas têm atribuição para determinar a retenção de valores, cautelarmente, como no julgamento do MS 30.924, relator ministro Luiz Fux, data de julgamento 20/10/2011. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. O artigo 75 da CF/1988 determina explicitamente que o mesmo formato do TCU também deve ser aplicado, no que couber, aos Tribunais de Contas no âmbito estadual e no municipal [...]" [1].



Além disso, outros precedentes na jurisprudência pátria respaldam as decisões

emanadas da teoria em tela, destacando-se o da ministra relatora Ellen Gracie, *in verbis*: "se ao CNJ foi concedida a faculdade de avocar processos disciplinares em curso, fase seguinte à sindicância administrativa e mais completa, nada o impede de obstar o processamento de uma sindicância, que é mero procedimento preparatório." [2]

Na mesma direção, em outra oportunidade, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"[...] é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade-fim — promoção da ação penal pública — foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia." [3]

Com efeito, se o MP é o detentor exclusivo da promoção da ação penal segundo a constituição (atividade-fim), implicitamente teria poderes para a respectiva investigação criminal (meios para se chegar na atividade-fim). Referido entendimento também foi defendido pelo Ministro

Marco Aurélio no RE 593727 e pela ministra Ellen Gracie no RE 535478.

O tema voltou ao debate com a proposta de emenda constitucional número 37, a popularmente chamada "PEC da impunidade", na qual o poder investigatório seria retirado do MP e ficaria a cargo somente da polícia federal e civil, nos termos do artigo 144 da Constituição Federal, a qual, porém, não foi objeto de aprovação pelo Parlamento.

De outra parte, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição outorga os fins, confere os meios para atingir o desiderato. Nesse sentido, se a atividade-fim — promoção da ação penal pública — foi outorgada ao *Parquet* privativamente, não se cogita em não lhe oportunizar a colheita de provas para tanto, porquanto o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia [4].

O entendimento doutrinário reforça a tese ora defendida. Nesse ponto, conforme lições de Alexandre de Moraes, *"a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda"* [5].

Vale salientar que, se cabe ao MP propor ações penais para combater crimes contra a ordem econômica, e que envolvam atos de corrupção passiva, fraudes em licitações, e ações civis públicas (artigo 129, III, da Carta Magna), decorre, pela teoria dos poderes implícitos, sua atribuição para conduzir investigações em inquéritos civis ou procedimentos criminais, que tenham por objetivo investigar, reprimir, e reparar condutas lesivas ao interesse público, e que decorram de suas atribuições legais previstas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público—Lei nº 8.625/93, e na Lei Complementar 75/93 (estatuto do Ministério Público da União), incluindo, ainda, a competência administrativa para firmar os acordos de leniência necessários à proteção do respectivo bem jurídico que lhe foi conferido pela Lei Maior.

Nesse sentido, é o que consta da Nota Técnica n.º 02/2020 oriunda da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (5ª CCR), ao analisar o Acordo de Cooperação Técnica subscrito pela AGU, CGU, TCU e MJSP, em 06.08.2020, com a participação do STF, em matéria de combate à corrupção no Brasil, sobretudo em relação aos Acordos de Leniência da Lei nº 12.846/2013:

"[...] qualquer 'ação sistêmica' ou 'ação operacional', no marco de uma cooperação interinstitucional no contexto de acordos de leniência, não podem ser estabelecidas de encontro a legitimidade do MPF para a proteção da probidade administrativa e proteção do patrimônio público e social, como disposto no artigo 129, inciso III e artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Sendo Instituição essencial ao funcionamento e à efetividade do enfrentamento à corrupção, mesmo que o legislador não tenha expressamente contemplado sua referência no artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, o MPF não pode ser alijado do acordo de leniência [...]" [6]

Sob outro prisma, porém, deve-se afastar a invocação de "poderes implícitos", de "poderes resultantes" ou de "poderes inerentes" como formas autônomas de competência, sendo admissível uma complementação de competências constitucionais, por intermédio da aplicação de instrumentos doutrinários de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, resulta-se em duas hipóteses de competência complementares implícitas, conforme preleciona a abalizada doutrina:

1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão);

2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais [7].

Nota-se, portanto, que o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Por isso, afigura-se incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação segundo a qual a competência do STF deve ser interpretada de forma restritiva[8].

A previsão legal para a propositura do pacto de leniência pelo MP

No plano da legalidade, destaque-se o teor do artigo 6º, da Lei Complementar 75/93, XIV, o qual atribui ao Ministério Público a missão de promover "*outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*", especialmente quanto:

- a) ao Estado de Direito e às instituições democráticas;
- b) à ordem econômica e financeira;
- c) à ordem social;
- d) ao patrimônio cultural brasileiro;
- e) à manifestação de pensamento, de criação, de expressão ou de informação;
- f) à probidade administrativa;
- g) ao meio ambiente;

As "ações" aqui compreendida devem ser interpretadas em seu sentido amplo, a fim de abranger não só as ações judiciais, mas também as medidas necessárias para instrumentalizar e embasar os processos que serão movidos pelo *Parquet*, como guardião do interesse público e fiscal da correta aplicação da Lei, com fundamento, inclusive, na teoria dos poderes implícitos.

Demais disso, decorre do texto Constitucional, mais precisamente do artigo 129, IX, da Lei Maior, o qual conferiu ao MP a atribuição para "*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*", ou seja, atribui expressamente o *munus* de exercer funções que atendam ao interesse público decorrente de sua missão constitucional.

Não obstante, o pacto de leniência — a fim de conferir segurança jurídica às partes signatárias e evitar futuros questionamentos acerca de sua extensão e validade — deve ser firmado pelo Ministério Público, conjuntamente com os órgãos do Poder Público, que tenham pertinência temática com os fatos (v.g, CGU, TCU, Cade, CVM, Bacen, dentre outros).

Referida providência, além de atender aos imperativos de segurança jurídica, responde aos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública — como a eficiência, legalidade, e a supremacia do interesse público — conferindo ampla legitimidade e qualidade

técnica ao aludido instrumento legal.

Conclusão

Diante do evidenciado, nota-se que o acordo de leniência deve ser firmado — *preferencialmente* — de forma conjunta, pelo Ministério Público e os demais Órgãos do Poder Público, a fim de que haja segurança jurídica e legitimidade na repressão aos atos ilícitos, em consonância com os princípios da eficiência e da prevalência do interesse público.

Contudo, ainda que firmado exclusivamente pelo MP, foi observado que não se pode alegar nulidade, ou ausência de atribuição legal ou constitucional, ante a teoria dos poderes implícitos, e da correta exegese oriunda do texto Constitucional (artigo 129, IX, da Lei Maior), assim como diante das cláusulas gerais de atribuições ligadas à pertinência temática do *Parquet* previstas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e na Lei Complementar n.º 75/93.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 75/93*. Brasília. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2012/3/pdf/00239413.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRUM, Francisco Valle. Reclamação no TRF: Competência Constitucional Implícita. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, a. 17, nº 3117, 13 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20847>>. Acesso em: 18 set. 2020.

CANOTILHO J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5 ed., Coimbra: Almedina. 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21ª ed. 2007. São Paulo: Saraiva.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Nota Técnica 02/2020 - 5ª CCR*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf>>. Acesso em 18 de set. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *RMS 59078/RJ*, 2ª Turma, relator Herman Benjamin, DJe 18/10/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *MS 29925/DF*, 2ª Turma, relatora Ellen Gracie, 13/10/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *RE 441004/PR*, Rel. Joaquim Barbosa, 17/12/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *RE 441004/PR*, 2ª Turma, Rel. Joaquim Barbosa, 19/12/2009.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Petição 3433/DF*.

[1] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), *RMS 59078/RJ*, 2ª Turma, relator Herman Benjamin, DJe 18/10/2019.

[2] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *MS 29925/DF*, 2ª Turma, relator Ellen Gracie, 13/10/2010.

[3] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *RE 441004/PR*, relator Joaquim Barbosa, 17/12/2009.

[4] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *RE 441004/PR*, 2ª Turma, relator Joaquim Barbosa, 19/12/2009.

[5] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21ª ed. 2007. São Paulo: Saraiva, p. 10.

[6] MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Nota técnica 02/2020 – 5ª CCR*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf>>. Acesso em 18 de set. 2020.

[7] CANOTILHO J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5 ed., Coimbra: Almedina. 2003, p. 543.

[8] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Petição 3433/DF*.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-ago-15/bastos-nunes-controversia-acordos-leniencias/>