

A INTERVENÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI 12.846/13 SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE INTERVENTION OF THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS IN THE LENIENCY AGREEMENTS OF LAW 12.846/13 FROM THE PERSPECTIVE OF LAW AND ECONOMICS

Thiago Maciel de Aguiar

Especialista em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UNB), Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU) e Assessor da Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU)

thithioaguiar@gmail.com

Alden Manguiera de Oliveira

Mestre em Aplicações Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais do Exército (ESAO), Especialista Avaliação de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU) e Advogado.

aldenmo@tcu.gov.br

RESUMO

Escolhas normativas trazem consequências no cálculo racional do comportamento humano. Essa é uma premissa básica da análise econômica do direito. O presente artigo busca sistematizar o conjunto de incentivos trazidos pelo acordo de leniência previsto na Lei 12.846/2013 a partir das lentes econômicas aplicadas ao direito e quais consequências podem ser antevistas teoricamente pela entrada em cena da IN-TCU 95/2024 no complexo jogo de incentivos e custos de transação presentes nos acordos de leniência conduzidos pela CGU/AGU.

Palavras-chave: Leniência – TCU - Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

Normative choices bring consequences in the rational calculation of human behavior. This is a basic premise of the economic analysis of law. This article seeks to systematize the set of incentives brought by the leniency agreement provided for in Law 12.846/2013 from the economic lenses applied to law and what consequences can be theoretically foreseen by the entry of IN-TCU 95/2024 into the complex game of incentives and transaction costs present in the leniency agreements conducted by CGU/AGU.

Keywords: Leniency – TCU - Law and Economics.

INTRODUÇÃO

O Brasil é conhecido pelos seus baixos níveis de governança pública e privada¹, com os riscos decorrentes dessa realidade materializados tanto na elevada percepção² quanto na efetiva detecção dos casos de corrupção no aparelho estatal.

Como resultado de pressões que culminaram na aprovação de convenções internacionais de combate à corrupção (Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, e Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000 e contra a Corrupção, de 2003), o Congresso Nacional aprovou em 2013 a Lei 12.846, com forte inspiração no *Foreign Corrupt Practices Act* americano, instituindo o acordo de leniência na esfera administrativa. No mesmo ano entrou em vigor a Lei 12.850, que previa o acordo de colaboração premiada, replicando na esfera penal a mesma finalidade do acordo de leniência.

Na primeira fase de amadurecimento institucional do acordo de leniência sucederam-se disputas institucionais pelo seu protagonismo, incentivadas pelo ambiente de agudização do combate à corrupção decorrente das sucessivas etapas da Operação Lava Jato³. Desconfianças

¹ De forma bastante resumida, compreende-se a governança como o conjunto de mecanismos e instrumentos que visam a aumentar a probabilidade de que os administradores, sejam eles contratados ou designados, efetivamente realizem os objetivos estabelecidos pelos proprietários das empresas no setor privado ou pela sociedade no setor público, bem como reduzir os conflitos entre esses atores e as partes interessadas de uma organização. No caso brasileiro, diversos indicadores, nacionais e internacionais, apontam para a fragilidade da governança no país, tanto no ambiente privado, como no público. Como exemplo de indicadores no âmbito internacional citamos os *World Governance Indicators*, elaborados pelo Banco Mundial e disponíveis em <https://www.worldbank.org/en/publication/worldwide-governance-indicators/interactive-data-access>, e o *Global Competitiveness Report*, do Fórum Econômico Mundial e disponível em <https://www.weforum.org/publications/series/>. No âmbito interno, mencionamos, na vertente pública, o iESGo – Índice de Governança, Sustentabilidade e Inovação, do Tribunal de Contas da União, que veio a substituir o IGG – Índice de Gestão e Governança, utilizado até 2022, e que cujas bases metodológicas podem ser verificadas em <https://iesgo.tcu.gov.br/>

² No último levantamento realizado pela Transparência Internacional relativo à 2023, o Brasil foi inserido na 104ª posição, de 180 países, com uma pontuação de 36 (quanto maior a pontuação, menor a percepção da corrupção) o que aponta para as dificuldades crônicas de nosso país em enfrentar as práticas ilícitas que compõem o conceito alargado de corrupção. Para conferir o relatório completo e a metodologia utilizada pela referida entidade, acessar <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>

³ “À míngua de exemplos bem-sucedidos de celebração dos acordos previstos na Lei n. 12.846/2013, a criatividade institucional brasileira acabou por fazer florescer, no contexto da *Operação Lava Jato*, um outro tipo "atípico" de "acordo de leniência", este firmado em geral com o próprio Ministério Público Federal (MPF), e homologado pelos juízos criminais em que tramitaram as ações penais e as colaborações dos indivíduos envolvidos na operação.” VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Acordos de Leniência: A Experiência Nacional e Internacional de Combate a Cartéis e sua Transposição para o Combate à Corrupção no Brasil em “Corrupção. Ensaio sobre a Operação Lava Jato.”* Editora: Marcial Pons. 2019. pg. 158.

não deixaram de ser externadas por diversas figuras da cena político-institucional em torno do tema.

Em 2020 o Supremo Tribunal Federal conduziu esforços de diálogo interinstitucional para se chegar a um “freio de arrumação” entre os órgãos que compõem o subsistema federal de combate à corrupção (MPF, TCU, AGU, CGU e Polícia Federal), decorrendo daí um acordo de cooperação técnica (ACT) celebrado naquele ano, a fim de que as intervenções isoladas e descoordenadas das referidas agências estatais não inviabilizassem a eficácia dos acordos de leniência, que se mostravam promissores para o incremento de eficácia das difíceis investigações envolvendo ilícitos de corrupção em contextos de organizações criminosas, cartéis e conluíus voltados a fraudar vultosas contratações públicas.

Esse é, portanto, o ambiente institucional tortuoso em que se insere a presente reflexão, com enfoque específico na intervenção do TCU nos acordos de leniência da Lei 12.846/2013.

Para isso, será utilizado o referencial teórico da análise econômica do direito, problematizando as repercussões dos arranjos normativos no comportamento dos agentes públicos e privados, buscando compreender qual é o sistema central de incentivos para que uma pessoa jurídica envolvida na prática de ilícitos contra a administração pública tome a iniciativa de se autoincriminar, revelando o esquema ilegal do qual participa, os coautores da infração e fornecendo um conjunto probatório necessário a que o aparelho persecutório do Estado atue na responsabilização de outros agentes envolvidos na prática ilícita.

Dentro dessa estrutura de incentivos, avaliar-se-á como a atuação do TCU, na recente modelagem trazida pela Instrução Normativa-TCU 95/24, potencializa ou fragiliza tal concepção institucional do direito negocial.

1. PREMISSAS DE ANÁLISE E BASES METODOLÓGICAS

É comum ao jurista brasileiro que as realidades normativas sejam percebidas a partir da formação abstrata e legalista advindas da tradição jurídica romano-germânica. Materializada a intervenção do Estado por meio da edição de uma norma jurídica, os “operadores” do subsistema normativo tendem a olhar determinado fenômeno a partir dos signos binários do

lícito e ilícito, da conduta prescrita e das consequências previstas na norma (sanções), utilizando os parâmetros e as práticas discursivas da interpretação do sistema normativo⁴.

Como é inerente a qualquer corte metodológico, a realidade se apresenta mais complexa. O mundo do dever ser, decorrente das construções normativas – sejam elas os estatutos, sejam elas as razões de decidir extraídas das decisões judiciais que passariam a compor os precedentes – passa inevitavelmente pelo crivo do mundo do ser, de como as pessoas efetivamente se comportam e como os seres humanos serão mais ou menos responsivos aos estímulos da norma jurídica.

Nesse âmbito do comportamento humano, embora inegável que a atuação normativa seja fundamental para a regulação da vida em sociedade⁵, caso tais regulações sejam excessivamente distantes dos padrões de condutas reais das pessoas, ou se exigirá um desgastante e custoso aparato sancionatório ou se relegará a norma ao seu completo desuso e ineficácia.

Assim, outras abordagens advindas das ciências sociais podem enriquecer a compreensão dos fenômenos jurídicos, seja para se problematizar as possíveis formas de intervenção do Estado (análise normativa), seja para verificar se as opções normativas adotadas terão, de fato, aptidão de produzir os fins que elas preconizam (análise positiva) a partir de modelos realistas da ação humana.

Contudo, quaisquer que sejam as abordagens, sempre o investigador se deparará com dramas inerentes às ciências sociais, que não possuem um objeto distinto do sujeito, nem se submetem a leis mecanicistas, de causa e efeito naturais, por se inserir no campo do comportamento humano e social, cujas causalidades são múltiplas, fluídas e muitas vezes de difícil detecção empírica.

⁴ GICO JÚNIOR, Ivo T. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito*. Economic Analysis of Law Review, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010. “Em última instância, os juristas (teóricos e práticos) ficaram e permanecem sem qualquer instrumental analítico adequado para avaliar as consequências de suas decisões ou interpretações, atendo-se a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas. Por essa razão, em sua prática cotidiana, voltaram-se ao exercício de análise e classificação de normas e regras em abstrato, cujo principal instrumento (hermenêutica) em larga medida não passa de um jogo de palavras sob o qual escolhas reais são ignoradas ou simplesmente escamoteadas. Obviamente esse resultado enfraqueceu e degenerou a proposta de finalidade racional do direito.”

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 21. “A função de toda ordem social, de toda sociedade – porque a sociedade nada mais é que uma ordem social – é motivar certa conduta recíproca dos seres humanos: fazer com que eles se abstenham de certos atos que, por alguma razão, são considerados nocivos à sociedade, e fazer com que executem outros que, por alguma razão, são considerados úteis à sociedade.

Apesar de tais dificuldades metodológicas, a análise econômica do direito se apresenta como um ferramental útil para determinadas investigações jurídicas, tendo em vista suas premissas científicas da microeconomia neoclássica de construção de modelos de tomada de decisão racionais, fundadas na maximização da utilidade marginal,⁶ e de estruturas de inter-relacionamento entre agentes, a partir de sistemas de incentivos gerados pelos arranjos normativos.

Não desconhecemos igualmente as limitações de tal abordagem metodológica. No próprio campo da economia, o modelo de tomada de decisão baseada na racionalidade irrestrita dos agentes foi colocado em xeque, abrindo férteis reflexões que levaram ao desenvolvimento da economia comportamental, descobrindo-se, por meio de pesquisas empíricas, que o ser humano possui racionalidade limitada, força de vontade limitada e egoísmo limitado.⁷

Lembramos os alertas de Thaler, de que

“o problema está no modelo usado pelos economistas, um modelo que substitui o *Homo sapiens* por uma criatura ficcional chama *Homo economicus*, que gosto de chamar abreviadamente de Econ. Em comparação com esse mundo imaginário de Econs, os Humanos incidem em vários desvios, e isso significa que os modelos econômicos fazem uma porção de previsões ruins (...)”.⁸

Apesar disso, a estrutura conceitual típica da AED, que se baseia no cálculo racional de tomada de decisão a partir da premissa de que os indivíduos são dotados de certa racionalidade e que buscam, de alguma forma, maximizar suas utilidades, ainda possui seu valor de análise e pode contribuir para a compreensão de certos fenômenos, sobretudo em contextos como o do presente artigo, em que estão em jogo interesses de empresas, na maioria das vezes dotadas de estruturas jurídicas, de gestão e de aconselhamento capazes de incrementar o cálculo racional entre aderir ou não aderir a um acordo de leniência a partir de considerações de ordem econômica, legal, reputacional e estratégica.

⁶ Galbraith bem explica a genealogia do desenvolvimento de tal importante ideia de utilidade marginal a partir do final do século XIX, sintetizando o conceito: “mantendo-se os outros fatores constantes, a utilidade de qualquer bem ou serviço diminui com a sua crescente disponibilidade; é a utilidade da última e menos desejada unidade – a utilidade da unidade marginal – que determina o valor de todas.” GALBRAITH, John Kenneth. *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. [S.l.]: [s.n.], 1989. p. 97-98.

⁷ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A behavioral approach to law and economics*. Stanford Law Review, v. 50, p. 1471-1550, 1998.

⁸ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 18.

Os processos de tomada de decisão para a alocação de recursos escassos, envolvendo mecanismos de incentivos e custos de transação, ainda podem se mostrar úteis para a avaliação da eficiência do acordo trazido pela Lei 12.846/2013, que é incrementar o combate à corrupção mediante o estímulo à quebra do conhecido pacto de silêncio que impera nos contextos ilícitos de conluios, cartéis e organizações criminosas.

Nesse domínio de especialização, em que se presume que os agentes econômicos possuem maior capacidade informacional na tomada de decisão, o próprio THALER (2015) deixa claro que os fundamentos da escolha racional podem ser aproveitados.⁹

Serão aplicados, assim, modelos racionais de tomada de decisão e da teoria dos custos de transação nas análises sobre possíveis padrões de comportamento gerados com a intervenção do TCU nos acordos de leniência e seus impactos na dinâmica tradicional de incentivos de tais acordos.

2. INCENTIVOS GERAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA

No direito sancionatório e considerando a evolução dos institutos negociais no sistema jurídico brasileiro¹⁰, o acordo de leniência da Lei 12.846/2013 buscou se apresentar como um importante instrumento de incentivo à ruptura dos pactos de silêncio¹¹ e ao incremento probatório nas investigações estatais, ante a dificuldade crônica do aparelho punitivo estatal,

⁹ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 30. “A boa notícia é que não precisamos jogar fora tudo que sabemos acerca do funcionamento de economias e mercados. Teorias baseadas na premissa de que todo mundo é um Econ não devem ser descartadas. Elas continuam sendo úteis como ponto de partida para modelos mais realistas. E, em algumas circunstâncias especiais, como problemas de fácil resolução ou com pessoas altamente especializadas nas habilidades relevantes ao caso, modelos de Econs podem fornecer uma boa aproximação do que acontece no mundo real. Mas, como veremos, essas situações são a exceção, e não a regra.”

¹⁰ Após a aprovação da Lei 12.846/2013, os institutos de natureza negocial ganharam fôlego adicional com a aprovação do Código de Processo Civil em 2015 e com as alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em 2018, com a criação do que tem sido considerada verdadeira cláusula geral de negociabilidade na esfera pública (art. 26).

¹¹ “Embora muito se tenha discutido sobre a ética estatal de premiar a traição, usando de favores para reduzir o dever de investigar, não há como negar que é entre os criminosos que mais se conhecerá do crime investigado – eficiência máxima. É forma de romper com o consagrado código de silêncio no crime, fundamento de atuação da “omertà” napolitana e que hoje se estende generalizadamente ao crime por organizações criminosas.” Nefi Cordeiro. *Colaboração Premiada. Caracteres, limites e controles*. 2020. Na mesma linha: “Ao contrário do delito tradicional, o crime organizado nunca é um segredo exclusivo de uma só pessoa. Assim, fornecer os incentivos adequados para que a informação compartilhada entre o grupo seja apresentada por um de seus membros às autoridades é o segredo de qualquer programa de leniência.” VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Acordos de leniência: a experiência nacional e internacional de combate a cartéis e sua transposição para o combate à corrupção no Brasil*. In: *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 133-168.

não só o brasileiro, em se desincumbir do pesado ônus da prova e do elevado *standard* de convencimento para a condenação em contextos de organizações criminosas.

Portanto, o acordo de leniência tem raiz estritamente pragmática, imperando a visão realista de que os limites garantistas dos estados democráticos de direito e as dificuldades inerentes à persecução de determinadas práticas criminosas especializadas, com aparatos organizacionais sofisticados, tornavam dificultosa a tarefa de obtenção de provas para o desbaratamento de tais organizações.

Em linhas gerais, a primeira pessoa jurídica participante da prática ilícita que resolva colaborar com as investigações estatais, confessando a autoria delitiva, cessando sua participação no esquema criminoso e resultando dessa colaboração a identificação dos demais envolvidos na prática ilícita, com a obtenção célere de provas de autoria e materialidade do esquema ilícito, poderá ter sanções afastadas e/ou atenuadas (art. 16 da Lei 12.846/13)¹².

Tal arriscada conduta de se tornar um delator deve ser entendida sob perspectiva. Em situações normais de ilícitos associativos, não se espera que os agentes econômicos deixem de auferir os benefícios da prática delituosa por simples altruísmo ou por questões morais¹³. O cálculo de custo-benefício entre delatar ou não delatar se coloca, presumimos, diante de apurações que o Estado já venha conduzindo¹⁴, de conhecimento ou de suspeita de conhecimento pelo agente criminoso, e da probabilidade de aplicação das sanções previstas em lei, abrindo assim a perspectiva de avaliação estratégica entre se manter calado, aguardando-se o desfecho das apurações e as consequências daí advindas, correndo-se o risco que outros agentes delatem, ou se antecipar em fornecer as provas ao Estado e obter benefícios disso, ante uma provável punição que se avizinha. Tal suposição é firmada na lógica microeconômica que influencia a análise econômica do direito, no sentido de que agentes racionais calculam os

¹² A previsão de que somente é possível celebrar o acordo de leniência com a primeira pessoa jurídica que tomar a iniciativa (*first come, first served*), embora coerente com o sistema de incentivo clássico previsto para tais tipos de acordo, de natureza colaborativa e voltada a estimular o rompimento das estruturas delituosas, foi relativizado pelos decretos de regulamentação da LAC. Tanto no Decreto 8.420/2015 quanto no atual Decreto 11.129/2022, há referência à “primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante”, sendo tal previsão infralegal de duvidosa compatibilidade com o diploma de hierarquia superior.

¹³ Apenas uma pesquisa empírica poderia apontar as razões psicológicas pela tomada de decisão pela realização de um acordo de leniência. A partir dos modelos da escolha racional, mostra-se mais plausível que o cálculo seja realmente econômico, embora não se despreze razões morais e culturais que possam impelir indivíduos para a cessão de condutas ilícitas e eventualmente colaborar com o Estado.

¹⁴ A vantajosidade do acordo de leniência para Estado apenas se materializa se houver incremento informacional com as provas apresentadas pelo colaborador. Caso a investigação estatal já esteja madura, aumenta o custo de fundamentação por parte do Estado na aceitação de um acordo.

custos-benefícios das diferentes alternativas, conforme o conjunto de informações disponíveis no momento.

Com o acordo de leniência, o sistema institucional passa a oferecer um fator de instabilidade para o esquema ilícito, trazendo uma oportunidade de barganha e obtenção de benefício ao que primeiro delatar os demais participantes do conluio, incentivo estratégico bem estudado na teoria dos jogos¹⁵, em que a decisão individual leva em conta não somente o cálculo racional voltado a maximizar as utilidades do colaborador, mas também as possíveis decisões de outras agentes¹⁶. A concepção do acordo de leniência, desde sua origem norte-americana nos contextos de combate aos cartéis, seria justamente gerar o risco contínuo de mútua traição, revelando contornos além do tradicional *plea bargain*¹⁷. Por tal razão, o benefício deveria ficar restrito ao primeiro que delatar, e não aos demais.

No campo da prática ilícita, Becker iniciou as reflexões sobre o cálculo racional do crime, afastando-se das análises tradicionais do comportamento desviante a partir de aspectos morais, psicológicos ou sociais. Pelo menos uma parte das práticas ilícitas pôde ser compreendida como uma atividade econômica relevante, sobretudo os crimes de “colarinho branco”.

Como síntese da premissa de Becker:

The approach taken here follows the economists usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become "criminals," therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ.¹⁸

¹⁵ Nessa teoria encontra-se a premissa de que os agentes, em um cenário de interação mútua, adotam posturas estratégicas, uma vez que a eficácia de suas ações está intrinsecamente atrelada às decisões tomadas pelos demais participantes. Ronald Hilbrecht aduz que a teoria em questão parte do pressuposto de que os agentes decisórios — denominados jogadores ou agentes — são dotados de racionalidade, implicando dizer que possuem plena consciência de seus objetivos e preferências, têm conhecimento das barreiras e limitações que circunscrevem suas ações e, munidos dessa compreensão, são capazes de eleger a conduta mais acertada que, dentro do universo de possibilidades e restrições, melhor atenda aos seus propósitos. HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 115-138.

¹⁶ Vale observar que a teoria dos jogos traz resultados contraintuitivos a partir da lógica da escolha racional, tendo em vista os cenários de interação com as decisões de outros agentes.

¹⁷ A questão é muito bem delimitada por Rafaela Coutinho Canetti na sua bem fundamentada obra *Acordo de Leniência. Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 2º ed. 2020, pg 33.

¹⁸ BECKER, Gary. *Crime and punishment: an economic approach*. In: BECKER, Gary; LANDES, William M. (ed.). *Essays in the economics of crime and punishment*. New York: National Bureau of Economic Research, 1974. p. 170.

Para o Estado, a utilização do acordo de leniência traz também a possível redução dos custos do processo persecutório, ante o recebimento de provas franqueadas pelo agente colaborador e o atalhamento das tortuosas investigações dos ilícitos praticados em contextos associativos. A adoção do acordo de leniência passa “pela aceitação da ideia de um Estado que não é onipotente, onipresente e onisciente”, admitindo de forma realista a “escassez de seu pessoal, técnica e recursos financeiros, verdadeiras barreiras para a implementação de medidas eficientes para lidar com determinadas classes de comportamentos condenáveis”.¹⁹

O benefício informacional (obtenção de provas, identificação da participação de outros agentes e de formação de conhecimento em torno do *modus operandi* das práticas ilícitas) e a provável celeridade na apuração do ilícito, na responsabilização e na recuperação do produto/proveito do ilícito devem se revelar, assim, superiores ao custo social e reputacional do Estado em reduzir a punição do agente delator²⁰. Entra em cena o cenário de escassez de recursos investigativos e a necessidade de mecanismos de sua otimização.

Não se pode esquecer que a efetividade da alternativa estatal derradeira – investigação total dos fatos por meios próprios e punição de todos os responsáveis – deve se apresentar também como um cenário provável, para que o cálculo da colaboração se mostre efetivo²¹. Isso é corroborado também pela história recente brasileira, quando os institutos da colaboração premiada e do acordo de leniência só obtiveram adesão e resultados práticos relevantes ante o fortalecimento das instituições de *enforcement*, momento quando entrou em cena a probabilidade de punição.

¹⁹ CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 30.

²⁰ MARRARA, Thiago. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda>. Acesso em: 11 jul. 2024. “De outro lado, como contratante, o Estado se propõe a agir de modo leniente, suave, brando no exercício de seu poder punitivo. O acordo lhe acarreta a obrigação de reduzir ou extinguir sanções potencialmente aplicáveis ao infrator confesso. Cabe a ele, por conseguinte, o verdadeiro papel de leniente – papel que se justificará perante a sociedade na medida em que a brandura punitiva for compensada pela obtenção de provas que permitirão a persecução e a provável condenação de outros infratores.”

²¹ Corroborando nossas colocações, entre diversos fatores apontados por Rafaela Canetti para o sucesso na importação dos programas de leniência está a eficácia do sistema de *law enforcement*, capaz de gerar o temor pelas sanções previstas no sistema jurídico. A autora reforça ainda o conhecido sistema de *carrots and sticks* (porretes e cenouras), em que se conjugam as atividades dissuatórias firmadas nas punições (porretes) com os incentivos postos à disposição para a colaboração (cenouras). CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 47.

Pode parecer um truísmo, mas em momentos em que estão em voga os instrumentos de consensualismo, não se pode esquecer que eles dependem de um sistema efetivo de respostas sancionatórias estatais, em que os casos mais graves continuam sendo punidos com as sanções previstas em lei, cumprindo o seu papel dissuasório geral e apontando para os interessados em celebrar acordos que as respostas estatais serão consistentes com o arranjo legal e terão probabilidade significativa de serem aplicadas.

Portanto, a existência do acordo de leniência interfere no cálculo racional do agente responsável pela prática de ilícitos associativos, fornecendo a ele um benefício para que rompa o silêncio, interrompa sua prática delituosa e forneça provas consistentes do arranjo ilícito e da participação de terceiros, recebendo em troca reduções ou isenções de sanções. Vimos também que a percepção do acordo como um benefício líquido, frente aos custos sociais, reputacionais e financeiros, depende da atuação eficaz do aparelho de *enforcement* para que o cenário sem o acordo se mostre de alguma forma desvantajoso para a pessoa jurídica. Sociedades com níveis elevados de ineficiência do aparelho de aplicação da lei alteram a percepção de tal cálculo racional.

Ocorre que, conforme já observado, o sistema responsabilizatório no Brasil é de múltiplas camadas e, não raro, as instituições estatais competem entre si, ante as desconfianças mútuas ou em razão da necessidade de proteção de suas estratégias investigativas. Assim, o sistema de incentivos do acordo de leniência da Lei 12.846/2013 foi colocado em dúvida, ante os riscos de intervenções de outros atores institucionais, capazes de desequilibrar a balança de custos-benefícios, gerando instabilidade e insegurança jurídica.

3. INTERVENIÊNCIA DE OUTROS ATORES NO ACORDO DE LENIÊNCIA

Apesar do arranjo normativo delineado na Lei 12.846/2013, fruto de diretivas internacionais, em que um ator único na esfera federal conduziria as tratativas e celebraria o acordo de leniência,^{22 23} logo de partida o cenário se mostrou mais complexo, com o Ministério

²² Até mesmo a existência de um ator único na celebração dos acordos de leniência, centrado na Controladoria-Geral da União, conforme concepção original da Lei 12.846/2013, não vingou na prática. Em 2019, a CGU formalizou parceria com a Advocacia-Geral da União para a celebração dos acordos de leniência, por meio da Portaria Conjunta AGU/CGU n. 4, de 09/8/19.

²³ O que a literatura chama de “one stop point”, em que empresas e indivíduos contam com um único ponto de contato no aparelho de Estado, possibilitando reduções ou isenções de todas as sanções possíveis, conforme citado VERÍSSIMO, citando Luz e Spagnolo. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Acordos de leniência: a experiência nacional

Público Federal buscando assumir protagonismo e o Tribunal de Contas da União tencionando reafirmar sua competência constitucional de controle externo sobre o uso dos recursos públicos federais.

Inúmeros debates foram travados nos primeiros anos de vigência da lei, sob a ótica de que o MPF seria o ator capaz de conduzir simultaneamente a esfera de responsabilidade penal, com o acordo de colaboração premiada, e a esfera administrativa-cível, com o acordo de leniência, a partir de uma interpretação combinada com a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei da Ação Civil Pública.

Foram celebrados importantes acordos nos anos iniciais de vigência da LAC pelo MPF, embora a lei se referisse expressamente à Controladoria-Geral da União como órgão responsável por tais acordos na esfera federal. Alguns desses acordos foram objeto de ações judiciais, impugnando sua validade e seus efeitos. Em verdade, entre 2014 e 2017, o órgão ministerial federal foi o único a celebrar tais acordos²⁴. Mais recentemente, o tema voltou à baila com decisões do STF anulando acordos anteriormente firmados e com a propositura da ADPF 1.051, em que foi instaurada uma mesa de negociação em torno dos acordos então firmados anteriormente ao acordo de cooperação técnica de 2020.

Instaurou-se, assim, um cenário complexo de disputas e desconfianças institucionais²⁵, revelando como “o Brasil não é para principiantes”²⁶. Nesse cenário, também o TCU mostrou seu ceticismo com a atuação das demais agências de combate à corrupção, firmando posição a partir de suas competências de controle externo sobre o trato dos recursos federais, asseguradas pela Constituição Federal.

Delineando a forma como atuaria nos acordos de leniência, o TCU editou inicialmente a Instrução Normativa 74/2015, apontando para a ampla fiscalização de cada uma das etapas

e internacional de combate a cartéis e sua transposição para o combate à corrupção no Brasil. In: *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 133-168.

²⁴ Conforme dados apresentados pela CGU, os acordos de leniência começam a ser firmados pelo órgão do poder executivo somente em 2017, sendo os anteriormente assinados, principalmente, no contexto da Lava-Jato, conduzidos unicamente pelo MPF. Conferir em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-celebrados>

²⁵ A teoria da escolha pública lançou diversas luzes sobre a maximização das utilidades, a partir de cálculos de custos (preço) e benefícios, na esfera pública por políticos e burocratas, que também agem buscando otimizar interesses próprios de influência, recursos e poder, trazendo assim uma visão pessimista (ou meramente realista) sobre o funcionamento do aparelho estatal.

²⁶ Frase atribuída a Antônio Carlos Jobim, talvez dita em um contexto de pluralidade e complexidade cultural brasileira, mas perfeitamente cabível para as esquizofrenias institucionais vistas por aqui.

do acordo de leniência, em uma espécie de controle concomitante (art. 1º, §1º)²⁷ sobre a atuação da CGU na condução dos acordos, ou mesmo sobre a atuação do MPF. Entendia a Corte de Contas que o acordo de leniência era ato administrativo sujeito à sua “jurisdição”. O nível de intervenção nos acordos de leniência era deveras significativo, de forma que a aprovação do TCU era condição de eficácia necessária para cada uma das fases do acordo (art. 3º), tornando o Tribunal “verdadeira instância de homologação dos acordos celebrados pelas autoridades encartadas no art. 16 da LAC” (FERNANDES, MENDES, 2022).

A Corte de Contas fez questão ainda de ressaltar normativamente que a celebração do acordo de leniência pela Administração Federal não afastaria as competências do órgão de controle externo para a imputação do dano aos seus causadores, nem impediria a aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU).

Ficava claro que a Corte de Contas iria exercer em sua plenitude suas competências de imputação de débitos e de aplicação de multas e inabilitações, o que causou significativa instabilidade ao sistema de leniência da Lei 12.846/2013.

A IN-TCU 74/2015 chegou a ser atacada por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5.294) no STF, sob o fundamento de que a Corte de Contas teria inovado no ordenamento jurídico criando verdadeira competência de controle prévio sobre os acordos de leniência. O objeto da referida ADI, posteriormente, se esvaiu em razão da entrada em vigor de outro ato normativo do TCU sobre o tema, a IN-TCU 83/2018.

Com o novo normativo, abandonava-se o modelo de controle concomitante de cada etapa do acordo e de condição prévia de sua eficácia, passando a prever tão somente a possibilidade de que as informações obtidas nos acordos poderiam ser utilizadas pelo TCU em seus processos.

Entre a primeira e a segunda instruções normativas, o TCU ainda adotou posição intermediária, reconhecendo em certa medida a eficácia dos acordos de leniência inicialmente firmados pelo MPF no contexto da operação Lava-Jato²⁸, de forma a se prestigiar minimamente os acordos de colaboração e de leniência então firmados, podendo ser considerados, na

²⁷ A reafirmação da competência do TCU e a modelagem como fiscalização *pari passu* dos acordos de leniência fica clara, além da IN 74/2015, da nota de esclarecimento divulgada naquele ano pela Corte de Contas. V. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Nota de esclarecimento: o TCU e os acordos de leniência*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/nota-de-esclarecimento-o-tcu-e-os-acordos-de-leniencia.htm>. Acesso em: 11 jul. 2024.

²⁸ Vide BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 483/2017-Plenário. Brasília, 2017.

dosimetria de suas sanções, o fornecimento de informações e a colaboração também à Corte de Contas.

No entanto, a intervenção de outros atores institucionais nos acordos de leniência foi assumir maior racionalidade com o Acordo de Cooperação Técnica conduzido pelo Supremo Tribunal Federal em 2020²⁹, em que foram explicitadas as premissas jurídicas e econômicas do acordo de leniência e a necessidade de cooperação interinstitucional dos atores envolvidos no subsistema de defesa do erário e combate à corrupção na esfera federal (CGU, AGU, TCU e MJ), se comprometendo tais órgãos com ações concretas para a racionalização de suas respectivas atuações nos acordos de leniência.³⁰

Passados alguns anos, o TCU editou enfim a vigente IN-95/2024, que será objeto de análise no tópico seguinte.

Como estamos nos valendo das bases metodológicas da análise econômica do direito em sua vertente positiva, o que se pretende avaliar é a estrutura de incentivos e os custos de transação das opções normativas postas, a partir da premissa da eficiência e considerando os prováveis cálculos racionais na tomada de decisão entre firmar ou não o acordo.

4. INTERVENÇÃO DO TCU NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA. ANÁLISE DOS POSSÍVEIS INCENTIVOS E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A partir do referencial teórico da análise econômica do direito, quais os potenciais impactos do arranjo normativo trazido pela IN-TCU 95/2024 no conjunto de incentivos ao comportamento dos agentes privados interessados nos acordos de leniência? Tal norma é capaz de incrementar os custos de transação? Contribui para a lógica intrínseca do sistema de leniência? Gera instabilidade à percepção de custos e benefícios?

Inicialmente, por que o TCU se considera legitimado a intervir nos acordos de leniência, tendo em vista que não há previsão expressa para tanto na Lei 12.846/2013? De um lado, já se observou que, em razão de norma de hierarquia superior – Constituição Federal –

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acordo de cooperação técnica*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/11/16/BB/03/575C37109EB62737F18818A8/ACORDO%20DE%20COOPERACAO%20TECNICA%20_1_.pdf. Acesso em: 11 jul. 2024.

³⁰ Contudo, restou de fora o MPF, que se recusou a firmar o acordo de cooperação, sob a conclusão de que ele vulnerava o papel do Ministério Público. Para maiores informações sobre os argumentos então aduzidos pelo Ministério Público Federal, consulte-se a Nota Técnica n. 2/2020, emitida pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do MPF, disponível em <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/nota-tecnica-5a-camara-leniencia.pdf>.

conferir a macrocompetência de *accountability* horizontal, na acepção dada por O'Donnell³¹, exercida por agências estatais dotadas de relativa autonomia, responsáveis pelo exercício de controles rotineiros de índole político-administrativo-financeiro, no caso específico sobre o uso dos recursos federais a partir dos parâmetros da legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70 da CF/88), o Tribunal de Contas da União vem entendendo que os acordos são atos administrativos sujeitos à sua “jurisdição”³².

Por outro lado, a própria Lei 12.846/2013 define o dever de a pessoa jurídica reparar integralmente o dano ao erário (§3º do art. 16), causado pelos atos lesivos à Administração Pública. Observar tal contexto pela ótica da análise econômica do direito nos permitirá problematizar alguns incentivos por trás de tais enunciações normativas e o que vem ocorrendo na prática.

Reduzindo a complexidade da matéria para os fins ora propostos, em nosso sistema de responsabilidade civil subsiste o princípio da integral reparação do dano, de forma que aquele que causou um dano a alguém deve recolocar o patrimônio da pessoa lesada no mesmo *status* anterior à lesão, por meio da figura da indenização ou de medidas materiais específicas. Nesse sentido:

Para realizar a finalidade primordial de restituição do prejudicado à situação anterior, desfazendo, tanto quanto possível, os efeitos do dano sofrido, tem se o direito empenhado extremamente em todos os tempos. A responsabilidade civil é reflexo da própria evolução do direito, é um dos seus mais acentuados característicos. É preocupação, no direito civil, só comparável à que inspira o instituto da pena, outro sinal distintivo do progresso jurídico.³³

O incentivo geral do sistema de responsabilidade civil é o desestímulo às condutas imprudentes e negligentes que expõem indivíduos e seus bens ao risco de dano, de maneira que, aquele que comete infração a padrões de conduta esperados e causa dano a outro não pode obter qualquer vantagem desse ato ilícito, devendo reparar totalmente o patrimônio do lesado ao *status quo* anterior à lesão. Parte significativa da atuação dos tribunais de contas, em sua feição

³¹ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal*. Agora, n. 8, p. 5-34, 1998.

³² Dado o panorama institucional brasileiro com seus incentivos para atuações sobrepostas dos órgãos de combate à corrupção, é de se supor que tal posição apenas se alteraria se o Supremo Tribunal Federal, como intérprete final da Constituição, viesse a entender de forma contrária, o que não se coloca no radar no momento.

³³ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

responsabilizatória, é justamente imputar tais danos aos seus causadores, agentes públicos ou privados.

Aí estaria o *core* de atuação do TCU nos acordos de leniência. Contribuir para a quantificação de tal dano, para que as tratativas do acordo com a pessoa jurídica contemplem, com a maior precisão possível, a completa reparação do dano ocasionado aos cofres da entidade federal lesada. Parece ser uma iniciativa nobre para o sistema, ao menos sob o olhar normativo. Contudo, a questão precisa ser aprofundada, sob a ótica da estrutura de incentivos dos acordos de leniência.

No cenário estrito da Lei 12.846/2013, a estimação do valor do dano se daria a partir da negociação entre a autoridade pública (CGU/AGU) e o agente privado. Contudo, tal atividade passou a contar com um ator externo interveniente. E aqui começamos nossas reflexões sobre os arranjos institucionais postos e seus impactos nos cálculos racionais do acordo de leniência.

Primeiramente, o acordo de cooperação técnica de 2020 trouxe, como parâmetro a guiar os atores institucionais, “uma estimativa justa e consensual dos valores a serem ressarcidos” (9º princípio); lógica de hierarquização dos incentivos, de forma que o colaborador não pode estar nas mesmas condições do não colaborador, contudo não podendo ser colocado em situação mais vantajosa do que aquele que pautou sua conduta de forma lícita (11º princípio); e o incremento dos valores de ressarcimento (14º princípio).

Quanto a tais diretivas, a estimativa justa e consensual dos danos nos parece um importante incentivo para uma atuação conservadora e focada na negociação do aparelho de Estado na mensuração dos valores a serem fixados nos acordos de leniência a título de reparação do dano. A possível fragilidade em que o agente privado possa se encontrar quando de uma eventual negociação do acordo não pode ser utilizada pelo Estado de forma oportunista para se colocar na mesa valores desproporcionais ou pouco fundamentados, sob pena de aumento da percepção dos riscos decorrentes dos acordos.

Por outro lado, são conhecidas as controvérsias existentes no seio da jurisprudência do próprio Tribunal de Contas da União quanto às técnicas e metodologias de quantificação dos prejuízos aos cofres públicos, desde abordagens conservadoras até abordagens expansivas, sobretudo em casos vultosos envolvendo superfaturamentos. Há, de fato, dificuldades práticas

significativas na mensuração exata de todos os prejuízos causados aos cofres públicos nos casos complexos de corrupção³⁴.

Parece-nos que a diretriz de cooperação estabelecida em 2020 entre as agências estatais o foi pelo conservadorismo e por certa medida de consensualismo, o que pode contribuir para se minimizar os impasses em tais negociações com os agentes privados.

Nesse contexto, é possível se detectar, ao menos implicitamente, o conceito da microeconomia de equilíbrio, de forma que a interação entre os dois agentes que buscam maximizar suas utilidades – no caso o Estado e a empresa – tende a chegar em uma situação de estabilização a partir do processo de negociação, exceto se houver interferências externas que afetem esse equilíbrio ou se os custos de transação forem muito elevados, conforme se verá adiante.

No entanto, duas realidades em paralelo parecem coexistir, afetando esse tênue e difícil equilíbrio formado a partir da negociação: de um lado a diretriz de consensualidade na fixação do dano, trazida no ACT de 2020. De outro, a tradicional estrutura burocrática³⁵ e técnica da Corte de Contas voltada à mensuração completa do dano ao erário, com um viés ressarcitório amplo. Quais serão os resultados da interação dessa realidade dúplice? Haverá convergência de visões entre os negociadores públicos (CGU/AGU), quanto aos danos estimados, com os valores aferidos pelo TCU a partir de suas próprias metodologias?

Primeiramente, a IN-TCU 95/2024 deixa claro que a atuação do TCU é no sentido de uma estimativa do dano (art. 1º, II), tendo em vista que tecnicamente só se pode falar em apuração completa do prejuízo ao erário pela Corte de Contas em um processo de tomada de contas especial, que tem natureza reparatória e punitiva, observado o contraditório e a ampla defesa e contando com uma decisão final colegiada que impute tal dano, com seu valor já devidamente quantificado.

³⁴ Tal questão já é mapeada na literatura: Segundo Mendes e Fernandes, “A despeito dessas orientações recentes, parece que o principal problema na atuação sobreposta da AGU/CGU e MPF com o TCU reside na dificuldade de se convergir para uma mesma metodologia específica para apuração de eventual dano a ser endereçado em negociação para acordo de leniência. Como observa Amanda Athayde, no caso do TCU, especificamente, há pelo menos cinco fórmulas de cálculo disponíveis, baseadas, em síntese, em (i) metodologias tradicionais de engenharias de custos; (ii) auditorias de notas fiscais; (iii) métodos econométricos; (iv) metodologias do produto interno mitigado; e (v) metodologias do índice de recuperação projetado”. MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Acordos de leniência e regimes sancionatórios múltiplos: pontos de partida para uma integração constitucional. In: *Inovações no sistema de justiça: meios alternativos de resolução de conflitos, justiça multiportas e iniciativas para a redução da litigiosidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 101.

³⁵ O termo aqui não é utilizado na acepção comum, depreciativa, mas na concepção de burocracia weberiana.

Enquadrar o problema como estimativa confere, a nosso ver, maior flexibilidade a tal tarefa de quantificação, ante o quadro de informações trazidas pela própria empresa interessada no acordo e eventuais processos do TCU que estejam em curso. Apesar dessa diretriz, tal tarefa de quantificação do prejuízo aos cofres federais se dará na intersecção entre os valores objeto de tratativas iniciais, gerando os cálculos preliminares realizados pela CGU/AGU com a colaboradora, e os valores efetivamente calculados pelo TCU a partir das metodologias vigentes na Corte de Contas (incisos V e VI do art. 1º). Há probabilidade de haver *gaps* consideráveis entre tais valores. Quais são os cenários possíveis e como isso impacta na percepção dos custos de transação do acordo de leniência?

Ao adentrarmos em tal temática, não podemos deixar de nos valer do que se convencionou posteriormente chamar de Teorema de Coase³⁶, fruto da seminal obra de Ronald Coase “The problem of social cost”³⁷, distinguindo a tradicional abordagem jurídica da responsabilidade civil – focada na imputação da reparação do dano ao seu causador, conforme regras estabelecidas pelo sistema jurídico – para a lógica econômica, fundada na eficiência, preocupada com a alocação eficiente do direito de propriedade pela própria vontade das partes, a partir de livres negociações com baixos custos de transação.

E para o que interessa ao presente artigo, custos de transação seriam todos os fatores que aumentam o preço ou geram impedimentos ou fricções adicionais à negociação, sendo provavelmente exitosas (no sentido da alocação ótima dos recursos escassos) as tratativas que tiverem custos de transação iguais ou próximos a zero, porque geradoras de incentivos para que as partes em litígio cheguem a um acordo, alocando de forma eficiente suas utilidades. Assim, tais custos de transação precisam ser reduzidos³⁸ para que seja possível a negociação.

Feito esse breve apontamento, a sistemática de anuência do TCU com os valores de dano negociados entre a CGU/AGU e o agente privado fica clara nos arts. 5º e 6º da IN-TCU 95/2024. Há um momento procedimental em que o TCU enviará à CGU/AGU os valores de possíveis débitos que já estejam em apuração na Corte, envolvendo a proponente do acordo

³⁶ COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022. p. 157. “Não criei a expressão “Teorema de Coase” e nem a sua formulação precisa – devemos ambas as criações a Stigler. No entanto, é verdade que a sua formulação do teorema baseou-se em trabalho meu, no qual se encontra o mesmo pensamento, embora expresso de forma bem diversa”.

³⁷ COASE, Ronald. *The problem of social cost*. The Journal of Law and Economics, v. 3, p. 1-44, 1960.

³⁸ COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022. p. XI. “Diz-se reduzir os custos de transação, pois é óbvio que, na prática, não é possível eliminá-los completamente. Mas, se os custos permanecem elevados, inúmeras transações não chegarão a ser iniciadas ou concluídas, o que acabará por afetar o bem-estar da sociedade”. Trecho do Estudo Introdutório para a edição brasileira de *A Firma, o mercado e o Direito*, de Ronald Coase, por Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira.

(art. 5º) e os fatos em questão. Em seguida, a Corte de Contas receberá da CGU/AGU comunicação sobre a versão final do acordo, oportunidade em caberá à área técnica do TCU manifestar-se “sobre se os valores informados atendem aos critérios de apuração do dano e se são suficientes para o seu ressarcimento” (art. 6º). Inegável, assim, que o valor final calculado pelo órgão encarregado das tratativas (CGU/AGU) passará pelo crivo do aparelho técnico do Tribunal, que normalmente se valerá das metodologias tradicionais (muitas vezes já submetidas a normativos internos) de quantificação do dano e pelas controvérsias já comentadas.

Tais etapas são destinadas a preparar a decisão do TCU sobre os valores negociados (art. 9º). A declaração final do TCU de que não instaurará processos para apuração de valores adicionais de dano se dará apenas se o próprio Tribunal considerar que os valores negociados no acordo de leniência satisfazem seus critérios de mensuração dos prejuízos. Enfim, a palavra final na quantificação do prejuízo ao erário federal ainda caberá ao TCU, não havendo garantias de convergência entre as metodologias de cálculo dos danos.

Pelo contrário, é mais provável a ocorrência de divergências entre os valores negociados entre a CGU/AGU e a pessoa jurídica colaboradora³⁹, e o TCU. Em considerando o TCU que os valores negociados não satisfazem aos seus próprios critérios, a CGU/AGU será cientificada para “fins de negociação complementar visando eventual ajuste dos valores a título de ressarcimento dos danos” (art. 10). Constatado ao final que os valores previstos no acordo de leniência não contemplaram os valores estimados pelo TCU, este não dará quitação à colaboradora, com o prosseguimento dos processos punitivos que tramitam na Corte de Contas (art. 16).

Há, portanto, pontos de instabilidade ao fluxo de negociações do acordo de leniência, que poderão ser percebidos como custos de transação acrescidos ao cenário comparado sem tal regra da IN-TCU 95/2024. Cada medida acrescida de custos de transação dificulta um acordo, com base no teorema de Coase. E por definição, programas de leniência, além de atrativos – comparado ao cenário provável de punição – precisam ser confiáveis e previsíveis, “não pode[ndo] a celebração do acordo, por óbvio, acarretar um incremento de riscos ao particular

³⁹ O Decreto 11.129/2022, que atualmente regulamenta a Lei 12.846/2013, fala na necessidade de a pessoa jurídica interessada no acordo reparar integralmente a parcela incontroversa do dano causado (art. 37, VI), o que aponta para o reconhecimento de valores submetidos a controvérsias, conforme ora debatido.

para além daqueles preexistentes à sua cooperação, sob pena de subverter-se toda a lógica econômica dos acordos de leniência.”⁴⁰

Além disso, o simples acréscimo de fases procedimentais em um ator externo às negociações pode ser percebido também como um fator de ampliação dos custos de transação (tempo adicionado, incertezas), podendo-se ultrapassar o limiar dos benefícios esperados pelo agente privado, a depender do caso. Estar submetido ao risco de que os valores acordados não serão suficientes para a completa quitação da dívida, podendo haver sujeição adicional à responsabilidade perante o TCU, se mostra como um possível desincentivo ao futuro dos acordos de leniência⁴¹.

E as primeiras experiências com acordos de leniência já demonstraram como as divergências entre os órgãos governamentais podem constituir entraves à eficiência de tais instrumentos de combate à corrupção, trazendo sinalizações negativas quanto à confiabilidade da leniência da Lei 12.846/2013. MARIN (2019) expõe sobre as divergências havidas entre o MPF e a AGU no emblemático acordo de leniência firmado com o Grupo Odebrecht, justamente quanto ao montante fixado a título de reparação de danos, ressaltando a autora, na mesma linha que expusemos, “que a forma de cálculo para se chegar ao montante do dano a ser indenizado ao erário é complexo e nem sempre as instituições utilizam da mesma metodologia”.

Também para além da especulação teórica, as instabilidades causadas aos acordos de leniência pela atuação do TCU já foram objeto de debates judiciais no Supremo Tribunal Federal, seja na primeira fase de vigência da Lei 12.846/2013, em que o TCU entendia que não haveria nenhum óbice ao exercício pleno de suas competências constitucionais, inclusive podendo aplicar sanções sobre as empresas signatárias de acordos de leniência, seja numa fase posterior, quando a Corte de Contas começou a temperar seu entendimento no sentido de que poderia haver o abrandamento de suas sanções, ante o acordo de leniência.⁴²

Além disso, o cálculo racional do agente privado entre tomar ou não a iniciativa pelo acordo de leniência precisa ser colocado sob a perspectiva de que a empresa (e seus dirigentes,

⁴⁰ CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 259.

⁴¹ Há uma relação direta entre previsibilidade e os acordos de natureza colaborativa, em que além de assunção completa de responsabilidade, há as expectativas por parte do Estado de delação do esquema criminoso e dos demais coautores. Em tais arranjos, a práxis internacional e a literatura apontam a necessidade de previsão *ex ante* dos potenciais benefícios ao colaborador, para estímulo ao seu cálculo racional (além da maior legitimidade ao impor isonomia na concessão das benesses). Inserções de instabilidades ou imprevisibilidades podem ser vistas como fatores de desestímulo aos acordos de leniência por dificultarem o cálculo de custos-benefícios.

⁴² Cf. Mandados de Segurança 36.526; 36.496; 35.435, apreciados pelo STF.

uma vez que a manifestação de vontade da pessoa jurídica é uma abstração) terá que se expor de forma significativa com a apresentação de declarações e documentos auto incriminatórios. É certo que o sistema jurídico prevê que o insucesso do acordo não permitirá que o Estado se valha dos documentos obtidos para responsabilizar a empresa interessada no acordo, que acabou por não ser assinado (§7º do art. 16 da Lei 12.846/2013). Como não poderia deixar de ser, na IN-TCU 95/2024 foram previstas regras pela não utilização das informações prestadas pela colaboradora em seu desfavor, caso o acordo não seja firmado (art. 12, IV).

Contudo, ainda não foram bem estudados os impactos psicológicos nos agentes públicos envolvidos no *law enforcement* do acesso a documentos sobre práticas e esquemas ilícitos, mesmo quando tais documentos não são utilizados formalmente como prova contra os proponentes dos acordos fracassados. Seria a imparcialidade de tais agentes públicos comprometida? Seriam tais informações aproveitadas como conhecimento tácito para a destinação de recursos investigativos sobre o esquema ilícito? A partir de uma abordagem realista proposta neste artigo, pode-se especular que tais informações estratégicas podem ser usadas de forma oportunística pelos agentes do Estado, havendo até fundamento jurídico para tanto, baseado na prova relativamente autônoma (mas reforçada pelas convicções construídas com as provas trazidas pelo colaborador), prevista na IN-TCU 95/2024 (art. 12, V).

Olhando para o filme, não há dúvidas que o TCU avançou ao abandonar o modelo de controle concomitante, com a aprovação de cada etapa do acordo como condição de eficácia das etapas seguintes. Tal estrutura normativa se mostrou disfuncional. Focalizando, entretanto, a estrutura de expectativas e custos-benefícios nas tratativas e na formalização de um acordo de leniência, vemos que a intervenção do TCU na mensuração do dano, na forma proposta pela IN 95/2024, mostra-se como fator adicional de custos de transação, com possíveis consequências sobre a eficiência desse instrumento de persecução de ilícitos contra a Administração Pública.

É verdade que nos faltam dados empíricos sobre a percepção dos agentes privados acerca da interveniência de um agente externo às tratativas e sobre as instabilidades geradas. Aliás, a própria coleta de dados como esses é difícil. Entrevistas com os negociadores públicos e estudos de caso poderiam fornecer dados relevantes. Não obstante, os casos judicializados pelas próprias empresas no passado apontam para o quadro de insegurança decorrente das intervenções simultâneas de outras agências estatais sobre os acordos de leniência.

A partir da abordagem econômica aplicada ao direito, constatamos que o acréscimo de incerteza quanto à fixação dos valores de dano e a submissão do acordo a um ator estranho às

partes em negociação podem ser vistos como potenciais desincentivos aos acordos, aumentando os *trade-offs* e, por consequência, dificultando a percepção da balança de custos-benefícios do programa de leniência da Lei 12.846/2013.

Estaríamos aqui diante de uma possível falha de governo⁴³, em que uma intervenção governamental mal calibrada pode gerar distorções não previstas, ou até mesmo fragilizar a eficácia dos acordos de leniência ao se incentivar condutas não desejáveis nos agentes privados?

5. COMPARAÇÃO COM O CENÁRIO REAL. BAIXAS TAXAS DE RECUPERAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO

É sabido que o cálculo racional do agente privado entre buscar/realizar um acordo de leniência ou permanecer em silêncio, continuando a auferir os benefícios da prática ilícita contra a Administração e correndo os riscos da punição, é dependente da comparação com um cenário provável decorrente da não realização do acordo.

No ambiente institucional brasileiro e no microcosmos das sanções administrativas, qual é a realidade que impera em relação à efetividade de suas sanções? Enfrentando essa questão poderemos aplicar o modelo da escolha racional de forma mais precisa. Além disso, poderemos avaliar se os resultados dos acordos de leniência da Lei 12.846/2013 apresentam-se satisfatórios frente os seus custos e comparados com o sistema tradicional de punição administrativa.

Na esfera da atuação persecutória administrativa, são conhecidos os déficits de eficácia das sanções aplicadas pelas agências estatais. Especificamente quanto à reparação de danos ao erário, Simões⁴⁴, mediante coleta de dados relativos a débitos e multas imputadas pelo TCU,

⁴³ “Sem questionar a importância da regulação, há situações em que as normas são concebidas sem o devido cuidado, de forma que geram mais custos do que benefícios. Em outras palavras, ao invés de reduzir falhas de mercado, elas introduzem distorções adicionais, principalmente no ambiente econômico. Nesse caso, tem-se as chamadas falhas de governo, intervenções governamentais incorretas que geram distorções maiores do que os problemas que elas se propunham a resolver. Esse efeito adverso é conhecido na literatura como efeito Peltzman, situação em que a regulação tende a criar condutas não previstas para os regulados, anulando os benefícios almejados.” MELO, Ana Paula Andrade de; MENEGUIN, Fernando. *Uma nova abordagem para a regulação econômica: soft regulation*. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 73, n. 2, p. 119-218, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/6739>. Acesso em: 11 jul. 2024.

⁴⁴ SIMÕES, Rafael. *Avaliação de ressarcimento em processos de tomadas de contas especiais da administração pública federal*. 2022. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/e0b1b217-101a-4744-b57a-f0318249beb6>. Acesso em: 11 jul. 2024.

indica taxas de recuperação dos valores se mantendo em percentuais significativamente baixos (média de 1,71%) entre os anos de 2017 a 2021.⁴⁵ Tais percentuais reduzidos vem se mantendo praticamente estáveis ao longo das décadas e as causas estruturais do problema já vem sendo largamente debatidas.⁴⁶ Em dados mais recentes levantados pelo próprio TCU, a discrepância entre os créditos constituídos pelo Tribunal em seus acórdãos condenatórios enviados aos órgãos da AGU para execução judicial e os montantes efetivamente retornados aos cofres federais também se mostram significativa⁴⁷.

É certo que as causas de tal ineficiência na recuperação dos danos ocasionados à Administração Federal não são atribuíveis unicamente à Corte de Contas. Se por um lado o processo de tomada de contas especial é custoso, demanda tempo, análise de provas e o transcurso de diversas fases inerentes ao devido processo legal⁴⁸, os valores ao final imputados, caso não pagos voluntariamente, passarão pelo sempre difícil e moroso processo de execução judicial, que sabidamente no Brasil encontra estruturas judiciárias sobrecarregadas.

O que se quer demonstrar é que o cenário de escolha racional entre firmar ou não um acordo acaba por levar em consideração não as sanções abstratamente previstas no ordenamento jurídico, mas o cenário real de que as sanções pecuniárias terão baixa probabilidade de cumprirem seu objetivo, dada as ineficiências dos processos administrativos sancionadores e dos processos judiciais punitivos ou de execução.

Por que então se mostraria atrativo ao agente privado o acordo de leniência? Não ignoramos que os cálculos racionais de celebração do acordo incluem outros tipos de sanções, inclusive com interfaces penais para as pessoas físicas dirigentes das empresas e com punições não diretamente pecuniárias, como por exemplo o afastamento das licitações públicas

⁴⁵A partir do levantamento de dados diretamente do Siafi dos pagamentos feitos perante o TCU e feitos com os códigos de recolhimento gerados pela Procuradoria-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal, além de outros cofres credores, relativos a débitos e multas imputadas por esta Corte de Contas, a taxa de recuperação se manteve, na média, em 1,71% entre 2017 a 2021. Em SIMÕES, Rafael. *Avaliação de ressarcimento em processos de tomadas de contas especiais da administração pública federal*. 2022. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/e0b1b217-101a-4744-b57a-f0318249beb6>. Acesso em: 11 jul. 2024.

⁴⁶ MARTINEZ, Nagib Chaul. A efetividade das condenações pecuniárias do Tribunal de Contas da União em face da reapreciação judicial de suas decisões: o problema do acórdão do TCU como título meramente extrajudicial. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

⁴⁷ Conferir dados produzidos pelo próprio Tribunal de Contas em BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 305/2024 – Plenário*. Brasília, 2024.

⁴⁸ Corroborando os altos custos, atualmente dispensa-se a instauração ou a continuidade de uma tomada de contas especial no TCU cujo valor de provável débito seja inferior a R\$ 100.000,00, conforme IN 71/2012.

(declaração de inidoneidade para contratar e/ou licitar)⁴⁹ e preocupações reputacionais. Mas a ineficácia das sanções pecuniárias afeta o cálculo do acordo de leniência, tornando o acordo vantajoso para o Estado, dadas as conhecidas dificuldades em se apurar ilícitos de colarinho branco, além de efetivamente recuperar os valores dos danos ocasionados pelos atos de corrupção.

Sem pretender afirmar que os acordos de leniência seriam uma panaceia para o combate à corrupção, o fato é que há dados persuasivos sobre o volume de recursos objeto das transações já realizadas pela CGU/AGU e efetivamente retornados aos cofres federais.

A partir de uma análise empírica de acordos firmados somente entre 2018 e 2019, Lins⁵⁰ aponta que os valores “arrecadados” por meio dos acordos de leniência foram superiores ao montante de créditos recuperados judicialmente pelas estruturas da AGU relativos a acordos do TCU, sem levar em conta ainda os custos decorrentes de caros processos judiciais e do tempo despendido neles. Tais observações corroboram a ideia de que adicionar custos de transação aos acordos de leniência, além de gerar desincentivos aos potenciais colaboradores, pode ser desvantajoso também para o Estado.

Essa abordagem realista nos leva a inserir tais dados nos cálculos racionais dos agentes privados e do próprio Estado, premido pela necessidade de reduzir a níveis minimamente aceitáveis a incidência da corrupção no Brasil e/ou recuperar ao menos parte dos valores públicos desviados. Conforme apregoam Holmes e Sunstein⁵¹, de forma precisa, sob a ótica da AED, “os direitos têm seu custo e por isso jamais podem ser protegidos de maneira completa ou perfeita”. Portanto, a reparação integral do dano não pode ser encarada de forma absoluta, frente aos elevadíssimos custos decorrentes da estrutura governamental por trás de tal “aspiração”.

Levando em conta o baixo retorno dos valores das sanções pecuniárias aplicadas pelo TCU, sua intervenção obrigatória nos acordos de leniência, sob a ótica da quantificação do dano, se mostraria realmente indispensável, ante a alteração da balança de incentivos e custos de transação nos acordos de leniência decorrentes da modelagem de intervenção trazida pela

⁴⁹ Embora não seja uma sanção pecuniária, possuem intensos efeitos de ordem patrimonial, ao alijar um agente econômico de disputar potenciais contratos com a administração pública.

⁵⁰ LINS, Raniere Rocha. *Consensualidade e o enfrentamento à corrupção: análise empírica dos acordos de leniência na prevenção e repressão de atos corruptivos à luz da Lei n. 12.846/2013*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

⁵¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. pp. 96-97.

IN-95/2024? Responder a essa pergunta, à luz da realidade como ela se apresenta, é um dos desafios que a interseção entre o direito e a economia pode contribuir.

Além de a via da reparação do dano por meio das condenações do TCU encontrar crônicas dificuldades de eficiência, tal atividade não é privilégio somente do TCU. Embora seja um ator relevante, com uma frente extrajudicial importante de atuação (mas que posteriormente acaba por desaguar na esfera judicial, na fase de execução dos acórdãos condenatórios em débito ou multa), o sistema multiportas de responsabilização por atos ilícitos associativos contra a Administração encontra diversos caminhos de busca pelo ressarcimento ao erário⁵².

Levando em conta os resultados obtidos com os acordos de leniência, por qual razão a quantificação do dano ao erário precisa necessariamente passar pelo crivo do TCU, sendo que outros órgãos são igualmente legitimados por lei para atuar na recuperação dos prejuízos decorrentes da corrupção? Se o caminho dos acordos de leniência pode ser “sobrecarregado” de custos de transação e de fatores de instabilidade em suas tratativas, ante a engenharia normativa trazida pela IN-TCU 95/2024, porque não prestigiar a sistemática “seca” definida na Lei 12.846/2013, conforme modelos tradicionais de leniência existentes nas experiências alienígenas? É adequado ao sistema de leniência que se veja o TCU como um curso obrigatório dos acordos, sem considerar os custos-benefícios de tais intervenções?

Caso sejam aceitas as conclusões preliminares de que a sistemática de intervenção obrigatória do TCU trazida pela IN-TCU 95/2024 aumenta os custos de transação nos acordos de leniência, alterando a balança de incentivos para a sua formalização pelos agentes privados, o debate franco e sem dogmas das questões acima trazidas deverá ser aprofundado, avaliando-se, sobre diversos prismas, os custos e os benefícios da manutenção de tal sistemática⁵³.

Além disso, os *trade-offs* envolvidos são entre realizar um acordo de leniência, obtendo de forma consensual valores de reparação dos danos, ainda que imprecisamente estimados, e o incremento probatório, que possibilitará ao Estado acelerar suas investigações e focar punições em outros agentes, comparando-se com o cenário tradicional, custoso e moroso de condução integral das investigações, com posteriores processos administrativo

⁵² Como contraponto a tal esquizofrenia controladora no Brasil e seus impactos adversos e ineficiências, cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. *O mito do “quanto mais controle, melhor” na administração pública*. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 7 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 11 jul. 2024.

⁵³ Não ignoramos que a resposta a tais questões passa também por fatores de ordem política, sociológica e cultural.

sancionadores e, por fim, com a execução judicial do título formado com a decisão administrativa condenatória.

6. NÃO APLICAÇÃO DE SANÇÕES DUPLICADAS (*NON BIS IN IDEM*). AVANÇOS

Por outro lado, nos parece que a IN-TCU 95/2024 trouxe incentivos positivos aos acordos de leniência ao prever normativamente uma prática que já vinha se desenhando na jurisprudência da própria Corte de Contas nos últimos anos, que é compensar ou abater valores de multas já pagas ou pactuadas em acordos de leniência com as sanções pecuniárias eventualmente aplicadas pelo TCU.

Conforme já intuído, o cenário ótimo nos parece ser, caso um conjunto de ilícitos sejam objeto de acordo de leniência, que as demais agências de controle, ao menos na esfera administrativa, assumissem uma conduta de autocontenção, não exercendo novos esforços investigativos e punitivos sobre os mesmos fatos, permitindo que a negociação seja feita por um único ator central.

Isso envolveria uma visão do aparelho estatal de forma única, sem os comportamentos contraditórios de diferentes agências estatais autônomas e as interferências daí decorrentes nos acordos de leniência.

Fora esse cenário ótimo, a estrutura normativa inaugurada com a IN-TCU 95/2024 parece apontar para incentivos positivos aos acordos de leniência no que se refere à autocontenção da atividade punitiva da Corte de Contas, podendo não aplicar medida sancionadora, desde que a colaboradora se mantenha adimplente quanto às obrigações assumidas no acordo (art. 15, §1º) ou, nos casos de sanções pecuniárias, compensar ou abater multas inseridas nos escopos dos acordos de leniência e também objeto de apurações no TCU (art. 25).

Se por um lado a instabilidade quando à quantificação do dano indica o aumento dos custos de transação comparado com um cenário de não intervenção do TCU nos acordos de leniência, a previsão normativa de não aplicação de sanções traz uma sinalização positiva de que os agentes econômicos podem firmar os acordos com a CGU/AGU sem que corram riscos elevados de nova punição pelo Tribunal de Contas, não sendo desprezível tal incentivo,

considerando que os valores de multas podem ser proporcionais ao valor do próprio dano⁵⁴. De igual forma, poderia o TCU deixar de aplicar talvez a mais gravosa das sanções, que é a declaração de inidoneidade da pessoa jurídica fraudadora à licitação⁵⁵, que corresponde à verdadeira morte civil de uma empresa cujo mercado é a prestação de serviços ao poder público.

Face a todos os percalços institucionais porque passaram os acordos de leniência desde sua entrada em vigor em janeiro de 2014, não se pode deixar de notar esse considerável avanço, capaz de, se bem utilizado, preservar o núcleo de incentivos aos agentes privados diante de um cenário institucional complexo de disputas e desconfianças em torno do protagonismo no combate à corrupção.

CONCLUSÕES

Escolhas normativas trazem consequências no cálculo racional do comportamento humano. Essa é uma premissa básica da análise econômica do direito. Quais consequências podem ser antevistas teoricamente pela entrada em cena da IN-TCU 95/2024 no complexo jogo de incentivos e custos de transação presentes nos acordos de leniência conduzidos pela CGU/AGU? Tentamos problematizar algumas delas, formulando questionamentos que podem ser aprofundados por outros pesquisadores, seja utilizando a metodologia da AED ou mesmo se valendo de outras abordagens.

O que nos parece possível detectar no momento, a partir de uma análise realista e contextualizada com o sistema de múltiplas institucionalidades no combate à corrupção e defesa do patrimônio público, é que os custos de transação dos acordos de leniência são inevitavelmente elevados com a inserção de um ator adicional e externo às negociações, como é o TCU, comparado com o fluxo das negociações e a formalização do acordo levando em conta unicamente a CGU/AGU e o agente privado.

Enquanto a lógica dialógica – sem perda do horizonte de satisfação do interesse público – impera entre os negociadores públicos e privados, insere-se no jogo um agente externo, focado na completa mensuração do dano. Vimos que pode haver confrontos de mentalidades interventivas e de métodos de quantificação, até mesmo em razão das diferentes

⁵⁴ Conforme art. 57 da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU)

⁵⁵ Conforme art. 46 da Lei 8.443/92.

estruturas psicológicas e das culturas organizacionais, decorrentes do ambiente negocial e do ambiente do controle externo. Distintas metodologias provavelmente gerarão *gaps* de valores. Não havendo disposição em negociações adicionais, o acordo de leniência não gerará posição conclusiva do TCU pela quitação do dano, o que abre uma frente de instabilidade na percepção dos riscos e na previsibilidade dos resultados do acordo. Tais dificuldades na formulação dos cálculos racionais quanto às consequências das escolhas se transmudam em externalidades negativas que podem atuar como futuros desincentivos aos acordos de leniência.

Vimos que a literatura aponta que há vantagens reais dos acordos de leniência também para o Estado, embora os órgãos de persecução estatal não devam se limitar a esta estratégia de combate à corrupção, mas sim em um amplo portfólio de instrumentos. Essa afirmação teórica é corroborada pela realidade brasileira, com os baixos níveis de eficiência do aparelho estatal brasileiro de combate à corrupção e na recomposição dos prejuízos dela decorrentes, figurando os acordos de leniência como um instrumento adicional de incentivo ao rompimento de esquemas cooperativos de práticas ilícitas contra a Administração Pública, normalmente de difícil detecção e de custosa produção de provas suficientes para o atendimento dos elevados padrões probatórios exigidos pelo estado democrático de direito para a condenação dos agentes delituosos.

Vale rememorar a emblemática frase de Holmes e Sunstein, na obra “O Custo dos Direitos”: “Para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recurso”⁵⁶, de forma que a consideração realista de limitação de recursos investigativos do aparelho estatal deve entrar na equação de custos-benefícios na utilização do acordo de leniência, de como é o seu design institucional e quais são os atores que participam de sua negociação.

O debate encontra-se em aberto. Seriam bemvindas análises empíricas sobre tais constatações teóricas. A análise da quantidade e da qualidade dos próximos acordos de leniência, firmados sob a vigência da IN-TCU 95/2024, será relevante para que o próprio TCU avalie o impacto da norma no programa de leniência da Lei 12.846/2013.

Pudemos apontar como a aceitação, pelo TCU, das diretrizes do acordo de cooperação técnico de 2020, no sentido de evitar o duplo sancionamento colaboradores, se mostra como uma importante sinalização aos agentes privados de que não serão submetidos às incertezas de

⁵⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 75.

novo apenamento pela Corte de Contas. Seria esse também o caminho para a quantificação do dano, abstendo-se o TCU de atuar?

Pretendemos, assim, apresentar singelas percepções, a partir da análise econômica do direito, sobre meios e fins, indagando se o arranjo normativo introduzido pela IN-TCU 95/2024 acrescenta custos de transação, incertezas e instabilidades capazes de fragilizar o cálculo racional de custos e benefícios do acordo de leniência, seja pelo agente privado, seja pelo próprio Estado, considerando o cenário real brasileiro de baixa efetividade dos métodos tradicionais de recuperação de ativos desviados por atos de corrupção. Novas rodadas de pesquisas e reflexões precisarão ser produzidas na academia e pelos próprios órgãos envolvidos, a fim de que as escolhas públicas possam ser minimamente fundamentadas em dados.

BIBLIOGRAFIA

ARAKE, Henrique; GICO JR., Ivo. *De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça*. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014.

BECKER, Gary. *Crime and punishment: an economic approach*. In: BECKER, Gary; LANDES, William M. (ed.). *Essays in the economics of crime and punishment*. New York: National Bureau of Economic Research, 1974.

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

COASE, Ronald. *The problem of social cost*. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, 1960.

COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. [S.l.]: [s.n.], 2020.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GALBRAITH, John Kenneth. *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. S.l.: [s.n.], 1989.

GICO JÚNIOR, Ivo T. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito*. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, [s.d.].

- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A behavioral approach to law and economics*. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1471-1550, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LINS, Raniere Rocha. *Consensualidade e o enfrentamento à corrupção: análise empírica dos acordos de leniência à luz da Lei n. 12.846/2013*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- MARRARA, Thiago. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica*. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda>. Acesso em: 11 jul. 2024.
- MARIN, Tâmera Padoin Marques. *A Lei Anticorrupção e o acordo de leniência: uma análise do regime geral para a celebração desse instrumento*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MARTINEZ, Nagib Chaul. A efetividade das condenações pecuniárias do Tribunal de Contas da União [...]. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.
- MELO, Ana Paula Andrade de; MENEGUIN, Fernando. *Uma nova abordagem para a regulação econômica: soft regulation*. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 73, n. 2, p. 119-218, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/6739>. Acesso em: 11 jul. 2024.
- MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Acordos de leniência e regimes sancionatórios múltiplos [...]. In: *Inovações no sistema de justiça: meios alternativos de resolução de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal*. *Agora*, n. 8, p. 5-34, 1998.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. *O mito do “quanto mais controle, melhor” na administração pública*. *Zênite Fácil*, 7 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 11 jul. 2024.
- ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. *A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso”*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun. 2012.
- ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. *O novo papel dos tribunais de contas no microsistema de combate à corrupção administrativa*. 2019. Tese (Doutorado) – Curitiba, 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é direito e economia*. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>. Acesso em: 11 jul. 2024.

SIMÕES, Rafael. *Avaliação de ressarcimento em processos de tomadas de contas especiais da administração pública federal*. 2022. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getulio Vargas, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br>. Acesso em: 11 jul. 2024.

THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Acordos de leniência: a experiência nacional e internacional [...]. In: *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 133-168.

ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. *Acordos de leniência e o papel do TCU*. Interesse Público, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, p. 153-168, jan./fev. 2018.