

**PROCESSO:** PROTOCOLADO - 029/2017

**INTERESSADO:** MITSUI&CO

**PARECER:** CJ/STM nº 64/2017

**EMENTA:** CONTRATO. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Consulta formulada pela empresa “Mitsui & Co. Ltda.”, acionista indireta da Concessionária Move São Paulo, responsável pela construção e futura operação da Linha 6 – Laranja – do Metrô/SP, solicitando posicionamento do Poder Concedente a respeito de temas que julga relevantes para viabilizar o eventual ingresso de novo acionista na Concessionária. Fatos de conhecimento público, revelados em acordos de colaboração premiada de acionistas e executivos da Odebrecht S.A. Menção a pagamento de vantagens indevidas a ex-funcionário do Metrô/SP. Considerações. Reconhecimento de que o acordo de leniência e os correlatos acordos de colaboração foram entabulados em negociação una e indivisível, com benefícios de âmbito criminal às pessoas físicas, negociados nos acordos de colaboração premiada, e contrapartidas, nos âmbitos civil, administrativo e econômico, às pessoas jurídicas, negociadas no acordo de leniência. Competência de mais de um órgão administrativo, entre os diversos entes federativos, para celebrar acordos de leniência. Necessidade de identificação dos efeitos, sobre outros entes federativos ou terceiros colegitimados, de acordo de leniência celebrado sem a participação destes. Persistência da competência de todos os colegitimados para celebrarem acordos de leniência próprios, ainda que com as mesmas empresas e/ou relativos aos mesmos fatos, caso possuam qualquer espécie de discordância com relação ao procedimento adotado pelo Ministério Público Federal, às contrapartidas negociadas, à profundidade dos relatos obtidos, ou qualquer outra razão que torne útil ou conveniente a celebração de acordo distinto. Ausência de vinculação de terceiros aos termos e contrapartidas entabuladas em acordo de leniência do qual não participaram. Impossibilidade de utilização de provas ou depoimentos obtidos em acordo de leniência ou em acordos de colaboração celebrados por outrem sem respeitar as contrapar-

tidas negociadas, que viabilizaram a obtenção destas informações. Viabilização dos institutos que depende da boa-fé de todo o aparato estatal, construindo a relação de confiança necessária para estimular futuras colaborações, com os evidentes benefícios sociais e de persecução criminal. Primados de boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima. Consequências dos fatos relacionados ao Contrato de PPP da Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP. Compromisso assumido pelo Ministério Público Federal, no acordo de leniência celebrado com a Odebrecht S.A., de não buscar a anulação de qualquer contrato celebrado pela Colaboradora ou seu grupo econômico, não o fazendo por si e diligenciando para que outros não o façam. Impossibilidade de, com fundamento nos fatos revelados no acordo de leniência ou em fatos apurados tendo como origem estas revelações, ainda que em investigações próprias, o Estado de São Paulo pleitear judicialmente ou determinar administrativamente a anulação do contrato administrativo, a rescisão ou a caducidade contratual, e aplicar sanções administrativas decorrentes desta anulação, salvo se fundados em fatos distintos ou elementos de prova independentes das revelações obtidas nestes acordos. Possibilidade de cobrança de indenização integral dos danos causados ao Estado de São Paulo, observando-se o disposto no artigo 16, §3º, da Lei Federal nº 12.846/2013, e respeitando-se o benefício de ordem assumido pelo Ministério Público Federal. Necessidade de apuração de infrações de natureza disciplinar que possam ser aferidas a partir de fatos de conhecimento público. Possibilidade de aditamento contratual para esclarecer critérios de contabilização de indenizações para a hipótese de eventual anulação contratual, desde que atendido o interesse público e respeitadas as condições originais do contrato.

1. Vêm os autos a esta Consultoria Jurídica, conforme encaminhamento da Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões (fls. 08/11), para que se manifeste quanto ao teor do pedido protocolado pela empresa “*Mitsui & Co. Ltda.*”, às fls. 03/05, acionista indireta da Concessionária Move São Paulo, responsável pela construção e futura operação da Linha 6 – Laranja – do Metrô/SP, solicitando posicionamento do Poder Concedente a respeito de temas que julga relevantes para viabilizar o eventual ingresso de novo acionista na Concessionária.

2. No pedido de fls. 03/05, a empresa relata que, “*em virtude da situação financeira de alguns dos demais sócios da MOVE-SP (...) é possível que a estrutura acionária da MOVE-SP seja alterada, com a transferência de participação acionária para um terceiro, com o objetivo precípuo de viabilizar a manutenção do referido Contrato de Concessão*”.

3. Sob este cenário, a empresa “Mitsui & Co. Ltda.” solicita que o Poder Concedente confirme que:

- a) *não irá requerer em nenhum momento, por meio de seus órgãos representativos, a anulação do Contrato de Concessão em virtude da alegação de eventuais infrações que possam ter ocorrido durante o procedimento de licitação;*
- b) *quaisquer multas que a STM, através de seus órgãos representativos, possa impor em virtude de infrações eventualmente ocorridas durante o procedimento de licitação serão direcionadas exclusivamente à parte que teria cometido tal irregularidade e não à MOVE-SP, cuja responsabilidade é limitada aos atos praticados já na vigência da concessão, nem tampouco ao novo acionista atestando que este não é sucessor das obrigações penais e civis do acionista cuja participação foi alienada;*
- c) *não irá requerer à MOVE-SP, nem ao novo acionista, indenização em virtude de eventuais infrações ocorridas antes da assinatura do Contrato de Concessão;*
- d) *caso outros entes competentes requeiram a anulação do Contrato de Concessão, que a STM envidará os seus melhores esforços para proteger o Contrato de Concessão e manter sua vigência, com a finalidade de atender o interesse público, considerando o tempo e o custo a serem incorridos no caso de anulação do Contrato de Concessão e realização de nova licitação;*
- e) *caso seja anulada a concessão, a MOVE-SP, na qualidade de concessionária, será indenizada por todos os investimentos que já tiverem sido realizados e não amortizados, sendo certo que a fórmula para indenização poderá ser objeto de aditivo ao Contrato de Concessão, o qual seria minutado e assinado para aprimoramento da redação das cláusulas do Contrato de Concessão relacionadas ao tema, com intuito de maior esclarecimento para as partes.*

4. A Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões, em face deste pedido, elaborou o Despacho CMCP nº 120/2017 (fls. 8/11), relatando que, em seu entendimento, a preocupação manifestada pela empresa no Ofício inaugural destes autos mostrava-se *“oportuna, diante dos recentes fatos envolvendo a empresa holding de uma das acionistas diretas da SPE: o acordo de leniência celebrado pela Odebrecht S.A e os acordos de colaboração premiada de seus executivos”*, considerando que, em 31 de maio de 2017, teria tomado conhecimento formal do acordo de leniência celebrado em 1 de dezembro de 2016 pela empresa Odebrecht S.A e o Ministério Público Federal, conforme documento juntado aos autos às fls. 12/49.

5. Muito embora os anexos do acordo de leniência ainda permaneçam sob sigilo, cujo conteúdo retrata as condutas confessadas pela empresa leniente, informa a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões que, *“recentemente, o Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, determinou o levantamento do sigilo dos acordos de colaboração premiada firmados por diversos executivos do Grupo Odebrecht, em acolhimento ao pedido do Procurador Geral da Republica”*.

6. Levados ao conhecimento público alguns dos depoimentos apresentados por colaboradores vinculados ao grupo econômico da Odebrecht S.A., teria a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões tomado conhecimento dos seguintes fatos:

*No depoimento do Sr. Celso da Fonseca Rodrigues (Petição 6637), colhido na sede da Procuradoria da República no Município de Campo Grande MS, em 15 de dezembro de 2016, o ex-executivo afirmou que atuou em estudos para a construção da Linha 6 – Laranja e que negociou pagamento de vantagens indevidas a ex-funcionário do Metrô, um dia antes de o consórcio assinar o contrato com o Governo do Estado de São Paulo.*

*No depoimento do Sr. Arnaldo Cumplido (Petição 6639), colhido na sede da Procuradoria da República no Município de Campinas/SP, em 14 de dezembro de 2016, o depoente afirmou que entre janeiro de 2014 e dezembro de 2016 foi Diretor de Contrato do Consórcio Expresso Linha 6 (consórcio subcontratado pela Concessionária Move SP para implantação das obras civis do empreendimento) e que entre abril e setembro de 2014 teria solicitado sete programações de pagamento de caixa 2 ao Departamento de Operações Estruturadas da Odebrecht, a pedido de seu superior hierárquico Luiz Antônio Bueno, à época Superintendente da Odebrecht Engenharia e Construção, e cujo Acordo de Colaboração permanece sob sigredo de justiça. O depoente afirma que não havia relação entre esses pagamentos e o contrato de gestão das obras que mantinha junto à Concessionária Move SP, esclarecendo que as transferências não tinham contrapartida, ou seja, nenhuma relação com a obra do Metrô.*

7. Sustenta, por fim, que *“tanto o acordo de leniência celebrado pela empresa Holding, quanto os acordos de colaboração premiada celebrados por seus executivos, fazem parte de uma negociação única, junto ao Ministério Público Federal, Poder Judiciário e outras autoridades, de forma que apesar de os anexos do Acordo de Leniência permanecerem sob sigilo, é possível inferir quais foram os atos de corrupção praticados pela empresa e seus funcionários, com relação a Linha 06, justamente porque foi quebrado o sigilo das delações premiadas pelo STF.*

8. Apresentadas todas estas considerações, a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões juntou aos autos Ofício encaminhado pela “*Construtora Norberto Odebrecht*”, às fls. 12/14, no qual esta relata a celebração e subsequente homologação de acordo de leniência com o Ministério Público Federal, informando o compromisso de *“cooperar permanentemente com o MPF e outras autoridades e a pagar valor substancial destinado ao ressarcimento dos danos materiais e imateriais causados pelos fatos objeto do acordo aos entes públicos (...)”*. Destaca, ainda, o compromisso com observância a regras de *compliance*, ética, integridade e transparência, sob a avaliação de dois monitores independentes que se reportam diretamente ao Ministério Público Federal e ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América.

9. Sob este contexto, a empresa informa ter sido emitida pelo Ministério Público Federal declaração, destinada especificamente ao Estado de São Paulo (fls. 18), relatando os termos do acordo cuja cópia é trazida aos autos às fls. 24/49) e sustentando ser *“de interesse público a preservação da própria existência da Odebrecht e das empresas do seu grupo econômico e a continuidade de suas atividades (...), o que envolve, também, a continuidade de suas relações com terceiros, incluindo entes públicos (...).”*

10. Assevera, outrossim, que, como contrapartida assumida no Acordo de Leniência, o Ministério Público Federal comprometeu-se a *“não pleitear a nulidade de contratos celebrados com a administração pública para que possam ser mantidos os atos, contratos ou negócios jurídicos que tenham sido celebrados com a empresa, inclusive para viabilizar a sobrevivência da empresa e o pagamento dos valores devidos em decorrência do acordo”*, apontando ser, em seu entendimento, *“de interesse público que todas as autoridades competentes, em nível federal, estadual e municipal, atuem de maneira coerente e leal para fins de conferir segurança jurídica ao Acordo de Leniência e efetividade ao combate à corrupção no Brasil”*.

11. Sob todo este contexto, e com fundamento nos argumentos apresentados, a empresa solicita da Secretaria dos Transportes Metropolitanos que *“considerem as informações acima, e especialmente o conteúdo da certidão do MPF que segue anexa, para que sejam mantidos os contratos já firmados e extintas eventuais restrições cadastrais ou limitações de acesso da empresa a licitações (...), assegurando-se a normalidade na relação comercial entre a Odebrecht e este ente federativo”*.

12. Foi, portanto, sob estas condições que os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica, para análise e manifestação.

É o relatório. Opino.

13. Conforme relatado, os autos foram inaugurados com solicitação, formulada pela empresa *“Mitsui & Co. Ltda.”*, uma das acionistas da Concessionária Move São Paulo S.A., parceira privada no contrato de concessão patrocinada que tem por objeto a construção e a futura operação da Linha 06 – Laranja, do Metrô/SP.

14. Indaga-se, no contexto de negociação entabulada para a aquisição, por terceiro estranho ao quadro acionário da sociedade de propósito específico, de participação acionária da concessionária, qual seria a posição do poder concedente com relação às consequências sobre o contrato de concessão, sobre a concessionária e sobre seus acionistas, da eventual identificação de condutas ilícitas que possam ter ocorrido ao longo do procedimento de licitação.

15. Conforme destaca a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões, as indagações formuladas pela empresa *“Mitsui & Co. Ltda.”* são, em realidade, decorrentes da notícia de que, em acordo de leniência celebrado entre

o grupo Odebrecht e o Ministério Público Federal, bem como em colaborações premiadas de acionistas e executivos daquele grupo empresarial, teria sido relatada a prática de atos ilícitos por empresa integrante do grupo Odebrecht, enquanto membro integrante do consórcio vencedor da licitação, ao final do processo licitatório que culminou com a celebração do Contrato de PPP da Linha 06 do Metrô/SP.

16. Dadas as notícias de que, ao menos do que já é de conhecimento público, os ilícitos praticados envolveriam o pagamento de vantagem indevida a ex-funcionário da Companhia do Metropolitano de São Paulo, vantagem esta exigida da empresa integrante do consórcio vencedor da licitação na véspera da assinatura do contrato de concessão, afigura-se, de fato, razoável que o poder concedente posicione-se a respeito dos potenciais impactos que tais revelações possam ter sobre a validade do contrato de concessão, sobre a concessionária e sobre seus acionistas, atuais e futuros.

17. Sob este cenário, a empresa “Mitsui & Co. Ltda.” solicita que o poder concedente confirme que:

- a) *não irá requerer em nenhum momento, por meio de seus órgãos representativos, a anulação do Contrato de Concessão em virtude da alegação de eventuais infrações que possam ter ocorrido durante o procedimento de licitação;*
- b) *quaisquer multas que a STM, através de seus órgãos representativos, possa impor em virtude de infrações eventualmente ocorridas durante o procedimento de licitação serão direcionadas exclusivamente à parte que teria cometido tal irregularidade e não à MOVE-SP, cuja responsabilidade é limitada aos atos praticados já na vigência da concessão, nem tampouco ao novo acionistas, atestando que este não é sucessor das obrigações penais e civis do acionista cuja participação foi alienada;*
- c) *não irá requerer à MOVE-SP, nem ao novo acionista, indenização em virtude de eventuais infrações ocorridas antes da assinatura do Contrato de Concessão;*
- d) *caso outros entes competentes requeiram a anulação do Contrato de Concessão, que a STM envidará os seus melhores esforços para proteger o Contrato de Concessão e manter sua vigência, com a finalidade de atender o interesse público, considerando o tempo e o custo a serem incorridos no caso de anulação do Contrato de Concessão e realização de nova licitação;*
- e) *caso seja anulada a concessão, a MOVE-SP, na qualidade de concessionária, será indenizada por todos os investimentos que já tiverem sido realizados e não amortizados, sendo certo que a fórmula para indenização poderá ser objeto de aditivo ao Contrato de Concessão, o qual seria minutado e assinado para aprimoramento da redação das cláusulas do Contrato de Concessão relacionadas ao tema, com intuito de maior esclarecimento para as partes.*

18. Todavia, antes de abordar tais questões, especificamente, entendo necessário tecer algumas considerações sobre a forma pela qual as suspeitas da prática de atos ilícitos relacionados à contratação da parceria público-privada da Linha

06 do Metrô de São Paulo chegaram ao conhecimento do Poder Concedente, e das consequências jurídicas desta peculiaridade.

### I – Acordo de leniência x Acordo de colaboração

19. Como é de conhecimento público e conforme se observa do documento juntado aos autos (fls. 24/49), a empresa Odebrecht S.A. celebrou com o Ministério Público Federal amplo acordo de leniência, conforme previsto, entre diversos outros diplomas legais mencionados na Cláusula 1<sup>a</sup> do acordo, nos artigos 16 a 21 da Lei Federal nº 12.846/2013, acordo de leniência este que veio acompanhado, em um mesmo processo negocial, de cerca de 80 (oitenta) acordos de colaboração premiada, regidos pelos artigos 4<sup>o</sup> a 8<sup>o</sup> da Lei Federal nº 12.850/2013, celebrados por acionistas, executivos, administradores, empregados ou prepostos de empresas integrantes da holding *Odebrecht S.A.*

20. Muito embora, conforme se verá adiante, os anexos do acordo de leniência – cujo teor traz os relatos e documentos comprobatórios das irregularidades notificadas no acordo – permaneçam em sigilo, em atenção aos procedimentos de divulgação e adesão previstos no próprio instrumento de acordo, o Supremo Tribunal Federal determinou, em abril deste ano de 2017, a divulgação ao público do teor dos depoimentos prestados nos acordos de colaboração premiada, afastando-se o sigilo destes relatos, ressaltando-se apenas aqueles cujo sigilo fosse necessário para assegurar a efetividade das investigações que sucederam à abertura dos inquéritos criminais, por força daquela mesma decisão judicial.

21. Cabe ressaltar, neste momento, que os acordos de colaboração premiada, regidos pela Lei Federal nº 12.850/2013, são destinados às pessoas físicas que tenham participado da prática de delitos penais e venham a colaborar efetiva e voluntariamente com as investigações, viabilizando que estas alcancem um ou mais dos resultados previstos no artigo 4<sup>o</sup> da Lei Federal nº 12.850/2013<sup>1</sup>, do que resultaria, ao colaborador, em contrapartida, a concessão do perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade, ou sua substituição por pena restritiva de direitos, sendo tais benefícios ponderados a partir da “*personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração*” (artigo 4<sup>o</sup>, §1<sup>o</sup>, da Lei Federal nº 12.850/2013).

---

1 *I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.*

22. Já os acordos de leniência, regidos pela Lei Federal nº 12.846/2013, são voltados às pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos no artigo 5º da Lei Federal nº 12.846/2013, tidos como lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, desde que tais pessoas jurídicas “*colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração*” (artigo 16 da Lei Federal nº 12.846/2013), gerando como contrapartida à pessoa jurídica a isenção “*das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável*” (artigo 16, §2º, da Lei Federal nº 12.846/2013), muito embora preserve-se a obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado (artigo 16, §3º, da Lei Federal nº 12.846/2013).

23. Os acordos de colaboração premiada, portanto, distinguem-se fundamentalmente dos acordos de leniência por serem, aqueles, destinados às pessoas físicas envolvidas com a prática de crimes e terem como contrapartida exclusivamente benefícios na esfera criminal, enquanto estes últimos são voltados às pessoas jurídicas em cuja atividade haja ocorrido a prática de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, tendo como contrapartida benefícios de natureza econômica ou administrativa, essencialmente redução de multas administrativas e viabilização de incentivos ou subsídios de entidades ou instituições financeiras públicas.

24. Pois bem. Muito embora sejam o acordo de leniência e o acordo de colaboração premiada, de fato, institutos distintos, cada qual com seu destinatário e suas contrapartidas próprias, parece-me inquestionável que ambos os institutos devem ser vistos como partes de uma mesma estratégia legal de criação de mecanismos de combate aos crimes de maior complexidade, especialmente em casos de crimes praticados contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro, e, em linhas gerais, aos demais delitos comumente associados à alcunha de “*crimes de colarinho branco*”, conforme conceituação trazida pelo criminalista Edwin Hardin Sutherland<sup>2</sup>.

25. De fato, muito embora seja bastante crível a hipótese de celebração de acordos de colaboração premiada por pessoas físicas envolvidas na prática de crimes sem qualquer participação de pessoas jurídicas nesta mesma empreitada criminal, o inverso não é verdadeiro: a própria natureza abstrata das pessoas jurídicas, dirigidas que são por pessoas físicas que as administram, inviabiliza que

---

2 in *White Collar Crime*, New York: Dryden Press, 1949, *apud* Leandro Ayres França, *A criminalidade de colarinho-branco: a proposição teórica de Edwin Hardin Sutherland*, Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 53-74, jan./jun. 2014.

um crime seja praticado por uma pessoa jurídica sem que ao menos uma pessoa física esteja nele envolvida.

26. Neste sentido, ainda que se possa cogitar de acordos de colaboração premiada sendo celebrados sem um correspondente acordo de leniência, o mesmo não pode ser dito de acordos de leniência, cuja celebração, ao menos em termos práticos, acaba por pressupor a correlata celebração de acordo(s) de colaboração, considerando-se que a legislação brasileira não atribui qualquer contrapartida direta dos acordos de leniência às pessoas físicas que relatam as ilicitudes praticadas no exercício da atividade empresarial, especialmente ao se considerar que todas as condutas arroladas no artigo 5º da Lei Federal nº 12.846/2013 são, para além de violações à própria Lei Federal nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, igualmente qualificadas como ilícitos penais, quando avaliadas sob a ótica da pessoa física autora da conduta.

27. Esta circunstância não passou despercebida pela doutrina<sup>3</sup>:

*É evidente que, por trás de cada escândalo de corrupção envolvendo empresas, há executivos, administradores e funcionários responsáveis pela decisão de corromper um funcionário público em troca de benefícios escusos. Ocorre que a premissa básica para uma empresa conseguir os benefícios da leniência é a de que ela entregue à administração as provas da existência da prática infrativa, assim como indique os demais envolvidos, ou seja, o nome das pessoas físicas envolvidas será compartilhado com as autoridades. O ato de corromper um funcionário público é crime já há muito previsto pelo Código Penal brasileiro e, havendo indícios ou provas de seu cometimento, é dever do Ministério Público ajuizar ação penal requerendo a condenação das pessoas físicas, cuja pena pode chegar à reclusão por até 12 anos. Nessa situação, qual o incentivo que os executivos das empresas terão em requerer os benefícios da leniência por atos violadores da Lei Anticorrupção, com benefícios exclusivos à empresa para a qual eles trabalham, sabedores de que na sequência, com as provas fornecidas, eles próprios serão processados criminalmente? A Lei Anticorrupção brasileira acaba de começar a produzir efeitos, mas ao que parece o acordo de leniência nela previsto é natimorto.*

28. No mesmo sentido, Patrícia Toledo de Campos defende que “a Lei nº 12.846/2013 pecou em não contemplar possíveis efeitos penais do pacto, podendo o Ministério Público se utilizar das leniências para alcançar decretos condenatórios contra pessoas físicas e eventuais reparações de danos no âmbito civil”<sup>4</sup>.

3 RIZZO NETO, Eloy. *Acordo de leniência da Lei Anticorrupção apresenta falhas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-14/eloy-rizzo-neto-acordo-leniencia-lei-anticorruptcao-apresenta-falhas#author>>.

4 *Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção*, Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, 2015, pg. 181.

29. Dissinto, todavia, da conclusão de que deste equívoco decorreria a inutilidade do instituto da leniência.

30. Não entendo que o acordo de leniência previsto na Lei Federal nº 12.846/2013 seja natimorto, muito embora o incontestado equívoco incorrido pela legislação ao deixar de reconhecer contrapartidas na esfera penal aos dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração que assinassem o acordo de leniência em conjunto com a pessoa jurídica<sup>5</sup>.

31. Ao revés, a aplicabilidade e a utilidade do mecanismo do acordo de leniência previsto na Lei Federal nº 12.846/2013 decorrem do reconhecimento de que este é estreitamente conexo e correlato ao acordo de colaboração previsto na Lei Federal nº 12.850/2013, sendo ambos destinados a uma mesma finalidade – viabilizar o conhecimento e a persecução de crimes cuja complexidade demanda mecanismos menos ortodoxos de investigação e perquirição criminal.

32. A própria origem do instituto permite alcançar esta conclusão. Conforme relata Victor Alexandre El Khoury M. Pereira<sup>6</sup>, “o acordo de leniência é instituto de origem estadunidense, introduzido pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça daquele país em 1978, com a edição do *Corporate Leniency Program* (Programa de Leniência Corporativa), reformulado em 1993, por meio do *Amnesty Program* (Programa de Anistia)”.

33. O Programa de Leniência Corporativa (*Corporate Leniency Program*), segundo descreve o próprio Departamento de Justiça Norte-americano (*Department of Justice*), é, em tradução livre, “o mais importante mecanismo investigativo para detecção de atividades anticoncorrenciais. Empresas e indivíduos que reportam suas atividades anticoncorrenciais e cooperam com as investigações do cartel reportado podem evitar condenações criminais, multas e decretação de prisões, caso atendam aos requisitos do programa”<sup>7</sup>.

34. No direito norte-americano, portanto, o acordo de leniência é voltado tanto para empresas quanto para indivíduos, viabilizando, a depender da efetividade das colaborações, a isenção de condenações criminais e multas, além do afastamento do encarceramento.

---

5 De forma análoga ao previsto para os acordos de leniência relacionados a práticas anticoncorrenciais, conforme previsto no artigo 86, 86º, da Lei Federal nº 12.529/2011.

6 “Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), R. bras. de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.

7 No original: “The Antitrust Division’s Leniency Program is its most important investigative tool for detecting cartel activity. Corporations and individuals who report their cartel activity and cooperate in the Division’s investigation of the cartel reported can avoid criminal conviction, fines, and prison sentences if they meet the requirements of the program”.

35. Aliás, até mesmo a natureza jurídica do acordo de leniência, tal qual reconhecida pela doutrina, é perfeitamente aplicável para conceituar os acordos de colaboração, evidenciando que ambos são, em realidade, institutos finalisticamente idênticos, distinguindo-se apenas em relação aos seus beneficiários e às contrapartidas previstas em lei<sup>8</sup>:

*A despeito da ausência de posicionamento claro da doutrina acerca da natureza jurídica do acordo de leniência, pode-se dizer que este é um instrumento de prova, ou seja, de instrução processual penal-administrativa. Nesse sentido, o pacto firmado entre Estado e pessoa jurídica destina-se à reunião de provas convincentes e suficientes para a autoridade processante dar início ao indiciamento de um ou mais agentes públicos e, eventualmente, outras pessoas jurídicas em concurso corruptivo, buscando assim a verdade processual. (...) a natureza jurídica do acordo de leniência, além de probatória, é dotada de um viés contratual, pois compromete os assinantes a cumprirem o que fora avençado com boa-fé. Ou seja, o Estado assegura a atenuação das sanções administrativas e a pessoa jurídica o relato fidedigno dos esquemas de corrupção.*

36. *Mutatis mutandis*, reconhece-se a mesma natureza jurídica aos acordos de colaboração, tanto o aspecto de sua função como instrumento de prova para a instrução processual penal-administrativa, como o viés contratual, estabelecendo um compromisso de cumprimento do que fora avençado com boa-fé.

37. Em outras palavras, ao Estado, tanto nos acordos de leniência como nos acordos de colaboração, compete, de boa-fé, assegurar o cumprimento das contrapartidas negociadas e que viabilizaram a oferta das informações relativas à prática de crimes, atenuando as sanções administrativas, econômicas e penais correspondentes e previstas nos acordos, enquanto aos lenientes e colaboradores compete relatar fidedignamente os atos ilícitos praticados, cooperando com as autoridades ao longo de todo o processo de investigação.

38. Com isto, permito-me alcançar uma primeira conclusão, essencial para o desenlace do raciocínio apresentado mais adiante, ao longo deste parecer: **o acordo de leniência juntado a estes autos (fls. 24/49), celebrado pela holding Odebrecht S.A. e extensivo a todas as empresas integrantes de seu grupo econômico, conforme previsto em sua Cláusula 4<sup>a</sup>, deve ser visto e interpretado conjuntamente com os acordos de colaboração premiada celebrados por seus acionistas, administradores, executivos, empregados, prepostos, e qualquer outro que o tenha feito ao longo de um mesmo processo negocial, já que todos estes acordos representam, em realidade, a configuração formal e documental, em múltiplos documentos, de uma negociação una e indivisível,**

8 PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M., *op. cit.*, pg. 89.

por meio da qual foram apresentados atos ilícitos praticados no exercício das atividades empresariais das empresas integrantes do grupo econômico da colaboradora Odebrecht S.A., e negociadas as contrapartidas aceitas pelo Ministério Público Federal, beneficiando as empresas integrantes do grupo econômico da colaboradora Odebrecht S.A., no âmbito civil, administrativo e econômico, conforme previsto no acordo de leniência regido pela Lei Federal nº 12.846/2013, e seus acionistas, administradores, executivos, empregados e prepostos, especialmente no âmbito criminal, conforme previsto nos acordos de colaboração premiada regidos pela Lei Federal nº 12.850/2013.

39. A conclusão exposta acima é relevante em razão da circunstância de que a Move São Paulo S.A., que figura como concessionária no contrato de concessão patrocinada da Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP, é integrante do grupo econômico da Odebrecht S.A., assim como o era a empresa Odebrecht Transport S.A., uma das empresas integrantes do consórcio vencedor da licitação, no âmbito da qual, supostamente, teria sido exigido o pagamento de vantagem indevida por ex-funcionário da Companhia do Metropolitano de São Paulo.

40. Tanto a empresa Odebrecht Transport S.A., quanto a empresa Move São Paulo S.A., portanto, enquanto integrantes do grupo econômico da Odebrecht S.A., são alcançadas, ao menos em tese<sup>9</sup>, pelo acordo de leniência celebrado por esta última com o Ministério Público Federal, por previsão do próprio acordo de leniência (entre outras, na Cláusula 8ª, §2º), e em atenção à previsão contida no artigo 16, §5º, da Lei Federal nº 12.586/2013, segundo o qual “os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas”.

41. Todavia, ainda que se parta da premissa de que tanto a empresa Odebrecht Transport S.A., quanto a empresa Move São Paulo S.A., são alcançadas pelo acordo de leniência, deve-se reconhecer que, conforme relatado pela Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões, não foi a partir do acordo de leniência que se tomou conhecimento de depoimentos que relatam a prática de atos ilícitos previamente à assinatura do contrato de parceria público-privada da

---

9 Em tese, já que, muito embora mencionado na Cláusula 4ª do acordo de leniência que este tem por objeto “as condutas ilícitas de prepostos, empregados, administradores, dirigentes e terceiros contratados, inclusive fornecedores de bens e prestadores de serviços, desligados ou não, e acionistas de qualquer das empresas do grupo econômico integrado pela Colaboradora”, e, em sua Cláusula 5ª, §1ª, que o acordo de leniência envolve a “proteção da Colaboradora e das empresas de seu grupo econômico”, não foi trazido aos autos, por estar ainda envolto em sigilo, o Apêndice 1 ao Acordo de Leniência, no qual arroladas “todas as empresas do grupo econômico Odebrecht, incluindo as sociedades que, direta ou indiretamente, sejam por ela controladas ou estejam sob controle comum”, conforme previsto na Cláusula 3ª, parágrafo único.

Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP, bem como ao longo de sua execução. Todos os relatos apresentados no acordo de leniência, bem como o seu conjunto probatório, constam dos Anexos a este acordo, ainda em sigilo.

42. Em realidade, foi nas colaborações premiadas de acionistas e executivos das empresas integrantes do grupo econômico Odebrecht, cujos depoimentos não mais se encontram, em boa parte, sob sigilo, a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal, que teria sido relatada a prática de atos ilícitos praticados ao final do processo licitatório que culminou com a celebração do Contrato de PPP da Linha 06 do Metrô/SP.

43. Temos, assim, de um lado, fatos ilícitos, de conhecimento público, narrados no âmbito de colaborações premiadas que têm como contrapartida benefícios a pessoas físicas, essencialmente de natureza criminal, e, de outro lado, um acordo de leniência celebrado pela *holding* Odebrecht S.A., com previsão de contrapartidas a pessoas jurídicas no âmbito administrativo, civil e econômico, mas cujo teor permanece em sigilo.

44. Fossem, portanto, tais acordos considerados isoladamente, a consulta formulada nestes autos seria de singela solução: inexistindo qualquer contrapartida nos acordos de colaboração premiada que assegurasse aos colaboradores benefícios em âmbito administrativo, a origem dos relatos acerca das irregularidades praticadas seria absolutamente indiferente para avaliar a conduta a ser praticada pelo Estado a partir destas informações.

45. Reconhecendo-se, todavia, como julgo adequado, todos estes acordos, de leniência e colaboração, como partes de um todo indissociável, e vislumbrando-se no acordo de leniência, como se verá adiante, contrapartidas negociadas pelo Ministério Público Federal de nítida repercussão administrativa, há de se passar a uma segunda indagação: **não sendo o Estado de São Paulo parte celebrante do acordo de leniência, quais os efeitos gerados por este acordo sobre o agir administrativo, sobre o poder-dever estatal de, ciente da prática de atos ilícitos, adotar as medidas de âmbito administrativo para sanar estas irregularidades, anular os atos viciados, e determinar as punições administrativas pertinentes?**

## II – Competência para celebração de acordo de leniência

46. Muito se discute, em âmbito doutrinário, a respeito da competência para celebração de acordo de leniência, considerando-se que o artigo 16, *caput*, da Lei Federal nº 12.846/2013, confere à “*autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública*” a competência legal para celebrar acordo de leniência, além de estabelecer, para o âmbito do Poder Executivo Federal, que a competência para

celebração dos acordos de leniência recairia sobre a Controladoria Geral da União (CGU), conforme previsto no artigo 16, §10, da mesma lei.

47. No âmbito do Estado de São Paulo, o Decreto Estadual nº 60.106/2014 estabeleceu, em seu artigo 4º, que, para os acordos de leniência que envolvam a Administração direta, a competência para a celebração seria do presidente da Corregedoria Geral da Administração, e, no âmbito da Administração indireta e fundacional, do dirigente superior de cada entidade.

48. Para além destes legitimados, previstos expressamente na Lei Federal nº 12.846/2013 e no Decreto Estadual nº 60.106/2014, a doutrina defende ainda a legitimidade dos diversos Ministérios Públicos, federal e estaduais, para celebrar acordos de leniência, quer por vislumbrá-los como “*autoridade máxima*” de um órgão público, no caso o próprio Ministério Público, quer por divisar a competência como uma decorrência direta do disposto no artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal, bem como da *teoria dos poderes implícitos*, reconhecendo-se a competência para a celebração de acordos de leniência como corolária dos poderes investigativos e persecutórios do Ministério Público<sup>10</sup>.

49. De todo modo, não é de relevância para o presente parecer ingressar no debate doutrinário acerca da competência para a celebração de acordos de leniência, cumprindo-me apenas reconhecer que, muito embora haja amplo consenso doutrinário a respeito de a quem competiria tal atribuição, a legislação posta atribui esta competência, de forma concorrente, a mais de um órgão, e, essencialmente, entre os mais diversos entes da federação e seus co-legitimados, do que decorre a indagação lógica: **quais os efeitos de um acordo de leniência celebrado por quem detém poder para tanto, sobre o terceiro, igualmente colegitimado para sua celebração?**

50. Em outras palavras, em face da situação concreta posta nestes autos: celebrado o acordo de leniência pelo Ministério Público Federal com a *holding* Odebrecht S.A., e os diversos acordos de colaboração com as pessoas físicas envolvidas na prática de irregularidades no exercício de tais atividades empresariais, e reconhecendo-se, como me parece evidente, a competência do Ministério Público Federal para a celebração destes acordos, quais os efeitos gerados por estes acordos sobre o Estado de São Paulo, em especial sobre os colegitimados em âmbito estadual para celebrar acordos da mesma natureza?

---

10 Neste sentido, a título de exemplo, a posição defendida por Leandro Bastos Nunes, Procurador da República, em artigo de sua autoria, “*A competência do Ministério Público para firmar acordo de leniência*”, disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18570&revista\\_caderno=4](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18570&revista_caderno=4).

### III – Efeitos de acordo de leniência sobre terceiro colegitimado para sua celebração

51. O acordo de leniência juntado a estes autos, celebrado entre o Ministério Público Federal e a *holding* Odebrecht S.A., tem como finalidade, segundo consta de sua Cláusula 2<sup>a</sup>, atender ao interesse público em face da necessidade de “(i) *conferir efetividade à persecução cível de outras pessoas físicas e jurídicas suspeitas e ampliar e aprofundar, em todo o País, as investigações em torno de atos de improbidade administrativa, particularmente aqueles relacionados a fatos que configurem também crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, crimes de lavagem de dinheiro e crimes contra a ordem econômica e tributária, entre outros, especialmente no que diz respeito à repercussão desses ilícitos nas esferas cível, administrativa, regulatória e disciplinar; (ii) preservar a própria existência da empresa e a continuidade de suas atividades, o que, apesar dos ilícitos confessados, encontra justificativa em obter os valores necessários à reparação dos ilícitos perpetrados; (...)*”.

52. Reconheceu-se, portanto, quando da celebração do acordo de leniência, que os fatos relatados pela empresa ao Ministério Público Federal seriam suficientemente valorosos, viabilizando, nos termos dos incisos I e II do artigo 16 da Lei Federal nº 12.846/2013, “a identificação dos demais envolvidos na infração” e “a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.

53. Celebrado o acordo de leniência, a colaboradora comprometeu-se a observar todas as condutas descritas na Cláusula 6<sup>a</sup> do documento, do que se destacam as condutas voltadas à cooperação com a investigação e ao esclarecimento dos atos ilícitos por ela praticados ou dos quais tenha conhecimento, “*identificando, em particular, os participantes das infrações e ilícitos de que a Colaboradora, ou empresas de seu grupo econômico, tenha participado ou tenha conhecimento*” (inciso I, alínea “a”), à apresentação de documentação comprobatória dos fatos alegados (inciso I, alíneas “b”, “c”, “d” e “e”, e inciso III), à cessação de qualquer conduta criminosa correlata ou similar às relatadas (inciso IV), e às alterações na política de governança corporativa necessárias para minorar os riscos de prática de novos atos ilícitos (incisos VIII, IX e X).

54. Comprometeu-se, ainda, ao pagamento, em favor do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, da Procuradoria-Geral da Suíça e das vítimas brasileiras de seus atos, para fins de “*ressarcimento dos danos materiais e imateriais causados pelos fatos e condutas ilícitas objeto deste Acordo aos entes públicos, órgãos públicos, empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista*”<sup>11</sup> do valor total de R\$ 3.828.000.000,00 (três bilhões, oitocentos e vinte e oito milhões de reais), observando-se, quanto a este valor, o disposto no artigo 16,

11 Observando-se, para a distribuição do valor entre estes beneficiários, relatório de imputação de crédito apresentado pelo Ministério Público Federal, conforme dispõe a Cláusula 7<sup>a</sup>, §8<sup>o</sup>, do acordo de leniência.

83º, da Lei Federal nº 12.846/2013, ou seja, a persistência da obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado por seus atos.

55. Em contrapartida à observância, pela colaboradora, das condutas previstas na Cláusula 6ª, bem como ao pagamento do valor previsto na Cláusula 7ª, para além de benefícios eventualmente estabelecidos nos acordos de colaboração celebrados com as pessoas físicas, em especial no âmbito criminal, o Ministério Público Federal comprometeu-se à observância das condutas previstas na Cláusula 8ª do acordo de leniência, do que destaco:

- a) *“realizar gestões perante outras autoridades ou entidades públicas com as quais a Colaboradora venha a entabular tratativas para a celebração de acordos tendo como objeto os mesmos fatos revelados no âmbito deste Acordo, tais como (...) autoridades dos Estados e Municípios competentes para a instauração dos processos de responsabilização nos termos da Lei 12.846/13, (...) para a realização de acordos semelhantes com esses órgãos, (...) inclusive com o objetivo de evitar o ressarcimento em duplicidade no tocante ao valor pago por meio deste Acordo”* (inciso I, alínea “a”);
- b) *“emitir certidão atestando, perante órgãos ou autoridades mencionadas na alínea anterior ou autoridades estrangeiras, a extensão da cooperação da Colaboradora, incluindo o grau de relevância dos fatos revelados, a utilidade para a identificação dos demais envolvidos em atos ilícitos e para a obtenção célere de informações, documentos e elementos comprobatórios, bem como outros elementos que forem pertinentes para a celebração de acordos no âmbito desses órgãos ou entidades com vistas à concessão do benefício correspondente”* (inciso I, alínea “b”);
- c) *“não propor qualquer ação de natureza criminal pelos fatos e/ou condutas revelados em decorrência deste Acordo de Leniência contra os Aderentes por suas condutas reveladas em decorrência deste Acordo de Leniência, ou constantes dos anexos (...)”* (inciso I, alínea “c”);
- d) *“não propor qualquer ação de natureza cível ou sancionatória, inclusive ações de improbidade administrativa, pelos fatos ou condutas revelados em decorrência deste Acordo de Leniência, contra a Colaboradora, empresas de seu grupo econômico, Aderentes, enquanto cumpridas integralmente as cláusulas estabelecidas neste Acordo (...)”* (inciso I, alínea “d”);
- e) *“empreender gestões junto aos órgãos públicos, empresas públicas e sociedades de economia mista para que retirem quaisquer eventuais restrições cadastrais à Colaboradora, que sejam relacionadas aos fatos objeto deste Acordo”* (inciso I, alínea “e”);
- f) *“prestar declarações a terceiros, conforme solicitado pela Colaboradora, atestando o conteúdo e/ou cumprimento dos compromissos assumidos por ela e pelas empresas de seu grupo econômico, quando necessárias para permitir a celebração ou manutenção de contratos com tais terceiros, sejam privados, inclusive instituições financeiras e seguradoras, ou adquirentes de ativos da Colaboradora, e órgãos e entidades públicas (...)”* (inciso I, alínea “g”);

56. Tais condutas são, ainda, complementadas pelos compromissos assumidos pelo Ministério Público Federal nas Cláusulas 18 e 22, que dizem respeito, respectivamente, aos contratos celebrados com o poder público, e à alienação de ativos, ambos assuntos relevantes para os fins deste parecer.

57. Com relação ao primeiro ponto, o Ministério Público Federal comprometeu-se:

- a) “a não pleitear, com fundamento nos fatos revelados neste Acordo de Leniência, a declaração de nulidade de quaisquer contratos celebrados, vigentes e/ou já encerrados, que tenham como partes, de um lado, qualquer entidade da administração pública direta e/ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive entidades financeiras e/ou seguradoras controladas pelo Estado, e, de outro lado, a Colaboradora ou empresas de seu grupo econômico” (alínea “a”);
- b) “a levar este Acordo ao conhecimento de órgãos e entidades da administração pública direta e/ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, (...) para que seja considerada a manutenção dos atos, contratos ou negócios jurídicos que tenham celebrado com a Colaboradora ou empresas de seu grupo econômico, com o objetivo de manutenção da capacidade de pagamento dos valores previstos neste Acordo (...)” (alínea “b”);
- c) “a prestar declarações a terceiros, quando solicitado pela Colaboradora, atestando o conteúdo e/ou cumprimento dos compromissos assumidos pela Colaboradora e Aderentes, quando necessárias para permitir a celebração de contratos com a administração ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...)” (alínea “c”)

58. Por fim, com relação à alienação de ativos da Colaboradora ou de empresas integrantes de seu grupo econômico, o Ministério Público Federal comprometeu-se a prestar, “mediante solicitação da Colaboradora, declarações a terceiros formalizando o seu compromisso de não propor medidas indenizatórias ou sancionatórias contra os adquirentes dos ativos, pelos fatos ilícitos de qualquer natureza porventura constantes dos anexos” (Cláusula 22).

59. Veja-se que, **de todos os benefícios negociados e aceitos pelo Ministério Público Federal como contrapartida para a revelação dos atos ilícitos praticados e para a cooperação no processo investigatório, bem como em contrapartida ao pagamento do expressivo valor previsto na Cláusula 7ª do Acordo, parcela bastante significativa relaciona-se a um compromisso do Ministério Público Federal de não buscar a anulação de qualquer contrato celebrado pela Colaboradora ou seu grupo econômico, não o fazendo por si e diligenciando para que outros não o façam** (Cláusula 8ª, alíneas “e” e “g”, Cláusula 18, alíneas “a”, “b” e “c”, e Cláusula 22), **compromisso este que, evidentemente, foi tido por necessário, ao longo do processo negocial, para viabilizar a celebração do acordo de leniência e/ou assegurar a sua eficácia.**

60. Não foi por outra razão que o Ministério Público Federal emitiu, em 19 de maio de 2017, a declaração juntada aos autos (fls. 18), dirigida diretamente ao Governo do Estado de São Paulo e à sua administração direta e indireta, informando o estágio de tramitação do acordo de leniência celebrado com aquele órgão, a situação de adimplemento da colaboradora, a relevância das informações trazidas para o aprofundamento das investigações, e a posição do Ministério Público Federal quanto à oportunidade de “*preservação da própria existência da Odebrecht e das empresas do seu grupo econômico e a continuidade de suas atividades, o que contribuirá, inclusive, para que a Odebrecht possa desenvolver suas atividades regularmente e remediar, sanar e ressarcir os ilícitos desvelados nos termos estabelecidos no acordo em relação à atuação do Ministério Público Federal, o que envolve, também, a continuidade de suas relações com terceiros, incluindo entes públicos, instituições financeiras, seguradoras, clientes, fornecedores, entre outros agentes econômicos*”, dando concretude, com esta declaração, a algumas das contrapartidas negociadas no acordo de leniência.

61. Apresentadas as contrapartidas negociadas pelo Ministério Público Federal, resta apenas definir se terceiros, igualmente colegitimados para celebrar acordos de leniência, têm o dever jurídico de respeitar as contrapartidas negociadas e concedidas em acordo de leniência do qual não fizeram parte.

62. Penso que a resposta a esta questão é afirmativa, com os contornos apresentados abaixo.

63. Não se ignora que, ao reconhecer competência concorrente para mais de um órgão ou autoridade para a celebração de um acordo de leniência, a legislação vigente, quer em âmbito federal, quer na esfera do Estado de São Paulo, reconheceu, ainda que implicitamente, a possibilidade de vir a ser celebrado mais de um acordo relativo aos mesmos fatos, cada qual com suas contrapartidas ou específicas condições, a depender do processo negocial e dos fatos relatados.

64. Entendo, portanto, que, ainda que já tenha sido celebrado um acordo de leniência com a *holding* Odebrecht S.A., alcançando todo o seu grupo econômico, pelo Ministério Público Federal, esta celebração não afasta a competência de todos os demais co-legitimados para, querendo, buscarem acordos próprios com as empresas lenientes, caso possuam qualquer espécie de discordância com relação ao procedimento adotado pelo Ministério Público Federal, às contrapartidas negociadas, à profundidade dos relatos obtidos, ou qualquer outra razão que torne útil ou conveniente a celebração de acordo distinto.

65. Me parece igualmente evidente que, não tendo qualquer outro órgão, dentre os colegitimados, que não o Ministério Público Federal, feito parte da negociação que resultou no acordo de leniência trazido a estes autos, bem como em sua subsequente celebração, não há qualquer razão jurídica para que se tenha

estes colegitimados como vinculados aos termos deste acordo, ou mesmo às contrapartidas acordadas.

66. Todavia, entendendo que, desta conclusão, não resulta a prerrogativa de quaisquer destes órgãos colegitimados para, valendo-se de depoimentos ou provas obtidas como resultado neste acordo de leniência ou de acordos de colaboração a ele correlatos, faça uso destas informações para fins próprios, desrespeitando os próprios termos dos acordos dos quais resultaram estas informações.

67. Em outras palavras: **ainda que se possa reconhecer a competência concorrente e independente de mais de um órgão ou autoridade para a celebração de acordos de leniência, e o fato de que o acordo celebrado por um dos colegitimados não se torna juridicamente vinculante aos demais colegitimados, isto não significa que estes últimos possam aproveitar provas obtidas em acordo de leniência celebrado por outrem sem comprometer-se com as contrapartidas negociadas, que viabilizaram a própria obtenção destas informações.**

68. Não se pode ignorar, neste aspecto, a lógica de benefícios e contrapartidas inerente ao instituto do acordo de leniência e aos acordos de colaboração premiada, sendo imperioso o reconhecimento de que a atuação colaborativa do leniente é condicionada à preservação da relação de confiança, com todo o aparato estatal, de que este último cumprirá a sua parte em relação ao acordado, valendo-se das informações obtidas ciente dos custos incorridos no processo negocial, dentre os quais os benefícios administrativos, civis, criminais e econômicos concedidos ao colaborador ou ao leniente, a despeito da gravidade das condutas praticadas e confessadas.

69. Retomo, mais uma vez, o excerto doutrinário já exposto neste Parecer, reconhecendo nos acordos de leniência, além de uma natureza jurídica probatória, *“um viés contratual, pois compromete os assinantes a cumprirem o que fora avençado com boa-fé. Ou seja, o Estado assegura a atenuação das sanções administrativas e a pessoa jurídica o relato fidedigno dos esquemas de corrupção”*.

70. O compromisso do Estado com a boa-fé é essencial para a viabilização dos institutos, não apenas nas colaborações já celebradas, mas, inclusive, para construir a relação de confiança necessária para estimular futuras colaborações, com os evidentes benefícios sociais e de persecução criminal.

71. Neste sentido, manifestando-se na mídia a respeito da recente colaboração premiada celebrada por controladores da *holding* J&F, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso manifestou o entendimento de que *“uma vez homologada, a delação deve prevalecer sem nenhum tipo de modificação futura (...)*

*a delação só faz sentido se o colaborador tiver a segurança de que o acordo feito será respeitado. Se ela puder ser revista, em breve o instituto deixará de existir*<sup>12</sup>.

72. Reafirmo, portanto, o entendimento de que, ainda que se defenda a competência de órgãos ou autoridades do Estado de São Paulo para celebrar acordos de leniência, tal qual disposto no Decreto Estadual nº 60.106/2014, isso não significa que, deixando de celebrar acordo próprio, possa o Estado de São Paulo, ou qualquer outro ente federativo, em especial por seus órgãos responsáveis por competências investigatórias ou persecutórias, a exemplo de Ministérios Públicos, Corregedorias ou Tribunais de Contas, se valer de acordos celebrados por terceiros para fazer uso das informações obtidas sem respeitar, integralmente, as contrapartidas negociadas que viabilizaram o próprio acordo e a obtenção das informações.

73. Me parece que tal conduta violaria o dever essencial do Estado de pautar sua atuação em primados de boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima.

74. É, justamente, esta a lógica que perpassa todo o acordo de leniência juntado aos autos, cuja Cláusula 4ª, §§ 2ª e 3ª, disciplina o procedimento de adesão de outros Ministérios Públicos ao acordo de leniência, determinando que, *“em caso de negativa de adesão a este Acordo de Leniência, (...) por qualquer motivo, os anexos e provas decorrentes deste Acordo de Leniência, que digam respeito aos fatos submetidos a tais promotores ou procuradores e cuja adesão foi negada serão devolvidas pelo Ministério Público Federal à empresa, mediante recibo, e não poderão ser utilizadas pelo membro do Ministério Público não aderente para quaisquer fins”*.

75. Aceita a adesão por outro Ministério Público ao acordo de leniência, este se compromete à observância das contrapartidas previstas na Cláusula 9ª do Acordo, essencialmente idênticas às assumidas pelo próprio Ministério Público Federal, celebrante do acordo.

76. **Em conclusão, entendo que não há qualquer razão jurídica para que se determine a vinculação de terceiros a acordo de leniência do qual não fizeram parte, em especial os órgãos e autoridades colegitimados para a celebração de acordos de leniência próprios, mas o aproveitamento de qualquer prova ou relato obtido a partir de um acordo de leniência, ou de acordos de colaboração a ele correlatos, depende da integral observância dos benefícios e contrapartidas negociados no acordo que viabilizou a obtenção destas informações.**

12 <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1888068-acordo-de-delacao-nao-pode-ser-desfeito-afirma-barroso.shtml>

#### IV – Consequências dos fatos relatados sobre o Contrato de PPP da Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP

77. Feitas todas estas considerações, resta avaliar, concretamente, quais os impactos que as revelações contidas no acordo de leniência de que trata os presentes autos e nos acordos de colaboração a ele correlatos, caso venham a ser comprovadas e corroboradas por elementos concretos de prova, podem causar ao Contrato de Parceria Público-Privada da Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP.

78. Tais consequências podem ser agrupadas em 03 (três) itens distintos: (i) impactos sobre a validade do contrato administrativo; (ii) indenizações em razão dos danos causados; e (iii) incidência de multas e outras sanções administrativas.

79. O primeiro item é, a partir de todas as considerações já apresentadas neste parecer, o de mais simples solução: tendo sido concedido à empresa leniente, como contrapartida às revelações feitas no acordo de leniência, o compromisso de que o Ministério Público Federal não pleitearia, “*com fundamento nos fatos revelados neste Acordo de Leniência, a declaração de nulidade de quaisquer contratos celebrados, vigentes e/ou já encerrados, que tenham como partes, de um lado, qualquer entidade da Administração Pública direta e/ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive entidades financeiras e/ou seguradoras controladas pelo Estado, e, de outro lado, a Colaboradora ou empresas de seu grupo econômico*”, **entendo que o Estado de São Paulo, com fundamento nos fatos revelados no acordo de leniência ou em fatos apurados tendo como origem estas revelações, ainda que em investigações próprias, não poderá, igualmente, pleitear judicialmente ou determinar administrativamente a anulação do contrato administrativo, ou, de qualquer modo, a rescisão ou a caducidade contratual.**

80. **Vale apresentar, todavia, a ressalva de que não se afasta a possibilidade de anulação ou caducidade contratual por fatos outros, que não os apresentados e confessados no acordo de leniência ou em acordos de colaboração a ele correlatos, ou mesmo em razão dos mesmos fatos, desde que as informações e provas das condutas impróprias tenham sido obtidas de forma absolutamente independente dos relatos ou provas obtidas nestes acordos, e não tenham sido, de qualquer forma, contaminadas por estes**<sup>13</sup>.

13 Vale, quanto a este ponto, trazer ao Direito Administrativo as mesmas restrições e considerações aplicáveis, no âmbito do Direito Penal, ao aproveitamento de provas oriundas de provas ilícitas, no que se convencionou denominar “*teoria dos frutos da árvore envenenada*”, reconhecendo-se como igualmente inadmissíveis em processo as provas que, ainda que lícitas em si, tenham decorrido de processos investigatórios que tiveram como origem provas contaminadas por ilicitude ou ilegitimidade em sua obtenção.

81. Tal resposta, ao meu ver, responde à indagação formulada pela Mitsui, em sua alínea “a”, sendo evidente que, se o Estado de São Paulo assumir o compromisso de não pleitear a anulação ou a caducidade do contrato com fundamento nos fatos conhecidos a partir destes acordos, por entender que esta é a medida que melhor atende ao interesse público e que tal compromisso decorre juridicamente do aproveitamento das provas e relatos apresentados nestes acordos, conforme já exaustivamente exposto, o Estado de São Paulo atuará no mesmo sentido, em defesa da validade do contrato, caso tal anulação venha a ser pleiteada por terceiros.

82. Quanto às indenizações, em si, entendo que, conforme previsto no artigo 16, §3º, da Lei Federal nº 12.846/2013, “*o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado*”, do que decorre a conclusão de que o Estado de São Paulo, comprovando-se os ilícitos, deverá apurar o montante do dano causado ao erário, cobrando o ressarcimento dos responsáveis pela prática do ato ilícito, ou de seus beneficiários, em solidariedade.

83. Evidenciado o dano causado por tais irregularidades, o Estado de São Paulo poderá, conforme previsto na Cláusula 7ª, §8º, do acordo de leniência, apresentar a memória de cálculo do dano ao Ministério Público Federal, responsável pelo relatório de imputação do qual decorrerá a distribuição do valor pago no acordo de leniência às vítimas dos atos ilícitos praticados, assumindo, nesta hipótese, o compromisso de conceder à Colaboradora o “*benefício de ordem em face de outras pessoas jurídicas que sejam solidários do mesmo débito, excluídas aquelas em estado falimentar*”, conforme previsto na Cláusula 8ª, §5º, do acordo de leniência.

84. Tal **indenização, respondendo à indagação formulada no ofício inaugural destes autos, poderá ser cobrada, em solidariedade, igualmente da Concessionária, ainda que o ato lesivo tenha sido praticado ao longo da licitação, caso se entenda que a Concessionária foi, de qualquer modo, beneficiária do dano causado ao erário, sem prejuízo do eventual direito da Concessionária, nos termos da legislação civil, de se ver ressarcida dos valores pagos ao Poder Concedente, no exercício de direito de regresso.**

85. Tais considerações, ao meu ver, respondem à indagação formulada pela Mitsui, na alínea “c” do Ofício inaugural destes autos.

86. Por fim, quanto à incidência de multas e outras sanções administrativas, entendo que, da mesma forma que o Estado de São Paulo não poderá pleitear a anulação do contrato em razão dos fatos relatados, conforme já exposto, e observados os limites e considerações apresentados acima, não é razoável que venham a ser aplicadas multas ou sanções administrativas (entre as previstas no artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93) à Concessionária, alcançada que é pelo acordo de leniência.

87. Não obstante, e atendendo, aliás, à própria finalidade do acordo de leniência, de, dentre outros aspectos, viabilizar a “*identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber*”, é indispensável que se tomem as medidas necessárias à severa responsabilização dos demais envolvidos nos atos ilícitos praticados, em especial os demais membros do consórcio vencedor da licitação, caso se comprove, ao final do processo averiguatório, a efetiva ocorrência de atos ilícitos ou delituosos ao longo do processo licitatório.

88. Tais medidas de responsabilização envolvem, dentre outras, no âmbito administrativo, a eventual aplicação das sanções previstas no artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93.

89. Desnecessário apontar, no mais, a necessidade de imediata instauração de procedimento voltado à apuração de quaisquer infrações de natureza disciplinar que tenham sido praticadas por funcionários ou ex-funcionários públicos, o que igualmente não é afastado pelos acordos de leniência ou de colaboração, ressalvados eventuais acordos de colaboração celebrados por tais agentes públicos, a respeito dos quais deverão ser respeitadas as contrapartidas negociadas, nos mesmos moldes já expostos.

90. Todas estas considerações, quanto aos limites para aplicação de sanções administrativas à concessionária, restringem-se, evidentemente, às sanções decorrentes de fatos alcançados pelos acordos de leniência ou de colaboração premiada, não afastando a possibilidade jurídica de aplicação de sanções por outros fatos, que não tenham sido objeto de delação, ou cujas informações venham a ser obtidas pelo poder concedente a partir de procedimento investigativo independente.

91. Por derradeiro, a Mitsui solicita confirmação do poder concedente de que, “*caso seja anulada a concessão, a MOVE-SP, na qualidade de concessionária, será indenizada por todos os investimentos que já tiverem sido realizados e não amortizados, sendo certo que a fórmula para indenização poderá ser objeto de aditivo ao contrato de concessão, o qual seria minutado e assinado para aprimoramento da redação das cláusulas do Contrato de concessão relacionadas ao tema, com intuito de maior esclarecimento para as partes*”.

92. Inexiste previsão legal específica, quer na Lei Federal nº 11.079/2004, quer na Lei Federal nº 8.987/1995, a respeito dos critérios a serem observados para o pagamento de indenização à concessionária na hipótese de anulação de um contrato de concessão patrocinada, observando-se que os critérios previstos nos artigos 36 a 38 da Lei Federal nº 8.987/1995 são aplicáveis apenas a outras hipóteses de extinção do vínculo contratual, a exemplo do advento do seu termo ou da decretação da caducidade da concessão.

93. Inexiste, da mesma forma, definição de tais critérios na Lei Estadual nº 11.688/2004 ou na Lei Estadual nº 7.835/1992, sendo os critérios de indenização previstos nos artigos 19 a 26 deste último diploma legal igualmente relativos a hipóteses distintas de extinção do liame contratual.

94. No Contrato de PPP da Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP, convencionou-se, na Cláusula 47.2, que “*a concessionária será indenizada com o ressarcimento dos investimentos realizados e não amortizados, desde que não tenha concorrido para o vício que motivou a anulação, sendo vedado o pagamento de lucros cessantes*”.

95. A disciplina contratual é, de fato, bastante concisa ao delimitar os critérios de pagamento de eventual indenização na hipótese de anulação, definindo apenas que, nas hipóteses em que a indenização é cabível, a concessionária seria ressarcida por investimentos já realizados que ainda não tenham sido amortizados, vedando-se o pagamento de lucros cessantes.

96. Nas mais recentes licitações levadas a efeito pelo Estado de São Paulo para a concessão de serviços públicos, a exemplo de editais publicados pela Artesp e, na própria Secretaria dos Transportes Metropolitanos, do edital de concessão das Linhas 5 e 17 do Metrô/SP, foram previstas em contrato, para conferir maior segurança e previsibilidade a ambas as partes, os critérios contábeis que serão utilizados para apuração da parcela dos ativos ainda não amortizados e dos encargos e ônus que a concessionária deverá suportar.

97. Entendo que a indagação formulada pela Mitsui nestes autos, questionando quanto à viabilidade de celebração de aditivo contratual para “*aprimoramento da redação das cláusulas do contrato de concessão relacionadas ao tema, com intuito de maior esclarecimento para as partes*”, deve, necessariamente, ser respondida afirmativamente, estando o poder concedente sempre disponível para avaliar propostas de aprimoramento das cláusulas contratuais, reconhecendo-se a viabilidade jurídica de celebração de aditivos contratuais, desde que, evidentemente, tais alterações atendam ao interesse público e não desnaturem as condições originalmente entabuladas para a contratação, o que, de todo modo, poderá ser melhor avaliado a partir de uma proposta concreta de aditamento contratual, em autos próprios.

98. Com estas considerações, e reconhecendo-se a ampla repercussão do assunto aqui tratado para o Estado de São Paulo, inclusive para os fins de estabelecer a posição deste ente federativo em face de quaisquer outros acordos de leniência ou colaboração premiada que venham a ser celebrados por terceiros colegitimados, encaminhem-se os autos à Subprocuradoria Geral do Estado da Consultoria Geral, para apreciação.

É o parecer.

São Paulo, 07/06/2017.

**Thiago Mesquita Nunes**

Procurador do Estado Chefe

**PROCESSO:** PROTOCOLADO - 029/2017

**INTERESSADO:** MITSUI&CO

**ASSUNTO:** CONTRATO DE CONCESSÃO Nº 015/2013, CELEBRADO EM 18.12.2013 ENTRE O ESTADO DE SÃO PAULO, POR MEIO DA STM, E A CONCESSIONÁRIA MOVE SÃO PAULO S.A. DA QUAL A MITSUI & CO. LTDA. (MITSUI) É UMA DAS ACIONISTAS.

**PARECER:** CJ/STM nº 64/2017

Sr. Procurador Geral,

1. Trata-se de consulta apresentada pela Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões - CMCP, acerca da possibilidade de ser emitida manifestação, pela Secretaria de Transportes Metropolitanos, em relação a 5 (cinco) questionamentos formulados pela empresa Mitsui&CO, sobre a postura que será adotada pela Administração estadual em relação ao contrato de concessão patrocinada celebrado com a Move SP, que cuida do projeto “Linha 06” de Metrô.

2. A Mitsui pretende agregar novo parceiro à concessão, e, em face do Acordo de Leniência celebrado pela empresa Odebrecht S.A. e o Ministério Público Federal, no qual, segundo informado pelos advogados dessa empresa, é feita referência à empresa Move SP, busca obter maior segurança em relação aos possíveis reflexos no âmbito do contrato de concessão. Assim, é solicitado que o Estado confirme:

- (i) que não irá requerer a anulação do Contrato de Concessão em virtude de eventuais infrações que possam ter ocorrido durante o procedimento licitatório;
- (ii) que quaisquer multas que eventualmente possam impor em virtude de infrações ocorridas durante o procedimento licitatório serão direcionadas à Move SP, atestando que o novo acionista não é sucessor das obrigações penais e civis do acionista cuja participação foi alienada;
- (iii) que não requererá, tanto da Move SP quanto do novo acionista, indenização em virtude de eventuais infrações ocorridas antes da assinatura do Contrato de Concessão;
- (iv) que envidará seus melhores esforços para proteger o Contrato de Concessão e manter sua vigência;
- (v) que, caso seja anulada a Concessão, a Concessionária será indenizada por todos os investimentos realizados e não amortizados, podendo a fórmula para indenização ser objeto de aditivo contratual para melhor elucidação.

3. Estamos parcialmente de acordo com as conclusões alcançadas pelo Dr. Thiago Nunes Mesquita, no bem elaborado Parecer CJ/STM nº 64/2017, **deixando de acolher a fundamentação apresentada, especialmente no tocante à impossibilidade de utilização de prova produzida no âmbito do Acordo de Leniência celebrado entre a empresa Odebrecht S.A. e o Ministério Público Federal (“Acordo”), sem que o Estado tenha previamente aderido ao referido acordo** (itens 66 a 76, 79, 80 final, 86, 90 e outros que partem dessa mesma premissa).

4. Assim o fazemos, por entender prematura qualquer afirmação nesse sentido, e por entender que o deslinde da questão concreta posta em análise prescinde de conclusão institucional da Procuradoria Geral do Estado sobre a matéria<sup>14</sup>.

5. Ademais, temos que, no presente caso, **não se trata de utilizar ou emprestar prova produzida no âmbito do Acordo de Leniência**, e sim, identificar quais as melhores informações disponíveis ao Estado de São Paulo no presente momento e quais os seus reflexos em relação ao contrato de concessão celebrado com a Move SP.

6. Quanto às provas e informações que devem nortear qualquer ação do Estado de São Paulo com vistas a eventual anulação do contrato da Linha 06, em razão de atos praticados previamente à sua assinatura e que já estejam sendo objeto de investigação no âmbito da operação “Lava Jato”, nos parece que duas são as formas de obtenção: por compartilhamento daquelas produzidas pelo Ministério Público Federal, e por procedimento investigativo próprio<sup>15</sup>.

7. Cabe esclarecer, inicialmente, que o Acordo de Leniência somente prevê a adesão aos seus termos pelos Ministérios Públicos, conforme cláusulas 3ª, 4ª, §§ 2ª e 3ª, 5ª, § 2º, 6ª, II, 8ª, II, entre outras. Em relação aos Estados e entes da Administração Pública direta e indireta, somente há a previsão de que o Ministério Público Federal realizará *gestões* junto aos mesmos *para a realização de acordos semelhantes*, tendo como objeto os mesmos fatos revelados no âmbito do Acordo de Leniência. Veja-se o teor da alínea “a”, do item I da Cláusula 8ª:

Cláusula 8ª. Considerando a gravidade e a repercussão social dos fatos apurados, e a eficácia da colaboração acordada:

I – O Ministério Público Federal, nas atribuições da Força-Tarefa Lava Jato, compromete-se:

14 A questão do aproveitamento de provas não é disciplinada em lei e certamente será objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais em futuro próximo, sendo que urgência imprimida na análise ora solicitada não permite o necessário aprofundamento para firmar entendimento institucional da PGE/SP.

15 Sem prejuízo de, no futuro, haver compartilhamento de informações com outros entes, como com o Ministério Público Estadual.

a) a realizar gestões perante outras autoridades ou entidades públicas com as quais a COLABORADORA venha a entabular tratativas para a celebração de acordos tendo como objeto os mesmos fatos revelados no âmbito deste Acordo, tais como o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MFTC, antiga Controladoria Geral da União – CGU), autoridades dos Estados e Municípios competentes para instauração dos processos de responsabilização nos termos da Lei 12.846/13, Tribunal de Contas da União, dos Estados e Municípios, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Advocacia Geral da União – AGU e as advocacias públicas dos Estados e Municípios, e empresas públicas e sociedades de economia mista, no que couber, para a realização de acordos semelhantes com esses órgãos, inclusive com a consideração da data da assinatura desse Acordo de Leniência para efeitos de termos de “marker” perante aqueles órgãos, se as empresas do grupo econômico da COLABORADORA ainda não o tiverem obtido, inclusive com o objetivo de evitar o ressarcimento em duplicidade no tocante ao valor pago por meio deste Acordo;

8. Nesse passo, e até o presente momento, desconhecemos a realização de acordo entre o Estado e o Ministério Público Federal e/ou a empresa Odebrecht (“Colaboradora”), nos termos previstos na cláusula acima transcrita, por meio do qual tenha sido franqueado acesso às provas já produzidas que motivaram a celebração do Acordo de Leniência, e compartilhadas informações que até o momento se mantêm sigilosas.

9. Outra possibilidade de obtenção de informações seria o Estado dar início a procedimento administrativo próprio voltado a apurar eventuais ilicitudes praticadas na estruturação do(s) projeto(s) que contou(aram) com a participação da Odebrecht S.A. na condição de licitante, com vistas a apurar eventuais prejuízos causados e/ou infrações de natureza disciplinar praticados por (ex)servidores e/ou funcionários da Administração direta e indireta. Na mesma linha do item 89 do parecer ora analisado, recomenda-se enfaticamente tal providência.

10. A partir dessas duas possíveis ações (acordo ou investigação própria), poderá o Estado de São Paulo estar munido das informações necessárias para tomar providências com relação aos contratos envolvendo a Odebrecht e também em relação a eventuais servidores e agentes públicos envolvidos.

11. Até que uma das situações se concretize, cabe verificar as informações conhecidas no momento, que envolvam a Linha 06 dentro do contexto da operação Lava Jato, a fim de nortear a manifestação solicitada pela Mitsui.

12. Nesse passo, registro que tivemos acesso ao Acordo de Leniência e também a vídeos contendo os depoimentos de delação de 2 (dois) executivos do grupo econômico em pauta, nos quais é citado o pagamento de verbas indevidas a

ex-funcionário do Metrô, no âmbito do projeto da Linha 06, que atuou na equipe responsável pela sua estruturação.

13. Quanto ao Acordo de Leniência, cumpre observar que, não obstante envolva todas as empresas do grupo econômico, exceto a Braskem S.A. (cláusula 3ª), não há a identificação completa das condutas ilícitas praticadas e quais as empresas que, de alguma forma, foram envolvidas ou beneficiadas, bem como eventuais servidores envolvidos e prejuízos causados à Administração. Tal discriminação consta de anexos que ainda se encontram cobertos por sigilo.

14. Ou seja, não se pode extrair do Acordo de Leniência nenhuma prova concreta que diga respeito à conduta ilícita praticada no âmbito do projeto da Linha 06 (que é o de interesse na presente análise), da qual se imponha ao Estado uma obrigação imediata de promover a anulação do contrato correspondente.

15. Em relação aos depoimentos da delação, porém, há expressa referência a pagamentos indevidos considerando o projeto em andamento previamente à assinatura do contrato da parceria público-privada.

16. O conteúdo desses dois vídeos, no entanto, embora traga indícios de ilicitude praticada por agente privado com a participação de agente público, não possui conteúdo probatório suficiente para que, nesse momento, conclua a Administração pela necessidade de abertura de procedimento administrativo tendo por objeto a anulação do referido contrato.

17. Não é demais registrar que a anulação de contrato em andamento, via de regra, impõe prejuízos aos cofres públicos – observando que, no âmbito do contrato da Linha 06, já houve o dispêndio de vultosas quantias pagas nos processos judiciais de desapropriação e a título de “aportes de recursos”<sup>16</sup> previstos contratualmente –, pois além da necessidade de serem recompostos os recursos já pagos à contratada, arcará a Administração com custos de reestruturação do projeto e de atos preparatórios para nova licitação, de maneira que a manutenção do contrato deve ser buscada, no limite da lei e do interesse público, adotando-se as medidas cíveis, penais e administrativas contra as pessoas físicas e jurídicas que concorreram para atos que eventualmente tenham maculado o procedimento licitatório.

18 Nessa linha, registre-se que a recomendação do Ministério Público Federal, detentor das provas produzidas até o momento envolvendo atos ilícitos contra a Administração Pública, é a de manter os contratos do grupo econômico

---

16 Nos termos do artigo 6º § 2º da Lei 11.079/2004.

da Odebrecht em andamento, consoante compromisso assumido na Cláusula 18, item “a” do Acordo:

*“a não pleitear, com fundamento nos fatos revelados neste Acordo de Leniência, a declaração de nulidade de quaisquer contratos celebrados, vigentes e/ou já encerrados, que tenham como partes, de um lado, qualquer entidade da Administração Pública direta e/ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive entidades financeiras e/ou seguradoras controladas pelo Estado, e, de outro lado, a Colaboradora ou empresas de seu grupo econômico”;*

19. Diante do exposto, passamos a prestar as informações solicitadas pela Mitsui:

*(i) que não irá requerer a anulação do Contrato de Concessão em virtude de eventuais infrações que possam ter ocorrido durante o procedimento licitatório;*  
Sugestão de resposta: Diante dos fatos apresentados e conhecidos até o momento, não há motivos para instauração de procedimento objetivando a anulação do contrato de concessão patrocinada da Linha 06 com a Move SP;

*(ii) que quaisquer multas que eventualmente possam impor em virtude de infrações ocorridas durante o procedimento licitatório serão direcionadas à Move SP, atestando que o novo acionista não é sucessor das obrigações penais e civis do acionista cuja participação foi alienada;*

Sugestão de resposta: A Move SP e o novo acionista respondem nos limites previstos no contrato de concessão patrocinada da Linha 06, exceto nas situações de desconsideração de personalidade jurídica ou de solidariedade previstas em lei.

*(iii) que não requererá, tanto da Move SP quanto do novo acionista, indenização em virtude de eventuais infrações ocorridas antes da assinatura do Contrato;*

Sugestão de resposta: A Move SP e o novo acionista respondem nos limites previstos no contrato de concessão patrocinada da Linha 06, exceto nas situações de desconsideração de personalidade jurídica ou de solidariedade previstas em lei.

*(iv) que envidará seus melhores esforços para proteger o Contrato e manter sua vigência;*

Sugestão de resposta: Diante dos fatos apresentados e conhecidos até o momento, o Estado envidará seus melhores esforços para manutenção da vigência do contrato de concessão patrocinada da Linha 06;

*(v) que, caso seja anulada a Concessão, a Concessionária será indenizada por todos os investimentos realizados e não amortizados, podendo a fórmula para indenização ser objeto de aditivo contratual para melhor elucidação.*

Sugestão de resposta: é possível que o Poder Concedente avalie propostas de aprimoramento das cláusulas contratuais<sup>17</sup> (utilizando, inclusive, parâmetro que vem sendo utilizado nos últimos contratos celebrados pela Administração), reconhecendo-se a viabilidade jurídica de celebração de aditivos contratuais, desde que tais alterações atendam ao interesse público e não desnaturem as condições originalmente entabuladas para a contratação, o que, de todo modo, poderá ser melhor avaliado a partir de uma proposta concreta de aditamento contratual, em autos próprios.

Com essas considerações, submetemos à sua consideração com proposta de aprovação parcial do Parecer CJ/STM nº 64/2017.

SubG-Consultoria, 7 de Junho de 2017.

**Cristina M. Wagner Mastrobuono**

Subprocuradora Geral do Estado

Consultoria Geral

**Carlos Eduardo Teixeira Braga**

Subprocurador Geral do Estado Adjunto

Consultoria Geral

---

<sup>17</sup> Como mencionado no item 96 do Parecer CJ/STM nº 64/2017: “Nas mais recentes licitações levadas a efeito pelo Estado de São Paulo para a concessão de serviços públicos, a exemplo de editais publicados pela Artesp e, na própria Secretaria dos Transportes Metropolitanos, do edital de Concessão das Linhas 5 e 17 do Metrô/SP, foram previstas em contrato, para conferir maior segurança e previsibilidade a ambas as partes, os critérios contábeis que serão utilizados para apuração da parcela dos ativos ainda não amortizados e dos encargos e ônus que a Concessionária deverá suportar”.

**PROCESSO:** PROTOCOLADO - 029/2017

**INTERESSADO:** MITSUI&CO

**ASSUNTO:** CONTRATO DE CONCESSÃO Nº 015/2013, CELEBRADO EM 18.12.2013 ENTRE O ESTADO DE SÃO PAULO, POR MEIO DA STM, E A CONCESSIONÁRIA MOVE SÃO PAULO S.A. DA QUAL A MITSUI & CO. LTDA. (MITSUI) É UMA DAS ACIONISTAS.

1. Aprovo parcialmente o **Parecer CJ/STM nº 64/2017**, nos termos da manifestação da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

2. Restituam-se os autos para prosseguimento.

GPG, em 07 de junho de 2017.

**Elival da Silva Ramos**

Procurador Geral do Estado

