Por Bruno Dantas[1]

A Constituição de 1988 trouxe um arranjo institucional complexo, no qual algumas tarefas são exclusividade de certos órgãos do Estado e outras devem ser realizadas concorrentemente por mais de um. O constituinte fez clara opção por reforçar o sistema de controle da administração pública e aí que se insere o atual debate sobre os acordos de leniência no âmbito da operação "lava jato".

A regra prevista pela Lei Anticorrupção (12.846/2013) é singela no papel e talvez por simplificar demais uma realidade multifacetada — pois uma mesma conduta pode ter consequências penais, civis, societárias, fiscais, concorrenciais e administrativas — esteja encontrando tantas dificuldades de produzir resultados satisfatórios.

A lei atribuiu com exclusividade à CGU a negociação e assinatura de acordos de leniência. Nada mencionou nesse ponto sobre Ministério Público (MP) ou Tribunal de Contas da União (TCU). Ocorre que as competências dessas instituições não emanam de leis ordinárias, mas da Constituição (artigos 129 e 70, respectivamente), norma hierarquicamente superior.

Portanto, regras básicas de hermenêutica jurídica ensinam que o silêncio da lei ordinária não poderia afastar a atribuição do MP de celebrar acordos de leniência no âmbito judicial nem a do TCU de fiscalizar acordos celebrados na esfera administrativa.

Cabe um esclarecimento importante: quando acordos de leniência são pactuados pelo Ministério Público, suas cláusulas são imunes à apreciação administrativa do TCU, pois representam expressão da atividade-fim daquela instituição e seu controle somente pode se dar pela via judicial. Acordos celebrados pela CGU, no entanto, têm natureza administrativa, e justamente por isso se sujeitam integralmente ao controle administrativo do TCU.

Acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção são negócios jurídicos. Podem ser judiciais, quando negociados pelo MP e homologados pelo Judiciário, ou administrativos, quando negociados pela CGU, supervisionados pela AGU e fiscalizados pelo TCU. A modelagem que atribui a uma instituição a competência para negociar e a outra o poder de controlar é intrínseco ao nosso sistema e serve tanto para reduzir a chance de arbítrio, quanto para dar segurança jurídica.

Como a Constituição não autoriza que uma única instituição isoladamente se pronuncie em substituição a todas as demais, é impossível falar, do ponto de vista prático, de “acordos de leniência celebrados pelo Estado brasileiro”, com produção de efeitos erga omnes, em especial quando o acordo deixou de contemplar todas as facetas da conduta ilícita.

Ninguém duvida que o ideal seria que os acordos produzissem efeitos amplos e permitissem à empresa leniente “virar a página”. Isso, porém, não é impossível no sistema brasileiro. Essa eficácia global pode e deve ser obtida mediante atuação conjunta e cooperativa dos órgãos legitimados, não com sobreposição ou usurpação.

Como as esferas jurisdicional e administrativa são independentes no Brasil, a atuação do MP não obsta a da CGU, e vice-versa. Em ambos os casos, os requisitos e as cláusulas devem obedecer fielmente ao que prevê a lei. E o que ela estabelece?

O artigo 16, parágrafo 1º, inciso III, impõe como exigência que “a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo”. Por sua vez, o parágrafo 3º do mesmo artigo é peremptório: “O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”.

A lei não autoriza que empresas escolham os crimes que desejam confessar e os desvios que desejam reparar. Também não permite que selecione os órgãos estatais COM que desejam

colaborar.

Para que se obtenha a pretendida eficácia global, deve haver boa-fé e disposição para reparar integralmente o que foi desviado, sob pena de se transformar os acordos de leniência em um enorme programa oficial de branqueamento de capitais do tipo “purgue parcialmente sua culpa e o dinheiro roubado passará a ser seu, de papel passado”.

A confissão espontânea dos ilícitos praticados é requisito elementar do acordo, pois não se pode vislumbrar boa-fé em quem esconde do Estado informações relevantes. Ademais, a confissão serve para otimizar investigações e abreviar o processo, liberando o Estado da produção de provas e economizando recursos materiais e humanos.

O produto do crime deve ser integralmente devolvido. Sustentar o contrário significa infringir frontalmente a lei. A leniência serve para atenuar sanções, criando incentivos à colaboração, jamais para anistiar empresas corruptas. A cláusula ability to pay deve ser utilizada para definir o parcelamento da indenização, não o seu valor principal, que é inegociável. Isso não é capricho do TCU, mas exigência expressa da lei!

Cabem duas indagações cruciais para o desfecho dos acordos de leniência na "lava jato": 1) o que fazer se a empresa se recusa a admitir ilícitos — como o superfaturamento — formalmente comprovados, em frontal desacordo com auditorias e perícias feitas por órgãos oficiais como a CGU, o TCU e a Polícia Federal?; e 2) o que fazer se há recusa explícita de reparar integralmente o dano causado?

Recente leniência negociada pela CGU e fiscalizada pelo TCU procurou equacionar essas questões, prevendo que o acordo não resulta em quitação do dano. Constou expressamente que, se no futuro vier a ser constatado que a indenização paga se revelou insuficiente, a empresa tem o dever de complementação. Ademais, previu-se a obrigação de colaborar com todas as fiscalizações e auditorias oficiais.

É natural que o aprendizado no manuseio de institutos jurídicos novos seja permeado de dúvidas quanto aos limites de atuação de cada órgão do Estado. Não se pode olvidar, porém, do núcleo inegociável dos acordos de leniência: reparação integral do dano, colaboração com as investigações, cessação da conduta ilícita e reabilitação da empresa para fazer com integridade sua função social de gerar empregos e riqueza.

---

[1]Bruno Dantas é ministro do Tribunal de Contas da União, professor na Uninove e no IDP, pós-doutor em Direito (Uerj), doutor e mestre em Direito Processual Civil (PUC-SP) e pesquisador visitante da Cardozo Law School, da Universidade Yeshiva, em Nova York, e no Max Planck Institute Luxembourg for Regulatory Procedural Law.

Fonte: Revista Consultor Jurídico, em 28.12.2017