

A INSEGURANÇA JURÍDICA DAS EMPRESAS E OS ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA: rumo a maior intervenção do Judiciário diante do caos político-administrativo?

Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo na USP. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra e pelo Max Planck Institut (Alemanha). Árbitro, Consultor e Advogado em Direito Público em São Paulo (www.justinodeoliveira.com.br)

Nos últimos dias, algumas notícias envolvendo acordos de leniência bilionários com o Grupo Odebrecht (com exceção da Brasken S.A.) e o Grupo JBS colocaram em evidência erros e acertos do regime jurídico destes acordos disciplinados na Lei federal n. 12.846/2013 e no Decreto n. 8.420/15.

No âmbito da Lava-Jato, a Odebrecht firmou acordo de leniência com o Ministério Público Federal-MPF, tendo sido o acordo ratificado por decisão do Juiz Sérgio Moro em 22.05.2017. Já o Grupo JBS - embora tenha firmado na área criminal o que passou a ser conhecido como “delação superpremiada”, devido aos inúmeros benefícios concedidos pela colaboração investigativa ao MPF – ainda não conseguiu chegar a bom termo com a Procuradoria Geral da República nas negociações voltadas a firmar um acordo de leniência, sobretudo em relação ao “quantum” a ser pago aos cofres públicos a título de multa.

O sistema anticorrupção brasileiro é do tipo “multiagência”, pois não temos uma única Agência Autônoma Anticorrupção, como em Singapura, por exemplo. Isso significa que diversos órgãos e entidades públicas detêm competência para realizar ações preventivas, repressivas e de responsabilização das pessoas físicas e jurídicas que ferem a legislação anticorrupção, nas esferas administrativa, cível, criminal e dos Tribunais de Contas.

Inclusive como decorrência do nosso sistema multiagências, o regime jurídico dos acordos de leniência, obviamente, não é unívoco, e sim plúrimo. Nesse sentido, temos a disciplina jurídico-normativa da leniência (i) na legislação antitruste, de responsabilidade do CADE (Lei federal n. 12.529/11), (ii) na legislação anticorrupção, com a competência exponencial da CGU (hoje inserida na estrutura do Ministério da Transparência), mas também expandida a outros órgãos e entes da Administração pública, em matéria de licitação e contratos (art. 17, da Lei federal n. 12.846/13) e (iii) de *lege ferenda*, o MPF tem extraído o fundamento normativo para firmar leniência, isolada e diretamente, em Operações como a Lava-Jato, de Convenções internacionais de combate à

corrupção ratificadas pelo Brasil, da Lei de Improbidade Administrativa, além da própria Lei Anticorrupção (arts.18 e ss da Lei federal n. 12.846/13).

Agora, se por um lado termos mais órgãos e entidades públicas combatendo a corrupção pode gerar melhores resultados para a proteção da moralidade e do patrimônio públicos, esta multiplicidade de órgãos atuantes em anticorrupção traz para a empresa enredada na teia da Lava-Jato e afins inúmeras preocupações e dificuldades, sobretudo quando têm a intenção de buscar sua reabilitação pelas infrações cometidas. Qual a forma mais segura e definitiva para firmar o acordo de leniência? Somente com o MPF seria suficiente? E a CGU, a AGU e o CADE? Precisam participar das negociações propostas pelo MPF? E se não participarem, são obrigadas a acatar o acordo eventualmente firmado? O TCU também deveria participar ou ao menos ratificar o acordo final? O Poder Judiciário pode rever os termos dos acordos de leniência, e em tese invalidá-los, fazendo a empresa voltar à qualidade de infratora, perdendo seu status de reabilitada?

Este imbróglio foi reconhecido pelo próprio Juiz Sérgio Moro, na decisão que homologou o acordo de leniência de quase 4 bilhões de reais, firmado entre o MPF e o Grupo Odebrecht. Embora o magistrado defenda que o Ministério Público “é a entidade melhor posicionada” para a celebração destes acordos, assevera também que diante da existência de outros órgãos e entidades do Executivo com competência para firmar acordos de leniência, as empresas estão tendo dificuldades práticas para encontrar a sua reabilitação no ambiente “pós-acordo”.

Com efeito, a via-crúcis das empresas envolvidas em crimes, ilícitos cíveis e infrações administrativas à legislação anticorrupção é, mais do que aflitiva, um verdadeiro périplo, pois ainda que firmem acordo de leniência com o MPF, não é incomum que fiquem com uma sensação de impotência ou de estória sem fim. É que nesse cenário reina a competição e a discórdia no Poder Executivo, e a empresa se vê obrigada a firmar outros tantos acordos com GCU, AGU e CADE. Indo além nesse espaço disputadíssimo, exsurge outro importante ator que é o TCU, Corte que vem envidando esforços para ver reconhecida, mesmo que judicialmente, sua competência para apreciar os acordos de leniência.

Pessoalmente, acredito que este desacerto do legislador poderia ser corrigido, com uma medida relativamente singela de ajuste na Lei Anticorrupção: a criação de uma Comissão ou Comitê, com um representante de todos os órgãos competentes, para negociar e ao final deliberar sobre um único acordo de leniência para uma dada empresa, no âmbito federal. Este acordo poderia ao final ser avalizado e/ou homologado pelo TCU, o que conferiria maior segurança jurídica a todos os envolvidos, servindo inclusive de referência e limite para uma eventual revisão do Judiciário, o qual tenderia a avaliar se os requisitos formais

exigidos pela Lei foram *in casu* realmente atendidos, sem adentrar necessariamente no conteúdo das leniências.

Como hoje estão disciplinados, os acordos de leniência realmente não cumprem com a sua função de, por um lado, proteger e salvaguardar o patrimônio público – as empresas não tem tido interesse em buscar este acordo, e têm preferido defender-se na Justiça, por razões de segurança jurídica - e de outro, permitir uma reabilitação definitiva às empresas envolvidas em práticas de corrupção – mesmo firmando acordos com o MPF, reina a dúvida se este acordo será devidamente respeitado pelo Poder Executivo.

Assim sendo, por exemplo, não é à toa que o Grupo JBS tem hesitado em firmar acordo de leniência com o MPF, pois a esta altura sabe que os demais órgãos do Executivo tendem a não respeitar os seus termos. Talvez fosse o caso de propositura de medida judicial, buscando obrigar a todos os órgãos públicos competentes - incluindo-se aí o MPF – diante da aludida omissão normativa, a integrarem uma Comissão e, por meio de cooperação interadministrativa, negociarem e firmarem um único acordo de leniência com o Grupo. Indubitavelmente, este seria um caminho a conferir maior segurança jurídica a este acordo de leniência.

A polêmica vem dominando os debates nessa seara. Entretanto, o que pretendo sustentar é que, na ausência de uma Política Nacional Anticorrupção e de uma legislação anticorrupção de qualidade no tema dos acordos de leniência – mais do que aniquilar a CGU, o Governo Temer permaneceu inerte nesse sentido – a tendência é que o Poder Judiciário seja chamado a estabilizar o procedimento de negociação e aderência pública e privada dos acordos de leniência no Brasil, pois a insegurança jurídica das empresas nesse tema é cada vez maior, com fortes prejuízos não somente para o mercado, mas sobretudo para o Estado e a sociedade brasileira.