

TRANSCRIÇÃO DA PALESTRA: ACORDO DE LENIÊNCIA PARTE DO EVENTO “SEGUNDA-FEIRA ÀS 18H”, REALIZADO EM 09 DE MAIO 2016 COM O MINISTRO BRUNO DANTAS NASCIMENTO

PROMOTOR JARBAS SOARES JUNIOR: Boa noite a todos. Sejam todos bem-vindos. Faço uma saudação especial aos meus colegas do Ministério Público. Saúdo o palestrante de hoje, o Ministro Bruno Dantas Nascimento, que, apesar de muito jovem, é doutor em Processo Civil e foi um dos membros da comissão do Novo CPC. Ele é uma das pessoas mais respeitadas e admiradas em Brasília. Venho concitá-los a participarem dos próximos eventos, pois eles representam grandes oportunidades de estarmos diante de autoridades e de pessoas que formam o Direito. O Processo Civil, por exemplo, será formado basicamente no Superior Tribunal de Justiça. Muito obrigado a todos pela presença.

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA CARLOS ANDRÉ MARIANI BITTENCOURT: Boa noite. De início, cumprimento o Ministro Bruno Dantas Nascimento, o Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Dr. Cláudio Terrão; o ex-Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público e atual Diretor de CEAF, Doutor Jarbas Soares Júnior; os colegas procuradores, na pessoa da Procuradora de Justiça, Dra. Fátima Borges; os colegas Promotores de Justiça e alunos das faculdades de Direito. Temos a honra de receber o Ministro Bruno Dantas, que exerceu mandatos no Conselho Nacional do Ministério Público, onde ele já demonstrava todo o seu conhecimento. E não sem razão que ele, rapidamente, galgou outros postos, esteve no CNJ e, agora, como Ministro do Tribunal de Contas da União. Agradeço a ele pela presença, como também ao Dr. Cláudio Terrão, que vem desenvolvendo um trabalho brilhante junto ao Tribunal de Contas do Estado. O Ministério Público tem celebrado cada vez mais parcerias com o Tribunal de Contas e com o Ministério Público de Contas. Hoje, o Ministério Público e o Tribunal de Contas do Estado têm feito, em parceria, uma série

de atividades, no que tange às verificações dos desvios administrativos, da improbidade. Muito obrigado e bom proveito a todos.

MINISTRO BRUNO DANTAS NASCIMENTO: Boa noite. Gostaria de cumprimentar o nosso querido amigo, o Procurador-Geral Dr. Carlos André Mariani Bittencourt. Saúdo também o Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado, Dr. Cláudio Terrão. Saúdo também os senhores, na pessoa de um amigo, Dr. Jairo. Também tive oportunidade de conviver com ele, na época em que fui conselheiro do CNMP. Gosto muito de Minas Gerais, de Belo Horizonte e tenho extremo apreço pelo Ministério Público de Minas Gerais.

Obrigado, Jarbas, pelo convite para essa palestra, que é uma grande oportunidade de dialogar um pouco sobre um dos temas mais palpitantes da atualidade.

A Operação Lava Jato colocou luzes sobre um assunto novo e altamente delicado. A primeira experiência do Brasil em acordo de leniência será

exatamente no caso mais rumoroso da nossa história recente. Ele é um grande desafio para todos nós. A Lei Anticorrupção é nova, foi aprovada há menos de três anos. Nós, brasileiros, temos pouca experiência em utilizar o acordo de leniência, pois é um instituto recente e controverso. Nos Estados Unidos, a utilização desse instrumento é mais corriqueira. Certamente, qualquer observação que se faça em um momento de exaltação, tem a chance imensa de ser enviesada. É preciso ter muito cuidado ao tratar de institutos novos em situações assim, porque há um risco seriíssimo de se estabelecerem premissas equivocadas com base em caso concreto. O ideal seria que a experiência sobre acordo de leniência fosse decantada, para, aí sim, posteriormente, serem celebrados os primeiros acordos. Infelizmente, não foi o nosso caso.

Vou concentrar a minha fala em pontos mais controversos. Começando por uma breve retrospectiva, o acordo de leniência foi previsto na Lei do Cadê, que serviu para tratar de cartéis em empresas que se sujeitavam ao controle desse

organismo. No cenário atual, a previsão mais antiga existente é essa da Lei do Cade. Portanto, os conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade e os membros do Ministério Público que atuam nele, têm mais experiência em acordos de leniência nos casos de formação de cartel, combatidos em razão da proteção genérica criada pelo CDC. Para este, a formação de cartel significa falha de mercado, que vai repercutir, em última análise, nos direitos do consumidor. Então, o viés analisado pelo Cade na formação de cartel é de proteção do consumidor. Em 2013, com a força das manifestações de junho, que derrubaram a PEC 37, houve a aprovação da Lei Anticorrupção, que previu, além da criminalização de condutas de pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos, a possibilidade de acordos de leniência. Seis meses depois seria deflagrada uma operação que mudaria a história do Brasil. Toda essa situação política que está em debate hoje no Congresso Nacional começou com a Operação Lava Jato. Essa operação, que teve início em abril de 2014, teve seu ponto alto com processo de impeachment da Presidenta da República. Ninguém, em sã

consciência, afirmaria que o Congresso Nacional decretaria o impedimento de um Presidente da República se não fossem as revelações tão bem conduzidas pelo Ministério Público, pela Polícia, pelo Poder Judiciário, no âmbito da Operação Lava Jato. Sem dúvida alguma, o quadro político atual é efeito de um processo que se desenvolve no âmbito dos tribunais e no âmbito do poder de investigação do Ministério Público, sobretudo, da força-tarefa que atua em Curitiba, na Operação Lava Jato. A legislação, que criminaliza a atuação de empresas, prevê a possibilidade de acordos de leniência para a cessação de atividade ilícita, permitindo que, ao ser flagrada na prática de ilícitos, a empresa possa contribuir com as investigações e com o ressarcimento integral do dano. Dessa forma, a empresa poderia ter um desconto na multa, porque a legislação prevê também multa civil pela prática de atos enquadrados na Lei de Corrupção, e ter abrandada, ou afastada a sanção gravíssima de ser impedida de participar de contratações públicas, a chamada inidoneidade de empresa. Assim, são esses os requisitos para a celebração do acordo de leniência e, fundamentalmente, dois benefícios

que as empresas podem ter. Iniciada a Operação Lava Jato, iniciam-se as primeiras tratativas para celebração de acordos de leniência, e isso se dá por meio da Controladoria-Geral da União, órgão que, por lei, é competente para celebrar esses acordos no âmbito do governo federal. Começam aí os problemas. Primeiro, porque a nossa Constituição Federal é tão cuidadosa com o patrimônio público, que ela não se contentou em criar uma única instituição responsável por fiscalizar o gasto do dinheiro público. Ela criou uma verdadeira rede de controle: o Ministério Público; o controle interno feito em cada Poder; o controle externo, exercido pelos Tribunais de Contas; a esfera judicial e a esfera administrativa. Quanto a esta última, registro o seguinte questionamento: como é que o órgão de controle interno da Administração Pública pode celebrar um acordo com uma empresa e tal acordo produzir efeitos sobre a esfera de competência ou de atribuição (conforme seja o caso da instituição: no caso do Ministério Público, esfera de atribuição; no caso dos Tribunais de Contas, esfera de competência) de outros órgãos, especialmente se a competência/ atribuição desses órgãos for

definida pela própria Constituição? A Constituição, no mínimo, criou algumas barreiras à celebração de acordos desse tipo, tendo em vista que, se o Ministério Público não participa da celebração de um acordo de leniência, evidentemente, ele não pode estar vinculado a ele. O mesmo se diz em relação ao Tribunal de Contas do Estado, ou ao Tribunal de Contas da União.

Em recente palestra que proferi na Associação das Indústrias da Construção Civil, esse tema gerou máxima atenção entre presidentes e diretores jurídicos, pois essas sanções discutidas pelo Tribunal recaem basicamente sobre as empreiteiras. O Tribunal de Contas da União não deseja usurpar uma competência que não é sua, mas ele também não a renuncia, porque ele não pode renunciar a uma competência constitucional. É a própria Constituição da República que expressa que o Tribunal de Contas da União, no plano federal, e os estaduais, no plano de cada unidade da Federação, que dão a última palavra sobre desvios de recursos públicos, e não o controle interno. Na esfera administrativa, quem dá a última palavra

sobre dano ao erário é o Tribunal de Contas. Diante disso, como é que o órgão de controle interno vai dialogar com uma empresa e estabelecer que o dano causado em razão de superfaturamento em um contrato é de R\$ 500 milhões, se a empresa está colaborando com as investigações, está desenvolvendo programa de compliance, se se compromete a ressarcir integralmente o dano? A empresa não precisa, portanto, estar isenta do pagamento de multa. Como é que o órgão de controle interno vai estabelecer tudo isso? Ele vai dar uma “carta branca” para a empresa para que ela continue a contratar? E o Tribunal de Contas, que, pela dicção constitucional, é quem dá a última palavra, nada vai fazer? E vai renunciar a sua função? E se o tribunal entender que o valor do dano não é de R\$ 500 milhões, mas de R\$ 1 bilhão? O que fazer nesses casos? Eu me coloco muitas vezes na posição das empresas que, em última análise, têm função social importante. Embora eu critique aquelas posições que defendem que não se pode punir CNPJ, sob o argumento de que as empresas são tão vítimas quanto o Estado, isso não pode ser tido como regra, porque o volume

de recursos desviado mostra que a corrupção era estratégia empresarial, não era um ato isolado de um dirigente, não era um vice-presidente ou um executivo que praticava corrupção para aumentar o seu bônus. As empresas formaram um cartel com a finalidade de desviar recursos, assim como existe formação de cartel para fraudar licitações. Como é que se admite que essas empresas paguem um dano menor do que o que foi causado, que sejam isentas da multa e, sobretudo, que não recebem nenhuma penalidade de proibição de contratar com o poder público? Compreendo a dúvida dos empresários sobre celebrar ou não acordos de leniência. A confissão é irretratável. E, uma vez feita a confissão, ainda que perante um órgão administrativo, se o tribunal rejeitar o acordo de leniência, os empresários terão perdido o benefício, mas a confissão já vai estar em nosso poder. Então, a sanção virá fatalmente. Infelizmente, a medida provisória que foi editada no final do ano passado, em vez de trazer segurança jurídica, multiplicou por dez a insegurança jurídica. Para que um acordo de leniência vincule o Ministério Público, tem que ter assinatura do promotor natural, ou seja, daquele

promotor que tem, além da atribuição de atuar naquele caso, deve ter o interesse de anuir com ele. No âmbito federal, não há legislação específica de homologação pelo Conselho Superior. Não sei do âmbito do Estado de Minas Gerais. No caso do Tribunal de Contas da União, tomei a iniciativa de propor ao plenário e este aprovou. Nós editamos uma instrução normativa, dizendo que o TCU acompanharia etapa por etapa a celebração dos acordos de leniência. Na prática, a empresa procurou a CGU para celebrar um acordo. A CGU deveria comunicar ao TCU, não as cláusulas entabuladas no acordo, mas a verificação da existência de planilha que mostra o valor do dano. O TCU não tem competência para fiscalizar política de *compliance* de empresa, mas tem competência constitucional para definir o dano. Quem tem competência constitucional para arbitrar o dano é o TCU, não a CGU. A CGU deveria abrir a planilha e a confissão das empresas e o TCU, a partir disso, verificar se o valor do dano estava correto. A Medida Provisória n. 903, diz: "O TCU só terá conhecimento das cláusulas do acordo de leniência depois da assinatura". Alguém acredita que o TCU

vai aceitar ter efetivamente conhecimento disso apenas para sua assinatura? A CGU, que é órgão de controle interno, dialoga com as empresas, define as cláusulas, e o TCU só vai homologar algo ao qual ele não teve acesso previamente? A CGU, manifestando uma necessidade freudiana de se afirmar como instituição, convenceu a Casa Civil e a Presidência da República a incluírem um dispositivo numa medida provisória que multiplicou a insegurança jurídica. E não é por outra razão que até hoje não houve nenhum acordo de leniência, apesar de ser um instrumento importante, que serviria como mote para a cessação de condutas ilícitas, para, principalmente, contribuir para o desvendamento de outros ilícitos e para a reparação do dano. No âmbito dos tribunais de contas, quando é identificado um dano, abre-se a tomada de conta especial. O Tribunal de Contas da União leva algum tempo para processar essa tomada de contas especial. Por meio desse processo, estipula-se o valor do dano e, a partir daí, condenam-se os agentes do ato lesivo à sanções cabíveis como o ressarcimento ao Erário. As sanções para as pessoas naturais vão de multa

à inabilitação para ocupar cargo público pelo prazo de oito anos; para as pessoas jurídicas, de multa à declaração de inidoneidade para contratar com o poder público pelo prazo de cinco anos. Um dos temas mais intrincados da nova sistemática está ligado às licitações. A primeira vertente é de que a Lei de Licitações prevê a possibilidade de a própria Administração Pública declarar inidoneidade de empresas que tenham fraudado ou concorrido para fraude à licitação. Ocorre que essa lei não é o único diploma legal, que contém essa previsão. A Lei n. 8.443, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, também prevê a possibilidade de o TCU declarar inidoneidade de empresa. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo. Há concorrência de dispositivos, porém com titulares diversos: de um lado, por ato da autoridade da Administração Pública, que, no âmbito estadual, cada estado disciplina; de outro, no âmbito do governo federal, o Ministro-Chefe da CGU pode declarar inidoneidade de empresas por até cinco anos. Essa é uma das vertentes.

A segunda vertente indica que o TCU pode, com fundamento na Lei Orgânica do Tribunal de Contas, que é a Lei n. 8.443, aplicar a sanção de inidoneidade de empresas. A CGU, quando celebra um acordo de leniência com uma empresa, ela diz: "Tá bom. O dano é R\$ 500 milhões, eu aceito aqui, vou te isentar da multa e vou te isentar também da pena de inidoneidade". Aí vai para o TCU, o TCU recebe aqueles autos, vai abrir uma tomada de contas especial, fatalmente. Aquela tomada de contas especial vai durar um ou dois anos, e aí a tomada de contas especial, quando concluir que o valor do dano não era de R\$ 500 milhões, o que o TCU vai fazer? Vai rejeitar o acordo de leniência, vai condenar a empresa a ressarcir o valor integral do dano, vai aplicar a multa e, provavelmente, vai fazer o quê? Declarar a inidoneidade da empresa. Que era tudo que as empresas não queriam. Evidentemente que entre uma coisa e outra, não dá para dizer que tudo é branco ou preto, que o sistema é tão binário assim. É claro que o TCU vai verificar se houve, no acordo de leniência, uma efetiva colaboração, se o valor do dano já foi aquele que a CGU encontrou, já foi totalmente recolhido.

E se a diferença é pequena nós podemos falar: “Olha, não, tudo bem. Nós vamos cobrar aqui a diferença, vamos aplicar uma multa e não vamos declarar inidoneidade”.

É óbvio que pode ter aí um caminho intermediário. Mas que haverá alguma sanção, sem dúvida haverá. Isso sem falar que, eventualmente, pode acontecer, se o Tribunal entender que a CGU falhou no cálculo do dano, que embora tivesse condições de descobrir o valor do dano, não o fez por negligência, nós podemos também condenar o gestor da CGU por ter feito aquele cálculo de maneira inadequada. Eu não estou aqui para distribuir ameaças, nem veladas nem declaradas, o que eu estou falando é o que a Constituição estabelece. Basta uma leitura da Constituição e da lei orgânica do Tribunal para perceber isso. Portanto, o que quer me parecer que existe hoje no Brasil é um certo caos, por conta dessa novidade que eu relatei no início. Esse caos é ampliado, porque nós temos um caso extremamente rumoroso, um caso que tem cifras estratosféricas. Veja que ninguém fala nada em casa de dezena de milhão, não. É tudo de bilhão em diante.

Como relator no Tribunal de Contas em relação às fraudes ocorridas no âmbito da Usina Angra III. Fala-se em fraudes na ordem de R\$ 2 bilhões. Quando se fala no caso do Comperj, Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro, o orçamento começou com R\$ 15 bilhões. A Petrobras já gastou quase R\$ 100 bilhões e vai ter que abandonar o projeto do Comperj, porque falta de viabilidade. O prejuízo foi enorme, porque os ladrões que estavam instalados (posso usar esse nome sem qualquer violação ao princípio do estado de inocência, porque já houve condenação por sentença passada em julgado) procuraram perceber onde havia espaço para aumentar a distribuição de propina. Como descobriram que havia espaço na Diretoria de Abastecimento, instalaram o esquema lá. Na medida em que começavam a obra, iam ampliando o esquema nas diretorias onde era possível fazê-lo. Nas diretorias em que não era possível firmar o esquema, a obra ficava conforme o projeto original. Isso gerava uma disfunção absurda, porque os projetos da Diretoria de Abastecimento sempre cresciam, ao passo que os que estavam fora dessa diretoria não vingavam. O projeto inicial

do Comperj previa que ele seria um complexo petroquímico, pouco tempo depois, tal projeto foi alterado para que fosse feita uma refinaria, mais um tempo depois, o projeto foi alterado mais uma vez para um oleoduto. Isso não tinha fim, porque, para cada contrato celebrado na Diretoria de Abastecimento, havia 10% de propina, 10% de superfaturamento e, posteriormente, distribuição de propina. O resultado disso é um prejuízo na ordem de muitos bilhões de reais. Isso sem falar das refinarias *premium*, uma no Maranhão e outra em Pernambuco, que também não têm viabilidade nenhuma. Apesar de já terem sido gastos alguns bilhões de reais nesses projetos, elas também não serão implementadas, por falta de viabilidade econômica. Diante disso, seremos instados a aplicar um instituto novo, de uma legislação nova, mesmo que a situação envolva pessoas muito apreensivas. Lamentavelmente, isso reflete um governo que parece não ter rumo e é pautado por interesses corporativistas. A sociedade e o setor produtivo acabam assistindo a tudo estupefatos. Não estou aqui defendendo empresa, acho que eles têm uma parcela grande de responsabilidade,

a maior parte da responsabilidade é deles. Até que o desfecho chegue, o Brasil ainda vai sofrer muito com perda da sua capacidade econômica, porque todas as empresas do setor de construção civil estão envolvidas. A Petrobrás é responsável por quase metade dos investimentos do Brasil, mas há uma situação de paralisação geral, porque ninguém investe mais no Brasil. Sem dúvida, é uma situação muito delicada, que precisa ser resolvida. É claro que não se pode resolver ao arrepio da lei. Tenho pouca fé em heróis, mas muita fé em instituições. Instituições que funcionam, freiam os retrocessos. Autoridades voluntariosas, que pensam que podem resolver todos os problemas apenas com coragem, ao fim e ao cabo, eclipsam as instituições onde, pois as pessoas passam a endeusá-las. Acredito mais em um trabalho institucional, de acordo com as normas que regem a atividade de qualquer instituição. Estou certa de que temos muitos exemplos desse tipo de atuação no Ministério Público de Minas Gerais.

Como o Procurador, Carlos André, não estabeleceu tempo para que eu concluísse a minha exposição, eu seria capaz de me alongar por muito mais

tempo. No entanto, vou retribuir a gentileza, fazendo uso do tempo com moderação. Reitero o agradecimento em relação convite feito pelo Ceaf. Foi uma honra retornar ao Ministério Público de Minas Gerais. Obrigado.