



Ofício nº 45/2016 - Presidência/Anape

Brasília, 06 de abril de 2016.

Ao Excelentíssimo Senhor
Paulo Teixeira (PT/SP)
DD Deputado Federal
Praça dos Três Poderes - Câmara dos Deputados
Gabinete: 281 - Anexo: III
Brasília/DF

Assunto: *MP 703/2015. Proposta de nova redação do artigo 16, caput e § 13, e do artigo 29, § 1º, ambos da Lei nº 12.846/2013. Advocacia Pública. Regime constitucional de competências. Segurança jurídica.*

Senhor Deputado,

A Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE, ciente do teor das discussões travadas no âmbito da Comissão Mista que analisa a [MP 703/2015](#), medida provisória editada para acelerar os acordos de leniência com empresas envolvidas em ilícitos nas relações com a Administração Pública, vem manifestar sua preocupação com aspectos relevantes relativos à segurança jurídica e ao regime constitucional de competências, sobretudo diante da pressão para que haja participação obrigatória do Ministério Público e da possibilidade de formalização desses ajustes sem a manifestação obrigatória dos órgãos da Advocacia Pública.

Inicialmente, concordamos com as observações de Vossa Excelência de que é preciso observar o regime constitucional de competências, de modo que a participação obrigatória do Ministério Público nos acordos de leniência, sobretudo isolada, não condiz com a sua atribuição de fiscal da lei e de advogado da sociedade.



Tanto a representação da Associação dos Juízes Federais - Ajufe - quanto a da Associação Nacional dos Procuradores Federais - Anpr - arrogam ao Ministério Pública a qualidade de única instituição qualificada à defesa do patrimônio público, do erário e da moralidade administrativa. Ao assim procederem, ignoram que o sistema de Justiça é integrado pela Magistratura, Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública, sendo os quatro últimos partes do todo que representa as Funções Essenciais à Justiça (Título IV, Capítulo IV, Seções I, II, III e IV, da Constituição Federal).

Embora atuem, todas, no sentido de dar concretude ao ideal de Justiça, têm, cada qual, um campo definido de atribuições, em cuja distinção se verifica, justamente, o equilíbrio necessário para que esse ideal seja atingido, não devendo, pois, serem misturadas ou confundidas, deixando a cargo de uma só pessoa o exercício simultâneo de tais incumbências.

Por isso, é importante lembrar o esclarecimento da Advocacia Geral da União, nos autos da ADI 5.466, de que a Medida Provisória nº 703/15 trata somente de aspectos materiais de Direito Administrativo¹.

Essa natureza administrativa pode facilmente ser extraída dos efeitos atribuídos aos acordos de leniência celebrados pela autoridade administrativa, que estão previstos no artigo 16, §§ 2º, 12 e 13, da Lei nº 12.846/13, cósioante a redação conferida pela Medida Provisória nº 703/15, a saber: (i) isenção da publicação extraordinária prevista no artigo 6º, I, da lei anticorrupção; (ii) isenção das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na lei de licitações e contratos administrativos e em outras normas que tratam de licitações e contratos, como o Regime Diferenciado de Contratação Pública (RDC); (iii) redução da multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, correspondente a valor nunca inferior à vantagem auferida, quando estimável; (iv) remissão completa, caso a pessoa jurídica seja a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados.

Definida essa premissa, alguns especialistas criticam a competência estampada na lei anticorrupção para instauração e julgamento de processo administrativo para apuração de responsabilidade de pessoa jurídica.

¹ Disse o e. Advogado-Geral da União na sua manifestação na ADI 5.466: "O diploma atacado versa sobre direito administrativo, gerando influxos na seara do direito processual de maneira meramente ancilar".

De acordo com o art. 8º da referida lei, tais atribuições são da autoridade máxima de cada órgão ou entidade, sem prejuízo da competência concorrente, no caso do Poder Executivo Federal, da Controladoria Geral da União (CGU), conforme regulamentação dos artigos 3º e 13 do Decreto 8.420/15, se houver caracterização de omissão da autoridade originariamente competente; inexistirem condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; ou a complexidade, repercussão e relevância da matéria exigirem.

Os críticos sugerem que caberia tal desiderato a órgãos despidos de autonomia e independência, porque os ministérios, secretarias e órgãos de controle interno dos entes federados estariam vinculados à chefia do Poder Executivo, em prejuízo da real apuração dos fatos ou proporcionalidade na imposição de sanções.

No entanto, é preciso separar o que seja função executiva, legislativa, jurisdicional e essencial à Justiça de cada um dos atores políticos, para que não haja ingerência indevida de um nas funções predominantes de outros e, assim, o comprometimento do sistema de partição de Poderes.

Conotilho ensina que a Constituição cria certos órgãos com certas competências. O exercício dessas competências deriva diretamente da Constituição, afirmando-se contra quaisquer leis incompatíveis com o disposto nas normas organizatórias da lei constitucional.²

Em relação ao que acima foi transcrito, tem-se que a Constituição Federal deve ser vista como um sistema de competências, em que se estipulam as tarefas, funções e atribuições dos órgãos políticos de forma específica, de modo que a atribuição de uma competência acometida a um órgão afasta a dos demais órgãos.

O Ministério Público é protagonista no âmbito da persecução penal. No âmbito administrativo e civil, é fiscal da lei e órgão repressor no campo da probidade administrativa. A responsabilidade para conferir segurança jurídica através das atividades preventiva, consultiva e de representação judicial e extrajudicial da unidade federada é dos órgãos e carreiras da Advocacia Pública.

Para entendermos melhor esse ponto, devemos distinguir a delação do direito penal daquela referente ao Acordo de Leniência. A primeira pode ser definida como uma causa de redução de pena na esfera penal. Já a segunda, diferentemente dos países de onde foi importada, é uma causa estritamente de redução de pena ou extinção

² Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2ª edição, 1998.

de punibilidade administrativa, tendo, como grande diferencial, critérios de conveniência e oportunidade e uma conotação tipicamente política atribuídos aos órgãos de controle interno, nesse exclusivo aspecto, pela MP 703.

Isso não exclui a hipótese - expressamente prevista - de o Ministério Público participar do acordo de leniência, para que o seu consentimento resulte nos efeitos previstos nos §§ 11 e 12 do artigo 16, incluídos pela MP 703/15, ou em aspectos de interesse para eventual ação penal.³

Sob esse aspecto, não pode ser dada ao Ministério Público função que é constitucionalmente atribuída aos órgãos e membros da Advocacia Pública, consoante o regime de competências previsto nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal.

Nos Estados e no Distrito Federal, não há qualquer sobreposição que possa justificar a escolha isolada da Controladoria Geral da União (CGU) para entabular os acordos de leniência previstos na lei anticorrupção. Essa sobreposição, aliás, não é desejada do ponto de vista da segurança jurídica propalada pelos representantes dos segmentos público e privado.

Nas legislações estaduais, para efeito de combate à corrupção, existem diversos comandos que regulamentam a posição das respectivas Procuradorias-Gerais (PGEs e PGDF) como coordenadoras das funções de orientação, prevenção e repressão aos desvios éticos, contratuais, patrimoniais e legais, nos âmbitos administrativo e civil.

Compete às PGEs e à PGDF, por exemplo: (i) assessorar os titulares das Pastas, inclusive do controle interno, no exame de legalidade de todos os atos administrativos; (ii) manifestar-se previamente sobre licitação e contratos administrativos; (iii) avocar processos administrativos, sobretudo aqueles relacionados a práticas decorrentes de corrupção; (iv) uniformizar entendimentos jurídicos, garantindo um ambiente de segurança jurídica; (v) promover a defesa da unidade federada, todos os seus órgãos e entidades públicas, a reparação do patrimônio público e medidas cautelares para preservar o interesse público.

³ É importante observar não existirem aqui as discussões e implicações de ordem penal previstas no artigo 87 da Lei nº 12.529/11 (lei antitrust), haja vista que a celebração de acordo de leniência, nos termos da Lei nº 12.846/13 (lei anticorrupção), não determina a suspensão do curso do prazo prescricional, a impossibilidade de oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência ou a extinção automática da punibilidade dos crimes a que se refere a lei antitrust.



Não se está aqui defendendo a ingerência da Advocacia Pública na atuação de cada órgão da Administração Pública ou a interferência na escolha política para que os órgãos de controle interno formalizem e subscrevam os acordos de leniência, como define a Lei nº 12.846/13, com as alterações promovidas pela MP 703/15. A necessidade imperiosa é de tão somente assegurar que esses acordos sejam objeto de apreciação e manifestação dos órgãos constitucionalmente incumbidos de prestar, com exclusividade, o assessoramento e a consultoria jurídica no âmbito da Administração Pública.

Celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos naquele diploma legal, sem a participação obrigatória dos Procuradores do Estado, integrantes de estruturas permanentes de Estado, a quem é reservada constitucionalmente a representação judicial e a consultoria jurídica, representa uma temeridade.

Ao se insistir no modelo posto pela MP 703/15, sem qualquer reserva, estar-se-á correndo o risco de que os acordos de leniência possam ser questionados pelo próprio Estado que o formalizou, por um de seus órgãos, agravando ainda mais o temido cenário de insegurança jurídica que os envolve.

A MP 703/15, assim como está, pode até conter os instrumentos necessários para assegurar os principais objetivos de um acordo de leniência: afastamento dos gestores que praticaram atos de corrupção, obrigação de ressarcimento ao poder público e a exigência de que passem a adotar mecanismos que obriguem boas práticas empresariais e cumprimento das leis. Contudo, carecerá de efetividade e interesse da parte dos beneficiados.

Assim, a título de colaboração, propomos a Vossa Excelência que incorpore ao relatório da MP 703/15 as seguintes alterações:

"Art. 16. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, mediante manifestação prévia do respectivo órgão da Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte:

...



§ 13. Na ausência de órgão de controle interno no Estado, no Distrito Federal ou no Município, o acordo de leniência previsto no *caput* somente será celebrado pelo chefe do respectivo Poder em conjunto com o órgão de Advocacia Pública.

...

Art. 29. ...

§ 1º Os acordos de leniência celebrados pelos órgãos de controle interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a manifestação prévia do respectivo órgão de Advocacia Pública, contarão com a colaboração dos órgãos a que se refere o **caput** quando os atos e fatos apurados acarretarem simultaneamente a infração ali prevista."

Na certeza de contar com a sensibilidade e atenção de Vossa Excelência, apresentamos nossa estima e apreço.

Respeitosamente,

Marcello Terto e Silva
Presidente da ANAPE