



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 84.233/2016-AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade 5.466/DF

Relatora: Ministro **Rosa Weber**
Requerente: Partido Popular Socialista (PPS)
Interessada: Presidência da República

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MEDIDAS PROVISÓRIAS. LIMITAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO MÍNIMA DE URGÊNCIA E DE CORRELAÇÃO COM SUA FINALIDADE. INSEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DESSA ESPÉCIE LEGISLATIVA. AMPLIAÇÃO DO MODELO DE ACORDO DE LENIÊNCIA PREVISTO NA LEI ANTI-CORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LEI 12.846/2013). RESTRIÇÕES AO DIREITO DE AÇÃO, AO TRÂMITE DE PROCESSOS E ESTABELECIMENTO DE CAUSAS DE SUSPENSÃO E INTERRUÇÃO DE PRAZO PRESCRICIONAL. MATÉRIAS PROCESSUAIS NÃO PASSÍVEIS DE DISCIPLINA EM MEDIDA PROVISÓRIA.

1. Apontada inconstitucionalidade formal e material de ato normativo, incumbe ao autor fundamentar explicitamente a violação ao parâmetro constitucional. Deficiência de fundamentação quanto a inconstitucionalidade material não impede conhecimento de ação direta em relação a vícios formais devidamente invocados.
2. Falta de fundamentação mínima dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência revela impropriedade do(a) Presidente da República na edição de medida provisória e, por conseguinte, violação ao princípio da divisão funcional de poder. Em casos como esses, é possível controle jurisdicional dos pressupostos de medida provisória. Doutrina e precedentes.
3. Medida Provisória não é espécie normativa apta a regulamentar matéria processual e de funcionamento de tribunal de contas, consoante limitação material contida no art. 62, § 1º, I, *b*, e no art. 73, combinado com o art. 96, II, da Constituição da República.

4. A Medida Provisória 703/2015 subverte a lógica interna dos acordos de leniência, ao permitir que qualquer interessado, a qualquer tempo, celebre o acordo, ainda que sem oferecer elementos relevantes à descoberta de ilícitos sob investigação. Permite reparação apenas parcial do dano ao patrimônio coletivo. Pulveriza a competência para celebrar tais acordos em milhares de órgãos de controle interno de todos os entes da federação, sem revisão interna, e deles alija, indevidamente, o Ministério Público. Afeta o princípio federativo e a competência dos órgãos federais, ao permitir acordos de leniência por órgãos estaduais e municipais referentes a verbas transferidas pela União.

5. A medida provisória enseja insegurança para as próprias empresas interessadas, ao criar a possibilidade de o Ministério Público buscar invalidação de acordo do qual não tenha participado. Interfere de forma ilegítima no controle externo a cargo dos tribunais de contas. Autoriza acordos sem que a pessoa jurídica interessada admita participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo. Afeta a divisão funcional do poder, ao prejudicar o exercício da jurisdição em ações já propostas por acordo administrativo do qual o Ministério Público não haja participado.

6. Com seu regime frouxo, ineficiente e excessivamente aberto, prejudica a prevenção e a repressão da corrupção e o cumprimento dos compromissos internacionais do Brasil, objeto das principais convenções desse campo (da ONU, da OCDE e da OEA).

7. Parecer pela concessão de medida cautelar.

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), em face da Medida Provisória 703, de 18 de dezembro de 2015, que altera a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, “para dispor sobre acordos de leniência”.

O teor da medida provisória é o seguinte:

Art. 1º. A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a instauração do processo administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos”.

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, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a 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:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber;

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação;

III – a cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva; e

IV – o comprometimento da pessoa jurídica na impetração ou na melhoria de mecanismos internos de integridade.

§ 1º [...]

III – a pessoa jurídica, em face de sua responsabilidade objetiva, coopere com as investigações e com o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento; e

IV – a pessoa jurídica se comprometa a implementar ou a melhorar os mecanismos internos de integridade, autoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta.

§ 2º O acordo de leniência celebrado pela autoridade administrativa:

I – isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do *caput* do art. 6º e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de ju-

nho de 1993, e em outras normas que tratam de licitações e contratos;

II – poderá reduzir a multa prevista no inciso I do *caput* do art. 6º em até dois terços, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações específicas no acordo; e

III – no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre atos e fatos investigados, a redução poderá chegar até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo.

[...]

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo administrativo e quando estipular a obrigatoriedade de reparação do dano poderá conter cláusula sobre a forma de amortização, que considerem a capacidade econômica da pessoa jurídica.

[...]

§ 9º A formalização da proposta de acordo de leniência suspende o prazo prescricional em relação aos atos e fatos objetos de apuração previstos nesta Lei e sua celebração o interrompe.

§ 11. O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com as ações de que tratam os arts. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil.

§ 12. O acordo de leniência celebrado com participação da Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público impede ajuizamento ou prosseguimento da ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações mencionadas no § 11.

§ 13 Na ausência de órgão de controle interno do 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 Ministério Público.

§ 14. O acordo de leniência depois de assinado será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, que poderá, nos

termos do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário, quando entender que o valor constante do acordo não atende o disposto no § 3º.”

“Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável por atos e fatos investigados previstos em normas de licitações e contratos administrativos com vistas à isenção ou à atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar.”

Art. 17-A. Os processos administrativos referentes a licitações e contratos em curso em outros órgãos ou entidades que versem sobre o mesmo objeto do acordo de leniência deverão, com a celebração deste, ser sobrestado e, posteriormente, arquivados, em caso de cumprimento integral de acordo pela pessoa jurídica.”

Art. 17-B. Os documentos porventura juntados durante o processo para elaboração do acordo de leniência deverão ser devolvidos à pessoa jurídica quando não ocorrer a celebração do acordo, não permanecendo cópias em poder dos órgãos celebrantes.”

Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, exceto quando expressamente previsto na celebração de acordo de leniência, observado o disposto no § 11, no § 12 e no § 13 do art. 16.”

“Art. 20 [...]

Parágrafo único. A proposta do acordo de leniência poderá ser feita mesmo após eventual ajuizamento das ações cabíveis.”

“Art. 25 [...]

§ 1º Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

§ 2º Aplica-se o disposto no *caput* e no § 1º aos ilícitos previstos em normas de licitações e contratos administrativos.”

Art. 29. [...]

§ 1º. Os acordos de leniência celebrados pelos órgãos de controle interno da União, dos Estados, do Distrito Federal

e dos Municípios contarão com a colaboração dos órgãos a que se refere o *caput* quando os atos e fatos apurados acarretam simultaneamente a infração ali prevista.

§ 2º. Se não houver concurso material entre a infração prevista no *caput* e os ilícitos contemplados nesta Lei, a competência e o procedimento para celebração de acordos de leniência observarão o previsto no Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e a referida celebração contará com a participação do Ministério Público.

Art. 30. Ressalvada a hipótese de acordo de leniência que expressamente as inclua, a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 1992.

II – atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 1993, ou por outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no que se refere ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 2011; e

III – infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei nº 12.569, de 2011;

Art. 2º Ficam revogados:

I – o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II – o inciso I do § 1º do art. 16 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Art. 3º. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Sustenta violação aos arts. 62, *caput*, e § 1º, *b*, da Constituição da República, por ser o acordo de leniência instrumento de natureza processual, para o qual é vedada a edição de medida provisória (MProv), e por inexistir urgência e relevância para ela. Segundo a ação, ao prever que acordo de leniência celebrado com base na Lei Anticorrupção Empresarial produza efeito substancial na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 2 de junho de 1992), com afastamento total da responsabilização que se processa de

forma autônoma na esfera cível, a MProv colide com a vedação constitucional introduzida em 2001 exatamente para evitar alterações por essa via sem debate no Congresso Nacional sobre matéria que pode fragilizar a atuação do Ministério Público, principal instituição que atua em defesa do patrimônio público.

Aditou o requerente a petição inicial para corrigir equívoco material na fundamentação do pedido de medida cautelar (peça 7 do processo eletrônico).

A relatora, Ministra ROSA WEBER, adotou o rito do art. 10 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Solicitou informações da Presidência da República e manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República (peça 14).

A Presidência da República defende constitucionalidade das normas, por entender que: (i) atende aos pressupostos de urgência e relevância, que estão declinados na exposição de motivos; (ii) dispõe sobre Direito Administrativo e não sobre Direito Processual Civil ou Penal e (iii) prestigia o papel do Ministério Público na celebração de acordos de leniência e não fragiliza sua função institucional de defesa do patrimônio público (peça 17).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se por improcedência do pedido, por entender que o diploma versa sobre Direito Administrativo, com influxos na seara do Direito Processual de maneira ancilar e por estarem presentes os pressupostos de urgência e relevância. Apontou ausência dos requisitos para concessão de medida cautelar, indicando *periculum in mora* inverso, em decorrência da possibilidade de aplicação de sanções de efeitos irreversíveis ou de difícil reparação a pessoas que façam jus à isenção ou redução das penas previstas em lei (peça 19).

Há pedidos de ingresso como *amici curiæ* do Partido dos Trabalhadores (PT – peça 9) e da Associação Nacional dos Procuradores do Estado (ANAPE – peça 21).

É o relatório.

2. DISCUSSÃO

2.1. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

A causa de pedir em ação direta de inconstitucionalidade é aberta. Significa que, embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação, esteja vinculado ao pedido (princípio do pedido), não o está no que se refere à causa de pedir. Pode, portanto, declarar inconstitucionalidade de norma não apenas pelos motivos expostos para sua propositura. Há exame da lei em face de todo o bloco de constitucionalidade.¹

1 “Controle de conformidade com a Constituição, particularmente em matéria de direitos fundamentais, não se exerce somente em relação ao só texto constitucional, mas a um ‘bloco de constitucionalidade’. Esta noção, designa, na França, com ou sem razão, o conjunto das regras e princípios de valor constitucional sobre os quais se exerce o controle de conformidade pelo Juiz”. Como diz DOMINIQUE CHAGNOLLAUD, “o controle de conformidade com a Constituição, particularmente em matéria de direitos fundamentais, não se exerce apenas com relação ao texto constitucional, mas com o ‘bloco de constitucionalidade’. Esta noção designa, na França, certa ou errada, o conjunto de regras e princípios com valor constitucional sobre os quais se exerce o controle de conformidade do juiz” (no original: “*Le contrôle de conformité à la Constitution, particulièrement en matière de droits fondamentaux, ne s’exerce pas seulement par rapport au seul texte constitutionnel, mais au ‘bloc de constitutionnalité’*”. Cette notion désigne en France, à tort ou à raison, l’ensemble des règles et principes à valeur constitutionnelle sur lesquels s’exerce le contrôle de conformité du juge.” CHAGNOLLAUD, Dominique. *Droit constitutionnel contemporain*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2001. tomo 1, p. 54).

A causa de pedir, quando abarque inconstitucionalidade formal e material, deve conter fundamentação clara e consistente quanto a ambos os aspectos invocados de desconformidade vertical da lei ou do ato normativo com a Constituição da República. Daí a inadmissibilidade de ação direta que veicule impugnação genérica decorrer tanto de falta de motivação específica quanto de insuficiência ou deficiência de fundamentação.² A esse respeito, esclarece o Ministro CELSO DE MELLO:

Cumprir ter presente, neste ponto, considerado o que dispõe o art. 3º, I, da Lei nº 9.868/99, que não se conhece da ação direta, sempre que a impugnação nela deduzida revelar-se destituída de fundamentação jurídica [...].

Cabe ressaltar, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que nada pode justificar uma alegação meramente genérica de ofensa à Constituição, pois incumbe, a quem faz tal afirmação, o dever de indicar, fundamentadamente, as razões justificadoras do suposto vício de inconstitucionalidade. [...].

É certo que o Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime, à parte, o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se, ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, indicar as normas de referência – que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parametricidade – em ordem a viabilizar, com apoio em argumentação consistente, a aferição da conformidade vertical dos atos normativos de menor hierarquia.

Quaisquer que possam ser os parâmetros de controle que se adotem – a Constituição escrita ou a ordem constitucional global (J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p.

2 *Revista trimestral de jurisprudência*, v. 144, p. 690; 173/466; 177/669.

712, 4^a ed., 1987, Almedina, Coimbra) –, não pode o autor deixar de referir, para os efeitos mencionados, quais as normas, quais os princípios e quais os valores efetiva ou potencialmente lesados por atos estatais revestidos de menor grau de positividade jurídica, sempre indicando, ainda, os fundamentos, a serem desenvolvidamente expostos, subjacentes à arguição de inconstitucionalidade.

Esse dever de fundamentar a arguição de inconstitucionalidade onera e incide sobre aquele que faz tal afirmação, assumindo, por isso mesmo, um caráter de indeclinável observância (ADI 561/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não cabe, desse modo, ao Supremo Tribunal Federal, substituindo-se ao autor, suprir qualquer omissão que se verifique na petição inicial. Isso porque a natureza do processo de ação direta de inconstitucionalidade, que se revela instrumento de grave repercussão na ordem jurídica interna, impõe maior rigidez no controle dos seus pressupostos formais (RTJ 135/19, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 135/905, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

A magnitude desse excepcional meio de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal impõe e reclama, até mesmo para que não se degrade em sua importância, uma atenta fiscalização desta Corte, que deve impedir que o exercício de tal prerrogativa institucional, em alguns casos, venha a configurar instrumento de instauração de lides constitucionais temerárias.

A omissão do autor [...] faz com que essa conduta processual incida na restrição fixada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não admite arguições de inconstitucionalidade, quando destituídas de fundamentação ou desprovidas de motivação específica e suficientemente desenvolvida.

Considerada a jurisprudência desta Suprema Corte – que deu causa à formulação da regra inscrita no art. 3º, I, da Lei nº 9.868/99 –, não se pode conhecer de ação direta, sempre que a impugnação nela veiculada, como ocorre na espécie, revelar-se destituída de fundamentação ou quando a arguição de inconstitucionalidade apresentar-se precária ou insuficientemente motivada.

A gravidade de que se reveste o instrumento de controle normativo abstrato impõe, àquele que possui legitimidade

para utilizá-lo, o dever processual de sempre expor, de modo suficientemente desenvolvido, as razões jurídicas justificadoras da alegação de inconstitucionalidade.

É que, em sede de fiscalização concentrada, não se admite afirmação meramente genérica de inconstitucionalidade, tanto quanto não se permite que a alegação de contrariedade ao texto constitucional se apoie em argumentos superficiais ou em fundamentação insuficiente.³

A petição inicial, embora afirme inconstitucionalidade material da Medida Provisória 703/2015 por “fragilizar a atuação do Ministério Público”, não a fundamenta nesse campo, salvo vícios formais consistentes na edição de MProv sem pressupostos constitucionais e para disciplinar matéria vedada a essa espécie legislativa (CR, art. 62, *caput*, § 1º, I, *b*).

Deficiência de fundamentação não autoriza o Supremo Tribunal a declarar inconstitucionalidade da medida provisória com base em incompatibilidade material com a Constituição da República, ainda quando a causa de pedir seja aberta:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA.

1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei,

3 STF Ação direta de inconstitucionalidade 514/PI. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. 24/3/2008, decisão monocrática. *Diário da Justiça eletrônico*, 31 mar. 2008.

sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma.

2. Iniciado o projeto de lei na Câmara dos Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão.

3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.⁴

A ação direta deve ser conhecida apenas quanto às alegadas inconstitucionalidades formais, pois fundamentadas em argumentação clara de violação ao art. 62, *caput*, e § 1º, I, *b*, da Constituição da República.

2.2 POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL

DA RELEVÂNCIA E URGÊNCIA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

O Supremo Tribunal Federal tem afirmado que o controle judicial dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência se reveste de caráter excepcional, o qual somente se legitima quando ausentes aqueles ou patente excesso no exercício de discricionariedade por parte do(a) Presidente da República.

Este caso encaixa-se em uma dessas situações excepcionais, que permitem constatação de desobediência aos pressupostos de edição de medida provisória.

A exposição de motivos declinou os seguintes fundamentos para a Medida Provisória 703, de 18 de dezembro de 2015:

[...] Em que pese os avanços introduzidos pela Lei Anticorrupção, em especial no que se refere ao acordo de leniência,

4 STF ADI 2.182/DF. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. Redatora para acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA. 12/5/2010, maioria. *DJe* 168, 10 set. 2010.

ainda há espaços para aperfeiçoamentos para aplicação mais efetiva do instituto.

Nesse sentido, vale destacar que o Senado Federal trabalhou na construção de um texto para o aprimoramento da norma vigente, com a interlocução dos diversos atores envolvidos na temática, o que resultou no Projeto de Lei do Senado nº 105, de 2015.

Em resumo, o projeto de Lei aprovado no Senado torna mais célere e ampla a possibilidade de celebração de acordo de leniência, possibilitando, inclusive que, a um só tempo, participem os órgãos de controle interno dos entes envolvidos, suas advocacias públicas e o Ministério Público.

A proposição em questão encontra-se atualmente na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, designada para análise do texto, e tramita sob o nº 3636, de 2015.

Considerando que a Proposta ainda depende de deliberação na Comissão Especial antes de ser encaminhada ao Plenário da Câmara e tendo em vista o recesso parlamentar que se aproxima, não há previsão em curto prazo de apreciação final da matéria.

Assim, em razão da urgência de se contar com procedimentos mais céleres para firmar acordos de leniência e salvaguardar a continuidade da atividade econômica e a preservação de empregos é que se faz necessária a edição desta Medida Provisória, de texto análogo ao já aprovado pelo Senado Federal [...].⁵

A **relevância** constitucional para edição da medida provisória, segundo sua exposição de motivos, seria a necessidade de aprimoramento dos acordos de leniência para aplicação mais célere e efetiva. A **urgência** decorreria, alegadamente, de não apreciação pelo Congresso Nacional, em curto prazo, do Projeto de Lei do Senado (PLS) 105, de 2015, que “torna mais célere e ampla a possibilidade de acordo de leniência”, e da necessidade imediata de se “contar com procedimentos mais céleres para firmar acordos de leniência e

5 Disponível em: < <http://zip.net/bms6QG> > ou < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP-703-15.pdf >. Acesso em: 20 abr. 2016.

salvaguardar a continuidade da atividade econômica e a preservação de empregos”.

A afirmada urgência, conquanto pressuponha inviabilidade de alcançar o fim almejado pelo Executivo por meio do rito legislativo ordinário, não encontra fundamentação, exclusivamente, nesse aspecto temporal. O fato de não se ter previsão de apreciação, em curto prazo, de projeto de lei sobre determinada matéria não autoriza, por si, sujeição do tema ao regime de apreciação imediata e preferencial das medidas provisórias, sobretudo quando o projeto de lei for de iniciativa do Executivo.

Para legitimar o exercício normativo do Poder Executivo por via de medida provisória é necessário demonstrar situação imprevisível ou emergencial, que, além de precipitar sujeição da matéria ao processo legislativo ordinário, exija provimento imediato por parte do(a) chefe do Executivo. Observa a esse respeito, corretamente, CLÊMERTON MERLIN CLÈVE:

Embora inexista expressa determinação constitucional nessa direção, em virtude de sua excepcionalidade, a edição de medida provisória deve ser suficientemente motivada. O § 5º do art. 62 da Constituição, advindo da Emenda Constitucional 32/2001, dispõe que “a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.” Diante disso, afirma SOARES DO NASCIMENTO que a normativa reforçou “a obrigatoriedade de motivação por parte do Executivo, justificando a relevância e urgência no tratamento da matéria objeto de medida provisória. O Decreto 4.176/2002 e a Resolução 01/2002 do Congresso Nacional enfatizam a necessidade de motivação dos atos.

Logo, compete ao Presidente da República demonstrar, mediante a motivação, a ocorrência dos pressupostos autorizadores. Tal prática facilita o controle da legitimidade das medidas provisórias pelo Legislativo e Judiciário. De outro ângulo, pode

prestar-se a refrear o abuso da medida. Com efeito, “se o próprio Governo não demonstra sua efetiva ocorrência, qual a referência a ser utilizada pelos Poderes Legislativo e Judiciário, ao apreciar as medidas provisórias?”.

Por fim, não só a motivação é necessária, como também a existência de correlação estreita entre os motivos invocados (e, em consequência, também entre a situação de necessidade) e a disciplina normativa editada.⁶

Continuidade da atividade econômica de empresas e consequente preservação de empregos, utilizadas como fundamentação para urgência da edição da medida provisória, já eram asseguradas pelo formato dos acordos de leniência na versão precedente da Lei 12.846/2013. Não havia impedimento à consecução desses objetivos pelo regime anterior à medida provisória.

A urgência, pelo que deflui da exposição de motivos, consistiria na necessidade de imprimir maior celeridade a procedimentos e ampliar o alcance do caráter premial do instrumento. Não há, quanto a estes aspectos, **motivação mínima** na exposição de motivos da MProv que justifique imediato provimento ou que correlacione a imprescindibilidade destes para preservação de empresas e empregos.

Não era caso de vácuo normativo, pois já existia disciplina legal dos acordos de leniência, precisamente na Lei 12.846/2013. Com base nela, o Ministério Público Federal celebrou, até esta data, **cinco** acordos de leniência no curso do conhecido “caso Lava Jato”.⁷ Portanto, não há falta de legislação que imponha ur-

6 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99-100.

7 *Vide* levantamento de resultados, até o momento, da atuação do Ministério Público Federal no caso Lava Jato, no portal criado para esse fim, em < <http://zip.net/bbs9Yb> > ou < <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1> >; acesso em 20 abr. 2016.

gência na normatização da matéria, e as normas existentes eram plenamente aptas a atender aos objetivos constitucionais, o que reforça a desnecessidade de aqodamento na edição da norma atacada.

Enquanto o regime jurídico precedente permitiu a celebração de cinco acordos de leniência até aqui, o novo regime, supostamente editado às pressas para fomentar a atividade econômica, não gerou um único acordo.

Falta de fundamentação mínima dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência revela impropriedade do(a) Presidente(a) da República na utilização de medida provisória e, por conseguinte, caracteriza violação ao princípio da divisão funcional de poder, como se vê do precedente a seguir, por exemplo:

UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS – INADMISSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

– A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo.

– Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo – quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material – investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República.

– Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. [...] ⁸

A medida provisória, além de não conter fundamentação mínima de urgência, não atende ao requisito formal inerente à provisoriedade da medida. Como bem ressalta a Ministra CÁRMEN LÚCIA, em análise doutrinária:

Ao contrário do que se poderia cogitar na primeira leitura, a provisoriedade não é apenas um adjetivo da medida, mas um pressuposto do que nela se contém. É que se podem adotar medidas cujos efeitos são impossíveis de serem desfeitos, quer porque o objeto de que cuidam se submetem à destruição com a sua vigência, quer porque a condição jurídica por elas constituída pode conduzir a uma definitividade de situações decorrerem da própria função do direito, qual seja, a de produzir segurança jurídica, e não de subsidiar ou autorizar a desordem, o caos e, em sua incontornável sequência, a insegurança. [...]

A provisoriedade da medida e do que nela se trata é pressuposto da medida e nela permanece, dizendo respeito à análise prévia da matéria nela cuidada e também relativamente aos efeitos que ela possui. ⁹

Desfazimento dos efeitos decorrentes da concretização do modelo de acordo de leniência desenhado pela Medida Provisória 703/2015 conduziria a grave situação de insegurança jurídica para

8 STF. Plenário. Medida cautelar na ADI 2.213/DF. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 4/4/2002, unânime no ponto. *DJ*, 23 abr. 2004.

9 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Medidas provisórias e princípio da separação de poderes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 60-61.

as pessoas jurídicas beneficiadas e para os entes celebrantes, por comprometer a própria validade do acordo e, por conseguinte, das informações obtidas com sua colaboração. Em outras palavras, os efeitos dos acordos de leniência celebrados com observância do modelo traçado pela MProv, por pressuporem segurança jurídica qualificada, desbordam naturalmente da concepção de efetividade inerente às medidas provisórias.

Ademais, a demonstração concreta de faltar urgência para edição da precipitada norma está em que agora, cerca de quatro meses após sua edição, não consta haver sido celebrado um só acordo de leniência com base na disciplina da Medida Provisória 703/2015. Ao contrário, como dito, o Ministério Público Federal logrou concluir diversos acordos de leniência com base nas regras da lei antes da alteração da medida provisória, a demonstrar que não só não havia urgência para edição dela como que o novo diploma normativo veio, na verdade, a causar instabilidade e insegurança em um sistema que funcionava.

É, portanto, formalmente inconstitucional a Medida Provisória 703/2015, por ausência de demonstração mínima do requisito de urgência constitucional para sua edição e por inobservância do pressuposto da provisoriedade de seus efeitos jurídicos.

2.3 LIMITES MATERIAIS À EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS:

DIREITO PROCESSUAL E FUNCIONAMENTO DE TRIBUNAIS DE CONTAS

A Medida Provisória 703, de 18 de dezembro de 2015, padece de dupla inconstitucionalidade formal, ao tratar de matérias que a Constituição da República proíbe para essa espécie normativa.

O art. 62, § 1º, I, *b*, da CR, incluído pela Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, insere, nas matérias para as quais é vedada a edição de medida provisória, temas de Direito Penal, Processual Penal e Processual Civil. A razão de ser da vedação, ressalta CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, é preservar a função judicial de interferências e não permitir imposições unilaterais de favorecimentos ao Estado, na condição de parte processual:

Parece evidente que a legislação processual (processo civil e processo penal), porque diz de perto com a atuação do Judiciário com a atuação do Judiciário, deve ficar a salvo da medida provisória, sem expressa autorização constitucional, interferindo na atuação funcional do Judiciário. São também inadmissíveis as medidas provisórias adotadas com o propósito de restringir o poder de cautela do juiz, designadamente aquelas proibitivas da concessão de medidas liminares ao de antecipação de tutela em determinadas circunstâncias. A grave possibilidade de restrição do direito de acesso ao Judiciário, inclusive para prevenir lesão a direito, somente poderia manifestar-se, com a cautela devida e para tutelar outros valores constitucionais, por meio de lei formal. Ademais, considerando o interesse do Poder Executivo em algumas demandas judiciais, medida provisória nessa seara poderia constituir instrumento de introdução de favorecimento à posição processual do Estado-parte. Por essas razões, sustenta-se que **não apenas o direito processual penal e civil está imune ao tratamento por medida provisória, mas qualquer dimensão do direito processual**, como o trabalhista, por exemplo.¹⁰

A Medida Provisória 703/2015 imprimiu substanciais modificações na Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção Empresarial – LAE), e na Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei da Improbidade Administrativa), a pretexto de aperfei-

10 CLÈVE, Clèmerton Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 117-118. Sem destaques no original.

çoar os acordos de leniência, supostamente para torná-los mais atrativos, céleres e eficazes.

Operou relevantes mudanças no arranjo dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção Empresarial (arts. 16 e 17), nos requisitos para celebração, na amplitude dos benefícios e na repercussão em outros procedimentos administrativos e fiscais.

Entre as principais alterações na LAE estão:

i) celebração do acordo de leniência por órgãos de controle interno das pessoas jurídicas de direito público interno de **forma isolada** ou em conjunto com o Ministério Público ou com a advocacia pública (art. 16, *caput*);

ii) revogação do art. 16, § 1º, I, que limitava a celebração do acordo à primeira pessoa jurídica a nele manifestar interesse;

iii) isenção das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar (art. 16, § 2º, I);

iv) remissão da multa para a primeira pessoa jurídica que firmar o acordo e redução de até 2/3 para as demais, com exclusão de outra sanção pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo (art. 16, § 2º, II e III);

v) suspensão do prazo prescricional em relação a atos e fatos objetos de apuração com a formalização do acordo e interrupção com a celebração (art. 16, § 9º);

vi) vedação a ajuizamento de ações de perdimento, de suspensão ou interdição de atividades e de dissolução compulsória de pessoa jurídica, pelos entes celebrantes, no caso de acordo firmado de forma isolada (art. 16, § 11) ou por qualquer legitimado, caso participem a advocacia pública e o Ministério Público (art. 16, § 12);

vii) remessa do acordo assinado ao tribunal de contas para instauração de procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, caso os valores do acordo não reparem integralmente o dano (art. 16, § 14);

viii) sobrestamento de processos administrativos relativos a licitações e contratos que apurem os mesmos atos, com a celebração do acordo, e arquivamento com seu cumprimento integral;

ix) revogação do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992, que veda transação, acordo e conciliação em ações por improbidade administrativa.

A MProv 703/2015 cuidou de matéria processual, ao estabelecer causas de suspensão e interrupção de prazo prescricional (art. 16, § 9º e 25, §§ 1º e 2º, da Lei 12.846/2013, alterado pela MProv), ao afastar legitimidade para ajuizamento de ações cíveis (art. 16, §§ 11 e 12, da Lei 12.846/2013, alterado pela MProv) e ao impedir trâmite de ação de improbidade administrativa mediante transação, acordo ou conciliação (art. 2º, I, da MProv) e de outros processos de apuração e responsabilização administrativa pelos mesmos atos e fatos abrangidos no acordo, sobretudo dos que gerem proibição de licitar e de contratar com o poder público (art. 16, § 2º, I, da Lei 12.846/2013, alterado pela MProv).

Normas que (i) impeçam ou restrinjam, de forma direta ou indireta, o exercício do direito de ação; (ii) suspendam o curso de ações ou lhes determinem arquivamento e (iii) estabeleçam causas de suspensão e interrupção de prazo prescricional são, invariavelmente, **normas de Direito Processual**, para as quais não cabe disciplina por medida provisória (CR, art. 62, § 1º, I, *b*). No mínimo, são normas de natureza mista ou dúplice, que simultaneamente envolvem conteúdo de direito material e processual.

De todo modo, sua veiculação por medida provisória esbarra na proibição constitucional.

Não poderia a Medida Provisória 703/2015, ao dispor sobre acordos de leniência na Lei Anticorrupção Empresarial, disciplinar matéria processual, ainda que de forma meramente ancilar. O art. 62, § 1º, I, *b*, da Constituição não exige que o objeto central de medida provisória seja matéria processual, tampouco faz distinção quanto ao caráter auxiliar ou não da matéria para incidência da vedação nele inscrita.

Outra inconstitucionalidade formal está na regência de matérias concernentes ao funcionamento dos tribunais de contas.

O art. 17-A da lei, inserido pela MProv, tem reflexos sobre o processo administrativo em tribunais de contas, ao prever que “os processos administrativos referentes a licitações e contratos em curso em outros órgãos ou entidades que versem sobre o mesmo objeto do acordo de leniência deverão, com a celebração deste, ser sobrestado e, posteriormente, arquivados, em caso de cumprimento integral de acordo pela pessoa jurídica.”

Isso significa que processos em curso no Tribunal de Contas da União (TCU) e nos dos estados poderiam ser sobrestados e depois arquivados por acordos firmados por milhares de órgãos de controle interno e outros milhares de órgãos de representação judicial e extrajudicial de entes federados, tolhendo o exercício da competência constitucional das cortes de contas, inclusive para apuração dos danos ao patrimônio público decorrentes de atos objeto de acordo de leniência.

A competência dos tribunais de contas para iniciar processo legislativo sobre seu próprio funcionamento decorre do art. 73, combinado com o art. 96, II, da CR, como já reconheceu o Su-

premo Tribunal Federal.¹¹ Atualmente, o processo no TCU rege-se por sua Lei Orgânica (Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, especialmente nos arts. 10 e seguintes). Não poderia, por conseguinte, medida provisória fixar regra que afete o andamento de processos administrativos em tribunais de contas.

São, portanto, formalmente inconstitucionais os arts. 16, §§ 9º, 11, 12, 17-A e 25, §§ 1º e 2º, da Lei 12.846/2013, na redação da

11 No julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 4.643/RJ, por exemplo, assim decidiu a Corte:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ATRICON. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 142/2011. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO DE INICIATIVA. VIOLAÇÃO ÀS PRERROGATIVAS DA AUTONOMIA E DO AUTOGOVERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

1. As Cortes de Contas do país, conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação lógico-sistemática dos artigos 73, 75 e 96, II, *d*, CRFB/88. Precedentes: ADI 1.994/ES, Rel. Ministro EROS GRAU, *DJe* 08.09.06; ADI nº 789/DF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, *DJ* 19/12/94.

2. O ultraje à prerrogativa de instaurar o processo legislativo privativo traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência indubitavelmente reflete hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente concretizado. Precedentes: ADI nº 1.381 MC/AL, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, *DJ* 06.06.2003; ADI nº 1.681 MC/SC, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, *DJ* 21.11.1997. [...]

4. Inconstitucionalidade formal da Lei Complementar Estadual nº 142/2011, de origem parlamentar, que altera diversos dispositivos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, por dispor sobre forma de atuação, competências, garantias, deveres e organização do Tribunal de Contas estadual, matéria de iniciativa privativa à referida Corte.

5. Deferido o pedido de medida cautelar a fim de determinar a suspensão dos efeitos da Lei Complementar Estadual nº 142, de 08 de agosto de 2011, da lavra da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, até o julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade.”

Medida Provisória 703/2015, e o art. 2º, I, desta, por disporem sobre matéria processual e matéria com impacto sobre o funcionamento dos tribunais de contas.

3. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Se a Medida Provisória 703/2015 for examinada no mérito, deve-se igualmente reconhecer-lhe inconstitucionalidade material. Ela fere, entre outras normas constitucionais que se apontarão, os princípios constitucionais da finalidade e da eficiência da ação estatal (art. 37, *caput*),¹² ao desfigurar na essência o instituto dos acordos de leniência, originalmente regido na forma da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013.

A medida provisória, no **art. 2º, II, revogou** a restrição antes constante do **art. 16, § 1º, I, da Lei 12.846/2013**,¹³ que permitia o acordo apenas com a primeira pessoa jurídica que nele manifestasse interesse.

Não se pode tratar a leniência como instituto de alcance geral, cujas vantagens potenciais possam vir a ser consideradas como variáveis no cálculo de riscos e bônus dos negócios das pessoas jurídicas. Se qualquer pessoa, física ou jurídica, a qualquer momento, puder ce-

STF Plenário. MC na ADI 4.643/RJ. Rel.: Min. LUIZ FUX. 6 nov. 2014, un. DJe 234, 28 nov. 2014.

12 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998) [...]”.

13 “§ 1º O acordo de que trata o *caput* somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (Revogado pela Medida Provisória 703, de 2015) [...]”.

lebrar acordo de leniência, não haverá incentivo a que se rompam os vínculos de silêncio e conivência que caracterizam, em grande medida, os ilícitos cometidos contra a administração pública envolvendo pessoas jurídicas (como nos casos de cartelização e fraude em concorrências, conluio em licitações e com agentes públicos etc.).¹⁴

Analogamente ao que ocorre com a colaboração premiada (frequentemente chamada, de forma inapropriada, de “delação premiada”) da esfera criminal, é necessário que, a cada proposta de acordo de colaboração – o qual é ao mesmo tempo meio de defesa e técnica especial de investigação –, fatos novos e desconhecidos do poder público, acompanhados das respectivas provas, sejam oferecidos à autoridade do Ministério Público responsável pela apuração, já que colaborar não se confunde com simples confissão, esta, sim, aberta a todo investigado.

Uma vez revelado esquema delitivo por um dos coautores ou partícipes (pessoa jurídica, inclusive), ou estando a investigação criminal ou civil em curso adiantado, com vasta coleta de provas e indícios, não se afigura relevante, para elucidação do que já se saiba, cooperação que venha a ser prestada tardiamente, sem acrescentar revelações. Nesse caso, haveria apenas benefício para o infrator (pessoa física ou jurídica), sem ganho para a coletividade. Isso inverte por completo a lógica do acordo de leniência, que também deve resultar em benefício para a sociedade, não apenas para a parte privada.

14 Esta análise, aqui e em trechos a seguir, se valeu de relevantes subsídios produzidos pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, oferecidos ao Congresso Nacional como sugestões de alteração da medida provisória. O exame naquele órgão fez-se por um conjunto de membros do MPF, inclusive o então Coordenador da Câmara, Subprocurador-Geral da República NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO, e notadamente os Procuradores da República RONALDO PINHEIRO DE QUEIROZ, HELIO TELHO CORRÊA FILHO, MONIQUE CHEKER DE SOUZA e ANGELO AUGUSTO COSTA e a Procuradora Regional da República SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI.

Qualquer forma de cooperação ou confissão que facilite deslinde de atos ilícitos sob investigação e agilize sua tramitação pode e deve ser considerada para gradação de sanções, mesmo no plano administrativo ou civil, como se dá no campo penal. Para isso, não é preciso assegurar anistia ampla a todo envolvido, por isenção geral de punição. O que o instituto da colaboração pretende é oferecer sanção premial, não anistia; visa a propiciar uma vantagem, como redução do montante de penas, não isenção absoluta delas.

Caso a norma pretendesse avançar na possibilidade de mais de uma pessoa jurídica firmar acordo de leniência pelo(s) mesmo(s) fato(s), precisaria firmar marcos normativos seguros, para não se fragilizar a essência do acordo e o estímulo do rompimento do silêncio pelo primeiro a colaborar (em virtude do chamado “dilema do prisioneiro”, que é fundamental para a lógica dessas colaborações).

Dessa forma, em situações de cartel, a leniência só poderia ser firmada com a primeira empresa disposta a colaborar com as autoridades, de modo que continuaria valendo a lógica do “dilema do prisioneiro”. Em situação de cartel, basta a colaboração de **uma empresa** para se desnudar a concertação ilícita dos demais interessados.

Para situações diversas da de cartel, celebração de acordo de leniência seria admissível com mais de uma empresa, desde que a primeira seja a única apta a receber benefício maior (como redução ou remissão de multa e permissão para contratar e receber benefícios e incentivos do poder público) e a(s) outra(s), além de obter menor benefício (apenas redução da multa e não publicação extraordinária de decisão condenatória), deve(m) apresentar fatos novos, pois os primeiros fatos se pressupõem esclarecidos pela primeira empresa celebrante, salvo se o acordo tiver sido mal negociado ou se tiver havido má-fé dos representantes da pessoa jurídica participante.

É indispensável que a contribuição da pessoa jurídica colaboradora propicie elementos inéditos para o estado, ainda não descobertos, não apenas para o órgão celebrante, que pode obter a prova com os outros órgãos por empréstimo ou cooperação e não por leniência.

Admitir que uma empresa receba benefícios em acordo de leniência em troca de informações de que o estado já disponha gera radical incoerência no sistema e permite que o investigado subverta a ordem das coisas, em seu exclusivo benefício.

Imagine-se, por exemplo, que o Ministério Público Federal, em busca e apreensão, encontre documentos que esclareçam cabalmente certos fatos, sendo desnecessário firmar acordo (pois as provas já são suficientes). A empresa, para redução de danos, procura a Controladoria-Geral da União (CGU) e resolve celebrar acordo, apresentando como colaboração prova de que a CGU não dispõe, mas que o estado, por meio do MPF, já tem em seu poder. Nenhum benefício para o interesse público resultaria desse acordo. A exclusiva beneficiada seria a empresa. A medida provisória não poderia permitir tal gênero de iniquidade.

Não cabe admitir atenuação das sanções e do regime da Lei 12.846/2013 por considerações de ordem macroeconômica. Um dos principais compromissos internacionais do Brasil no campo do combate à corrupção é a Convenção da OCDE contra a Corrupção.¹⁵ Seu art. 5 é expresso em vedar omissão de ação dos estados-partes por esse motivo.¹⁶

¹⁵ *Vide* referência na nota 17.

¹⁶ “A investigação e a abertura de processo por corrupção de um funcionário público estrangeiro estarão sujeitas às regras e princípios aplicáveis de cada Parte. Elas não serão influenciadas por considerações de interesse econômico nacional, pelo efeito potencial sobre as relações com outros Estados ou pela identidade de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas.”

A medida provisória caminha na contramão da experiência internacional, que preconiza aplicação de sanções efetivas, proporcionais e dissuasórias (“*effective, proportionate and dissuasive sanctions*”) em função das lesões, notadamente em caso de atos de corrupção,¹⁷ de maneira que agride os princípios constitucionais da finalidade e da eficiência.

O **art. 16, caput**, na redação da medida provisória, permite que União, estados, o Distrito Federal e municípios, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou com o Ministério Público ou a advocacia pública, celebrem acordo de leniência.

A competência excessivamente ampla para celebração dos acordos, com reflexos potenciais sobre ações de improbidade e todos os benefícios do art. 16, § 2º, da lei alterada pela MProv, debilita fortemente o princípio da responsabilidade, deturpa a finalidade do instituto da leniência e fere a eficiência da administração pública na prevenção e repressão de atos ilícitos. Relembre-se que o Brasil possui mais de 5.500 municípios, além dos 26 estados e do Distrito Federal. Com a permissão dada pela medida provisória, todos esses entes federados, por meio de seus numerosos órgãos de controle interno, poderiam celebrar acordo de leniência, ocasionalmente envolvendo, por exemplo, recursos federais que são amplamente transferidos pela União em áreas cruciais como saúde e educação, nas quais há crônico histórico de desvios e déficit de fiscalização.

Em 2014, por exemplo, a União transferiu a estados e municípios R\$ 65,040 bilhões apenas na área da saúde; em 2015, foram R\$ 67,842 bilhões. Na educação, foram R\$ 24,743 bilhões transferidos a estados e municípios em 2014 e R\$ 23,444 bilhões em 2015.

17 Esse é um dos parâmetros para avaliar os países signatários da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Não se pode esquecer ainda transferências federais em diversas outras áreas relevantes. No ano de 2015, foram R\$ 30,509 bilhões em assistência social, R\$ 2,049 bilhões em urbanismo, R\$ 1,329 bilhão em desporto e lazer, R\$ 1,140 bilhão em saneamento, R\$ 1,131 bilhão em gestão ambiental, R\$ 922 milhões em organização agrária, R\$ 889 milhões em ciência e tecnologia, R\$ 496 milhões em agricultura, R\$ 482 milhões em transporte, R\$ 376 milhões em indústria, R\$ 337 milhões em segurança pública e R\$ 253 milhões em direitos da cidadania.¹⁸

Os frequentes ilícitos com recursos públicos (não só desvios, mas malversações, malbaratamento etc.) passariam a estar sujeitos a acordos de leniência firmados por órgãos submetidos a governantes – não raro responsáveis pelos próprios ilícitos –, sem necessidade de revisão interna nem acompanhamento do Ministério Público.

No caso dessas multibilionárias verbas federais, é indispensável a participação de órgãos federais, particularmente o Ministério Público Federal, na celebração dos acordos de leniência, a fim de que não haja transação em torno de bens federais por parte de outros entes da federação, o que seria claramente contrário ao princípio federativo (art. 1º, *caput*, da Constituição).

Em investigações, sobretudo as complexas, com possibilidade de emprego de instrumentos como a colaboração premiada (regida pela Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013), é fundamental a participação do Ministério Público nos acordos de leniência, a fim de que possa aquilatar os efeitos globais do acordo sobre a responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas, para além da esfera administrativa. Apenas o

18 Dados disponíveis no Portal da Transparência do Governo Federal, “Transferências do Governo Federal por função de governo”, em < <http://zip.net/bss995> > ou < www.portaldatransparencia.gov.br/graficos/transferenciasporfuncao >; acesso em 20 abr. 2016.

Ministério Público pode ter visão de conjunto dos fatos, por conhecer as investigações criminais, naturalmente mais amplas e com possibilidade de conterem elementos até então sigilosos. Os órgãos de controle interno e externo não têm condição de realizar tal avaliação, devido a seu raio de ação mais restrito do que o do Ministério Público, que deve atuar tanto no campo cível (por ações civis públicas e ações por improbidade administrativa, para defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa) quanto no criminal. Não podem a Advocacia-Geral da União e a Controladoria-Geral da União, por exemplo, avaliar se determinada proposta de acordo de leniência contempla todos os elementos em poder do Ministério Público Federal e se traz informações inéditas e relevantes para esclarecimento dos fatos, devido à impossibilidade de acesso desses órgãos do Executivo a elementos sigilosos contidos em investigações criminais.

Para isso, ademais, a Constituição da República atribuiu independência funcional aos membros do Ministério Público, precisamente a fim de que não se submetam a pressões políticas e de outras ordens, que os órgãos da intimidade do Executivo nem sempre logram evitar. É essencial que acordos de leniência tenham participação do Ministério Público, seja como parte, seja como fiscal da ordem jurídica (*custos legis*), a fim de que possa ter conhecimento de seus termos e impugnar judicialmente aqueles que se divorciarem da Constituição e das leis.

A possibilidade de acordos de leniência sem participação nem fiscalização do Ministério Público é contraproducente para a própria finalidade da Medida Provisória 703/2015. Se o MP constatar ilicitude em um desses acordos, decerto tomará medidas para invalidá-los. Essa possibilidade gera insegurança jurídica para as próprias empresas potencialmente interessadas, pois os benefícios acordados poderiam vir a ser suspensos ou cassados e seus dirigentes poderiam

ser acusados criminalmente, a depender das circunstâncias. Essa, por sinal, é talvez uma das causas para não ter havido, até agora, nenhum acordo de leniência firmado com base na medida provisória. As empresas potencialmente interessadas percebem que o modelo da medida provisória é intrinsecamente precário e inseguro, ao alijar o Ministério Público das negociações.

No **art. 16, § 1º, III**, a medida provisória afasta a necessidade da redação anterior da lei, nesse ponto, de que a pessoa jurídica admita participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo.

Não há a menor justificativa para essa supressão, pois a assunção de responsabilidade, o *guilty plea* (ou *plea of guilty*) é requisito básico em qualquer acordo de leniência ou colaboração, exigido na doutrina nacional e estrangeira. Constitui total contrassenso a empresa entregar provas de envolvimento no ilícito e não admitir sua participação. Ademais, o *plea of guilty* embute importante fator de mudança de cultura comportamental: o primeiro passo para corrigir um erro é o responsável admitir que errou, independentemente de a falha ter sido perpetrada em escalões superiores ou inferiores da gestão.

Ao alterar o **art. 16, § 2º, I a III**, da lei, a medida provisória prevê isenção de sanções referentes a participação em licitações e em contratos administrativos, redução de multa e, no caso de ser a primeira a firmar o acordo, possibilidade de remissão integral de sanções.

As principais convenções internacionais contra a corrupção (da ONU, da OCDE e da OEA)¹⁹ convergem em que as leis anticor-

19 Trata-se de: (a) Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída em Caracas, Venezuela, em 29 de março de 1996, patrocinada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e promulgada no Brasil pelo Decreto 4.410, de 7 de outubro de 2002, conhecida como Convenção da OEA contra a Corrupção; (b) Convenção sobre o Combate da Corrupção

rupção devem ter caráter dissuasório, que realmente induzam os destinatários da norma a não violá-las. A legislação anticorrupção, além de ser rigorosa, não pode conter brechas de impunidade, estimuladas por acordos de leniência gerais, irrestritos, com benefício exclusivamente privado.

Como se disse, não se pode tratar a leniência como instituto de alcance geral, cujas vantagens potenciais possam vir a ser consideradas como variáveis no cálculo de riscos e bônus dos negócios de pessoas jurídicas. Se qualquer um puder efetuar acordo de leniência, não haverá incentivo a que se rompam os vínculos de silêncio e conivência que caracterizam ilícitos cometidos contra a administração pública, como se disse.

Ao alterar o **art. 16, § 4º**, da lei, a medida provisória permite interpretação que frustra o dever constitucional de reparação integral de danos. Passou a dispor que “o acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo administrativo e quando estipular a obrigatoriedade de reparação do dano poderá conter cláusulas sobre a forma de amortização, que considerem a capacidade econômica da pessoa jurídica.”

de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, França, em 17 de dezembro de 1997, patrocinada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e promulgada pelo Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000, conhecida como Convenção da OCDE contra a Corrupção; e (c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006, conhecida como Convenção da ONU contra a Corrupção; é igualmente conhecida no cenário internacional pela sigla UNCAC (de *United Nations Convention Against Corruption*) ou como Convenção de Mérida, cidade do México onde foi assinada.

O § 4º ostenta redação confusa e perigosa. Acordo não pode estipular se a reparação do dano é obrigatória, pois a própria Constituição da República a exige, tanto que tornou imprescritível a ação de ressarcimento do erário, no art. 37, § 5º.²⁰ Reparação de dano ao patrimônio da sociedade não é sanção nem pode ser objeto de transação, não é faculdade a ser atenuada em acordo de leniência, mas precisa ser sempre integral. Praticamente constitui princípio geral de direito o de que danos sejam integralmente ressarcidos, ainda com mais razão em se tratando de lesões ao patrimônio público.

A medida provisória, nesse ponto, parece admitir uma espécie de “modulação” da reparação, consoante a capacidade econômica da empresa, o que é constitucionalmente inaceitável. Não se pode cogitar, por exemplo, de que valores ilegalmente obtidos, superfaturados ou desviados deixem de ser devolvidos ao erário.

A medida provisória incluiu um § 11 no art. 16 da lei, para prever que “o acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil.”

Embora seja desejável haver acordo de leniência com efeitos na Lei 8.429/1992 (a Lei da Improbidade Administrativa), para dar coerência ao sistema de acordos como instrumentos de combate à corrupção, a mera previsão de efeitos do acordo de leniência na Lei 8.429/1992 e sobre outras ações de natureza civil, sem marco regulatório com requisitos bem definidos e sem controle sobre a formalização do acordo, pode gerar efeito perverso de arbitrariedade (já que

20 “§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

não existem parâmetros), sensação de impunidade e esvaziamento completo da eficácia de Lei da Improbidade Administrativa, uma das mais importantes no combate à vasta corrupção que flagela o estado e a sociedade brasileira.

A par da inconstitucionalidade por disciplinar matéria processual da Lei da Improbidade Administrativa, a medida provisória padece também de inconstitucionalidade material nesse aspecto, ao frustrar o comando constitucional de responsabilização previsto no art. 37, § 4º.²¹

Para ser compatível com o regime constitucional, a medida provisória precisaria definir requisitos, direitos e deveres dos colaboradores e controles nos acordos de leniência para tutela da probidade administrativa. Mera previsão genérica de que participação da advocacia pública em acordo de leniência impediria ajuizamento da ação por improbidade, sem estabelecer quais sanções podem ser negociadas, qual o grau de redução ou impedimento e o que se espera de colaboração da empresa, põe a alteração normativa em zona de interpretação e liberalidade infinitas, abrindo espaço para acordos em desconformidade com o interesse público e, o que é pior, sem controle de legalidade, considerando que não há previsão de homologação nem internamente, por órgão superior da advocacia pública.

O dispositivo não contempla controle eficiente para verificação da legalidade e atendimento ao interesse público dos acordos firmados, devido ao grau de disponibilidade do interesse público que envolvem. É sempre necessário que tais acordos sejam homologados por órgãos que não tenham estado à mesa de negociação e que, por-

21 “§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

tanto, estejam equidistantes para verificação do cumprimento de todos os requisitos com mais isenção e parcimônia.

O projeto de lei do Senado (PLS) 105, de 2015, aprovado pelo Senado, em sua versão final enviada à Câmara dos Deputados, contém disposição, no art. 2º, de que a homologação de acordos de leniência celebrados por membro do Ministério Público se faça pelo órgão revisional respectivo (Câmara de Coordenação e Revisão, para o Ministério Público Federal, ou Conselho Superior do Ministério Público, para MPs estaduais, conforme as respectivas leis orgânicas).²²

Esse salutar mecanismo de controle, previsto para o Ministério Público, inexistente para os órgãos de controle interno e da advocacia pública, os quais poderiam celebrar acordos de leniência sem submetê-lo a homologação, ou seja, detêm poder absoluto na decisão do acordo.

Manter o sistema na forma da Medida Provisória 703/2015 é contrassenso e fere o princípio da razoabilidade (entendido como racionalidade), pois enquanto o único órgão com autonomia funcional constitucional, o Ministério Público, está sujeito a controle de seus atos, os demais órgãos, dependentes do Poder Executivo e cuja chefia são cargos políticos demissíveis *ad nutum*, não têm previsão alguma de controle.

Ademais, de forma grave, inverte-se a lógica constitucional da divisão do poder e da prevalência da função jurisdicional, pois acordo na esfera administrativa (celebrado por órgão do Executivo) passa a prejudicar a jurisdição (prestada pelo Judiciário) da ação por impro-

²² “Art. 2º O acordo de leniência celebrado por órgão de execução do Ministério Público será submetido à homologação, no prazo de 30 ([...]) dias, do órgão colegiado ao qual as respectivas leis orgânicas atribuem função revisional.” Disponível em < <http://zip.net/bms9R2> > ou < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120017> >; acesso em 20 abr. 2016.

bidade, que àquele ficaria sujeita, ainda que o autor da ação (o Ministério Público, na maioria dos casos) não tenha dele participado. Mais absurdo ainda, do ponto de vista constitucional, seria admitir a hipótese de acordo de leniência firmado com órgão administrativo poder prejudicar a pretensão punitiva formulada na esfera criminal, ainda mais sem que tenha havido participação e concordância do órgão competente do Ministério Público.

A situação é tanto mais incongruente quando se constata a previsão da medida provisória de reflexo em ações judiciais de acordos de leniência não sujeitos a homologação judicial, nem mesmo a revisão interna por parte do órgão celebrante. Essas autorizações, como se disse, agridem a lógica interna do sistema jurídico brasileiro, ao pretender submeter a atividade jurisdicional a acordos administrativos.

Tais permissões amplíssimas agridem, portanto, os princípios constitucionais da moralidade, da finalidade (art. 37, *caput*), da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV) e da divisão funcional do poder (art. 2º).

O conjunto normativo da medida provisória, em especial o **art. 17-A**, afeta ainda o sistema de controle externo a cargo dos tribunais de contas, inclusive em seu poder cautelar, ao permitir a interpretação de que lhes estaria subtraída a função de rever acordos de leniência firmados pela administração pública e os processos administrativos correspondentes aos atos administrativos sob exame (salvo na hipótese do art. 16, § 14, para aferir dano patrimonial ao erário), em ofensa aos arts. 70 e seguintes da Constituição da República.

Em razão da medida provisória, uma empresa sob investigação em um tribunal de contas, inclusive no Tribunal de Contas da União, poderia dirigir-se a um dos órgãos de controle do poder público e

firmar acordo de leniência comprometendo-se a ressarcir apenas fração daquele valor, o que frustraria o controle externo a cargo dos tribunais de contas, de acordo com a Constituição da República.

Por outro lado, a norma promove inversão dos papéis constitucionais atribuídos aos órgãos de controle interno e externo. Os primeiros não detêm poder sancionador (ao contrário dos tribunais de contas²³) e auxiliam o controle externo, apoiando a atuação dos tribunais de contas, na forma do art. 74, IV, da Constituição.²⁴ Segundo a MProv, a celebração de acordo de leniência por parte de órgão de controle interno passaria a afetar o exercício do controle externo, independentemente da participação deste, o que não é constitucionalmente aceitável.

O modelo de acordo de leniência fixado pela medida provisória, pulverizado quanto aos órgãos autorizados a celebrá-lo e sem parâmetros e condições apropriadas fixadas na lei, sem adequados mecanismos de supervisão e sem participação necessária do Ministério Público, permite lesão aos valores da função social da propriedade e da livre concorrência (Constituição, art. 170, III e IV), além de todas as outras normas constitucionais acima apontadas.

Esse modelo pode ensejar interpretações utilitaristas de agentes econômicos segundo as quais a maior vantagem empresarial, mesmo à custa da corrupção de agentes públicos, deve prevalecer sobre o respeito à ordem jurídica, uma vez que sempre se poderia firmar, de-

23 Na forma do art. 71, VIII, da CR: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; [...]”.

24 “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. [...]”.

pois, acordo de leniência em condições flexíveis e sem parâmetros adequados. Isso poderia vir a estimular cultura de gestão corrompida em determinadas empresas, em detrimento da qualidade e da eficiência gerencial com ética, em frontal agressão à ordem constitucional e à própria sanidade da economia nacional.

Por todas essas razões, a integralidade da Medida Provisória 703/2015 colide com o regime constitucional em vigor.

4. MEDIDA CAUTELAR

Está presente plausibilidade jurídica do pedido de declaração de inconstitucionalidade formal da norma pelos argumentos deduzidos na petição inicial, que encontram respaldo na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (sinal do bom direito – *fumus boni juris*).

Perigo na demora processual (*periculum in mora*) consiste precisamente na grave situação de insegurança jurídica gerada pela aplicação imediata do modelo de acordo de leniência da Medida Provisória 703/2015, tanto para o poder público e para o Ministério Público quanto para as partes celebrantes. Retorno ao *statu quo ante* ocasionaria, para as pessoas jurídicas colaboradoras, forte insegurança jurídica, significativa redução dos benefícios obtidos e consequente vício na voluntariedade da colaboração; para os entes de direito público celebrantes, acarretaria prejuízos inestimáveis às investigações conduzidas a partir de informações obtidas pelo acordo no atual modelo.

Ademais, pelo que se expôs, a medida provisória enseja usurpação de competência de órgãos como tribunais de contas e Ministério Público, potenciais danos graves ao patrimônio público e reflexos negativos sobre a ordem econômica.

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pela norma seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina a Procuradora-Geral da República em exercício por concessão de medida cautelar, para suspender a eficácia de toda a Medida Provisória 703, de 18 de dezembro de 2015.

Requer nova vista dos autos, após o processamento da ação, para reexaminar o tema, se for o caso, no que se refere à apreciação da matéria central do processo.

Brasília (DF), 25 de abril de 2016.

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Procuradora-Geral da República em exercício

EWVC/WCS/PC-Par.PGR/WS/2.180/2016