



Economia

A medida necessária

EMPREITEIRAS Inspirada no Primeiro Mundo, a MP reativará os contratos com o governo

POR CARLOS DRUMMOND

ASSINADA PELA presidenta Dilma Rousseff em dezembro, a Medida Provisória 703, que altera as leis anticorrupção e anti-improbidade, é a primeira iniciativa do governo para permitir às construtoras envolvidas na Operação Lava Jato a retomada de contratos com o poder público. A MP foi reivindicada por dezenas de entidades de trabalhadores e empresários para enfrentar a crise e superar as dificuldades da tramitação, na Câmara dos Deputados, do projeto de lei sobre o assunto aprovado no Senado no fim do ano passado.

Atribuída em parte ao empenho do ministro-chefe da Casa Civil, Jaques Wagner, a medida pretende dar a base legal necessária à realização de acordos de leniência. Ressalvadas as graves limitações impostas à atividade econômica pelo ajuste fiscal e a recessão, o dispositivo permitirá reanimar o setor de construção, a fabricação de plataformas de exploração de petróleo e a construção naval, paralisados há quase dois anos, devido à suspensão dos contratos com o governo em consequência da Lava Jato.

“A MP 703, ao disciplinar de forma mais objetiva e pragmática o instituto do acordo de leniência já previsto na



Jaques Wagner empenhou-se pela medida anunciada por Dilma Rousseff





TAMBÉM
NESTA
SEÇÃO



pág. 39

Luiz Gonzaga Belluzzo.
O New Deal e o combate
à depressão nos EUA

O AUMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA COM A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 703/2015

Ao contrário do que alguns dizem, a MP afasta
precariedades da situação anterior

ANTES DA MP

Não se previa a participação da Advocacia-Geral da União, procuradorias dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, e do Ministério Público nos acordos de leniência. Em consequência dessa lacuna, a empresa, mesmo tendo celebrado um acordo de leniência com a entidade pública, poderia sofrer inúmeras ações de improbidade, ações de responsabilização judicial baseadas na Lei Anticorrupção e ações de natureza civil, movidas por aqueles órgãos.

Por meio do acordo de leniência era possível extinguir tão somente as sanções restritivas ao direito de licitar e contratar com a Administração Pública previstas na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93). A consequência disso era que, mesmo com a celebração do acordo de leniência, a empresa poderia, eventualmente, ser impedida de licitar e contratar com o Poder Público.

Não havia uma definição do papel dos Tribunais de Contas em relação aos acordos de leniência, o que vinha gerando interpretações divergentes dos diversos Tribunais.

DEPOIS DA MP

Admite-se a participação da Advocacia Pública e do Ministério Público nos acordos de leniência. A mudança impede o ajuizamento ou prosseguimento de ações de improbidade, ações de responsabilização judicial baseadas na Lei Anticorrupção e ações de natureza civil. Com isso, garante-se que a empresa leniente será punida uma única vez.

Constitui efeito automático do acordo de leniência a extinção de sanções restritivas ao direito de licitar e contratar com a Administração Pública previstas em toda e qualquer norma de licitações e contratos.

Define-se que os Tribunais de Contas não participarão dos acordos de leniência, podendo, entretanto, instaurar procedimento administrativo contra a empresa leniente, para apurar prejuízo ao Erário, quando discordar do valor constante do acordo, nos termos do art. 71, inciso II, da Constituição Federal.

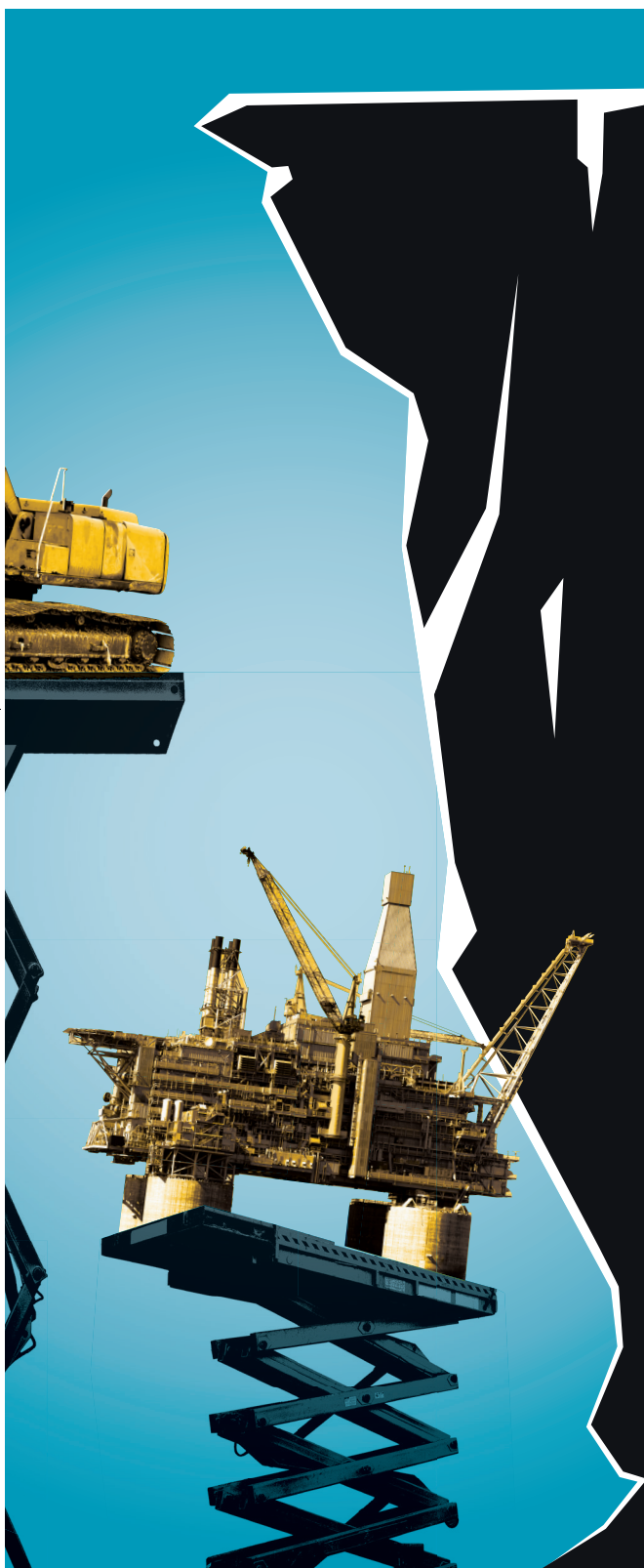


ILUSTRAÇÃO: ESTELLA MARIS. FOTOS: WILSON DIAS/ABR, SHUTTERSTOCK E ISTOCKPHOTO

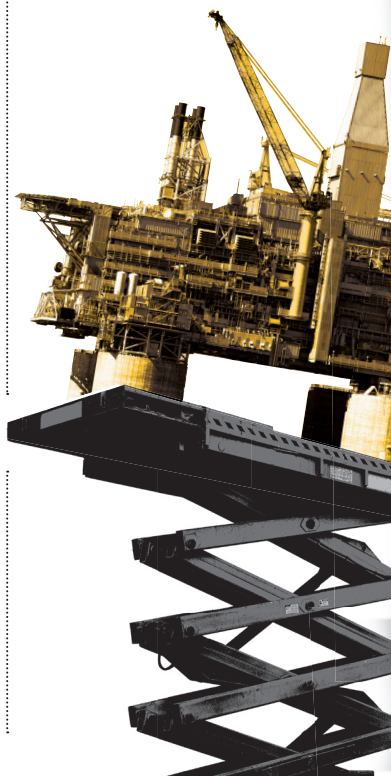


lei anticorrupção, parece viabilizar a reabilitação das empresas investigadas por suspeita de atos de corrupção ou de ilícitos relativos às normas de licitação”, diz Hiroyuki Sato, diretor da Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos, a Abimaq. A reabilitação “poderá abreviar o processo de retomada dos investimentos públicos e privados”. A Confederação Nacional da Indústria considera “inegável a importância da lei anticorrupção para o País. Entretanto, apesar de vigorar desde 2014, até o presente momento nenhum acordo de leniência foi celebrado em âmbito federal, o que demonstra a necessidade de rever seus dispositivos legais”. A CNI considera “oportunas” as propostas de aprimoramento da lei para “proporcionar maior segurança jurídica, preservar a empresa, sem excluir responsabilidades e contribuir para a manutenção de empregos e a retomada do crescimento econômico”.

Um aspecto digno de destaque é a rara sintonia da Medida Provisória com a legislação mais recente dos países avançados, que contempla tanto a punição dos indivíduos corruptos ou corruptores, a sua cooperação com as investigações e o

BOA FONTE

A Diretiva Europeia e sua aplicação no Reino Unido fundamentaram a norma do governo brasileiro



DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU de 26 de fevereiro de 2014

relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE
(Texto relevante para efeitos do EEE)

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 53.o, n.o 1, e os artigos 62.o e 114.o,

Tendo em conta a proposta da Comissão Europeia,

Deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário⁽¹⁾,
Considerando o seguinte:

(1) A adjudicação de contratos públicos pelas administrações dos Estados-Membros ou por conta destas deve respeitar os princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Contudo, no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, deverão ser estabelecidas disposições que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública, a fim de garantir que esses princípios produzam efeitos práticos e os contratos públicos sejam abertos à concorrência.

(2) A contratação pública desempenha um papel fundamental na Estratégia Europa 2020, estabelecida na Comunicação da Comissão, de 3 de março de 2010, intitulada «Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo» (a seguir designada «Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo»), como um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos. Para o efeito, as regras de contratação pública adotadas nos termos da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho⁽²⁾ e da Diretiva 2004/18/CE do

6. Qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos n.os 1 e 4 pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade não obstante a existência de uma importante causa de exclusão. Se essas provas forem consideradas suficientes, o operador económico em causa não é excluído do procedimento de contratação.

§ 2º O acord

I - isentará a

de 21 de junh

II - poderá re

pecuniária de

III - no caso c

remissão, não

A MEDIDA PROVISÓRIA E O ESCÁRNIO DOS CRÍTICOS

POR RAFAEL VALIM*

Em meio a tantos desacertos e vacilações, eis que o governo, finalmente, tomou uma decisão digna de aplausos. A Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, que dispõe sobre os chamados “acordos de leniência”, promove indispensáveis correções na Lei Anticorrupção, cuja redação original era, em rigor, inaplicável.

Não se trata, naturalmente, de uma norma perfeita. Entretanto, é preciso reconhecer que, por meio dela, promove-se um significativo aprimoramento na disciplina dos acordos de leniência, os quais, se bem empregados, podem constituir um valioso instrumento de enfrentamento à corrupção e, a um só tempo, de preservação de ativos fundamentais ao desenvol-

vimento econômico do País.

Um dos aspectos centrais da Medida Provisória é a coordenação das diversas esferas de responsabilidade em cujos âmbitos se realiza a persecução contra a Administração Pública. Para que se confira segurança jurídica aos acordos de leniência, é imprescindível afastar a possibilidade de imposição das mesmas sanções por diversos órgãos de controle – de que é exemplo eloquente a sanção restritiva ao direito de licitar e contratar com a administração pública –, razão pela qual a Medida Provisória permite que as

sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, nas leis de licitações e contratos administrativos e no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sejam incluídas nos acordos. A esse respeito, aliás, convém anotar que a aplicação de sanções de igual natureza por diversos órgãos públicos é de constitucionalidade, no mínimo, duvidosa, a reforçar a importância dessa inovação introduzida pela Medida Provisória.

Outro ponto relevante é a extinção das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar com a Administração Pública como consequência do cumpri-

EUROPEU E DO CONSELHO
2014

oga a Diretiva 2004/18/CE
s do EEE)

STATUTORY INSTRUMENTS

PART 2

2015 No. 102

The Public Contracts Regulations 2015

RULES IMPLEMENTING THE PUBLIC CONTRACTS DIRECTIVE

(9) Contracting authorities shall exclude an economic operator where they become aware, at any time during a procurement procedure, that the economic operator is, in view of acts committed or omitted either before or during the procedure, in one of the situations referred to in paragraph 3.

Self-cleaning

(15) For that purpose, the economic operator shall prove that it has—

- (a) paid or undertaken to pay compensation in respect of any damage caused by the criminal offence or misconduct;
- (b) clarified the facts and circumstances in a comprehensive manner by actively collaborating with the investigating authorities; and
- (c) taken concrete technical, organisational and personnel measures that are appropriate to prevent further criminal offences or misconduct.



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 703 DE 18 DE DEZEMBRO DE 2015.

Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência.

§ 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 junho 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 especificadas no acordo; e
- III - no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os 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.

A base legal para os acordos de leniência deve ajudar a reanimar o setor de construção

A combinação
de punições e
ressarcimentos
a instrumentos
de regeneração
das empresas
embasa
a recente
legislação

ressarcimento total dos danos ao Erário quanto à criação de condições para as empresas envolvidas retomarem os contratos com o setor público o mais rápido possível, após a implantação de medidas severas de controle.

O instrumento legal brasileiro adota dispositivos semelhantes ao instituto do *self-cleaning*, parte essencial da Diretiva Europeia de Contratações Públicas implantada em 2014 e também da sua incorporação pelo sistema de contratações públicas do Reino Unido, em fevereiro de 2015. O mesmo procedimento é adotado

mento do acordo de leniência, o que, internacionalmente, é conhecido como *self-cleaning*. Em redação muito próxima à recente Diretiva Europeia de Contratações Públicas, de 2014, incorporada ao sistema de contratações públicas do Reino Unido em fevereiro de 2015, a Medida Provisória estabelece que, mediante a cooperação da empresa com as investigações, a reparação do dano e o comprometimento na implementação de um rigoroso programa de integridade, poderá ela continuar participando de licitações e contratando com o Poder Público.

Entretanto, como era de se esperar, em razão do contexto de degeneração política e institucional em que estamos imersos, a Medida Provisória tem sido alvo de ataques verborárgicos, os quais fazem corar um primeiranista de Direito. Lembrando um de nossos maiores juristas, Carlos Maximiliano, ou falta aos detratores de primeira hora da Medida Provisória um propósito sincero de encontrar o sentido e o alcance dos dispositivos legais – probidade –; ou eles carecem de um conhecimento do Direito em geral e do assunto em específico – ilustração –; ou, por fim, padecem de

uma lamentável incapacidade de discernir o aparente do real, o verdadeiro do falso, o essencial do accidental – critério –; disso tudo resultando as interpretações grosseiras que assaltam os jornais diariamente.

Esperamos, de todo modo, que a Medida Provisória sobreviva à nefasta conjuntura atual e que, sobretudo, possa ser aperfeiçoada no Congresso Nacional.

Nunca é demais ressaltar que o combate à corrupção não é um fim em si mesmo, tampouco autoriza qualquer órgão público a esquecer-se dos demais valores que foram

consagrados na Constituição Federal de 1988. Não há dúvidas de que devemos ser implacáveis com a corrupção, praga que subverte as democracias contemporâneas. Essa batalha, porém, não deve ser travada de modo irresponsável, com a destruição dos fundamentos de nossa ordem econômica, entre os quais se coloca a busca do pleno emprego e a proteção do mercado interno.

**Rafael Valim é presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (Ibeji) e professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC-SP.*

Economia



Radicalização. Nas reações de Rodrigues e Santos Lima, o ministro Adams vê corporativismo e certa paranoia

há anos nos Estados Unidos. A General Electric, a IBM e a Boeing, entre outras empresas afastadas das contratações públicas por inidoneidade, voltaram a operar com o governo depois de atenderem às exigências da lei. Os contratos da GE com o Pentágono, suspensos em 1992, foram retomados cinco dias depois, mediante a apresentação de um sistema de vigilância interna para evitar novas fraudes, conforme noticiou o *Los Angeles Times*. A IBM retomou os contratos oito dias após a interdição determinada em 2008, segundo destacou a publicação especializada *Public Contract Law Journal*. A suspensão da contratação da Boeing pelo setor público em 2003 foi levantada um mês mais tarde, devido à “forte necessidade no interesse do país”, justificou o subsecretário da Força Aérea, Peter B. Teets.

A MP provocou uma discussão intensa e nem sempre sensata. A medida, afirmam alguns, derrubaria a exigência de ressarcimento integral do poder público pelas empresas transgressoras. O oposto é verdadeiro, pois o requisito permanece intacto no texto da lei anticorrupção.

O procurador regional da República, Carlos Fernando dos Santos Lima, de Curitiba, um dos coordenadores da força-tarefa geradora da Operação Lava



Jato, declarou aos jornais que a MP 703 “é um retrocesso” e mostra não haver interesse do governo no avanço do combate à corrupção sobre o sistema de poder econômico que sustenta a atividade político-partidária.

Emerson Gabardo, professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica e da Universidade Federal do Paraná, discorda. A MP “conserta alguns problemas da lei, que, na redação anterior, acabava sendo



inútil, tanto que até hoje não foi aplicada”. A iniciativa amplia a participação do Ministério Público, que deve ou pode estar presente nos acordos. “O Brasil acompanha a tendência mundial. Na Inglaterra há também liberação ampla da multa, mediante condições estabelecidas em lei. Simplesmente aplicar penas no intuito de decretar a morte das empresas, como se fez até agora no País, não me parece a melhor alternativa”, destaca Gabardo.

O ministro do Tribunal de Contas Walton Rodrigues exigiu do governo explicações sobre a MP 703, por limitar a participação do TCU à etapa posterior à celebração dos acordos, “um desrespeito à Instrução Normativa 74/2015 do próprio tribunal”. Para o ministro da Advocacia-Geral da União, Luís Inácio Adams, a leitura de que o TCU foi usurpado em algumas atribuições é “forçada” e “paranoica”. O acordo de leniência só se concretiza com a homologação pelo Tribunal, que pode acompanhar o processo desde o início, possibilidades antes não contempladas pela lei anticorrupção. “O TCU não tem competência para se autoatribuir competências à revelia da lei. Quem cria a sistemática de combate à corrupção é o legislador, não o Tribunal de Contas”, acusa Gabardo.

Adams condenou as críticas feitas por “representantes setoriais e corporativos

Intenções. As acusações de Carvalhosa são movidas por propósitos político-eleitorais, aponta Valim

incapazes de pensar o Estado” à Medida Provisória, fruto de um amplo debate com a colaboração de representantes do Executivo, do Legislativo e do Ministério Público. Para o ministro, a proposta do governo reforça o processo de investigação ao dar mais importância à necessidade de demonstração de elementos comprobatórios do que à simples admissão de culpa. Segundo Adams, “alguns críticos mostram má-fé. Não podemos sucumbir aos filósofos do caos. A atividade econômica continua a existir em paralelo às investigações”.

O advogado Modesto Carvalhosa, em artigo no *Estado de S. Paulo* a propósito da Medida Provisória, acusou a presidenta da República, o Ministério da Justiça, a Controladoria-Geral da União e a AGU de “legalizarem a corrupção” e colocarem as empresas inidôneas no comando do processo. “Querem desconstruir a MP com propósitos político-eleitorais. O jurista que analisar objetivamente verá que a medida representa um progresso em nosso sistema jurídico e não significa impunidade”, contesta Rafael Valim, presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura e professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC de São Paulo.

A MP 703 requer um aperfeiçoamento que poderá ser feito durante a sua tramitação no Legislativo, mas “é ponderada e moderna, pois segue a tendência do que acontece no Primeiro Mundo, que é permitir o funcionamento de empresas sem abrir mão da penalidade”, diz o jurista Pedro Serrano. Um dos principais avanços é o abandono da ideia de que a pessoa jurídica deve sair prejudicada do

Finalidade. Países não queimam ativos, diz Serrano. Para Rodríguez-Arana, a luta contra a corrupção não é um fim em si

A suspensão por inidoneidade dos contratos da Boeing, IBM e GE com o governo dos EUA durou dias



acordo. “O crime empresarial, principalmente quando cometido em relação ao poder público, traz danos à sociedade, mas sacrificar a empresa para dar o exemplo só provoca mais prejuízos, com a eliminação de empregos. Nenhuma nação é louca de queimar seus ativos econômicos”, afirma Serrano.

Adams enfatizou a centralidade do combate à corrupção, que “continua a ser uma linha mestra da atuação do governo”, mas não deve se resumir a uma escalada punitiva. “A luta contra a corrupção, também em matéria contratual, não é um fim em si mesmo. É um meio para que os cidadãos possam desfrutar de obras públicas e de serviços públicos que lhes permitam viver em melhores condições”, enfatiza Jaime Rodríguez-Arana, presidente do Foro Ibero-Americano de Direito Administrativo e integrante da Academia Internacional de Direito Comparado de Haia. Segundo explica no artigo “Contratação, boa administração pública e *self-cleaning*”, o operador econômico que cometeu irregularidades previstas nas Diretivas Comunitárias europeias aprovadas em 2014 “pode solicitar ao órgão contratante o perdão através de um compromisso em que se documente fidedignamente que agora é um operador confiável. Assim, se as provas são consideradas suficientes pelo órgão contratante para acreditar na confiabilidade do licitador, este não estará excluído”.

Para Murilo Celso de Campos Pinheiro, presidente da Federação Nacional dos Engenheiros e do Sindicato dos Engenheiros no Estado de São Paulo, o País viveu “décadas de resignação diante de uma estagnação econômica que empobrecia a população e impedia qualquer projeto de futuro. Não é possível nos conformarmos com um retrocesso que nos leve de volta àquela situação. É preciso buscar formas de garantir o emprego e a renda dos trabalhadores e a capacidade produtiva das empresas”.