

Nasser e Warde: Deferências na Justiça negociada

Um dos maiores desafios do controle da Administração Pública na atualidade é a delimitação das esferas de atuação dos diversos de órgãos que atuam neste espaço. O aparato de controle sobre o poder público e aqueles que com ele interagem foi formado sob a ideia de que "quanto mais controle melhor", com novas esferas e instrumentos de controle criados em sobreposição a instrumentos e regras anteriores a cada novo escândalo de corrupção política [1]. Adicionalmente, a tônica da criação desse aparato foi a de empoderar os órgãos de controle, sempre alertados e alertando sobre o incontornável "dever de agir", sem grandes preocupações em delimitar a esfera de atuação destes órgãos ou coordená-los. Importava apenas garantir todas as armas necessárias a obter a reparação do dano ao erário — este santo graal da aqueles suportados pela coletividade.



Esse modo de enxergar a realidade veio alimentado por

narrativas construídas desde tempos já nem tão recentes que colocam as esferas de controle e persecução como espaços de necessária legitimidade e acerto, enquanto o fazer da Administração Pública e da política estariam relegados à presumida improbidade, principalmente quando envolvem empresas privadas. Assim, aos primeiros não se impõe limites (ao menos não antes de diversos excessos, e aí nem sempre pelos melhores motivos ou caminhos) e se ignoram as razões dos últimos. Os resultados são negativos, tanto do ponto de vista técnico, quanto do institucional.

O caso da redução de tarifas públicas em acordo de leniência é emblemático nesse sentido.

Em março de 2019, uma concessionária de rodovias atuante no Estado do Paraná assinou acordo de leniência em que admitiu ter pago propinas em troca da obtenção de aditivos que lhe permitiram trocar certas obras que estivessem a seu encargo por outras, bem como suprimir algumas. Nas estimativas do Ministério Público, os danos a serem reparados pela concessionária seriam de R\$ 715 milhões. Desse montante, R\$ 350 milhões seriam destinados à redução de tarifas de pedágio nas rodovias operadas pela concessionária pelo prazo de pelo menos um ano.

Quem trabalha com reequilíbrio econômico e financeiro ou em outras etapas da estruturação de projetos de infraestrutura sabe que não é trivial determinar quanto uma empresa lucra ou deixa de lucrar quando tem aliviada uma ou outra obrigação. Também não são triviais os processos e cálculos que acompanham as revisões tarifárias, por exemplo. Daí porque estes temas são entregues a órgãos do estado especializados — as agências reguladoras. Estaria o *Parquet* bem posicionado para calcular "o dano à



coletividade" resultante das condutas objeto do acordo? Tem o Ministério Público a expertise necessária para poder afirmar que R\$ 350 milhões seria montante adequado para cobrir a redução do pedágio no percentual e pelo tempo determinado? Outra questão: seria o abatimento de tarifas o melhor destino para parte do valor pago a título de ressarcimento? Não poderia esse valor ser direcionado à realização de novos investimentos, gerando emprego e renda, ou para áreas de maior carência? Obviamente, a redução de tarifas talvez fosse uma das medidas que alcançariam maior e mais imediata aprovação popular e aí reside uma tentação perigosa, que deve ser evitada em nome da boa governança. Não ocasião, caiu-se nela. Além de determinar a redução de tarifas, o Ministério Público exigiu que a concessionária anunciasse em meios de comunicação (inclusive em outdoors localizados nas próprias rodovias) que a redução do pedágio se dava como resultado da ação da "força tarefa 'lava jato' do Ministério Público Federal no Paraná". Combinou-se, então, a medida de forte apelo popular, em atropelo a eventuais ponderações técnicas, com propaganda pouco institucional (vide a menção à "lava jato" quando poderia ter se limitado ao Ministério Público).

Mais tarde, em agosto, foi a vez do acordo de leniência firmado por outro grande grupo de infraestrutura, em que uma de suas concessionárias se comprometeu a pagar R\$ 100 milhões em reduções tarifárias e, uma outra, R\$ 120 milhões. Como no acordo anterior, não houve qualquer transparência a respeito dos cálculos utilizados para se determinar os valores a serem ressarcidos, notadamente aqueles que deveriam ser revertidos em redução de tarifa. Também não se sabe quais critérios foram utilizados para se determinar que a redução de tarifa seria uma das medidas mais adequadas de reparação.

O risco de agentes de persecução acabarem adentrando a esfera da regulação ao manejarem instrumentos da Justiça negociada não é jabuticaba e talvez seja sentido até com mais intensidade nos países em que o sistema de Justiça faz uso desses instrumentos há mais tempo. Nos Estados Unidos, de onde importamos este instituto, o fenômeno da regulação pela persecução (*regulation through prosecution*), chama a atenção de estudiosos, legisladores e profissionais do meio jurídico desde que o Direito Criminal começou a avançar fortemente sobre diversas searas da vida econômica e social [2]. Em tempos de turbulência institucional como os que passamos, convém um aprendizado rápido sobre os erros, os acertos e os limites da Justiça negociada. Um bom começo seria a deferência regulatória e institucional em acordos de leniência envolvendo setores regulados.

[1] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; PALMA, J. B.. Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil. In: Marcos Augusto Perez; Rodrigo Pagani de Souza. (Org.). Controle da Administração Pública. 1ed. Belo Horizonte, Minas Gerais: Editora Fórum, v. p. 21-38, 2017.

[2] The Economist. A Mammoth Guilty Trip. Publicada na edição de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.economist.com/briefing/2014/08/28/a-mammoth-guilt-trip>.

Date Created

02/09/2020