



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 568

Requerente: Procuradora-Geral da República

Requerido: Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba

Relator: Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Direito administrativo. Decisão judicial que homologou ato administrativo consistente em “Acordo de Assunção de Compromissos” entre o Ministério Público Federal e a Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), a fim de destinar U\$ 682.560.000,00 à criação de um fundo patrimonial e ao ressarcimento de acionistas minoritários, em cumprimento a acordos realizados entre a empresa e autoridades estadunidenses. Penalidades aplicadas a empresas no exterior pela infringência de estatutos de combate à corrupção devem ser tratadas, no plano jurídico brasileiro, como sanções administrativas inseridas no sistema de responsabilização pela prática de atos contra a administração pública previsto na Lei nº 12.846/13. Nesse regime, a autoridade brasileira que tem competência legal é a Controladoria-Geral da União, a quem compete, inclusive, julgar atos ilícitos praticados contra administrações estrangeiras. Por paralelismo, cumpre à CGU intermediar acordos objetivando a internalização de compensações arbitradas no exterior em favor do Brasil. Incompetência absoluta do juízo criminal requerido. Extrapolação do papel institucional reservado pela lei aos membros do Ministério Público. Impossibilidade de conferir à verba internalizada destinação não prevista em lei, sob pena de grave violação às normas legais e constitucionais de natureza financeira e orçamentária. Manifestação pela procedência do pedido formulado.

EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

O Advogado-Geral da União, em atenção ao despacho proferido pelo Ministro Relator ALEXANDRE DE MORAES em 13 de março de 2019, vem manifestar-se quanto à presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

I – DA ARGUIÇÃO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela Procuradora-Geral da República, tendo por objeto a decisão judicial do juízo criminal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, que homologou “*Acordo de Assunção de Compromissos*” entre o Ministério Público Federal e a Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), a fim de que esta empresa cumprisse obrigação pecuniária acordada perante autoridades estadunidenses. Eis a parte dispositiva do referido *decisum*:

Nessas condições, entendo que o acordo merece homologação.

Ante o exposto, homologo o Acordo de Assunção de Compromissos, firmado entre o MPF e a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, para pagamento e destinação de USD 682.560.000,00, equivalente a 80% do valor que a Petrobrás havia se comprometido a pagar em prévio acordo celebrado com autoridades norteamericanas, o Departamento de Justiça (DOJ) e a Securities and Exchange Commission (SEC).

Assim que efetuado o depósito, levanto o sigilo sobre o acordo e a homologação.

Não cabe a manutenção de sigilo sobre o próprio conteúdo do acordo e de sua homologação, o que seria contrário ao princípio da publicidade, aplicável ao processo judicial e à Administração Pública.

A cada sessenta dias, o MPF deverá informar acerca das providências adotadas em relação ao implemento dos compromissos assumidos no acordo.

Intime-se MPF e Petrobrás.

A requerente aduz, em síntese, que o ato sob invectiva, ao homologar acordo que atribui ao Ministério Público Federal atribuições alheias às constitucionalmente previstas, violaria os artigos 1º, *caput*; 2º; 22, inciso XVII; 37, *caput*; 60, § 4º, inciso III; 109, inciso I; 127, *caput* e §§ 1º e 2º; 128, § 5º, inciso II,

alíneas “a” e “f”, e 129, incisos II e IX, todos da Constituição da República¹.

Argumenta que os termos do ato impugnado implicariam “*verdadeira concentração de poderes entre a atividade de investigar e atuar finalisticamente nos processos judiciais*”

¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes;”

“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:”

“Art. 60. (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes;”

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.”

“Art. 128. (...)

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

(...)

II - as seguintes vedações:

a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

(...)

f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.”

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

(...)

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

e de executar um orçamento bilionário, cuja receita provém de acordo internacional do qual não é parte nem interessado” (fl. 07 da petição inicial).

A autora expõe que o “*Acordo de Assunção de Compromissos*” firmado por membros da Força-Tarefa Lava Jato versaria sobre a destinação e aplicação de montante pago pela Petrobras em cumprimento a acordo realizado com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (DoJ).

O acordo celebrado no Brasil e ora questionado conteria, dentre outras, cláusula que determinaria ao Ministério Público Federal a obrigação de buscar meios para constituir fundação privada, com sede em Curitiba/PR, a fim de administrar um fundo patrimonial, composto por 50% (cinquenta por cento) dos recursos disponibilizados.

A Procuradora-Geral da República aponta que o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba teria justificado sua competência para a homologação do acordo ao argumento de que “*os fatos que fundamentaram as tratativas com as autoridades americanas originaram-se de investigações e processos criminais conduzidos naquele foro federal*” (fl. 12 da petição inicial), o que, contudo, não se sustentaria diante do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

A requerente afirma que os membros do Ministério Público Federal integrantes da Força-Tarefa teriam assumido compromissos administrativos e financeiros em nome da instituição, sem, entretanto, terem poderes para isso, em violação à separação de poderes e à própria independência funcional dos membros do *Parquet*. Ressalta que “*a autonomia administrativa, financeira e orçamentária que a Constituição outorgou ao Ministério Público é exercida segundo os parâmetros estritos estabelecidos na Constituição e na Lei Complementar 75/93*” (fl. 23 da petição inicial).

Aduz, além disso, que, embora tanto a Petrobras quanto o Ministério Público Federal tenham contribuído para que as autoridades estadunidenses permitissem a reversão de parte da penalidade para o Brasil, isso “*não pode levar à*

violação das regras de integridade, por maioria de razão as que coíbem conflito de interesses na atuação funcional de órgãos públicos” (fl. 22 da petição inicial).

Argumenta que a aplicação de recursos desviados seria regulada pela legislação penal, a qual discriminaria a forma de emprego dessas verbas, não permitindo desvio da destinação a critério do Juízo. Cita, nesse sentido, decisões desse Supremo Tribunal Federal.

Com esteio nesses argumentos, a autora pede a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos do ato judicial impugnado e, no mérito, a declaração de sua nulidade, nos seguintes termos:

Requer, ao final, que se declare a nulidade da decisão judicial de homologação do Acordo de Assunção de Compromissos, firmado entre o Ministério Público Federal e a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, relacionado ao *Non Prosecution Agreement entre Petrobrás e DoJ e à cease-and-desist order da SEC*, e do próprio Acordo estabelecido entre a empresa Petrobrás e o Ministério Público Federal, sem prejuízo de que a Petrobrás adote outras medidas para cumprimento do acordo de *Non Prosecution Agreement entre Petrobrás e DoJ e à cease-and-desist order da SEC*, celebrado com as autoridades norte-americanas. (Fl. 27 da petição inicial).

O processo foi distribuído ao Ministro Relator ALEXANDRE DE MORAES, que deferiu a medida cautelar pleiteada e solicitou informações a diversas autoridades, nos seguintes termos:

Diante de todo o exposto, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR postulada na presente ADPF, *ad referendum* do Plenário (art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999), para, com base no art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999:

(a) suspender todos os efeitos da decisão judicial proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, que homologou o Acordo de Assunção de Obrigações firmado entre a Petrobras e os Procuradores da República do Ministério Público do Paraná (Força-Tarefa Lava-Jato), bem como a eficácia do próprio acordo;

(b) determinar o imediato bloqueio de todos os valores depositados pela Petrobras, bem como subsequentes rendimentos, na conta corrente designada pelo juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba que, a partir desta decisão, deverão permanecer em depósito judicial vinculado ao

mesmo Juízo, proibida qualquer movimentação de valores sem expressa decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL;

(c) determinar a suspensão de todas as ações judiciais, em curso perante qualquer órgão ou Tribunal, ou que, eventualmente, venham a ser propostas e que tratem do objeto impugnado na presente ADPF;

(d) comunicar, com urgência, ao Juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, solicitando-lhe informações, no prazo de 10 (dez) dias, na forma do art. 6º da Lei 9.882/1999;

(e) intimar todos os subscritores do acordo homologado perante a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba para a apresentação de informações, no prazo de 10 (dez) dias;

(f) intimar a Câmara dos Deputados, a Advocacia-Geral da União, o Presidente da Petróleo Brasileiro S/A, para a apresentação de informações, no prazo comum de 10 (dez) dias;

(g) oficiar ao Tribunal de Contas da União, solicitando-lhe informações sobre a eventual existência de procedimento no âmbito daquela Corte, com objeto semelhante.

Em seguida, a Procuradora-Geral da República requereu a intimação da Caixa Econômica Federal, para apresentar informações referentes à gestão financeira da verba bloqueada pela decisão liminar. Em atendimento à solicitação, o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba informou que o cumprimento do prazo estabelecido no acordo impugnado teria sido suspenso por 90 (noventa) dias. Na oportunidade, foi anexada petição do Ministério Público Federal protocolada perante aquele órgão judicial com esclarecimentos para o presente julgamento.

Na referida manifestação (documento nº 40 do processo eletrônico), os membros do Ministério Público Federal integrantes da Força-Tarefa Lava Jato afirmaram ter dado ciência à Procuradoria-Geral da República acerca do andamento das tratativas que resultaram no acordo questionado, o qual estaria ligado a inquéritos civis públicos sob sua presidência.

Ressaltaram que, nos termos do acordo realizado entre a Petrobras e as autoridades estadunidenses, “o pagamento no Brasil não poderia distorcer a natureza

sancionatória da multa aplicada nos Estados Unidos” (fl. 07 do referido documento), o que evidenciaria a afinidade do ato impugnado com as atribuições do Ministério Público Federal.

Afirmaram que “*sem a intervenção da Lava Jato, da cooperação mantida com as autoridades americanas para investigar e punir inúmeras outras empresas e criminosos que lesaram a Petrobras no esquema de corrupção, bem como a atuação da força-tarefa na qualidade de um órgão estatal com poder de cobrar valores eventualmente devidos em razão do esquema de corrupção, os valores teriam que ser pagos aos Estados Unidos*” (fl. 09 do referido documento).

Além disso, argumentaram que, como não haveria previsão legal apta a impor sanção em razão de falhas de controles internos da Petrobras, o acordo impugnado permitiria a recomposição de potencial dano coletivo, tanto dos acionistas minoritários quanto da sociedade em geral.

Aduziram ter considerado a destinação dos recursos ao Fundo de Direitos Difusos previsto na Lei da Ação Civil Pública, hipótese que foi descartada porque esse fundo não receberia, em regra, verbas relacionadas à corrupção e porque seus recursos são contingenciados. Também não seria cabível a destinação dos recursos à União, pois não havia razão para a Petrobras indenizar este ente federativo, bem como porque “*poderia haver oposição dos Estados Unidos a esse pagamento porque a União é a sócia majoritária da Petrobras, o que seria algo como tirar de um bolso e colocar em outro*” (fl. 11 do documento encaminhado), nem a outras entidades ante a dificuldade de controle dos recursos.

Por isso, afirmam terem decidido criar uma fundação, com base em casos oriundos da experiência internacional e fundando-se no disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, asseverando, porém, que “*nem a Lava Jato, nem o Ministério Público, controlaria o fundo ou a fundação*” (fl. 12 do documento mencionado).

Asseveraram que, em razão de discussões sobre o destino dos recursos,

solicitaram a suspensão da criação da fundação, a fim de buscar “*uma solução que conte com a concordância de MPF, Petrobras, AGU, CGU e TCU*” (fl. 13 do documento encaminhado).

Em 20/03/2019, o Ministro Relator determinou a permanência das verbas em conta gráfica, como informado pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, e requereu informações sobre as condições contratuais do depósito, as quais foram apresentadas nos documentos nº 51 e 52 do processo eletrônico.

O Ministério Público Federal no Paraná prestou informações, as quais, em linhas gerais, repisam as alegações contidas no documento nº 40 do processo eletrônico.

Acrescentou que, em razão da suspensão do acordo, “*a obrigação da Petrobras de pagar a multa integralmente nos Estados Unidos volta a subsistir*”, pois a possibilidade de permanência dos recursos no Brasil “*está condicionada à atuação oficial de um órgão de law enforcement que possa oferecer uma causa legal (envolvendo confisco, multa ou indenização) contra a Petrobras tendo por base os mesmos fatos que ensejaram a punição norte-americana*” (documento nº 65 do processo eletrônico, fl. 22).

Além disso, na oportunidade, o Órgão Ministerial alertou para os possíveis efeitos da decisão proferida na presente arguição sobre acordos semelhantes celebrados por diversos outros membros do Ministério Público em todo o território nacional. Requereu, ainda, a reconsideração da medida cautelar ou, quando menos, a restrição de seus efeitos à destinação dos recursos.

A Petrobras prestou informações, oportunidade em que suscitou a impossibilidade de conhecimento da presente arguição, em virtude do trânsito em julgado do ato impugnado e da ausência de controvérsia judicial relevante. Refutou a possibilidade de ser autora de atos ilícitos ou detentora de responsabilidade por danos, reafirmando-se como vítima de atos corruptos. Além disso, expôs que, em 27/09/2018, explicitou que o acordo, no Brasil, em cumprimento ao avençado nos

Estados Unidos, seria celebrado com o Ministério Público Federal (fls. 07/08 do documento nº 66 do processo eletrônico).

A empresa asseverou, ainda, que *“embora outras autoridades do país tenham tido relevantíssimo papel de suporte à Petrobras, com vasta contribuição para o êxito das negociações nos EUA, SEC e DoJ sempre confirmaram à Petrobras suas tratativas unicamente com o Ministério Público Federal, neste particular”* (fl. 11 das informações prestadas).

Ressaltou que, pelo acordo feito nos Estados Unidos, deveria ser evitado o retorno dos valores aos cofres da Petrobras e que os termos do acordo realizado naquele país *“deixam claro que a Companhia não poderá pagar o montante ao acionista controlador e, então, recebê-lo, ainda que indiretamente, de volta”* (fl. 15 das informações prestadas).

A Petrobras aduziu ter se colocado à disposição da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público Federal, da Controladoria-Geral da União e do Tribunal de Contas da União, a fim de buscar uma solução adequada para o impasse objeto da presente arguição.

Pugnou que, em todo caso, não fosse atingida a cláusula 2.3.2 do acordo, que diz respeito à satisfação de eventuais condenações ou acordos com acionistas, na medida em que tal cláusula corresponderia ao item F do acordo com a SEC, o qual também previu a criação de um *Fair Fund* para distribuição a investidores prejudicados.

O Tribunal de Contas da União afirmou que tramitam naquela Corte três processos sobre o acordo objeto da presente arguição, colocando-os à disposição do Ministro Relator, por acesso remoto.

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – MÉRITO

Conforme relatado, a requerente sustenta que, ao homologar acordo celebrado por membros do Ministério Público Federal fora das suas atribuições constitucionais, o ato do Poder Público sob investida violaria os artigos 1º, *caput*; 2º; 22, inciso XVII; 37, *caput*; 60, § 4º, inciso III; 109, inciso I; 127, *caput* e §§ 1º e 2º; 128, inciso II, alínea “a” e § 5º, inciso II, alíneas “a” e “f”, e 129, incisos II e IX, todos da Constituição da República.

Com o intuito de analisar os fatos e fundamentos trazidos à análise desse Supremo Tribunal Federal, a presente manifestação será dividida em tópicos, a fim de compartimentalizar os argumentos que, no entendimento da Advocacia-Geral da União, devem ser levados em consideração para a confirmação da decisão liminar.

II. I. – Síntese dos termos do acordo realizado entre as autoridades estadunidenses e a Petrobras

O objeto da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental é a decisão judicial que homologou acordo realizado entre o Ministério Público Federal e a Petrobras. Tal avença decorreria, conforme narrado na petição inicial, de um *non-prosecution agreement* firmado entre a Petrobras e a seção de fraude da divisão criminal do *Department of Justice (DoJ)* estadunidense e de um *cease-and-desist proceeding* alcançado na *Securities and Exchange Commission (SEC)*.

Os documentos firmados junto às autoridades estadunidenses encerram uma solução extrajudicial, mediante confissão, de ilícitos administrativos e criminais imputados à Petrobras na forma do sistema judicial daquele país.

Como se nota do Anexo “A” ao *non-prosecution agreement* (documento nº 50 do processo eletrônico, fl. 77), os atos objeto do acordo dizem respeito a amplo esquema de corrupção instalado na Petrobras, incluindo recebimento de propinas;

fraudes em licitações; desvio de dinheiro; superfaturamento de obras e prestação de informações falsas à SEC, que geraram uma sobreavaliação do ativo imobilizado da empresa (fl. 91 do documento mencionado), e falhas na implementação de controle interno adequado. O documento faz referência a episódios específicos de atos suspeitos, como os relativos à instalação da refinaria de Abreu e Lima e o do complexo petroquímico do Rio de Janeiro.

A tradução juramentada desses acordos foi juntada aos autos (documento nº 50 do processo eletrônico), o que permite a compreensão clara de seus termos, condicionantes e extensão. O *non-prosecution agreement* (fls. 57 e 66/67 do referido documento) resultou na assunção de uma penalidade de natureza mista (criminal e civil) pela Companhia Brasileira, no valor total de \$ 853,200,000 (oitocentos e cinquenta e três milhões e duzentos mil dólares americanos). Do total dessa penalidade pecuniária, 80% (oitenta por cento) seriam pagos às autoridades brasileiras, na forma a ser pactuada no Brasil. Confira-se:

(k) Os fatores atenuantes presentes neste caso, incluindo que, além da conduta indevida descrita na Inicial, um número de executivos da Companhia se engajou em um esquema de apropriação indébita e desvio de dinheiro que vitimizou a Companhia e seus acionistas; **e que a Companhia é uma empresa de propriedade brasileira que irá firmar, separadamente, uma resolução com autoridades brasileiras;**

(l) Desse modo, após considerar (a) a (k) acima, a Seção de Fraudes e a Procuradoria acreditam que a resolução apropriada deste caso é um acordo de não persecução com a Companhia, e a uma penalidade criminal com um desconto agregado de 25% do limite inferior da faixa de multas das *U.S. Sentencing Guidelines*; **que a Seção de Fraudes e a Procuradoria irão creditar 80% da penalidade criminal contra a quantia que a Companhia pagar às Autoridades Brasileiras, de acordo com a sua resolução, e 10% da penalidade criminal contra a penalidade civil imposta pela SEC. Com base na remediação da Companhia e no estado do seu programa de *compliance*, o acordo da Companhia em reportar à Seção de Fraudes e à Procuradoria, como estabelecido no Anexo C deste acordo (Reporte de *Compliance* Corporativo), e no fato de que a Companhia é baseada no Brasil, e que irá firmar, separadamente, uma resolução com o Brasil, e estará sujeita à supervisão das autoridades brasileiras, incluindo o Tribunal de Contas da União**

(brasileiro) e a Comissão de Valores Mobiliários, a Seção de Fraudes e a Procuradoria determinaram que era desnecessário um monitoramento independente de *compliance*.

(...) A Seção de Fraudes, a Procuradoria e a Companhia acordam ainda que a Companhia irá pagar aos Estados Unidos a quantia de \$85,320,000, igual a 10% da Penalidade Criminal Total. A Companhia acorda em pagar \$85,320,000 ao Tesouro dos Estados Unidos dentro de cinco dias úteis após o Acordo ter sido integralmente assinado. A Seção de Fraudes e a Procuradoria acordam em creditar o valor restante da Penalidade Criminal Total contra a quantia que a Companhia pagar ao Brasil, até 80% da Penalidade Criminal Total, igual a \$682,560,000, e a quantia que a Companhia pagar à SEC como penalidade civil, até 10% da Penalidade Criminal Total, igual a \$85,320,000. As obrigações de pagamento da companhia aos Estados Unidos estarão concluídas mediante o pagamento da Companhia de \$85,320,000, igual a 10% da Penalidade Criminal Total, **contanto que a Companhia pague as quantias restantes ao Brasil e à SEC, segundo seus respectivos acordos. Se a Companhia não pagar ao Brasil qualquer parte dos \$682,560,000 no prazo especificado no acordo entre autoridades brasileiras e a Companhia, a Companhia será obrigada a pagar essa quantia ao Tesouro dos Estados Unidos**, exceto que a Seção de Fraudes e a Procuradoria irão creditar até 50% da quantia paga à SEC.- (Grifou-se).

No mesmo sentido, o *cease-and-desist proceeding* prevê o seguinte (fls. 136/137 do mesmo documento eletrônico):

D. A Ré deverá, dentro de um ano da data desta Ordem, pagar uma penalidade no valor de \$ 853,200,000 à Comissão, em conexão com esta Ordem, e como descrito no acordo de não-persecução com o Departamento de Justiça referido no parágrafo 43. Se o pagamento pontual não for efetuado, juros adicionais deverão acumular de acordo com o 31 U.S.C. § 3717. A Ré deverá receber um crédito de 'dólar por dólar' até (a) **\$682,560,000 por qualquer pagamento efetuado em acordo com as autoridades brasileiras, como descrito no acordo de não-persecução com o Departamento de Justiça** referido no parágrafo 43; e (b) \$85,320,000 por qualquer pagamento exigido pela resolução da Ré com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos em conexão com o acordo de não-persecução referido no parágrafo 43.

Embora tenham seguido formalização própria do direito norte-americano, os acordos de não persecução penal e de cessação de conduta acima referidos resultaram no estabelecimento de obrigações pecuniárias com

características bem definidas. O pagamento é uma penalidade por violação à legislação anti-corrupção americana (que abrange atos praticados contra administrações estrangeiras), cuja quitação poderia ser feita mediante o pagamento de parcela expressiva (80%) às autoridades brasileiras, uma vez que as consequências pejorativas dos atos investigados afetaram bens jurídicos difusos pertinentes à realidade brasileira.

O acordo celebrado não estipulou, diretamente, a forma de quitação dos valores devidos ao Brasil. Concedeu-se à Petrobrás a possibilidade de avançar com as autoridades brasileiras – em um segundo instante – como o pagamento da penalidade seria satisfeito, com a única condição de que esses valores não fossem revertidos à própria empresa, uma vez que ela é considerada como o sujeito ativo responsável pelas práticas delituosas que geraram a investigação.

As menções ao Estado brasileiro constantes do acordo realizado entre a Petrobras e o *DoJ* e a *SEC* nos Estados Unidos foram formuladas de maneira institucionalmente impessoal – com referências ao “*Brasil*” e às “*autoridades brasileiras*” – salvo no ponto em que se consigna que o ajuste a ser celebrado com o Brasil será supervisionado pelo Tribunal de Contas da União e pela Comissão de Valores Mobiliários.

Não obstante a inespecificidade do acordo neste particular, o Ministério Público Federal no Paraná se autointitulou como autoridade competente para firmar com a empresa um “*Acordo de Assunção de Compromissos*” (documento nº 02 do processo eletrônico), cujos fundamentos incluíam os seguintes:

CONSIDERANDO que:

(...)

7. Por iniciativa do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e da PETROBRAS, as Autoridades Norte-Americanas consentiram com que até 80% (oitenta por cento) do valor previsto nos ACORDOS com as autoridades dos Estados Unidos da América sejam satisfeitos com base no que for pago no Brasil pela PETROBRAS, conforme acordado com o

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL;

8. Conforme previsto no ACORDO com a SEC e DOJ, na ausência de ACORDO com o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 100% do valor acordado com as Autoridades Norte-Americanas será revertido integralmente para o Tesouro norte-americano;

Neste ponto, já é possível identificar que as premissas sobre as quais se baseiam a avença entre o Ministério Público Federal e a Petrobras **não correspondem aos termos dos acordos celebrados entre a empresa e as autoridades estadunidenses**. Isso porque, independentemente de quaisquer tratativas que tenham sido estabelecidas, **não há**, nestes ajustes, **qualquer menção à necessidade de participação do Ministério Público Federal no processo de internalização da penalidade pecuniária a ser revertida para o Brasil**.

Ainda que o Ministério Público Federal houvesse sido designado como uma espécie de articulador especial desse processo, essa atribuição deveria ser conduzida de acordo com as previsões existentes no sistema jurídico nacional para a tutela contra atos de corrupção praticados contra a administração pública. É à luz dos padrões jurídicos do ordenamento brasileiro que se deve indagar sobre: **(i)** a natureza jurídica da penalidade aplicada; **(ii)** quem representa o Estado Brasileiro, ou seja, qual é a instituição competente para estabelecer os termos da avença no território nacional; e, conseqüentemente, **(iii)** as possíveis destinações da verba.

Como se verá, a consideração desse contexto evidencia a presença de diversas nulidades no acordo de assunção de compromisso sob exame.

II. II. - Natureza jurídica da penalidade assumida pela Petrobrás

Embora a punição aplicada à Petrobras, nos Estados Unidos, também ostente natureza criminal², no Brasil, a responsabilização de pessoas jurídicas pela

² Note-se que parte da penalidade criminal, nos Estados Unidos (10%), foi considerada quitada em razão de pagamento a título de punição civil à SEC (v., nesse sentido, o seguinte trecho do documento nº 50, fl. 66, do ADPF nº 568, Rel. Min. Alexandre de Moraes

prática de atos de corrupção contra a administração pública, nacional ou estrangeira, é viabilizada somente no âmbito administrativo e cível, nos termos da Lei nº 12.846/2013³.

Esse enquadramento é forçoso não apenas pelo evidente paralelismo entre as legislações americana (o “*Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*”) e brasileira de combate a atos de corrupção na administração pública, mas porque a atribuição de natureza penal à compensação devida pela Petrobrás ao Estado brasileiro ensejaria uma situação conceitualmente paradoxal.

Isso porque, como se sabe, os fatos delituosos que foram investigados no âmbito da jurisdição norte-americana também estão sendo objeto de profunda apuração judicial no Brasil. Ocorre que, enquanto nos Estados Unidos, as pessoas jurídicas são passíveis de ser criminalmente responsabilizadas por corrupção ou atos relativos ao suborno transnacional, no Brasil não há essa possibilidade. Lá, a multa a ser aplicada por tais ilícitos pode ter natureza criminal. Aqui, por força do disposto nos artigos 6º e 9º da Lei Anticorrupção, tal sanção tem natureza **administrativa**, a qual deve ser aplicada exclusivamente pela Controladoria-Geral da União (o que será objeto de reflexão no tópico seguinte). Nesse sentido, pede-se vênica para transcrever referidos dispositivos:

“Art. 6º Na esfera **administrativa**, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - **multa**, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração

processo eletrônico: “*A Companhia acorda em pagar \$85,320,000 ao Tesouro dos Estados Unidos dentro de cinco dias úteis após o Acordo ter sido integralmente assinado. A Seção de Fraudes e a Procuradoria acordam em creditar o valor restante da Penalidade Criminal Total contra a quantia que a Companhia pagar ao Brasil, até 80% da Penalidade Criminal Total, igual a \$682,560,000, e a quantia que a Companhia pagar à SEC como penalidade civil, até 10% da Penalidade Criminal Total, igual a \$85,320,000.*”).

³ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”

do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

...

CAPÍTULO IV

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

...

Art. 9^o **Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira**, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto n^o 3.678, de 30 de novembro de 2000.”

(os destaques não constam do original)

Diante dessa realidade jurídica, ao montante a ser destinado ao Estado brasileiro, na forma dos acordos realizados com as autoridades estadunidenses, deve-se reconhecer, no território nacional, a correspondente natureza jurídica **administrativa** da sanção imposta, havendo absoluta impossibilidade de conferir-lhe tratamento jurídico-penal⁴.

Portanto, como visto, não existe nenhum amparo para a internalização desses recursos e o reconhecimento e tratamento dos mesmos como sendo de

⁴ No documento n^o 65, fl. 05, o próprio Ministério Público Federal no Paraná admite não haver correspondência penal à sanção aplicada nos Estados Unidos. Não obstante, a fim de tentar atribuir algum espaço para sua atuação, buscam criar uma natureza civil para a sanção. Nesse sentido, expressam que “(...) os procuradores que integram a Força-Tarefa Lava Jato prosseguiram envidando esforços para conferir, em território nacional, feição jurídica aos efeitos cíveis de crimes reconhecidos no exterior por meio do ajuste celebrado nos Estados Unidos. Ou seja, entendeu-se por regular os efeitos cíveis do acordo criminal, atuando no âmbito de atribuições dos integrantes da Força-Tarefa da Lava Jato.” Na fl. 15 do mesmo documento, o Órgão Ministerial afirma que “ao mesmo tempo em que o acordo não foi um instrumento ou peça de cooperação internacional, mas apenas relacionado a tal cooperação, ele tratou de matéria de atribuição cível da primeira instância (...)”. Não obstante, ainda que fosse o caso de atribuir-se uma correspondência cível à sanção aplicada pelos Estados Unidos, nesse caso, a instituição competente para estabelecer os termos da avença no território nacional e, conseqüentemente, as possíveis destinações da verba, seria a Advocacia-Geral da União, nos termos do disposto no artigo 131 da Constituição Federal.

natureza criminal.

Frise-se, o acordo não descreve de maneira específica nenhuma conduta criminosa, nem refere consequências sobre a punibilidade na esfera penal. E nem poderia ser diferente, pois a Petrobras não pode ser criminalmente responsabilizada pelos ilícitos ocorridos no âmbito da empresa. Assim, a 13ª Vara Federal de Curitiba não tem jurisdição para homologar o acordo em questão, ainda que fosse o MPF legitimado para celebrá-lo.

Nesse contexto, a homologação do acordo ora impugnado por juízo criminal traduz patente violação ao princípio do juiz natural, assegurado no artigo 5º, inciso XXXVII, segundo o qual “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*” e inciso LIII, que dispõe que “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”. O respeito a essa garantia pressupõe a observância das regras de competência. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam o seguinte:

Juiz natural é *juiz imparcial, competente e aleatório*. É o juiz a que é constitucionalmente atribuído o dever de prestar a tutela jurisdicional e conduzir o processo de forma justa.

(...)

Juiz natural é juiz *competente*. A competência para prestação da tutela jurisdicional tem de estar *estabelecida constitucionalmente antes* da propositura da ação. (...) Tal é o significado da proibição a juízos e tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF) que é vedada ao Estado a criação de órgãos jurisdicionais *ex post factum*. Trata-se daquilo que a doutrina enxerga como *cláusula de irretroatividade* ínsita ao juiz natural.

Juiz natural é juiz cuja competência é estabelecida de forma *aleatória*. É que não é juiz natural no processo jurisdicional aquele deliberadamente *escolhido* pela parte⁵.

Na hipótese dos autos, o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba é

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Direitos Fundamentais Processuais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 793-795.

absolutamente incompetente para a homologação de acordo de natureza administrativa ou cível, o que representa o primeiro elemento inconstitucional do acordo impugnado.

II. III. – A conformação institucional do sistema brasileiro anticorrupção e a competência da Controladoria-Geral da União

A Constituição de 1988 elevou a moralidade a princípio inerente à Administração Pública direta e indireta, conferindo assento constitucional e garantias a diversas instituições responsáveis pela investigação de ilícitos administrativos e penais relacionados à corrupção.

Além dessa rede de órgãos encarregados do combate à corrupção, o ordenamento jurídico brasileiro tem recebido, ao longo dos anos, diversos diplomas legislativos que compõem o que se convencionou denominar de *sistema brasileiro anticorrupção*. Dentre eles, estão, por exemplo, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011).

Buscando um enfrentamento plural do problema⁶, essas leis instituíram uma série de instrumentos judiciais e extrajudiciais para o combate à corrupção em todos os níveis. Tendo em vista a especialidade institucional, foram discernidas diferentes atribuições para cada um dos órgãos incumbidos da defesa da moralidade administrativa.

Nesse contexto, o legislador conferiu ao Ministério Público atribuições pertinentes com o sistema de justiça penal, dentre as quais se destaca a autoridade

⁶ Como afirma Ignacio Berdugo Gómez de la Torre: “*Las implicaciones de la corrupción y por tanto la respuesta frente a la misma superan las fronteras del Derecho penal y, por tanto, puede ser analizada desde un plano económico, político, sociológico, desde su incidencia en las relaciones internacionales o desde distintas perspectivas jurídicas.*” (TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la. **La Respuesta Penal Internacional Frente a la Corrupción. Consecuencias sobre la Legislación Española.** *Revista Estudios de Deusto*, vol. 63, núm. 1 (2015). Disponível em: <<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/183/300>>. Acesso em 25/03/2019.

para firmar colaboração premiada⁷. Já a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser ajuizada pelo Ministério Público ou pelas pessoas jurídicas interessadas, em verdadeira hipótese de legitimidade concorrente disjuntiva⁸.

Os instrumentos da Lei nº 12.846/2013, entre eles a celebração do acordo de leniência, foram atribuídos à Controladoria-Geral da União - CGU.

A esse sistema interinstitucional se soma a atuação das Cortes de Contas. A ela é constitucionalmente atribuída a competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta⁹, atividade que pode resultar na responsabilização de agentes públicos e privados por atos de natureza corruptiva.

Compreendendo-se a esfera de atuação de cada órgão, é possível, como consequência, afirmar que a **juridicidade** é o traço fundamental reitor dessa atuação dos atores públicos integrantes do microssistema de combate à corrupção.

Referindo-se à política criminal internacional de enfrentamento à corrupção, ANA ISABEL PEREZ CEPEDA e DEMELSA BENITO SÁNCHEZ afirmam o seguinte:

“Puede constatarse que son muchos los peligros y muy graves las consecuencias —directas e indirectas— que origina esta «forma de destrucción del tejido social» y que fundamentan la necesidad de la lucha

⁷ Artigo 4º da Lei nº 12.850/2013.

⁸ Artigo 17 da Lei nº 8.429/1992.

⁹ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;”

contra la misma de un modo ordenado y eficaz”¹⁰.

O raciocínio é perfeitamente aplicável à organização doméstica dos mecanismos anticorrupção. Entretanto, na prática, surgem alguns questionamentos sobre a prevalência de algum órgão em relação a outro, na medida em que o mesmo ato ou conjunto de atos pode ter sanções na esfera criminal, civil ou político-administrativa.

Deve-se frisar, contudo, que não há prevalência ou subordinação de um órgão em relação aos demais. Existem, sim, espaços de atribuição e competência sistematizados, visando uma convivência harmônica e cooperativa entre os diversos órgãos integrantes desse sistema. Esses impasses devem ser solucionados de forma ordenada, com respeito às esferas de atuação que são conferidas, por lei, a cada instituição. Isso configura deferência ao princípio da legalidade, que é garantia básica de todos os cidadãos e que, portanto, deve comandar a atuação dos órgãos públicos, especialmente dos encarregados de combater a corrupção.

Da mesma forma como a Advocacia-Geral da União não dispõe de titularidade para ajuizar ação penal por crime de corrupção ativa ou passiva, o Ministério Público não pode firmar acordo de leniência, pois o artigo 16, § 10, da Lei nº 12.846/2013 dispõe que “*a Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira*”.

A lei federal, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República, elegeu a Controladoria-Geral da União, e não o Ministério Público Federal, como a instituição competente para celebrar acordos de leniência no âmbito dos casos de corrupção empresarial, o que, aliás, está perfeitamente adequado ao disposto na parte final do inciso IX do artigo 129, da Constituição, que

¹⁰ CEPEDA, Ana Perez; SÁNCHEZ, Demelsa Bento. **La Política Criminal Internacional contra la Corrupción**. Em: TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la; VECHARA, Ana Elisa Liberatore (Coord.). *Estudios sobre la Corrupción: una Reflexión Hispano Brasileña*. Salamanca: Gráficas Lope, 2012, p. 20.

veda ao Ministério Público o exercício da representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas.

Ao afirmar que a supervisão do valor pago pela Petrobras às autoridades brasileiras seria realizada por entidades como o Tribunal de Contas da União e a Comissão de Valores Mobiliários, o acordo firmado com o *DoJ* estadunidense indica que os termos “*Brasil*” e “*autoridades brasileiras*” correspondem à União, encarregada das atribuições de soberania do Estado. Nesse sentido, o Ministro ALEXANDRE DE MORAES, quando do deferimento da medida cautelar, afirmou:

O acordo entre a Petrobras e o Department of Justice (DoJ)/Securities and Exchange Commission (SEC) determinou o pagamento de US\$ 682.526.000,00 ao destinatário denominado pelas expressões “Brasil” e “autoridades brasileiras”, que, no contexto dos fatos aqui tratados, diferentemente do acordado entre Petrobras e Ministério Público Federal do Paraná, deveriam ser entendidas como remissivas à União, pessoa jurídica de Direito Público interno a quem incumbem as atribuições de soberania do Estado brasileiro.

Entretanto, em uma interpretação própria do alcance de suas atribuições pertinentes à cooperação jurídica internacional¹¹, os Procuradores da República integrantes da Operação Lava Jato em Curitiba consideraram o Ministério Público Federal no Paraná como a autoridade brasileira habilitada à celebração do acordo.

No entanto, esse entendimento discrepa da conformação institucional que o sistema jurídico brasileiro estabelece para as diferentes etapas do enfrentamento de atos de corrupção praticados por empresas contra a Administração Pública.

Cuidando-se de verba de natureza administrativa a ser paga à União em

¹¹ Frise-se, também não é o Ministério Público Federal a autoridade central nesse âmbito, mas sim o Ministério da Justiça, bem como a representação judicial e extrajudicial nesse caso competiria à Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 131 da Constituição.

razão de atos similares aos previstos no artigo 5º, *caput*, da Lei nº 12.846/2013¹², a Petrobras deveria ter buscado a celebração de acordo de leniência junto à CGU, a fim de verter os recursos ao território nacional e, assim, cumprir o avençado com as autoridades estadunidenses.

Note-se que, inclusive, há previsão de implementação de programa de *compliance* pela Petrobras (documento nº 02 do processo eletrônico, fl. 13), outro elemento que também remete à Lei Anticorrupção e, por consequência, às atribuições da CGU¹³.

A aplicação do enquadramento legal provido pela Lei nº 12.846/2013 para a internalização de sanções estabelecidas em favor do Estado brasileiro no exterior se justifica, inclusive, pela constatação de que esse recente diploma normativo teve como uma das inspirações o *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*, cujas violações resultaram na punição da Petrobras nos Estados Unidos.

Sobre a relação entre essas normas, confira-se o que afirma RENATA

¹² “Art. 5º *Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:*

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
IV - no tocante a licitações e contratos:
a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais;
ou
g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.”

¹³ “Art. 7º *Serão levados em consideração na aplicação das sanções:*

(...)

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.”

MACHADO DOS SANTOS GOMES:

Em 1977, os EUA instituíram o *Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*, tornando-se a primeira nação a criar um instrumento legal que previa sanções no âmbito cível, administrativo e penal a empresas americanas que utilizassem o suborno com o fim de obter vantagens financeiras em contratações com a administração pública estrangeira. Essa ação desencadeou um debate internacional sobre o pagamento de propina em troca de favores de servidores públicos. (BRASIL, 2016: 47) (...).

No Brasil, desde o ano de 2000, têm sido editados normativos legais a fim de cumprir com os compromissos firmados para o combate à corrupção entre diversos países. Os diplomas legais referidos incluem o Decreto nº 3.678/2000, que promulgou os termos da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transições Comerciais Internacionais (OCDE); o Decreto 4.410/2002, proveniente do acordo firmado durante a Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA), em 1996, com destaque para a normatização como ilícito do ato de pessoas físicas e jurídicas subornar agentes públicos; e, por fim, o Decreto nº 5.687/2006, resultado da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU), em 2003. (SIMÃO; VIANNA, 2017: 23).

Nessa esteira, em 2013 foi publicada a Lei nº 12.846, também conhecida como Lei Anticorrupção-LAC, prevendo a responsabilização das pessoas jurídicas por ilícitos cometidos no âmbito das contratações com a administração pública, a atenuação da penalidade às empresas que tivessem programa de integridade consolidado, a possibilidade do acordo de leniência às empresas que optassem por cooperar com as investigações de ilícitos praticados em desfavor da administração pública, entre outras inovações. (BRASIL, 2016: 63)¹⁴.

Percebe-se, assim, que as condutas e sanções imputadas à Petrobras nos Estados Unidos se amoldam àquelas que a Lei Anticorrupção brasileira busca processar e sancionar, razão que atrai a aplicação de seus institutos à espécie.

É sob a luz da Lei nº 12.846/2013 que a empresa deve ser

¹⁴ GOMES, Renata Machado dos Santos. **Os caminhos da política de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública: a construção do marco legal no Brasil e as influências internacionais.** Escola Nacional de Formação Profissional e Especialização (ENAP). Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Gestão Pública, 2017, p. 03. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3423/1/Artigo%20vers%C3%A3o%20publica%C3%A7%C3%A3o_Renata%20M%20S%20Gomes_31-03-2018.pdf>. Acesso em 28/03/2019.

responsabilizada pelas práticas delituosas apuradas no exterior, porque é essa a legislação que tutela, no Brasil, a integridade da Administração Pública brasileira em relação à conduta empresarial corruptora.

Assim, no que diz respeito aos atos de corrupção empresarial no âmbito jurídico-administrativo, a Petrobras pode, quanto a determinados fatos¹⁵, ser considerada infratora, vindo a ser responsabilizada pelos danos difusos gerados para a sociedade brasileira como um todo, em razão das falhas verificadas no seu programa de *compliance*. Nesse cenário, a autoridade brasileira legalmente designada para buscar as compensações devidas em favor da sociedade é a CGU.

O Ministério Público, e isso por força de uma série de atos normativos, possui atribuição para manusear várias espécies de termos e acordos, cada um desses pactos com características e consequências próprias. No entanto, a feitura de acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013 e que vincule todos os órgãos da administração pública federal, bem como o manuseio de outros instrumentos de natureza administrativa previstos na LAC, por expressa disposição dessa Lei, é atribuição da Controladoria-Geral da União, aos quais outros atores públicos poderão aderir, ou, ainda, atuarem de maneira coordenada e compartilhada, mas sem jamais poder invadir ou usurpar as atribuições outorgadas por Lei à CGU.

Portanto, também em razão da ilegitimidade funcional da autoridade ministerial proponente, o acordo homologado pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR se mostra viciado¹⁶.

¹⁵ Note-se que, como pessoa jurídica, no âmbito da normativa referente aos acordos de leniência, é juridicamente possível considerar a Petrobras tanto infratora quanto prejudicada, a depender das circunstâncias apuradas. Por exemplo, no acordo de leniência celebrado com a *SBM Offshore*, a Petrobras foi ressarcida. V., nesse sentido: <<https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/07/acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore-ressarcira-r-1-22-bilhao-a-petrobras>>. Acesso em 28/03/2019.

¹⁶ Tanto é assim que o próprio Ministério Público Federal, ao defender aprovação das “10 medidas contra a corrupção”, que pode ser consultado em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5_versao-2015-06-25.pdf>, defendeu necessidade de incremento legal apto a garantir-lhe legitimação para celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela prática de atos de improbidade administrativa, certo de que o ordenamento vigente não contempla essa hipótese.

Essa conclusão nada tem de inovadora. Aliás, tanto a Petrobras como o MPF são **plenamente conscientes e sabedores** dessa realidade, pois integraram a lide na qual o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao analisar os instrumentos anticorrupção previstos na Lei nº 12.846/2013, afirmou que outros órgãos podem participar em acordos de leniência. Porém, **desde que** em conjunto com a CGU, órgão ao qual o legislador outorgou, com exclusividade, a atribuição para manuseio desse instrumento de combate da corrupção. Confirma-se, nesse sentido, os seguintes trechos da ementa do julgado no Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA. 1. A Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC) estatuiu sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de natureza privada pela prática de atos contrários aos interesses do Poder Público e sua administração, tanto nacionais quanto estrangeiras. 2. O Acordo de Leniência pressupõe como condição de sua admissibilidade que a pessoa jurídica interessada em fazê-lo manifeste *prima facie* sua disposição, reconhecendo expressamente a prática do ato lesivo, cessando-o e prestando cooperação com as investigações, além de reparar integralmente o dano causado. 3. O Acordo de Leniência é uma espécie de colaboração premiada em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção, justamente para viabilizar maior celeridade e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, vis-a-vis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público. 4. Enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular, a Lei Anticorrupção (LAC) tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também, em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-os, por consequência, para o campo de incidência da LIA. 5. Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador

pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o *mens legislatoris* foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção. 6. No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microsistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução. 7. (...) 9. Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que, em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de *compliance* e não reincidência na prática de atos corruptivos, desde que confirmada a validade do acordo de leniência. 10. **A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU).** 11. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo, portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos. 12. **O acordo de leniência firmado pelo Grupo Odebrecht no âmbito administrativo necessita ser re-ratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos.** 13. (...) 14. Provido o agravo de instrumento para determinar a indisponibilidade de bens das empresas pertencentes ao Grupo Odebrecht.

(AI nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, Órgão Julgador: Terceira Turma, Julgamento em 22/08/2017).

Esclareça-se, neste ponto, que, na ação civil pública de que se originou essa decisão, a Petrobras requereu ingresso no polo ativo, ao lado da União¹⁷, tendo, inclusive, interposto Agravo de Instrumento com a pretensão de desconstituir a liminar¹⁸. Na ocasião, a companhia enfatizou: “*não há quaisquer dúvidas quanto à legitimidade (rectius, imposição) de que cada um dos órgãos atue dentro das suas respectivas esferas*

¹⁷ Evento nº 102 da Ação Civil Pública nº 5025956-71.2016.4.04.7000, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Curitiba.

¹⁸ O evento nº 214 da Ação Civil Pública nº 5025956-71.2016.4.04.7000 é o comprovante de interposição do Agravo de Instrumento nº 5020207-87.2017.4.04.0000 no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

*de competências legais e constitucionais, conclusão inarredável do princípio da legalidade*¹⁹.

Além disso, ainda que não se considerasse a equivalência do acordo celebrados entre as autoridades norte-americanas e a Petrobras ao acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção brasileira, não seria o MPF. Há basicamente duas razões para isso. Primeiro, porque o artigo 129, inciso IX, da Constituição, veda expressamente que o MPF represente o Estado brasileiro. Segundo, porque a mesma Constituição estabeleceu, em seu artigo 131, que tal representação judicial e extrajudicial compete à Advocacia-Geral da União. Assim, caso não se reconheça a competência da CGU para representar o país na internalização da multa aplicada pelos Estados Unidos, subsidiariamente, tal competência deve ser reconhecida à AGU.

De todo o exposto, percebe-se que o Ministério Público Federal pretendeu substituir-se à autoridade federal que seria legalmente habilitada para representar a União na celebração de acordo apto a cumprir a obrigação da Petrobras perante as autoridades estadunidenses.

II. IV. – Impossibilidade de definição discricionária dos recursos internalizados

Ainda que se pudesse anuir com a competência do Juízo criminal da 13^a Vara Federal de Curitiba/PR e do Ministério Público Federal para formalizar pactos com vistas à internalização das compensações assumidas pela Petrobras junto às autoridades americanas, essa atribuição jamais poderia envolver a avaliação discricionária sobre o destino das verbas.

Nos termos do acordo impugnado, 50% (cinquenta por cento) do montante depositado pela Petrobras seria destinado para investimento social em

¹⁹ Item 21 das razões do Agravo de Instrumento nº 5020207-87.2017.4.04.0000.

projetos relacionados ao combate à corrupção, e os outros 50% (cinquenta por cento) para satisfazer condenações ou acordos com acionistas minoritários.

O valor referente a investimentos sociais deveria constituir um *endowment* (fundo patrimonial), cuja administração seria feita por uma fundação de direito privado, a ser constituída no prazo de 18 (dezoito) meses após a homologação do acordo. A participação do Ministério Público Federal nesse processo está prevista em algumas cláusulas, a exemplo das seguintes:

2.4.2. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ficará responsável por buscar meios para a constituição de fundação privada (inclusive a redação de sua documentação estatutária), com sede em Curitiba/PR, e poderá contar com o auxílio de entidade(s) respeitada(s) da sociedade civil, do poder público ou do Ministério Público (p. ex., para os fins do art. 65, parágrafo único, do Código Civil, e do art. 764, II, do Código de Processo Civil) para conferir o máximo de efetividade às finalidades do acordo.

2.4.3. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL constituirá, ou zelará para que seja constituído, um Comitê de Curadoria Social (CCS), até 90 (noventa) dias após a assinatura deste ACORDO, composto por até 5 (cinco) membros, com a reputação ilibada e trajetória reconhecida em organizações da sociedade civil, no investimento social e/ou áreas temáticas cobertas na destinação deste recurso, o qual supervisionará a constituição da fundação.

(...)

2.4.2. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL no Paraná e o Ministério Público do Paraná terão a prerrogativa, em assim desejando, de ocupar um assento cada no órgão de deliberação superior da fundação mantenedora, que serão preenchidos por indicação, respectivamente, do Procurador da República Chefe e do Procurador-Geral de Justiça.

Entretanto, conforme defendido *supra*, a avença a ser realizada pela Petrobras no território nacional deveria ter como parte órgão integrante da estrutura do Poder Executivo federal, no caso, a CGU, ou de representação judicial e extrajudicial da União, no caso, a AGU. Essas são as instâncias habilitadas a se pronunciar em juízo, em nome do ente prejudicado pelas práticas empresariais de corrupção (no caso, a União), sobre quais são as formas de quitação das penalidades

definidas no exterior que são admissíveis à luz das disposições do ordenamento brasileiro.

Nessa linha de raciocínio, a solução acerca da destinação de recursos ao Estado brasileiro reside nas normas de direito financeiro. Ainda que se entendesse essa avença como um acordo *sui generis*, a conclusão seria a mesma. Não havendo derrogação das normas de direito financeiro, não existe autorização para a destinação de recursos em descompasso com a destinação público-estatal. Até porque, em *ultima ratio*, o Estado brasileiro é vítima dos ilícitos praticados pela Petrobras e que ensejaram a sanção a ela imposta pelos Estados Unidos.

Diferentemente do que foi alegado em manifestações da Petrobrás e dos Procuradores da República que participaram do acordo ora impugnado, não há fundamento normativo algum no sistema jurídico nacional para estipular a afetação de 50% do valor da penalidade arbitrada no exterior ao ressarcimento de acionistas minoritários. Esse aspecto particular do acordo homologado pela 13ª Vara Federal de Curitiba/PR reflete um direcionamento compensatório que, além de alheio às conclusões do acordo firmado nos Estados Unidos, pode – ele sim – frustrar os objetivos sancionatórios da penalidade pela quebra dos padrões jurídicos anti-corrupção do direito americano.

Isso porque, como já frisado, a União não atua no processo de internalização das penalidades aplicadas à Petrobras no exterior por práticas de corrupção como acionista dessa empresa. Ela atua, por meio da Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União, como representante do Estado brasileiro dentro do sistema anticorrupção.

Analisando-se detidamente os termos do acordo impugnado, a reserva de 50% do valor a ser pago no Brasil, para a quitação de dívidas oriundas de acordos ou decisões judiciais da Petrobras com seus acionistas, traduz uma provisão em favor da empresa para evitar que, em razão de ulteriores responsabilizações, tenha que

indenizar os prejudicados, despendendo mais recursos.

Essa cláusula pode representar, assim, uma espécie de vantagem indireta à Petrobras, pois lhe permitirá utilizar parcela de penalidade devida por ilícitos de corrupção – que, portanto, lesam difusamente o Estado e a sociedade –, para quitar dívidas que surgirem em desfavor da companhia nos próximos anos. Essa disposição do acordo sob investiva parece desobedecer à vedação, constante no ajuste celebrado nos Estados Unidos, de pretensão de ressarcimento pela Petrobras.

Dessa maneira, a reversão dos recursos ao Tesouro Nacional é a solução que melhor reflete a natureza sancionatória da penalidade imposta à Petrobras nos Estados Unidos.

A reserva de valores aos sócios minoritários configura, ademais, verdadeira desnaturação da penalidade imposta nos Estados Unidos. De fato, a título de indenização aos acionistas prejudicados naquele país, a Petrobras já havia feito um acordo em uma *class action* anterior ao *non-prosecution agreement*, o que se infere do item (j) deste documento (documento nº 50 do processo eletrônico, fl. 57), *in verbis*:

(j) A Companhia fez um acordo em uma ação coletiva de acionistas, em *Petrobras Securities Litigation*, No. 14-cv-9662 (S.D.N.Y.), relativa à conduta descrita na Inicial, pelo qual ela acordou em pagar \$2.95 bilhões;

Resta claro, portanto, que o objetivo primordial do *non-prosecution agreement* que precedeu o acordo celebrado entre Petrobras e Ministério Público Federal não era indenizar acionistas. Em outras palavras, a verba objeto da avença não tinha natureza indenizatória, mas sim sancionatória.

Dessa constatação decorre a necessidade de internalizar os recursos com respeito às normas que delimitam atribuições e destinação de valores no âmbito do sistema brasileiro anticorrupção.

Além disso, a destinação de recursos recuperados no âmbito de ações de combate à prática de atos ilícitos demanda autorização legislativa e previsão nas

leis orçamentárias, não se admitindo que possa ser objeto de livre estipulação pelas partes interessadas em acordo de leniência, cujas normas reguladoras não autorizam negociação sobre o destino dos valores envolvidos. Trata-se de domínio jurídico da legalidade estrita.

A realidade normativa brasileira não contempla, atualmente, nenhuma positivação que preveja alocação predefinida para recursos obtidos pelo Estado brasileiro dessa forma, em decorrência de penalidades aplicadas por autoridades estrangeiras. Diante da inexistência de norma de direito financeiro de teor específico, a solução mais intuitiva seria a de considerar esses recursos como ingresso ordinário de receitas, as quais deverão ser incorporadas ao orçamento da União.

Todavia, pelas peculiaridades do caso concreto (e da condição estabelecida no acordo formalizado com as autoridades americanas, de não reversão das penalidades pagas à própria Petrobrás), não parece haver empecilho absoluto à consideração da possibilidade de aplicação analógica de uma destinação fundiária dos recursos captados. No plano contábil, essa providência poderia garantir que os valores internalizados jamais se comunicariam com o orçamento da Petrobrás. E, nesse sentido, a legislação cuja aplicação seria mais pertinente seria a do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN²⁰.

Fato é, porém, que a destinação jamais poderia ser objeto de avaliação discricionária, à míngua de qualquer fundamento legal, mesmo que remoto. Em casos de penas pecuniárias oriundas de acordos de colaboração premiada, esse Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela impossibilidade de o Órgão Ministerial definir a destinação dos recursos, os quais devem ser vertidos ao Tesouro Nacional.

Apesar de não se tratar, nessa hipótese, de penalidade de natureza

²⁰ “Art. 2º *Constituirão recursos do FUNPEN:*

(...)

IV - recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se aqueles já destinados ao Fundo de que trata a Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986;”

ADPF nº 568, Rel. Min. Alexandre de Moraes

criminal (e sim, no tocante à Lei Anticorrupção, de sanção de natureza administrativa), o raciocínio dos precedentes deste e. Supremo Tribunal sobre a impossibilidade de criação de destinações fora da legislação orçamentária é aproveitável para elucidar o caso sob análise. Confira-se, por todas, o seguinte trecho da decisão proferida pelo Ministro EDSON FACHIN na Petição nº 6.890:

Com efeito, não há na lei ou no acordo definição quanto à natureza dessa multa, que parece ter, de fato, característica sancionatória mista. Porém, essa natureza não autoriza a eleição de um critério discricionário, ainda que louvável, quanto ao seu destinatário.

Nessa direção, na ausência de previsão legal ou negocial específica, cabe ao julgador valer-se da analogia (art. 4º do Decreto-lei 4.657/42) para a solução da questão.

Justamente por isso, em outras oportunidades (PET's 6.280, 6.466, 6.352, 6.454, 6.498, 6.512, 6.504, 6.491, 6.454, 6.526), adotei o entendimento do saudoso Min. Teori Zavascki na decisão da PET 5.886, segundo o qual deve-se, por analogia, aplicar o art. 91, II, "b", do Código Penal, que estabelece "a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: [...] b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso".

Trata-se, como dito, de uma analogia, pois o dispositivo refere-se à destinação do produto do crime. Tanto que há priorização, por meio da ressalva expressa, do direito da vítima, beneficiando-se a União (exceto, como no caso, ela mesma a vítima), apenas após satisfeito o direito do lesado.

A analogia, ao destinar a multa à vítima, justifica-se, conforme consta na decisão da PET 5.886, porque, nos casos referentes aos crimes delatados, o dano, ainda que não precisamente quantificado, seria presumidamente muito maior do que o valor da multa aplicada, servindo esta, portanto, de alguma maneira, também a sua compensação, tal como previsto no art. 91, II, "b", da Lei Penal.

Assim, o valor deve ser destinado ao ente público lesado, ou seja, à vítima, aqui compreendida não necessariamente como aquela que sofreu diretamente o dano patrimonial, mas aquela cujo bem jurídico tutelado foi lesado, no caso, a Administração Pública e os princípios que informam o seu regime jurídico, em especial, o da moralidade (CF, art. 37, caput, c/c §4º).

Em conclusão, também a multa deve ser destinada à União, **cabendo a ela, e não ao Poder Judiciário, inclusive por regras rigorosas de classificação orçamentária, definir, no âmbito de sua competência, como utilizará essa receita.**

(Pet nº 6890, Relator: Ministro EDSON FACHIN, Decisão Monocrática, Julgamento em 06/03/2019, Publicação em 07/03/2019; grifou-se).

Ademais, a Constituição veda expressamente sejam iniciados programas e projetos não incluídos na lei orçamentária anual, bem como a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais²¹, proibindo, ainda, a instituição de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa²².

Assim, os recursos incorporados ao território nacional por força do acordo estrangeiro deveriam ser vertidos, em regra, ao Tesouro Nacional, sendo possível, pela excepcionalidade da situação, a destinação ao FUNPEN. Frise-se, neste ponto, que os 20% da penalidade pagos nos Estados Unidos foram divididos da seguinte maneira: os 10% referentes à penalidade criminal foram pagos ao Tesouro dos Estados Unidos e os outros 10%, à SEC, como penalidade civil. Confira-se (documento nº 50, fl. 66):

A Seção de Fraudes, a Procuradoria e a Companhia acordam ainda que a Companhia irá pagar aos Estados Unidos a quantia de \$85,320,000, igual a 10% da Penalidade Criminal Total. **A Companhia acorda em pagar \$85,320,000 ao Tesouro dos Estados Unidos dentro de cinco dias úteis após o Acordo ter sido integralmente assinado.** A Seção de Fraudes e a Procuradoria acordam em creditar o valor restante da Penalidade Criminal Total contra a quantia que a Companhia pagar ao Brasil, até 80% da Penalidade Criminal Total, igual a \$682,560,000, e a

²¹ “Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;”

²² “Art. 167. São vedados:

(...)

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.”

quantia que a Companhia pagar à SEC como penalidade civil, até 10% da Penalidade Criminal Total, igual a \$85,320,000. (Grifou-se).

Ainda que se considerasse, por mera hipótese, que o acordo realizado entre a Petrobras e o Ministério Público Federal tivesse natureza de Termo de Ajustamento de Conduta, o destino das verbas recebidas também deveria ser extraído da legislação, sendo, no caso, por analogia, o Fundo de Direitos Difusos previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/1985²³.

A alegação contida no documento de nº 40 segundo a qual o montante não teria sido revertido ao Fundo de Direitos Difusos em razão do contingenciamento de suas verbas demonstra que a pretensão do Ministério Público Federal, na espécie, foi substituir-se, também, ao administrador público, responsável pela gestão dos recursos.

Em todo caso, eventual irresignação com o contingenciamento de recursos do fundo deve ser resolvida dentro da moldura do Estado Democrático de Direito, e não com a criação de soluções próprias, como ocorreu no caso. Recorde-se que, por exemplo, o contingenciamento de recursos do FUNPEN está sob análise desse Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.

Na hipótese dos autos, o Ministério Público Federal, insatisfeito com a forma de administração do Fundo de Direitos Difusos, realizou acordo que prevê a constituição de um fundo patrimonial (item 2.4 do ajuste) a ser administrado por uma fundação privada com sede em Curitiba (item 2.4.2 do acordo). Está claro que

²³ “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

§ 2º. Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.”

a providência, embora possa ter intenção louvável, representa um contorno às exigências legais e viola frontalmente a Constituição da República.

Isso porque, como se afirmou anteriormente, o artigo 167, inciso IX, do Texto Constitucional proíbe, expressamente, “*a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa*”.

Além disso, a criação de fundo patrimonial e fundação privada a ele associada retira do Tribunal de Contas da União atribuição para a fiscalização de sua aplicação. Recorde-se que a fiscalização pelo Tribunal de Contas está expressa no *non-prosecution agreement*, sendo condição essencial para a validade do cumprimento do acordo no território nacional.

Ainda que, apesar dos argumentos lançados anteriormente, se considerasse que a verba tem natureza penal, a sua destinação deveria obedecer ao disposto no artigo 91 do Código Penal, não podendo, em nenhuma hipótese, ser destinada na forma pretendida pelo Ministério Público.

Dessa maneira, a destinação acordada para o pagamento realizado pela Petrobras no ato sob invectiva está na *zona normativa de certeza negativa*, é dizer, considerando-se todas as hipóteses possíveis no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma alberga a solução adotada.

Frise-se, ademais, que os termos do acordo impugnado extrapolam as funções constitucional e legalmente atribuídas ao *Parquet*. Isso porque, como ressaltado anteriormente, o Ministério Público Federal no Paraná se elegeu, de maneira discricionária, como a autoridade brasileira habilitada a receber e dar destinação os recursos que a Petrobras deveria pagar ao Estado brasileiro, sem nenhum amparo para tal, seja no acordo celebrado, seja em normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, em manifesta extrapolação de suas funções institucionais,

o Ministério Público Federal no Paraná responsabilizou-se por buscar meios para a constituição da fundação privada (item 2.4.2 do acordo) e constituir um Comitê de Curadoria Social para supervisionar a constituição da fundação (item 2.4.3 do acordo).

A cláusula 2.4.4 do ajuste prevê, ainda, o seguinte:

2.4.4. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL no Paraná e o Ministério Público do Paraná terão a prerrogativa, em assim desejando, de ocupar um assento cada no órgão de deliberação superior da fundação mantenedora, que serão preenchidos por indicação, respectivamente, do Procurador da República Chefe e do Procurador-Geral de Justiça.

Essa previsão, além de equiparar, equivocadamente, o Procurador-Geral de Justiça ao Procurador da República Chefe no Paraná, desrespeita o disposto no artigo 129, inciso IX, do Texto Constitucional, que permite ao Ministério Público *“exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”*.

Neste ponto, a petição inicial é clara ao afirmar que os Procuradores da República signatários do acordo *“desviaram-se de suas funções constitucionais ao assumir o compromisso de desenvolver uma atividade de gestão orçamentária e financeira de recursos, por meio de uma fundação de direito privado, em situação absolutamente incompatível com as regras constitucionais e estruturantes da atuação do Ministério Público”* (fl. 16 da petição inicial).

Tanto é assim que o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba não chancelou as cláusulas que previam aprovação judicial para a formação do comitê de curadoria social responsável pela supervisão da constituição do fundo, ressaltando, ainda, que *“não tem o Juízo condições de avaliar a reputação e a capacidade técnica dos possíveis integrantes do grupo”* e que *“depois de constituída, a composição e gestão da fundação não se sujeitarão à prévia franquia jurisdicional”*.

Assim como essas atividades não competem ao Poder Judiciário no exercício de sua atividade-fim, também não se inserem dentre as atribuições dos

membros do Ministério Público.

Conclui-se, assim, que o ato sob invectiva fere a Constituição da República, pois desrespeita o princípio do juiz natural; a legalidade ínsita à atividade dos órgãos públicos; as regras constitucionais referentes às receitas e despesas públicas e o plexo de atribuições conferidas ao Ministério Público.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência do pedido formulado pela requerente, nos seguintes termos:

1. Seja reconhecida a nulidade do acordo de assunção de obrigações celebrado entre o Ministério Público Federal e a Petrobras, homologado pela 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.
2. Seja reconhecido que, no Brasil, a sanção aplicada nos Estados Unidos corresponde à multa própria prevista na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), de natureza administrativa e cuja competência para aplicação é da Controladoria-Geral da União.
3. Seja reconhecido, nos termos da Lei Anticorrupção, que compete à Controladoria-Geral da União representar a sociedade e Estado brasileiro no tocante à internalização das sanções impostas pelos Estados Unidos à Petrobras em decorrência dos ilícitos relacionados à denominada Operação “Lava Jato”; ou que, subsidiariamente, nos termos do artigo 131 da Constituição, compete à Advocacia-Geral da União essa representação.
4. Seja reconhecido que os valores objeto das sanções impostas pelos Estados Unidos no caso revertam, em sua integralidade, à União, na qualidade de representante da sociedade brasileira, vítima dos ilícitos praticados no âmbito da Petrobras.

5. Seja reconhecido que, via de regra, valores recebidos pelo Estado brasileiro em decorrência da internalização de penalidades dessa natureza devem ser destinados e utilizados em estrita conformidade com as normas constitucionais e legais de natureza financeira e orçamentária do país.
6. Por fim, seja reconhecido que, diante das peculiaridades do acordo firmado pela Petrobrás com autoridades norte-americanas, em especial no que se refere à cláusula de não reversão das penalidades em benefício da Companhia brasileira, é excepcionalmente legítima a destinação fundiária dos valores devidos à União na espécie, mediante aplicação analógica da legislação do FUNPEN (artigo 2º, inciso IV, da LC nº 79/1994).

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em atenção ao despacho proferido por Vossa Excelência aos 13 de março de 2019, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, 1º de abril de 2019.

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA
Advogado-Geral da União

IZABEL VINCHON NOGUEIRA DE ANDRADE
Secretária-Geral de Contencioso

MARIA HELENA MARTINS ROCHA PEDROSA
Advogada da União