

**Direito antitruste, Lei Anticorrupção e acordo de leniência: o caso
*Odebrecht***

**Antitrust law, Anti-corruption law and lenience agreement: the *Odebrecht*
case**

Emerson Ademir Borges de Oliveira

Coordenador-Adjunto e Professor Permanente do PPGD da Universidade de Marília

Advogado e parecerista

Av. Higino Muzi Filho, 1001 - Mirante, Marília - SP, 17525-902, Brasil

emerson@unimar.br

<https://orcid.org/0000-0001-7876-6530>

Julienne de Melo Kill Aguirre

Mestranda em Direito pela Universidade de Marília

Analista Judiciária e Gestora Judiciária do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso (Brasil)

Av. Higino Muzi Filho, 1001 - Mirante, Marília - SP, 17525-902, Brasil

julienneaguirre@icloud.com

<https://orcid.org/0000-0001-8168-4253>

Julho de 2020

RESUMO: O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, edificado pela Lei 12.529/2011, recebeu, em 2013, importante aporte advindo da Lei Anticorrupção (Lei 12.846). Em um dos aspectos em comum, as leis estipulam o Programa ou Acordo de Leniência, destinado ao reconhecimento da infração econômica e da prática corruptiva empresarial, com facilitação na apuração das infrações, bem como de eventuais coautores, em troca de benefícios quanto aos aspectos punitivos. O presente ensaio pretende, num primeiro momento, compreender a origem e evolução histórica da “leniência” no Brasil, diferenciando os institutos previstos na Lei do CADE e na Lei Anticorrupção. E, num segundo momento, delinear uma análise do acordo de leniência celebrado pela Odebrecht em razão de práticas apuradas no âmbito da Operação Lava Jato. O trabalho possui método dedutivo, partindo-se da análise dos institutos legais em direção a um caso prático, erguendo-se a partir de análise bibliográfica e dos termos do acordo em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Leniência; Programa de leniência; Lei do CADE; Lei Anticorrupção; Caso Odebrecht.

ABSTRACT: The Brazilian Competition Defense System, built by Law 12,529 / 2011, received, in 2013, an important contribution from the Anti-Corruption Law (Law 12,846). In one of the aspects in common, the laws stipulate the Leniency Program or Agreement, aimed at recognizing the economic infraction and the corruptive business practice, facilitating the investigation of infractions, as well as any co-authors, in exchange for benefits regarding the punitive aspects. This essay intends, at first, to understand the origin and historical evolution of “leniency” in Brazil, differentiating the institutes foreseen in the CADE Law and in the Anticorruption Law. And, in a second step, to outline an analysis of the leniency agreement entered into by Odebrecht due to practices found in the scope of Operation Lava Jato. The investigation has a deductive method, starting from the analysis of legal institutes towards a practical case, rising from bibliographic analysis and the terms of the agreement in question.

KEY WORDS: Leniency Agreement; Leniency program; CADE Law; Anticorruption Law; Odebrecht case.

SUMÁRIO:

1. Introdução
 2. O instituto “acordo de leniência”
 3. A Odebrecht e os Acordos de Leniência
 4. Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

A Lei Anticorrupção (Lei n.12.846/13) dialetiza com o princípio da moralidade insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A despeito de sua *vacatio legis* até fevereiro de 2014, somente fora regulamentada pelo Decreto 8.420, de 18 de março de 2015. Logo a princípio, deparou-se com casos complexos, como o “Petrolão” e “Lava-Jato”¹, os quais envolviam valores vultosos.

Costa² e Simão e Viana³, ao discorrer sobre a evolução histórica nacional e internacional das leis anticorrupção, sintetizam a seguinte sequência: a) a *Foreign Corrupt Practices Act* – (FCPA), de 1977, editada nos Estados Unidos para tratar de práticas corruptivas praticadas por empresas norte-americanas no exterior; b) Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1997, da Organização dos Estados Americanos (OEA), e a Convenção sobre o combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, também de 1997, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); c) em 2002, no Brasil, a referida convenção da OEA foi ratificada e, posteriormente, promulgado o Decreto Presidencial n. 4.410/2002, além de ser incluído, no Código Penal, o capítulo “Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”, em decorrência da referida Convenção; d) a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, também conhecida como “Convenção de Mérida” ou “Pacto de Mérida”, de 2003, a qual ensejou, anos depois, a promulgação do Decreto n. 5.687/2006 pelo Brasil.

De acordo com Borges de Oliveira e Dias⁴, vivenciamos um período de combate à corrupção em todo o nosso planeta. Após os atentados ao *World Trade Center* em 11 de setembro de 2001, as nações envolvidas notaram a proximidade que a corrupção possui com o tráfico de armas, de drogas e pessoas e com o próprio terrorismo. E que, para se combater o terrorismo, devemos conclamar um enfrentamento global a todas as transações financeiras ocultas e criminosas, combater os paraísos fiscais, ampliar o acesso a dados das referidas transações e compartilhar os dados fiscais entre os países, fortalecendo, assim, os tratados internacionais,

¹ A operação teve início em 17 de março de 2014 e conta, atualmente, com mais de 50 fases operacionais, a maioria autorizadas pela 13ª Vara Federal de Curitiba. Durante a investigação, identificou-se a participação de políticos do alto escalão dos Poderes Executivo e Legislativo, nas esferas federal e estadual, em conluio com altos funcionários da petrolífera Petrobras e empresários de construtoras brasileiras, incluindo a Odebrecht.

² NATÁLIA LACERDA MACEDO COSTA, “‘Nudge’ como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil”, in *Revista de Informação Legislativa*, v. 54, n. 214, Brasília, abr/jun 2017, pp. 94-95.

³ Como ensinam VALDIR MOYSES SIMÃO E MARCELO PONTES VIANNA, *O acordo de leniência na lei anticorrupção, histórico, desafios e perspectivas*, Trevisan, São Paulo, 2017, p. 21-23: “[...] Lei Anticorrupção não surge do vácuo, mas sim do cenário internacional de compromissos firmados entre diversos países de reprimir a conduta de empresas que atuam de forma antiética. Sobre o tema, é necessário trazer à baila a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, e incorporada ao ordenamento pátrio por meio do Decreto 3.678/2000. Trata-se de texto adotado no âmbito da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), cujo conteúdo, apesar de não ser membro efetivo daquele organismo, o Brasil se comprometeu a adotar [...] Posteriormente, em 2002, o Brasil ratificou o texto da Convenção Interamericana contra a Corrupção por meio do Decreto 4.410/2002. Ainda sobre o tópico em debate, a Convenção visou sensibilizar os países signatários da importância de reprimir a conduta de pessoas e empresas que corrompessem agentes públicos”.

⁴ EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA E JEFFERSON APARECIDO DIAS, *Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017, pp. 182-183.

de modo que as empresas sejam de facto punidas em seus países de origem no caso de prática de corrupção contra as administrações públicas⁵.

A Lei 12.846/2013 está umbilicalmente ligada ao Direito Administrativo, uma vez que enfatiza os atos ilícitos – por vezes, de difícil identificação – praticados em licitações e contratos, envolvendo os entes federativos. Para o escopo de aplicação de sanções administrativas, ela se utiliza da “teoria da responsabilidade objetiva” das empresas e possui um especial atributo de extraterritorialidade, almejando investigar e punir ilícitos praticados por empresas brasileiras também cometidas no exterior, isto é, contra a administração pública estrangeira.

No contexto da responsabilidade objetiva no âmbito administrativo, basta a comprovação de existência do facto, do resultado ilícito e do nexo de causalidade entre eles. Não há necessidade de análise de culpa ou dolo por parte da empresa para aplicação das sanções previstas em lei (no que é um verdadeiro *versari in re illicita*), em especial para a multa e publicação da decisão condenatória – *name on shame*. Curiosamente, ao tratar das condutas ilícitas em licitações e contratos, a lei utiliza o verbo “fraudar”, o qual expõe o ânimo doloso e torna sua comprovação mais dificultosa na esfera extrajudicial.

A Lei Anticorrupção preencheu uma “relativa lacuna” havida em nosso ordenamento jurídico, em especial considerando que a Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) volta-se à proteção do ente público no tocante aos ilícitos praticados por pessoas físicas – ainda que havendo possibilidade de efeitos secundários nas pessoas jurídicas. Deve-se salientar que mesmo antes da LAE já existiam leis orgânicas de Tribunais de Contas prevendo sanções administrativas às empresas. Com a Lei Anticorrupção completam-se as esferas de sancionamento dos ilícitos que envolvam atos corruptivos, quer seja nos campos cível, criminal ou administrativo.

Há neste novo microsistema legal dois caminhos de punição: processo administrativo e o processo judicial; assim uma mesma empresa poderá ser responsabilizada pelos mesmos fatos na esfera administrativa, por meio de comissão processante, e no âmbito judicial, por um juiz togado, com ambas as hipóteses e sanções previstas na LAE, sem prejuízo de incorrer em delito criminal e nas hipóteses previstas em outras leis, como a Lei de Licitações e a Lei de Improbidade Administrativa.

As sanções administrativas envolvem a aplicação de multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória⁶; já as civis variam entre o perdimento de bens, direitos ou valores, a

⁵ Vide o que dispõe CAIO CÉSAR COELHO RODRIGUES, *Entre elites, corporações e corrupção, as relações entre a Odebrecht e o Estado brasileiro*, Dissertação (Mestrado CMAE) – FGV, São Paulo, p. 18, “Nesse sentido, para o propósito deste trabalho, entende-se corrupção como uma rede estabelecida hierarquicamente com conexões que envolvem atos individuais e arranjos sistêmicos para ganhos privados (pessoais e organizacionais) em detrimento da coisa pública”.

⁶ Na esfera administrativa, há sanção pecuniária de 0,1% até 20% do faturamento bruto da empresa ou, no caso de impossibilidade de se valer do critério do faturamento bruto, entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais); há, ainda, a possibilidade de publicação da decisão condenatória na internet, na repartição da empresa e em jornal de grande circulação. A sanção, além de moral, repercute também financeiramente, pois reflete na marca da empresa de forma contundente. Daí ser alcunhada *name on shame* (“envergonhar o nome”). Quem conduz e instaura esse processo na esfera do Executivo da União é a autoridade máxima do órgão e, de forma concorrente, a Controladoria-Geral da União, que também tem poderes para julgar o processo. Aliás, segundo a LAE, a CGU pode instaurar, conduzir, julgar e fazer a inscrição na dívida ativa sem necessitar da participação do TCU.

suspensão ou interdição parcial das atividades, e até mesmo a dissolução compulsória da pessoa jurídica ou a proibição de receber incentivos, subsídios, *ex vi*, por um período de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

Para as sanções de natureza civil, o processo judicial segue o rito da ação civil pública, consoante Lei 7.347/1985, podendo ser ajuizada pelo Ministério Público ou pelas advocacias dos entes federativos.

Os dois caminhos são relativamente independentes, segundo o princípio da autonomia e independência das instâncias. Porém, se o Ministério Público entender estar havendo omissão do agente administrativo no sentido de instaurar o referido procedimento, ele assume o poder-dever de requerer ao juízo que aplique, além das sanções civis, aquelas de cunho administrativo.

Em termos metodológicos, a análise deste trabalho possui natureza dedutiva, iniciando-se com a análise da lei e direcionando-se ao caso concreto. Possui amparo substancialmente bibliográfico.

2. O instituto “Acordo de Leniência”

A palavra “leniência” significa “tolerância”, mas, juridicamente, vincula-se à ideia de “cooperação” e é uma espécie de solução consensual de controvérsias. O “Acordo de Leniência” encontra amparo constitucional nos artigos 170 e 173 da CF, de forma indireta, ao abordarem os princípios da ordem econômica e a defesa do patrimônio público. O instituto nasce inserido nos mecanismos da lei de combate à corrupção e já possuía previsão em legislação específica, *vide* a Lei 12.529/2011, a qual trata do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência, e que dispõe, além do referido instituto, do termo de compromisso de cessação, como alternativa ao processo administrativo sancionador, no combate ao cartel⁷. É um instituto novo, semelhante ao da delação premiada das pessoas físicas e de origem anglo-saxônica, com influência do *plea bargaining*. Administrativamente, é firmado pela Controladoria-Geral da União, porém compete ao Tribunal de Contas da União calcular o valor a ser devolvido ao erário.

Tal instituto permite à primeira pessoa jurídica suscitante a celebração de acordo para minimizar a pena através de uma singelo câmbio com a administração: a empresa confessa as suas ilicitudes, colabora com a verticalização das investigações, comparece a todos os atos, suportando os respectivos custos, compromete-se a cessar as suas práticas ilícitas organizacionais, ressarcir o dano aos cofres públicos e, em contrapartida, é premiada com punições mitigadas, *ex vi*, com a redução de até 2/3 (dois terços) da multa, a não publicação da decisão condenatória e a possibilidade de ter uma isenção das sanções aplicadas no âmbito

⁷ Cfr. RENEE DO Ó DE SOUZA, *Os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2019, pp. 82 e ss.

da Lei 8.666/1993 e da Lei 10.520/2002, sanções vinculadas à proibição de contratar, de ser licitante e suspensão da declaração de inidoneidade.

A sua função é de âmbito administrativo e, portanto, não isenta o criminoso, não impede a produção de provas e, ainda, potencializa a investigação criminal ao colocar a empresa em auxílio do Poder Público. É um esforço de resgate da empresa corrupta junto à sociedade. A lei não objetiva o encerramento de suas atividades, mas sim a punição exemplar dos infratores. Nasce da necessidade da intervenção para a recomposição do normal funcionamento do livre-mercado e para a salvaguarda da concorrência leal. O acima exposto devolve a credibilidade aos agentes econômicos e a integridade à Administração Pública pátria e estrangeira.

O “Acordo de Leniência” aplica a lógica da chamada “teoria dos jogos”, em especial o “dilema do prisioneiro”, oriundo da análise econômica do Direito, em que os investigados promovem cálculos econômicos quanto às vantagens, perigos, despesas e chances decorrentes de seus atos. É um mecanismo investigativo de combate à corrupção através do qual, assim como na “delação premiada”, há a oferta de benefícios consideráveis à pessoa jurídica que leva ao Estado persecutor uma compensação proporcional à relevância das informações que viabilizem o sucesso da investigação (as quais devem ser relevantes, novas, desconhecidas, não disponíveis até então e, não sendo dessa forma, o acordo não é oficializado ou é rescindido e ela perde o seu benefício), a desarticulação da organização criminosa e a obtenção de resultados maiores e positivos ao Estado. É uma espécie de transação ou técnica de negociação de pena.

O acordo retira a estabilidade entre os integrantes da organização criminosa quanto ao seu pacto de silêncio, estimulando uma disputa entre seus pares quanto a quem estreará a colaboração com a investigação, de forma que não se favorece o atrasado. Logo, na lógica dos jogos, se um dos envolvidos se move antes dos demais trará vantagens para si e desvantagens aos demais.

Descabe, a nosso ver, invocar o interesse econômico nacional como causa de isenção da aplicação das sanções previstas na legislação, vez que tal conduta é veementemente proibida nos acordos internacionais dos quais o Brasil também é signatário. Essa regra advém das nações desenvolvidas a fim de transpor o paradigma anterior, segundo o qual a prática de corrupção pelas empresas, de forma isolada, nos países estrangeiros era tida como conduta natural expansionista – e, portanto, lícita ou, no mínimo, atípica – por seu país de origem.

Daí até a regra disposta no artigo 5 da OCDE: “A investigação e o processo de suborno de um funcionário público estrangeiro (...) não serão influenciados por considerações de interesse econômico nacional, os possíveis efeitos relações com outro Estado ou a identidade das pessoas singulares ou coletivas envolvidas”.

Historicamente recalcitrante a essas investidas, a França, por muitas vezes, viu conduta antieconômica na aplicação extraterritorial da sua lei, de forma a punir empresas francesas que agissem de maneira ilícita fora do país. Em junho de 2019, o Relatório Gawain valia-se de

teorias conspiratórias norte-americanas e da soberania francesa para pretender o afastamento dessas punições. O *think tank* desenvolvido, antes, buscou amparo em um rol de grandes empresas francesas, como *AirFrance*, *Carrefour*, *Danone*, *Accor Hotels*, dentre outras.

Entre nós, de acordo com Ferreira Filho e Amaral⁸, segundo a lei, a Controladoria-Geral da União é o órgão do Executivo mais hábil a celebrar os acordos de leniência. Entretanto, é de se asseverar que é provável que a referida instituição desconheça todas as provas colhidas na esfera penal, uma vez que muitas delas são sigilosas durante grande parte do procedimento persecutório, o que ensejaria dúvidas quanto à sua potencial condição de mensurar a utilidade e ineditismo das informações trazidas. Assim, o órgão vocacionado a tal avaliação seria mesmo o Ministério Público, até em razão da natureza jurídica do instituto e a conexão da corrupção com outros crimes.

A Advocacia Pública — no caso da esfera federal, a Advocacia Geral da União -, da mesma forma que a CGU, poderia conduzir o acordo de leniência. Porém, dadas as razões acima, em ambos os casos, por prudência, seria recomendável a colheita de parecer prévio do MP antes de se firmar um acordo dessa magnitude. E, após homologá-lo em juízo para que se atribua ao ato a segurança jurídica aos envolvidos, bem como a legitimação social.

Parafraseando os ensinamentos de Borges de Oliveira⁹, além do plebiscito, do referendo e do *recall*, o Poder Judiciário é uma via de controle constitucional da democracia a ensejar do magistrado uma postura de orientação política. Isso tudo diante de um quadro de sensibilidade e delicadeza típicas do regime democrático, justamente por ser um regime de liberdade da sociedade, com um “quê” de conflito, a exigir estabilidade e respeito pelas instituições, o sufrágio honesto pelo povo e a atuação responsável da oposição, sem os quais haverá um terreno fértil à barganha, ao favorecimento à corrupção e, portanto, à erosão da democracia.

Segundo Luhmann¹⁰, em *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, não por acaso, a ética e a política são trabalhados como elementos dissociados entre si, considerando que os indivíduos são conscientes — apesar de, muitas vezes, fingirem o contrário — de que sozinhos não são capazes de controlarem todos os seus instintos — de onde, inclusive, surge a necessidade do controle social pelo Direito, conforme Émile Durkheim -, fazendo com que a sociedade trabalhe as suas subjetividades relacionando-as entre si, controlando os comportamentos uns dos outros e mantendo a *philia* (amizade) por utilidade (seja pela paz social ou até mesmo econômica). Ressalta, ainda, o referido autor, que em *Ética a Eudemo*, o filósofo grego revelava que a política objetivaria principalmente o fomento das amizades e que, historicamente, a sociedade preteria a função privada em detrimento da amizade, o que posteriormente evoluiu para o inverso: notou-se, em dado momento, que as demandas de

⁸ ADELINO BORGES FERREIRA FILHO E ANA CLÁUDIA CORRÊA ZUIN MATTOS DO AMARAL, "Análise econômica do acordo de leniência na lei anticorrupção da pessoa jurídica", In *Revista Argumentum*, v. 19, n. 3, Marília, set/dez 2018, p. 853.

⁹ EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA, *Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade*, Juruá, Curitiba, 2015, p. 15.

¹⁰ NIKLAS LUHMANN, *Teoria dos sistemas na prática*, Volume I, *Estrutura social e semântica*, Vozes, Petrópolis, 2018, p. 29-37.

justiça e de amizade pessoal seriam antagônicas e que a política de fato tende a corromper as amizades.

De acordo com Costa¹¹, a solução para a corrupção sistêmica poderia vir de pesquisas mais aprofundadas na área da Economia Comportamental (*Behavioral Economics*), ramo interdisciplinar elaborado por Simon em 1955 e consolidado por Kahneman e Twersky em 1974, que investiga a forma como os seres humanos tomam as suas decisões, considerando que eles teriam uma racionalidade “limitada”.

A referida autora discorre em seu artigo sobre a “Teoria do Paternalismo Libertário”, oposta do sistema de regulação pura (comando e controle), propondo a elaboração de políticas preservadoras do livre arbítrio, apesar de poder exercer influência indireta e sutilmente sobre o comportamento humano, por intermédio de estímulos comportamentais denominados “nudges”, que poderiam ser, no caso do combate à corrupção: políticas públicas de estímulo à preservação do meio ambiente, poupanças públicas, fomento à doação de órgãos, plataformas eletrônicas nos processos administrativos licitatórios menos burocráticos, portais da transparência, a criação de cadastro positivo de empresas, motivar a cultura de fiscalização cidadã quanto à aplicação dos recursos públicos etc¹².

Na linha acima indicada, pesquisas¹³ evidenciaram que pequenos lembretes e alertas podem funcionar como uma dessas ferramentas, e que eles deveriam ser curtos e serem percebidos antes de submeter as pessoas às tentações. O ponto de referência é alterado de forma a chamar a atenção ao cumprimento da lei e não ao seu oposto, assim, a pressão se dará inconscientemente em favor das boas práticas sociais e adequação às normas. Percebeu-se que as pessoas desejam orgulharem-se delas mesmas, independentemente do tipo de profissão que desempenham, mas, antagonicamente, optam por se beneficiarem da desonestidade, de forma que pequenas transgressões — corrupções — são aceitas. Haveria, então, a necessidade de se articular pesquisas no sentido de reduzir tais tolerâncias.

Na seara da temática específica envolvida, a Lei Anticorrupção não impõe a quantificação do dano ao erário como elemento do acordo, mas assevera que ele não afasta o dever de indenizar integralmente o dano; além disso, estabelece que o cálculo do dano cabe a outro processo.

Segundo o Ministro do Tribunal de Contas da União, Zymler¹⁴, para que a Advocacia Geral da União conseguisse quantificar os débitos infligidos pela corrupção em determinado órgão — ao débito soma-se uma multa de até 3 vezes o valor desse débito — utilizou-se o seguinte método, fruto de um estudo econométrico feito pela SEINFRO Operações e Rigor Matemático: basicamente, calculou-se qual era o preço derivado das operações cartelizadas em comparação com uma situação contra-fática, que seria a “não atuação em cartel”. No caso da Petrobras,

¹¹ NATALIA LACERDA MACEDO COSTA, “Nudge’ como abordagem regulatória...”, cit., p. 97.

¹² *Idem, Ibidem*, p. 99.

¹³ A exemplo da pesquisa realizada pelo Banco Mundial, intitulada *Report, Mind, Society, and Behavior*, conforme apontada por NATALIA LACERDA MACEDO COSTA, “Nudge’ como abordagem regulatória...”, cit., p. 101.

¹⁴ BENJAMIN ZYMLER, “Distribuição de prejuízos”, [Entrevista concedida a] Marcelo Galli, *Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 nov. 2017, Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-25/entrevista-benjamin-zymler-conselheiro-tcu>, Acesso em 02 fev 2020.

apurou-se que a empresa pagava 17% a mais nas operações cartelizadas e, a partir desse dado, deve ser analisado cada contrato feito pela petrolífera.

Em que pese possa o “Acordo de Leniência” isentar totalmente a pessoa jurídica de suas penalidades no âmbito administrativo, tal isenção serviria somente para evitar que o órgão administrativo signatário do acordo lhe sancione (multas substanciais, *ex vi*), mas não impede outras responsabilizações — civil e penal -, com reflexo, inclusive, nas pessoas físicas ligadas à pessoa jurídica signatária, gerando insegurança jurídica aos celebrantes e embate de competências entre os legitimados a celebrarem tal acordo.

Assim, Sales e Andrade¹⁵ sugerem os seguintes passos aos envolvidos para uma transação mais eficiente com o Estado sob a ótica da empresa (e das pessoas físicas que a compõe): 1.º) a empresa deve abrir uma investigação interna para identificar as pessoas físicas envolvidas (executivos, funcionários etc.); 2.º) tais pessoas devem procurar o Ministério Público para tentar obter Delação Premiada; 3.º) a pessoa jurídica pleiteia a celebração do “acordo de leniência”; 4.º) levam-se ambos os institutos à homologação judicial.

Ressalte-se, ainda, por se estar diante de um microsistema legal, apesar do exposto acima, em que pese a pessoa jurídica ficasse protegida de grande parte dos órgãos de controle da administração pública brasileira, restaria a possibilidade do Tribunal de Contas da União perseguir a diferença entre aquilo que a pessoa jurídica efetivamente devolveu à sociedade e aquilo que o referido órgão calculou que eventualmente esteja pendente de devolução por parte da empresa.

É de se frisar que, desde 2003, já foram firmados mais de 90 (noventa) acordos de leniência no Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, dos quais dezesseis ocorreram no âmbito da Operação Lava-Jato¹⁶.

3. A Odebrecht e os Acordos de Leniência

A *Odebrecht* representa hoje um conglomerado *holding* de várias outras empresas. Fundada em Salvador, no ano de 1944, por Norberto Odebrecht, está presente no Brasil e em mais outros 26 países¹⁷. Dentre os milhares de empreendimentos e obras em que atuou, construiu a Usina Hidrelétrica de Correntina, em 1952, atuou em várias locações da Petrobras, inclusive em sua sede na Avenida República do Chile, no Rio de Janeiro (EDISE), construiu o Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro-Galeão, em 1952, e a Usina Nuclear Angra I, em 1969. O grupo, ainda, operou no Peru e no Chile, em 1979, criou sua própria holding, em 1981,

¹⁵ ALEXANDRE AROEIRA SALES E DOORGAL ANDRADE, *Via justiça*, “acordo de leniência”, [Entrevista concedida a] Carlos Lemes, Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=2QcCxuLyISc>, Acesso em 05 fev 2020.

¹⁶ CADE, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *CADE celebra acordo de leniência com Odebrecht para investigar cartel em obras de aeroportos*, Disponível em <http://www.cade.gov.br/notivias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-com-odebrecht-para-investigar-cartel-em-obras-de-aeroportos>, Acesso em 04 set 2019.

¹⁷ ODEBRECHT, *História*, Disponível em <https://www.odebrecht.com/pt-br/organizacao-odebrecht/historia>, Acesso em 21 out 2019.

construiu a Hidrelétrica de Capanda, em Angola, em 1984, expandiu-se para Argentina, Colômbia, EUA, México, Portugal e Venezuela, entre os anos de 1987 e 1992, construiu plataformas de exploração de petróleo para a *Petrobras*, em 1993, e se transformou no maior grupo petroquímico brasileiro, em 2001, reunindo as empresas desse setor na *Braskem*. De 2006 e 2012 ampliou seu campo de atuação, incluindo áreas agroindustrial, ambiental, logística, estaleiros, estádios da Copa e atuação no ramo imobiliário. Em 2008, construiu a Hidrelétrica Santo Antônio.

Em 2014, inicia-se a *Operação Lava Jato*, trazendo-lhe desdobramentos imensuráveis. Já em 2016 assina acordo de leniência com o Ministério Público Federal e, em 2018, com a Advocacia-Geral da União e com a Controladoria-Geral da União, incluindo atos como financiamentos irregulares de campanha, pagamento de propinas e outros decorrentes de uma famigerada cultura de corrupção.

Atualmente, a *Odebrecht* controla várias outras empresas, tais como a *Ocyan* (óleo e gás), o *Estaleiro Enseada*, a *OR* (incorporadora), a *Odebrecht Energia*, a *Atvos* (sucroalcooleiro), a *Braskem* (petroquímica que tem a *Petrobras* como sócia) e a *Odebrecht Engenharia e Construção*. Evidente que o impacto negativo à companhia traz reflexos igualmente grandiosos¹⁸.

Em abril de 2019, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/CADE), com a intervenção do Ministério Público Federal do Distrito Federal, fechou acordo de leniência no âmbito da *Operação Lava-Jato* com a *Construtora Norberto Odebrecht* e alguns de seus ex-funcionários, visando investigar a eventual existência de cartel envolvendo as obras de ampliação aeroportuárias operadas pela *Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO*, nas quais cerca de dezenove empresas e respectivos funcionários teriam agido anticompetitivamente, combinando resultados licitatórios no afã de partilharem partes das mencionadas obras. É um caso clássico de manifestação do individualismo, descrito por Borges de Oliveira e Dias (2017)¹⁹, e que é um dos três pilares ideológicos do Estado Liberal.

Para a Lei 12.529/2011, a combinação entre os concorrentes quanto aos preços, divisão de mercados, ofertas, etc., é considerada como prática de cartel. E nos casos específicos de licitações públicas, os competidores oferecem produto/serviço, combinando as condições de modo a acarretar, entre outros prejuízos, preços maiores e poucas opções de oferta, ensejando

¹⁸ Nesse sentido, assevera WILSON DA COSTA BUENO, "Crise reputacional e comunicação de marca: a estratégia da Odebrecht para 'lavar' a sua imagem", In *Revista Famecos*, v. 25, n. 2, Porto Alegre, mai./ago. 2018, "Mais de 100 mil funcionários perderam o emprego em apenas dois anos desde que a crise foi desencadeada e as ações da empresa sofreram abalo devastador. Preocupada com as consequências desastrosas do escândalo, a empresa tomou uma série de providências (na verdade, foi obrigada a isso em nome da própria sobrevivência do Grupo que depende da continuidade dos contratos em andamento e da possibilidade de realizar novos contratos). Dentre estas, podemos destacar o acordo de leniência com a Controladora Geral da União, com o desembolso de pesada multa; e a revisão drástica da sua política de governança, de compliance associada à garantia dada pelo Grupo Odebrecht de que está agora comprometido com uma nova postura em termos de gestão e negócios."

¹⁹ EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA E JEFFERSON APARECIDO DIAS, *Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica*, cit., p. 47-49: "O individualismo de que tratamos [...] preocupado na obtenção subjetiva das próprias pretensões de cada um, sem uma preocupação mais irrestrita com a sociedade como um todo. [...] a concepção de Estado é a de que a máquina deve servir ao indivíduo em particular, protegê-lo em suas liberdades e não se opor quando este desejar alcançar a satisfação de seus interesses. [...] é uma visão egoística da própria existência. [...] Do individualista há afastamento dos valores sociais, porquanto a expressão do Estado é no total sentido de atender somente a ele [...] dando margem à formação de privilégios".

prejuízos aos cofres públicos, que consequente e posteriormente respingam nos consumidores finais.

Em dezembro de 2016, a *Odebrecht S.A.* acordou com o MPF o pagamento de R\$3,83 bilhões em indenizações em parcelas que durarão até o ano de 2023. Já na *Braskem*, que também é controlada pela *Odebrecht*, mas não foi incluída na recuperação judicial, o acordo custou R\$3,13 bilhões, parcelados até o ano de 2022. Os acertos foram cancelados pela CGU e pela AGU.

Atualmente, a *Odebrecht* recuperou os seus negócios com a *Petrobras* através de várias ações focadas numa transmutação de seu modo de agir, dentre os quais está o compromisso de que a empresa não seja presidida por algum membro da própria família de seus fundadores, que seja elaborado um comitê atuante em conjunto com o Conselho de Administração, bem como que parte desses membros sejam independentes, e que a maneira de celebração de contratos possua uma rígida diretriz ética.

Contemporaneamente, a *Odebrecht* tenta na Justiça a renegociação dos acordos feitos em outros países, para os estender até 2028 (*Odebrecht*) e 2027 (*Braskem*), permanecendo inalterados os acordos de leniência fechados no Brasil, a fim de preservar o funcionamento das empresas e suas vendas de ativos, com vistas às suas recuperações judiciais. Há uma cláusula prevendo o fim do acordo se as parcelas não forem honradas integralmente²⁰.

²⁰ CAIO CÉSAR COELHO RODRIGUES, *Entre elites, corporações e corrupção, as relações entre a Odebrecht e o Estado brasileiro*, cit., p. 46-47: "Com as investigações vieram mudanças na diretoria da empresa. Em junho de 2015, Marcelo Odebrecht foi preso preventivamente e, em março de 2016, foi condenado pela primeira vez a dezenove anos e quatro meses de prisão por corrupção ativa, lavagem de dinheiro 47 e associação criminosa, tendo renunciado à presidência da empresa em dezembro do mesmo ano. Ele e seu pai, Emílio Odebrecht, firmaram acordo de colaboração premiada em dezembro de 2016 e se comprometeram a pagar 8,6 bilhões de reais como indenização pelos atos de corrupção. A direção do grupo passou para Newton Souza e, em maio de 2017, Luciano Guidolin foi eleito diretor presidente, porém Emílio Odebrecht continua sendo presidente do Conselho de Administração, do qual participam: Newton de Souza, Gilberto Pedreira de Freitas Sá, Luiz Antonio Schneider Alves de Almeida, Luiz Fernando Souza Villar, Renato José Baiardi, Rubens Ricupero, Sérgio Foguel. No relatório anual da Holding de 2016, constam quatro parágrafos sobre a Operação Lava Jato com a informação da renúncia de Marcelo e a posse de Newton (ODEBRECHT, 2016a). As colaborações dos executivos da Odebrecht se aliam ao acordo de leniência que a empresa realizou com Estados Unidos, Suíça e Brasil. O acordo envolve o pagamento de indenização e a contribuição com revelação dos atos ilícitos e documentos comprobatórios. O acordo com os procuradores da Lava Jato envolve a continuidade da empresa no mercado, inclusive na participação de licitações e concessões, mediante abertura e entrega de provas dos atos ilícitos, além do auxílio na investigação relacionada à Petrobras e em outras investigações desdobramentos da operação. Entre os pontos importantes desse acordo está o acesso ao sistema Drausys (software utilizado para o controle dos pagamentos de propina realizados no esquema), a possível adesão de outros atores, o pagamento de indenização e a continuidade da empresa no mercado. Ainda como consequência do acordo, a empresa deve se submeter a uma auditoria externa e mudança na governança corporativa a fim de não realizar atos ilícitos e prezar pela ética em seus negócios (ODEBRECHT, 2016b). Mesmo com o escândalo de corrupção, o grupo Odebrecht continua emitindo um discurso sobre o futuro do país e os investimentos necessários na nação. As comunicações da empresa apresentam ações sociais, inclusive com a Fundação Odebrecht, organização sem fins lucrativos que atua no desenvolvimento local e na educação. Tais ações têm o objetivo de melhorar a imagem da empresa, criar a sua versão da história e esquecer a sua irresponsabilidade corporativa. A empresa pôde continuar suas atividades pelo acordo de leniência e a sua atuação se voltou a estes temas no sentido de melhorar a sua imagem. A Braskem, por outro lado, atua como empresa de capital aberto no setor de combustíveis e desponta entre as dez empresas para liderança, segundo o ranking mundial da Consultoria Hay Group (ODEBRECHT, 2014). No entanto, a relação íntima de seus executivos com atores do governo tem mostrado um tráfico de influência e dinheiro que corrompe a atuação estatal". Como se pôde observar, não se trata de uma corrupção sistêmica ocorrida apenas em um só governo, mas que, lastimavelmente, vem atravessando vários e distintos momentos políticos brasileiros.

4. Conclusão

O Poder Judiciário brasileiro tem atuado cada vez mais como protagonista em outras esferas do poder, de forma cada vez mais atuante também na seara política, legitimado, principalmente, pela constitucionalização de direitos fundamentais²¹, dentre os quais se destaca a probidade administrativa, na condição de direito difuso-coletivo a um governo honesto e a uma administração proba.

A discricionariedade do Estado quanto à celebração do Acordo de Leniência deveria, em razão de sua importância, passar pelo controle judicial²². É legítimo ao cidadão lutar por uma administração proba, imparcial, ética, que respeite a coisa pública, ainda que seja pela via judicial, a fim de se restabelecer a confiança na democracia e na ordem moral.

Ocorre, porém, que em caso de celebração de Acordo de Leniência, haverá sempre uma compreensível preocupação quanto à adequação da proporcionalidade entre a ação ilícita e a resposta judicial, de modo a viabilizar a descoberta de todo o ilícito praticado, sua reparação e, principalmente, inibição de reiteração de condutas indesejadas. Ele atende tanto à expectativa dos agentes econômicos (empresas), quanto a dos cidadãos e, inclusive, do próprio Estado persecutor: diminui o tempo para se chegar à solução do litígio, apresenta utilidade pública traduzida no restabelecimento da confiança e na possibilidade de se reaver os valores desviados do erário público, ao passo que é uma vultosa punição pecuniária e à imagem pública/comercial do agente violador da lei.

Buscou-se demonstrar que a existência de tantas esferas concorrentes e autônomas ávidas pela responsabilização do agente colaborador do Estado que com ele pretenda celebrar Acordo de Leniência, pode acanhar e até mesmo desestimular a adesão ao instituto, vez que aquele temerá por sua punição pelos mesmos fatos replicados em outras instâncias públicas. A interlocução entre as instituições públicas de segurança, Tribunais de Contas e Poder Judiciário se revela como uma excelente alternativa para o enfrentamento da corrupção. É o que pode ser visualizado na *Operação Lava-Jato* e em seus desdobramentos, em que se permitiu à seara administrativa a utilização de provas emprestadas dos processos penais.

Propõe-se admitir que o Acordo de Leniência seja válido a todas as instituições persecutórias nacionais ao ali pactuado, inclusive alcançando efeitos nas Ações de Improbidade Administrativa, de forma que seja ao mesmo tempo um mecanismo de defesa da probidade administrativa e de geração de situações mais favoráveis aos que são colaboradores dos deslindes de seus próprios atos ilícitos em relação aos que não colaboram. Para tanto, sugere-

²¹ EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA E JEFFERSON APARECIDO DIAS, *Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica*, cit., p. 40: “[...] O constitucionalismo contemporâneo é a maior prova da impregnação valorativa do elemento jurídico, com a eleição de certas questões relevantes para a sociedade para servirem como guias hermenêuticos e também como direito material”.

²² EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA E JEFFERSON APARECIDO DIAS, *Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica*, cit., p. 4: “[...] a jurisdição sob a ótica constitucional abandona a concepção romana do ‘dizer o direito’, para ‘fazer valer o direito’, assim como o Judiciário não mais compartilha da ideia de ‘boca-da-lei’, permitindo-se seu agir político”.

se como imprescindível a participação do Ministério Público, bem como a posterior homologação judicial para a obtenção de plena validade do ato.

Quanto à *Odebrecht*, embora se tente “racionalizar a corrupção” praticada, alegando que a rede de relacionamentos entre ela e o Estado teria proporcionado forte crescimento e internacionalização de empresas brasileiras, gerado empregos e relativos desenvolvimentos econômicos para o Brasil, não se pode fechar os olhos aos inúmeros aspectos nocivos dessa espécie de “clientelização”.

Sempre que o Estado agir de maneira não isonômica em relação a todos os empresários, autorizando acessos privilegiados a apenas alguns deles, estará gerando aos demais certas dificuldades de acesso a investimentos estatais, o que desemboca em um tipo de poder nocivo e desleal, macula a impessoalidade e a imparcialidade que devem nortear a Administração Pública, estimula a influência nociva, desestimula o controle e viola a livre concorrência, o livre mercado, a democracia e o Estado de Direito.

O Brasil possui sabidamente um considerável arcabouço de leis que, por si só, não tem inibido as práticas corruptivas. Assim, é razoável que o poder público faça uso e aplique os “nudges” de forma a fortalecer o nosso sistema anticorrupção. Para tanto, sugere-se o fomento às pesquisas científicas em relação ao referido instituto, de forma que os termos “compliance”, honestidade, “accountability” e ética na política realmente um dia façam sentido ao menos para a maioria do povo brasileiro.

Bibliografia

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, *Adams fala sobre acordo de leniência no âmbito da operação lava jato*, 2019, Disponível em https://youtu.be/4p_rz14j7hQ, Acesso em 04 set 2019

BUENO, WILSON DA COSTA, “Crise reputacional e comunicação de marca: a estratégia da Odebrecht para ‘lavar’ a sua imagem”, In *Revista Famecos*, v. 25, n. 2, Porto Alegre, pp. 1-18, mai/ago 2018

CADE, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *CADE celebra acordo de leniência com Odebrecht para investigar cartel em obras de aeroportos*, Disponível em <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-com-odebrecht-para-investigar-cartel-em-obras-de-aeroportos>, Acesso em 04 set 2019

COSTA, NATALIA LACERDA MACEDO, “‘Nudge’ como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil”, In *Revista de informação legislativa*, v. 54, n. 214, Brasília, pp. 91-111, abr/jun 2017

FERREIRA FILHO, ADELINO BORGES / AMARAL, ANA CLÁUDIA CORRÊA ZUIN MATTOS DO, “Análise econômica do acordo de leniência na lei anticorrupção da pessoa jurídica”, In *Revista Argumentum*, v. 19, n. 3, Marília, pp. 845-861, set/dez 2018

LUHMANN, NIKLAS, *Teoria dos sistemas na prática*, Volume I, *Estrutura social e semântica*, Vozes, Petrópolis, 2018

ODEBRECHT, *História*, Disponível em <https://www.odebrecht.com/pt-br/organizacao-odebrecht/historia>, Acesso em 21 out 2019

OLIVEIRA, EMERSON ADEMIR BORGES DE / DIAS, JEFFERSON APARECIDO, *Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017

OLIVEIRA, EMERSON ADEMIR BORGES DE, *Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade*, Juruá, Curitiba, 2015

RODRIGUES, CAIO CÉSAR COELHO, *Entre elites, corporações e corrupção, as relações entre a Odebrecht e o Estado brasileiro*, Dissertação (Mestrado CMAE) – FGV, São Paulo, 142p, 2019

SALES, ALEXANDRE AROEIRA / ANDRADE, DOORGAL, *Via justiça, "acordo de leniência"*, [Entrevista concedida a] Carlos Lemes, *AMAGIS Minas Gerais*, Belo Horizonte, 2016, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=2QcCxuLyISc>, Acesso em 05 fev 2020

SIMÃO, VALDIR MOYSES / VIANNA, MARCELO PONTES, *O acordo de leniência na lei anticorrupção, histórico, desafios e perspectivas*, Trevisan, São Paulo, 2017

SOUZA, RENEE DO Ó DE, *Os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2019

ZYMLER, BENJAMIN, "Distribuição de prejuízos", [Entrevista concedida a] Marcelo Galli, *Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 nov 2017, Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-25/entrevista-benjamin-zymler-conselheiro-tcu>, Acesso em 02 fev 2020

(texto submetido a 16.03.2020 e aceite para publicação a 24.07.2020)