



GUSTAVO BRANDÃO SOARES DO NASCIMENTO

**ANÁLISE DA TOMADA DE DECISÃO PRÉVIA À
ASSINATURA DO ACORDO DE LENIÊNCIA QUANTO AO
ASPECTO DA SOBREVIVÊNCIA DA EMPRESA. CASO
ODEBRECHT S/A.**

**CAMPO GRANDE - MS
2020**

GUSTAVO BRANDÃO SOARES DO NASCIMENTO

**ANÁLISE DA TOMADA DE DECISÃO PRÉVIA À ASSINATURA DO
ACORDO DE LENIÊNCIA QUANTO AO ASPECTO DA SOBREVIVÊNCIA DA
EMPRESA. CASO ODEBRECHT S/A.**

Artigo apresentado à Universidade Federal de Lavras – UFLA, como parte das exigências do curso de Pós-graduação Lato Sensu em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos.

Prof. MSc. Douglas Fischer
Orientador

**CAMPO GRANDE - MS
2020**

GUSTAVO BRANDÃO SOARES DO NASCIMENTO

**ANÁLISE DA TOMADA DE DECISÃO PRÉVIA À ASSINATURA DO
ACORDO DE LENIÊNCIA QUANTO AO ASPECTO DA SOBREVIVÊNCIA DA
EMPRESA. O CASO ODEBRECHT S/A.**

**ANALYSIS OF THE DECISION-MAKING PRIOR TO LENIENCE
AGREEMENT SIGNING UNDER THE ASPECT OF CORPORATE SURVIVAL. THE
ODEBRECHT S/A CASE.**

Artigo apresentado à Universidade Federal de Lavras – UFLA, como parte das exigências do curso de Pós-graduação Lato Sensu em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos.

APROVADO em ____ / ____ / ____.

Membro da Banca 1

Membro da Banca 2

Membro da Banca 3

Prof. MSc Douglas Fischer
Orientador

**CAMPO GRANDE - MS
2020**

Dedicatória

Aos meus pais, Josué e Marlene, por todo o apoio, suporte financeiro, orientações e prestações de ânimo em todo o meu decurso acadêmico, sem os quais seria impossível de ter chegado tão longe. Aos meus irmãos, Kátia, Hugo e Fausto, pelo socorro nos momentos difíceis, pelas palavras de ânimo em meio às dificuldades e pela profunda amizade, tão grande quanto à nossa fraternidade. Aos meus filhos, Lucas e Milena, faróis de esperança e alegria em um meio aos inúmeros motivos que nos ameaçam desanimar e até desistir. E sobretudo a Deus, por meio de seu filho Jesus Cristo, que por um motivo insondável e sem explicação racional possível, resolveu me amar sem que nada de especial em mim.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Lavras pela oportunidade dada e pelo suporte técnico para que fosse possível a conclusão de tão importante curso. À Controladoria-Geral da União, que concedeu a oportunidade de participação e permitiu seus servidores se qualificarem em forma de investimento para a casa, propiciando elevação no conhecimento técnico para o aprofundamento dos trabalhos prestados à sociedade. Aos professores e ministrantes das aulas presenciais que enfrentaram a distância e a dificuldade de estar longe de casa para entregar excelsos conhecimentos acadêmicos e experiências profissionais sobre disciplinas tão caras e de inestimável interesse público. Aos colegas dos demais entes participantes que se disponibilizaram a compartilhar conhecimentos e a terem paciência com as dificuldades apresentadas por mim para entendimento das disciplinas e, por fim, ao meu orientador, Msc. Douglas Fischer, Procurador Regional da República, mestre e professor de direito, pela paciência e confiança em mim depositados, pelas orientações excelentes, pelas correções precisas prestadas durante o processo de produção deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar uma parte da teoria sobre as decisões que governos tomaram em entidades empresariais privadas, e os motivos que os detentores do poder de decisão tiveram para proceder dessa maneira. Durante o desenvolvimento do capitalismo, em especial no século XX e XI, ocorreram intervenções de governos em entes, com a justificativa, invariavelmente dada, de que os danos possivelmente causados caso esta não ocorresse seriam piores para a população em geral, do que o dano pelo aporte financeiro em si, muitas vezes usando dinheiro público, ou seja, dinheiro dos pagadores de impostos, em última instância, a população mesma. O trabalho consistiu em uma revisão bibliográfica do tema e sua aplicação no caso do acordo de leniência firmado entre o Estado brasileiro e a Odebrecht S.A., que, pela concessão de direitos e pela gestão de numerários financeiros, também se caracteriza como uma concessão estatal em benefício de um entre privado. Espera-se que este trabalho contribua para a melhoria do processo de decisão quanto aos acordos dos acordos de leniência, em especial na perspectiva de demonstrar quais os aspectos devem ser levados em consideração quando da decisão de se renunciar a poderes condenatórios, arrecadatários ou de outras esferas em benefício de empresas que comprovadamente pegam em atos de corrupção.

Palavras-chave: Instrumentos de justiça penal negociada; Too big to fail; análise prévia de empresas; renúncia de punição e direitos; combate à corrupção.

ABSTRACT

This paper sought to analyze part of the theory about the decisions that government officials took in private business entities, and the reasons that the decision makers had to proceed in this way. During the development of capitalism, especially in the twentieth and eleventh century, government interventions in private companies took place, using the argument that the economy harm possibly caused if it did not occur would be worse for the general population than the public resources spenditure itself. This work consisted of a bibliographic review of the subject and its apply in the case of the leniency agreement signed between the Brazilian government and Odebrecht S.A., wich, by granting rights and using public resources, is characterized as a concession for the benefit of a private company. This work also hopes that it will contribute to the improvement of the leniency agreement process, and the boundaries of the power of the Federal government, representing the Brazilian population, allows the redution of is condemnatory power and is capacity to raise funds in benefit to companies caught in acts of corruption.

Keywords: Negotiated legal instruments; Too big to fail; previous companies analysis ; granting rights; Corruption combating.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
1.1. JUSTIFICATIVA	9
3. REFERENCIAL TEÓRICO.....	10
3.1. O ACORDO DE LENIÊNCIA.....	10
3.1.1. CONTEXTO HISTÓRICO.....	10
3.1.2. ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO..	12
3.1.2.1 CONFLITOS DE COMPETÊNCIA ENTRE ÓRGÃOS FEDERAIS PARA A ASSINATURA DO ACORDO	13
3.1.3. A DECISÃO QUANTO À SOBREVIVÊNCIA DA EMPRESA.....	14
4. O ACORDO DE LENIÊNCIA COM A ODEBRECHT S/A.....	<u>2122</u>
4.1. ANÁLISE DO ACORDO DE LENIÊNCIA	24
5. CONCLUSÃO.....	29
6. REFERÊNCIAS.....	31

1. INTRODUÇÃO

Os acordos de leniência, apesar de serem bastante recentes no Brasil, são aplicados em países democraticamente organizados desde pelo menos o final da década de 70 (CEREN et al, 2019), sendo instrumentos utilizados para combater cartéis e organizações criminosas formadas por um grupo de componentes, coletivos ou individuais, que visam obter benefícios, em geral financeiros, a partir do grupo a que pertencem, impondo barreiras para a entrada de novos participantes e prejudicando os que estão de fora, variando o grupo de afetados desde um único indivíduo a sociedade como um todo.(HAMMOND, 2004)

Estes acordos foram introduzidos inicialmente no direito norte-americano no final dos anos 70 para combater cartéis tanto anticoncorrenciais como de grupos criminosos, não tendo grande efetividade pela subjetividade de sua aplicação pelas autoridades, gerando muita subjetividade e impossibilitando uma clareza em sua utilização. Apenas em 1993, após aperfeiçoamentos em seu método, passou a ter uma melhor aplicabilidade, tendo como algumas de suas características a obrigação da empresa ter cessado o crime, ser a primeira a denunciar o cartel, ser punida como pessoa jurídica, e não apenas seus diretores, entre outras (SALES e JUNIOR, 2015). Menções ao acordo de leniência no regime pátrio se iniciaram na Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2.000, convertida a partir da Medida Provisória nº 2.055-4, de 7 de dezembro de 2.000, sendo que esta última nem mesmo abrange acordos de redução punitiva em seu corpo. A lei citada, porém, altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que estruturou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE. De qualquer forma, somente com o advento da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, a popular lei anticorrupção, que o acordo de leniência subiu de status e passou a ser um instrumento passível de ser utilizado, tanto que efetivamente só foi firmado o primeiro acordo desse tipo no ordenamento jurídico brasileiro em julho de 2017, sendo signatários os responsáveis à época pela Controladoria-Geral da União, pela Advocacia-Geral da União e pela empresa UTC participações S.A. Nota-se também que nesse ínterim apresentaram-se diversas dificuldades práticas para que os acordos fossem feitos, desde uma percepção clara pelos interessados de que os benefícios para ambas as partes – no caso Estado e empresas – fossem realmente obtidos a questionamentos quanto à legalidade de atribuições legais para a assinatura dos acordos, muito embora fosse claro pela lei que o

órgão competente para a celebração dos acordos em âmbito federal fosse a Controladoria-Geral da União.

O acordo de leniência que será objeto de revisão bibliográfica neste artigo foi firmado em 09 de julho de 2018, entre a Odebrecht S.A. – ou seja, a holding, que integra o grupo econômico da Odebrecht -, a Advocacia-Geral da União e a Controladoria-Geral da União. Tal documento previa o ressarcimento de 2,7 bilhões de reais, além de diversas obrigações entre as partes. A escolha deste acordo se deve pelo montante previsto de ressarcimento, pela importância financeira da empresa dentro da economia brasileira e pelo seu histórico envolvimento, já amplamente divulgado pelas revelações trazidas pela Operação Lava-Jato, no ordenamento político e no modus operandi da corrupção à brasileira.

Este trabalho tem como objetivo geral desse estudo é analisar o acordo de leniência firmado com a Odebrecht S/A, em especial quanto aos quesitos para a tomada de decisão e os benefícios trazidos para ambos os lados e as consequências disso ao interesse público.

1.1. JUSTIFICATIVA

Os acordos de leniência são instrumentos recentes dentro do aparato jurídico brasileiro, carecendo, ambas as partes envolvidas, de experiência e análises dos produtos já elaborados, buscando aperfeiçoar os métodos e mitigar os erros possivelmente cometidos, para que o instrumento em voga se efetive realmente como elemento de combate à corrupção dentro do nosso país. Também se deve entender os motivos que levam as partes ao estabelecimento do acordo, sempre tendo em voga que a tutela do interesse público deve ser um dos princípios a nortear os atos administrativos confeccionados por entes públicos, em especial os cujos signatários representam a União.

2. METODOLOGIA

Para o alcance do objetivo do trabalho que busca analisar alguns pormenores do acordo de leniência firmado com a Odebrecht S/A, utilizou-se como método a Revisão Bibliográfica, uma vez que a pesquisa aqui realizada se configura como de natureza qualitativa e exploratória.

Nesse sentido, buscou-se primeiramente levantar os pontos de discussão principais para o assunto, expostos no referencial teórico, e a partir dos conceitos explanados aplicar ao caso concreto a discussão levantada.

3. REFERENCIAL TEÓRICO

3.1. O ACORDO DE LENIÊNCIA

3.1.1. CONTEXTO HISTÓRICO

Com o contínuo desenvolvimento do comércio e de seus intrincados relacionamentos internos, levados à execução desde sempre por agentes humanos, e, em função disso, tendo em jogo todo o calhamaço de sentimentos e emoções que o homem coloca em seus atos, muitas das atitudes tomadas buscavam a maximização dos benefícios possíveis gerados por tais relações comerciais, notadamente o lucro, obtido de todas as formas possíveis, muitas das vezes não pautadas por respeito mútuo e proporcionalidade nas formas e resultados chegados.

Em decorrência da finalização de um acordo comercial em que uma das partes se sentia lesada, ou mesmo um grupo de comerciantes de uma determinada região ou de um determinado produto comum se queixasse de ter tido um resultado ruim em detrimento de um benefício injusto conseguido pelo outro lado do acordo, tais relações tiveram que ser pautadas por autoridades sociais, e reguladas pelo Estado, inclusive sendo notória uma lei promulgada no Império Romano, em torno de 50 A.C., a Lex Iulia de Annona, que impunha punições a quem cometesse atos individualmente ou se associasse com fulcro a aumentar o preço do trigo ou de grãos, incluindo entre estes atos o de maliciosamente deter ou atrasar um marinheiro ou um navio para que o preço de mercado do produto aumentasse (SUKACIC, 2017). Denota-se disso que a propensão a associação de indivíduos para se beneficiar de possibilidades de lucros maiores em prejuízo a um grupo de cidadãos ou a toda uma população que necessita de algum produto não é algo novo, tendo sido, já há tempos, tomado medidas para que tal comportamento fosse impedido e punido.

Com o desenvolvimentos das instituições democráticas e a multiplicação dos meios de negociação presentes no capitalismo, abrangendo continuamente um número maior de agentes, foram-se aperfeiçoando os métodos de se obter lucros de maneira

escusa, com combinações e acertos acobertados, ou mesmo com suborno e tentativas de perverter o procedimento comum de uma negociação, em especial buscando-se a formação de monopólios e cartéis, instituições que, por dominarem o lado da oferta, poderiam controlar a relação com a demanda, instituindo preços anormais, liberando a conta-gotas o fornecimento de produtos, praticando dumping e adquirindo empresas concorrentes com o único objetivo de tirá-las do mercado, eliminando a concorrência.

Tais formas de operações engendradas dentro do capitalismo resultam, em suma, a um maior prejudicado: os consumidores dos produtos que, limitados a uma baixa ou única concorrência, e pela necessidade de se utilizarem dos produtos fornecidos, se obrigam a pagar o preço estabelecido por poucos, ou mesmo único, fornecedores. O remédio, desde o início da revolução industrial, para isso, sempre foi o estímulo a concorrência leal, uma vez que esta promove uma competição entre os fornecedores do produto, levando ao “melhor método de alocação de recursos em um livre mercado”, como afirmado pela Suprema Corte americana, além de render alguns resultados, como muito bem pondera Stucke (2013):

- “Menores custos e preços por produtos e serviços;
- Melhor qualidade;
- Mais escolhas e variedade;
- Mais inovação;
- Melhor eficiência e produtividade;
- Desenvolvimento econômico e crescimento;
- Maior igualdade de riqueza;
- Uma democracia mais forte em razão de disseminar o poder econômico;
- e
- Maior sensação de bem-estar por promover a iniciativa privada, a liberdade e a livre associação.”

No bojo de proteção aos consumidores e fomento à concorrência comercial, os Estados passaram a promulgar leis que regulassem e proibissem comportamentos e atuações das empresas e das pessoas por trás de suas decisões, criando mecanismos legais para garantir que os benefícios trazidos pela concorrência efetivamente se concretizassem. Os programas de leniência surgiram nesse afã, sendo desde o seu início utilizados para que participantes de cartéis, especialmente o primeiro do grupo a quebrar

o silêncio, recebessem benefícios penais ao denunciarem os participantes e o modus operandi do grupo criminoso (HAMMOND, 2004).

Foi a partir dos anos 70 do último século que foi trazida como inovação jurídica o acordo de leniência, inicialmente proposto pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em 1978, sob a denominação de Leniency Program (NONATO, 2018). Proposto como instrumento para combater os cartéis, os acordos trariam benefícios a quem primeiro colaborasse com a justiça. Na Europa iniciou-se a sua instituição a partir de 1996 com o regramento European Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases (YSEWIN e BOUDET, 2018) promovida pela União europeia. Após insucessos iniciais, em 2002, “foram promovidas mudanças capazes de promover a necessária efetividade à prática de truste e cartéis, abrindo inclusive a possibilidade da imunidade total (LAMY, 2014 apud NONATO, 2018)

No corpo jurídico brasileiro, a leniência foi inicialmente regulada no ano 2000, introduzida pela Medida Provisória nº 2.055-4, convertida na Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2.000. Criada como uma medida antitruste, cabia à Secretaria de Direitos Econômicos, um dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, celebrar os acordos de leniência. Nota-se que este estava imbuído como um instrumento puramente utilizado contra grupos cartelizados econômicos, que prejudicassem a concorrência comercial e, conseqüentemente, trouxessem prejuízos aos consumidores. Nesse teor foi firmado o primeiro acordo de leniência no país (SOLIANI, 2003) para desbaratar um cartel de empresas de segurança privada que subornavam funcionários públicos encarregados da confecção do edital, trazendo prejuízos ao Erário federal e estadual. Tal faceta única da leniência durou até o advento da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a popularmente chamada de Lei anticorrupção, que elevou o instrumento à mecanismo de combate à grupos cartelizados formados para fraudar licitações.

3.1.2. ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

A Lei nº 12.846/13 trouxe abrangência inovadora no escopo do acordo de leniência, o colocando como meio jurídico para combate ao trabalho que grupos fraudadores de concorrências públicas, os mesmos que, como comprovado pelos trabalhos deflagrados pela Operação Lava-Jato e tantas outras que foram feitas no Brasil nos últimos anos, passassem a colaborar com a Justiça tendo como resultado que os responsáveis por componentes empresarias desses grupos fossem desmascarados e se

conhecessem as pessoas e o modus operandi dos esquemas espúrios de contratações públicas (SALES e JUNIOR, 2015).

É de conhecimento de todos que tais acordos se dão às escuras, longe do olhar da justiça e algumas vezes até dos servidores responsáveis pela licitação, firmados em acordos prévios, inclusive com loteamento de objetos de licitação, em negociações que buscam burlar o caráter competitivo e que trazem, em consequência disso, prejuízos aos cofres públicos. Em decorrência dessa característica específica de grupos fraudadores de licitação, torna-se de extrema importância que se jogue luz a esses acordos, fazendo com que um componente do grupo criminoso, em troca de benefícios, escancare o funcionamento anteriormente obscuro do esquema.

O acordo de leniência vem ao encontro dessa necessidade de se revelar os participantes do esquema e os papéis que cada um elabora na trama ilícita, ao se entregar ao primeiro que a revele benefícios como a renovada oportunidade de contratar com a Administração Pública, diminuição de multas, etc. (CRISTO e RAMIDOFF, 2017)

Dentre as punições aplicadas às pessoas jurídicas, percebe-se que uma das que mais causa estragos à saúde financeira destas diz respeito à proibição, mesmo que temporária, de contratar com o Poder Público. Como boa parte, em alguns casos até a totalidade, do faturamento de empresas envolvidas em corrupção se produz a partir de contratos com entes estatais, impedi-las de obter novos contratos públicos podem levá-las à falência, ou mesmo a insignificâncias financeiras, tendo em visto o vulto dos contratos, que chegam à casa dos bilhões de Reais. Nesse momento um conflito se impõe: vale a pena para o Estado brasileiro salvar essas empresas, mesmo que comprovadamente corruptas, ou deixá-las serem punidas a ponto de serem levadas à bancarrota? Tal discussão se torna bastante interessante, já que, mesmo por outros motivos, diversas nações passaram por situações semelhantes, em especial quando as empresas envolvidas são do setor financeiro (MOOSA, 2010).

3.1.2.1 CONFLITOS DE COMPETÊNCIA ENTRE ÓRGÃOS FEDERAIS PARA A ASSINATURA DO ACORDO

Muito embora a Lei nº 12.846/13 seja clara quanto à competência da CGU para firmar acordos de leniência no âmbito no Poder Executivo federal, no momento mesmo da negociação do acordo e de suas tratativas, houve conflitos de interesse entre órgãos federais quanto à prerrogativa de qual deveria ser o promotor do acordo. Como citado por Oliveira (2017), “o sistema anticorrupção brasileiro é do tipo multiagência”, não se

concentrando em apenas um ente a autoridade para investigar, fazer repressivas e preventivas ou mesmo responsabilizar pessoas em casos de corrupção. Para o caso específico do acordo de leniência há pelo menos dois órgãos definidos nominalmente na legislação, como a CGU, já citada, e o CADE, para casos que ferem a concorrência comercial. Porém a própria Lei nº 12.846/13 dá margem para maior abrangência, em casos envolvendo licitações, que é o meio mais utilizado para compras públicas, até de forma bastante difusa, em seu art. 17, apontando que a Administração pública poderá celebrar acordo com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/93, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88. Além disso, ainda conforme Oliveira (2017), o Ministério Público Federal tem utilizado o fundamento de lege ferenda em decorrência de Convenções Internacionais de combate à corrupção adotados pelo Brasil para firmar os acordos. Além desses órgãos citados, o Tribunal de Contas da União também se posicionou, por meio de sua Instrução Normativa nº 74, de 11/02/2015, como uma instância com o dever de fiscalizar os acordos celebrados, devendo estes serem encaminhados para posterior apreciação. Ainda assim, mesmo com diversos órgãos passíveis de firmar a leniência, para dar suporte e orientação quanto aos aspectos legais do acordo, foi solicitada a atuação da Advocacia-Geral da União, por interpretação sistêmica teleológica do art .131 da Constituição Federal, que estabelece que à AGU cabe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. De qualquer maneira, o acordo foi firmado tendo como parte representante da União apenas a CGU e a AGU, apesar da insegurança jurídica, em especial às empresas, e às diversas competências inter-relacionadas entre os órgãos federais.

3.1.3. A DECISÃO QUANTO À SOBREVIVÊNCIA DA EMPRESA

Quando uma empresa que atua há anos no setor de construção civil pública (como é o caso da Odebrecht) é processada e punida por atos de corrupção, e uma dessas punições é a proibição de se contratar com o Poder Público, uma questão se impõe: terá ela condições para sobreviver sem as receitas advindas de obras públicas?

Com base no relatório anual do grupo Odebrecht referente ao exercício de 2014, o ano anterior à prisão preventiva de seu então presidente, Marcelo Odebrecht, e excetuando-se as receitas obtidas pela Braskem, empresa do grupo que atua em setor industrial, o faturamento de seu segundo principal negócio, Engenharia e Construção, foi majoritariamente proveniente de contratos públicos, correspondendo a 64,41% de sua

receita bruta, que totalizou R\$ 33,14 bilhões para o exercício financeiro citado. Na lista apresentada no relatório de obras concluídas e a serem realizadas, a grande maioria se refere a contratações com o Poder Público, não se podendo extrair precisamente do relatório a sua porcentagem. Ou seja, o impedimento de participar de licitações e, conseqüentemente, contratar com Entes públicos, traria prejuízos enormes à companhia, dificultando a sua recuperação, ou mesmo a impossibilitando.

Dentro da história do capitalismo já surgiram situações semelhantes a essa em diversos países, em momentos em que se questiona se o Governo deve ou não intervir em empresas de iniciativa privada que apresentem problemas de gestão. A nomenclatura dada a empresas em tais situações se popularizou no meio jornalístico e acadêmico como TBTF, em inglês, too big to fail, que traduzido significa algo como “grande demais para falir”. A distinção é usada para empresas que, em virtude de sua importância econômica e sua influência no mercado, demandariam do governo esforços que a impedissem de vir a bancarota, por possíveis conseqüências negativas procedentes disto.

Moosa (2010) define a teoria por trás da TBTF como uma “doutrina que propõe que o Governo não pode deixar grandes empresas falirem pelo motivo de elas serem grandes.” Ou, em outras palavras, essa doutrina descreve os motivos da interferência estatal em empresas privadas pela capacidade destas, em decorrência de seu tamanho, virem a causar estragos na economia de uma região.

Argumentos a favor e contra a intervenção estatal em empresas com risco de falência já foram amplamente discutidos, sendo a polêmica sempre levantada quando há, no caso concreto, a possibilidade de se injetarem recursos públicos para impedirem empresas privadas de falirem. Para casos de leniência ainda a discussão é incipiente, porém análoga à essa discussão. Quando se aventou a possibilidade de se firmar um acordo de leniência com uma empresa do tamanho da Odebrecht S/A, e com a estruturada e histórica perpetuação de atos corruptos nos quais a empresa estava envolta, questionamentos no sentido de que valeria a pena haver concessões estatais para a sobrevivência dela vieram à tona. Porque o Estado, representante do povo e gerente dos interesses deste, prejudicado pela atuação dos representantes de uma empresa bilionária e de longa atuação no país, e prejudicado também pelo papel corrupto de funcionários públicos, os quais tinham por obrigação lhe defender, deveria se prestar a ajudar uma instituição que lhe causou tanto mal?

Ora, o instituto do acordo de leniência também tem esse caráter, de saneador e fomentador de atividade econômica, que pode inclusive vir a salvar uma empresa de sua

iminente falência. Esse é inclusive o principal ativo na negociação do acordo, como bem delimitado pelo dilema do prisioneiro, assunto amplamente discutido na teoria dos jogos, primeiramente proposto por Merrill Flood e Melvin Drescher, em 1950, porém com essa nomenclatura dada posteriormente por Albert Tucker em 1951 (MÉRO, 1998), em um artigo publicado que por ele teve o conceito assim apresentado:

“A polícia prende dois criminosos que cometeram conjuntamente um crime grave. Não há evidência direta de que esses dois homens tenham realmente cometido o crime, e o que a polícia pode realmente provar é um simples caso de excesso de velocidade. O promotor gostaria muito de resolver o caso, e ele propõe o seguinte separadamente aos dois prisioneiros, que estão em salas separadas:

‘O negócio é o seguinte: se você confessar o crime e implicar seu parceiro, nos ajudando a resolver o caso, te dou a liberdade e esqueça o problema com a velocidade. Nesse caso, seu parceiro será preso por dez anos e todo o assunto será encerrado. Essa oferta, no entanto, só é válida se o seu parceiro não confessar o crime e não nos ajudar a esclarecer o assunto. Se ele também confessar, então, a sua declaração não terá muito valor, pois saberemos do fato sem precisar dela. Nesse caso, cada um de vocês ficará preso por cinco anos. Se nenhum de vocês confessar, infelizmente, não poderemos condená-lo, porém seremos severos com o abuso de velocidade, e vocês dois serão presos por um ano. Por fim, devo informá-lo que fiz essa mesma oferta aos seu parceiro. aguardo sua resposta amanhã às dez horas. Apenas pense, você pode ficar livre às onze!’”.

O que se conclui dessa história é que se os dois jogadores escolhem suas estratégias ótimas cada um deles ganha menos do que se ambos tivessem escolhido uma estratégia não-ótima (Epstein, 1995), ou seja, alguém percebendo o risco de que será punido preferirá colaborar com a justiça e relatar o fato e ter uma punição melhor a ficar mudo e se arriscar a ser delatado por algum cúmplice no crime. Por esse motivo também que a lei premia o primeiro a colaborar com a justiça, tendo esse os benefícios por sua decisão.

De qualquer maneira, a negociação se dá com análises dos dois lados de seus possíveis benefícios e prejuízos, tentando se chegar a um denominador comum que possa beneficiar a ambos. Dessa forma, por parte da empresa, que tem como fundamento e motivo de existência a busca pelo lucro, uma colaboração à justiça, muitas vezes, terá

grande valor em troca da aceitação de uma punição a ser dada, tendo como consequência uma injeção estatal de recursos que possibilite sua recuperação. Pelo outro lado, a Justiça se informa sobre situações ilegais, ocorridas na obscuridade, que pela dificuldade mesma de sua obtenção, seriam de difícil, ou mesmo impossível, descoberta por outro meio que não da própria boca do perpetrador do crime.

Quanto aos argumentos elencados para justificar a atuação estatal em empresas TBTF, Moosa (2010) ainda afirma que a justificativa comumente dada por tal decisão se baseia no risco sistêmico que as consequências adversas da falência de uma determinada empresa possam vir a causar para as empresas restantes, para o setor que ela pertence e para a economia em geral. Ou seja, a argumentação se baseia em um efeito cascata que pode vir a ocorrer caso uma empresa importante em determinado setor vá à bancarrota, trazendo não apenas prejuízos aos seus proprietários e aos seus funcionários diretamente, mas a elementos fora de sua fronteira de atuação, estendendo-se, inclusive, à cadeia produtiva de fornecedores e ao setor bancário, financiador de projetos conduzidos pela empresa. Argumentam ainda que a confiança no setor econômico que a empresa pertence se perde, trazendo prejuízos a todas as companhias pertencentes ao mesmo e, consequentemente, à economia do país.

Essa última consequência e a interpretação equivocada dela deu margem a argumentos amplamente utilizados pela defesa dos implicados na Lava-Jato e foi escandalosamente proferido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, em entrevista ao jornal “O Estado de São Paulo”, em 16 de dezembro de 2019, em trecho transcrito a seguir:

"A Lava-Jato foi muito importante, desvendou casos de corrupção, colocou pessoas na cadeia, colocou o Brasil numa outra dimensão do ponto de vista do combate à corrupção, não há dúvida. Mas destruiu empresas. Isso jamais aconteceria nos Estados Unidos. Jamais aconteceu na Alemanha."¹

¹ O presidente em questão à época foi José Antonio Dias Toffoli. Essa entrevista é emblemática pois foi dada após o primeiro ano do governo Bolsonaro, que teve como ministro o ex-juiz Sérgio Moro, em um momento em que discussões sobre ativismo judicial, prisão em 2ª instância e o papel do STF estavam em grande profusão pela sociedade.

Outro ponto comumente usado para justificar a intervenção estatal em empresas privadas para não as permitir falir engloba os benefícios trazidos pela economia de escala conseguidas por empresas maiores que, tendo mais poder de barganha, reduzem seus custos de produção e se tornam mais eficientes, trazendo economia direta aos seus consumidores. É sabido, em especial pela contabilidade de custos, dentro de uma das metodologias utilizadas por essa ciência, que há a divisão destes em diretos e indiretos. Os custos diretos são, resumidamente, os custos que devem ser atribuídos a uma unidade de produto fabricada, ou seja, o custo direto por produto se mantém mesmo que a quantidade produzida aumente. Por outro lado, os custos indiretos se reduzem, por unidade produzida, com o aumento da quantidade, ou seja, os custos indiretos de fabricação são diluídos quando há um número maior de produtos.

Sustenta-se ainda que empresas que se tornam grandes, a ponto de serem multinacionais, trazem riquezas conseguidas no exterior para o país de origem, o que não seria possível caso essas fossem pequenas pois, logicamente, empresas pequenas tem limitado poder de alcance de atendimento, normalmente se limitando a regiões próximas de sua sede. Não obstante, em especial no setor de tecnologia, as grandes empresas se impõem, por conseguirem entregar produtos melhores do que as empresas locais, a um custo mais baixo, vencendo a concorrência e satisfazendo o público consumidor local (THOMA, 2013).

Bernanke (2016) lista algumas vantagens conseguidas por grandes bancos, dentre as quais a “habilidade de explorar economias de escala (em tecnologia, em estabelecimento de redes de relacionamentos, em gestão da marca), maior diversificação de riscos, a distribuição de custos fixos em diversas atividades, a habilidade de oferecer conjuntos de produtos complementares e alcance global.” Ele ainda discorre sobre as consequências possíveis resultantes da insolvência de grandes empresas, argumentado assim: “Mesmo se colocando de lado os custos de curto prazo e a disrupção que seriam associados à quebra de grandes bancos, no longo prazo o sistema financeiro americano sem empresas grandes seria menos eficiente, ofertando uma menor quantidade de serviços a um custo mais alto. De uma perspectiva nacional, essa estratégia poderia também ceder a liderança do setor, e os empregos e lucros relacionados, a outros países.”²

² O texto descrito se refere a empresas de outro setor, diferente da empresa objeto deste artigo, que atua principalmente em construção civil, mas entende-se serem semelhantes, por analogia, os possíveis benefícios trazidos pelo tamanho de uma empresa, mesmo de outro setor.

No entanto, as discussões se inflamam quanto ao verdadeiro motivo pelo qual as empresas desejam ser consideradas TBTF. Brewer, E. and Jagtiani, J. (2007), apontam que o status de ser considerada uma TBTF traz diversas vantagens, dentre as quais:

- “(i) receber favorecimento de credores duvidosos, sem a devida garantia, e dos outros participantes do mercado;
- (ii) operar com menores custos regulatórios; e
- (iii) aumenta as chances da instituição de obter a paciência estatal quanto aos marcos regulatórios.”

Moosa (2010) também afirma que o status “promove acesso livre aos políticos e aos propositores de leis e coloca as instituições TBTF em uma forte posição para negociar mais e mais desregulamentação”, ou seja, empresas que são consideradas TBTF podem manipular o poder legislativo para obter vantagens para si, desregulamentando normas legais que “atrapalham” as suas atividades ou, como no absurdo caso comprovado de nosso país, criando leis que beneficiam a elas mesmas.

Há inclusive estudos em outros países, como no caso dos Estados Unidos, citados por Norman (2007) e no Japão, por Harada (2008), de que muitas dos casos de fusões ocorridas em empresas se dão pela busca de um status de TBTF, tendo o último afirmado que “o objetivo primordial de uma fusão é o de obter vantagens da notória política de TBTF, mais do que buscar uma reforma radical.” Mishkin (2005) afirma que a presença de outras empresas TBTF encoraja fusões para se conseguir o status e os benefícios advindos deste.

Trazendo a discussão para o mundo da ciência econômica e para o cotidiano dos mercados, Walter (2004) afirma que “enquanto a falência de um negócio é frequentemente disruptivo para os gerentes e os empregados, ela é benéfica para a sociedade pois garante que os recursos do negócio não são empregados em empresas ineficientes.” Costa (2018) resumiu, de maneira precisa, os benefícios trazidos pela ruína de uma empresa:

“Existem empresas que entram em crise porque perderam viabilidade econômica. Em relação a essas empresas, o Estado não deve agir para tentar salvá-las, quando os agentes de mercado (incluindo aqui os consumidores) já atestaram que elas não são mais capazes de gerar os benefícios econômicos e sociais que se espera de seu funcionamento (bons produtos, serviços competitivos, geração de empregos, recolhimento de tributos, dentre outros). Manter em funcionamento de

forma artificial empresas inviáveis não atende ao interesse social. Ao contrário, atuar no sentido de tentar salvar empresas inviáveis causa imenso prejuízo social, na medida em que, por exemplo, outras empresas saudáveis poderão falir por não terem condições de competir com empresas que só existem em função da ajuda judicial. Empresas inviáveis devem falir e isso não é ruim. Ao contrário do que muitos poderiam pensar, a falência é instrumento de saneamento da economia, retirando do mercado empresas inviáveis e abrindo a possibilidade para que outras empresas possam ocupar o espaço deixado pelas falidas, produzindo os benefícios econômicos e sociais delas esperados. A decretação da quebra de uma empresa inviável retira do mercado um agente defeituoso, que ocupava injustificadamente o espaço que poderia ser ocupado por outra empresa capaz de produzir bons produtos, prestar bons serviços, gerar um maior número de empregos (com mais qualidade) e recolher tributos em volume mais expressivo. Assim, ao se decretar a quebra dessa empresa inviável, abre-se o espaço no mercado para que outra empresa o ocupe de maneira social e economicamente mais útil.”

O Estado abastecido pelo pagamento de impostos da população, não deve servir de redentor, ou mesmo salvador, de empresas que, por tomadas de decisão desastrosas ou mesmo por perpetração de atos ilícitos, se mantenham vivas e de portas abertas de maneira cambaleante, respirando por aparelhos, se utilizando de artifícios muitas vezes ilegais para sobreviver. A forma de negociação baseada em corrupção entre os agentes econômicos, principalmente em casos de Ente representante do Estado e empresas, traz consigo uma concorrência desleal no setor de mercado que a empresa atua e uma ineficiência grande em termos econômicos para a nação, como peremptoriamente afirmaram Dal Bó e Rossi (2006): “Nós descobrimos que quanto maior a corrupção em um país mais este está associado a empresas ineficientes, no sentido de que empregam mais recursos para produzir um mesmo nível de resultado. A magnitude dos efeitos econômicos disso é grandiosa.”

De qualquer maneira, é fato notório dentro da história do capitalismo que empresas de qualquer tamanho, desde gigantes como a Kodak e a Lehman Brothers, a simples empresas de bairro tendo como único funcionário o próprio dono foram à bancarrota, trazendo consequências negativas aos envolvidos tendo, contudo, os países e suas economias continuando a funcionar e sem maiores turbulências. Moosa (2010) afirma que não há evidência na história das corporações de que a falência de uma

instituição causou estragos em todo o sistema financeiro e, conseqüentemente, à economia de países estabelecidos comercialmente. Quando uma instituição vai à falência, ele afirma, os prejuízos são compartilhados, e os empregados e gerentes encontram ocupação em outros lugares.

Porém, com respeito à argumentação comumente utilizada para a não intervenção estatal em empresas passíveis de falência, em especial as que se caracterizam como TBTF, uma das que mais se sobressaem é a do perigo moral. Perigo moral é um conceito já discutido há mais de duzentos anos (Dembe e Boden, 2000) podendo ser resumido pela decisão de se expor mais a ocorrência de riscos quando se tem a garantia de proteção a eles. Para o caso de atos de corrupção e a possível leniência buscada posteriormente a estes, pode-se, por analogia, considerar o perigo moral como a situação em que, sabendo que será possível reduzir ou mesmo eliminar a punição pelos seus atos ilícitos, um agente perpetrador da corrupção efetivamente executa atos dessa jaez, tendo consciência de que as conseqüências negativas destes não se concretizarão ou serão amplamente amenizadas.

No Brasil, tal consciência é frequentemente vista em criminosos do colarinho branco que, sabedores de que a justiça é morosa e de que os advogados que eles podem bancar são ótimos em utilizar meios, muitas vezes obscuros, de livrá-los, não se preocupam com a execução de atos de corrupção, sendo muitas vezes abertamente desenvolvidas suas negociatas fraudulentas. O perigo moral também afeta comportamentos mais responsáveis da alta gerência de uma companhia, uma vez que a ausência de monitoramento de seus atos e de uma punição mais severa quando pegos em malfeitos, incentiva a continuidade de práticas corruptas.

Outras justificativas apresentadas por Moosa (2010) contrárias à intervenção estatal em empresas com dificuldades financeiras se referem à promoção da atividade de lobistas e instituições com poder político, que obtém ganhos personalíssimos em detrimento de toda a sociedade, ou mesmo custos de oportunidade de se utilizar recursos e esforços em empresas que não irão se recuperar.

4. O ACORDO DE LENIÊNCIA COM A ODEBRECHT S/A

Após um período de negociações iniciais sigilosas, por meio de release público datado de 22/03/2016, a holding Odebrecht S.A. (2016) afirmou que desde dezembro de 2015 tomou a iniciativa de negociar com a Controladoria-Geral da União um acordo de

leniência, sob a justificativa de aperfeiçoamento do modelo de governança e adoção de melhores práticas de negócios. Tal negociação foi confirmada pela CGU em nota oficial datada de 24/03/2016.

A Lei nº 12.846/13, a chamada Lei Anticorrupção, afirma que a CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal. No entanto, para dar robustez aos acordos, solicitou-se a participação da Advocacia-Geral da União na negociação dos acordos e na formulação dos termos, cooperação essa de tanto valor que foram assinadas portarias interinstitucionais e definiu-se a organização dos papéis dos membros das comissões comuns entre os dois órgãos, quando da execução de trabalhos futuros.

Pela importância da empresa e do acordo a ser firmado, e pela baixa experiência sobre os procedimentos e necessidades para a assinatura dos acordos de leniência, não foram informados os passos subsequentes dados por ambas as partes, permanecendo sigilo sobre a negociação em andamento, sendo que somente em 09/07/2018, mais de dois anos após a informação sobre o início das tratativas da leniência, a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União anunciaram a assinatura do acordo, afirmando que “o acordo representa o interesse da União na concretização da eficiência administrativa, na busca de soluções consensuais para litígios e na utilização de instrumentos jurídicos disponíveis para adequar as práticas empresariais aos melhores padrões de mercado.” Nota-se que há, pelos representantes do Poder Público, uma preocupação em padronizar os procedimentos e em trazer melhorias aos instrumentos jurídicos pátrios, especialmente pelo aprofundamento do conhecimento sobre o modus operandi das organizações que estruturam a corrupção nos segmentos econômicos providos com recursos públicos.

De forma resumida, os principais pontos do termo do acordo foram descritos a seguir, tentando-se se ater aos importantes para a discussão avocada neste trabalho:

- As partes, como instituições celebrantes, foram a Advocacia-Geral da União e o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, e como Responsável Colaboradora, a ODEBRECHT S/A;
- Informações sobre outros acordos, como o firmado com o Ministério Público Federal e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos e a Procuradoria-Geral da Suíça, além do reconhecimento dos atos ilícitos praticados que compõem o documento denominado Histórico de Atos Lesivos;

- O fundamento legal que serviu de base para o acordo;
- A admissão da responsabilidade objetiva como trata a Lei nº 12.846/13 pela Responsável Colaboradora, dos atos ilícitos descritos em anexos ao acordo. Além disso, se propõem a adotar medidas investigativas e sancionatórias cabíveis para fatos ilícitos adicionais cujo conteúdo ela não conhecia ou não teve tempo hábil para apurar, aditando os termos do acordo e atualizando o Histórico de Atos Lesivos e os valores correspondentes;
- Declaração de que a Responsável Colaboradora tomou medidas com o intuito de sanear os ilícitos, dentre as quais a cessação de pagamentos para agentes públicos e o afastamento ou remanejamento de empregados envolvidos, e ainda de que possui o dever de cooperar com as investigações futuras;
- O reconhecimento, por parte da Responsável Colaboradora, da dívida apurada no acordo e o compromisso de pagá-la integralmente, sendo este valor de R\$ 2.727.239.997,64 (dois bilhões, setecentos e vinte e sete milhões, duzentos e trinta e nove mil, novecentos e noventa e sete reais e sessenta e quatro centavos). Este valor foi parcelado em 22 prestações anuais, atualizadas pela SELIC a cada pagamento, devendo ser realizado o pagamento até o dia 31 de outubro de cada ano, além de terem sido previstos as consequências do atraso ou falta do pagamento. Também foi previsto que as Responsáveis Colaboradoras não deverão se sujeitar a pagamento em duplicidade nos ressarcimentos relacionados aos atos lesivos, devendo as Instituições Celebrantes adotarem medidas cabíveis perante outros órgãos para assegurar que isso não ocorra;
- A necessidade de aperfeiçoamento do programa de integridade por parte das Responsáveis Colaboradoras e a forma de troca de informações sobre este com as Instituições Celebrantes;
- A forma com que o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União irá monitorar o programa de integridade da Responsável Colaboradora;

Os benefícios legais assegurados com a celebração regular do acordo de leniência, dentre os quais redução da multa, isenções e não aplicação de sanções,

e até mesmo a extinção de processos administrativos instaurados em decorrência de ilícitos praticados;

- Garantias para o adimplemento da dívida do acordo, regulando informações sobre vendas, tendo inclusive que ser aprovadas pelas Instituições Celebrantes alterações estatutárias ou societárias que impliquem redução significativa de patrimônio da Responsável Colaboradora;
- Os efeitos do acordo, em especial quanto às consequências legais de não ajuizamento das Responsáveis Colaboradoras e o reconhecimento, por parte da Responsável Colaboradora, da impossibilidade de inclusão dos créditos em plano de recuperação judicial e programas de renegociação, abatimento ou parcelamento de débitos;
- A constituição do acordo como título executivo extrajudicial;
- Informações sobre as consequências e a apuração do descumprimento total ou parcial do acordo por parte da Responsável Colaboradora, inclusive sobre a possibilidade de rescisão deste;
- Os elementos para a publicidade e sigilo do acordo firmado e as disposições finais.

4.1. ANÁLISE DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Para a análise do acordo de leniência, considerar-se-á que o formalismo legal necessário para a sua confecção foi plenamente satisfeito, atendo-se apenas a pontos discutíveis e a conteúdos importantes. Portanto, não serão abordados alguns aspectos do acordo, em especial minúcias necessárias para que este tenha o aspecto legal.

Um primeiro problema na formulação do acordo se apresenta na complexidade da empresa Odebrecht S/A, uma holding com diversas subsidiárias, em diversos segmentos de atuação comercial e econômica. Quando da negociação para o acordo, até que ponto os representantes da Responsável Colaboradora teriam poder para responder por ela ou qual seria a abrangência dos termos. Tal consideração está presente na cláusula 1.3 do acordo, de forma abrangente e suficiente, delimitando o perímetro de atuação da empresa, em especial pelo descrito no item 1.3.2: “A empresa ODEBRECHT S.A. representará todas as demais empresas do grupo econômico ODEBRECHT relacionadas

no ANEXO I para os fins deste acordo, declarando ter plena prerrogativa para exercer o poder de controle para determinar o cumprimento deste acordo a todas elas, incluindo as sociedades que, direta ou indiretamente, sejam por ela controladas ou estejam sob controle comum”.

No caso de empresas que, flagradas cometendo atos ilícitos, e comprovadamente, tendo cometido tais atos ao longo de um certo período, como foi o caso da Odebrecht S/A, tem-se que alguns instrumentos de redução de pena, como as colaborações premiadas e mesmo outros acordos, inclusive no exterior, se entrelaçam, tendo objetos comuns entre os acordos, que possivelmente se encontrarão em algum momento, uma vez que muitos dos atos ilegais são transacionadas com as mesmas pessoas e seguem os mesmos caminhos, inclusive e principalmente o dinheiro sujo empregado para tais situações. Nesse sentido, faz-se imperativo que em tais acordos se estabeleçam regras para quando os mesmos casos sejam pertencentes a acordos diversos. Tal situação foi abarcada em diversos momentos do termo do acordo, se destacando as cláusulas segunda, 3.2, 5.4 e 12.7. Apesar da previsão no termo parecer ter sido suficiente para os possíveis casos, só se saberá se são realmente quando se efetivarem no caso concreto, no enfrentamento da justiça entre as partes e na extensão que os atos lesivos tenham sido corretamente medidos, já que, pela própria obscuridade dos atos mesmos, raramente se tem a plena certeza de sua magnitude.

Para o caso do acordo de leniência, a decisão de se incentivar ou interromper a permissão de se contratar com o Poder Público passa também pela discussão acima, já que dependendo da empresa, e para o objeto utilizado para este estudo, a Odebrecht S/A, é questão de vida ou morte, de continuidade ou falência, a possibilidade de se contratar com Entes Públicos. Tal decisão passa pela autoridade estatal, que deve buscar avaliar os fatos e decidir qual caminho seguir. Nesse caso específico há um elemento abstrato para a tomada de decisão, já que os dirigentes da empresa comprovadamente demonstraram a utilização de atitudes pouco republicanas para angariar maiores contratos: o da confiança na mudança a ser realizada. Confere-se ao programa de integridade o meio de promoção da mudança no *modus operandi* da empresa, no seu histórico jeito de fazer negócio, que pode ou não mudar, dependendo da vontade de seus dirigentes. Pode-se ter, em alguns casos, apenas um programa de integridade realizado da porteira para fora, para causar boa impressão apenas, sem as devidas mudanças estruturais. Nesse momento se mostra de extrema importância o monitoramento constante e pertinente por parte do Estado, para

que os procedimentos de lisura e transformação na forma de fazer negócio da empresa vão se modificando ao longo do tempo.

Um assunto que vale maior discussão se apresenta na cláusula 3.4.3, transcrita a seguir:

“3.4. O interesse público é atendido com o presente acordo tendo em vista a necessidade de:

(...)

3.4.3. Preservar a própria existência da empresa e a continuidade de suas atividades, em especial a atividade de engenharia e construção, o que, apesar dos ilícitos confessados, encontra justificativa inclusive na manutenção e ampliação de empregos e em obter os valores necessários à reparação dos ilícitos perpetrados;”

O ponto sensível quanto à questão de sobrevivência da empresa foi tocado neste dispositivo. Pelo acordo, considerou-se interesse público a existência da empresa e a continuidade de suas atividades. Muito embora as empresas tenham donos privados que recebem os benefícios trazidos pela atividade comercial, existe realmente um aspecto público e social de sua função, muito bem explicitados por Andrade & Antunes Advogados (2017):

“A sociedade empresária e o empresário devem cumprir com sua função social e seu papel na sociedade para que se construa uma que seja justa e igualitária. Desta forma, as pessoas jurídicas de direito privado que tenham elemento de empresa, conforme artigo 966 do novel digesto civilístico, deverão gozar do princípio de conservação empresarial. Os princípios transcendem o espectro empresarial, e passam a enxergar os seus benefícios para o Estado em seus interesses primários e secundários. Portanto, o instituto da Falência e Recuperação traz à baila dois fins objetivados para fazer-se cumprir tais princípios, os quais são: a reestruturação do empresário falido – a fim de que esse cumpra seu papel no mercado e na sociedade – e o adimplemento dos créditos contraídas pelo mesmo.”

Tratando-se como interesse público a sobrevivência de uma empresa como a Odebrecht S/A que, mesmo perpetrando atos ilícitos, principalmente de corrupção que

causaram mal à sociedade como consequência de sua rapina aos cofres públicos, uma questão principal se apresenta: deve o povo brasileiro, representado pelo Estado, na condição de vítima de um crime contra si própria, uma vez que foi retirado de seu patrimônio importâncias que poderiam ser utilizados para o seu bem, permitir que o seu algoz sobreviva, e somente sobreviva por novamente ser permitido acesso à sua riqueza por novas contratações com o Estado? Percebe-se, como esse questionamento, que o povo entrega novamente aos seus malfeitores a oportunidade de executarem, ou não, atos contra o seu interesse, agindo com confiança para que da próxima vez os negócios sejam feitos buscando o bem público. Essa confiança, muitas vezes cega, passa imperceptível por nossa sociedade, que inclusive se acostumou com a constante adulteração na forma de relacionamento entre a iniciativa privada e o Estado brasileiro, a ponto de ignorar os modernos meios de se informar e cobrar, principalmente em casos de suspeita de malversação de recursos. Nesse ponto surge um importantíssimo papel: o de monitoramento dos atos, permitidos por uma vigilância estatal e por instrumentos de informação e interação para que o controle social seja aprimorado, trazendo mais transparência e seriedade na forma de fazer negócio no Brasil.

Percebe-se, pela discussão até aqui apresentada, que a decisão quanto à assinatura ou não do acordo de leniência, em especial nos casos em que ela foi concretizada, coloca como principal instrumento para que o interesse público seja atingido, causando a mudança desejada no modelo de negociação e relacionamento com o Estado da empresa classificada como Responsável Colaborada, o programa de integridade. Este foi abarcado na cláusula 9ª e 10ª do acordo, estabelecendo regras para o seu aperfeiçoamento e para o monitoramento a ser realizado pela CGU.

Tal instrumento, colocado como meio para garantir que os atos ilícitos cometidos comprovadamente pela Responsável Colaboradora não se repitam, foi alçado ao papel de, concomitantemente, diapasão ético interno à corporação e vitrine externa de padrões de integridade. Como todo instrumento moralizador, o sucesso de sua empreitada será medido pela aderência de seus componentes aos seus códigos, e, principalmente e acima de todos os outros, ao respeito ao código que a alta gerência terá. Não valerá de nada o tal programa, central tanto na decisão de se permitir novos contratos quanto na mudança de atitude, se os negociadores principais da empresa continuarem com as mesmas atitudes descritas no acordo como atos ilícitos, e se também caso sejam pegos em malfeitos não recebam a devida punição corporativa. Nota-se que códigos de conduta com respostas hipócritas, principalmente por parte de líderes, são de valor nulo e causam o efeito

contrário ao que se propõem, pois a percepção de que o seu programa de integridade, vendido como mensagem de transformação de comportamentos, é apenas como um sepulcro caiado, adornado por fora para causar boa impressão mas morto em sua essência, resultando em uma reafirmação de que atos ilícitos continuam sendo o padrão da empresa, tanto para os seus relacionados diretos, como funcionários, fornecedores, etc., quanto para a sociedade. Tal desrespeito ao programa de integridade mancha inclusive a reputação dos órgãos de Estado responsáveis pelo acordo de leniência, principalmente a CGU,³ uma vez que passa a percepção de estarem mancomunados com a empresa em seu desleixo por altos padrões éticos.

Outro problema de grande complexidade diz respeito aos próprios atos ilícitos cometidos pela Odebrecht S/A no âmbito do acordo de leniência. Em decorrência dos diversos setores de atuação da empresa, e de sua enorme atuação no ramo da construção de obras públicas, as oportunidades de cometimento de atos ilícitos são inúmeras, em especial devido a conduta que a própria empresa admitiu ter tido e se comprometeu a abandonar e mudar com o programa de integridade. No entanto, no caso concreto, nota-se que há uma dificuldade inicial de saber onde, como e quando tais atos ilícitos foram realizados. Tornou-se público a existência de um setor próprio dentro da empresa para a organização de pagamento de propinas, o infame setor de operações estruturadas, que, segundo o seu ex-diretor movimentou R\$ 10,6 bilhões entre 2006 e 2015 em pagamento de propinas (Kroehn, 2017). Percebe-se que a organização quanto ao pagamento de valores ilícitos estava estruturada internamente na empresa e era facilmente documentável, porém os atos de cartelização e fraude ao aspecto competitivo de licitações são planejados em reuniões sigilosas entre as partes interessadas, provavelmente não gravadas ou registradas, tendo apenas marcações em agendas, e-mails ou outra forma de registro pessoal. Dessa forma tem-se conhecimento apenas de parte dos crimes passíveis de punição, sem ser possível saber perfeitamente o tamanho do mal causado.

Parte importante do processo de aperfeiçoamento dos procedimentos e de novos padrões de integridade buscados pela Odebrecht S/A se obterá com o contínuo monitoramento deste pela Controladoria-Geral da União, conforme estabelecido na cláusula 10 do contrato. Tal supervisão condiciona a responsável colaboradora a efetivamente implementar o programa e a apresentar relatórios periódicos que serão

³ A CGU é tanto promotora do acordo de leniência e competente legal do mesmo quanto responsável pelo monitoramento do programa de integridade da empresa, sendo o ator principal externo para a garantia de que o programa seja bem sucedido.

submetidos a solicitações de informações adicionais, supervisão, verificações *in loco*, entrevistas com colaboradores, aplicações de testes e quaisquer ações que a CGU julgar necessárias para a efetivação do plano. Nota-se que, com isso, a CGU terá a oportunidade de submeter o plano ao escrutínio necessário o andamento do plano, a ponto de poder se assegurar da efetividade do mesmo e de seus resultados dentro da corporação, inclusive para aprendizado próprio para os próximos acordos a serem assinados.

5. CONCLUSÃO

A decisão quanto à assinatura do acordo de leniência tem suas diversas nuances, podendo-se listar dentre elas o seu aspecto legal, o custo de oportunidade, a obtenção de informações privilegiadas, o combate a cartéis de licitações públicas, a maior ou menor segurança institucional quando sob o papel de funcionários públicos e, objeto deste artigo, o poder de, com base em uma decisão, levar ou salvar uma empresa de vir à bancarrota.

Tal decisão envolve, em geral, dois lados: o do interesse público e o do interesse privado. O primeiro emana do povo representado que, entregando aos órgãos públicos responsáveis pela negociação o poder da decisão, espera e confia que tal seja tomada em alinhamento com os seus anseios, notadamente o de que os recursos públicos sejam dispendidos de forma a trazer maior bem-estar geral para si, sem o veneno da corrupção; o segundo parte do desejo do empresário, de continuar tendo lucros e todos os benefícios gerados por ele. Tais lados podem vir a convergir, desde que se pondere, da melhor forma possível, as consequências advindas da assinatura do acordo de leniência.

Nota-se que, para o caso concreto, a empresa Odebrecht S/A mantinha um aparato para organizar a distribuição de propina e se valer da corrupção para angariar novos contratos, inclusive delineado no próprio termo do acordo de leniência. Isso comprova a meticulosidade e a abrangência de sua forma de fazer negócio com o Estado brasileiro, com seus tentáculos imersos em diversos setores econômicos. A audácia da empresa confirma o seu *modus operandi*, se valendo de caixa sempre pronto a trocar necessidades dos políticos por contratos com o Estado que estes representam.

Essa simbiose, provavelmente se esgueirando há muitos anos dos cofres públicos, sustentado pelos pagadores de impostos, causa à sociedade brasileira imensa dúvida de que haverá realmente uma transformação nos dirigentes da empresa, a ponto de haver uma conversão análoga à de Paulo no caminho de Damasco, uma verdadeira transmutação no comportamento deles, uma iluminação espiritual que transforme atos

reprováveis em atos probos. Como não há a certeza de que tais mudanças ocorram, caberá ao programa de integridade aplicar com rédea curta os seus mecanismos, trazendo, mesmo que à força, as mudanças necessárias no modelo de negócios da Odebrecht S/A.

A importância desse instrumento é imensa e considera-se a sua implementação de forma bem sucedida a principal justificativa para que se conceda uma nova oportunidade à empresa para contratar com o Poder Público, já que na fase prévia à assinatura do acordo uma das opções é não assinar e praticamente encaminhar a empresa à falência, consequência justíssima pela sua permanente forma de tratar a *res publica*.

O sucesso do programa de integridade se materializa como o sucesso do combate à corrupção, pois evitará futuros malfeitos que ocorreriam caso as mesmas oportunidades fossem propiciadas. Caberá aos dirigentes da empresa, deparados com a situação da corrupção, optarem por outros caminhos e serem fiéis a nova proposta de se fazer negócio, ou então jogarão no lixo a confiança dada pelo Estado brasileiro, e em maior abrangência o próprio povo brasileiro, para que se mostrem realmente diferentes e transformados.

No caso da leniência mais um argumento se propõe para justificar a sua assinatura: a da garantia, ou pelo menos a maior chance, de se reaver os valores comprovadamente desviados em razão de atos ilícitos. Tal argumento demonstra força pelas características mesmas do sistema judiciário brasileiro e pela dificuldade de persecução penal e a obtenção de prova. Ora, tem-se que no país, historicamente, a justiça é morosa e, no momento em que se discute se a penalização a partir da segunda instância é ou não o melhor a se fazer, repleta de providências e recursos jurídicos que podem ser utilizados para postergar ao máximo a penalização por crimes de corrupção, haja vista que, devido aos vultosos montantes obtidos e pelo próprio lucro honestamente obtido, pessoas físicas e jurídicas que sofrem processos com relação a esse crime possuem meios para conseguir as melhores defesas jurídicas que se pode obter em nosso país, conseguindo com isso, minimizar ou mesmo elidir os resultados negativos em disputas litigiosas.

Portanto, conclui-se que a decisão pela concessão à empresa de um novo folego financeiro em decorrência da oportunidade de angariar novos contratos com o Poder Público mostra-se a mais acertada, uma vez que o interesse público pode ser concretizado pela manutenção da capacidade operacional da empresa e de sua sinergia corporativa, e pelo comprometimento de seus dirigentes de que a partir do acordo o modelo de negócios da empresa será outro, contrário ao que costumeiramente ela se propôs a fazer com o Estado brasileiro. Caberá, no entanto, ao programa de integridade o papel de motor dessa

mudança, e de instrumento de transparência à sociedade de que finalmente está sendo realizado, por parte da Odebrecht S/A, negócios probos e de condutas ilibadas com o Poder Público.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE E ANTUNES ADVOGADOS. O princípio da função social aplicado na falência e recuperação judicial. 2017. Disponível em: <<https://guilhermenetto.jusbrasil.com.br/artigos/469990599/o-principio-da-funcao-social-aplicado-na-falencia-e-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

BERNANKE, B.S. Ending “too big to fail”: What’s the right approach?. Brookings. 2016. Disponível em: <<https://www.brookings.edu/blog/ben-bernanke/2016/05/13/ending-too-big-to-fail-whats-the-right-approach/>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BRASIL (1988). Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL (1993). Lei ordinária nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL (1994). Lei ordinária nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL (2000a). Lei ordinária nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10149.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL (2000b). Medida Provisória nº 2.055-4, de 7 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/2055-4.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL (2013). Lei ordinária nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União. Acordo de Leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU, a Advocacia-Geral da União – AGU e empresas que integram o Grupo Econômico da Odebrecht. Brasília, DF, 9 de julho de 2018. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/odebrecht.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2019.

BREWER, E.; JAGTIANI, J. How much would banks be willing to pay to become “too-big-to-fail” and to capture other benefits. 2007. Disponível em: <<https://www.kansascityfed.org/~//media/files/publicat/reswkpap/pdf/rwp07-05.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2020.

CARVALHO, L.M. Toffoli diz que Lava Jato ‘destruiu empresas’ e MP é pouco transparente. O Estado de São Paulo, São Paulo, 16 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,toffoli-diz-que-lava-jato-destruiu-empresas-e-mp-e-pouco-transparente,70003126821>>. Acesso em: 05 jan. 2020.

CEREN, J. P.; MIRANDA, R.; CARMO, V. M. Teoria dos jogos e acordo de leniência na lei anticorrupção brasileira. 2019. Revista Brasileira de Direito. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/339424454_Teoria_dos_jogos_e_acordo_de_leniencia_na_lei_anticorrupcao_brasileira#read1>. Acesso em: 05 ago. 2020.

CRISTO, V.D.C.; RAMIDOFF, L.M.B. Consensualidade na administração pública: uma análise do acordo de leniência previsto na lei anticorrupção. 2017. Revista de formas consensuais de solução de conflitos. Disponível em: <<https://doaj.org/article/7d428826fa484a338fa16f165d92387c>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

COSTA, D.C. A importância social e econômica da falência. Migalhas. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/272081/a-importancia-social-e-economica-da-falencia>>. Acesso em: 02 jan. 2020.

DAL BÓ, E. ROSSI, M. A. Corruption and Inefficiency: theory and evidence from Electric Utilities. 2006. Disponível em: <https://eml.berkeley.edu/~webfac/bardhan/e271_f06/bo.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020

DEMBE, A.E.; BODEN, L. I. Moral hazard: a question of morality?. New solutions, V. 10(3), p.257-279. 2000. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/6592130_Moral_Hazard_A_Question_of_Morality>. Acesso em: 10 jan. 2020.

EPSTEIN, I. O dilema do prisioneiro e a ética. Estud. Av. São Paulo. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141995000100010&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 23 jan. 2020.

HAMMOND, S. D. Cornerstones of na effective leniency program. 2004. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cmpetion4&div=20&id=&page=>>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

HARADA, K.; ITO, T. Did Mergers help japanese mega-banks avoid failure? Analysis of the distance to default to banks. National Bureau of economic research. Dez 2008. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w14518>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

KROEHN, M. A desconstrução da Odebrecht. Isto é Dinheiro. 2017. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/desconstrucao-da-odebrecht/>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

MÉRO, L. Moral Calculations. Trecho. Springer Science+Business Media. Nova Iorque. 1998. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-4612-1654-4_3>. Acesso em: 18 jan. 2020.

MISHKIN, F.S. How big a problem is too big to fail?. National Bureau of Economic Research. 2005. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w11814>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

MOOSA, I.A. The myth of too big to fail. Palgrave Macmillan. 2010.

NONATO, R. V. Acordo de Leniência no Brasil: seus limites e a ação de seus protagonistas. 2018. 136 p. Dissertação de mestrado. Fumec. Belo Horizonte, 2018.

NORMANN, P.M. The role of “too big to fail” status in Bank merger activity. Dissertação (Doutorado).1991. Disponível em: <<http://mars.gmu.edu/handle/1920/2950>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

ODEBRECHT S.A. Compromisso com o Brasil. 2016. Disponível em: <<http://www.odebrecht.com/pt-br/comunicacao/releases/compromisso-com-o-brasil>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

ODEBRECHT S.A. Relatório Anual. 2015. Disponível em: https://www.odebrecht.com/sites/default/files/ra_odebrecht_2015.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

OLIVEIRA, G. J. A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira. Migalhas. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259553,21048-A+inseguranca+juridica+das+empresas+e+os+acordos+de+leniencia+na>>. Acesso em: 17 dez. 2019.

SALES, M. R.; JÚNIOR, C. J. B. O acordo de leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. Revista do Direito Público. Disponível em: < <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/23525/17601>>. Acesso em: 23 jan. 2020.

SOLIANI, A.; SOFIA, J. Ex-integrante denuncia suposto cartel no RS. Folha de São Paulo. São Paulo, 26 out. 2003. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2610200323.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

STUCKE, M. E. Is competition Always good? Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 1, nº 1, p. 162-197. Disponível em: <<https://academic.oup.com/antitrust/article-abstract/1/1/162/274807>> Acesso em: 04 jul. 2019.

SUKACIC, M. Consumer protection in ancient rome – Lex Iulia de Annona and Edictum de Pretiis Rerum Venalium as prohibitions of abuse of dominant position?. 22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development, Split, 1ª versão, p. 107-116, jun. 2017.

THOMA, M. The case for and against Too-big-to-fail banks. Disponível em: <<https://economistsview.typepad.com/economistsview/2013/02/the-case-for-and-against-too-big-to-fail-banks.html>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

WALTER, J.R. Closing troubled banks: how the process Works. Economic quartel of Federal Reserve Bank of Richmond. V. 90/1. 2004. Disponível em: <https://www.richmondfed.org/publications/research/economic_quarterly/2004/winter/walter>. Acesso em: 18 jan. 2020.

YSEVIN J.; BOUDET J. Leniency and competition law: An overview of EU and national case law. Concurrences Antitrust Publications and Events. 2018. Disponível em: <https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2018/08/leniency_and_competition_law_an_overview_of_eu_and_national_case_law.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.