

**AJES – FACULDADE DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

IANE GABRIELA FARESIN OLIVEIRA

**ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO: Uma Abordagem sob a
Teoria dos Jogos**

**JUÍNA – MT
2019**

**AJES – FACULDADE DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

IANE GABRIELA FARESin OLIVEIRA

**ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO: Uma Abordagem sob a
Teoria dos Jogos**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito, da AJES – Faculdade do Vale do Juruena, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Mestre Givago Dias Mendes

JUÍNA – MT

2019

AJES – FACULDADE VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

OLIVEIRA, Iane Gabriela Faresin. **Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: Uma abordagem sob a teoria dos jogos**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – AJES – Faculdade Vale do Juruena, Juína – MT, 2019.

Data da defesa: ____/____/2019.

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Prof. Mestre Givago Dias Mendes
ISE/AJES

Membro Titular: Prof. Nader Thome Neto
ISE/AJES

Membro Titular: Prof. Vilmar Martins Moura Guarany
ISE/AJES

Local: Associação Juinense de Ensino Superior
AJES – Faculdade Vale do Juruena
AJES – Unidade Sede, Juína - MT

DECLARAÇÃO DE AUTOR

*Eu, **Iane Gabriela Faresin Oliveira**, portadora da Cédula de Identidade – RG nº 2490868-1 SEJUSP/MT, e inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda – CPF sob nº 055.285.291-07, DECLARO e AUTORIZO, para fins de pesquisa acadêmica didática ou técnico-científica, que este Trabalho de Conclusão Curso, intitulado **Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: Uma abordagem sob a teoria dos jogos**, pode ser parcialmente, utilizado, desde que se faça referência à fonte e à autoria.*

Autorizo, ainda, a sua publicação pela AJES, ou por quem dela receber a delegação, desde que também seja feita referência à fonte e à autoria.

Juína/MT, ___/___/2019.

Iane Gabriela Faresin Oliveira

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho a minha mãe, **Fabiane Faresin**, as minhas irmãs, **Danielly** e **Mariana** e a minha sobrinha, **Cecília**, minhas companheiras de jogo.*

AGRADECIMENTOS

Sou grata primeiramente a Deus por ter me proporcionado sabedoria para trilhar caminhos difíceis, mas não impossíveis.

A minha amiga **Bruna Dombroski** (*in memoriam*), que infelizmente não está mais presente neste momento tão importante da minha vida, mas me ensinou que são nos piores momentos que devemos ser fortes e nunca desistir. A saudade é grande!

Ao meu padrasto **Marilson Selhorst**, pelo apoio e suporte sempre que foi preciso nessa jornada.

A minha grande companheira **Amora**, que esteve comigo nos piores e melhores momentos.

A minha tia e madrinha **Larissa Faresin**, que sempre me incentivou e nunca escondeu seu orgulho por mim. Obrigada por tudo!

Ao meu professor e orientador Mestre **Givago Dias Mendes**, pela paciência, dedicação e auxílio durante a elaboração do presente trabalho, sempre compreensivo e motivador em todas as vezes que busquei sua ajuda.

“Somos o que repetidamente fazemos. A excelência, portanto, não é um feito, mas um hábito”.

(Aristóteles).

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a viabilidade de aplicação do Acordo de Leniência sob uma abordagem a Teoria dos Jogos. A princípio destaca-se o estudo da teoria dos jogos e da análise econômica do direito, a partir de uma perspectiva de como os indivíduos envolvidos em uma relação de interação estratégica atuam. Em seguida, é desenvolvido o estudo da Lei nº 12.846 de 2013, denominada Lei Anticorrupção, que trata sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pelo cometimento de atos ilícitos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, bem como, a presente Lei aborda em seus artigos 16 e 17 o instituto do Acordo de Leniência, que será estudado em novo tópico. O Acordo de Leniência tem como objetivo o ressarcimento dos prejuízos causados por pessoas jurídicas responsáveis por atos de corrupção contra a ordem pública, este ressarcimento é aplicado através de um modelo que prioriza o beneficiamento de ambas as partes envolvidas no acordo, onde a pessoa jurídica responsável pelo ilícito contribui com as investigações diante do repasse de informações relevantes ao órgão responsável pela investigação, assim, a pessoa jurídica a partir da sua contribuição adquire certos benefícios em relação as suas sanções. Diante disso, buscou-se compreender e analisar ao final deste trabalho quais as hipóteses e efeitos da aplicação da Teoria dos Jogos em um Acordo de Leniência. Por fim, o estudo deste trabalho é baseado em uma pesquisa de natureza teórica, utilizando-se pesquisas doutrinárias, legislações e jurisprudências, bem como o método aplicado é o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Teoria dos Jogos; Lei Anticorrupção; Acordo de Leniência.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the feasibility of applying the Leniency Agreement under an approach to Game Theory. At first, we highlight the study of game theory and economic analysis of law, from a perspective of how individuals involved in a relationship of strategic interaction act. Then, the study of Law No. 12,846 of 2013, called anti-corruption law, which deals with the administrative and civil liability of legal entities for the commission of unlawful acts against public, national or foreign administration, is developed. , as well as, this Law addresses in articles 16 and 17 the institute of the Leniency Agreement, which will be studied in a new topic. The Leniency Agreement aims to reensure the damage caused by legal entities responsible for acts of corruption against public policy, this reimbursement is applied through a model that prioritizes the processing of both parties involved in the agreement, where the legal entity responsible for the unlawful aid contributes to investigations before the transfer of relevant information to the body responsible for the investigation, thus the legal entity from its contribution acquired certain benefits in relation to their sanctions. In view of this, we sought to understand and analyze at the end of this work what the hypotheses and effects of the application of the Game Theory in a Leniency Agreement were sought. Finally, the study of this work is based on a research of a theoretical nature, using indoctrinal research, legislation and jurisprudence, as well as the method applied is hypothetical-deductive.

Keywords: Game Theory; Anti-Corruption Law; Lenience Agreement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 TEORIA DOS JOGOS E A ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO	14
1.1 TEORIA DOS JOGOS.....	14
1.1.1 Linhas Gerais	14
1.1.2 Postulados.....	18
1.2 TIPOS DE JOGOS	19
1.2.1 Jogos de Soma Zero e não Cooperativos	20
1.2.2 Jogos de Soma não Zero e Jogos Cooperativos.....	22
1.2.3 Jogos Simultâneos e Jogos Sequenciais	23
1.3 FORMAS DE REPRESENTAÇÕES DE JOGOS	25
1.3.1 Forma Estratégica ou Normal.....	25
1.3.2 Forma Estendida	25
1.4 O DILEMA DO PRISIONEIRO	26
1.5 EQUILÍBRIO DE NASH	28
1.6 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	29
1.6.1 Linhas Gerais	29
1.6.2 Postulados da Análise Econômica do Direito	31
2 LEI ANTICORRUPÇÃO.....	33
2.1 CORRUPÇÃO NO BRASIL.....	33
2.2 HISTÓRICO DA LEI ANTICORRUPÇÃO.....	40
2.3 PRINCIPAIS ASPECTOS E INOVAÇÕES DA LEI ANTICORRUPÇÃO	45
2.4 COMPLIANCE.....	49
3 ACORDO DE LENIÊNCIA.....	52
3.1 LINHAS GERAIS.....	52
3.2 ORIGEM.....	54
3.3 SUJEITOS.....	56
3.4 REQUISITOS PARA CELEBRAÇÃO	58
3.5 EFEITOS.....	60
3.5.1 Da Isenção de Sanções e Redução da Multa Aplicável	61
3.5.2 Da Interrupção do Prazo Prescricional.....	62
3.5.3 Da Reparação dos Danos	62
3.5.4 Do Descumprimento do Acordo de Leniência	62

3.6 DESISTÊNCIA OU REJEIÇÃO DA PROPOSTA	63
3.7 A EFETIVIDADE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA	64
3.8 APLICABILIDADE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO DIREITO CONCORRENCIAL.....	65
4 APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NO CONTEXTO DO ACORDO DE LENIÊNCIA	67
4.1 IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS DE UM JOGO NO ACORDO DE LENIÊNCIA	68
4.2 TEORIA DOS JOGOS NO ACORDO DE LENIÊNCIA.....	69
4.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO ACORDO DE LENIÊNCIA	72
4.4 ALGUNS ACORDOS DE LENIÊNCIA REALIZADOS NO BRASIL APÓS A LEI ANTICORRUPÇÃO.....	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo à análise da aplicação da teoria dos jogos nos acordos de leniência previsto na Lei 12.846/2013, tratando em relacionar em qual medida a teoria dos jogos se aplica aos acordos de leniência e quais os efeitos resultantes de tal aplicação.

Portanto, para cumprir o objetivo proposto procura-se compreender o histórico e surgimento da teoria dos jogos, da lei anticorrupção e do acordo de leniência, bem como seus objetivos e fundamentos.

Não é de hoje que a corrupção assombra nações inteiras, um mal que deixa sequelas as vezes incuráveis na sociedade, a partir de tais constatações foi-se necessário criar e modelar institutos jurídicos a fim de combater a corrupção.

O Brasil é um país conhecido por sempre ocupar consideráveis lugares em rankings de corrupção e por diversas vezes se envolver em escândalos corruptos por parte de seus representantes. Sendo assim, as pessoas tornaram-se cada vez mais exigentes e intolerantes a práticas de corrupção e através de revoltas e manifestações populares, o país viu-se obrigado a estar sempre inovando e buscando meios de combate a corrupção, conforme suas necessidades.

A partir disso, surgiu a Lei Anticorrupção, como o próprio nome diz, a Lei trata sobre o combate a corrupção de pessoas jurídicas contra a Administração Pública, a referida Lei foi criada como resultado da grande insatisfação da população em razão da proliferação da corrupção no Brasil no ano de 2013.

A lei anticorrupção representa grande avanço no ordenamento jurídico, estabelecendo a responsabilização objetiva no âmbito civil e administrativo das pessoas jurídicas que cometem atos de corrupção contra a administração pública nacional e estrangeira.

A referida lei é aplicada apenas a pessoas jurídicas e não estabelece penas criminais e tem como objetivo estabelecer a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de suborno.

Com o intuito de prevenção destes atos ilícitos, a lei tratou de instituir dois grandes mecanismos, sendo o *Compliance* e o Acordo de Leniência, este primeiro de

forma breve trata da adoção de regras claras que buscam pelo cumprimento de normas éticas e morais dentro das empresas.

Já o segundo instituto, o Acordo de Leniência, tem como finalidade a construção de um mecanismo de colaboração que busca a eficiência das investigações, onde de um lado encontra-se a administração pública e do outro a pessoa jurídica onde ambos cumprem o papel após a celebração do acordo, que consiste na obtenção de informações do eventual ato ilícito que será delatado pela empresa que em troca disso receberá benefícios quanto na aplicação de suas sanções.

Assim, diante do que busca-se neste trabalho que é a ligação entre do que foi exposto acima, ou seja a o acordo de leniência da Lei anticorrupção sobre um perspectiva da teoria dos jogos.

Denomina-se Teoria da Decisão o ramo de estudo que relaciona a filosofia a matemática e a estatística que a partir dessa junção passa a aplicar suas teorias nas relações que exista a necessidade da tomada de decisão por determinados indivíduos.

A referida teoria foi criada com o intuito de estudar os aspectos de resolução dos problemas de decisão. Neste sentido, a teoria dos jogos consiste em uma ampliação da teoria da decisão racional, a referida teoria tem como fundamento o estudo das tomadas de decisões e das diversas possibilidades que um indivíduo pode apresentar-se em um jogo.

Assim, observa-se que cada jogo possui suas peculiaridades em razão dos objetivos que pretende os jogadores alcançar, o que difere cada jogo são as estratégias, onde estas consistem nos movimentos possíveis até o final do jogo e são essas que definirão o comportamento do jogador.

Destarte, o presente estudo visa analisar, a luz da Lei anticorrupção a possibilidade de aplicação da teoria dos jogos nos acordos de leniência. Logo, parte-se mencionar o que será tratado em cada capítulo.

Em primeiro momento, no primeiro capítulo, será abordado conceitos da Teoria dos Jogos como também os tipos de jogos existentes e formas de representações de jogos, de modo simplificado tratou ainda o primeiro capítulo, breve consideração sobre

a análise econômica do direito, o direito trabalha com vários aspectos da vida humana, bem como seu comportamento em sociedade, tendo isso tem-se que toda atividade humana relevante é possível de estudo pelo método da análise econômica do direito.

Ademais, no segundo capítulo será estudado acerca da Lei Anticorrupção, sua origem, principais aspectos e inovações da lei, bem como o instituto de *Compliance*, logo em seguida, no capítulo terceiro será abordado outra grande inovação da lei anticorrupção que é o Acordo de Leniência, tratando de expor sobre sua origem, requisitos para celebração e efeitos do programa de Leniência.

No capítulo quarto busca-se lançar a análise final, tecendo ideias que foram encontradas no decorrer do capítulo, como a identificação dos elementos de um jogo no acordo de leniência e sua possibilidade de aplicação, análise econômica do direito no acordo de leniência e notícias de alguns acordos de leniência realizados no Brasil.

Outrossim, o método a ser utilizado no presente trabalho ocorrerá através de análises de argumentos e conceitos acerca da teoria dos jogos por meio de pesquisas doutrinárias, visto que, a teoria dos jogos traz conceitos não jurídicos.

Além do mais, em relação aos institutos jurídicos, como a Lei Anticorrupção e o Acordo de Leniência, estes terão como método além de doutrinas também legislações e jurisprudências, frisa-se que por tratar de assunto recente os mesmos carecem de experiências e posicionamentos sobre o tema.

O propósito buscado diante da realização deste trabalho acadêmico é a ideia de compreender as diversas reações dos indivíduos quando estes estão diante de um jogo, analisando-se também quais as estratégias possíveis dentro do jogo, assim, a presente pesquisa aborda esta possibilidade diante de um Acordo de Leniência a partir da Teoria dos Jogos.

1 TEORIA DOS JOGOS E A ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO

O presente capítulo tem como objetivo abordar a teoria dos jogos e a análise econômica do direito, trazendo também resquícios dos próximos capítulos, que serão sobre a Lei anticorrupção e o acordo de leniência.

Este capítulo inicial fornece bases teóricas sobre a aplicação da teoria dos jogos, visando compreender seus institutos, em continuidade aborda a análise econômica do direito, bem como sua aplicação na lei anticorrupção e no acordo de leniência.

Entender os princípios e fundamentos da Teoria dos Jogos e da análise econômica do Direito se mostram importantes para sua aplicação no instituto do acordo de leniência, que é o escopo principal do presente trabalho.

Vale ressaltar, todavia, que não se trata de análise profunda e pormenorizada das mencionadas ideias que, ressalta-se, não são próprias da ciência do Direito, mas de outras áreas acadêmicas. Intenta-se, portanto, traçar noções fundamentais, mas não menos úteis para a pesquisa que se propõe.

1.1 TEORIA DOS JOGOS

A teoria dos jogos é uma teoria matemática, porém aplicada ao comportamento humano, a referida teoria busca prever aspectos da vida pessoal, ou seja, a teoria dos jogos estuda as características de uma relação pessoal onde há a necessidade de tomada de decisões, buscando assim avaliar quais as melhores estratégias e movimentos que um indivíduo tende atuar dentro de um jogo.

Assim neste primeiro momento tem-se a necessidade de compreender de forma geral a origem histórica da teoria como seus principais idealizadores, postulados, tipos de jogos existentes, para então trilhar o presente trabalho conforme seu objetivo.

1.1.1 Linhas Gerais

A origem da teoria dos jogos está diretamente ligada ao matemático John Von Neumann, sua primeira publicação sobre jogos foi em 1928 em *Zur Theorie der*

Gesellschaftsspiele, no qual apresenta que a solução para jogos de soma zero pode ser estipulado através de técnicas matemáticas.

O estudo de jogos de soma zero foi desenvolvido mais tarde no livro *The Theory of Games and Economic Behavior*, escrito por Neumann juntamente com o economista Oskar Morgenstern, tendo sido de suma importância para a teoria dos jogos, porém o livro limitava-se apenas em jogos de soma zero, sendo assim, era necessário buscar teorias que permitissem estudar de forma variada, maiores quantidades de modelo de interação estratégica.

E assim essas teorias foram elaboradas mais tarde por John F. Nash, Jr., John C. Harsanyi e Reinhard Selten, autores esses que foram fundamentais para o desenvolvimento da teoria dos jogos.

Nash construiu uma noção de equilíbrio para modelos de jogos, onde resultou que cada jogador escolhesse racionalmente a estratégia que seria a melhor dos demais.

John C. Harsanyi desenvolveu a teoria de “informação assimétrica”, que está relacionada ao fato de que muitas vezes jogadores possuem informações sobre algum elemento importante do jogo privilegiadas em relação aos demais jogadores.

Reinhard Selten ficou conhecido pela teoria do “equilíbrio perfeito em sub jogos”, onde uma determinada estratégia para ser considerada um equilíbrio perfeito em sub jogos deve ser perfeita considerando-se todos os possíveis desdobramentos do processo de interação estratégica.

Vários outros autores deram origem ao que chamamos de teoria dos jogos, bem como o matemático francês Antoine Augustin Cournot que foi o responsável por criar elementos importantes que foram utilizados em técnicas de solução de um jogo, em seu livro “*Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses*”, publicado em 1838.

Cournot apresentou o modelo de Duopólio, que mais tarde a mesma levou o seu nome, nesse modelo duas empresas produzindo um bem homogêneo decidiam qual quantidade cada uma iria produzir, sabendo que a quantidade que a outra produzisse afetaria seus lucros, Cournot derivou então um solução em que ambas empresas decidiam produzir quantidades que eram compatíveis entre si.

Outro importante percussor da teoria dos jogos foi o matemático alemão Ernst Friedrich Ferdinand Zermelo, que apresentou o primeiro teorema matemático da teoria dos jogos, o teorema afirma que no jogo de xadrez sempre há uma solução, um dos jogadores sempre tem uma técnica vitoriosa, não importando a atuação do outro.

O matemático francês Felix Edouard Justin Emile Borel também percussor da referida teoria, foi o primeiro a elaborar o conceito moderno de estratégia a qual chamou de método de jogo.

Todos esses grandes estudiosos citados acima foram de grande importância para a criação e estudo da teoria dos jogos, teoria esta que é definida como uma teoria matemática criada com o intuito de orientar os fenômenos que podem ser analisados quando dois ou mais agentes que estão a tomar uma decisão, interagem entre si.

Muito embora tenha sua origem nas ciências exatas, seus postulados podem ser aplicados em qualquer área acadêmica ou mesmo relação social, inclusive na ciência do Direito. Seu principal referencial é a vontade na tomada de decisões, a partir da qual o processo decisório é considerado como um jogo.

Temos assim que, a matemática busca conceituar as possíveis interações naturais, através de mecanismos sólidos e lógicos, diante disso matemáticos interessaram-se em estudar no início da década de 30, a lógica presente no sucesso e no fracasso das grandes transações econômicas, cujo o interesse principal era o de maximizar o ganho em transações financeiras e explicar o funcionamento de jogos.

Relatos apontam que os primeiros sinais de existência da teoria dos jogos é do século XVIII a partir de uma correspondência enviada a Nicolas Bernoulli por James Waldegrave em que Waldegrave analisa um jogo de cartas chamado “*le her*” e propõem uma solução que é um equilíbrio de estratégia mista.

Entende-se como teoria dos jogos o estudo dos métodos de interações estratégicas entre sujeitos racionais no processo de tomada de decisão, ela “se apoia no princípio da racionalidade instrumental onde os jogadores buscam os melhores resultados para si ou para o grupo”.¹

¹ ABBADE. Eduardo Botti. **Aplicação da teoria dos jogos na análise de alianças estratégicas**, Jul-Set/2010, p. 131-147, Bauru-São Paulo. Disponível em: <<https://revista.feb.unesp.br/index.php/gepros/article/view/378/319>>. Acesso em: 30/09/2019

Diante disso, pode-se dizer que há um jogo sempre que um conjunto de indivíduos, empresas, entre outros, estiverem envolvidos em uma situação de interdependência recíproca, em que as decisões tomadas sejam influenciadas de forma recíproca.

Tal teoria, conforme ensina Humberto José Bortolossi, estuda, a partir de modelos matemáticos, a escolha de decisões sob uma condição de conflito, assim, cada pessoa, considerada “jogador”, escolhe sua estratégia, a fim de que obtenha o melhor resultado possível, dentre as opções que tem à disposição. Esclarece o autor que:

Pode ser definida como a teoria dos modelos matemáticos que estuda a escolha de decisões ótimas sob condições de conflito. O elemento básico em um jogo é o conjunto de jogadores que dele participam. Cada jogador tem um conjunto de estratégias. Quando cada jogador escolhe sua estratégia, temos então uma situação ou perfil no espaço de todas as situações (perfis) possíveis. Cada jogador tem interesse ou preferências para cada situação no jogo. Em termos matemáticos, cada jogador tem uma função utilidade que atribui um número real (o ganho ou pay off do jogador) a cada situação do jogo.²

Desta forma, considera-se que os indivíduos submetidos a uma situação de conflito tendem não apenas a buscar a melhor decisão (que lhe traga os melhores resultados), mas a melhor decisão possível (viável e plausível), considerando o âmbito de ação de seus “oponentes” no jogo, isto é, os outros “jogadores”, indivíduos submetidos à situação conflituosa, muitas vezes oponentes entre si.

A teoria dos jogos, portanto, oferece formas de modelar uma situação de interação estratégica bem como analisar essas situações após elas terem sido modeladas, no mais, procura entender como os jogadores tomam suas decisões em situações de interação estratégica.

Busca-se, compreender de maneira teórica o processo de decisão de agentes que interagem entre si, a partir da compreensão lógica da situação em que encontram-se envolvidos, a teoria dos jogos contribui para o desenvolvimento da capacidade de raciocinar estrategicamente, explorando as possíveis formas de interação dos jogadores, formas estas que nem sempre correspondem a intuição.

² BORTOLOSSI, Humberto José. **Uma introdução a teoria econômica dos jogos**, 2004.

1.1.2 Postulados

A teoria dos jogos é definida como uma teoria que possui alcance universal, ou seja, não se limita apenas em determinados campos de atuação, podendo ser empregada a todos os campos de pesquisa.

Com destaque em escolhas estratégicas a teoria dos jogos visa contribuir diante de um “jogo” visando que os chamados “jogadores” optem de forma racional pela melhor escolha possível.

Como por exemplo em um jogo de cartas, onde os jogadores de forma simultânea aplicam suas estratégias, sem conhecer a estratégia dos outros jogadores.

Desta forma, um jogo de cartas acontece de forma sequencial, o próximo jogador só tomara sua decisão após a jogada do jogador anterior, podendo assim observar a ação que este último realizou e diante de sua análise tomar sua decisão e assim sucessivamente ocorrerá durante o jogo entre os jogadores, que tomaram suas decisões interdependente com as decisões dos demais competidores.

Em um jogo para o jogador alcançar o resultado máximo este necessita de obter estratégias de jogo e estas estratégias são determinadas não somente através da concepção própria do jogador, mas também através da avaliação das estratégia que os demais jogadores exercem, sendo que, a sua estratégia só terá sucesso diante da sua capacidade de captar as demais estratégias.

Para melhor esclarecimento, a teoria dos jogos compreende a exposição de determinados elementos, quais são:

Os jogadores, que são aqueles ligados a um processo de interação estratégica, é o primeiro elemento, são aqueles que tomam decisões com o intuito de atingir um objetivo, esse objetivo a se atingir busca sempre as decisões em que favoreça o jogador, quanto a quantidade de jogadores, esse será determinado conforme o tipo de jogo.

O segundo elemento é a ação, que trata sobre as atividades que podem ser realizadas por um jogador dentro de um jogo, a ação de um jogador é uma escolha que pode ser feita por ele em um determinado momento do jogo.

Já o terceiro elemento é a estratégia, essa é utilizada no momento em que o jogador deverá escolher qual ação tomar, são ações que contribuem para o desempenho do jogador durante um jogo.

A estratégia é sobre a possibilidade de agir dos agentes dentro do jogo, a estratégia está ligada ao nosso dia a dia, estamos sempre a utilizando para solucionar os problemas com que nos deparamos, com o intuito de alcançar soluções.

Desta forma, para isso é necessário sempre analisar as circunstâncias para obter-se boas decisões e bons resultados, de forma ampla, a estratégia é o pensar no futuro é estudar os problemas e oportunidades de forma ampla.

Por último, a recompensa que é o elemento em um jogo que determina o resultado final, a recompensa é aquilo que busca o jogador ao final do jogo, é o que obtém o jogador depois do encerramento do jogo dependendo de sua colocação.

1.2 TIPOS DE JOGOS

Considerando que, diversas são as possibilidades de interação estratégicas entre os indivíduos a partir disso a teoria dos jogos contempla vários tipos de jogos, entre os existem os mais importantes aqui serão tratados.

Desta forma, tem-se os jogos de soma zero que são aqueles em que sempre irá prevalecer um placar onde um irá ganhar e o outro perder, tem-se também os jogos não cooperativos que não aqueles onde não existe a possibilidade de parceria entre os jogadores, cada jogador realiza sua partida de forma individual, pensando em si mesmo.

Os jogos de soma não zero e jogos cooperativos, que são o inverso dos acima apresentados, onde nesses existem a dupla cooperação entre os jogadores, pois nesta modalidade de jogo os jogadores irão usar suas estratégias conforme ao que melhor convém a todos, possibilitando um resultado que seja o mais benéfico aos jogadores.

Por último, será tratado os jogos simultâneos e os sequenciais, o primeiro trata sobre os jogos em que há a possibilidade de os jogadores aplicarem suas jogadas de forma simultânea, ou seja, ao mesmo tempo podendo também interagirem entre si, e o segundo são aqueles em que as jogadas são sequenciais, os jogadores respeitam uma determinada sequência para aplicarem suas jogadas.

1.2.1 Jogos de Soma Zero e não Cooperativos

Os jogos de soma zero, também conhecidos como jogos estritamente competitivos, são aqueles onde os jogadores se preocupam exclusivamente com eles mesmos.

Neste jogo os competidores utilizam-se de técnicas e estratégias para se obter um resultado final onde apenas um será o detentor do prêmio, nos jogos de soma zero as recompensa final dos jogadores estão relacionadas inversamente, ou seja, um ganha e outro perde.

Tem-se até então que, os jogos de soma zero são os que ambos competidores buscam alcançar o melhor prêmio, através da melhor estratégia, porém poderão ser definidos também nesta modalidade de jogo, aqueles onde os competidores para terem o melhor resultado final precisam aplicar estratégias que causam danos ao seu adversário, assim Ronaldo Fiane traz como exemplo a disputa entre duas empresas:

Esse pode ser o caso se duas empresas estiverem disputando, por exemplo, para aumentar suas participações em um dado mercado: o aumento de participação de uma empresa somente sedará à custa da redução na participação da outra.³

Deste modo, o exemplo acima trata de um jogo estritamente competitivo, onde o autor exemplifica a ideia de que para uma empresa alcançar maior valorização essa precisa obter meios para que a empresa concorrente seja desvalorizada, dessa forma a perda da empresa adversaria representa o ganho para a outra empresa.

Os jogos de soma zero são conhecidos por essa perspectiva onde tem-se a competição entre ambos, onde busca-se resultados favoráveis de forma individual, de outro modo, são os jogos onde as combinações estratégicas sempre somam zero, ou seja o um só jogador lucra com base no prejuízo do outro.

Pode-se utilizar como exemplo de jogos de soma zero também, as eleições, onde apenas um candidato terá a possibilidade de vencer, como nas eleições presidenciais de um país, que pode ser definida também como um jogo estritamente

³ FIANE. Ronaldo. **Teoria dos Jogos, Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**, 3º Edição, 8ª tiragem, Rio de Janeiro: Campus.

competitivo, pois ambos candidatos procuram a derrota do outro para assim alcançarem a vitória na eleição.

Como visto, jogadores que encontram-se em uma situação de um jogo de soma zero procuram causar o maior dano possível ao outro jogador e diante disso tem-se como estratégia procurar minimizar o dano que o outro competidor pode causar-lhe, com efeito esta ação compreende a estratégia de minimax.

A estratégia de minimax faz referência ao que ocorre durante o jogo de soma zero, onde ambos os jogadores tentam minimizar de forma estratégica os prejuízos que o outro jogador pode lhe causar, assim *“sempre que isso ocorrer em alguma combinação de estratégias, teremos encontrado o equilíbrio de um jogo estritamente competitivo”*.⁴ Um jogo de soma zero quando encontra seu equilíbrio

Com efeito, uma vez que a intenção de ambos os jogadores é a de maximizar a derrota do seu competidor e minimizar seus próprios prejuízos, ocorre a combinação de estratégias, assim, tem-se o método de minimax.

Exemplo de estratégia minimax é o caso de uma mãe que precisa cortar um bolo para os seus dois filhos, porém a mesma não consegue fazer isso sem deixar um com o pedaço maior que o do outro, gerando assim insatisfação de um dos filhos pelo pedaço cortado pela mãe.

Diante disso, a mesma aplica a estratégia minimax, ou seja, a mãe entrega a faca para um dos filhos e esse que dividirá o bolo e o outro filho será o que irá escolher o primeiro pedaço de bolo. Assim nenhum dos filhos poderão reclamar do tamanho do seu pedaço pois um será o primeiro a pegar e o outro será o responsável pelo tamanho dos dois pedaços.

Tendo isso o filho que ficou responsável por cortar o bolo tentará o máximo para cortar os pedaços de tamanhos iguais pois sabe que seu irmão será o primeiro a pegar, bem como seu irmão que tentará pegar o maior pedaço cortado.

Os Jogos de soma zero são considerados jogos não cooperativos por serem jogos competitivos, ou seja, não podem estabelecer compromissos garantidos pois os competidores agem de forma independente.

⁴ FIANE. Ronaldo. **Teoria dos Jogos, Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**, 3º Edição, 8ª tiragem, Rio de Janeiro: Campus.

Os jogos não cooperativos são jogos que possuem rigorosa competição, não havendo a possibilidade de cooperação por parte dos jogadores “*eis que, mesmo que os jogadores pudessem fazer acordos sobre suas escolhas, não teriam incentivos para tanto por não ser possível que ambos saiam vencedores*”⁵.

Os jogos não cooperativos são chamados de jogos estratégicos, pois cada jogador deverá elaborar suas estratégias conforme seu próprio interesse e preferência em cada situação no jogo sem ter o conhecimento das escolhas dos demais jogadores.

1.2.2 Jogos de Soma não Zero e Jogos Cooperativos

Os jogos de soma não zero, ou soma diferente de zero é o oposto do tipo de jogo acima citado, neste jogo o ganho de um dos jogadores não será interligada a perda do outro jogador, neste jogo há espaço para outros elementos de competição e de cooperação, onde os jogadores possuem a oportunidade em obter vantagens em ordens diferentes, existindo recompensas diferentes.

Neste jogo não é necessário que a competição seja usada de forma exclusiva, sendo que para um jogador ganhar não há a obrigatoriedade do outro perder, ou seja, não são estritamente competitivos.

Os jogos de soma não zero podem ser classificados como jogos cooperativos, ou seja, poderá existir entre os jogadores envolvidos pactos de cooperação existindo a possibilidade dos jogadores estabelecerem entre eles, compromissos e que desses compromissos seja possível garantias efetivas.

Assim, como exemplo de jogos de soma não zero e cooperativos, tem-se um jogo de carros onde há dois motoristas cada um em um carro diferente e estão disputando um jogo, onde, em um carro em movimento se os dois jogadores forem retos ambos perdem pontos e de resultado poderão perder a vida.

Se um jogador desviar para o lado esse consequentemente será o perdedor, temos assim necessariamente a possibilidade de uma estratégia que será melhor para ambos os jogadores, ou seja, ambos desviarem seus carros.

⁵ FREITAS, Bernardo Vianna; QUEIROZ, Júlio Antônio Nunes. **Conflito de Agência nas Sociedades Anônimas: Uma Análise sob a Perspectiva da Teoria dos Jogos**. São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2011, pp. 119 a 152.

1.2.3 Jogos Simultâneos e Jogos Sequenciais

Os jogos simultâneos como o próprio nome já diz são os jogos onde ambos os jogadores apresentam sua jogada juntos. Os jogadores movem-se simultaneamente revelando suas jogadas no mesmo momento.

Ou então pode ser conceituado como o jogo onde os jogadores aplicam suas estratégias sem ter conhecimento da estratégia dos demais jogadores.

Ou seja, *“são aqueles em que cada jogador ignora as decisões dos demais no momento em que toma a sua própria decisão, e os jogadores não se preocupam com as consequências futuras de suas escolhas”*⁶.

Sendo assim, os jogadores tomam suas decisões simultaneamente ou não, ocorrendo de forma simultânea estes desconhecem suas estratégias e decisões.

Como título de exemplo a um jogo simultâneo, considere-se o caso apresentado por Roberto Fiani, onde o autor traz em seu livro o caso de dois bancos e uma empresa, considera-se que a empresa encontra-se com problemas financeiros e solicita de ambos os bancos a renovação de seus empréstimos.

Assim fica a cargo dos bancos definirem se renovam ou não os empréstimos à empresa. No exemplo as únicas ações possíveis pelos dois bancos são as de renovar ou não renovar o empréstimo.

Desta forma, se ambos os bancos resolvem renovar o empréstimo estes continuam recebendo seus pagamentos referente os juros e se caso decidam por não renovar o empréstimo a empresa fica obrigada por devolver o principal do empréstimo.

Considerando que o valor do empréstimo recebido pelo empresa de cada banco seja o valor de cinco milhões de reais, porém em razão de suas dificuldades financeiras, seus ativos resultam em seis milhões. Ou seja menor que a soma dos seus empréstimos sendo insuficientes para pagar o montante total de empréstimos que é de dez milhões.

Tendo em vista que os bancos resolvem por renovar o empréstimo e a empresa consiga manter-se por mais um ano a empresa conseguirá permanecer pagando aos

⁶ FIANE. Ronaldo. **Teoria dos Jogos, Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**, 3º Edição, 8ª tiragem, Rio de Janeiro: Campus.

bancos os juros a partir de sua receita concorrente o valor de um milhão de reais a cada banco.

Passados um ano e a empresa venha por falir, decretada sua falência os bancos dividiriam os ativos da empresa, ficando três milhões de reais para cada e mais um milhão de reais de pagamento de juros, totalizando quatro milhões de reais para cada banco.

Mas se um dos bancos decide por não renovar o empréstimo este receberá de forma integral o valor de cinco milhões de volta mas em contrapartida sua ação resultará na falência da empresa, assim ao outro banco que decidiu por renovar o empréstimo, restaria apenas um milhão dos ativos da empresa.

Sendo assim, conforme o exemplo apresentado a solução possível para que os bancos não fiquem em situação de desigualdade é de que ambos decidam de forma simultânea, optando por não renovar o empréstimo, assim a empresa estando com seus ativos insuficientes para cobrir sua dívida ficará obrigada a decretar sua falência, restando aos bancos a divisão dos ativos obtendo três milhões cada um.

Portanto, os jogos simultâneos trazem a oportunidade aos jogadores em decidirem juntos, pois nesta modalidade de jogo os ganhos dos jogadores pode dar-se de forma igual, não sendo necessário que um perca para o outro ganhar, evidenciando também no exemplo apresentado um jogo cooperativo pois entre os bancos não precisa existir competição.

Os jogos sequenciais ao contrário dos jogos simultâneos, são aqueles que como o próprio nome já diz, ocorre a alternância de jogadas, cada jogador joga conforme sua vez, os jogos sequenciais *“é aquele em que os jogadores realizam seus movimentos em uma ordem predeterminada”*⁷.

Nos jogos sequenciais os jogadores tomam decisões de forma sequencial depois de observar a decisão do outro jogador, por exemplo em um jogo de baralho onde cada jogador irá aplicar sua jogada após a jogado do outro jogador.

⁷ FIANE. Ronaldo. **Teoria dos Jogos, Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**, 3º Edição, 8ª tiragem, Rio de Janeiro: Campus.

1.3 FORMAS DE REPRESENTAÇÕES DE JOGOS

Neste próximo tópico será abordado as possibilidades de formas em que um jogo poderá ser a apresentado, sendo pela forma estratégica ou pela forma estendida.

A primeira trata-se dos jogos onde os jogadores utilizam-se de estratégias para aplicarem suas jogadas, já na segunda forma o que irá determinar a jogada dos envolvidos no jogo serão as próprias jogadas, cada um irá se movimentar conforme o jogador anterior.

1.3.1 Forma Estratégica ou Normal

A forma estratégica ou normal é a obtida por um jogador quando este deseja alcançar seu objetivo no jogo, será ela que irá definir a possibilidade de aumento de ganhos ou a diminuição de perdas em um determinado jogo, ao escolher uma estratégia o jogador tenta prever os seus ganhos e perdas.

A estratégia permite ao jogador modelar o seu jogo focando apenas nos elementos considerados por ele mais importantes, no mesmo sentido Ronaldo Fiani define que *“a forma estratégica nos fornece todas as combinações possíveis de ações dos jogadores, assim como seus resultados: ela nos informa quem fez o quê e quanto conseguiu, em função de suas escolhas e das dos outros jogadores”*⁸

No mesmo sentido, a estratégia é uma possibilidade que o jogador irá usar a seu favor, de forma que irá permitir organizar suas ações dentro do jogo.

O jogador ao encontrar-se em uma situação onde precisa tomar uma decisão este precisa levar e conta quais ações estão a sua disposição, considerando as diversas informações apresentadas no jogo pelos outros jogadores e a partir disso tomar sua decisão.

1.3.2 Forma Estendida

A forma estendida difere-se da forma estratégica ou normal, nesta modalidade analisa-se o elementos específicos de um jogo. A forma estendida costuma-se ser aplicada aos jogos sequenciais, ou seja, a forma estendida é aquela em que o jogador irá aplicar sua jogada após avaliar a jogada do seu concorrente.

⁸ FIANE. Ronaldo. **Teoria dos Jogos, Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**, 3º Edição, 8ª tiragem, Rio de Janeiro: Campus.

Deste modo, na forma estendida ocorre a captação de todas as informações que estão expostas ao jogador, ocorrendo assim a interação dos jogadores em etapas sucessivas, a forma extensiva é considerada como a forma mais detalhada de se apresentar um jogo.

1.4 O DILEMA DO PRISIONEIRO

O dilema do prisioneiro é considerado um dos exemplos de jogos com caso mais famoso da teoria dos jogos, o referido dilema foi criado por Merrill Flood e Melvin Dresher em 1950, com o intuito de mostrar a dificuldade em se analisar certos tipos de jogos.

O dilema do prisioneiro pode ser apresentado da seguinte forma: duas pessoas são suspeitas de terem cometido um crime o delegado com o intuito de desvendar o crime as coloca em celas separadas onde ambas pessoas não conseguem manter contato.

Assim o delegado apresenta a cada um dos suspeitos de forma isolada as três propostas seguinte: se o suspeito confessar o crime e o outro suspeito não confessar o que contribuiu confessando será liberado enquanto o que não confessar irá cumprir quatro anos de pena, ou, se ambos confessarem ambos cumpriram uma pena de dois anos e por último se nenhum dos dois confessar o crime ambos cumpriram uma pena de um ano.

Assim, os prisioneiros deverão agir de forma racional e estratégica, eis que confessar apresenta ser a melhor escolha já que estes não conseguem se comunicar, pois se isso fosse possível a melhor escolha seria ambos não confessarem.

Logo o dilema dos prisioneiros apresenta “*o melhor exemplo de que, em determinados processos de interação estratégica, o fato de cada jogador buscar o melhor para si leva a uma situação que não é a melhor para todos*”⁹, entretanto para ambos apenas resta a opção de estratégia dominante e cada um garantir o melhor para si, uma vez que não há como assegurar que o outro prisioneiro irá cooperar.

⁹ FIANE. Ronaldo. **Teoria dos Jogos, Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**, 3^o Edição, 8^a tiragem, Rio de Janeiro: Campus.

Conforme observado nos exemplos anteriores os prisioneiros encontram-se em um jogo não cooperativo, em razão de estarem separados, não conseguindo estabelecerem compromissos garantidos.

Com efeito o dilema dos prisioneiros abre as portas para muitas analogias com a vida real, diversas interações sociais e econômicas possuem a mesma estrutura deste modelo de jogo.

Entendido o dilema dos prisioneiros ao direito penal percebe-se a relação entre o dilema com o instituto da delação premiada, onde em uma operação com ausência de instrumentos que comprovem a prática delitiva incentiva-se a cooperação por parte dos acusados e em contrapartida apresenta-se a estes um prêmio.

Da mesma forma como apresentado no caso dos prisioneiros ocorre na delação premiada, a um suposto suspeito é ofertado a possibilidade de delatar o crime com informações relevantes e como prêmio recebe benéficos que serão aplicados a sua pena.

Como na delação premiada o acordo de leniência também possui semelhança ao dilema do prisioneiro, o acordo de leniência tem como instrumento que visa coibir práticas de corrupção a administração pública por parte de pessoas jurídicas,

O acordo faz referência a uma estratégia por parte do poder público que a fim de obter informações sobre o ilícito oferece vantagens para a pessoa jurídica investigada que se dispõe a delatar informações sobre o ilícito cometido bem como indicar outros partícipes do ato.

Em ambos os exemplos os agentes tomam o lugar dos prisioneiros e os prêmios são a redução da pena, e nos acordos de leniência bem como na delação premiada os indivíduos sempre optarão pelas estratégias que garantem as melhores recompensas assim como ocorre no dilema do prisioneiro.

Outro exemplo é que tal lógica pode ser também aplicada no contexto dos acordos de mediações judiciais, logo, imagine-se um casal que possuem 1 filha, o casal está se divorciando, de início o esposo quer a guarda compartilhada da filha e já a esposa pretende ter a guarda unilateral,

O esposo ao saber disso resolve também solicitar a guarda exclusiva. Entretanto, a esposa ao saber que de início o esposo pretendia um acordo tenta voltar

atrás, porém, tarde pois o esposo já não aceita mais o acordo, assim, a esposa sente-se ofendida e resolve por desistir do acordo.

Observa-se que a situação ficou mais difícil e praticamente impossível de mediar, tendo isso, é notável que a tomada de decisão de um é influenciada pela atitude do outro.

A teoria dos jogos visa auxiliar nas tomadas de decisões e diante do caso responde em quais circunstâncias os envolvidos não devem colaborar e quais propostas devem ser apresentadas para que ocorra a colaboração.

Sendo assim, em casos como o do exemplo a teoria dos jogos deve incentivar o comportamento cooperativo, pois se há a cooperação recíproca ambos saem ganhando, ou seja, os participantes de um jogo de decisão devem usar suas estratégias buscando sempre pelo ganho parcial.

1.5 EQUILÍBRIO DE NASH

O equilíbrio de Nash, criada pelo matemático John Nash, está entre uma das mais importantes teorias apresentadas pela teoria dos jogos, este representa a combinação das melhores estratégias de cada jogador bem como a melhor resposta às estratégias dos demais jogadores.

Tal equilíbrio, conforme Ronaldo Fiani ensina é que, tem-se um equilíbrio de Nash quando cada estratégia aplicada pelos jogadores é a melhor possível às estratégias dos outros jogadores, assim “a ideia do equilíbrio de Nash é a de que cada jogador está adotando a melhor resposta ao que os demais jogadores estão fazendo, e isso é válido para todos os jogadores ao mesmo tempo¹⁰”.

Logo, o conceito de equilíbrio de Nash está interligado ao conceito de cooperação, pois os jogadores aplicam suas estratégias com o intuito de atingir o que é o melhor para todos os jogadores.

Portanto, é reconhecido o equilíbrio de Nash quando um jogador encontra-se em uma situação em que poderia estar optando por estratégias melhores apenas para si mesmo, mas pratica o melhor possível dada a posição dos outros jogadores.

¹⁰ FIANE. Ronaldo. **Teoria dos Jogos, Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**, 3ª Edição, 8ª tiragem, Rio de Janeiro: Campus.

A ideia que traz o equilíbrio de Nash é a de que cada jogador está adotando a melhor resposta ao que os demais jogadores estão fazendo, vale-se dizer isto a todos os jogadores ao mesmo tempo, portanto esclarece o autor Ronaldo Fiane que:

A contribuição de John Nash foi fundamental para o desenvolvimento da teoria dos jogos. A partir de sua noção de equilíbrio foi possível estudar uma classe de jogos muito mais ampla do que os jogos de soma zero. Foi possível também demonstrar que, em alguns casos, quando cada jogador escolhe racionalmente aquela estratégia que seria a melhor resposta às estratégias dos demais, pode ocorrer que o resultado final para todos os jogadores seja insatisfatório e que, portanto, nem sempre a busca de cada indivíduo pelo melhor para si resulta no melhor para todos.¹¹

Conforme apresentado, compreende-se que em determinadas relações ditas como jogos, nem sempre a melhor decisão a ser aplicada pelo jogador é a de estratégias nas quais apenas beneficiam a si próprio, pois, se assim entender todos os jogadores, somadas ao fim todas as estratégias podem resultar em uma insatisfação por parte de todos.

Ou seja, há a existência de jogos nos quais é necessário que os jogadores determinem suas estratégias àquilo que for vantajoso somando as estratégias dos demais, mesmo não sendo a melhor para si mesmo, mas se, somadas ao final as decisões que foram feitas em conjunto pelos jogadores implica-se em um resultado que será o melhor possível.

1.6 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

1.6.1 Linhas Gerais

A Análise Econômica do Direito, advinda da escola filosófico-econômica americana denominada “Escola de Chicago”, propõe aliar Economia e Direito, abordando os impactos econômicos, sob a ótica da eficiência, dos institutos jurídicos, da legislação e de decisões judiciais. Seu surgimento ocorreu nos anos 60 nos Estados Unidos, mas foi nos anos 70 que a mesma começou a ser aplicada, assim

A análise econômica do direito foi se desenvolvendo em um processo que resultou em quatro fases, vejamos:

¹¹ FIANE. Ronaldo. **Teoria dos Jogos, Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**, 3ª Edição, 8ª tiragem, Rio de Janeiro: Campus.

Observam-se quatro fases no desenvolvimento da análise econômica do direito nos Estados Unidos da América: lançamento (1957-1972), aceitação do paradigma (1972-1980), debate sobre os fundamentos (1980-1982) e o movimento ampliado (a partir de 1982).²⁴ A partir de 1975, o movimento aparece fora dos Estados Unidos da América. A recepção teve reações favoráveis e desfavoráveis, o que merece ser apontado na medida em que incidem sobre a propagação de ideais no meio jurídico.¹²

O estudo econômico do direito busca explicar e prever o comportamento das pessoas envolvidas com a lei, buscando uma legislação de melhor qualidade, é uma abordagem econômica do direito que tenta compreender o direito, sendo utilizado pelos juristas e economistas.

Na opinião de Renato Leite Monteiro:

O fundamento maior da Análise Econômica do Direito seria trazer segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico. Da mesma maneira que os mercados, para serem dotados de um funcionamento adequado necessitam desses postulados, a AED tenta agregar maximização, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas.¹³

Pode se dizer que a economia visualiza o direito como uma instituição que deve promover a eficiência, contribuindo para o bem social, assim, de acordo com Paula Forgioni: *“a AED pode e deve ser aplicada em benefício da implementação de políticas públicas, com o escopo de incrementar o grau de eficácia material do ordenamento jurídico”*¹⁴.

Sendo assim, tem-se como sendo objetivo da AED o de aplicar a economia ao direito para assim estudar-se as regras legais e instituições, utilizando pressupostos de comportamento racional por parte dos indivíduos como importante instrumento de raciocínio.

Por fim, é movimento e a teoria que se aplica de forma racional os princípios e métodos econômicos ao estudo das normas e instituições vinculados ao ordenamento jurídico.

¹² MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

¹³ MONTEIRO. Renato Leite. **Análise Econômica do Direito: uma visão didática**. São Paulo, 2009.

¹⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Análise econômica do direito: paranoia ou mistificação?** Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. Referência: v. 44, n. 139, p. 242.

1.6.2 Postulados da Análise Econômica do Direito

Como foi exposto acima, a análise econômica do direito visa aplicar segurança, previsibilidade, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas, é a aproximação de diálogo entre direito e economia que permite a interação de ambos, propondo assim a aplicação de uma teoria comportamental no sistema jurídico, com a finalidade de auxiliar no desenvolvimento da interpretação das normas jurídicas.

Esse diálogo entre direito e economia é diversificado, podendo variar conforme corrente teórica interpretativa, mas sabe-se que apesar da diversidade de correntes teóricas, todas fazem parte do mesmo movimento, a diferença entre as escolas de pensamento consiste no modo de se aplicar os princípios econômicos ao estudo do direito.

Diante disso passa-se a tentar compreender três dessas importantes escolas: A primeira é a Escola de Chicago, onde foi criada as primeiras correntes teóricas sobre a análise econômica do direito, para esta escola o aspecto central da perspectiva da AED é o pressuposto de que o indivíduo possui comportamento constantemente racional e que atua para a maximização de sua riqueza.

A próxima é a Escola de New Haven, tendo como estudo voltado para o aperfeiçoamento do funcionamento do contemporâneo estado de bem estar social a seu complexo aparato regulatório, segundo essa escola a aproximação do direito e economia é essencial.

Seguindo assim, expõe-se agora a escola da Public Choice, essa por sua vez além do direito e economia estabelece também diálogo com a teoria política, levando em conta a expectativa dos eleitores quanto as ações de seus representantes,

Como admite o interesse pessoal de cada político na efetivação de ações específicas, assim como as outras escolas citadas a escola de Public Choice também parte do pressuposto da racionalidade do agente econômico, onde o consumidor tende a direcionar seus esforços para satisfazer um indivíduo, através de um bem ou serviço.

Uma vez verificado que na teoria dos jogos a ideia é a de que existem diversos tipos de jogos e esses serão definidos conforme as suas regras ou a partir das jogadas de cada participante, logo, os participantes agem de maneira que buscam os melhores

resultados para si sendo que mesmo agindo em conjunto com os demais jogadores, dessa maneira o intuito do presente capítulo é o de observar as possibilidades de interações entre os indivíduos

Sendo assim, expostas as premissas teóricas e bases da teoria dos jogos e análise econômica do direito, torna-se possível aplicar seus postulados à institutos jurídicos, dentre eles, o acordo de leniência, sendo este o objetivo principal do trabalho.

Entretanto, antes mostra-se igualmente importante abordar a lei anticorrupção, seu surgimento, características gerais, bem como o acordo de leniência em si, suas regras e funcionamento, para que se cumpra o objetivo aqui proposto.

2 LEI ANTICORRUPÇÃO

A lei anticorrupção nº 12.846 de 2013 tem como finalidade responsabilizar as empresas envolvidas em atos de corrupção contra a administração pública nacional ou estrangeira, de forma objetiva administrativa e civil,

Porém, não só a responsabilização da empresa visa a lei, tendo a mesma como foco também em inibir as empresas de praticarem atos corruptos. A partir da criação da lei anticorrupção, o estado adquiriu meios efetivos de sancionar as pessoas jurídicas.

Tendo isso, para compreender-se a o lei anticorrupção passa-se ser necessário uma retrospectiva quanto a corrupção no Brasil, abordar sua origem histórica bem como seu conceito

Desta forma, ter a noção da criação da lei anticorrupção já que tal instituto visa coibir a pratica da mesma, tendo isso no decorrer do capítulo ocorrerá o estudo da lei citada, bem como as inovações que trouxe sua promulgação.

2.1 CORRUPÇÃO NO BRASIL

O termo corrupção surgiu do latim *corruptus*, que significa decomposição, desmoralização, destruir, depravar ou adulterar, existem vários significados para a corrupção, mas a semelhança entre seus conceitos é de que sempre estão relacionados a algo negativo e ligado ao poder.

Tem-se a corrupção como um ato que, através de meios ilegais, se corrompe algo ou alguém com a finalidade de obter-se vantagem em relação a outros, neste sentido:

O problema da corrupção, assim, é amplo, envolvendo, na verdade, qualquer locupletamento indevido decorrente da prática de ato ilegal ou mesmo antiético para beneficiar alguém ou facilitar alguma atividade, ainda que legítima de outrem, ou, ainda, comportar-se de maneira indevida para obter algum benefício para si ou para outrem, ainda que sem conteúdo econômico.¹⁵

¹⁵ FILHO, Vicente Greco. RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Ou seja, o conceito de corrupção pode ser aplicado a diversos atos ilícitos onde determinado indivíduo agindo de forma ilegal busca pelo ganho de vantagens sobre os demais indivíduos, sendo que o resultado dessas vantagens obtidas de certa forma resultem na desvantagens para os demais.

A corrupção é um mal universal, é uma prática que assombra a população a décadas, tornou-se tão rotineira que a corrupção é vista como uma característica da cultura brasileira

Entretanto tal fato não que não deveria ocorrer, pois a corrupção é o resultado da falta de punição e controle do cumprimento das leis, “no Brasil, a figura do “malandro” foi erroneamente sugerida como sinônimo de “esperto”, associada, portanto a um comportamento não imoral¹⁶”.

A corrupção vai além da apropriação indevida do dinheiro público, é entendida também como o desvio de qualquer patrimônio público, podendo ser material ou imaterial.

É praticada por um indivíduo que utilizando-se de um cargo político ou poder que ostenta, pratica atos ilícitos contra a Administração Pública a fim de obter alguma vantagem indevida para si próprio ou para terceiro.

Conforme trazido por Marcella Blok os atos de corrupção sempre iram afetar um terceiro de modo que fique prejudicado diante da ação ilícita, no mesmo sentido a autora explica que:

Como consequência, quem mais sofre com a corrupção é a população com menor poder aquisitivo, tendo-se em vista que o montante financeiro que, em tese, deveria ser aplicado aos setores da educação, saúde, moradia e segurança, acabam sendo desviado para a conta dos funcionários públicos¹⁷

O caso trazido pela autora é exemplo de corrupção por parte dos governantes que se apropriam de forma indevida do dinheiro público, onde que, estes deveriam zelar pelos direitos da população ofertando-os saúde, educação e segurança de

¹⁶ YAMAGAMI, Norma Mitiko. FILHO, Carlos Alberto Schmidlin. **ANTICORRUPÇÃO - LEI 12.846/13 - A sociedade e a adequação dos valores culturais e empresarias no âmbito atual**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades. Curitiba-PR, Ano VIII, nº 14, 2016. Disponível em: <Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br>>

¹⁷ BLOK, Marcella. **Nova Lei Anticorrupção (Lei 12846/2013) e o Compliance**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol 65, Jul / 2014.

qualidade acabam por desviar o dinheiro que deveria ser investido em tais institutos ocasionando em uma população precária de recursos públicos.

A autora ainda trata sobre os que são afetados de forma negativa pelas atitudes corruptas, que são compostos pela população necessitada, estes que deveriam receber apoio do poder público sofrem com a falta de aplicação honesta do dinheiro público.

Importante destacar que a corrupção é de maior escala em países onde o analfabetismo predomina, assim a falta de conhecimento à lei facilita a prática de ações corruptas.

Deste modo, um país onde os cidadãos preocupam-se com a aplicação do dinheiro público e com as ações por parte dos governantes dificulta o cometimento de práticas ilícitas. A exemplo disso, importante destacar dados coletados pelo site Transparência Internacional – Brasil, no qual pontua dados relevantes sobre a corrupção do ano de 2018 e destaca a insatisfação ao Brasil quando seu índice de percepção da corrupção.

A Transparência Internacional é um movimento de face global que luta contra a corrupção e que busca mudanças neste cenário, estando presentes em mais de 100 países.

O movimento busca compreender a corrupção de forma comparada possibilitando assim avaliar as diversas situações e com isso a real gravidade para assim identificar soluções para cada país referente a corrupção

O índice de percepção da corrupção reúne resultados de 180 países e territórios sua pontuação indica o grau de corrupção percebido no setor público no qual define uma nota de 0 a 100 onde 0 significa uma grande presença de corrupção no país e 100 considera ser o país com muita integridade.

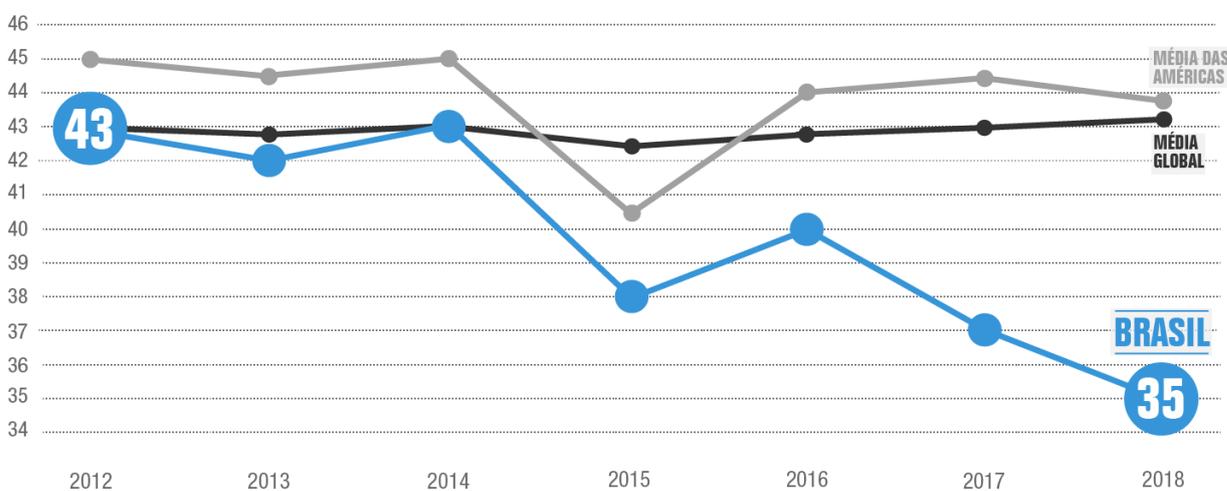
Conforme dados obtidos do ano de 2018 o ranking é liderado por Dinamarca que recebeu a nota 88 e a pior nota foi formada pela Somália com 10 pontos. Assim como já citado acima, foi destacado a mesma relação de percepção das notas apresentadas.

Sobre os países em que ficaram com as melhores notas foi destacado que “estes países têm em comum instituições democráticas fortes, um estado de direito

sólido, ampla liberdade de imprensa e liberdades civis¹⁸ logo em relação aos países formados pelas piores notas destacou-se que “já a parte debaixo do ranking é formada, principalmente, por países pobres, envolvidos em conflitos ou com instituições democráticas frágeis¹⁹”.

Em relação aos dados, o Brasil obteve nota 35 passando a ocupar o 105º lugar no ranking, representando a terceira queda anual seguida do país, deste modo, em gráfico aponta-se a queda do Brasil em relação a percepção da corrupção:

Gráfico 1: Índice de Percepção da Corrupção no Brasil:²⁰



Observa-se que, segundo o gráfico o Brasil teve uma queda do ano de 2017 a 2018 passando de 37º lugar para o 35º lugar ficando cada vez mais longe da média Global, onde segundo estatística o Brasil ocupa a pior nota desde o ano de 2012.

Tendo isso, nota-se a necessidade em que encontra-se o Brasil por buscar novas medidas contra a corrupção de forma eficaz e diante disso tem-se entre as opções possíveis as inovações legislativas e a aplicação severas através de sanções, para que assim chegue-se na raiz do problema.

¹⁸ Transparência Internacional - Brasil. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#novas-medidas>. Acesso em: 27/11/2019

¹⁹ Transparência Internacional - Brasil. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#novas-medidas>. Acesso em: 27/11/2019

²⁰ Transparência Internacional - Brasil. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#novas-medidas>. Acesso em: 27/11/2019

A corrupção não é novidade no Brasil, porém, não é possível estimar se antes da chegada dos portugueses ao Brasil, os índios que aqui viviam, praticavam algum ato corrupto ou até mesmo semelhante a corrupção, entre seus povos ou outras tribos.

Entretanto, acredita-se que as primeiras práticas de corrupção ocorreram com a chegada da família real portuguesa ao Brasil, pois com os portugueses em terras brasileiras, os índios passaram a sofrer buscando meios de sobrevivência diante da nova realidade.

Como se sabe a política implantada aos povos que aqui habitavam era totalmente desigual e era praticado contra esses povos atos antiéticos, uma vez que, o sistema colonial implantado era sustentado por uma monarquia absolutista. No mesmo sentido a autora Núbia Elizabette de Jesus Paula apresenta que:

A colônia brasileira era tida pelo monarca como sendo seu objeto particular, como propriedade do rei. Assim, derivou-se, nesta época, a noção de patrimonialismo passando a inexistir limite entre o que era público e o que poderia ser considerado patrimônio pessoal do monarca. Não havia qualquer comprometimento com os deveres éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos.²¹

Conforme acima, os Portugueses buscavam apenas o enriquecimento privado não existindo qualquer compromisso com os povos que aqui habitavam, fazendo surgir diante disso a perspectiva de que, o bem público pode ser explorado sem a existência de respeito algum.

Diante dos atos desonestos, praticados pelos colonizadores, contra os bens públicos aqui existentes, implantou-se um sistema de extração das riquezas naturais de patrimônio do Brasil, como por exemplo o pau-brasil, o ouro, o diamante, especiarias, entre outras, que eram encaminhadas a Portugal, deixando claro que o único interesse pelo Brasil era o proveito tirado das suas riquezas.

Diante disso, percebe-se que a colonização portuguesa deixou grande herança histórica que ainda é evidente no comportamento da sociedade, o Brasil percorreu por vários processos históricos e políticos, onde engrandeceu o conceito de corrupção e o modo como ela se fixa na sociedade.

²¹ PAULA, Núbia Elizabette de Jesus. **Do alcance da dissolução compulsória da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção**. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2018.

Como visto, não havia a proteção dos interesses da sociedade pois não se cogitava a possibilidade de que a sociedade possuía interesses coletivo pois não se tinha a ideia de coletivo.

Desta forma, não existia a preservação dos direitos da população, a única ideia que prevalecia nesta época era a do patrimonialismo e o do ganho pessoal por parte dos que detinham o poder, “e assim, o patrimonialismo no Brasil implantou um “Estado” apenas nominado assim, mas sem estruturas ou base que fundamentasse”²².

Portanto constata-se que a corrupção no Brasil possivelmente emergiu do patrimonialismo do período colonial e encontra-se enraizada até os dias atuais.

A corrupção não se trata de um problema exclusivo do Brasil, estando presente em diversas sociedades do mundo, porém, no Brasil, diante do passado retratado acima e da crescente globalização, facilitou a proliferação da corrupção, resultando em uma auto defesa do brasileiros que desenvolveram estratégias para se protegerem, contaminado o país com práticas corruptíveis.

Verifica-se, assim, que a história do Brasil foi marcada por diversos casos de corrupção, a corrupção possui reflexos negativos para o Estado e sua sociedade, seus efeitos causam destruição na estrutura e organização da Administração Pública, gerando grande impacto no país.

Após breve compreensão do surgimento da corrupção no Brasil, ainda em continuidade sobre o assunto passaremos a conhecer alguma das estratégias de combate a essa prática que assombra os Brasileiros a décadas.

O desempenho da economia e da Administração pública de um país sofre grandes prejuízos quando estes são alvos de atos de corrupção, a corrupção afeta a confiança da população, gera custos e deslegitima as instituições.

No Brasil a economia e a administração são institutos bastante prejudicados pela corrupção, conforme dados apresentados abaixo tem-se breve noção:

Segundo estimativa da Fundação Getúlio Vargas (FGV), a corrupção no Brasil pode representar anualmente algo em torno de 1% a 4% do PIB, o que equivale a um valor mínimo de R\$ 30 bilhões. Já segundo o relatório da

²² PAULA, Núbia Elizabette de Jesus. **Do alcance da dissolução compulsória da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção**. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2018.

Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), essa cifra está próxima de 2,3% do PIB.²³

Entretanto, o Brasil nos últimos anos tem buscado combater os atos lesivos praticados contra o patrimônio público, desenvolvendo e aplicando uma política onde amplia e aprimora os mecanismos de punição a corrupção.

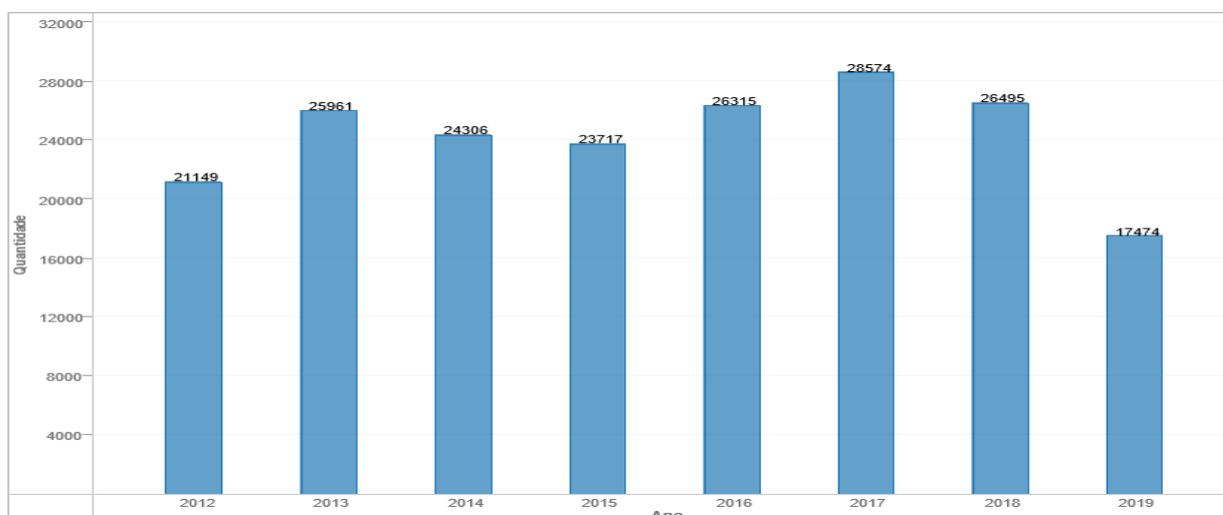
Tais como a Lei nº 8.429/92 conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, a Lei nº 8.666/93 conhecida como Lei Geral de Licitações e Contratos, A Lei de acesso a informação de nº 12.527/2011, a criminalização da corrupção internacional no Código Penal e a aprovação da Lei Anticorrupção de nº 12.846/2013.

Além das inovações legislativas, observa-se também maior desempenho quanto aos órgãos responsáveis pelo combate e fiscalização dos atos ilícitos contra bens públicos.

Em complemento, observa-se os dados estatísticos referente a atuação do Ministério Público Federal diante ao combate a corrupção Brasil, o gráfico traz estatísticas do ano de 2012 ao ano de 2019 e permite o acompanhamento de processos instaurados por ano pelo Ministério Público Federal.

Conforme análise, tem-se que nos anos de 2016 a 2018 o Ministério Público Federal intensificou seus trabalhos, tendo um grande avanço nos números de processos de corrupção instaurados. Assim observa-se:

Gráfico 2: processos autuados por ano - Combate à Corrupção:²⁴



²³ MENDES, Francisco Schertel. CARVALHO, Vinicius Marques. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. Trevisan Editora: São Paulo, 2017.

²⁴ Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/estatistica>

No Brasil as ações de combate a corrupção devem sempre serem focadas em duas perspectivas que são na criação e fortalecimento dos mecanismos de prevenção e controle da corrupção na administração pública e na diminuição de percepção de impunidade sobre a prática corrupta, criando uma justiça rápida e eficiente.

Os incentivos a fim de minimizar a corrupção no país devem ser alterados tornando-os mais rígidos, de modo que as ações de corrupção que são severamente punidas, tende a incentivar a mudar o comportamento dos agentes corruptos.

2.2 HISTÓRICO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Dando continuidade ao capítulo que irá tratar sobre a Lei nº 12.846 de 2013 que: *“Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”*.

Assim observa-se:

A LAC veio inaugurar, no ordenamento pátrio, a possibilidade de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Com sua promulgação, o Estado passou a deter meios de sancionar pessoas jurídicas de forma efetiva. Anteriormente, a ação estatal ficava restrita à punição das pessoas naturais que agiam em nome das empresas ou, ainda, à aplicação de sanções judiciais ou administrativas de fundo contratual ou regulatório.²⁵

Conforme trecho exposto acima, a referida lei inovou criando uma legislação própria para tratar sobre a responsabilização das pessoas jurídicas, no seara administrativo e civil, àquelas que cometerem atos de corrupção contra a administração pública nacional e estrangeira.

Antes da promulgação da lei ao Estado cabia punir apenas as pessoas físicas que agiam em nome das empresas, entretanto, a lei possibilitou o que antes não existia, entregando ao Estado a possibilidade de aplicar sanções as pessoas jurídicas.

A Lei Anticorrupção representa grande avanço para a sociedade, pois visa preencher uma lacuna que havia no ordenamento jurídico quanto a punição diretamente às pessoas jurídicas que praticam atos contra a Administração Pública.

²⁵ SIMÃO, Valdir Maysés. VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. 1ª edição, São Paulo, 2017.

A referida lei possibilitou ainda a responsabilização objetiva da pessoa jurídica quando esta cometer algum ato contra a administração pública, como por exemplo, a fraude em licitação, o oferecimento de vantagem indevida e até mesmo tentar prejudicar uma investigação ou fiscalização feita pelo poder público.

Quando isto ocorre, a própria pessoa jurídica pode ser punida administrativamente, dentre suas punições esta pode ocorrer de várias formas, ou seja, por meio de imposição de multa, ressarcir os prejuízos que causou ou a suspensão das atividades.

Entretanto, a Lei estabelece a responsabilização objetiva na esfera civil e administrativa, não tratando sobre responsabilização penal da pessoa jurídica.

O objetivo da Lei é o de instituir e incentivar a criação de mecanismos para a prevenção de atos ilícitos contra a Administração Pública, através da aplicação de rigorosas sanções, zelando pela democracia e transparência das negociações públicas.

Mas ainda assim, para melhor compreensão da Lei 12.846 de 2013 faz-se necessário ter conhecimento de que por traz desta Lei existe todo um contexto, onde envolve uma grande revolta da população, fazendo-se necessário um passo atrás para compreender a origem da Lei.

A Lei nº 12.846 de 1º de Agosto de 2013, denominada Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, decorre do Projeto de Lei nº 6.826/2010, com início de vigência em 29 de Janeiro de 2014 e foi criada por iniciativa do Governo Federal, em resposta as manifestações populares que reivindicavam principalmente ética na gestão pública, ocorridas no Brasil no ano de 2013.

Diante da insatisfação da população, surge a necessidade de maior firmeza no combate a corrupção, não somente de pessoas físicas, mas também de pessoas jurídicas que praticam atitudes desonestas contra a Administração Pública, que até então existia uma lacuna, referente ao tema, no sistema jurídico brasileiro.

A norma tem por objetivo preencher as lacunas do ordenamento jurídico brasileiro em questões concernentes à responsabilização, administrativa e

civil, das pessoas jurídicas praticantes de atos ilícitos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.²⁶

Entretanto, a norma originou-se não só por conta da grandiosidade e insatisfação com a corrupção no país, e sim também, por influência do direito internacional, que assim como será visto, também foram de grande importância para que o combate a corrupção ganhasse força no Brasil.

Não foi apenas por causa da dimensão da corrupção brasileira que foi editada a Lei 12.846/2013. Ela tem origens no Direito Internacional, mercê da hodierna concepção segundo a qual a corrupção está sendo considerada um fenômeno que transcende fronteiras, fruto da intensa globalização, a ser combatida pela comunidade das nações. Nesse contexto, o nosso governo se viu na contingência de atender a compromissos internacionais decorrentes de convenções ratificadas pelo Brasil que estabeleceram, em nível internacional, regras de repressão a atos considerados corruptos.²⁷

A partir de 1990 a corrupção tomou conta de debates ganhando densidade o assunto, o fenômeno passou a ser visto como prejudicial não só ao país onde se origina o ato corrupto, e sim de forma mais ampla, abrangendo também outros países, nascendo assim iniciativas que visavam o combate da corrupção.

Dentre as primeiras práticas que visavam repelir a corrupção temos o escândalo *Watergate* que ocorreu nos Estados Unidos, no ano de 1974, forte legislação de prevenção a corrupção, servindo a norma como modelo para criação de leis de prevenção no mundo todo.

O Escândalo Watergate ocorreu nos Estados Unidos na década de 1970, quando foi descoberta uma série de práticas corruptas por empresas multinacionais norte-americanas em outros países, incluindo contribuições ilegais para a campanha do ex-presidente dos Estados Unidos Richard Nixon, tendo levado o político à renúncia do cargo. Houve, no período, o pagamento por empresas dos Estados Unidos a autoridades de governos estrangeiros, como no caso da Lockheed Corporation, que realizou desembolsos ilícitos de US\$ 25 milhões às autoridades japonesas para garantir a venda de aviões. Esse fato culminou com a renúncia e condenação criminal do primeiro-ministro Japonês Kakuei Tanaka. Nesse contexto, os EUA foram o primeiro

²⁶ PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. **Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)**. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. Belo Horizonte, 2016. Retirado de: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/acordo-leniencia-lei-anticorruptao.pdf>>

²⁷ ARAÚJO, Marcelo Barreto. **Comentários à Lei 12.846/2013: diretivas sobre o programa de compliance**. Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/comentarios_a_lei_12846_2013_diretivas_sobre_o_programa_de_compliance.pdf>

país do mundo a implementar uma legislação com o objetivo de combater a corrupção em nível global, isto é, fora das fronteiras norte-americanas, que é a Lei Contra Práticas Corruptas Internacionais (FCPA).²⁸

Além disso, de grande importância conhecer também, as principais convenções internacionais de prevenção e combate à corrupção, essas convenções foram o alicerce para a implementação de medidas contra a corrupção.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 29 de março de 1996 foi promulgada no Brasil mediante o Decreto Presidencial nº 4.410 de 07/10/2002.

Essa convenção entre seus vários propósitos busca:

Promover o fortalecimento e o desenvolvimento, por todos os países, de mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, buscando a cooperação entre os Estados partes, inclusive mediante mecanismos para garantir que as sociedades comerciais e outras associações mantenham controles internos que permitam às empresas detectar a ocorrência de atos de corrupção.²⁹

Esta convenção convoca o setor privado a participar do combate a corrupção, de forma colaborativa, mesmo que não tenha sido explicitado a responsabilidade jurídica das empresas, trazendo a ideia de que o combate a corrupção também é de responsabilidade da sociedade e não exclusiva do Estado.

Outro ponto a destacar-se é que para ser considerado o ato de corrupção não depende do resultado de um prejuízo patrimonial, bastando a prática de uma conduta reprovável.

Dando continuidade, a Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, foi aprovada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico em 17 de dezembro de 1997 e promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30/11/2000.

²⁸ MEDEIROS, R. V. ROCHA, L. G. **Transparência na Gestão Pública Controle Cidadão. A corrupção no Brasil e no Mundo.** Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Universidade aberta do Nordeste, 2016. Disponível em:

<https://www.tce.ce.gov.br/downloads/Controle_Cidadao/gestao_publica/fasciculo_1_.pdf>

²⁹ ARAÚJO, Marcelo Barreto. **Comentários à Lei 12.846/2013: diretivas sobre o programa de compliance.** Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em:

<http://cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/comentarios_a_lei_12846_2013_diretivas_sobre_o_programa_de_compliance.pdf>

Esta convenção foi criada após vários escândalos financeiros nos Estados Unidos, onde na época várias empresas subordinavam funcionários públicos estrangeiros, através de propina, que tinha como objetivo facilitar a venda de aeronaves e armamentos. Os Estados Unidos diante da insatisfação da população criou a Lei *Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)* que criminalizou a referida prática de suborno.

Entretanto com a criação da FCPA vários problemas desencadearam para as empresas norte-americanas, que passaram a ter grande perda na sua produtividade, pois não haviam nos outros países leis que proibissem o suborno de agentes públicos.

Diante disso, os Estados Unidos passou a pressionar outros países a adotar medidas legais que reprimissem também a prática do suborno.

Por fim, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que foi aprovada pela Organização das Nações Unidas em 09 de dezembro de 2003, e promulgada pelo Brasil por força do Decreto Presidencial nº 5.687, de 31/01/2006.

A Convenção destaca a preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU) com as ameaças decorrentes da corrupção para a estabilidade e a segurança das sociedades, diante do enfraquecimento das instituições, e os valores da democracia, mencionando os vínculos da corrupção com outras formas de delinquência, como o crime organizado e a lavagem de dinheiro. Salienta, ainda, que o combate à corrupção exige uma cooperação internacional, pois ela deixou de ser um problema local para se converter em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias. E registra também que a prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados, com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público.³⁰

Também prevê esta convenção que os países firmam normas relacionadas a obrigação de adotar medidas de natureza contábil e de auditoria, para o setor privado, aplicando a estes, sanções civis administrativas e penais se não cumprirem essas medidas. Esta convenção visa atitudes voltadas a transparência administrativa e financeira das empresas.

³⁰ ARAÚJO, Marcelo Barreto. **Comentários à Lei 12.846/2013: diretivas sobre o programa de compliance**. Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/comentarios_a_lei_12846_2013_diretivas_sobre_o_programa_de_compliance.pdf>

A corrupção é um fenômeno que abrange o mundo todo e que procura ser combatida por todos os países, conforme visto acima, viu-se que o Brasil buscou enrijecer suas medidas de punição a pessoas jurídicas autoras de práticas ilícitas, cumprindo o desejo de justiça, que buscava a população.

2.3 PRINCIPAIS ASPECTOS E INOVAÇÕES DA LEI ANTICORRUPÇÃO

A maior percepção de inovação trazida pela lei faz referência a seus sujeitos, em particular a respeito de quem será aplicada as sanções presentes na lei.

Ou seja a inovação em possibilitar que as pessoas jurídicas, responsáveis por atos ilícitos, arquem com suas ações e sejam alvos de punições por parte da administração pública, no mesmo sentido a autora Marcella Block relata:

A novidade trazida por esse ordenamento é, de fato, a mudança de perspectiva dada pelo legislador no combate aos crimes contra a Administração Pública, substituindo o direito penal e a persecução do agente pessoa física, pelo direito administrativo sancionador, que visa punir a pessoa jurídica, ainda que continue a se valer de conceitos e instrumentos oriundos do direito criminal.³¹

Ou seja, a lei substitui as pessoas físicas que em casos de corrupção contra a administração, ocorridos anteriormente a lei, eram os únicos a serem punidos acrescentando assim no mesmo sentido a pessoa jurídica, no mais a norma substitui o direito penal pelo direito administrativo.

Em seu parágrafo único do artigo primeiro a lei dispôs tratar de forma sucinta sobre quem está exposto às aplicações da lei, tendo que, a responsabilização da norma tem seu alcance exclusivo as pessoas jurídicas.

Podendo ser, sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado,

Bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

³¹ BLOK, Marcella. **Nova Lei Anticorrupção (Lei 12846/2013) e o Compliance**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol 65, Jul / 2014.

Como exposto, a Lei Anticorrupção surgiu com a finalidade de preencher um vazio que antes existia na legislação brasileira, que era sobre a aplicação de sanções sobre a pessoa jurídica que cometesse um ato ilícito contra a administração pública.

A Lei Anticorrupção complementa o sistema legal de controle de ética e moralidade administrativa no país que tratam sobre os crimes praticados contra a administração pública, mas, o diferencial da lei entre as demais normas brasileiras é sobre a responsabilização da própria pessoa jurídica que cometer o ilícito ao erário.

A responsabilização a pessoa jurídica ocorre independente da responsabilização individual de seus administradores, gestores ou qualquer pessoa física que tenha contribuído com o ato corrupto.

Há a imposição de sanções quando se verifica a violação de uma norma jurídica, após ser sancionada a Lei Anticorrupção as empresas passaram a adotar mecanismos internos que contemplam a ética e a moral em uma empresa, evitando assim a imposição de sanções.

De início, antes de tratar sobre as imposições, necessário trazer o artigo quinto da Lei, que trata sobre quais atos são considerados lesivos a Administração Pública.³²

³² Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

A Lei Anticorrupção prevê a responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas, em resultado da prática de ilícitos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Deste modo, determina o artigo segundo da Lei *“As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”*.

Importante ainda ressaltar grande novidade que trata a Lei, em razão de sua referência sobre a responsabilidade objetiva da empresa que pratica o ato lesivo, a responsabilidade objetiva advém de uma prática ilícita que para ser comprovada e debatida em juízo não depende da existência de culpa ou dolo do agente causador.

Logo, para que a pessoa jurídica seja responsabilizada nos termos da Lei, não é necessário ser comprovado que exista a intenção do agente, bastando ser comprovado a conduta, o resultado e nexo de causalidade.

Por outro lado, a responsabilidade dos dirigentes ou administradores será subjetiva, dependendo da comprovação do elemento subjetivo.

No âmbito administrativo a aqueles que considerados responsáveis pelo cometimento de atos desonestos, será aplicado as sanções previstas no artigo sexto da Lei, conforme exposto em seus incisos primeiro e segundo.

Ou seja, multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e a publicação extraordinária da decisão condenatória.

Para que as sanções presentes no artigo sexto sejam aplicadas é necessário a condenação da pessoa jurídica e para isto ocorrer deverão ser analisados e levados em consideração alguns fatores.

Conforme o artigo sétimo da Lei:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;

- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;
- IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados;

Tratando agora sobre a responsabilidade civil, essa trata sobre a responsabilidade de ressarcimento ao prejuízo causado, o intuito dessa responsabilização é a reposição da situação, ou seja, retornar ao estado em que antes se encontrava, através da reparação ao dano causado.

Além de punidas na esfera administrativa, as pessoas jurídicas em decorrência da prática de algum dos atos ilícitos, previstos na lei, também poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, através de ação ajuizada pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público.

As sanções que são determinadas as pessoas jurídicas infratoras, pela esfera judicial são:

- I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
 - II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
 - III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;
 - IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.
- § 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:
- I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou
 - II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Ou seja, se uma empresa praticar algum dos atos mencionados no início do tópico, o ente público deverá instaurar processo administrativo para apuração do fato e ajuizar ação contra a pessoa jurídica infratora.

A Lei Anticorrupção visando cumprir com seu objetivo de combater a corrupção no setor público, praticado por pessoas jurídicas, traz ainda como inovação dois institutos de grande importância que são eles: o Acordo de Leniência e a *Compliance*.

O Acordo de Leniência previsto na lei, mais precisamente nos artigos dezesseis e dezessete é um instituto semelhante ao o que conhece-se por delação premiada, o acordo de leniência é celebrado juntamente com determinada pessoa jurídica envolvida em um caso de corrupção que em troca de benefícios oferecidos pela administração pública dispõe-se a cooperar com as investigações.

Deste modo, pela pessoa jurídica será ofertado informações relevantes que contribuam com o processo de apuração do ilícito e em contrapartida receberá a diminuição de suas sanções.

O Acordo de Leniência, objeto de estudo no presente trabalho, será tratado em capítulo específico, tendo que, neste momento será abordado de forma breve, sobre o programa de *Compliance*, que não poderia deixar de ser tratado.

2.4 COMPLIANCE

O termo *Compliance* deriva do inglês e significa “*to comply with*” e sua tradução é “*agir de acordo com*” ou seja, estar submetido, estar em conformidade com uma lei, norma, regulamento ou política interna.

Entretanto, diante da lei anticorrupção o termo tem como significado agir de acordo com a lei anticorrupção, ou seja, sua aplicação visa seguir as normas da lei citada.

O programa de *Compliance* foi criado para que as empresas criem mecanismos eficazes, a fim de evitar a prática de atos ilícitos como a corrupção ou a fraude. Não diz respeito apenas a uma imposição jurídica, trata-se da construção de uma cultura empresária ética.

O programa deve estar em total conformidade ao negócio central da organização, tendo como um dos seus objetivos a participação integral de todos os colaboradores da empresa nessa cultura.

O *Compliance* é um conjunto de disciplinas e práticas que buscam pelo cumprimento de normas de uma determinada instituição, visando investigar, evitar ou solucionar qualquer atuação em desconformidade com a ética.

Essas normas que visam ser respeitadas pelo programa de *compliance*, podem ser leis em diferentes níveis e esferas que estarão em conformidade aos regulamentos

internos impostos pela própria empresa, que deverão ser respeitados em todas as atividades da empresa.

A empresa que adota o programa de *Compliance*, adquire confiança, previne comportamentos inadequados que podem manchar a sua reputação e eventuais problemas que resultem em perdas patrimoniais, multas e problemas com a justiça.

Como visto anteriormente a Lei Anticorrupção prevê severas sanções a pessoa jurídica, quando esta comete um ato ilícito, tendo isso, a Lei provocou um aumento na procura pelo Programa de *Compliance* pelas empresas brasileiras.

O Programa de *Compliance* que trata a Lei, tem como intenção levar as empresas brasileiras, em especial aquelas que possuem relações com o poder público, a importância em implementar o programa.

Neste sentido:

O envolvimento de qualquer nível da empresa, em qualquer caso de corrupção com a área pública, será passível de multas que podem ser bastante severas para as empresas. Ademais, seus sócios ou diretores, também poderão responder criminalmente. Por isso, a avaliação do retorno do investimento que um bom programa de compliance pode proporcionar mudar drasticamente.³³

Logo, como acima citado pela autora, a empresa que se ver envolvida em atos de corrupção contra a administração pública estará exposta a pagar por um alto custo, assim, diante disso, analisando as possibilidades de retorno de um programa de *Compliance* vê-se a sua importância para uma empresa.

A empresa, quando disposta a aplicar o programa, demonstra seu comprometimento com a Administração, pois mostra-se interessada em prevenir e investigar condutas ilícitas e eventuais violações a lei, importante ainda destacar que:

A referida previsão irá consolidar a cultura do compliance no país, incentivando o empresariado brasileiro a investir em políticas de controle interno para o cumprimento de normas e regulamentos, a fim de mitigar riscos, evitando, assim, o comprometimento da instituição com condutas ilícitas, bem como fortalecendo a imagem da empresa perante a sociedade em geral e, em especial, diante de seus consumidores clientes, parceiros e colaboradores. Com o objetivo de alcançar um ambiente livre de condutas capazes de violar a Lei Anticorrupção, os programas de compliance deverão incorporar um Código de Ética e de Conduta de fácil compreensão, canal de

³³ BLOK, Marcella. **Nova Lei Anticorrupção (Lei 12846/2013) e o Compliance**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol 65, Jul / 2014.

denúncias que prestigie o anonimato, treinamentos contínuos, mecanismos de comunicação de fácil acesso a todos os funcionários da empresa, monitoramento de áreas sensíveis etc.³⁴

Pesquisas recentes apontam que mesmo que o programa de *compliance* tenha crescido no Brasil, a adoção da prática pelas empresas ainda são poucas, muitas empresas ainda não sabem o que é *Compliance* “segundo dados da KPMG, cerca de 43% das empresas de diferentes níveis ainda não possuem uma área de *compliance*. Inclusive, poucas contam com políticas mais rígidas anticorrupção”³⁵.

Em pesquisa “Nível de Maturidade em *Compliance* 2018” de informações coletadas entre 2017 e 2018, através do site Portal de *Compliance* da Protiviti, mostra que 46,9% das empresas brasileiras assumem não terem preparo para cumprir a Lei Anticorrupção. E 51% admitem ter estruturas organizacionais para prevenir o envolvimento em práticas corruptas. Acredita-se que logo, todas as empresas deverão adequar-se à nova realidade brasileira, adotando a prática do *Compliance*.

³⁴ BLOK, Marcella. **Nova Lei Anticorrupção (Lei 12846/2013) e o Compliance**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol 65, Jul / 2014.

³⁵ KALAY, Marcio El. **O QUE É COMPLIANCE? TUDO QUE VOCÊ PRECISA SABER!** LEC: Legal, Ethics & Compliance, São Paulo, 22 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/sobre.html>>

3 ACORDO DE LENIÊNCIA

No presente capítulo, será abordado o instituto do acordo de leniência que prevê a Lei Anticorrupção, bem como sua aplicabilidade e suas peculiaridades no âmbito jurídico.

O acordo de leniência busca-se de forma efetiva a reparação do ato lesivo praticado por empresas que interagem com o poder público. Como será visto no decorrer do presente capítulo a lei destina-se a determinados sujeitos, devendo estes serem pessoas jurídicas.

Assim, o acordo de leniência disciplina um inovador instrumento, que tem como intenção impedir a prática de condutas ilícitas, o acordo é celebrado com pessoas jurídicas responsáveis por práticas corruptas contra a administração pública.

Deste modo, a pessoa jurídica torna-se colaborador da investigação e através de sua delação a empresa colabora de forma efetiva com as investigações e em troca disso, recebe benefícios por parte da administração pública.

3.1 LINHAS GERAIS

A Lei Anticorrupção estabelece em seu Capítulo V o instituto “Do Acordo de Leniência” instituto este que será tratado no decorrer deste capítulo.

O Acordo de Leniência, como o próprio nome já diz, é um acordo firmado entre pessoas jurídicas e o Estado, onde a pessoa jurídica assume ter cometido algum dos atos previstos no artigo 5º da Lei Anticorrupção onde resultam em infração contra a ordem pública, podendo ser individualmente ou em conjunto com outra pessoa jurídica.

O objetivo da celebração do acordo por parte da pessoa jurídica é a obtenção da vantagem no alívio das penalidades instituídas na Lei mencionada, e por parte da Administração Pública o objetivo da celebração do acordo é a obtenção de informações relevantes para a investigação do ato ilícito.

Nesse sentido afirma Valdir M. Simão e Marcelo P. Vianna que *“Por meio de tal instrumento, a pessoa jurídica cumpriria uma série de obrigações e o Estado, em*

*contrapartida, atenuaria e isentaria a aplicação de determinadas sanções*³⁶, ou seja, o instituto do Acordo de Leniência prevê a cooperação por parte da pessoa jurídica com uma determinada investigação administrativa.

Deste modo, a mesma confessa sua participação e se dispõe a cooperar com o poder público para a apuração da infração e em compensação recebe alguns benefícios previstos na Lei.

Dentre os principais benefícios que a empresa tem ao participar de um acordo de leniência são, a diminuição da multa, que pode ser diminuída em até dois terços e a possibilidade de se afastar a pena de suspensão das atividades, ou seja, um empresa que teria que interromper suas atividades, pode fazer o acordo para continuar operando.

A sociedade empresária ao celebrar o acordo de leniência ainda terá o dever de indenizar o prejuízo afastado, ou seja, mesmo que a empresa faça o acordo todo o prejuízo que ela causou a administração pública tem que ser arcado.

Os acordos leniência são, normalmente, autorizados pelo dirigente máximo de um órgão ou da entidade, entretanto, no poder público federal quem celebra esses acordos é a Controladoria Geral da União- CGU, podendo também a CGU celebrar esses acordos se houver prejuízo a uma administração estrangeira.

Nos moldes da Lei Anticorrupção o acordo de leniência, que prevê a lei, possui ainda amparo da Constituição Federal, no sentido de que o acordo não deve ser visto como apenas um mecanismo de resolução de conflitos utilizado pelo Estado, devendo ser interpretado de forma mais ampla, como um sistema de combate a corrupção que visa a coibição e punição de atos corruptos.

Nesse contexto:

A LAC se insere em um arcabouço de normas cujo principal objeto é a tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público, por meio da repressão à prática de ilícitos. Assim, na forma disposta na lei e como tem sido assentado na doutrina, o elemento fundamental para a celebração do acordo de leniência deve ser sempre a busca pelo aumento da capacidade investigativa do Estado para, desse modo, alcançar maior punição dos atos de corrupção.³⁷

³⁶ SIMÃO, Valdir Maysés. VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. 1ª edição, São Paulo, 2017.

³⁷ SIMÃO, Valdir Maysés. VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. 1ª edição, São Paulo, 2017.

Conforme analisado acima, importante ressaltar que a função da Lei Anticorrupção é a prevenção de atos corruptos por meio de que conforme visto no início do capítulo a lei anticorrupção foi originada a partir de revoltas populacionais, logo, a Lei cuida da moralidade administrativa, prevenindo novas insatisfações e por conseguinte zela pelo patrimônio público.

Assim temos que, o acordo de leniência apresenta um sistema de repressão a corrupção, que visa a reparação, o respeito e a aplicabilidade da moralidade no âmbito da administração pública, que está prevista no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

O instituto possui semelhança com a famosa delação premiada, porém, possuem diferenças em relação a quem faz os seus respectivos usos e sua matéria. No acordo de leniência quem fara uso é a pessoa jurídica, enquanto que na delação premiada quem vai fazer uso é a pessoa física, o acordo de leniência é utilizado para infrações civis e administrativas, enquanto que na delação premiada é focada em infrações criminais.

Quando se fala em acordo de leniência refere-se a diversas legislações nas quais é possível inserir o acordo, como por exemplo o acordo de leniência do CADE, relacionado ao direito de concorrência.

Entretanto, o estudo deste presente trabalho é em relação ao instituto do acordo de leniência que tem como objetivo reprimir a corrupção empresarial, que é previsto pela Lei 12.846 de 2013, também conhecida como lei anticorrupção, que foi abordada em capítulo anterior.

Sendo assim, a partir disto quando referir-me ao acordo de leniência esse será sobre o trazido pela lei anticorrupção, que em próximos capítulos será aprofundado.

3.2 ORIGEM

O acordo de leniência é originado dos Estados Unidos na década de 70, a primeira norma que tratou sobre a utilização do instituto nasceu em 1978 que tinha como intenção a repreensão de atos ilícitos anticoncorrenciais.

Nesse diapasão:

O instituto, cujo nome foi Leniency Program, à época de sua criação, tinha por escopo buscar a repreensão de atos ilícitos anticoncorrenciais, sobretudo os cartéis, dado que estes eram de difícil apuração. Ademais, buscava-se com o instituto a extinção, ou seja, a anistia (amnesty) de eventual punibilidade penal por práticas de atos antitruste, desde que a empresa se submetesse a colaborar antes do início das investigações e fosse a primeira do cartel a auxiliar as investigações.³⁸

A celebração do acordo era de competência do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, que passou a colocar em prática o programa, onde determinada empresa acusada de cometer atos de antitruste detinha a oportunidade de colaborar com as investigações, podendo ser contemplada com a anistia das sanções impostas.

Porém, não havia uma garantia por parte do Departamento de Justiça de que o acordo seria mesmo cumprido, sendo assim, o acordo de leniência passou a ser visto de forma negativa, já que não havia uma garantia do seu cumprimento culminando em uma insegurança jurídica e assim pouquíssimos acordos foram celebrados na época.

Até que em 1993 o acordo de leniência foi reformulado por meio do Programa de Anistia, onde houve alterações em sua celebração, determinando alguns requisitos para serem seguidos pelas empresas que possuíam interesse no acordo.

Cumpridos tais requisitos pela empresa, a essa era concedida de forma automática a anistia, além do mais, a anistia englobava juntamente com a empresa os seus diretores e funcionários.

Nesse mesmo sentido:

O Departamento de Justiça Americano promoveu uma reformulação em seu programa de leniência e incorporou três principais modificações: (i) imunidade completa automática, no caso de inexistir investigação prévia; (ii) possibilidade de imunidade completa, mesmo no caso de a investigação já ter começado; (iii) imunidade criminal para todos os funcionários que colaboraram com as investigações na apuração do delito.

De acordo com os dados publicados no sítio eletrônico do DOJ, em apenas dez anos da implementação da nova política, o número de propostas de acordos saltou para mais de um por mês, atingindo um pico de três por mês entre os anos de 2002 e 2003.³⁹

³⁸ SALES, Marlon Roberth. JUNIOR, Clodomiro José Bannwart. **O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade.** Revista do Direito Público. Londrina, v10, n.3, p.31-50, set/dez, 2015.

³⁹ SIMÃO, Valdir Maysés. VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas.** 1ª edição, São Paulo, 2017.

De grande importância ainda ressaltar que através das celebrações do acordo as cooperações resultaram em multas que atingiram grandes valores e que grande parte das investigações na época só foram desvendadas graças ao programa de leniência aplicado.

Assim, o acordo de leniência nos Estados Unidos, após seu aperfeiçoamento, passou a ser visto de forma positiva e como visto no texto citado acima resultou em uma crescente quantidade de acordos firmados.

No Brasil o instituto do acordo de leniência iniciou-se no ano de 2000, através do surgimento da Medida Provisória nº 20554/2000 que foi convertida na Lei nº 10.149 de 2000 que inseriu na Lei Antitruste nº 8.884/1994 a possibilidade de celebração do acordo de leniência.

O acordo assim como nos Estados Unidos, surge como mecanismo de controle de práticas antitruste, o acordo celebrado era de competência da Secretaria de Direitos Econômicos, incorporada ao Ministério da Justiça.

Os acordos de leniência eram celebrados tanto com pessoas físicas como com pessoas jurídicas que ofereciam colaboração com a investigação da prática ilícita praticada em troca da extinção de suas penalidades total ou em parte.

Em 2011 a Lei Antitruste nº 8.884/94 foi revogada pela Lei nº 12.529/2011 que manteve o instituto do acordo de leniência, mas com algumas alterações, como por exemplo, tornou o CADE como competente para celebração do acordo, aplicando-se exclusivamente no âmbito de crimes contra a ordem econômica.

E recentemente, com a criação da Lei Anticorrupção de 2013 que o acordo de leniência objeto deste trabalho passou a ser aplicado não só as práticas de mercado, sendo estendido as práticas ilícitas de pessoas jurídicas contra a administração pública.

3.3 SUJEITOS

Conforme preceitua o artigo 16 da Lei Anticorrupção, o acordo de leniência será celebrado entre a pessoa jurídica, autora das práticas ilícitas previstas na lei, e entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, assim vejamos:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo

Diante disso, verifica-se a existência de dois sujeitos, sendo estes, a pessoa jurídica, responsável pela prática dos atos previstos na lei anticorrupção e que concorde colaborar de forma efetiva com as investigações e com o processo administrativo, e a autoridade máxima de cada órgão, ou seja, a administração pública.

À pessoa jurídica infratora, é atribuído o nome de Delator, sendo este o que em razão de praticar ações desonestas contra a administração pública buscar obter, através do acordo de leniência, a redução das sanções decorrentes de sua eventual condenação.

Conforme leitura do artigo supracitado, terá condição de delator apenas as pessoas jurídicas, excluindo-se assim a possibilidade da pessoa física celebrar o acordo de leniência pela prática de atos de corrupção empresarial.

Já o outro sujeito, a autoridade máxima de cada órgão ou a administração pública, atuará como o leniente, uma vez que é a este que a lei confere poderes para apurar e julgar infrações previstas na referida lei, é o que age com o objetivo de identificar os envolvidos na prática delituosa e obter provas da realização da mesma.

Conforme observado no artigo acima citado, compreende-se que a lei reservou competência a entidade máxima de cada órgão para a celebração dos acordos de leniência, entretanto, o parágrafo 10 ainda do artigo 16 prevê o seguinte “*A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira*”.

Diante disso, os atos de corrupção contra a administração pública federal e estrangeira, a Controladoria Geral da União terá competência para sua celebração.

Importante ainda ressaltar sobre a reprovação por parte de autores no que tange o artigo 16, caput da Lei Anticorrupção que trata sobre a competência da

autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública para celebração do acordo.

Destarte:

Causa estranheza, contudo, cogitar a possibilidade das referidas “autoridades máximas”, extremamente susceptíveis aos esquemas corrupção, serem investidas de tal prerrogativa, visto que, deste modo, estar-se-ia colocando em risco o propósito da Lei nº 12.846/2013.⁴⁰

No mesmo sentido acima citado, entende-se que o legislador não se atentou na criação do respectivo artigo, tendo em vista que a corrupção é incrédula podendo estar presente em todos os meios, até mesmo nos órgãos de autoridade máxima ou nas entidade públicas, devendo então tal competência ser desconsiderada e como solução compreender a legitimidade de celebração do acordo a Controladoria Geral da União-CGU.

3.4 REQUISITOS PARA CELEBRAÇÃO

A lei anticorrupção exige das pessoas jurídicas responsáveis por cometer atos de corrupção que para a celebração do acordo de leniência, seja cumprido alguns requisitos.

Os principais requisitos de celebração do acordo estão previstos nos incisos do parágrafo 1º presente no artigo 16 na lei anticorrupção e serão analisados cada um a seguir *“O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos.”*

O primeiro requisito, exposto no inciso I é *“a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito”*. Ou seja, aquele que tem interesse em cooperar com as investigações do ato corrupto e receber os benéficos do acordo, deverá comunicar a autoridade responsável pela investigação, sendo que havendo mais de uma pessoa jurídica envolvida no ato corrupto, só poderá celebrar o acordo aquele que manifestar-se primeiro.

⁴⁰ PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. **Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)**. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. Belo Horizonte, 2016. Retirado de: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/acordo-leniencia-lei-anticorruptao.pdf>>

A finalidade desse requisito previsto na lei é exposto por Alcir Moreno da Cruz que diz:

A finalidade dessa regra é estimular o rompimento do silêncio, a espontaneidade, a vontade própria. E ao mesmo tempo, deixar numa situação desconfortável aquele que aguarda a pioneira para depois se apresentar. Logo, é um privilégio ao voluntarismo e não àquele que simplesmente espera o que vai acontecer para posteriormente entregar-se, impelido pelas circunstâncias.⁴¹

Ou seja, a sendo a celebração possível apenas com a primeira pessoa jurídica que apresentar-se disposta a colaborar, torna-se a medida um incentivo, para com que as empresas busquem obter o benéfico em detrimento dos demais.

O segundo requisito encontra-se no inciso II, que expõe que “a *pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo*”, ou seja, para a pessoa jurídica celebrar o acordo, deverá necessariamente afastar-se do envolvimento no ato ilícito, evitando a prática de atos de corrupção.

Porém, há casos que podem ocorrer conforme registra o advogado Victor Alexandre El Khoury M. Pereira:

Insta consignar que nem todos os atos lesivos são passíveis de cessação, pois podem já se encontrar consumados à época da delação. A conduta descrita no art. 5º, inciso I, da LAC é um exemplo, vez que prometida, oferecida ou dada vantagem indevida a agente público o fato se consuma imediatamente, não restando muito o que ser feito, a não ser que se trate de um crime continuado ainda em execução.⁴²

Assim ocorrendo, sendo que um dos requisitos é a cessão do ilícito, não procedendo conforme exigido a pessoa jurídica, esta não terá direito ao acordo e se já ter sido celebrado caberá seu cancelamento.

⁴¹ CRUZ, Alcir Moreno da. **Requisitos polêmicos do acordo de leniência**. Revista Jus Navigandi, ano 20, n. 4.318, 28 abr. Teresina, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38499/requisitos-polemicos-do-acordo-de-leniencia>>

⁴² PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. **Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)**. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. Belo Horizonte, 2016. Retirado de: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/acordo-leniencia-lei-anticorruptao.pdf>>

Porém, pode ocorrer que, seja verificado a necessidade em que a pessoa jurídica permaneça envolvida na prática ilícita, com o intuito de obtenção de provas concretas, por exemplo a condenação de outros envolvidos no ato.

O terceiro e último requisito previsto na lei é o que trata o inciso III, vejamos:

A pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Trata-se então este último requisito sobre a confissão de participação no ilícito e a plena e permanente cooperação com as investigações.

A confissão de participação no ato de corrupção por parte do delator é requisito lógico para a celebração do acordo, tendo em vista que, não há sentido em ter a pessoa jurídica o interesse em obter o acordo de leniência e suas vantagens, sem que a mesma esteja apta a admitir os ilícitos.

Já a plena e permanente cooperação com as investigações, trata-se também de requisito lógico, pois não seria justo aceitar da pessoa jurídica informações insuficientes e vagas, ou seja, para ocorrer a celebração do acordo há a necessidade de que a colaboração por parte da delatora contenha o fornecimento de informações vantajosas à investigação.

O inciso traz ainda a necessidade de permanência por parte da pessoa jurídica diante da sua cooperação com as investigações.

Diante disso observa-se que a lei cuida por não permitir que o benefício diante da celebração de um acordo de leniência traga benefícios apenas a pessoa jurídica e sim para ambas as partes.

3.5 EFEITOS

A partir da celebração do acordo de leniência entre a pessoa jurídica e a empresa envolvida em atos de corrupção, passam a existir alguns efeitos para ambas as partes.

A empresa diante do cumprimento dos requisitos impostos, que foram anteriormente apresentados, será em contrapartida beneficiada, atingindo seu

interesse, assim como, a administração pública através do cumprimento dos deveres impostos a pessoa jurídica, como a identificação de outros envolvidos no ato de corrupção e como a obtenção de provas mais concretas, também atingirá sua finalidade.

Dentre os principais efeitos da celebração do acordo estes serão vistos a seguir.

3.5.1 Da Isenção de Sanções e Redução da Multa Aplicável

O artigo 16, 2º da Lei Anticorrupção prevê “*A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável*”.

Ou seja, prevê ao delator o benefício da isenção das sanções citadas, que são elas: a publicação extraordinária da decisão condenatória, aplicada na esfera administrativa e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de um a cinco anos.

A proposta de isenção apresentada na lei, tem como intenção, ser um atrativo para a celebração de acordos de leniência por parte das pessoas jurídicas.

O artigo 6º da Lei Anticorrupção, prevê que a pessoa jurídica considerada responsável por atos lesivos contra a administração pública terá entre suas sanções:

Multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação

Na parte final do artigo 16, 2º da lei, citado no início do tópico que trouxe os efeitos da celebração do acordo de leniência, traz o benefício da redução do valor da multa aplicável as pessoas jurídicas em até dois terços, multa esta que trata o artigo apresentado acima.

3.5.2 Da Interrupção do Prazo Prescricional

Conforme previsto na Lei Anticorrupção em seu artigo 16º parágrafo 9º “*A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei*”.

Ou seja, celebrado o acordo automaticamente ocorre a interrupção do prazo prescricional dos ilícitos praticados, a lei prevê ainda em seu artigo 25 que a prescrição das infrações previstas na lei ocorrem no prazo de cinco anos.

3.5.3 Da Reparação dos Danos

A Lei Anticorrupção traz em seu artigo 16º parágrafo 3º que “*O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado*” ou seja, a celebração do acordo não exclui a necessidade do delator em reparar de forma integral os danos causados através dos atos de corrupção cometidos.

A ideia da reparação de danos causados busca impossibilitar que a pessoa jurídica causadora do ato ilícito se beneficie através de prejuízos causados a terceiros.

Por outro lado, este efeito é visto por alguns autores como não favorável ao delator, tendo em vista que a depender da dimensão do dano, torna-se desanimador ao pactuante, desestimulando o acordo de leniência por parte da pessoa jurídica.

3.5.4 Do Descumprimento do Acordo de Leniência

O acordo de leniência será descumprido por diversas situações e entre elas será a falta de preenchimento dos requisitos expostos nos incisos do parágrafo primeiro do artigo 16 da Lei.

Diante do descumprimento do acordo de leniência pela pessoa jurídica a Lei Anticorrupção em seu parágrafo 8º do artigo 16 comporta efeito diante de tal ação, qual seja “*Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento*”.

No mais, ainda terá a empresa como consequência do seu descumprimento a anotação no Cadastro Nacional de Empresas Punidas, conforme o artigo 22 parágrafo

4º da Lei “*Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento*”.

Trata-se as medidas de estímulo para que não ocorra o descumprimento do acordo por parte da pessoa jurídica, de modo a garantir a completa e efetiva cooperação da empresa, após a celebração do acordo.

3.6 DESISTÊNCIA OU REJEIÇÃO DA PROPOSTA

A pessoa jurídica diante de seu descontentamento e insatisfação com a proposta ofertada pela administração pública poderá ofertar a desistência a qualquer momento que anteceda a assinatura do acordo.

Assim como também poderá desistir da proposta à Administração Pública, quando observado que a celebração do acordo não trará vantagens a mesma, pois seguindo a ideia dos requisitos apresentados neste trabalho temos a “plena cooperação”, trazida pelo artigo 16º inciso terceiro da Lei.

Que tem como necessário, por parte da pessoa jurídica, o oferecimento de informações que contenham relevância para a investigação, sendo que não ocorrendo isso deverá a administração pública rejeitar a proposta.

No mesmo sentido:

A intenção dessa regra é evitar a movimentação desnecessária da máquina pública, responsável por desperdiçar recursos Administrativos e o trabalho de agentes públicos em acordos fadados ao fracasso. Além disso, não seria nada auspicioso obrigar uma empresa desmotivada a continuar cooperando em investigações com as quais não consente, afinal tal cooperação de modo algum poderia ser considerada plena.⁴³

Importante ainda ressaltar o artigo 16, parágrafo 7º da Lei, que diz “*Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada*”, assim, diante da rejeição da celebração do acordo, não

⁴³ PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. **Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)**. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. Belo Horizonte, 2016. Retirado de: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/acordo-leniencia-lei-anticorruptao.pdf>>

ficará caracterizado o reconhecimento ou a confissão, por parte da pessoa jurídica, o ato ilícito investigado.

3.7 A EFETIVIDADE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

Há anos busca-se maneiras de aperfeiçoamento das investigações para beneficiamento do Estado, visando a adequação entre os benefícios concedidos ao colaborador e as sanções a ele imposta.

Ou seja, nas palavras de Valdir M. Simão e Marcelo P. Vianna:

Em linguagem objetiva, o desafio consiste em tornar o instrumento atrativo o suficiente para que o colaborador se sinta incentivado a parar de delinquir e colaborar com o Estado, mas, ao mesmo tempo, não pode ser tão benéfico a ponto de ser lucrativo cometer o ilícito e, posteriormente, buscar a delação.⁴⁴

Sendo assim, há a necessidade de seguir alguns requisitos que determinam a efetividade de um programa de leniência bem sucedido, sendo estes requisitos.

O receio entre as pessoas jurídicas de que é possível a aplicação de sanções severas quando cometidos atos de corrupção. A competência das autoridades em investigar e aplicar as sanções independente da celebração do acordo de leniência.

Bem como, mostrar a população os resultados obtidos através de um acordo de leniência celebrado e equilibrando os resultados entre benéficos concedidos e ilícitos descobertos e por fim. E fazer com que o programa de leniência seja o mais previsível e transparente possível com a intenção de que a pessoa jurídica analise de forma adequada durante o processo de decisão os riscos e benéficos.

Como visto na parte histórica do acordo de leniência o mesmo vem sendo aplicado a anos, surgiu das experiências antitruste no Estados Unidos que inovou aplicando o acordo pela primeira vez.

Porém o início do processo não foi fácil e houve grande rejeição pelas empresas, e como visto a partir de sua modificação a implementação de acordos aumentaram consideravelmente. Diante de tais avaliações observa-se que para a ocorrência de um acordo bem sucedido depende-se das experiências adquiridas conforme sua aplicabilidade.

⁴⁴ SIMÃO, Valdir Maysés. VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. 1ª edição, São Paulo, 2017.

3.8 APLICABILIDADE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO DIREITO CONCORRENCIAL

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica- Cade é um órgão antigo que foi criado no governo de João Goulart no ano de 1962, o objetivo do órgão até meados dos anos 90 era o combate a crimes contra a economia pública.

Em 1994 foi criada a Lei 8.884/94 que vinculou o Cade ao Ministério da Justiça, concedendo ao órgão amplos poderes de atuação, principalmente a participação mais ativa na economia popular, concedendo o poder de investigar as empresas que de alguma forma praticavam abuso de poder no mercado, o objetivo da norma era a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica

O Acordo de Leniência foi introduzido pela Lei 10.149/2000 no ordenamento jurídico que trouxe alterações para até então a Lei 8.884/94, atualmente a legislação concorrencial é regulada pela Lei 12.529/2011 conhecida também como Lei Antitruste, que com a sua alteração tratou de fazer modificações ao programa de leniência.

Atualmente o Acordo de Leniência aplicado pelo Cade é o instrumento que proporciona um acordo entre as parte de maior segurança no plano nacional, o Cade tem como principal objetivo a prevenção a fiscalização e a orientação dos assuntos que competem abuso de poder

Assim, conforme nas palavras de Valdir Moyses Simão e Marcelo Pontes Vianna:

O Cade tem como missão precípua zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, por fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Em seu conjunto de competências, o Cade reúne o poder de investigar, decidir e, sendo o caso, aplicar penalidades se houver infrações à ordem econômica.⁴⁵

As infrações à ordem econômica que citam os autores no trecho acima, estão descritas nos incisos do artigo 36 da Lei 12.529 de 2011 que são: Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado

⁴⁵ SIMÃO, Valdir Maysés. VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. 1ª edição, São Paulo, 2017.

relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e Exercer de forma abusiva posição dominante.

Como observado a Lei Antitruste bem como a Lei Anticorrupção são legislações diversas mas que possuem semelhança em razão de ambas tratarem sobre o Acordo de Leniência, e importante ressaltar algumas das diferenças quanto a sua aplicabilidade.

Como observado no decorrer do presente trabalho as sanções impostas na Lei Anticorrupção é aplicada exclusivamente nas pessoas jurídicas, diferentemente da legislação concorrencial que possibilita sua aplicação de sanções administrativas tanto para as pessoas jurídicas como para as pessoas físicas.

O Cade é composto por três órgãos, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência Geral e o Departamento de Estudos Econômicos, dentre esses a Superintendência Geral é o órgão competente para a celebração do Acordo de Leniência do Cade.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NO CONTEXTO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

O presente capítulo tem por finalizar o trabalho proposto, neste ponto torna-se necessário para a conclusão do mesmo, o estudo e análise das possibilidades em introduzir a teoria dos jogos nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção.

Para isso precisou-se estabelecer uma análise através de estudos sobre a teoria dos jogos, da Lei Anticorrupção, bem como do acordo de leniência, como proposto pelos capítulos primeiro, segundo e terceiro.

Assim, tem-se que a teoria dos jogos promete cada vez mais tornar-se um prisma de grande poder, no qual garante que sua forma de estudo e apreciação aos seus ideais podem ser incluídos nas diversas relações humanas.

Sendo assim, casos em que encontra-se presente a necessidade de uma tomada de decisão por parte de determinados indivíduos tem-se a possibilidade de aplicação da teoria dos jogos e logo analisar a possível decisão encima das modalidades da teoria.

Diante disso, o assunto que será neste momento tratado faz referência as possibilidades e peculiaridades de incluir-se a teoria dos jogos nos acordos de leniência.

Tendo que, a análise da junção dos dois institutos faz referência direta ao objetivo do presente trabalho, no qual o foco é analisar a tomada de decisões e negociações encontradas no acordo de leniência sob o ponto de vista da teoria dos jogos.

Contudo, faz necessário expor que a teoria dos jogos não possui conceitos jurídicos, mas comporta aplicação a institutos jurídicos, como o instituto do acordo de leniência.

Bem como, o acordo de leniência como observado é um instrumento recente no Brasil e por assim correto afirmar que ainda não possui vasta experiência sobre todas as suas peculiaridades. Logo, a análise aplicada a este trabalho não é prevista por doutrina nem jurisprudências, sendo seus argumentos de posicionamento própria da autora do presente.

4.1 IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS DE UM JOGO NO ACORDO DE LENIÊNCIA

Para um acordo de leniência ser firmado é necessário que seja identificado certos elementos e neste sentido tem-se essencial a presença dos interessados no acordo, correlacionado a teoria dos jogos com o acordo de leniência verifica-se a existência de um jogo, onde os sujeitos interessados e participantes são os jogadores

Pode se dizer que os elementos básicos estruturais de um jogo de leniência, necessários à compreensão e análise do objeto deste estudo são:

Jogo: que neste caso trata-se do próprio acordo de leniência, pois é o que expressa as opções de decisão seguindo suas regras.

Jogador: são os envolvidos no jogo que possuem poder de decisão, ou seja, neste caso a empresa investigada e o poder público através do órgão competente.

Estratégia: são as formas de como um jogador deverá agir para chegar a um resultado final por ele esperado, neste caso, no acordo de leniência em várias as circunstâncias ambos os jogadores deverão utilizar-se de estratégias.

Bem como, no momento em que a pessoa jurídica analisa se irá propor ou não o acordo, tendo a necessidade em ser ágil, para então ser a primeira a manifestar seu interesse. Assim refere-se aos casos em que há mais de uma empresa envolvida no ilícito.

Deste modo, estratégias deverão ser analisadas pela administração pública, como analisar se irá ou não celebrar o acordo de leniência.

Recompensas: as recompensas são os resultados obtidos, no caso do acordo de leniência, seria os benefícios em que adquire a empresa ao pactuar o acordo.

Como a redução das sanções entre outros, e já ao poder público tem-se como recompensa as confissões trazidas pela empresa onde que a partir dessas o órgão competente adquire maiores conclusões sobre o assunto, facilitando na investigação.

Os jogos, como visto no primeiro capítulo, possuem diversos parâmetros de definições, aos jogos da leniência é possível esclarecer que para definir qual o tipo de jogo que se encaixa ao instituto primeiramente faz-se necessário compreender em

qual fase encontra-se o jogo e quais os resultados e estratégias os jogadores veem adotando.

4.2 TEORIA DOS JOGOS NO ACORDO DE LENIÊNCIA

Neste sentido, apresentados elementos de um jogo de leniência, faz ser necessário estabelecer a forma de atuar de cada jogador, sendo que, ambos diante de uma decisão deverão criar noções de estratégias.

Desta forma, a teoria dos jogos visa analisar os jogadores de um real situação *“examinando-se quais são as alternativas possíveis de comportamento que se apresentam, atribuindo-lhes valor e entrecruzando respostas de um e de outro, tudo de modo a aquilatar quais cenários serão mais ou menos favoráveis⁴⁶”*.

Iniciando-se pela pessoa jurídica percebe-se que, como primeira percepção da necessidade de tomar-se um decisão, logo, fazer sua jogada, é quando a mesma está diante da necessidade de escolher entre cooperar ou não cooperar com as autoridades ou se permanecerá seu vínculo com os demais agentes do ilícito.

Saliento que, terá que ter em mente que a sua decisão irá implicar em um reação nas outras partes, assim, qualquer que seja sua escolha utilizada esta gerará diferentes repercussões, portanto, diante das suas possibilidades de jogada a pessoa jurídica irá analisar quais suas estratégias e o que será vantajoso ou não.

No mais, importante ainda relatar, sobre a possibilidade do ilícito ter ocorrido por mais de uma pessoa jurídica, presente neste caso mais uma partida de um jogo da leniência, ocorre que, conforme previsto na Lei Anticorrupção o acordo de leniência somente será celebrado se este preencher certos requisitos.

Sendo que entre estes encontra-se presente a necessidade de a pessoa jurídica ser a primeira manifestar-se sobre o seu interesse em celebrar o acordo.

Logo, o jogo inicia quando determinada empresa for a primeira a expor sua vontade, obtendo assim a possibilidade de desfrutar dos benefícios e buscar entre as

⁴⁶ ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. **Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos.** RDA- Revista de Direito Administrativo, p. 189-222. Rio de Janeiro, 2017

demais pessoas jurídicas envolvidas a oportunidade de não sair tão prejudicada quanto aos demais.

Neste contexto, até aqui apresentado, relaciona-se o as questões acima ao que vimos no estudo da teoria dos jogos sobre os jogos de soma zero, ou seja, a empresa que buscou ser a primeira a demonstrar interesse e diante da existência dos demais envolvidos.

Desta forma, necessariamente optando por contribuir com a administração pública, tem-se conforme a lei a mesma deverá identificar os demais envolvidos no ilícito, agindo assim de forma estratégica em que visa apenas o ganho próprio.

Portanto apresentado o jogador que é incorporado pela pessoa jurídica, necessário agora expor a ideia do oponente e suas jogadas, ou seja, o órgão competente.

Apresentado pela empresa o interesse em celebrar o acordo passa-se a próxima jogada ao órgão competente pela celebração do acordo que a partir da decisão do outro jogador (empresa) irá estudar suas estratégias na possibilidade em celebrar ou não o acordo, examinado quais as possíveis vantagens poderão ser usufruídas do acordo aplicando-as na investigação do ilícito.

Superadas essas primeiras considerações e pactuado o acordo de leniência passa-se para ideia de que a partir deste ponto ambos os jogadores (empresa e órgão competente) encontram-se em uma relação de dependência, surgindo aqui um jogo de cooperação.

A adoção das estratégias cooperativas entre os jogadores iram depender do compromisso de cada um em relação ao que foi pactuado durante o jogo, ou seja, a pessoa jurídica faz seu papel colaborando com as investigações e fornecendo informações pertinentes ao órgão competente, em contrapartida o órgão competente cumpre seu papel provendo a pessoa jurídica seus benefícios em relação a sua sanção, deste modo entende-se que:

Há de se compreender nas colaborações processuais a construção de mecanismo de mitigação vazado na lógica de negócio, em vez de prêmio. Fala-se, a bem da verdade, na troca de benefício oferecido ao réu por contraprestação oferecida ao Estado e que se verte na otimização do resultado que persegue, qual seja, identificação de outros agentes ativos dos delitos investigados, recuperação do produto do crime ou outros proveitos que a lei determine por resultados úteis para os processos Em outras

palavras, em se concluindo que o resultado das colaborações não perfaz prêmio, mas negócio, é preciso identificar claramente que a lavratura dos acordos há de gerar, para além de benefícios para os requeridos, otimização de resultados para a parte acusadora.⁴⁷

Os acordos de leniência tem como propósito alcançarem resultados que satisfazem os interesses das partes a partir da colaboração da pessoa jurídica envolvida, que ocorre diante da prestação de informações e provas consideradas efetivas ao processo investigativo.

Por meio do acordo de leniência o Estado facilita a apuração de seu dever em descobrir a verdade dos fatos pois transfere a responsabilidade a pessoa jurídica colaboradora podendo essa responsabilidade ser total ou parcial, passando assim a pessoa jurídica ter participação de forma efetiva na solução do ilícito

Com isso, os acordos de leniência oferecem diversas vantagens ao Estado por conta da sua redução de tempo no processo de investigação tornando-o de forma mais efetiva e reduzindo gastos que seriam utilizados na apuração das condutas.

A possibilidade em descobrir questões na investigação que poderiam nem serem esclarecidas sem o acordo, possibilitando um conhecimento mais amplo dos fatos e a obtenção do ressarcimento do dano de forma imediata o que em uma ação judicial poderia levar anos.

Em relação aos benefícios trazidos a pessoa jurídica diante da celebração do acordo é a sua isenção na obrigatoriedade de publicar-se a decisão a isenção da sua proibição em receber incentivos, subsídios, empréstimos, subvenções, doações e entre outros e a possibilidade da redução integral da multa aplicada ao que primeiro firmar o acordo e para os demais a redução de 2/3 do valor total.

Neste sentido, percebe-se que quando pactuado o acordo, as partes encontram-se em uma relação de interdependência, ou seja, ambos precisam agir em conjunto para alcançarem objetivos esperados por cada um.

⁴⁷ ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. **Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos.** RDA- Revista de Direito Administrativo, p. 189-222. Rio de Janeiro, 2017

4.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO ACORDO DE LENIÊNCIA

Neste momento, importante fazer-se uma análise econômica da Lei Anticorrupção, entretanto ao instituto do acordo de leniência, uma vez que o Estado abre mão de algumas medidas punitivas para receber vantagens, indenizações, a contribuição através da delação, entendendo-se que através do acordo de leniência o estado primou pela eficiência econômica.

Pode-se entender que por traz dos acordos de leniência existe o interesse do Estado em adotar tal instituto tendo em vista que a colaboração por parte da empresa jurídica, torna a investigação como uma via com menor custo.

Ocorre que, as formulações que tratam o acordo desempenha papel de grande importância ao Direito, uma vez sua garantia traz a eficácia da punição decorrente dos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas contra a Administração Pública.

Logo, observa-se em uma perspectiva que a análise econômica em certo ponto estimulou a existência do instituto do acordo de leniência tendo em vista que sua aplicabilidade contribui de forma efetiva com a investigação e oportunizando um menor custo nas investigações.

Bem como, a rápida aplicação da multa prevista a empresa jurídica. Bem como, a análise econômica do acordo apresenta-se de grande importância para a empresa jurídica no que concerne a sua eficiência quando a aplicação do acordo bem como no calcula da multa aplicada a empresa.

4.4 ALGUNS ACORDOS DE LENIÊNCIA REALIZADOS NO BRASIL APÓS A LEI ANTICORRUPÇÃO

Conforme notícia publicada no dia 24 de Agosto de 2017 às 19h27, no site UOL- O melhor conteúdo, de São Paulo. A notícia faz referência a homologação do acordo de leniência entre a empresa J&F e no título da notícia traz a seguinte informação “MPF homologa acordo de leniência da J&F; dona da JBS pagará R\$ 10,3 bi por crimes”

O acordo de leniência foi firmado pela Procuradoria da República do Distrito Federal com a empresa (J&F Investimentos S.A) a empresa é a responsável por controlar o frigorífico JBS de propriedade de Joesley Batista e Wesley Batista, o

acordo foi feito dia 05 de junho de 2017 e homologado em 24 de agosto do mesmo ano.

Diante da negociação entre as partes do acordo aprovado, foi determinando que a empresa pagará o valor de R\$ 10,3 bilhões de reais a título de multa e ressarcimento mínimo, deste valor, R\$ 8 bilhões serão destinados a entidades e órgãos públicos atingidos pelos atos criminosos praticados e os R\$ 2,3 bilhões restantes serão utilizados para financiar projetos sociais.

A multa será paga no prazo de 25 anos não estando a empresa isenta de repara de forma integral os danos causados, sendo que a previsão final é de que o valor pago supere R\$ 20 bilhões

O Ministério Público Federal pronunciou-se alegando que os dados apresentados pela J&F são esclarecedores porque detalham como funcionava o esquema de corrupção envolvendo pagamento de propina pela empresa a agentes públicos.

Importante ainda ressaltar que a J&F celebrou ainda acordo de leniência nos Estados Unidos tendo sido necessário pois o crime ocorreu com dólar mesmo que praticado fora do território americano. Além disso o acordo de leniência ocorreu simultaneamente com a delação premiada dos irmãos.

Em notícia publicada no site Exame, em 24 de fevereiro de 2018, ressalta que J&F reinicia nova negociação de acordo de leniência após investigações de que a empresa teria sonogado informações no processo da delação premiada, resultando em um processo administrativo aberto pelo Ministério Público Federal, a revisão da delação suscitou nova análise do acordo de leniência.

O possível novo pacto levou como base o valor definido anteriormente e em razão das omissões da empresa no primeiro acordo o valor seria aumentado e no acordo seriam inseridas clausulas mais severas, o assunto será analisado pelo Supremo Tribunal Federal onde se o resultado for validar a colaboração premiada o acordo de leniência será mantida, por outro lado caso a delação não seja reconhecida a leniência será desfeita.

Outro famoso exemplo de acordo de leniência pactuado é o da Construtora Odebrecht com a AGU o acordo relaciona-se a desvios de recursos da União e de empresas estatais federais, assim é exposto no site G1 no dia 09 de julho de 2018.

O acordo foi assinado no dia 09 de julho de 2018 e determina que o órgão devolva aos cofres públicos o valor de R\$ 2,7 bilhões no prazo de 22 anos. Os valores foram definidos diante das seguintes formas: R\$ 900 milhões referente a propinas pagas pelo grupo, R\$ 1,3 bilhões referente a lucros obtidos nos contratos celebrados mediante corrupção e R\$ 442 milhões são de multas, o ressarcimento ocorrerá em correção pela taxa Selic estimando-se que seu alcance chegará a R\$ 6,8 bilhões. A construtora em 2016 já teria celebrado acordo com os governos da Suíça e Estados Unidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o presente trabalho busca analisar as hipóteses de aplicabilidade da teoria dos jogos nos acordos de leniência, que é regido pela Lei Anticorrupção, considerando a importância do instituto sob o ponto de vista econômico no Brasil.

Em primeiro momento abordou-se a teoria dos jogos e a análise econômica do direito, sobre a esta primeira salienta-se que foi compreendido os principais fundamentos e institutos bem como, compreender os princípios da análise econômica do direito.

A teoria dos jogos visa a interação entre jogadores que buscam maximizar os seus ganhos ou minimizar as suas perdas, através de uma interação estratégica.

Passou a compreender-se que a teoria dos jogos trata-se de um instituto em que permite a sua aplicabilidade em quaisquer ramos de compreensão, assim, apresentado o dilema do prisioneiro observou-se sua semelhança com o instituto da delação premiada e o acordo de leniência, em razão de que diversas interações sociais possuem a mesma estrutura do dilema dos prisioneiros.

Logo mais, tratou-se compreender a lei anticorrupção, sua evolução histórica onde agregou-se sutil análise com a corrupção no Brasil, tendo isso, percebeu-se que a lei foi criada com o intuito de coibir praticas ofensivas ao poder público.

Dispondo sobre a reponsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas responsáveis pela pratica de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, ou seja, a legislação trata especificamente das pessoas jurídicas. E como um de seus meios de repressão a corrupção, a lei instituiu a possibilidade do Acordo de Leniência.

O acordo de Leniência é um acordo que pode ser firmado com a administração pública juntamente com a pessoa jurídica que praticou determinado ato corrupto, a pessoa jurídica oferta informações relevantes sobre o ilícito praticado às autoridades competente pelo acordo e em troca recebe certos benefícios em ralação a aplicação de sua sanção.

O acordo tem como evidente interesse da Administração em obter informações relevantes e documentos confiáveis e o rápido ressarcimento dos prejuízos aos cofres públicos. Bem como, o acordo não possui vantagens somente a administração pública mas também ao delator, como a isenção de sanções, redução da multa aplicável, a interrupção do prazo prescricional entre outros.

Sendo assim, conforme as ideias traçadas no decorrer do presente trabalho, é concedido a possibilidade de interagir da teoria dos jogos juntamente com os acordos de leniência, tendo em vista que durante o procedimento do acordo é dever dos envolvidos elaborarem planos de jogos e movimentar o jogo da leniência para estrategicamente alcançarem seus objetivos.

REFERÊNCIAS

ABBADE, Eduardo Botti. **Aplicação da teoria dos jogos na análise de alianças estratégicas** Bauru-São Paulo: Saraiva, 2010.

ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. **Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: RDA- Revista de Direito Administrativo, 2017, p. 189-222.

ARAÚJO, Marcelo Barreto. **Comentários à Lei 12.846/2013: diretivas sobre o programa de compliance.** Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo. Rio de Janeiro, 2016.

BLOK, Marcella. **Nova Lei Anticorrupção (Lei 12846/2013) e o Compliance.** vol. 65, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, 2014.

BRASIL. Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013. **Lei Anticorrupção.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12/10/2019.

BORTOLOSSI, Humberto José. **Uma introdução a teoria econômica dos jogos,** 2004.

CRUZ, Alcir Moreno da. **Requisitos polêmicos do acordo de leniência.** ano 20, n. 4.318. Teresina: Revista Jus Navigandi. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38499/requisitos-polemicos-do-acordo-de-leniencia>>. Acesso em: 19/10/2019.

FIANE, Ronaldo. **Teoria dos Jogos, Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais,** 3 ed. Rio de Janeiro: Campus.

FILHO, Vicente Greco. RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FORGIONI, Paula Andrea. **Análise econômica do direito: paranoia ou mistificação?** Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado. v. 44, n. 139. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 242.

FREITAS, Bernardo Vianna; QUEIROZ, Júlio Antônio Nunes. **Conflito de Agência nas Sociedades Anônimas: Uma Análise sob a Perspectiva da Teoria dos Jogos**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2011, pp. 119 a 152.

ÍNDICE de percepção da corrupção 2018. **Transparência Internacional - Brasil**. Disponível em: <<https://www.transparenciainternacional.org.br/>>. Acesso em: 23/11/2019.

KALAY, Marcio El. **O QUE É COMPLIANCE? TUDO QUE VOCÊ PRECISA SABER!** LEC: Legal, Ethics & Compliance, São Paulo, 22 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/sobre.html>>. Acesso em: 23/10/2019.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

MEDEIROS, R. V. ROCHA, L. G. **Transparência na Gestão Pública Controle Cidadão. A corrupção no Brasil e no Mundo**. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Universidade aberta do Nordeste, 2016. Disponível em: <https://www.tce.ce.gov.br/downloads/Controle_Cidadao/gestao_publica/fasciculo_1_.pdf>. Acesso em: 23/10/2019.

MENDES, Francisco Schertel. CARVALHO, Vinicius Marques. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MONTEIRO. Renato Leite. **Análise Econômica do Direito: uma visão didática**. São Paulo, 2009.

PAULA, Núbia Elizabette de Jesus. **Do alcance da dissolução compulsória da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção**. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2018.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. **Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)**. ano 5, n. 9. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, 2016, p. 79-113.

SALES, Marlon Roberth. JUNIOR, Clodomiro José Bannwart. **O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade**. vol. 10. Londrina: Revista do Direito Público. 2015, p. 31-50.

SIMÃO, Valdir Maysés. VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. 1 ed. São Paulo, 2017.

YAMAGAMI, Norma Mitiko. FILHO, Carlos Alberto Schmidlin. **ANTICORRUPÇÃO - LEI 12.846/13 - A sociedade e a adequação dos valores culturais e empresarias no âmbito atual**. Ano VIII, nº 14. Curitiba: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades, 2016. Disponível em: <Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br>>. Acesso em: 26/10/2019.