

Teoria dos jogos e acordo de leniência na lei anticorrupção brasileira

Game theory and leniency agreement in brazilian anti-corruption law

João Pedro Ceren(1); Rubén Miranda Gonçalves(2); Valter Moura do Carmo(3)

1 Possui graduação e mestrado em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Advogado.

E-mail: joapceren@gmail.com | ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7292-0584>

2 Licenciado en Derecho con Grado, máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas, Diplomado en Estudios de Seguridad y Defensa Nacional (Universidad de Santiago de Compostela - CESEDEN) y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela - USC. Es profesor colaborador del Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales en la USC, profesor colaborador de Derecho Administrativo en el máster de abogacía en la Universidad Europea de Madrid y profesor colaborador de Teoría del Derecho en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Fue Director (2016-2018) y subdirector (2014-2016) del Colegio Mayor Fonseca, de la Universidad de Santiago de Compostela. Es miembro del Grupo de Innovación Docente AMICUS IUSTITIAE con código GID-56 y del Grupo de Innovación Docente en Enseñanza No Presencial (GIDENOP) con código: GID-61.

E-mail: ruben.miranda@usc.es | ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8492-6104>

3 Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR; mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutorado em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPd da CAPES. Professor Assistente Doutor da UNIMAR onde leciona nos cursos de graduação em Direito e Medicina, sendo professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Diretor de relações institucionais do CONPEDI.

E-mail: vmcarmo86@gmail.com | ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4871-0154>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 15, n. 2, p. 55-78, Maio-Agosto, 2019 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Outubro 09, 2019; Accepted/Aceito: Janeiro 29, 2020]

[Artigo convidado]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3604>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui! / click here!](#)

Resumo

A lei anticorrupção brasileira (lei nº 12.846 de 2013) trouxe mecanismos interessantes para o aprimoramento ao combate da corrupção. Dentre tais instrumentos, o artigo discute o acordo de leniência, que tem como finalidade precípua uma troca entre Poder Público e pessoa jurídica que o celebra; o Estado ganha informações para um melhor proceder nas investigações, desfazendo grupos e os envolvidos no ato corrupto, enquanto a pessoa jurídica ganha um prêmio por ter se sujeitado a fornecer tais informações. Todavia, ao utilizarmos a teoria dos jogos (game theory), o acordo de leniência, conforme se encontra atualmente na lei anticorrupção, é interessante do ponto de vista econômico? Os benefícios previstos para quem celebra o acordo de leniência são suficientes? E em caso negativo, qual elemento poderia contribuir para torná-lo mais atrativo? O método dedutivo de pesquisa pautará este artigo. É possível afirmar que o acordo de leniência conforme a teoria dos jogos pode não ser tão vantajoso para quem o celebra caso seus efeitos não se comuniquem entre a legislação anticoncorrencial e a anticorrupção, para um melhor uso do instituto, importante seria um intercâmbio entre a nova lei de defesa da concorrência e a lei anticorrupção.

Palavras-chave: Acordo de leniência. Corrupção. Teoria dos jogos.

Abstract

Brazilian Anti-Corruption Law (Law No. 12.846 of 2013) has brought interesting mechanisms for improving the fight against corruption. Among these instruments, this article addresses the Leniency Agreement, whose main purpose is an exchange between the Public Power and the legal entity that celebrates it; the State will gain information for better investigation, by dismantling groups and people involved in the corrupt act, while the legal person will be awarded a prize for having been required to provide such information. However, by using game theory, is the leniency agreement, according to how it is in the anti-corruption law, interesting from an economic point of view? Are the expected benefits enough for those who celebrate the leniency agreement? And if not, what element could make it more attractive? In order to face such questions, the deductive methods of research will be used by this paper. It is possible to claim that the leniency agreement, according to game theory, may not be so advantageous for those who celebrate it, if its effects are not communicated between the anti-competition and anti-corruption legislation, for a better use of this institute, the important thing would be an exchange between the new law in defense of competition and the anti-corruption law.

Keywords: Corruption. Game Theory. Leniency Agreement.

1 Introdução

Com os recentes escândalos de corrupção, questionamentos surgem sobre a efetividade de institutos existentes no ordenamento jurídico para coibir condutas que atingem não apenas o indivíduo singular, mas toda a coletividade.

A lei anticorrupção brasileira (Lei nº 12.846 de 2013), veio atender aos anseios de mitigar a corrupção, estabelecendo questões no tocante à responsabilidade objetiva da pessoa jurídica sob o viés administrativo e civil, nos casos de condutas corruptas. Trouxe, também, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas, institutos como o *compliance*, dentre tantos outros temas relevantes.

Porém, o escopo do artigo é analisar o acordo de leniência sob o olhar da teoria dos jogos. Tal instrumento, como se encontra hoje na lei anticorrupção, é de um ponto de vista lógico efetivo? Caso não seja, quais medidas podem ser tomadas para aperfeiçoá-lo?

O acordo de leniência não é instrumento novo no ordenamento jurídico nacional, remontando sua gênese ao período de combate aos cartéis. Porém, com a lei anticorrupção, ganhou relevância ímpar que merece tratamento diferenciado.

A utilização de bibliografia nacional e estrangeira para os comentários serem tecidos ao longo do trabalho são necessários para um melhor entendimento do assunto.

O método de pesquisa, por avançar em um campo interdisciplinar e internacional, por certo sofrerá influência do direito comparado, ainda que sem o rigor das formas necessárias para levar a cabo a tarefa exaustiva de comparar institutos similares em leis diversas.

A teoria dos jogos (*game theory*) não é metodologia ordinária na sistematização de trabalhos, todavia sua utilidade é notória em campos como economia, ciências sociais, biológicas, dentre tantas outras, podendo ser utilizada também na área jurídica. Por tal motivo, entendemos que o método teoria dos jogos pode ser de muita valia para análise sob um aspecto econômico da efetividade ou não do acordo de leniência.

Será feito um paralelo utilizando o dilema do prisioneiro, com a hipótese da celebração do acordo de leniência sob a metodologia da teoria dos jogos e, em fase posterior, indagar-se-á quanto à efetividade do acordo de leniência previsto na lei anticorrupção e na lei de defesa da concorrência brasileira.

2 Teoria dos jogos como metodologia

Para o método teoria dos jogos ser utilizado, faz-se necessário um prólogo, contendo justificativa do porquê escolher instrumento tão incomum aos olhos do direito brasileiro.

A teoria dos jogos, *game theory*, não tem caráter pueril, como em um primeiro momento poderia parecer aos olhos desatentos. Seu objetivo é entender e buscar uma racionalidade entre as interações humanas.

Não raro, há situações previstas no mundo do direito em que a melhor decisão que uma pessoa pode tomar depende do curso do que outro indivíduo escolherá efetivamente, ou seja, determinado indivíduo só tirará proveito máximo de uma situação, se outrem decidir de forma semelhante ou diversa. Tais situações são similares a jogos, nos quais a pessoa deve decidir uma estratégia.¹

O centro das atenções da teoria dos jogos é o pensamento e comportamento estratégico; as estratégias giram em torno da decisão que uma pessoa gostaria de tomar levando-se em conta o que um terceiro decidiria, a lógica contrária também se aplica. Tais estratégias envolvem duas ou mais pessoas e a possibilidade do reflexo e comunicação entre ambas.²

Ou seja, a teoria dos jogos visa possibilitar um entendimento do contexto das decisões de quem as toma, podendo ser aplicada para elucidar decisões no setor empresarial, político, jurídico e de outras ciências³, motivo pelo qual é relevante entender os mecanismos de comportamento dos jogadores.

Se o indivíduo “A”, no momento de comprar valores vultuosos em ações da empresa “X”, soubesse que a citada empresa vem tendo comportamentos inadequados do ponto de vista jurídico/ético e empresarial, tais fatores seriam levados em conta na conclusão do negócio. Caso a empresa “X” soubesse da possível compra milionária de suas ações pelo indivíduo “A”, poderia modificar seu comportamento, ainda que fosse com intentos escusos.

Portanto, os comportamentos dos jogadores (*players*) estão interligados e para vislumbrar-se um possível resultado de tais ações, deve-se pesar tais fatos.⁴

Todavia, caso o *player X* preveja o que o *player Y* fará, o *player X* poderá decidir a melhor escolha, vez que seu oponente também escolherá da melhor forma, e nesse caso, em que ambos escolhem suas melhores opções, não exista incentivo para que um deles troque por outra opção, vez que podem se prejudicar ainda mais, caso tal fato ocorra estaremos diante do equilíbrio de Nash (*Nash equilibrium*). Havendo ainda hipóteses em que o resultado do *game* não é previsível, nesses casos pode se falar em um equilíbrio misto.⁵

1 COOTER, Roberto; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. United States of America: Addison Wesley Longman, 2000.

2 PICKER, Randal C. An introduction to game theory and the law. *Coase Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, Chicago, n. 22, p. 1-23, 1994. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=law_and_economics. Acesso em: 1 jun. 2018.

3 OSBORNE, Martin J. *An introduction to game theory*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

4 PICKER, Randal C. An introduction to game theory and the law. *Coase Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, Chicago, n. 22, p. 1-23, 1994. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=law_and_economics. Acesso em: 1 jun. 2018.

5 GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. *Principles and methods of law and economics*. New York: Cambridge University Press, 2005.

O acordo de leniência previsto na lei anticorrupção, objeto que será discorrido ao longo do artigo aqui exposto, encaixa-se na teoria dos jogos, motivo pelo qual utiliza-se tal metodologia para analisar-se o instituto sob um ponto de vista econômico, se o instituto é benéfico e a quem o seria, fazendo um paralelo com o dilema do prisioneiro, lançando mão de outros princípios da teoria dos jogos, quando do momento de sua aplicação prática no acordo de leniência.

3 A corrupção no Brasil

Para entender a corrupção no Brasil, primeiramente deve-se aclarar o sentido do vocábulo em análise.

O termo corrupção tem sua origem nas propriedades biológicas do corpo humano, referia-se à ideia em que um corpo saudável decaía com uma moléstia gravosa. Podemos transportar tal lógica para o governo, em que, em um primeiro momento, suas instituições eram saudáveis (honestas) para posteriormente desviarem-se de seus fins⁶.

Para os que propugnam o liberalismo ilimitado, a corrupção é sintoma de uma excessiva intervenção estatal no livre mercado, o que dificultaria a competição. Aqueles que pagam propinas para diminuir a burocracia ou conseguir favores estariam diminuindo o dano causado pela intervenção estatal, manifesta consequência da liberdade individual do livre mercado. Há aqueles, entretanto, que associam a corrupção a um histórico antropológico, à tradição advinda da família, religião, grupo étnico, o que pode estar em conflito com as leis oriundas do processo democrático.⁷

Fato é que as questões que pautam o dever ético e que perpassam o sentido da corrupção podem variar entre o setor público e privado, pois os interesses em jogo, no momento de analisar o ato supostamente maculado, podem eventualmente ter escopos diferentes e até mesmo justificáveis para quem os pratica, sob a alegação de que atingem um bem maior, ainda que ocorra um desvio ético⁸.

Para além de conceitos, há quem sustente, e com razão, que a corrupção tem efeitos tão deletérios que compromete inclusive a efetivação dos direitos fundamentais, sendo óbice a sua plena realização.⁹

6 GLAESER, Edward L; GOLDIN, Claudia. Corruption and reform: introduction. In: *Corruption and reform lessons from america's economic history*. Chicago: National Bureau of Economic Research, 2006.

7 ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: greed, cultura, and the state*. The Yale law journal online, Yale, v. 120, jul. 2010, p. 125-40.

8 OLIVEIRA, Afonso Soares Sobrinho; ARAUJO, Clarindo Ferreira Filho; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. Ética na Administração Pública e as Lógicas de Moralidades na Relação Público-Privado no Estado-Cidadão. *Revista Direito e Justiça Reflexões Sociojurídicas*, Santo Angelo, v. 17, n. 28, p. 171-192, maio 2017.

9 BLANCHET, Luiz Alberto; MARIN, Tâmera Padoin Marques. A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei n. 12.846/13. *A&C - Revista de Direito Administrativo*

Há também quem sustente, com propriedade, a possibilidade de estudar a corrupção e o direito de maneira individualizada, com o fito de trazer um maior aprofundamento para a matéria e conseqüente melhor entendimento do fenômeno.¹⁰

Apesar de o enfoque ser a corrupção no Brasil, até para entendermos como o fenômeno ocorre, indispensável citarmos, ainda que brevemente, a experiência internacional do fenômeno.

Da experiência internacional, percebe-se que a necessidade de reformas no âmbito judiciário, legislativo e de conduta (do próprio indivíduo frente a tais atos) é recorrente em razão da dinamicidade do fenômeno, não é por outro motivo que na Espanha também exista essa necessidade¹¹.

O que mais chama atenção quando fazemos esse paralelo da corrupção entre países e de como ela se propaga no ambiente público ou privado, é que podemos encontrar muitas semelhanças na forma em que tais atos são praticados, tamanha similitude do *modus operandi*, ainda que milhares de quilômetros de distância separem pessoas, ou a barreira da língua impeça a comunicação, o espírito que impulsiona um desvio ético transcende qualquer barreira.

Fica patente a identidade e similitude das condutas corruptas no texto de Fernando Jiménez e Vicente Carbona intitulado “*Esto funciona así: Anatomía de la corrupción en España*”, o roteiro¹² ali explicado poderia ser facilmente transportado para o Brasil sem esforço algum. Mesmo a Espanha figurando em uma posição melhor no ranking da Transparência Internacional, a forma como o desenrolar da corrupção ocorre, ou seja, seu início, desenvolvimento e conclusão é quase idêntica, para não dizer irmãs.

Todavia, a luta contra a corrupção na Espanha difere-se em alguns elementos, que podem ser considerados facilitadores, vez que a mudança de paradigma necessária para que a corrupção diminua nesse país liga-se mais à ideia de uma cultura política e empresarial, quanto à moral e à ética do cidadão espanhol, há pesquisas que apontam não se tratar de um problema inato ao comportamento hodierno do espanhol, ou seja,

Constitucional, Belo Horizonte, v. 18, n. 71, p. 267-294, março 2018. Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/930/788>. Acesso em: 25 set. 2019.

10 BITTENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 15, n. 62, p. 123-140, dez. 2015.

11 Lambás, Jesús Sánchez. La corrupción y la (enésima) reforma de la justicia en España. *Revista Internacional Transparencia e Integridad R.I.T.I.*, n. 2, p. 1-8, dez. 2016. Disponível em: <https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2016/12/Jes%C3%BAs-Sanchez-Lamb%C3%A1s.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

12 Recomenda-se muito a leitura do citado artigo de Fernando Jiménez e Vicente Carbona intitulado “*Esto funciona así*”: *Anatomía de la corrupción en España*, principalmente para entender o imaginário que pode levar, e fazer com que perpetue a corrupção, as lições ali explicitadas, em nosso entender, podem ser aplicadas de maneira idêntica ao Brasil.

o indivíduo não está mais propenso a praticá-la¹³. No tocante ao Brasil, pesquisas para apurar esse tipo de questionário ético são escassas, mas o olhar e a crença popular, apontam que aqui o problema moral pode ser mais acentuado em razão de uma desigualdade abissal.

Quanto à desconfiança da Administração Pública em geral, a Espanha também é parecida conosco, principalmente em razão de algumas peculiaridades. Carles Ramió deixa claro que pairam dúvidas sobre atos corruptos contra a administração, principalmente pela falta ou transparência deficitária, por vezes pela dificuldade do acesso à informação para o cidadão, e arremata alegando que dentre os países em geral, a Espanha foi um dos últimos a possuir uma lei de transparência.¹⁴

A corrupção, como já frisado nas linhas anteriores, e ainda o será nas posteriores, ao longo de toda essa exposição, ganha contornos não apenas localizados e limitados a determinados países, atingindo um espectro transnacional, sendo os meios de prevenção e repressão desta mácula um mecanismo de superlegalidade¹⁵. Pode-se concluir que de um esforço *a priori* particularizado de determinados Estados-nação, houve uma certa tendência (ou se preferir um roteiro) em como combatê-la, sendo um dos instrumentos indispensáveis para tal o fomento a denúncia. Há quem diga, inclusive, que o citado mecanismo de fomento deveria ser ainda mais incentivado para que o Brasil se alinhe de maneira ainda mais harmônica aos compromissos internacionais dos quais foi e é signatário¹⁶.

Na esteira antropológica, o conceito de corrupção varia muito de sociedade para sociedade, pois as normas sociais diferem por fatores ligados à cultura, à religiosidade, às instituições etc. Enquanto em uma sociedade “X” uma prática pode ser considerada lícita e normal, em outras pode ser considerado incorreto do ponto de vista moral e legal¹⁷.

Assim, pode-se definir, em um primeiro momento, a corrupção como o uso inadequado ou o desvio das prerrogativas do poder público orientado a fins particulares, praticado tanto entre agentes públicos quanto entre particulares.

13 JIMÉNEZ, Fernando; CARBONA, Vicente. “Esto funciona así”: Anatomía de la corrupción en España. *Revista Letras Libres*, Dossier, fev. 2012, p. 8-19. Disponível em: <https://www.letraslibres.com/mexico-espana/esto-funciona-asi-anatomia-la-corrupcion-en-espana>. Acesso em: 26 set. 2019.

14 RAMIÓ, Carles. Corrupción y administración pública en España. In: MARCO, Joaquín Marco; VAREA, Blanca Nicasio (coord.). *La Regeneración del sistema - reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*. Espanha: AVAPOL, 2015, p. 27-38.

15 STAFFEN, Marcio Ricardo. Superlegalidade, direito global e o combate transnacional à corrupção. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 111-130, abr. 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2491>. Acesso em: 26 set. 2019.

16 LEITE, Glauco Costa. Instrumentos de Fomento a Denúncias relacionadas à corrupção. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 10, n. 1, p.59-67, janeiro 2014. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/620/514>. Acesso em: 26 set. 2019.

17 MELGAR, Natalia; ROSSI, Máximo; SMITH, Tom W. The Percepation of corruption. *International Journal of Public Opinion Research*, v. 22, n. 1, p. 120-131, março 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijpor/article/22/1/120/666539>. Acesso em: 1 jun. 2018.

Apesar de o conceito acima trazer uma delimitação necessária, a corrupção, por se manifestar de diversas formas, não existe no meio acadêmico definição completa e universal, vez que há múltiplos conceitos e classificações, como a corrupção política, econômica etc.¹⁸

Marcos Fernandes Gonçalves da Silva, apesar das divergências e dificuldades da conceituação da corrupção, traz alguns elementos que estão sempre presentes na avaliação do ato:

Na verdade, existem muitos sentidos que podem ser atribuídos à palavra corrupção, mas existe um denominador comum a todos: ela envolve a interação entre pelo menos dois indivíduos ou grupos de indivíduos que corrompem ou são corrompidos e esta relação implica uma transferência de renda que se dá fora das regras do jogo econômico stricto sensu.¹⁹

Porém, a corrupção em solo nacional não é característica apenas do momento atual do país, tal problema remonta a colonização, estendendo suas antigas raízes por toda história, por vezes mais acentuada, por vezes mais oculta.

Afonso Soares Oliveira Sobrinho, Clarindo Ferreira Araujo Filho, e Eduardo Henrique Lopes Figueiredo expressam o sentido da banalidade que a corrupção acaba por carregar consigo:

[...] tornam “escândalos”, “esquemas”, “máfias” e que tais palavras corriqueiras no cotidiano brasileiro, pelas reiteradas denúncias, objeto de toda a sorte de atuações estatais, a autorizar a óbvia conclusão de que a corrupção constitui fator deletério ao interesse público, pois, de todos os cidadãos, a evidenciar a imprescindibilidade de coibi-la.²⁰

O Estado não é uma continuação da família, sendo esta e aquele opostos pela sua própria natureza. Porém, tal afirmação não encontra subsídio para ser concretizada diante do “homem cordial”, que não enxerga diferença entre o público e o privado.

18 HERNÁNDEZ, José G. Vargas. The Multiple Faces of Corruption: Typology, Forms and Levels. *Social Science Research Network SSRN*, local, out. 2009, p. 1-20. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1413976. Acesso em: 1 jun. 2018.

19 SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Economia política da corrupção: um ensaio crítico*. Escola de Administração de Empresas de São Paulo Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13335/Rel03-95.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 jun. 2018.

20 OLIVEIRA, Afonso Soares Sobrinho; ARAUJO, Clarindo Ferreira Filho; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. Ética na Administração Pública e as Lógicas de Moralidades na Relação Público-Privado no Estado-Cidadão. *Revista Direito e Justiça Reflexões Sociojurídicas*, Santo Angelo, v. 17, n. 28, p. 171-192, maio 2017, p. 183.

Nas palavras de Sérgio Buarque Holanda:

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar — a esfera, por excelência, dos chamados “contatos primários”, dos laços de sangue e de coração — está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.²¹

Tal cordialidade é símbolo de um desprezo à impessoalidade, logo, não é estranho falarmos na concessão de benefícios desarrazoados a indivíduos que não deveriam receber tais prerrogativas.

Ou seja, a cordialidade que torna a corrupção propícia sempre foi praticada no Brasil, quiçá subjetivada e bem aceita: “O desconhecimento de qualquer forma de convívio que não seja ditada por uma ética de fundo emotivo representa um aspecto da vida brasileira que raros estrangeiros chegam a penetrar com facilidade.”²²

As origens do Brasil colonial trazem práticas que continuam presentes no dia a dia e se consubstanciaram com nova roupagem, a problemática da corrupção fica estampada nos seguintes dizeres:

Diante da dificuldade de encontrar súditos dispostos a deixar o conforto da Corte em troca de aventuras no território selvagem recém-descoberto, a concessão de cargos foi o mecanismo usado por Portugal para garantir seu domínio e explorar as riquezas da nova colônia. Para os que aceitavam vir ao Brasil, esses cargos trariam não somente prestígio social, mas, principalmente, vantagens financeiras. Durante o período colonial, o pagamento de

21 HOLANDA, Sérgio Buarque. *O homem cordial*. São Paulo: Companhia das Letras e Penguin Group, 2012, p. 146.

22 HOLANDA, Sérgio Buarque. *O homem cordial*. São Paulo: Companhia das Letras e Penguin Group, 2012, p. 148.

propinas a governantes e funcionários reais era uma prática tolerada e até regulamentada por lei.²³

A corrupção sempre esteve presente, ainda que não fosse demonizada, como atualmente. Porém, o tema era debatido de maneira tímida, como aparentemente ainda o é, mesmo com tantos escândalos maculando o país.

Padre Antonio Vieira traz um ponto chave à discussão:

O texto de Santo Agostinho fala geralmente de todos os reinos, em que são ordinárias semelhantes opressões e injustiças, e diz que, entre os tais reinos e as covas dos ladrões — a que o santo chama latrocínios — só há uma diferença. E qual é? Que os reinos são latrocínios, ou ladroeiros grandes, e os latrocínios, ou ladroeiros, são reinos pequenos: *Sublata justitia, quid sunt regna, nisi magna latrocinia? Quia et latrocinia quid sunt, nisi parva regna?* É o que disse o outro pirata a Alexandre Magno. Navegava Alexandre em uma poderosa armada pelo Mar Eritreu a conquistar a Índia, e como fosse trazido à sua presença um pirata que por ali andava roubando os pescadores, repreendeu-o muito Alexandre de andar em tão mau ofício; porém, ele, que não era medroso nem lerdo, respondeu assim. — Basta, senhor, que eu, porque roubo em uma barca, sou ladrão, e vós, porque roubais em uma armada, sois imperador? — Assim é. O roubar pouco é culpa, o roubar muito é grandeza; o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito, os Alexandres. Mas Sêneca, que sabia bem distinguir as qualidades e interpretar as significações, a uns e outros definiu com o mesmo nome:

Eodem loco pone latronem et piratam, quo regem animum latronis et piratae habentem. Se o Rei de Macedônia, ou qualquer outro, fizer o que faz o ladrão e o pirata, o ladrão, o pirata e o rei, todos têm o mesmo lugar, e merecem o mesmo nome.²⁴

O grande ladrão torna-se imperador, e o pequeno delinquente, um mal a ser combatido. Os escritos e a lógica de Padre Antonio Vieira continuam atuais, aqueles que lesam em grandes quantias, do erário gozam da posição de empresários e políticos, enquanto os pequenos, ganham o rótulo de criminosos.

23 NEHER, Clarissa. *Análise histórica mostra que a corrupção no Brasil persiste desde o período colonial*. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/analise-historica-mostra-que-corrupcao-no-brasil-persiste-desde-o-periodo-colonial.ghtml>. Acesso em: 1 jun. 2018.

24 VIEIRA, Padre Antonio. *Sermão do Bom Ladrão*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/fs000025pdf.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2018.

Apesar de o problema ser antigo, não há uma teoria definida da corrupção no Brasil, o tema aparentemente foi esquecido dos debates acadêmicos²⁵, não havendo uma sistematização metodológica que o disseque.

Escândalos de corrupção em governos democráticos são perceptíveis no financiamento de campanhas políticas. Quem financia eleições, não raro, tem interesses escusos na elaboração de leis que os privilegiem posteriormente.²⁶

A existência de um governo democrático não torna uma nação imune aos males da corrupção, embora possa se dizer que há uma correlação entre ditaduras e maior índice de corrupção, conforme demonstra o Índice de percepção da corrupção elaborado pela Transparência Internacional²⁷, em que os três últimos colocados (ou seja, os países mais corruptos do mundo de acordo com o índice) são Estados que passaram por anos de governo ditatorial (mantendo ou não essa forma de governo, fato é que as sequelas perduram por anos), profundas guerras civis dentre outros fatores, como é o caso da Somália, que ocupa a 180º posição, Sudão do Sul, 179º colocada, e Síria com a 178º posição.

Ainda que o financiamento seja de um ponto de vista jurídico, alinhado com a legislação vigente, geralmente aqueles que patrocinam campanhas esperam um tratamento diferenciado no momento de lidar com trâmites burocráticos, na contratação com entes públicos.²⁸

Percebe-se que a corrupção é sutil, podendo manifestar-se no descumprimento da lei, ou dentro de seus parâmetros legais.

Como dito, o financiamento de campanhas políticas traz problemas de interesses de quem patrocina e de quem é patrocinado.

Um pouco mais antigo, tendo-se em vista polêmicas surgirem a todo momento envolvendo o dinheiro público, o escândalo do mensalão consistiu exatamente na compra de votos dos parlamentares para a aprovação de medidas propostas pelo governo, ou seja, instrumentos de persuasão, ou “agrados” eram utilizados com o fito de orientar o voto dos parlamentares para determinada direção.

Quando se misturam três elementos: excessiva fragmentação partidária; indisciplina dos partidos e de seus membros; bem como o sistema presidencial, encontra-se campo fértil para problemas no sistema político brasileiro e instabilidade

25 FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Revista Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, nov. 2009, p. 386-421. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200005. Acesso em: 21 set. 2019.

26 ROSE-ACKERMAN, Susan. Political Corruption and Democracy. *Connecticut Journal of International Law*, Storrs, v. 14, n. 2, set. 1999, p. 363-378.

27 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perceptions index 2017*. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017. Acesso em: 1 jun. 2018.

28 ROSE-ACKERMAN, Susan. Political Corruption and Democracy. *Connecticut Journal of International Law*, Storrs, v. 14, n. 2, set. 1999, p. 363-378.

democrática²⁹, sendo propício o surgimento da corrupção e falhas no sistema democrático.

O Brasil figura em péssima colocação no Índice de percepção da corrupção, ou seja, mesmo com a intensificação de seu combate, os resultados imediatos (curto prazo) não surtiram efeito, mantendo-se em 96º lugar no índice de corrupção³⁰.

4 Acordo de leniência

Necessário discorrer sobre o conceito da palavra leniência para entendermos o instituto que será abordado nas linhas subsequentes. Leniência provém do latim *lenitatis* que traz a ideia de maciez, suavidade.³¹

E qual seria o nexó entre brandura e o acordo de leniência? Ora, o acordo de leniência é um mecanismo que tem como escopo combater cartéis, mas para fundamentar e melhorar o combate, é necessário informações que não são de fácil acesso, vez que um esquema de cartel é bem organizado e secreto pela sua própria natureza.

O Estado oferece a brandura e suavidade com o fito de atrair um delator, ou seja, a suavidade é um mecanismo de barganha, para incentivar que um dos beneficiados pela violação da concorrência se interesse por um possível acordo, recebendo uma penalização menor da violação da ordem jurídica.

A brandura a qual se refere é no tocante a menor severidade da possível aplicação da lei, ofertada em decorrência de uma cooperação voluntária e que colabore de fato para a investigação e combate dos cartéis.

O acordo de leniência tem origem estrangeira, e remonta ao final da década de 70, e foi utilizado na realidade americana. O instrumento tinha uma lógica muito similar a que se encontra, por exemplo, na legislação brasileira, porém, mesmo cumprindo os requisitos para a celebração do acordo como: a empresa (pessoa jurídica a ser a primeira a se manifestar), com o escopo de fazer a delação, e trazer documentos que comprovassem sua versão do ocorrido, colaborando de forma efetiva para a apuração das investigações, ficava a critério do Departamento de Justiça americano conceder ou não os benefícios oriundos do acordo, ou seja, não havia uma garantia de que ao delatar, a leniência seria outorgada à pessoa jurídica. Interessante que a dinâmica do acordo de leniência só foi alterada a partir de 1993, pois até então era celebrado apenas

29 MAINWARING, Scott. Dilemmas of multiparty presidential democracy: the case of Brazil. *Kellogg Institute for International Studies*, Indiana, maio. 1992, p. 1-66. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/57a9/6f330f7ea2fc73ea1ab83b8c07d760a8b099.pdf>. Acesso: 1 jun. 2018.

30 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption perceptions index 2017. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017. Acesso em: 1 jun. 2018.

31 REZENDE, Antonio Martinez de; BIANCHET, Sandra Braga. *Dicionário do latim essencial*. 2. ed. Belo Horizonte. Autêntica, 2014.

um acordo por ano, e o instituto como foi concebido não conseguiu alcançar sua finalidade, ou seja, não conseguiu detectar nenhum cartel internacional³².

No final da década de 90, do século XX, aproximadamente em 1996, a União Europeia elaborou seu programa de leniência, que diferia em alguns pontos das diretrizes americanas, com as reformas subsequentes passou a se assemelhar muito ao modelo americano, tudo com o escopo de melhorar ainda mais o combate aos cartéis.

Nesse momento, a intenção dos acordos de leniência tinha como foco principal o combate aos cartéis, embora pudéssemos dizer que os desvios concorrenciais tenham forte ligação com a corrupção, em âmbito nacional, o instrumento só foi utilizado para desbaratar intenções escusas a partir da promulgação da lei anticorrupção nacional, o que difere da realidade nacional.

Percebe-se que a relação entre práticas anticoncorrenciais e corrupção andam de mãos dadas. Leopoldo Pagotto enuncia um dos maiores casos de corrupção que deu início ao movimento legislativo internacional com o escopo de prevenir e extirpar tais situações:

O primeiro país a se comprometer com o combate à corrupção internacional foram os Estados Unidos em 1977. O FCPA foi parte da reação da opinião pública ao escândalo de propinas pagas pela Lockheed Aircraft Corporation a funcionários públicos estrangeiros de vários países aliados à época da Guerra Fria. A Lockheed Aircraft Corporation era uma empresa norte-americana que desenvolvia e produzia aeronaves, mísseis e embarcações, entre outros produtos de alto valor agregado, muitos dos quais adquiridos por governos. No início da década de 1970, a empresa enfrentava dificuldades financeiras e precisou ser resgatada pelo governo norte-americano. Durante o período de auxílio financeiro, a empresa foi investigada por suspeitas de que pagamentos irregulares estivessem sendo feitos. As investigações concluídas em 1976 mostraram que a Lockheed Aircraft Corporation havia pago aproximadamente US\$ 22 milhões a funcionários de governos estrangeiros entre as décadas de 1950 e 1970.³³

Apesar do acordo de leniência ser um instrumento interessante, deve ser visto como mais uma ferramenta para o combate aos cartéis, não sendo meio único para tal, assinalamos um excerto de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, relevante a respeito do assunto:

32 HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an effective leniency program* - The United states department of justice. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>. Acesso em: 1 jun. 2018.

33 PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et al.* *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.21-43, p. 24.

Importa destacar que o acordo de leniência deve ser visto como um elemento adicional à tradicional lógica funcional da sanção, no prisma do sistema jurídico, a qual caracteriza um incentivo negativo à ação ilícita (ou avessa à norma dispositiva) por parte dos agentes privados.³⁴

Percebe-se que a tarefa de combater cartéis é penosa em razão da escassez de informação e por haver um elemento explícito de privacidade e silêncio entre os participantes. Assim também é com os crimes de corrupção, principalmente envolvendo pessoas jurídicas.

A lógica da barganha entre delator e Estado permanece no acordo de leniência previsto na Lei 12.846 de 2013 (lei anticorrupção), porém, o viés adotado pela lei em análise é outro, tendo como fito desbaratar a corrupção e penalizar objetivamente pessoas jurídicas envolvidas na seara administrativa e civil.

Para ocorrer a colaboração é necessário o preenchimento de alguns requisitos que estão previstos no art. 16 da Lei 12.846. Vejamos: “I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.”³⁵

É intrínseco ao acordo de leniência a ideia do apontamento dos demais envolvidos, vez que o propósito é desbaratar uma rede complexa de indivíduos que corrompem e são corrompidos.

Quanto à celeridade, a intenção provável do legislador é trazer tangibilidade material para o crime. Ou seja, não basta apenas apontar possíveis cúmplices, é necessário um mínimo probatório, para falarmos na celebração do acordo.

Porém, a lei anticorrupção traz outros requisitos que devem ser mencionados para um melhor entendimento do conteúdo, também previstos no art. 16:

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - 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.³⁶

34 GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3. ed. Saraiva: 2012, p. 256.

35 BRASIL. *Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 1 jun. 2018.

36 BRASIL. *Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 1 jun. 2018.

A pessoa jurídica que se dispuser a celebrar o acordo de leniência deverá interromper as práticas ilegais desde a data em que se propõe o acordo. Tal exigência, em nosso entender, demonstra uma obviedade acachapante: incoerente seria a pessoa jurídica propor o acordo e continuar com as práticas errôneas.

Requisito importante, está ligado à ideia da manifestação prévia da pessoa jurídica para cooperar, pois caso não fosse primária sua intenção, não estaríamos diante de um acordo, mas de uma possível coação estatal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar a respeito da necessidade da manifestação prévia, traz a seguinte análise:

Embora a proposta do acordo de leniência tenha que partir da pessoa jurídica que praticou o ato danoso, pode ocorrer que o acordo não venha a ser celebrado, porque rejeitado pela Administração Pública. Nessa hipótese, estabelece o § 7o do artigo 16 que a proposta de acordo não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado. A norma é pelo menos estranha, tendo em vista que a própria proposta de celebração do acordo já implica o reconhecimento da prática de ilícito pela pessoa jurídica ou por terceiros, sem o que a proposta seria inútil.³⁷

A cooperação de forma permanente nas investigações é fruto de uma temperança inteligente do legislador, ora, não seria razoável a lei buscar a finalidade de combater a corrupção e permitir que a pessoa jurídica, ao celebrá-lo, desapareça.

Superada a fase dos comentários dos requisitos do acordo de leniência, passemos à brandura oferecida a quem o celebra.

O legislador nacional, embora tenha vetado a possibilidade da isenção total de pena como bônus para quem celebra o acordo, trouxe benefícios expressivos, quiçá desequilibrados, em nosso entender.

O primeiro benefício a ser comentado é a respeito de uma redução de multa que pode atingir até 2/3 do valor da penalidade. Caso não fosse celebrado o acordo de leniência, a multa giraria no patamar mínimo de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto.

Ou seja, ainda que não isente completamente a empresa de pagar a multa consubstanciada em prestação financeira, apenas esse benefício já tornaria o acordo deveras atrativo, todavia, na concessão das benesses, o legislador vai além.

Também é prevista como pena a publicação extraordinária da decisão. Caso o acordo seja celebrado, a pessoa jurídica estará isenta de tal penalidade.

A marca é o patrimônio mais valioso que uma empresa pode ter e, dependendo do tamanho do escândalo em que se envolva, as consequências podem variar de grandes prejuízos a curto, médio e longo prazo, ou até mesmo à falência.

37 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2017, p. 856.

Discutida a teoria da leniência, analisa-se a teoria dos jogos, verificando se é vantajoso ou não celebrá-la.

5 Teoria dos jogos e o acordo de leniência

De todo o exposto, percebe-se que o acordo de leniência envolve duas escolhas, sendo elas delatar (confessando o crime e seus parceiros) ou não delatar (manter-se em silêncio), porém, para aquele que resolve escolher a primeira opção, a lei outorga benefícios como a redução da penalidade pecuniária, a não publicação extraordinária da decisão condenatória, e a possibilidade de continuar recebendo recursos públicos como financiamentos e contratos com a Administração Pública.

Todavia, o legislador intencionalmente outorga esses benefícios apenas àquele que primeiro se dispôs a delatar os demais, o que gera uma situação de “conflito”.

O acordo de leniência, traz em seu espírito não apenas a teoria dos jogos, como o mecanismo do dilema do prisioneiro.

Para entender-se a estrutura dos jogos (*games*) deve-se apontar os elementos que os compõem, sendo eles os jogadores (*players*), as estratégias de cada jogador e, por fim, os resultados possíveis de cada estratégia.

A Teoria dos jogos “é um instrumento para analisar matematicamente as interações entre indivíduos, em que a decisão de uma pessoa, depende de qual será a decisão da outra e vice-versa”³⁸, sendo relevante para diversas matérias, dentre elas as que envolvem a economia, sociologia, ciência política e filosofia³⁹, é uma das partes integrantes da Análise econômica do direito.

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira comenta a respeito da teoria dos jogos e sua substância:

A utilização da teoria dos jogos (*games theory*) como uma ferramenta importante de análise do fenômeno jurídico é um fato relativamente recente. A teoria dos jogos (*games theory*) tal como todos os demais modelos econômicos se traduz em uma forma de simplificação da realidade social, com o intuito de mostrar as forças básicas de uma determinada interação social.⁴⁰

Ora, a análise volta-se para o campo da lógica, e como envolve a decisão de múltiplos indivíduos e quais são os comportamentos que vão adotar, faz sentido utilizar tal instrumento para o acordo de leniência, uma vez que este é um contrato

38 MACKAAY, Ejan. *History of law and economics*. Disponível em: <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/86/0029.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2018, p. 91.

39 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

40 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 61.

entre o indivíduo A (entenda-se também pessoa jurídica) e o Estado B, em que serão concedidos benefícios ao primeiro indivíduo que se dispuser a informar o Estado de determinados acontecimentos como os que concernem à prática corruptiva.

A respeito da teoria dos jogos, José Alexandre da Silva Zachia Alan traz conteúdo e essência desses estudos:

[...] a necessidade de compreensão de que a teoria dos jogos busca avaliar enfrentamentos de atores de determinada situação real — denominada de “jogo” — 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 favoráveis.⁴¹

O dilema do prisioneiro ilustra uma das hipóteses de estrutura do jogo. Ressalte-se que o dilema do prisioneiro será utilizado para comentarmos a respeito do acordo de leniência, vez que se encaixa e serve para apontar se o acordo de leniência vale ou não à pena ser celebrado. Segue um modelo para entendermos a estrutura:

Tabela 1. Baseado em Randal C. Picker – An introduction to game theory and the law. Mais informações vide referências

		Prisioneiro 2	
		Silêncio	Confissão
Prisioneiro 1	Silêncio	-3, -3	-10, 0
	Confissão	0, -10	-7, -7

O *game* em análise é o seguinte, há dois prisioneiros que cometeram determinado crime, todavia os promotores não têm provas suficientes para condená-los à pena máxima sem extrair do outro prisioneiro informações a respeito do crime. Caso nenhum colabore, serão penalizados com apenas três anos, conforme o primeiro quadro. Porém, a promotoria pode oferecer um instrumento de barganha, em que, com a confissão por parte de um deles e o silêncio do outro, o prisioneiro delator não receberá pena, e o silente sofrerá por 10 anos, e vice-versa. Na hipótese em que os dois confessem simultaneamente, ambos serão condenados a 6 anos. Tal situação é ilustrada pelo último quadro inferior à direita.

Assim acontece com o acordo de leniência, como nos delitos de corrupção envolvendo grandes empresas, há dificuldades para a investigação, no caso do silêncio, se constatado o crime, mas não houver um grau de probabilidade razoável, dificilmente as pessoas jurídicas envolvidas serão responsabilizadas.

41 ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 189-222, ago. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71652>. Acesso em: 1 jun. 2018, p. 204.

Caso uma das pessoas jurídicas confesse, terá uma redução da multa até 2/3 (multa que pode variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto), isentará a pessoa jurídica da publicação extraordinária da decisão condenatória (que reflete em uma visão mercadológica, principalmente bolsas de valores caso e de sociedades anônimas) e poderá continuar recebendo incentivos e benefícios de entidades públicas ou controladas pelo poder público (ou seja, mesmo corrompendo, poderá continuar a receber dinheiro público), enquanto que a pessoa jurídica silente será onerada com todas essas penalidades, e vice-versa.

No caso de ambas pessoas jurídicas procurarem o mecanismo da celebração do acordo de leniência, haverá uma pequena diferença. Como o acordo só pode ser celebrado por apenas uma pessoa jurídica, não será possível que a Administração Pública consiga penalizar ambas com a mesma intensidade.

Esquemmatizando, no acordo de leniência previsto na lei anticorrupção, as possibilidades ficariam da seguinte forma:

Tabela 2. Elaborado pelos autores com informações oriundas da lei anticorrupção (Lei 12.846 de 2013)

	Pessoa Jurídica 2 Silêncio	Pessoa Jurídica 2 Delata
Pessoa Jurídica 1 Silêncio	Ambas as pessoas podem sofrer: Penalidade Pecuniária de 0,1 a 20% do faturamento bruto, publicação extraordinária da sentença e proibição de receber empréstimos de entidades públicas ou instituições controladas pelo poder público no prazo de 1 a 5 anos.	Pessoa jurídica 1 sofrerá, dentre outras sanções: Penalidade Pecuniária de 0,1 a 20% do faturamento bruto, publicação extraordinária da sentença e proibição de receber empréstimos de entidades públicas ou instituições controladas pelo poder público prazo de 1 a 5 anos. Pessoa jurídica 2 terá redução da penalidade pecuniária em até 2/3, não haverá publicação extraordinária da sentença e poderá continuar a receber dinheiro público.
Pessoa Jurídica 1 Delata	Pessoa jurídica 2 sofrerá, dentre outras sanções: Penalidade Pecuniária de 0,1 a 20% do faturamento bruto, publicação extraordinária da sentença e proibição de receber empréstimos de entidades públicas ou instituições controladas pelo poder público no prazo de 1 a 5 anos. Pessoa jurídica 1 terá redução da penalidade pecuniária em até 2/3, não haverá publicação extraordinária da sentença e poderá continuar a receber dinheiro público.	Não é possível ambas delatarem ao mesmo tempo

Apenas analisando as informações até agora expostas, percebe-se que sim, é interessante fazer o acordo de leniência, gerando uma corrida entre as pessoas jurídicas que desejam buscar os benefícios da brandura que o acordo pode lhes outorgar.

Porém, o acordo de leniência brasileiro não possibilita que seus efeitos sejam extensíveis a uma área correlata que pode envolver a corrupção, qual seja, a fraude concorrencial.

A nova lei de defesa da concorrência (Lei 12.529 de 2011), também em seu texto, prevê a possibilidade da celebração do acordo de leniência, todavia, nesse contexto, o âmbito principal do acordo seria o das práticas anticoncorrenciais.

Necessário explicitar que, embora seja benéfica a celebração do acordo de leniência na lei anticorrupção, no caso concreto, caso houvesse fraude em uma licitação (que afeta diretamente a concorrência), em que ambas as leis incidem e onde os acordos de leniência não se comunicam, ainda seria interessante a celebração do acordo?

A fraude à licitação é um ato que é encontrado não apenas na Nova Lei de Defesa da Concorrência (definindo suas modalidades no art. 36, § 3º, d), como também na Lei Anticorrupção brasileira (art. 5º, d), ou seja, é possível que com um ato da pessoa jurídica, haja a violação de ambos os diplomas.

Essa ressalva é feita, pois expressamente o legislador nada narrou. O acordo de leniência previsto na lei de defesa da concorrência antecedeu a própria lei anticorrupção, e tal lei posterior não trouxe em seu corpo disposição que permitisse entender que os acordos deveriam ser interpretados em harmonia.

Ressalte-se que as penalidades contidas na nova Lei de Defesa de Concorrência também têm um cunho repressivo que se manifesta de maneira muito similar à lei anticorrupção, pois também envolvem a penalidade financeira, ou seja, multa que pode variar de 0,1 a 20% do faturamento bruto, a publicação extraordinária da sentença, e proibição mais ampla, qual seja, a de contratar e participar de licitação, bem como outras penalidades previstas ao longo da lei, em especial do art. 37 ao 45 do referido diploma (enquanto a lei anticorrupção apenas proíbe o recebimento de incentivos, subsídios, doações de entidades públicas sem nada narrar sobre licitação). Ambas as leis narram de maneira idêntica a penalidade financeira, mas não deixaram claro se é necessário ou não entender de maneira harmônica ambos os institutos.

Portanto, há o risco de o acordo de leniência ser celebrado em uma instância sobre o mesmo fato que ensejou a investigação na área concorrencial e corruptiva, e ter benefícios apenas em uma das leis, o que põe em risco a própria lógica do benefício da leniência que significa trocar informações por uma brandura na aplicação das penas.

Nessa mesma linha de raciocínio, Alexandre Ditzel Faraco comenta sobre a incerteza da situação que gera os acordos de leniência previstos em ambas as leis e a insegurança de que a celebração de um dos instrumentos garantirá efeitos sobre o outro:

A incerteza quanto aos efeitos de acordos celebrados por uma autoridade ou qual extensão terá a atuação punitiva das diferentes autoridades gera insegurança que pode comprometer a eficácia do sistema de combate à corrupção. Não há nessa afirmação qualquer sugestão de que ilícitos dessa natureza não devam ser objeto de punição rigorosa. Mas apenas a constatação de que o uso de instrumentos de colaboração entre a autoridade e aqueles envolvidos no ilícito tende a ser fator determinante do sucesso de novas investigações e da eficácia das normas voltadas à punição de condutas de difícil detecção. Se aquele que assume os custos de cooperar, que podem ser bastante altos, tem a perspectiva de ser jogado em situação de absoluta incerteza jurídica e passar a ser alvo da atuação indiscriminada de outros órgãos, o incentivo à colaboração desaparece. Eventuais benefícios, como redução de multas, são anulados pela ação de outras autoridades e não serão vistos como motivos a justificar a estratégia de colaboração.⁴²

Como é perceptível, celebrar ou não o acordo de leniência envolve um cálculo das probabilidades e se a pessoa jurídica poder se beneficiar ou não da delação. Se for colocado em xeque a possibilidade do benefício, não se torna conveniente a celebração do acordo, logo, a investigação Estatal para desbaratar tais delitos pode ficar prejudicada.

6 Conclusão

O acordo de leniência é um instrumento de grande relevância para a investigação e combate à corrupção, bem como o combate aos cartéis, pois há dificuldade na apuração de tais delitos, principalmente em razão do seu caráter oculto.

A sua instrumentalização nasce por meio de uma “benevolência” que se consubstancia em barganha. Ora, o Estado oferece benefícios a quem delatar os demais indivíduos (ou pessoas jurídicas) que estão praticando as infrações, seja de cunho corruptivo ou anticoncorrencial com o fito de desbaratar o esquema.

Porém, quando há dúvidas no tocante à extensão dos efeitos do acordo de leniência, esse instrumento pode deixar de ser interessante para os atores (players). Se a pessoa jurídica não tem certeza que os benefícios acordados lhe serão outorgados, por qual razão deixaria de praticar o ilícito, por que razão delataria? O incentivo da leniência com a redução das penas é justamente para dar um grau de segurança e interesse ao delator.

42 FARACO, Alexandre Ditzel. Lei de Defesa da Concorrência e Lei anticorrupção: sobreposições e conflitos normativos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 9-23, jul. 2017, p. 15.

O acordo de leniência, como está na legislação hoje, pode não valer a pena para o delator, pois na hipótese em que a legislação anticoncorrencial e a lei anticorrupção incidem concomitantemente e os acordos de leniência celebrados por uma das instâncias não reflete na outra, é possível que se crie o absurdo de a pessoa jurídica conseguir o benefício e ser penalizada pelo mesmo fato na outra instância, ou seja, pode-se conseguir a redução da penalidade na esfera da lei anticorrupção e ser penalizado na lei anticoncorrencial.

Analisando-se individualmente os acordos de leniência sob o enfoque da teoria dos jogos, estes são instrumentos relevantes, todavia, se não se comunicarem, perdem o efeito de auxiliar nas investigações, vez que não haverá delatores.

Para o acordo de leniência ser interessante, necessário é interpretar o instituto disposto na lei anticoncorrencial e na lei anticorrupção de forma harmônica e integrada. Logo, quando ambas as leis incidirem sobre o mesmo fato investigado, o acordo deve envolver ambas as esferas, sob pena de a sua função incentivadora se perder.

Referências

- ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. *Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 189-222, ago. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71652>. Acesso em: 1 jun. 2018.
- BITTENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 15, n. 62, p. 123-140, dez. 2015.
- BLANCHET, Luiz Alberto; MARIN, Tâmera Padoin Marques. A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei n. 12.846/13. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 18, n. 71, p. 267-294, mar. 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/930/788>. Acesso em: 25 set. 2019.
- BRASIL. *Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 1 jun. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 1 jun. 2018
- BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral - Partidos políticos registrados no TSE*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em: 10 set. 2019.
- COOTER, Roberto; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. United States of America: Addison Wesley Longman, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2017.
- FARACO, Alexandre Ditzel. *Lei de Defesa da Concorrência e Lei anticorrupção: sobreposições e conflitos normativos*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p.9-23, jul. 2017.
- FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. Revista Opinião Pública, Campinas, v. 15, n. 2, nov. 2009, p. 386-421. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200005. Acesso em: 27 set. 2019.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3. ed. Saraiva: 2012.
- GLAESER, Edward L; GOLDIN, Claudia. *Corruption and reform: introduction*. In: *Corruption and reform lessons from america's economic history*. Chicago: National Bureau of Economic Research, 2006.
- GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. *Principles and methods of law and economics*. New York: Cambridge University Press, 2005.

HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an effective leniency program* - The United states department of justice. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-lenieny-program>. Acesso em: 1 jun. 2018.

HERNÁNDEZ, José G. Vargas. *The Multiple Faces of Corruption: Typology, Forms and Levels*. Social Science Research Network SSRN, local, out. 2009, p. 1-20. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1413976. Acesso em: 1 jun. 2018.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *O homem cordial*. São Paulo: Companhia das Letras e Penguin Group, 2012.

JIMÉNEZ, Fernando; CARBONA, Vicente. “Esto funciona así”: Anatomía de la corrupción en España. *Revista Letras Libres*, Dossier, fev. 2012, p. 8-19. Disponível em: <https://www.letraslibres.com/mexico-espana/esto-funciona-asi-anatomia-la-corrupcion-en-espana>. Acesso em: 26 set. 2019.

LAMBÁS, Jesús Sánchez. La corrupcion y la (enésima) reforma de la justicia en España. *Revista Internacional Transparencia e Integridad R.I.T.I.*, n. 2, p. 1-8, dez. 2016. Disponível em: <https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2016/12/Jes%C3%BAs-Sanchez-Lamb%C3%A1s.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

LEITE, Glauco Costa. Instrumentos de Fomento a Denúncias relacionadas à corrupção. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 10, n. 1, p.59-67, janeiro 2014. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/620/514>. Acesso em: 26 set. 2019.

MACKAAY, Ejan. *History of law and economics*. Disponível em: <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/86/0029.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2018.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAINWARING, Scott. *Dilemmas of multiparty presidential democracy: the case of Brazil*. Kellogg Institute for International Studies, Indiana, maio 1992, p. 1-66. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/57a9/6f330f7ea2fc73ea1ab83b8c07d760a8b099.pdf>. Acesso: 1 jun. 2018.

MELGAR, Natalia; ROSSI, Máximo; SMITH, Tom W. *The Perception of corruption*. *International Journal of Public Opinion Research*, v. 22, n. 1, p. 120-131, mar. 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijpor/article/22/1/120/666539>. Acesso em: 1 jun. 2018.

NEHER, Clarissa. *Análise histórica mostra que a corrupção no Brasil persiste desde o período colonial*. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/analise-historica-mostra-que-corrupcao-no-brasil-persiste-desde-o-periodo-colonial.ghtml>. Acesso em: 1 jun. 2018.

OLIVEIRA, Bruno Almeida de. Lei nº 12. 846/13 “ LEI ANTICORRUPÇÃO”: um novo caso de responsabilização penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 19, n. 2, p. 13-58, ago. 2017. Disponível em: http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1286/729. Acesso em: 1 jun. 2019.

OLIVEIRA, Afonso Soares Sobrinho; ARAUJO, Clarindo Ferreira Filho; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. Ética na Administração Pública e as Lógicas de Moralidades na Relação Público-Privado no Estado-Cidadão. *Revista Direito e Justiça Reflexões Sociojurídicas*, Santo Angelo, v. 17, n. 28, p. 171-192, maio 2017.

OSBORNE, Martin J. *An introduction to game theory*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

PAGOTTO, Leopoldo. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil*. In: DEL DEBBIO, Alessandra et al. *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 21-43.

PICKER, Randal C. *An introduction to game theory and the law*. Coase Sandor Institute for Law & Economics Working Paper, Chicago, n. 22, p. 1-23, 1994. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=law_and_economics. Acesso em: 1 jun. 2018.

RAMIÓ, Carles. *Corrupción y administración pública en España*. In: MARCO, Joaquín Marco; VAREA, Blanca Nicasio (coord). *La Regeneración del sistema - reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*. Espanha: AVAPOL, 2015, p. 27-38.

REZENDE, Antonio Martinez de; BIANCHET, Sandra Braga. *Dicionário do latim essencial*. 2. ed. Belo Horizonte. Autêntica, 2014.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Political Corruptin and Democracy*. Connecticut Journal of International Law, Storrs, v. 14, n. 2, set. 1999, p. 363-378.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: greed, culture, and the state*. The Yale law journal online, Yale, v. 120, jul. 2010, p. 125-40.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Economia política da corrupção: um ensaio crítico*. Escola de Administração de Empresas de São Paulo Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13335/Rel03-95.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 jun. 2018.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

STAFFEN, Marcio Ricardo. Superlegalidade, direito global e o combate transnacional à corrupção. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 111-130, abr. 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2491>. Acesso em: 26 set. 2019.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perceptions index 2017*. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017. Acesso em: 1 jun. 2018.

VIEIRA, Padre Antonio. *Sermão do Bom Ladrão*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/fs000025pdf.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2018.