



O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO: ANÁLISE HISTÓRICA E CONSTITUCIONAL

LENIENCE AGREEMENT ON ANTI-CORRUPTION LAW: HISTORICAL AND CONSTITUTIONAL ANALYSIS

Aline Ingrid Mendes de Araújo¹, Lara Kerollayne Silva de Sousa²,
Vanessa Érica da Silva Santos³

v. 7/ n. 3 (2019)
Julho / Setembro

Aceito para publicação em
01/07/2019.

¹Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

²Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.

³Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, Advogada, Professora substituta da UFCG, Especialista em Direito do Trabalho pela UNOPAR, Especialista em Penal e Processo Penal pela UFCG e em gestão Pública pelo IFPB, Mestra em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo discorrer a respeito do Acordo de Leniência, partindo da historicidade e eficácia para a compreensão dos fundamentos constitucionais e a sua aplicabilidade na Lei anticorrupção brasileira. Objetiva-se apresentar conceitos e aspectos essenciais do acordo, comentar a evolução da Lei Anticorrupção no país, analisar as vertentes contrárias e consoantes à aplicação na Administração Pública Brasileira, bem como abordar as diversas práticas antitrustes e infrações de qualquer natureza contra a ordem econômica. Em seguida, expor o choque de princípios constitucionais, os desdobramentos do acordo e as possíveis soluções para as lacunas existentes nessa gestão. Foram manuseados os métodos de pesquisa monográfico e dedutivo, juntamente com a documental e bibliográfica, por meio de doutrinas, artigos científicos, legislações e entre outros. Vale ressaltar, a importância do consenso entre o Estado e a sociedade que contribui de forma significativa nas investigações e permite uma maior efetividade ao caso concreto.

Palavras-chave: Acordo de leniência. Fundamentos constitucionais. Lei anticorrupção.

ABSTRACT: The present study aims to discuss the leniency agreement, starting from historicity and effectiveness for understanding the constitutional foundations and its applicability in the Brazilian anti-corruption law. The objective is to present concepts and essential aspects of the agreement, comment on the evolution of the Anti-Corruption Law in the country, analyze the opposite and consonant aspects to the application in the Brazilian Public Administration, as well as addressing various antitrust practices and infractions of any kind against economic order. Then expose the clash of constitutional principles, the split of the agreement and the possible solutions to the gaps in this management. The methods of monographic and deductive research, together with the documentary and bibliographic, were handled by means of doctrines, scientific articles, legislations and others. It is noteworthy, the importance of the consensus between the State and society that contributes significantly in the investigations and allows for greater effectiveness in the concrete case.

Keywords: Leniency agreement. Constitutional grounds. Anti-Corruption Law.



1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, em seu histórico de atividades, possui uma forte presença de ações caracterizadas pela corrupção, atos imorais e fortemente rejeitados pelo direito pátrio, diz respeito às práticas gravemente ilícitas realizadas pelos próprios agentes públicos. Além disso, tem-se a enorme importância que as redes sociais e os demais meios de propagações de informações dão ao noticiamento daquele complexo fenômeno, resultando em graves consequências à população que fica à mercê daquelas condutas nocivas, além de denegrir a própria moralidade estatal.

Nessa conjuntura, o Acordo de Leniência vem com a finalidade de combater a corrupção na Administração Pública através de um contrato, com determinados requisitos previstos na Lei Anticorrupção, realizado entre o delator e o próprio Estado. No entanto, apesar dos benefícios concedidos à sociedade e, principalmente, à pessoa jurídica e/ou física que também foi responsável por aqueles atos maléficos, várias são as vertentes que se comportam contra esse Programa, evidenciando-se aspectos positivos e negativos desse pacto.

A categoria oposta à tal contrato, firmado entre o Estado e o indivíduo infrator, entende ser esse ato extremamente injusto, hasta vista que, apesar de contribuir para a descoberta de ações ilícitas por parte de outras pessoas, o contratado não será punido pelo seus devidos delitos, sendo essa extinção de punibilidade extremamente prejudicial à Administração Pública.

Já a vertente consoante ao Acordo, afirma que o mesmo é realizado para um “bem maior”, haja vista que possui, como maior finalidade, reter maiores provas acerca de corrupções mais graves e, assim, punir os infratores dessas.

Além disso, a origem da Leniência não se deu no Brasil, mas sim nos Estados Unidos, onde possui sua historicidade diversa da brasileira e a partir desse fato, o Direito Comparado torna-se um meio necessário para a análise e maior compreensão daquele Acordo, ressaltando as características colidentes entre as nações.

Nesse seguimento, o trabalho manifestar-se-á estruturado em três subtópicos que abordam, na devida ordem, a historicidade, conceitos e aspectos gerais do Acordo de Leniência; da sua constitucionalidade, através da exposição de aspectos positivos; e da problemática do respectivo acordo na Lei Anticorrupção ao caso concreto.

Por conseguinte, o presente artigo tem como finalidade apresentar não somente os aspectos históricos e demais comparações do Acordo de Leniência, mas expor a sua constitucionalidade ou não por meio de argumentos sólidos e concisos. E sua motivação consiste na busca por um direito pátrio mais efetivo, que seja capaz de realizar a justiça sempre em conformidade com a Carta Magna.

Além disso, o mesmo compõe-se de pesquisas de natureza exploratória - no que diz respeito ao nível de profundidade - e bibliográfica e documental - em razão da forma como foram recolhidos as referências e informações. Outrossim, os métodos usados foram o dedutivo - quanto a abordagem - e monográfico - em relação ao procedimento.

Em relação a conceituação dos termos citados, de acordo com Gil, a pesquisa bibliográfica “a é desenvolvida a partir de material já elaborado”(GIL, 2008, p. 50), enquanto que o monográfico, apesar de correlate ao primeiro, se divergem devido a “natureza das fontes” (GIL, 2008, p. 51).

Em continuidade, método dedutivo “parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal”(GIL, 2008,p. 9), já o monográfico” parte do princípio de que o estudo de um caso em profundidade pode ser considerado representativo de muitos outros” (GIL, 2008, p. 18).

Nesse aspecto, foram utilizados, para a elaboração do presente trabalho, o estudo e análise de doutrinais, legislações nacionais e internacionais e demais artigos científicos acerca do Acordo de Leniência.

2. ACORDO DE LENIÊNCIA: HISTORICIDADE, CONCEITOS E ASPECTOS GERAIS

A problemática da corrupção no Brasil, disseminada pelos meios midiáticos, tem se tornado fonte de aprimoramento nas intervenções e repressões através do Poder Executivo em prol da anticorrupção. Em vista disto, um dos programas regulamentados pelo direito pátrio que visa garantir a ordem econômica do país é o denominado Acordo de Leniência. (BANNWART JR, SALES; 2015).

Sendo o objeto que integra o âmago deste artigo, o Acordo de Leniência, apesar de popular no Brasil, foi criado e desenvolvido nos Estado Unidos. Por isso, é de suma importância explanar sobre a esfera do Direito Comparado, particularmente, o norte-americano, analisando o conceito e as formas de atuação (BANNWART JR, SALES; 2015).

Intitulado por *Leniency Program*, tinha por objetivo repreender, através da impunibilidade penal – *amnesty* - da empresa colaboradora, os atos ilícitos anticoncorrenciais de difícil apuração, como os cartéis (SALOMI, 2012 p. 138). A prima lei a tratar do pacto é datada de 1978, no entanto, de acordo com Fidalgo e Canetti, o instituto, a priori, não obteve sucesso, pois era adotado os critérios subjetivos para a sua realização, gerando uma enorme discricionariedade para o Departamento de Justiça dos EUA (FIDALGO, CANETTI, 2015, p.258).

Tendo em vista essa primeira situação de subjetivismo, os Estado Unidos, visando restringir a discricionariedade, modificaram e aperfeiçoaram o programa em 1993. Neste ano, a concessão de leniência passou a ter ato vinculado, desde que precedente à investigação, além disso, consoante a Fidalgo e Canetti, concluídas os subsequentes requisitos:

- “(i) Ainda não tenham sido recebidas informações por qualquer outra fonte;
- (ii) A sociedade tenha tomado todas as medidas necessárias para cessar a sua participação no cartel;
- (iii) A sociedade promova a completa e contínua cooperação com a autoridade responsável pela investigação;
- (iv) A sociedade confesse a infração como um ato corporativo, não sendo suficiente a confissão isolada de diretores individuais os outros agentes;
- (v) Quando possível, a sociedade restitua os danos causados a terceiros;
- (vi) A sociedade não tenha coagido às demais partes do cartel a participar da atividade ilegal e claramente não tenda sido a líder da atividade ilegal.” (FIDALGO, CANETTI, 2015, p 258).

Aline Ingrid Mendes de Araújo, Lara Kerollayne Silva de Sousa, Vanessa Érica de Silva Santos

De maneira condensada, o Diretor de Aplicação Criminal da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça elucida:

Nos Estados Unidos, os termos ‘imunidade corporativa’, ‘leniência corporativa’ e ‘perdão corporativo’ são todos sinônimos. De acordo com o Programa de Leniência Corporativo dos EUA, todos esses termos dizem respeito à extinção da punibilidade penal ou à total imunidade para a empresa e seus empregados que cooperam. A empresa não paga qualquer multa. Seus executivos não vão para a cadeia. A questão central é que apenas uma empresa pode se qualificar para a leniência. A empresa que procura a autoridade antitruste em segundo lugar - mesmo poucos dias e horas, como tem sido o caso em algumas ocasiões - não estará compatível para a leniência. Empresas que solicitam os benefícios depois do primeiro beneficiário e oferecem cooperação podem firmar acordos e ter suas penas reduzidas, mas tal processo não se integra no nosso programa de leniência. Quando usamos o termo ‘leniência’ ou ‘perdão’, estamos nos referindo a uma empresa que foi a primeira a delatar a conduta anticompetitiva e que objetiva se isentar do processo e ter uma redução de 100% das multas (tradução própria).⁴

Já no ordenamento jurídico brasileiro, o Acordo de Leniência surge em 2000, através da Medida Provisória 2.055-4, convertida em Lei nº 10.149 no mesmo ano com o intuito sintético de fiscalizar as práticas antitrustes, no entanto, com o passar do tempo, devido às modificações e os aprimoramentos, o instituto também se tornou meio de investigação dos atos de corrupção, abrangendo seu cenário de atuação (RIZEK JUNIOR, PETRELLUZZI 2014, p. 91). Ou seja, em consonância com Andrade, Mello e Romanichen:

No Brasil o direito antitruste não surge com o fim precípuo de manter a livre concorrência em face do liberalismo econômico. Nasceu, com o escopo de resguardar os consumidores, destinatários finais das relações entre os agentes econômicos, sendo uma forma de repressão ao abuso de poder econômico (ANDRADE, MELLO, ROMANICHEN, 2009).

Leniência, de forma concisa, designa flexibilidade e amenidade (SOBRAL, 2001, p.133). De acordo com o Guia publicado pelo próprio CADE com o intuito de informar a população sobre o pacto, diz que:

O Programa de Leniência Antitruste (Programa de Leniência) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) e nos artigos 237 a 251

⁴ “In the United States, the terms corporate immunity, corporate leniency, and corporate amnesty are all synonymous. Under the U.S. Corporate Leniency Program, these terms all refer to a complete pass from criminal prosecution or total immunity for a company and its cooperating employees. The company pays no fine. Their culpable executives do not go to jail. The key is that only one company can qualify for leniency. A company that is second in the door — even if by only a matter of days or hours, as has been the case on a number of occasions — will not be eligible for leniency. Companies that come forward after the leniency applicant and offer to cooperate may enter into plea agreements and have their fines reduced, but this process falls outside of our leniency program. When I use the term "leniency" or "amnesty," I am referring to a company that is the first to report anticompetitive activity and that is seeking a pass from prosecution and a 100% reduction in fines.” HAMMOND, Scott. Cornerstones of an Effective Leniency Program. ICN Workshop on Leniency Programs. Sydney, Australia, nov. 2004.

do RICade; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência Antitruste do Cade” (Acordo de Leniência) (CADE, 2017, p. 9).

Além disso, o Acordo beneficia empresas e pessoas físicas que participaram de algum ato infracional à ordem econômica e contribuam, verdadeiramente, nas investigações e no decorrer do processo administrativo, além de colaborar nos demais requisitos constados no art. 86 da Lei 12.529 de 2011, a qual dispõe acerca do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (CADE, 2017).

Além de o Acordo combater a corrupção na Administração Pública do país, principalmente a prática de cartéis, outro elemento justificante da sua utilização por parte de muitos países é o custo-benefício, pois apesar de não existir estudos oficializados acerca dos gastos advindos daqueles contratos, dentre eles os benefícios concedidos ao contratado, é viável pressupor que o programa simplifica as atividades da agência antitruste (BRAGA, OLIVEIRA, PINHA, 2016).

A finalidade essencial do diploma tratado, não é a de isentar o proponente das suas penas devidas, mas “é chegar a outra ponta da cadeia da corrupção, que é o corruptor”(ARRUDA, BATISTA, 2018, P. 8). Ou seja, em uma visão sistêmica, o pacto visa não a extinção de punibilidade, mas a junção de provas suficientes para a condenação de infrações muito mais graves e danosas à ordem econômica e à sociedade (ARRUDA, BATISTA, 2018)

Em consonância com Macedo, o pacto de leniência originou-se devido a dificuldade histórica de identificar, averiguar e punir, além da falta de testemunhas ou vítimas que pudessem comprovar as infrações associativas, caracterizadas, principalmente, por cartéis que, não raramente, são difíceis de serem comprovados sem a ajuda de pessoas não vinculadas ao Estado e, que possuem um maior conhecimento sobre os delitos, ou seja, os participantes das próprias infrações (MACEDO, 2016).

Segundo Gesner de Oliveira e João Grandino Roda, o Acordo de Leniência diz respeito à uma eficiente permuta entre:

O Estado e o delator, que em troca de informações viabilizadoras da instauração, da celeridade e da melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção, na esfera administrativa e/ou penal, em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal denunciada (algo similar ao que ocorre na delação premiada, realizada no Poder Judiciário) (OLIVEIRA, RODAS, 2004, p. 253; CADE, 2017).

De maneira genérica, o pacto é celebrado, principalmente, na ocorrência de cartéis, ou seja, quando empresas adversárias realizam acordos não oficiais objetivando controlar o mercado, expandir de forma arbitrária os lucros ou prejudicar a concorrência leal ou a livre iniciativa, no entanto aquele é utilizado também nas demais infrações contidas no art. 36 da Lei nº 12.529/2011 (CADE, 2017, p. 10).

Ressalvando que, em consoante com a norma citada anteriormente, a realização de cartel é um “ilícito pelo objeto”, bastando apenas a possibilidade de executar efeitos danosos, mesmo que ainda não tenham sido concretizados. Outrossim, as condutas praticadas pelas empresas, mesmo sem a existência de culpa, desde que gerem consequências nocivas à ordem econômica, são consideradas infrações (CADE, 2017, p. 10).

3. A CONSTITUCIONALIDADE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

Com o novo Código Processual Civil de 2015, vários foram os meios alternativos positivados que visam a resolução consensual de conflitos, os denominados instrumentos jurisdicionais, como a auto composição e a arbitragem. Em continuidade, é observável a importância que o direito pátrio vem dando aos mecanismos de consenso para a dissolução das lides no corpo social (CARREIRA, 2018, p. 100).

Por conseguinte, a Administração Pública e, conjuntamente, seus processos administrativos efetuam seus ofícios não mais com o paradigma de serem burocráticos e verticalizados, mas devendo-se agir em prol do diálogo e da consensualização, objetivando, dessa forma, a participação direta dos cidadãos na realização de soluções, haja vista que essa é uma das premissas de um Estado Democrático de Direito (BANNWART, SALES, 2015; MARRARA, 2015). Ademais, segundo o entendimento de Andrade, Mello e Romanichen:

O diálogo e a participação ratificam o Estado Democrático de Direito, ao possibilitarem a parceria entre o setor público e o privado, o exercício da democracia e da cidadania. As negociações despertam o desejo de colaboração dos particulares, por isso, a adoção dos atos consensuais em lugar da utilização do poder extroverso pela Administração Pública, minora as chances de descumprimento das medidas adotadas e os efeitos negativos que podem advir da ingerência estatal (ANDRADE, MELLO, ROMANICHEN, 2009).

Outrossim, faz-se necessário salientar a importância do princípio da razoabilidade como meio intrínseco, juntamente com os demais valores jurídicos fundamentais, para a proteção da ordem econômica, ou seja, a utilização daqueles pela SBDC com a finalidade de equilibrar o adequado andamento mercado com os direitos e benefícios do corpo social. (ANDRADE, MELLO, ROMANICHEN, 2009).

Outro aspecto importante acerca do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência são as suas funções, as quais abrangem âmbitos de atuações diversas, porém suplementares para o combate à corrupção no setor econômico brasileiro. São elas: a educação, a preventiva e a repressão. A primeira visa, em uma dilatação de tempo maior, difundir e cultivar a concorrência leal, através de cursos, seminários, palestras e demais meios didáticos. (ANDRADE, MELLO, ROMANICHEN, 2009).

Já a função preventiva, “consiste na análise das operações de concentração e cooperação econômica” (ANDRADE, MELLO, ROMANICHEN, 2009, p. 207), devendo ser preenchidos os requisitos situados na Lei n. 8.884/94. Por fim, a repressiva diz respeito à averiguação e condenação de comportamentos anticompetitivos previstos na norma citada precedentemente (ANDRADE, MELLO, ROMANICHEN, 2009).

Por consequência, o Acordo de Leniência é entendido, segundo Marrara Thiago, como uma das ferramentas da administração consensual contratual, além de configurar o meio mais rigoroso da atividade horizontal, centrada no diálogo e na bilateralidade, da Administração Pública. Tendo como finalidade não a de eximir o contratante de suas ilicitudes e crimes praticados, mas, conforme Albrecht, “com o intuito de obter suporte à execução bem sucedida de processos acusatórios e atingir um grau satisfatório de repressão de práticas ilícitas altamente nocivas que sequer se descobririam pelos meios persecutórios e fiscalizatórios clássicos” (ALBRECHT, 2008, p. 257; MARRARA, 2015).

Além disso, as modificações regidas pela Medida Provisória 703 acerca da ampliação da Leniência, detectada no art. 16 na Lei Anticorrupção, resultaram em uma maior precisão no desempenho dos acordos, sendo considerada a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica vinculada ao Programa, isto é, a não dependência da comprovação de culpa na imposição das penalidades devidas (OLIVEIRA, 2016).

Isto posto, faz-se necessário ressaltar o impacto e entendimento que a população brasileira sofre e possui sobre o complexo fato existente em vários setores e instituições sociais, a chamada

corrupção pública. Essa atividade, em acepção extensiva, é descrita, em consonância com Guilherme Nucci, como profundamente maligna ao Estado Democrático e Direito, haja vista que diz respeito a um conglomerado de condutas nas quais evidencia-se a participação de funcionários públicos (NUCCI, 2007; EL KOURY, 2016).

Devido aos inúmeros casos de corrupção divulgados e noticiados cotidianamente nas redes sociais e na TV brasileira, dentre eles os denominados “Mensalão” e “Petrolão”, aquele fenômeno tornou-se habitual aos olhos da população, a qual comumente relaciona a negociação de qualquer pessoa jurídica com o Poder Público à uma consumação de um concurso criminoso (CARVALHOSA, 2015).

Por conseguinte, é notável a descomunal presença da corrupção na Administração Pública, fato este que reduz a credibilidade e a confiança dos brasileiros nas atividades estatais, resultando, dessa forma, em uma grave crise moral, além de prejudicar a soberania nacional interna do próprio país (CARVALHOSA, 2015).

Vale ressaltar que a moral administrativa citada não diz respeito totalmente à percepção comum sobre o assunto, mas aos princípios constitucionais que validam todo o direito pátrio, dentre eles destacam-se a lealdade, a honestidade, a boa-fé e a veracidade, valores que guiam todos os funcionários públicos, independentemente da importância ou status do cargo (CARVALHOSA, 2015).

É indiscutível que o privado tem sucateado o público. Um dos maiores mecanismos que envolvem atos corruptivos da esfera pública e privada, não se dão apenas por meio da entrega direta de dinheiro, mas transferências de capitais, com técnicas sublimes de lavagem de dinheiro onde milhões são transferidos para uma rede de múltiplos beneficiários, podendo estar situados em diversos países e continentes. Nesse aspecto, destaca-se um movimento mundial em busca de reparar danos causados ao patrimônio público, a moralidade administrativa, aos prejuízos econômicos e a violação dos direitos humanos, na medida em que impedem a racional aplicação de recursos públicos em prol de toda a sociedade. (BLANCHET, ALBERTO; MARIN, MARQUES, 2018). Segundo Blanchet e Marin:

É inegável que a corrupção, quando disseminada em diversos setores, provoca danos sociais e implica prejuízos ao desenvolvimento do indivíduo e à efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição (saúde precária, poucas vagas na educação infantil, estradas não mantidas adequadamente etc.) (BLANCHET, Alberto; MARIN, Marques, 2018, p.273)

Por fim, com base na análise feita sobre a corrupção pública, o Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção corresponde a uma ferramenta de supressão daquela prática nociva à Administração estatal, além de auxiliar na recuperação da sua moralidade que encontra-se debilitada, haja vista que é um fenômeno regulador da gestão do Estado e que, devido a sua tamanha importância, encontra-se positivada no art. 37, caput, da Carta Magna (CARVALHOSA, 2015; EL KOURY, 2016).

4. PROBLEMÁTICA DA LEI ANTICORRUPÇÃO – ACORDO DE LENIÊNCIA – AO CASO CONCRETO

Tem-se, no universo bibliográfico, vertentes contrárias à aplicação do Acordo no país, argumentando que esse pacto, assim com a colaboração premiada, gera uma desigual proporcionalidade e uma restrição em desacordo com a Constituição Federal em relação aos direitos e garantias fundamentais do cooperado e do delatado, além de postergar um dos princípios norteadores para a realização da justiça: o devido processo legal, haja vista que a delação, bem

Aline Ingrid Mendes de Araújo, Lara Kerollayne Silva de Sousa, Vanessa Érica de Silva Santos

como a Leniência, são concretizados sem a presença dos delatados, impossibilitando a realização de suas defesas (FIDALGO, CANETTI, 2015, p. 267).

É inegável que existe um comportamento estratégico no jogo econômico, onde os seus jogadores ou agentes dependem uns dos outros para assumirem os resultados dos seus atos. Para Hilbrecht, tais jogadores são racionais que sabem seus objetivos e preferências; sabem quais as limitações e restrições relevantes às suas ações; e conseguem escolher a melhor ação dados seus objetivos e respeitadas as limitações. Isto é, trata-se da ciência do comportamento racional em situações em que existe interação ou interdependência entre os agentes. (HILBRECHT, 2011, p.115).

Nessa teoria basicamente são apresentados dois aspectos:

No primeiro aspecto, a teoria dos jogos provê uma estrutura de análise útil para prever o impacto de leis, constituições, normas social etc. na sociedade. Logo, os agentes racionais levam em consideração essas restrições para escolher a melhor ação possível para alcançar seus próprios objetivos. O segundo aspecto é que, por avaliar as consequências das leis, a teoria dos jogos pode ajudar profissionais das áreas jurídicas a delimitarem sistemas legais para que os objetivos desejados sejam mais facilmente alcançados” (HILBRECHT, 2011, p. 115).

Nas palavras de Bruno Meyerhof Salama:

A Teoria dos Jogos considera interações dinâmicas entre indivíduos que procuram maximizar seus resultados considerando as expectativas de decisões dos outros indivíduos com os quais interage. A Teoria dos Jogos conduz a descobertas que contrariam a intuição, como por exemplo a descoberta de que em determinados casos as pessoas podem ficar em pior situação agindo racionalmente na busca de seu próprio interesse (SALAMA, 2008, p. 50).

O Dilema dos Prisioneiros é um modelo dessa Teoria, onde cada agente tem estratégias dominantes. A característica essencial desse dilema é o conflito de interesses coletivos e o auto interesse dos jogadores. Nas palavras de Hilbrecht (2011, p.119):

O cenário desse dilema envolve dois prisioneiros suspeitos de um crime e suas disposições em confessar o crime cometido. Os dois são colocados em celas separadas, onde não é possível a comunicação entre si. A polícia não possui evidências concretas de que cometeram o crime e oferece a cada um, separadamente, a chance de confessar e delatar o outro suspeito. Acontece que, se nenhum deles confessar, ambos são condenados por uma causa de delito menor, com pena de dois anos para cada um. Se ambos confessam, terão uma pena maior, pela gravidade do delito, mas obterão uma redução na pena pela cooperação com a investigação, com pena de seis anos para cada um. Em outra hipótese, se um confessa e o outro não, o que confessou terá pena de um ano e o outro terá pena de 10 anos.

Sobre o dilema dos prisioneiros, Gisele Chaves Sampaio Alcântara, juíza federal da 24ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, aponta:

Analisando estrategicamente as opções de cada acusado, percebe-se que a melhor decisão individual é confessar, uma vez que, ao agir assim, haverá pelo menos dois anos a menos de prisão, independentemente do que o outro prisioneiro fizer. A melhor estratégia geral, no entanto, é a de cooperação: nenhum confessa, e ambos permanecem reclusos pelo tempo mínimo. Tal cooperação, entretanto, não é possível, uma vez que eles não podem se comunicar. Como não sabem e tampouco têm controle sobre o que o outro vai fazer, acabam confessando – ambos. O resultado para os dois é uma pena de dois anos (ALCÂNTARA, 2012, p. 90)

Por consequência do caos instaurado no Brasil e o seu desfecho, no que tange a corrupção, em 2013 foi sancionada a Lei Anticorrupção 12.846 que dispõe sobre a responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública. Em vista disso, um dos objetivos da legislação é desmanchar a cultura da corrupção no Brasil e acabar com a ideia de que é possível o gozo ilicitamente sem sofrer nenhum tipo de sanção. Com o controle dessas ações ilícitas, a Lei Anticorrupção garante que as empresas envolvidas respondam judicialmente e cumpram, de forma justa, pelos atos (GABARDO, CASTELLA, 2015).

Dessa forma, várias empresas buscam medidas para se esquivar das situações que as coloquem em risco, prevenindo-se. Existem várias formas de prevenção, uma delas é adotando compliance, que é uma forma de se fazer cumprir à risca todas as normas legais e regulamentares dos órgãos, dentro de todos os padrões exigidos, bem como detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa surgir. Já outras companhias contratam profissionais de auditoria para administrá-las e, assim vários outros métodos preventivos são aderidos pelas empresas dando-lhes maior segurança jurídica (GABARDO, CASTELLA, 2015, p.134).

As corporações que não seguem as devidas regras e andam em desacordo com o que é estabelecido, a exemplo, a prática do cartel, suborno, pagamento de propina a servidores públicos para se beneficiar, a esses atos ilegais são aplicados procedimentos administrativos ou judiciais que registrará o ato lesivo e aplicará a devida sanção. Esta é aplicada de acordo com o nível gravoso de cada empresa ao ato ilícito (GABARDO, CASTELLA, 2015, p.131).

Algumas medidas severas aplicadas as corporações são: a desconsideração da pessoa jurídica, suspensão das atividades, multa, publicação condenatória na mídia, entre outras penalidades. Porém, em destaque neste artigo é o acordo de leniência, que permite a redução da multa se a empresa cooperar nas investigações. Sem dúvidas, o acordo impulsiona de forma significativa a aplicação das decisões judiciais ao caso concreto com maior efetividade e segurança jurídica (MARRARA, 2015, p.512).

O problema está na cultura corrupta enraizada na sociedade. O famoso “jeitinho brasileiro” que dribla a lei. Por esse motivo, muitas empresas não levam a sério os dispositivos normativos e faturam em cima de negócios ilegais, pois para elas os atos ilícitos não gerarão resultados concretos, porque acreditam que a prática faz parte do modelo brasileiro de negócios (ALMEIDA, 2015).

Partindo desse princípio, outro grande problema é a impunidade seletiva por meio do acordo de leniência, a priori, o que deveria ser uma forma de potencializar as investigações a fim de punir outras corporações criminosas, finda em improbidade administrativa, uma vez que os servidores se corrompem e passam a manter laços, dentro do próprio acordo, com as empresas ilegais, gerando vícios no andamento do processo. Nesse contexto aponta Fabrizio Almeida:

São requisitos para a realização do afetuoso acordo a colaboração nas investigações e no decorrer do Processo Administrativo, a paralização dos atos considerados ilícito e a confissão do ato. Você não entendeu mal, esse acordo existe, e equivale a seguinte situação: o camarada é pego se apropriando indevidamente do seu dinheiro, mas você é gente boa e perdoa o cidadão, espera um tempinho razoável até que se chegue a dimensão exata de quanto foi a lesão ao seu patrimônio e enquanto isso, claro, você continuará mantendo bom relacionamento, negociando e etc. com o dito cujo. Que País é este? (ALMEIDA, 2015)

Com a operação “Lava Jato”, abriu-se a discussão sobre a validade dos acordos. E uma delas é que a norma permitiu exclusividade a algumas empresas. Por isso, para o MPD é de suma importância ouvir o Ministério Público antes de sacramentar acordos de leniência, uma vez que o órgão é titular exclusivo da ação penal pública e defensor constitucional independente do patrimônio público (MPD, 2015).

Aline Ingrid Mendes de Araújo, Lara Kerollayne Silva de Sousa, Vanessa Érica de Silva Santos

Convém destacar, ainda, a explanação da Diretoria do MPD-Movimento do Ministério Público Democrático acerca dessa problemática:

[...] não se pode dar margem ao oportunismo empresarial, permitindo a empreendedores desonestos que comprem legalmente a impunidade, (...) correndo riscos para depois se acertar com o governo e se livrar, por exemplo, da pena de proibição de contratar com o poder público (AMBUQUERQUE, 2015).

Partindo dessa premissa, foi encaminhado ao Planalto um pedido urgente para mudar as regras do acordo de leniência e da Lei Anticorrupção, que prevê anistia de empresários sem a participação do Ministério Público. No esquema do Petrolão, por exemplo, a mensagem de que o castigo deveria ser aplicado às pessoas físicas, e não às empresas, foi o ponto crucial para a polêmica em torno do Acordo de Leniência, pois haveria uma controvérsia, uma vez que alterando a lei para beneficiar justamente as pessoas físicas, estas ficariam livres de ações penais e de improbidade, com extinção de punibilidade após o cumprimento do acordo de leniência. Além de favorecer às empresas, que poderiam escapar das restrições à participação em licitações (MARRARA, 2015, p.516).

A operação Lava Jato recebeu esse nome devido a um grande esquema de lavagem, fraude e desvio de dinheiro que ocorreu em um posto de gasolina e uma lavanderia, envolvendo a Petrobras, grandes empreiteiras do país e políticos. A fraude consiste na falsificação ou alteração de registros ou documentos; pela omissão de transações nos registros contábeis; por registrar transações sem comprovação e aplicar práticas contábeis indevidas. Diante disso, vale ressaltar que todas as empresas devem aderir a auditoria contábil e para as empresas envolvidas no esquema de corrupção com a Petrobras não seria diferente. A auditoria é uma técnica própria da contabilidade que analisa as demonstrações contábeis com o intuito de verificar se os registros das empresas são verdadeiros e se estão de acordo com os princípios e normas de contabilidade nacional e internacional, a fim de transparecer a realidade econômica e financeira da empresa (MARTINS, FERNADES; RIBEIRO, GAMA, 2016).

Para fins de responsabilidade objetiva: administrativa e civil, a noção de pessoa jurídica é bastante ampla. Nela se engloba sociedades empresárias e simples, com ou sem personalidade jurídica, bem como fundações, associações de entidades ou pessoas e sociedades estrangeiras, com sede, filial ou representação em território brasileiro. Já a configuração de responsabilidade subjetiva, não impede que os dirigentes e administradores ou outros participantes respondam pelo ato, mas nessa hipótese indispensável será a prova da culpa (CARVALHO, SANTOS, 2014).

Além disso, em consonância com Guilherme Nucci, uma das principais problemáticas da inconstitucionalidade da Lei Anticorrupção diz respeito a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, reprimendo que:

Punir a pessoa jurídica por evidentes crimes, por intermédio de uma bizarra e inédita responsabilidade judicial, sem dolo ou culpa, é inconstitucional, por ferir o princípio da culpabilidade. Sem máscaras administrativas onde a essência é penal. Não deve o Judiciário permitir essa anormalidade, sob a grave consequência de, amanhã, alargar-se a responsabilidade objetiva para as pessoas físicas, tornando um caos o sistema punitivo brasileiro (NUCCI, 2015, p. 80).

Uma das prerrogativas do poder público com a cooperação das pessoas envolvidas no ato ilícito é reduzir penas, como prisão e multas, além de outros tipos de sanções. Mas não a eliminação completa das punições, para a qual os acordos abriam brechas, ou seja, impunidade. Com a Lava Jato, o Brasil passou a limpo as relações entre poder público e iniciativa privada. Com isso, o país entrou para um novo plano de fundamentação, fiscalização e efetivação da legislação ao caso concreto. Muito embora, ainda existem lacunas a serem resolvidas. (TAVARES, RIBEIRO, 2016).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gigantesca faixa de corrupção existente na Administração Pública do país, acarretando em uma evidente descredibilidade e descrença dos cidadãos brasileiros nas atividades estatais, foi um dos fatores mais incisivos para a criação do Acordo de Leniência.

A comparação entre o Programa de Leniência nacional e estrangeiro evidenciou aspectos não tratados no nosso ordenamento e vice-versa, estudo esse importante para o aprimoramento desse Acordo na Administração Pública do país. Além disso, algumas análises iniciais foram de suma relevância para o aprofundamento do assunto no decorrer do trabalho.

Outro destaque, diz respeito à constitucionalização da Leniência, haja vista que a mesma se fundamenta em um objetivo maior e não meramente a extinção da punibilidade do agente infrator, como grande parte da população brasileira assimila.

Todavia, apesar dos vários pontos positivos do pacto, tratados no decorrer do presente artigo tem-se determinadas problemáticas acerca daquela prática, como o não cumprimento de alguns princípios fundamentais processuais e, com isso, a não eficácia do seu objetivo.

Isto posto, faz-se necessário, a existência de um entendimento e consenso entre dois polos importantíssimos em um Estado Democrático de Direito: o Estado e a sociedade, objetivando, com isso, uma maior eficiência do Acordo de Leniência ao caso concreto.

6. REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Stephan. **Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle**. Baden-Baden: Nomos, 2008.

ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n.57. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1592>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

ALMEIDA, Fabrício. Acordos de leniência, um mimo à impunidade. **Sete Segundos**. Brasil, 2015. Disponível em: <<https://arapicara.7segundos.com.br/blogs/fabrizio-almeida/44128/>>. Acesso em: 12 maio 2019.

ANDRADE, MELLO, ROMANICHEN. Processo administrativo antitruste e antidumping: estudo comparativo do aspecto consensual no exercício da função administrativa do acordo de leniência e no compromisso de preços. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/9884/6758>> . Acesso em: 15 jun. 2019.

BANNWART, Clodomiro José; SALES, Marlon Roberth. O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.10, n.3, 2015. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/23525/17601>> Acesso em: 10 maio 2019.

Aline Ingrid Mendes de Araújo, Lara Kerollayne Silva de Sousa, Vanessa Érica de Silva Santos

BLANCHET, Luiz Alberto; MARIN, Tâmera Padoin Marques. A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/930>> Acesso em: 16 de junho de 2019.

BRAGA, OLIVEIRA, PINHA. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasil, vol.4, n.1, 2016. Disponível em: <<http://200.198.193.188/index.php/revistadedefesadarevistadedef/article/view/253/128>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

CADE. Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste. **Ministério da Justiça**, Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf> Acesso em: 12 maio 2019.

CARREIRA, José Eduardo. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 21º ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2018.

CARVALHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28º ed. Editora Atlas S. A.: São Paulo, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela, Coutinho. **Os acordos de Leniência na lei de combate à corrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhos QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). Lei Anticorrupção. Salvador: juspodivm, 2015.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6º ed. Editora Atlas S. A.: São Paulo, 2008.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/viewFile/55/358>>. Acesso em: 17 maio 2019.

HAMMOND, Scott. Cornerstones of an Effective Leniency Program. ICN Workshop on Leniency Programs. Sydney, Australia, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

HILBRECHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.), **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, p.115-138, 2011.

MACEDO, Fausto. Lei anticorrupção: acordo de leniência e polêmicas suscitadas pela MP 703. Estadão Política. Revista Eletrônica. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-anticorrupcao-acordo-de-leniencia-e-polemicas-suscitadas-pela-mp-703/>> Acesso: 15 de junho de 2019.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Atlas, 2015.

MATINS, Vidigal, RIBEIRO, Aline. Investigação no Brasil: A opinião dos auditores independentes nos relatórios das empresas envolvidas, na “operação lava jato”. Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas (AJOICA), Espanha, 2016. Disponível em: < http://elcriterio.com/revista/contenidos_15/10.pdf >. Acesso em: 16 jun. 2019.

MPD, Movimento do Ministério Público Democrático. MP deve ser ouvido antes de acordos de leniência, diz associação. **Revista Consultor Jurídico**, Brasil, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-17/mp-ouvido-antes-acordos-leniencia-associacao>> Acesso em: 10 maio 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção Anticorrupção**. 1º ed. São Paulo: Editora Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Chaiene Meira. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA 703 FRENTE OS ACORDOS DE LENIÊNCIA PREVISTOS NA LEI ANTICORRUPÇÃO. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: < <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14680/3105> > Acesso em: 14 maio 2019.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEL JUNIOR, Rubens Naman. **Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia**. In: Cadernos direito GV, v.5, n.º 2, estudo n.º 22, 2008

SALOMI, Maíra Beauchamp. O acordo de leniência e seus reflexos penais. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - **Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>> Acesso em: 10 maio 2019.

TAVARES, Thiago Passos; RIBEIRO, Ulisses Pereira. A ética como prevenção e anticorrupção no exercício da gestão pública municipal. **Congresso de gestão, negócios e tecnologia da informação**, 2017. Disponível em: <<https://eventos.set.edu.br/index.php/congenti/article/view/7652/2903>>. Acesso em : 17 maio 2019.