



**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE CRICIÚMA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**PEDRO HENRIQUE MONTEIRO**

**SISTEMA UNIFICADO DO ACORDO DE LENIÊNCIA: UMA PROPOSTA PARA**  
**SEGURANÇA JURÍDICA**

Criciúma/SC

2023

**PEDRO HENRIQUE MONTEIRO**

**SISTEMA UNIFICADO DO ACORDO DE LENIÊNCIA: UMA PROPOSTA PARA  
SEGURANÇA JURÍDICA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Yduan de Oliveira May

Criciúma/SC

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

M775s Monteiro, Pedro Henrique.

Sistema unificado do acordo de leniência : uma proposta para segurança jurídica / Pedro Henrique Monteiro. - 2023.

99 p. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2023.

Orientação: Yduan de Oliveira May.

1. Acordo de leniência. 2. Segurança jurídica. 3. Lei anticorrupção - Efetividade. 4. Corrupção - Legislação - Efetividade. 5. Responsabilidade social da empresa. I. Título.

CDD 23. ed. 341.43

Bibliotecária Eliziane de Lucca Alosilla - CRB 14/1101  
Biblioteca Central Prof. Eurico Back - UNESC


**PEDRO HENRIQUE MONTEIRO**


**“SISTEMA UNIFICADO DO ACORDO DE LENIÊNCIA: UMA PROPOSTA  
PARA SEGURANÇA JURÍDICA”**

Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 30 de novembro de 2023.


**BANCA EXAMINADORA**

  
Prof. Dr. Yduan de Oliveira May  
(Presidente e Orientador (a) – UNESC)

  
Prof. Dr. Gustavo Silveira Borges  
(Membro – PPGD/UNESC)

Prof. Dr. Rodrigo Goldschmidt  
(Membro Suplente – PPGD/UNESC)

  
Prof. Dr. Fernando de Magalhães Furlan  
(Membro externo - UNICEPLAC)

Documento assinado digitalmente  
 PEDRO HENRIQUE MONTEIRO  
Data: 01/12/2023 08:56:36-0300  
Verifique em <https://validar.itl.gov.br>

Pedro Henrique Monteiro (Mestrando(a))

Criciúma, 30 de outubro de 2023.

  
Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira  
Coordenador PPGD

Pelo carinho, afeto, dedicação, e cuidado que meus pais me deram durante toda a minha existência, dedico esta pesquisa a eles.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, Pedro e Rosani, que sempre me deram a devida importância à educação, não importando as dificuldades, que também foram diversas ao longo de todas as nossas vidas

À minha noiva, Ana Julia, pela paciência e compreensão, sempre me motivando a nunca desanimar diante das dificuldades, que foram muitas ao longo dessa trajetória.

Agradeço ao meu orientador, Prezado Professor Doutor Yduan de Oliveira May, cujos ensinamentos foram valiosíssimos e que sempre contribuiu de forma exemplar para que o trabalho atingisse o objetivo da melhor forma possível.

## RESUMO

O acordo de leniência não tem funcionado da forma como deveria, pois há uma instabilidade gerada na prática por meio dos papéis desempenhados pelos órgãos de controle no combate à corrupção que enseja a insegurança jurídica em torno da sua utilização o que, por consequência, acaba por desencorajar o seu emprego. Busca-se demonstrar que, apesar de todos esses órgãos participarem da mesma política pública de prevenção e combate à corrupção, seus interesses não são necessariamente convergentes, o que gera incerteza no processo de negociação. A análise sobre as causas da descoordenação institucional hoje verificada entre as autoridades que possuem legitimidade para fiscalizar, investigar e sancionar a prática de atos de corrupção é o objetivo da presente pesquisa, bem como apontar sugestões para aprimorar a condução do acordo de leniência. Através do exame das atribuições legais das entidades envolvidas e dos respectivos limites de suas atuações, a hipótese é a de que a adoção de mecanismos de coordenação institucional auxilia na formulação de soluções para o problema identificado e, assim, aumenta a efetividade do instrumento como ferramenta de preservação da empresa, a conservação de seus trabalhos, o com aumento da segurança jurídica, incentivando os demais agentes a também firmarem o acordo. A hipótese recai, portanto, em apresentar um sistema unificado do acordo de leniência executado por meio de instrumentos de coordenação que, se adotados, poderiam auxiliar na redução da descoordenação institucional e da insegurança jurídica e, conseqüentemente, preservando a função social da empresa. O método utilizado é o dedutivo. Para o desenvolvimento da proposta, serão utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Como resultado, espera-se identificar possíveis soluções para o aumento da segurança jurídica do acordo de leniência que incentive os agentes a utilizar o instrumento.

**Palavras-chave:** acordo de leniência; segurança jurídica; efetividade; sistema unificado.

## ABSTRACT

The leniency agreement has not worked as it should, as there is an instability generated in practice through the roles played by the control bodies in the fight against corruption, which gives rise to legal uncertainty around its use, which, consequently, ends up discouraging its use. It seeks to demonstrate that, although all these bodies participate in the same public policy to prevent and combat corruption, their interests are not necessarily convergent, which generates uncertainty in the negotiation process. Through the examination of the legal attributions of the entities involved and the respective limits of their actions, the hypothesis is that the adoption of institutional coordination mechanisms helps in the formulation of solutions to the identified problem and, thus, increases the effectiveness of the instrument as a tool for the preservation of the company, the conservation of its work, o with increased legal certainty, encouraging the other agents to also sign the agreement. Therefore, the hypothesis is to present a unified system of leniency agreements executed through coordination instruments that, if adopted, could help reduce institutional lack of coordination and legal uncertainty and, consequently, preserve the social function of the company. The method used is deductive. For the development of the proposal, bibliographic and documentary research techniques will be used. As a result, it is expected to identify possible solutions to increase the legal certainty of the leniency agreement that encourages agents to use the instrument.

**Keywords:** leniency agreement; legal certainty; effectiveness; institutional coordination.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AED – Análise Econômica do Direito

AGU – Advocacia Geral da União

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CGU – Controladoria Geral da União

CPC – Código de Processo Civil

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

MPF – Ministério Público Federal

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONU – Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ....</b>	<b>16</b>
<b>2.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, FUNDAMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....</b>	<b>17</b>
<b>2.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA .....</b>	<b>24</b>
<b>2.3 REFLEXOS DA LAVA JATO NA ATIVIDADE EMPRESARIAL .....</b>	<b>31</b>
<b>3 SEGURANÇA JURÍDICA COMO REQUISITO CENTRAL DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA .....</b>	<b>36</b>
<b>3.1 DIRETRIZES DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>36</b>
<b>3.1.1 Exigência de clareza e conhecimento .....</b>	<b>36</b>
<b>3.1.2 Garantia de estabilidade e fixação de regras de transição.....</b>	<b>38</b>
<b>3.1.3 Previsibilidade de aplicação pelo sistema .....</b>	<b>44</b>
<b>3.2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, FUNDAMENTOS E ORIGENS DO ACORDO DE LENIÊNCIA.....</b>	<b>47</b>
<b>3.3 A SEGURANÇA JURÍDICA E INSTITUCIONAL NO ACORDO DE LENIÊNCIA</b>	<b>51</b>
<b>3.3.1 Previsibilidade do programa: sua natureza ex ante e abstrata .....</b>	<b>52</b>
<b>3.3.2 Sigilo das informações apresentadas pela empresa .....</b>	<b>54</b>
<b>4 PERSPECTIVA DE UM SISTEMA UNIFICADO DO ACORDO DE LENIÊNCIA ANTE A MULTIPLICIDADE INSTITUCIONAL RECORRENTE .....</b>	<b>61</b>
<b>4.1 COMPORTAMENTO RACIONAL E MAXIMIZAÇÃO DOS INTERESSES DOS AGENTES NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA.....</b>	<b>63</b>
<b>4.1.1 Os interesses das Empresas.....</b>	<b>67</b>
<b>4.1.2 Os interesses dos Entes Públicos .....</b>	<b>71</b>
<b>4.1.3 Os interesses do Ministério Público Federal .....</b>	<b>73</b>
<b>4.1.4 Os interesses do Tribunal de Contas da União .....</b>	<b>76</b>
<b>4.2 O AVANÇO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO BRASIL .....</b>	<b>77</b>
<b>4.3 PERSPECTIVA DE UM SISTEMA UNIFICADO DO INSTITUTO DE ACORDO DE LENIÊNCIA ANTE A MULTIPLICIDADE DE ATORES GOVERNAMENTAIS.....</b>	<b>79</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>87</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>90</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Os atos de corrupção demonstram a clara confusão entre o público e o privado, bem como a relação promíscua entre o Estado e as Empresas. O Brasil tem demonstrado ser um ambiente fecundo de atos desse jaez. Daí a relevância do tema ora em estudo.

Contudo, se o tema é importante, a Lei Anticorrupção, por ser de recente nascimento, tem causado polêmicas e dúvidas quanto à aplicação e os contornos jurídicos de alguns institutos, sobretudo o Acordo de Leniência, em especial pelo fato de o instituto ser jovem no ordenamento pátrio.

À lei 12.846 de 2013, cunhada de Lei Anticorrupção, foi criada em consonância e em harmonia com documentos internacionais sobre o combate à corrupção (e.g. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e Foreign Corrupt Practices Act).

No entanto, mais do que buscar a harmonia com instrumentos internacionais, a lei foi uma resposta às manifestações populares do ano do seu nascimento no intento de trazer lisura ao mercado e aos seus agentes.

Porém, somente após quase dois anos da publicação da lei surgiu o Decreto Regulamentador 8.420 de 2015, responsável, dentre outras coisas, por especificar e esclarecer sobre o instituto do compliance e do Acordo de Leniência.

A Lei Anticorrupção Brasileira alcança um espectro amplo de pessoas jurídicas que praticam atos lesivos à Administração Pública. Assim, não somente empresas, mas também outras pessoas jurídicas como fundações e associações privadas podem ter condutas tipificadas pela Lei.

Antes de promulgar a Lei, o Brasil já havia se comprometido com outros países e órgãos internacionais a implementar políticas e práticas de prevenção da corrupção.

Em uma sociedade permeada pelo aumento da criminalidade moderna, em especial no âmbito da criminalidade econômica, a prática de atos lesivos à Administração Pública e a formação de cartéis tornaram-se mais complexos.

Assim, é dificultado sobremaneira a apuração de infrações contra a ordem econômica, algumas definidas de forma não exaustiva no art. 4ª da Lei n. 8.137/1990, pelos agentes responsáveis.

Nesse contexto, a ineficácia de aparatos disponíveis para a reprimenda a tais condutas ocasiona a impotência do Estado, que diante desse cenário é desafiado a empregar uma série de recursos com o objetivo de realizar a efetiva prevenção e repressão às infrações penais e administrativas.

Entretanto, dada a maior tendência de participação de empresas na prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, elas serão utilizadas como uma representação de ente privado.

A Lei criou no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de celebração de acordo de leniência entre o Poder Público e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos em seu texto legal.

O acordo de leniência anticorrupção foi concebido como um contrato na instância administrativa, com reflexo limitado na instância civil. A adoção de instrumentos de consensualidade é especialmente vantajosa em casos que envolvem atos de corrupção, uma vez que a obtenção de evidências do cometimento de infrações dessa natureza tende a ser uma tarefa excessivamente custosa para o Estado.

Nesse sentido, o tema da pesquisa é plenamente justificado pela importância atribuída ao combate à corrupção tanto no Brasil quanto em nível internacional nos últimos anos, com a busca de instrumentos que assegurem maior efetividade a essa política.

É importante a análise sobre as causas da descoordenação institucional hoje verificada entre as autoridades que possuem legitimidade para fiscalizar, investigar e sancionar a prática de atos de corrupção.

Isso tudo devido ao contexto de promulgação da Lei Anticorrupção, o desenvolvimento da lógica consensual no país, a transposição do acordo de leniência do modelo norte-americano para o brasileiro e os contornos normativos do instrumento propriamente dito.

No entanto, a utilização do acordo de leniência no âmbito da Operação Lava Jato evidenciou a existência de conflitos entre os órgãos de combate à corrupção na esfera federal do país, mais especificamente entre Ministério Público, Controladoria-Geral da União e Tribunal de Contas da União.

Com isso, instaurou-se um cenário de insegurança jurídica para as empresas lenientes em decorrência da falta de previsibilidade quanto aos efeitos de acordos

firmados, o que tem operado como um fator de desestímulo à utilização do instrumento.

Ou seja, embora possa figurar como relevante ferramenta de combate à corrupção, o acordo de leniência não tem funcionado da forma como deveria, pois há uma instabilidade gerada na prática por meio dos papéis desempenhados pelos órgãos de controle no combate à corrupção.

Isso tudo acaba ensejando a insegurança jurídica em torno da sua utilização o que, por consequência, acaba por desencorajar o seu emprego.

Investiga-se na pesquisa como todos os partícipes interagem no processo de negociação, dados seus interesses e seus papéis, não somente do ponto de vista de suas competências e como essa coordenação é importante para o resultado do acordo.

Além da multiplicidade dos participantes do acordo de leniência, deve-se levar em conta que esse instrumento de solução de condutas corruptas comporta diversos interesses em sua celebração.

Busca-se demonstrar que, apesar de todos esses órgãos participarem da mesma política pública de prevenção e combate à corrupção, seus interesses não são necessariamente convergentes, o que gera incerteza no processo de negociação.

A questão principal é que o modelo criado no Brasil para os acordos de leniência não realizou uma análise do papel institucional dos diversos órgãos públicos envolvidos e não conseguiu estabelecer previamente regras de harmonização que minimizassem as dissensões entre eles.

Isto é, o principal problema não decorreu da já esperada divergência entre os setores público e privado, mas do conflito entre os órgãos públicos e, na ausência de regras de harmonização, fica reduzido o próprio poder de negociação dos órgãos de controle e dificultado o alcance dos objetivos da Lei Anticorrupção Brasileira.

A conclusão é que, embora a participação dos atores públicos pudesse garantir uma maior credibilidade ao processo, notadamente pela atuação fiscalizatória do Ministério Público e do Tribunal de Contas, a falta da delimitação do papel de cada um acaba por impedir um resultado mais efetivo e célere quanto à celebração de acordos de leniência anticorrupção, visto que cada um desses partícipes pode invalidar a negociação travada pelo outro, o que implica elementos de incerteza e instabilidade no processo.

Através do exame das atribuições legais das entidades envolvidas e dos respectivos limites de suas atuações, a hipótese é a de que a adoção de mecanismos de coordenação institucional auxilia na formulação de soluções para o problema identificado e, assim, aumenta a efetividade do instrumento como ferramenta de preservação da empresa, a conservação de seus trabalhos, o com aumento da segurança jurídica, incentivando os demais agentes a também firmarem o acordo.

A hipótese recai, portanto, em apresentar um sistema unificado do acordo de leniência executado por meio de instrumentos de coordenação que, se adotados, poderiam auxiliar na redução da descoordenação institucional e da insegurança jurídica e, conseqüentemente, preservando a função social da empresa.

A pesquisa vincula-se ao Professor Orientador Dr. Yduan de Oliveira May, não somente pela necessidade de proporcionar uma maior segurança jurídica ao acordo de leniência, mas mais especificamente pela análise sob um viés da manutenção da atividade empresarial de acordo com a sua função social e interesse público, nas quais desenvolve pesquisas e projetos.

O objeto vincula-se ao Professor, uma vez que busca expor uma proposta de um sistema unificado do acordo de leniência, sob a ótica da função social da empresa na perspectiva de uma maior segurança jurídica do referido instituto como requisito central do programa de leniência.

O trabalho inicia com a conceituação de análise econômica do Direito, de função social da empresa e dos reflexos da lava-jato na atividade empresarial; na sequência, considerações acerca da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro; por fim, da análise do comportamento racional, de forma a embasar a abordagem de que cada agente agirá segundo seu interesse para a celebração dos acordos de leniência.

Em seguida, trata-se dos interesses dos participantes do acordo – empresa, ente lesado, Ministério Público e Tribunal de Contas – e apontam-se possíveis soluções institucionais e jurisprudenciais para lidar com o conjunto de interesses e aumentar a efetividade dos acordos de leniência.

O método de abordagem adotado será o dedutivo, por meio do qual, parte-se de premissas gerais, a fim de atingir as conclusões, com fundamento no conteúdo observado durante o curso da pesquisa (Prodanov; Freitas, 2013). Esse método, aplicando-se à pesquisa, proporcionará a extração de uma proposta de um sistema

unificado de acordo de leniência, a partir das premissas gerais dos conceitos desenvolvidos.

Para o desenvolvimento da proposta serão utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa documental será realizada junto à base de dados disponível nos sistemas eletrônicos da Controladoria Geral da União, Ministério Público Federal e Tribunal de Contas da União, além de pesquisa em legislação nacional acerca do tema.

A pesquisa bibliográfica se dará através da coleta de textos obtidos de material técnico, como livros, artigos científicos, dissertações, teses, dentre outras fontes em sua maioria, consistente em textos de autores como Humberto Ávila (2011) e Viviane Perez (2004; 2008).

A pesquisa documental será realizada junto à base de dados disponível nos sistemas eletrônicos da Controladoria Geral da União, Ministério Público Federal e Tribunal de Contas da União, além de pesquisa em legislação nacional acerca do tema.

A pesquisa bibliográfica se dará através da coleta de textos obtidos de material técnico, como livros, artigos científicos, dissertações, teses, dentre outras fontes em sua maioria, consistente em textos de autores como Humberto Ávila (2011) e Viviane Perez (2004; 2008).

Além disso, será realizada pesquisa junto às bibliotecas das universidades brasileiras, Banco de Teses e Dissertações da CAPES, Portal Scielo, Portal de Periódicos da CAPES/MEC, além dos repositórios institucionais de programas de pós-graduação e publicações sobre o tema em Revistas brasileiras qualificadas no Qualis.

Como resultado, espera-se fomentar pesquisas com o objetivo de mitigar a descoordenação institucional identificada na pesquisa, aumentando a efetividade do instrumento como ferramenta de preservação da empresa, a conservação de seus trabalhos, com o aumento da segurança jurídica, incentivando os demais agentes a também utilizarem o instrumento e firmarem o acordo.

É indispensável que o mundo jurídico possa se cercar dos estudos e das pesquisas referentes ao tema e temas também correlatos a fim de que possa trazer a efetividade dos instrumentos jurídicos.

Os agentes agem conforme os incentivos e desincentivos dos instrumentos, portanto, entender o mecanismo que a Análise Econômica apresenta é fundamental

para que o comportamento dos agentes ocorra conforme o que se pretende pela criação dos instrumentos legais, como é o caso do acordo de leniência.

Para além do que se pretende, portanto, deve-se utilizar o ferramental da Análise Econômica para entender e medir a conduta dos agentes.



## 2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Inicialmente, cabe elucidar que os tradicionais operadores do Direito interpretam as normas jurídicas, do modo como foram positivadas, através do instrumental hermenêutico estritamente jurídico e/ou moral, preocupando-se com seu conteúdo e alcance.

Já os juristas, nesse viés, observam as prescrições legais como pautadoras de condutas, pois consideram que regras servem de incentivos aos indivíduos a que se dirigem, os quais realizam os cálculos dos custos e dos benefícios quando do alicerce de suas condutas (Gico Júnior, 2014).

A Análise Econômica do Direito tomou emprestado da Economia esse método de análise, baseado em especial na noção de escassez. Robbins (1932, p. 15-16, tradução nossa) definiu a Economia como “a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos, que possuem usos alternativos”.

Vale lembrar, portanto, que a análise econômica não fica atrelada apenas à economia, já que também é seu papel a aplicação do instrumental no âmbito das decisões judiciais, atos do Poder Público e na confecção de normas legislativas que levam em consideração o aspecto social do país.

Tal método indica que, num Estado de Direito, os agentes buscarão orientar suas condutas para maximizar seus interesses, maximização essa circunscrita às limitações conferidas pelo ordenamento jurídico. Há um fundamento teórico para o comportamento racional e maximizador do agente pela ótica econômica.

Esses economistas ou juristas com inclinação econômica, em regra, distanciam-se da conceituação universal que tacha o Direito como um instrumento para se fazer justiça ou como mero solucionador de conflitos.

Isso porque, a *Law and Economics*, em sua essência, opõe-se a essas definições, apresentando o Direito como um conjunto de incentivos que determinam a conduta racional do indivíduo em um sistema de preços.

Supõe que os agentes realizam suas escolhas em um ambiente marcado pela escassez de recursos e que fazem uso do pouco que dispõem, da maneira que lhes seja mais proveitosa possível e, assim, otimizam suas necessidades (Pinheiro; Saddi, 2004).

Nesse contexto, conforme salienta Gico Júnior (2014), o papel do jurista é, diante da estrutura de incentivos, analisar o impacto das imposições legais no comportamento dos cidadãos, por meio da elaboração de diagnósticos e de prognósticos, que demonstrem como os agentes econômicos pautam suas condutas diante da regra atual e como passariam a pautá-las se sobrevirem eventuais alterações legais.

## 2.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, FUNDAMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Visando compreender como se dão as ações/reações do homem médio diante das alterações na sua estrutura de incentivos, faz-se imprescindível uma Teoria sobre o comportamento humano, alicerçada em premissas econômicas, que norteie a análise econômica do direito (Gico Júnior, 2016).

Essa teoria comportamental (Cooter; Ulen, 2010) permite ao direito prever como as pessoas reagirão às leis. De acordo com o que informam esses autores, o direito sempre se orientou por previsões.

E, para clarificar essa relação, exemplificam, utilizando-se da metáfora que iguala a ciência econômica à argamassa que dá sustentação às pedras que formam uma Catedral. Pretendem, assim, demonstrar que a economia é a ciência comportamental que mais dá alicerce e orienta o direito.

Deste modo, para eles, o jurista não se atém, unicamente, às respostas dos indivíduos que respeitem os preceitos legais, mas também às respostas em desconformidade com o que se busca quando da edição de determinada lei ou da prolação de decisão judicial.

Assim, Bittencourt (2011, p.27-36) complementa, ressaltando que “as regras jurídicas devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a esses incentivos”.

Ainda, Silva Neto (2015) aponta que a aplicação das ferramentas da análise econômica do direito permite ao tomador de decisão, entender melhor as consequências, custos e potenciais benefícios desta decisão sobre todos os afetados.

Do ponto de vista de uma ética consequencialista, se pessoas respondem a incentivos, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura

de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas (Gico Júnior, 2016).

Isto significa dizer, em outras palavras, que se o ambiente que circunda a pessoa muda, sua atitude modifica-se (ou tende a modificar-se) em resposta (adaptação) à mudança realizada no ambiente externo (Silva Neto, 2015).

Sobre esses incentivos que decorrem da Lei, Gico Júnior (2016) acrescenta que há necessidade de observação das respostas, pois os recursos existentes são escassos, visto que, se assim não o fossem, não haveria lides e razões para disputas, conseqüentemente, desnecessário seria o direito, já que todos agiriam cooperativamente.

É, inclusive, por conta dessa escassez que os indivíduos realizam escolhas e determinam suas preferências. A teoria econômica vale-se dessa carência ao exigir que a utilização dos recursos se dê da maneira mais eficiente possível (Salama, 2010).

Segundo Stringari (2012, p. 63):

As escolhas desempenham papel central na teoria de base da AED, eis que esta corrente fundamentalmente considera os agentes econômicos (os homens e mulheres) como racionais maximizadores de seu próprio bem-estar. Ou seja, novamente se diz que pessoas respondem a incentivos. Revela-se também neste ponto o individualismo metodológico que permeia a AED. Segundo essa teoria, a análise do comportamento mediante incentivos se origina na verificação individual dos agentes econômicos. É no mercado, economicamente considerado, onde ocorrem as transações econômicas, ou seja, é o contexto social onde as pessoas fazem opções baseadas em incentivos e na busca pela maximização de seu bem-estar. Aqui importa ressaltar que os valores em jogo não se restringem aos pecuniários, mas sim a todos os valores de alguma importância ao agente econômico, sejam idéias, política, moral ou até mesmo sexo.

Por fim, o método analítico/interpretativo das normas jurídicas, ofertado pela *Law and Economics*, permite a aproximação do ser e do dever ser através da análise da influência das normas sobre o comportamento dos indivíduos e, também, do modo como esses agentes respondem a elas. Assim, realizadas as constatações, vislumbra-se que os aspectos econômicos se entrelaçam ao ideário de justiça (Gonçalves, 1997).

Importante ressaltar, ainda que de forma mais breve e objetiva, a importância do direito ao desenvolvimento, tema este essencial para a compreensão da análise econômica do direito e da função social da empresa, servindo como presente ponte

para o progresso do instituto do acordo de leniência, nos termos propostos ao final do presente trabalho.

Assim, debruçar-se-á sobre as percepções de Amartya Sen, cujo entendimento sobre o desenvolvimento está atrelado ao bem-estar de todos, na sua relação com o meio ambiente sustentável, políticas educacionais, igualdade de gênero, melhores condições de saúde e de trabalho e compromisso com a promoção da liberdade.

A liberdade é o principal fim do desenvolvimento, pois o desenvolvimento e o crescimento econômico devem estar a serviço da qualidade de vida das pessoas (Sen, 2010).

Também é importante ressaltar que o direito ao desenvolvimento é um direito humano, visto que está incluído no sistema de proteção global das Nações Unidas (ONU).

No entanto, este não é oficialmente definido como um direito fundamental na Constituição brasileira, mas é definido no preâmbulo da Carta Magna como uma diretriz para a criação de um Estado democrático brasileiro para os propósitos da República Federativa do Brasil, em nome de ordenações econômicas e financeiras que garantam um desenvolvimento ainda teórico equilibrado do país.

Além disso, o direito ao desenvolvimento será considerado como um meio para realizar processos de progresso individual baseados em bases sólidas e justas, como a igualdade e a liberdade.

Entretanto, a instrumentalização e a aplicação de muitos direitos estão ameaçadas porque o Estado não pode monopolizar o poder na economia global e garantir e implementar os direitos humanos, os direitos fundamentais e até mesmo o direito ao desenvolvimento.

Desta forma, a Análise Econômica do Direito, especialmente a abordagem técnica, é utilizada para analisar o comportamento dos atores econômicos e o impacto das decisões judiciais, não para aumentar os lucros, mas para garantir a dignidade humana. Por outras palavras, é o direito ao desenvolvimento que contribuirá para a existência de uma verdadeira Análise Jurídica da Economia.

A jurisdição pode também contribuir para o desenvolvimento da sociedade ao tomar decisões judiciais e desempenhar um papel importante no Estado moderno, à medida que os juízes enfrentam casos que envolvem direitos importantes para proteger a dignidade humana. Neste contexto, o objetivo inicialmente declarado é

conhecer as dimensões (criação) dos direitos fundamentais para que possam ser claramente articulados com o direito ao desenvolvimento.

É característico dos Estados contemporâneos, especialmente com o advento da globalização, que valores tidos como locais, ou mesmo regionais, sejam superados por um movimento de internacionalização dos mercados, onde as empresas com maiores condições econômicas, na busca por lucros e pela redução de seus custos operacionais, por vezes, mitigam ou se sobrepõe aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Nota-se que, “muitas empresas transnacionais migram para países em desenvolvimento não apenas em busca de mão de obra barata ou incentivos fiscais, mas também de influência política e econômica” (Oliveira; Benacchio, 2017, p. 80).

Assim, a economia – especialmente quando voltada para interesses do mercado – reflete, também, no sistema jurídico. O Direito por si só, em suas origens, buscou afastar-se das Ciências Econômicas e das Finanças Públicas, mostrando-se autônomo frente a estas.

Esta autonomia permite a especialização, principalmente de teorias normativas, mas também desconecta o Direito dos fatos sociais – e, como se vê com Reale (2001, p. 60) em sua teoria tridimensional, Direito é fato, valor e norma. É preciso, portanto, reconectar o Direito com os fatos da realidade econômica e política e com os valores democráticos contemporâneos.

Já foi proposto a necessidade de que os cientistas jurídicos não ignorem os itinerários e os avanços de outros cientistas (Miaille, 2005, p. 64). Atienza (2015), na mesma linha, aponta que há considerável dispersão das pesquisas sobre Teoria do Direito no Brasil: cada pesquisador estuda assuntos de forma isolada, sem comunicação com os demais pesquisadores no País; além disso, segundo o autor, existe uma tendência dos pesquisadores em assumir posições excessivamente abstratas e inadequadas para dar “resposta aos problemas que realmente importam”.

Uma das possíveis soluções apontada pela doutrina para que se construam modelos replicáveis no Direito é a utilização do ferramental metodológico da Ciência Econômica. Não se trata de reduzir a Ciência Jurídica ou sujeitá-la à Ciência Econômica, naquilo que se costuma chamar, de forma pejorativa, de “economicismo” (Miaille, 2005).

A abordagem pela ótica da análise econômica é forma de analisar os problemas colocados pelos cientistas jurídicos com a utilização de técnicas já amplamente utilizadas na economia.

Além do aspecto pragmático da Ciência Econômica, a aproximação do Direito com outras disciplinas correlatas possibilita a comunicação com o mundo exterior, em sentido oposto ao defendido (Kelsen, 1999, p. 1) em sua Teoria Pura do Direito:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

Essa comunicação com a Ciência Econômica, *a contrario sensu* do que se pressupõe, “humaniza o Direito” (Salama, 2010, p. 38), na medida em que coloca as consequências das normas no centro do debate. Segundo Gico Júnior (2010, p 20):

Em última instância, os juristas (teóricos e práticos) ficaram e permanecem sem qualquer instrumental analítico adequado para avaliar as consequências de suas decisões ou interpretações, atendo-se a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas. Por essa razão, em sua prática cotidiana, voltaram-se ao exercício de análise e classificação de normas e regras em abstrato, cujo principal instrumento (hermenêutica) em larga medida não passa de um jogo de palavras sob o qual escolhas reais são ignoradas ou simplesmente escamoteadas. Obviamente esse resultado enfraqueceu e degenerou a proposta de finalidade racional do direito. A principal consequência é a carência de um instrumental analítico mais robusto (teoria) como o disponível nas demais ciências sociais com as quais o direito não dialoga de fato, o que me parece ser um legado largamente atribuível à degeneração da proposta juspositivista enquanto método e levado ao extremo pelas ideias e escolas sucessoras, entre as quais o neoconstitucionalismo.

E o *timing* para o aperfeiçoamento desta união entre Direito e Economia nas pesquisas jurídicas no Brasil talvez seja adequado. Apesar de esta união ser oriunda dos EUA, país que adota o sistema da *Common Law*, as barreiras que dividem estas duas tradições jurídicas vêm diminuindo, com a aproximação de ambos os lados, conforme Taruffo (2003, p. 146):

Continuando o discurso no plano da comparação de modelos e chegando à relação entre ordenamentos processuais de Civil Law e

de Common Law, parece oportuno desobstruir o campo de algumas contraposições tradicionais, que foram usadas com frequência para expressar as diferenças fundamentais entre os dois tipos de ordenamentos, mas se mostram há tempo superadas e já incapazes de fornecer conhecimentos acatáveis [...]. Concerne o primeiro exemplo à contraposição entre oralidade e escritura, segundo a qual o processo de Common Law seria essencialmente oral, ao passo que o de Civil Law seria essencialmente escrito. Sem entrar aqui no tema geral da contraposição "de princípio" entre oralidade e escritura, observo que a distinção entre processo oral e processo escrito jamais constituiu, nem constitui hoje, a distinção entre processo de Common Law e processo de Civil Law. Com efeito, por um lado, é fácil notar que: a) o processo de Common Law inclui numerosos atos escritos (provavelmente não menos numerosos do que aqueles pelos quais se desenvolve um processo de Civil Law), e essa tendência vem se reforçando na evolução mais recente; b) era escrito o processo da equity, que durante séculos formou setor importantíssimo do processo inglês, e depois também do norteamericano, até a fusão com o processo at Law, na qual, porém se conservaram inúmeros aspectos do processo in equity. Ademais, a utilização de provas escritas não é menos frequente no Common Law do que no Civil Law, sem embargo de profundas diferenças relativas a outros aspectos do direito probatório. Por outro lado, pode-se observar que em vários ordenamentos de Civil Law há importantíssimos elementos de oralidade, identificáveis, por exemplo, nas várias formas de debate oral, preliminar ou final, da causa, na colheita oral de provas na audiência, e na prolação oral da decisão, prevista em diversos casos.

Contudo, existem barreiras ao estudo da Análise Econômica do Direito (AED) no Brasil. Primeiro, por uma avaliação simplista e parcial do que é AED; limitando-a aos primeiros estudos de Posner que entendia que a "maximização da riqueza" poderia ser a fundação ética do Direito, visão, esta, já há muito abandonada pelo autor, mas que continua sendo debatida e enfrentada como se fosse atual (Stelzer; Gonçalves, 2014). De outro lado e como segundo motivo, porque posições mais radicais quanto à adoção da Teoria Econômica avaliam que a Ciência Econômica "destrói" o Direito.

Derzi e Bustamante (2013, p. 334), no artigo em que avaliam a teoria de Posner sobre a maximização da riqueza em confronto com a ideia de Estado de Luhmann, afirmam que:

A Análise Econômica do Direito enfrenta, portanto, uma séria dificuldade para se legitimar, na medida em que ela pressupõe, implicitamente, uma justificação moral da tese de que a maximização da riqueza da sociedade, independentemente de como essa riqueza está concentrada ou distribuída, é um valor político com prioridade sobre os demais. [...] A grande questão da chamada teoria "econômica" do direito é que ela nega o direito, ela o destrói, porque

ela o reduz ao fato econômico. Com isso, ela arbitrariamente rejeita o Estado de Direito.

Além disso, pesquisas que propõem estudos empíricos enfrentam certa aversão dos juristas, em grande parte pela quase inexistência de ensino metodológico adequado para utilização de técnicas de pesquisa diferentes das usuais, como pela existência de “certos pré-conceitos que atrapalham sua efetiva compreensão” (Silva Neto, 2015).

Entretanto, como destaca Salama (2010), nas proposições econômicas a preocupação não está centrada na elegância ou lógica interna de uma norma, mas no impacto que esta norma tem no bem-estar das pessoas.

Ao que se apresenta, entende-se que é necessária a adoção de inovadoras metodologias para o desenvolvimento de alternativas para problemas que ultrapassam as barreiras jurídicas, como é o do sistema unificado do acordo de leniência, objeto do trabalho.

Seixas (2017, p. 107) aponta que:

Para tanto, a Análise Econômica do Direito adota algumas características, a exemplo da rejeição do império do Direito perante a realidade socioeconômica (tendo como consequência o fato de que as normas jurídicas devem ser criadas e estudadas tendo como pressuposto o seu reflexo no mundo do ser); o emprego de métodos de outras áreas do conhecimento, seja dentro da própria Economia (como a Microeconomia, a Teoria dos Jogos, a Estatística, a Econometria etc.), ou de áreas correlatas, como a psicologia, a política, a filosofia etc.

Assim como no campo jurídico, na economia, correntes foram criadas que não são unânimes entre os próprios economistas. Para o trabalho, serão utilizados conceitos aceitos e compartilhados entre as correntes a exemplo da regulação, da escassez, dos custos de oportunidade, da maximização e da escolha racional, do equilíbrio e da eficiência econômica.

Stigler foi professor de economia e um dos principais expoentes da chamada Escola de Chicago, contribuiu de maneira significativa para o entendimento moderno da microeconomia e foi laureado em 1982 com um prêmio Nobel “por seus estudos seminais a respeito das estruturas industriais, do funcionamento dos mercados e das origens e efeitos da regulação pública” (George [...], 2023).

Antes da publicação de seu artigo em 1971, o entendimento majoritário acerca da existência de regulação era claro no sentido de que esta existe para corrigir falhas



de mercado causadas por informação assimétrica, concorrência imperfeita, externalidades ou mercados incompletos. A exceção era a chamada teoria da captura, formulada principalmente por cientistas políticos e que já havia chegado a algumas conclusões apontadas por Stigler (1971), sem, no entanto, dispor do ferramental analítico utilizado por ele (Posner, 1974).

Entre os economistas, havia aqueles céticos quanto à capacidade que o Estado possui de elevar os níveis de produção de equilíbrio e aqueles que acreditavam na regulação como único meio possível de maximizar o bem-estar social. Em comum, todavia, suas análises acerca deste tema negligenciavam o que Stigler (1971) chamou de mercado da regulação.

Os potenciais usos de recursos públicos e poderes para aumentar o status econômico de grupos (como empresas e ocupações) são analisados para prover uma função da demanda por regulação. As características do processo político que permite que grupos relativamente pequenos obtenham esta regulação é, então, desenhada para prover elementos da teoria da oferta de regulação.

Segundo Stigler (1971), a regulação pode ser compreendida como o emprego de recursos e instrumentos legais para a implementação de objetivos sociais e econômicos.

A principal característica destes instrumentos é que indivíduos e organizações podem ser obrigados pelo governo a cumprir com determinados comportamentos sob pena de sanções diversas. Firms, por exemplo, podem ser obrigadas a vender seus produtos a preços fixos, permanecer fora de certos mercados, ofertar determinados bens, aplicar técnicas de produção predefinidas ou estabelecer políticas de salário mínimo em acordo com a legislação vigente. As sanções podem tomar a forma de multas, publicação das violações para escrutínio público, aprisionamento, ordens para desfazer acordos ou até o fechamento das atividades da empresa (Hertog, 2000).

## 2.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Inicialmente, antes de iniciar o tópico acerca da função social da empresa, é importante relembrar o conceito de empresa. Carvalho Neto e Passareli (2016, p. 178) afirmam que:

A empresa, atividade econômica organizada destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços para o mercado, comprometida com o desenvolvimento tecnológico, econômico e social, exige não só investimento em novas tecnologias, mas também a criação e a manutenção de postos de trabalho, além da geração de renda, entre outros fatores, e tem inserida na sua função o seu papel social: a manutenção de todos esses aspectos acima mencionados.

A ideia de função social teve sua origem na filosofia, estendendo-se gradativamente pelos diversos ramos da ciência social até ser acolhida pela ciência jurídica. Karl Renner e Léon Duguit, apesar de terem opiniões distintas, foram os responsáveis pela divulgação da função social no Direito.

Atrelado à ideologia marxista, Karl Renner entendia que a função social de um determinado instituto equivaleria exatamente a sua função econômica, de modo que ambas as funções se fundiriam em um único conceito.

Eduardo Tomasevicius Filho, pouco afeto a essa concepção, informa que a função social tem natureza completamente distinta da função econômica da propriedade, vez que “se a função social fosse imagem da função econômica, a propriedade improdutiva também atenderia à sua função social”. Ele bem coloca que não se pode conceber a permanência de propriedades improdutivas, por isso não há correlação exata entre a função social e a função econômica de dado instituto (Tomasevicius Filho, 2003, p. 35).

Em direção oposta, Léon Duguit defende a ideia de que a noção de direitos subjetivos deve ceder lugar à ideia de função social. Isto porque, os direitos subjetivos nada mais são do que a representação da vontade humana, exercida sempre, na maioria das vezes, à margem dos interesses sociais, daí porque todo direito deveria corresponder a uma função social.

A teoria de Duguit também foi severamente criticada em razão de não se poder fazer uma diferenciação entre a definição de um direito e a subordinação de um bem, sobretudo porque existem certos bens, como os de uso pessoal, por exemplo, que não se pode estabelecer um dever jurídico correspondente a uma determinada função social.

Em meio a essa discussão doutrinária, ideias inovadoras acerca da função social da propriedade vieram à tona. O paradigma da função social da propriedade passou, então, a ser discutido em razão de uma nova categorização de bens, divididos, conforme a sua destinação em bens de consumo e bens de produção.

Nesse diapasão, somente os bens de produção, porque considerados como fontes de riqueza, poderiam estar vinculados a uma função social. Já os bens de consumo, por estarem ligados à vontade íntima de seu titular, não têm como se vincular a uma determinada função social.

Contemporaneamente, o sentido de função social não está relacionado a essas teorias, estruturando-se, como bem aponta Fábio Konder Comparato, no binômio direito subjetivo e dever jurídico, de modo que a noção abstrata de função está ligada à ideia de que o titular de um direito deve, ao exercê-lo, ter em mira sempre um interesse alheio a sua vontade, sendo que “o desenvolvimento dessa atividade é, portanto, um dever, mais exatamente, um poder-dever; e isto, não no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido” (Comparato, 1996, p. 9).

Para Eduardo Tomasevicius Filho, esta concepção binomial da função social pode ser equiparada à boa-fé objetiva que impera na seara contratual, em razão de esta também se fundar na ideia de direitos e deveres dos contratantes (Tomasevicius Filho, 2003, p. 41).

A concepção funcionalista dos institutos do direito privado indica uma necessidade de condicionar o exercício desses direitos a interesses supraindividuais, de modo que a grande pedra de toque seria descobrir em que consistem esses interesses.

Procurando estabelecer uma solução para essa equação, Viviane Perez (2004, p. 9) declara que “os interesses maiores da sociedade devem corresponder, assim, às escolhas democráticas do legislador constituinte”.

Nesse sentido, como a Constituição está em posição hierarquicamente superior a todas as normas do ordenamento jurídico, a ideia mesma de interesses coletivos deve sempre procurar seu fundamento no texto maior do sistema jurídico (Perez, 2004). A monografista indica, ainda, o artigo 170 da Constituição Federal como sendo o dispositivo que condensaria a ideia de função social da empresa.

Da leitura do artigo 170 da CF, observa-se que a ordem econômica se funda no princípio da livre iniciativa, que concede uma margem de liberdade aos indivíduos, a fim de que estes alcancem seus objetivos particulares, por meio de recursos que cada um dispõe.

Entretanto, esta liberdade, que inclui a liberdade da empresa, é condicionada a observância do princípio da justiça social e o da existência digna de todos, como

próprio preceitua o dispositivo supracitado, de modo que, como bem assevera José Afonso da Silva que tais observações são relevantes para a correta inteligência do princípio da necessidade que trata da participação do Estado brasileiro na economia (artigo 173, CF), “(...) pois a preferência da empresa privada cede sempre à atuação do Poder Público, quando não cumpre a função social que a Constituição lhe impõe” (Silva, 2004, p. 749).

Por outro lado, surge como princípio conformador da atividade econômica e, conseqüentemente, a função social, o princípio de integração, que se desdobra na defesa do consumidor, na defesa do meio ambiente, na busca do pleno emprego, na redução das desigualdades regionais, pois todos têm o fito de estabelecer deveres, sejam positivos, sejam negativos, no exercício da empresa (Silva, 2004).

O conceito de função social corporativa não deve ser confundido com o conceito de responsabilidade social. Enquanto a responsabilidade social se caracteriza por ser voluntária sem imposição de lei, as funções sociais corporativas são obrigatórias porque existem normas que a disciplinam.

Algumas empresas assumem o papel de intervir nos problemas sociais adotando uma atitude altruísta, como aceitar e manter praças e parques abandonados pelo poder público para promover os seus produtos e serviços, sem que haja imposição legal.

Outro fator importante que explica a diferença entre os dois conceitos é o objeto sobre o qual se concentra a função social da coerção. O âmbito das funções sociais abrange apenas os objetos sociais implementados pelo empreendedor; o mesmo não acontece com a responsabilidade social, que pode ou não abranger a atividade materializada no objeto social da empresa. Assim é clara a distinção entre esses dois institutos.

A aplicação concreta da função social é levada a efeito em duas hipóteses: a primeira, por meio de incentivo ao exercício da empresa; a segunda, pelo condicionamento de tal exercício (Perez, 2004).

O incentivo ao exercício da empresa diz respeito ao princípio da preservação da empresa, por meio do qual procura-se viabilizar sempre a manutenção da empresa, mesmo em detrimento do interesse dos indivíduos que a compõem, em razão de ser ela considerada como um importante elemento disseminador de riquezas, sendo por meio dela, por exemplo, que o Estado arrecada boa parte de seus tributos e mantém fértil a oferta de empregabilidade.

A esse respeito, encontra-se vigente no ordenamento jurídico vários dispositivos que tutelam sua preservação: o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 50, que trata da despersonalização da pessoa jurídica, bem como artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, que também versa sobre esse assunto, além, é claro, da nova Lei de recuperação de empresas, de n. 11.101/2005.

Na recuperação de empresas, aparece a divergência entre o interesse dos credores e o atendimento da função social da empresa devedora. Os credores, quando estão diante de um devedor em crise, inicialmente buscam assegurar os seus direitos individuais em primeiro lugar. Entretanto, numa situação de insolvência, em que o passivo supera o ativo, não há como pensar individualmente.

É importante salientar que o regime da insolvência perante a lei de falências sofreu profundas alterações. Uma das mais importantes é a forma de reorganização empresarial.

A antiga lei de falências (Decreto Lei n. 7.661/1945) estruturou a concordata como um poder potestativo do devedor empresário em crise. Acertou o legislador, na nova lei de falências (Lei n. 11.101/2005), ao deixar esta importante decisão para ser tomada de forma quase pactuada entre o devedor e os credores.

Esta sistemática favorece o atendimento da função social da empresa, pois a maioria dos credores reunidos em assembleia decidirá se o plano de recuperação é viável. Tal viabilidade congrega entre outros fatores a manutenção da atividade empresarial, o que implica na manutenção dos empregos, geração e circulação de renda, dentre outros. O princípio falimentar da manutenção da empresa está ligado ao da função social da empresa.

Para a Lei n. 11.101/2005, em seu artigo 47, a recuperação tem o propósito de possibilitar a superação da situação de crise do empresário, promovendo a preservação da empresa, a aplicação concreta de sua função social e o estímulo à atividade econômica:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (Brasil, 2005).

Alguns pressupostos precisam estar presentes para que a recuperação seja recomendável: importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional; mão de obra e tecnologia empregadas; volume do ativo e do passivo; tempo de constituição e funcionamento do negócio; faturamento anual e nível de endividamento da empresa.

Assim, a recuperação adota uma sistemática que se aproxima mais da função social da empresa do que a estrutura adotada pela extinta concordata. Devem o administrador judicial ou o juiz, nesse contexto, cuidarem para que a função social da empresa seja atendida.

Apesar de parte da doutrina não encarar favoravelmente a questão ligada à condicionalidade do exercício da atividade empresarial, devido a dúvidas ainda persistentes sobre a referida função social da empresa e a responsabilidade social da empresa, bem como a falta de meios adequados para a imposição de sanções que garantam a aplicação do disposto no artigo 170 da Constituição Federal, é perfeitamente possível aplicar as normas constitucionais relativas à função social da empresa

A despeito de parte da doutrina não ver com bons olhos a questão ligada ao condicionamento do exercício da atividade empresarial, em razão da dúvida ainda existente sobre a já citada função social da empresa e a responsabilidade social da empresa, bem como a falta de dispositivos capazes de impor sanções que venham a garantir a aplicação do disposto no artigo 170 da CF, vê-se perfeitamente possível a aplicação dos preceitos constitucionais acerca da função social à empresa.

Pode-se acrescentar ainda que a liberdade de iniciativa é a pedra fundamental sob a qual se assenta o capitalismo, que, para funcionar com eficiência, depende de um ambiente favorável sob o ponto de vista econômico e institucional no qual a liberdade de iniciativa esteja assegurada (Coelho, 2012).

Eros Grau (2000, p. 231) observa:

Importa deixar bem vincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas da empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição ao contemplar a livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a “iniciativa do Estado”, não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa. É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso corolária da valorização do trabalho. Daí por que o art. 1º, IV do texto constitucional – de um lado – enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e – de outro – o seu art. 170, caput, coloca lado a lado trabalho humano e livre

iniciativa curando contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado.

Assim entende-se que, sendo a atividade da empresa, uma atividade reconhecidamente necessária e indispensável para a sociedade, permitida, amparada e regulamentada pela legislação constitucional e infraconstitucional, é fundamental para o desenvolvimento econômico, social e tecnológico que o exercício de seu direito de propriedade seja limitado ao que se encontra disposto taxativamente na lei.

Mesmo que o desenvolvimento econômico esteja vinculado ao desenvolvimento social, e que a sociedade, utilizando-se de instrumentos legais como a criação de específicas e novas leis, imponha mais obrigações para serem cumpridas pela empresa, entende-se não ser possível exigir desta mais do que aquilo que já é obrigada, a não ser que sejam estabelecidas mais leis que venham demandar das empresas mais obrigações sociais.

Sob outro viés, seria justo considerar, neste caso, qual seria a função e o papel do Estado como provedor de direitos sociais, visto que estaríamos entre uma tênue linha entre a função social da Estado e da empresa.

A Constituição Federal impõe ao Estado a regulação que implica no emprego de incentivo ou fomento como forma de intervenção na economia como estímulo a determinado comportamento ou atividade econômica.

Não deve o Estado, na condição de regulamentador das atividades empresárias, repassar, através de legislações, novas obrigações reconhecidamente de cunho social para que as empresas privadas atendam, tendo em vista que não se trata essa a verdadeira função da empresa diante do presente questionamento. As empresas já possuem diversas atribuições. Apresentam Carvalho Neto e Passareli (2016, p. 194) que:

Para que a empresa tenha sua função social reconhecida, ela deve não só atender ao que está prescrito em lei: deve constituir formalmente a sociedade empresarial, registrar sua existência junto aos órgãos responsáveis, recolher os impostos ordenados pela lei, contratar pessoas – inclusive pessoas como forma de inclusão de pessoas que estão à margem do mercado de trabalho, a exemplo da lei de inclusão de portadores de necessidades especiais, garantir que as pessoas contratadas exerçam suas atividades contribuindo para reduzir o índice de acidentes de trabalho, garantir que as pessoas operem com ética nas relações das empresas; recolher impostos sobre as contratações, recolher as contribuições sociais devidas pela contratação de funcionários, fornecer produtos e serviços que não

sejam lesivos ao consumidor, respeitar o consumidor sob todas as formas, respeitar o meio ambiente e as legislações ambientais, prevenir a poluição, respeitar as legislações que regulam as atividades em quaisquer que seja seu ramo de atividade, dentre outras obrigações que são impostas pela lei.

Na visão de Comparato (1983, p. 65), função é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, mas não no próprio proveito do titular desse direito; sendo assim, pode o Estado intervir quando, por exemplo, uma área não estiver sendo utilizada corretamente ao fim a que se destina; da mesma forma, aos bens de produção, o proprietário dirigente deve dar uma destinação compatível com o interesse da coletividade.

A função social da empresa seria, no entendimento de (Fiuza, 2007), o poder-dever de o empresário e administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos.

Entende-se que a função social da empresa se resume ao papel exercido por ela perante a sociedade e inserida no meio social, porém isto não significa que a empresa tenha a obrigação legal de contribuir recebendo a função de prover à sociedade aquilo que é específico papel social do Estado.

O empresário deve harmonizar o interesse pela maximização de lucros com os interesses da sociedade cumprindo sua função e atendendo aquilo que é imposto pelo ordenamento jurídico brasileiro, limitando, assim, a função social da empresa, sem adicionar ônus que incumbiria ao Estado.

### 2.3 REFLEXOS DA LAVA JATO NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A partir de 2014, o Brasil tem visto uma mudança drástica, principalmente no que se refere à corrupção. Historicamente, a corrupção tem destaque na atividade empresarial brasileira, devido a processos criminais ocorridos no Brasil, com a participação de empresas relacionadas aos mais diversos setores da economia, como construtoras, bancos, financeiras, prestadoras de serviços e como marca do caso mais relevante do Brasil, com destaque internacional, um “lava jato” de um posto de gasolina.

A maior operação anticorrupção da história do Brasil e uma das maiores do mundo iniciou suas ações em um “lava jato” de posto de combustível, apresentando



uma rede de conexões ilegais por meio de um doleiro, em conjunto com pessoas influentes ligadas a grandes construtoras nacionais, agentes públicos e políticos dos poderes executivo e legislativo

O objetivo não é detalhar a Operação Lava Jato, mas usar alguns exemplos que demonstraram que a empresa privada, principalmente as ligadas às atividades de prestação de serviços ou infraestrutura, possuem interesse nas ligações não republicanas com os entes públicos federais, estaduais e municipais, através de uma rede de “sustentabilidade” econômica e política em troca de acordos vantajosos para ambas as partes, como descrito no capítulo anterior.

Segundo o Ministério Público Federal, a operação Lava Jato é a maior e mais exitosa investigação de corrupção, desvio e lavagem de dinheiro que já existiu no Brasil. Calcula-se que o montante de recursos desviados da maior estatal do Brasil.

Calcula-se que o montante de recursos desviados da maior estatal do Brasil, a Petrobras, esteja na casa de bilhões de reais. Além dos rombos aos cofres públicos, os suspeitos de participar do esquema têm forte expressão econômica e política.

De acordo com o Ministério Público Federal, a Operação Lava Jato teve início investigando os crimes de lavagem de dinheiro relacionados ao ex-deputado federal José Janene, em Londrina, no Paraná. O nome da operação se deu em razão das organizações criminosas primeiramente investigadas serem uma rede de combustíveis e lavanderia (Caso [...], [2023]).

A Operação Lava Jato é o processo criminal mais famoso do Brasil, que teve início no ano de 2014, com semelhanças com a Operação Mãos Limpas, ocorrida na Itália e com o Mensalão. Teve início com uma investigação referente a lavagem de dinheiro em um posto de gasolina na cidade de Brasília, com a finalidade de obter informações sobre doleiros, envolvidos com lavagem de dinheiro no Estado do Paraná.

Na fase inicial não havia informações específicas sobre o envolvimento de partidos políticos, empreiteiras ou agentes públicos. Entretanto, o processo criminal se avultou de forma abrangente, com várias fases subsequentes, com a relação de corrupção com a Petrobrás, na pessoa do ex-diretor de abastecimento.

A operação também é considerada por muitos como o maior processo criminal do mundo, relacionado a corrupção política e empresarial com desvios bilionários de recursos públicos, gerando efeitos positivos em relação ao fortalecimento da legalidade, da ética e de um sistema judicial mais efetivo.

Entretanto, foi muito criticada pela utilização excessiva de prisões preventivas, sendo pioneira na utilização efetiva dos acordos de colaboração premiada e dos acordos de leniência, visando a recuperação de ativos e a denúncia do esquema criminal, que envolveram fortes grupos empresariais da área de infraestrutura, bem como, agentes públicos do mais alto escalão governamental, inclusive um ex-presidente da República (Andreassa Júnior, 2018).

Observa-se que parte da atividade empresarial e a corrupção estão relacionados por interesses complementares, com a finalidade de geração de riqueza e poder, na esfera política via poder econômico.

Identificam-se o patrimonialismo, clientelismo e outras formas de favorecimentos diversos, na sociedade brasileira. Entretanto, o capitalismo por meio da atividade empresarial está em evolução, em aperfeiçoamento contínuo, visando contribuir para o bem-estar da sociedade, num ciclo virtuoso, mitigando a capacidade de corrupção com a valorização de padrões éticos.

A sociedade deve parar de responsabilizar o capital, o empresário, os políticos, o Presidente, nos magistrados ou quem quer que seja. É como descrito no livro de Ribeiro (1998, p. 16):

Se achamos que os políticos são, em sua maioria, pouco dignos de confiança, corruptos, incompetentes e assim por diante, devemos verificar se esta nossa opinião não se estende também a outros setores e categorias da sociedade, tais como médicos, mecânicos, banqueiros, técnicos de televisão, motoristas de táxi, açougueiros, comerciantes, advogados. Pois aquilo que se costuma chamar, equivocadamente, de “classe política” nada mais é do que um grupo de pessoas surgidas dentro de nossa própria sociedade. Não se trata de marcianos ou de animais com mentes e organismos diversos dos nossos. Se todos eles são ruins de forma tão radical, o corolário é que todos nós somos ruins, já que, parafraseando uma frase bíblica, uma árvore boa não pode dar tantos frutos maus.

A sociedade, a política e a empresa estão relacionadas diretamente com a atividade econômica do Estado, sendo a empresa um importante vetor de criação, modernização e geração de riquezas em favor da sociedade.

Assim, o capitalismo, através da atividade empresarial permitiu o avanço da civilização humana, isto é, há progresso e crescimento, que contribuiu para a diminuição de diversidades.

Não se descuida que, ao mesmo tempo, devido a corrupção e outras atividades ilícitas, pode contribuir para a desigualdade social.

Isso faz parte da evolução da humanidade, no sistema de negociação que evolui com o tempo, na valorização da dignidade da pessoa humana decorrente dos princípios de solidariedade e coexistência.

A relação do Estado com a Empresa deve ser uma união de esforços em prol da humanidade, devendo haver um equilíbrio de interesses baseados na lei ou nos costumes, coibindo qualquer atividade ilícita de ambas as partes, valorizando as virtudes éticas, a solidariedade e a cooperação, estabelecendo uma relação de sustentabilidade entre os interesses da sociedade, da administração pública e da empresa.

As empresas modernas devem melhorar os seus sistemas de governação corporativa para se adaptarem a uma cultura organizacional anticorrupção, criando parâmetros objetivos e transparentes de controle e responsabilização. ]

Esta deve ser uma nova dinâmica empresarial que crie barreiras que permitam relações profissionais entre os setores público e privado, com indicadores mensuráveis e padrões de gestão em todos os órgãos governamentais.

Para Bernardo Soares e Juliana Hellvig, as boas práticas de governança se estruturam em valores (Soares; Hellvig, 2016, p. 3):

Assim sendo, as boas práticas de governança corporativa, de acordo com Andrade e Rossetti (2014), são estruturadas a partir de quatro valores: a) senso de justiça (fairness), que trata os acionistas em condições de equidade, respeitando aos direitos dos minoritários, participação equânime com a dos majoritários, tanto na geração de valor à empresa quanto nos resultados das operações, além de possibilitar a presença ativa nas assembleias; b) transparência (disclosure): informações de alta relevância, que abordam os impactos, os riscos e as oportunidades, são colocadas à disposição dos interessados; c) prestação responsável de contas (accountability): as informações são apresentadas com base em melhores práticas e em conformidade com metodologias contábeis e de auditoria elevando a confiança; e d) conformidade (compliance): atendimento às leis, normativos e normas reguladoras, além do estatuto social e regimentos internos.

Dessa forma, observa-se claramente que a sustentabilidade de uma empresa está relacionada também à cultura empresarial estabelecida, com tolerância zero à corrupção de qualquer modo, tanto internamente como externamente.

Esta cultura organizacional estimula ciclos positivos dentro da organização, influenciando positivamente o espírito coletivo de colaboração, excelência, melhores práticas e orgulho de fazer parte da empresa. Estabelece um sistema de

sustentabilidade no combate à corrupção, garantindo os mais elevados padrões de ética empresarial, cultura organizacional e submissão de reclamações aos órgãos de controle judicial e extrajudicial.

### **3 SEGURANÇA JURÍDICA COMO REQUISITO CENTRAL DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA**

Com o objetivo de tratar o acordo de leniência e a segurança jurídica como requisito central do programa, passa-se a apresentar diretrizes adotadas pelo ordenamento brasileiro para tanto.

#### **3.1 DIRETRIZES DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

##### **3.1.1 Exigência de clareza e conhecimento**

O primeiro significado de segurança aqui diz respeito à necessidade de clareza para que seja conhecido o texto jurídico a partir do qual se inicia o processo normativo. A generalidade e a abstração do direito são características, por exemplo, que não podem garantir a segurança do conteúdo semântico dominante num sistema jurídico.

No entanto, este significado não perde a sua relevância tendo em conta a necessidade de clareza do texto legal, limitando o primeiro truncamento opcional o leque de significados à disposição do aplicador.

Na mesma toada, as considerações de Haret e Carneiro (2009, p. 338):

O constructivismo lógico-semântico não autoriza concluir que o intérprete tenha liberdade para atribuir a um determinado vocábulo o sentido que bem lhe aprouver. [...] Mas isso não significa desprezo pelo suporte físico. O texto de lei é de suma importância, pois o aplicador do direito a ele está adstrito [...]. Por outro lado, há limites a essa liberdade de interpretação, posta pelos horizontes da cultura. Não há como se atribuir ao vocábulo um sentido que não se coaduna ao contexto comunicacional no qual é expedido.

Quanto maior for a clareza e conhecimento dos textos legais, maior será a qualificação e aptidão dos integrantes da comunidade jurídica para participar ativa e decisivamente do processo de depuração de sentido da norma jurídica. Trata-se da “acessibilidade cognitiva” a que se refere Heleno Taveira Torres (2012).

A capacidade de apreensão de sentido tem como premissa não somente o acesso, como a clareza dos textos legais. A falta de clareza e coerência dos textos

legais implica aumento de obscuridade e ambiguidade, embora tais vícios não possam ser integralmente afastados da linguagem jurídica.

Dessa forma, certa dose de coerência e certeza é recomendada, sob pena de aumento desnecessário de tais vícios, conforme observa Heleno Taveira Torres:

A exigência de certeza e clareza imprime a necessidade de eliminar a vagueza, e a legalidade não é cumprida quando o direito que esta veicula é vago ou ambíguo, ainda que seja possível controlar a ambigüidade e deva-se aceitar que o direito possa ter certa dose de indeterminação (controlada) dos seus conceitos (Torres, 2012, p. 271).

Assim, quanto mais precisos e claros forem os textos legais, menor será a abrangência do campo de atuação do sujeito responsável pela sua concreção. Obscuridade e ambiguidade potencializam o leque interpretativo, ao mesmo tempo em que clareza e precisão reduzem o campo de atribuição de sentido da norma jurídica.

Trata-se de aprimorar as definições de que se valem as normas gerais e abstratas como forma de reduzir ou minimizar o campo das significações dos seus conceitos. Isto é, quanto maior for a capacidade de apreensão do sentido dos textos normativos, maior segurança poderá ser atribuída ao ordenamento.

Quanto maior a clareza com relação à forma, também maior será a segurança atribuída ao ordenamento. Nesse sentido, o artigo 59 da CF de 1988, determina:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Em obediência ao referido artigo, veio a Lei Complementar nº 95/98 que estipula normas gerais, estabelecendo padrões para a “elaboração”, a “redação”, a “alteração” e a “consolidação” da legislação, em busca da clareza, precisão e logicidade dos textos legais, permitindo seu conhecimento pelos destinatários (Brasil, 1998).

Além de estabelecer uma estrutura uniforme dos textos legais, exige-se que cada lei tenha objeto único, além de estabelecer o objetivo de consolidação de normas

através de codificações, como forma de facilitar o acesso a um único diploma legislativo.

Ademais, atuam ainda em favor da dita segurança de conhecimento as regras que disciplinam a vigência e aplicação das normas, permitindo que os cidadãos saibam de antemão quais textos estão suscetíveis de servirem de base às construções de sentido que irão reger suas condutas.

São expressão de tais objetivos não somente a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Brasil, 1942), como as disposições do Código Tributário Nacional constantes dos artigos 101 a 106 (Brasil, 1966), por exemplo.

Os requisitos para publicação de ações judiciais e de intimação em processos administrativos e judiciais têm a mesma cognoscibilidade. O ato de publicar está no final da produção normativa, mas permanece relevante, uma vez que o não cumprimento prejudica a eficácia do processo e do produto correspondente.

Sobre esse assunto, é o que ensina Eurico Marcos Diniz de Santi, que, ao mesmo tempo em que se refere especificamente à Lei Padrão de Avaliação Tributária, também considera todo e qualquer procedimento aplicável à origem da norma:

A publicidade é, pois, requisito ontológico do ato-norma administrativo. Ela é o último e mais importante pressuposto da série procedimental. Sem a publicidade o enunciado do ato-norma não ganha juridicidade para elevar-se à categoria de norma jurídica. Sem publicidade, não há norma jurídica. Destarte, não abraçamos a tese de que a publicidade é “conteúdo” de ato-norma administrativo autônomo. Ao contrário, entendemos que integra a série procedimental como o último ato-fato, delineador de fato jurídico integrante do correspectivo suporte fático do fato jurídico suficiente para produção do ato-norma administrativo. Portanto a publicidade confere validade, e não “mera” eficácia ao ato-norma administrativo como aventa respeitável parcela da doutrina (Santi, 2001, p. 107).

Por fim, se ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, somente tal instrumento está habilitado pelo sistema a veicular direitos e deveres e quanto menor o número de códigos a serem consultados, maior será a capacidade de conhecimento acerca do ordenamento.

### **3.1.2 Garantia de estabilidade e fixação de regras de transição**

A segurança jurídica vista sob a ótica da estabilidade tem relação com o transcurso do tempo e pode se referir a uma desejada perenidade dos textos legais quanto ter por objeto a preservação do sentido normativo.

Tal acepção, referida por Heleno Taveira Torres como segurança por estabilidade sistêmica ou segurança jurídica objetiva, mereceu as seguintes ponderações:

Esta previsibilidade é marcada também pela temporalidade e consiste na segurança jurídica ao longo da continuidade do ordenamento, entre passado e futuro, de modo a garantir a expectativa legítima da permanência temporal das situações jurídicas consolidadas e daquelas que estão por vir. Preserva-se, com isso, a expectativa de confiança legítima ao longo da própria dinâmica de produção de normas. [...] Esta modalidade de segurança jurídica, renovada no constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, entre outros, garante o destinatário das normas contra mudanças inopinadas ou freqüentes, justifica modulação de efeitos de decisões, dantes inconcebíveis, admite a manutenção de atos anuláveis ou revogáveis em função do tempo decorrido ou a demonstração de confiança e credulidade na sua validade (Torres, 2012, p. 213).

Assim, quando revestida da acepção de preservação de significações pretéritas, a segurança de estabilidade exige a adoção de regras de transição, notadamente quando ocorrem mudanças repentinas e drásticas, ainda que sem alteração dos enunciados que lhe emprestam sustento.

Neste sentido, atuam as regras relativas à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Em última análise, tais preceitos fixam matérias não sujeitas a novo processo de depuração de sentido que almeje eficácia retroativa.

Por outro lado, permitir processos de revisão contínuos equivaleria a negar o sentido da proteção conferida pelo sistema, admitindo uma indesejada perpetuação do processo de construção da norma jurídica.

Deve-se notar que tais considerações não equivalem a impedir mudanças na compreensão do espectro de significados dos textos jurídicos. Há possibilidade de mudança, no entanto, o que não se admite é que tais oscilações ocorram de modo frequente, repentino e de maneira drástica, notadamente quando pretendam imprimir eficácia retroativa ao sentido normativo.

A segurança transitória visa preservar o mínimo de estabilidade e permanência da ordem jurídica, mesmo quando se trata de situações ocorridas antes de inovações legislativas ou de flutuações na compreensão do significado da norma



jurídica. Este tipo de segurança visa especificar quais alterações o sistema pode aceitar, como e quando elas podem ocorrer de forma válida.

A segurança de transição tem por objeto a preservação de uma mínima estabilidade e permanência do ordenamento, também quando se trata de situações ocorridas em momento pretérito às inovações legislativas ou oscilações de entendimento acerca do sentido da norma jurídica. Tal espécie de segurança tem por objetivo especificar quais mudanças são passíveis de acolhimento pelo sistema, como e quando elas podem ocorrer validamente.

Adentrando na análise do texto constitucional, vê-se que atuam nesse sentido as disposições que fixam um núcleo mínimo resistente à mudança, designado pela doutrina sob a rubrica de cláusulas pétreas e assim discriminado pelo § 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Assim, sempre que as alterações legislativas entrem em conflito com os direitos e garantias individuais, a forma federativa, o voto direto e a separação de poderes, o vetor permanência/estabilidade deve prevalecer sempre que este entre em conflito com a necessidade de ajustamento da ordem.

Embora a Constituição Federal de 1988 entenda a necessidade de alteração do despacho, afirma que esta não pode ser ilimitada, estabelecendo pontos específicos que ficam resguardados de processos de alteração.

Assim, sempre que alterações legislativas sejam contra direitos e garantias individuais, forma federativa, voto direto e separação de Poderes, deve prevalecer o vetor permanência/estabilidade, sempre que contrastado com a necessidade de adaptação do ordenamento.

Embora a Constituição Federal de 1988 entenda pela necessidade de adaptação do ordenamento, afirma que não pode ser ilimitado, fixando específicos pontos que se encontram a salvo de processos de alteração.

Nesse sentido, é benéfico que a Constituição Federal tenha criado alicerces resistentes a mudanças, pois embora seja desejável que o sistema seja estruturado com uma missão permanente, mudanças constantes, repentinas e ilimitadas

contribuem para o declínio da credibilidade/confiança dos cidadãos, o que implica insegurança jurídica.

A exigência de quórum qualificado e o ritual processual específico e rigoroso apontam para a importância que a Constituição Federal procura impor às matérias sujeitas a tratamento exclusivo por lei complementar.

O texto constitucional permite alterações nestes casos, mas impõe restrições processuais como forma de evitar alterações que prejudiquem a estabilidade/permanência de assuntos de maior importância.

O sistema funciona especificando a substância, o objeto e a forma. A linguagem jurídica é, portanto, disciplinada e impõe quem pode exercê-la validamente através da recepção de quais formas e do tratamento de determinado assunto.

Para preservar também a estabilidade da ordem jurídica, aplica-se o princípio da irretroatividade, que visa impedir a aplicação de inovações legislativas a fatos ocorridos antes da sua publicação e que continuem a ser regulados pela lei em vigor à época da sua ocorrência.

As manifestações de Roque Carrazza e Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

A segurança jurídica, um dos pilares do nosso Direito, exige que as leis, os atos administrativos em geral e a jurisprudência tenham o timbre da irretroatividade. Daí falarmos em irretroatividade do Direito e não, apenas, das leis. [...] Assim, quando uma linha jurisprudencial nova reverte por completo as expectativas dos jurisdicionados, construídas com apoio em reiteradas e firmes decisões anteriores do mesmo Tribunal, haverão de ser aplicados os ditames do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, para que não reste sacrificado o princípio da segurança jurídica e, com ele a boa-fé das pessoas, que praticaram atos, certas de que procediam sob o amparo do direito objetivo (Carrazza, 2007, p. 33-73).

Em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode, pois, restringir o princípio da irretroatividade à lei como mero enunciado, devendo compreender a lei como sua inteligência em determinado momento. A irretroatividade é, assim, do Direito e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto (Ferraz Jr, 2007, p. 11).

Como exemplo, pode-se dar uma análise da eficácia, prospectiva ou retroativa, dos pronunciamentos de inconstitucionalidade proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, cujo ponto de partida é justamente a regulação de situações ocorridas antes do reconhecimento do vício normativo pelo judiciário.

Um estudo, ainda que breve, de alguns julgamentos ajuda a explicar melhor o que está sendo dito.

Observa-se, a título de exemplo, os pronunciamentos de inconstitucionalidade manifestados pelo Supremo Tribunal Federal, cujo ponto de partida é justamente o ajustamento de situações ocorridas antes do reconhecimento do vício normativo pelo Poder Judiciário.

Nos RE n. 197.917 (Brasil, 2004a) e 266.994 (Brasil, 2004b) o Supremo Tribunal Federal analisou a compatibilidade de leis municipais com o art. 29, IV, da CF/88, especificamente para saber se o número de vereadores obedeceria à exigência constitucional de proporcionalidade à população. Confira-se o teor da ementa:

[...] Princípio da segurança jurídica – Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente – Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade (Brasil, 2004a).

Assim, por entender que a eficácia declaratória da inconstitucionalidade implicaria em grave repercussão para a organização da Administração e na própria credibilidade institucional dos ordenamentos municipais, o Tribunal impôs a eficácia prospectiva.

Ademais, levou em conta que a manutenção dos efeitos pretéritos não prejudicava os particulares (destinatários da segurança jurídica almejada pelo sistema), mas antes os beneficiava, na medida em que mantinha as leis editadas e os efeitos pretéritos do funcionamento da máquina administrativa. Neste caso, a eficácia prospectiva foi geral.

De outro lado, no RE 560.626 (Brasil, 2008a) o Tribunal analisou se as normas relativas à prescrição e à decadência tributárias tinham, ou não, natureza de normas gerais de Direito Tributário, cuja disciplina, em caso positivo, é reservada à lei complementar (artigo 146, III, “b”, da CF/88) (Brasil, 1988).

O Tribunal entendeu que as leis estaduais e municipais não poderiam tratar dos prazos, pois, nesse caso, “[...] permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da Federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento

desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica” (Brasil, 2008a).

Assim sendo, o STF declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, mas modulou os efeitos da decisão, declarando “[...] legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento” (Brasil, 1991). Neste caso a eficácia prospectiva foi parcial.

Na ADI nº 3.819 (Brasil, 2008b) o Tribunal analisou a compatibilidade do ingresso na carreira de Defensor Público por provimento derivado, com o disposto no inciso II do art. 37 e com o parágrafo primeiro do art. 134 da CF/88, segundo os quais a investidura em cargo ou em emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

No caso, os servidores estaduais investidos na função de Defensor Público e nos cargos de Assistente Jurídico de penitenciária e de Analista de Justiça (em exercício de cargo de provimento em comissão) foram transpostos para a então recém-criada carreira de Defensor Público Estadual sem prévio concurso público. Na hipótese, o Tribunal entendeu haver inconstitucionalidade.

Todavia, para assegurar a continuidade do serviço público e o acesso à jurisdição, atribuiu efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade, mantendo os defensores ilegalmente investidos apenas pelo período de seis meses, sem a sua efetivação, com a finalidade de permitir a renovação do quadro de defensores, mediante o chamamento dos aprovados no último concurso homologado. Neste caso, a par da eficácia prospectiva, houve, ainda, um prolongamento da validade da norma tida por inconstitucional.

Na análise das decisões, é importante que todas partam do facto de que o entendimento expresso pelas verificações de constitucionalidade implica a introdução de um novo elemento na ordem jurídica.

Diante do exposto, fica claro que o ordenamento jurídico brasileiro, além de estabelecer limites materiais para a inovação com cláusulas permanentes ou cláusulas pétreas, admite a necessidade de alterações que imponham regras transitórias. Os limites para tanto não visam antecipar ou limitar diretamente o conteúdo de uma norma jurídica, mas apenas regular a sua criação, sua aplicação e sua eficácia.

Agindo assim, o ordenamento atua especificando matérias que se encontram a salvo de alterações, bem como disciplinando a forma pela qual serão acatadas as modificações não expressamente vedadas; bem como, estabelece regras que servem de garantias ao processo de criação e aplicação das normas.

### **3.1.3 Previsibilidade de aplicação pelo sistema**

Por fim, para alcançar a integralidade dos significados aqui atribuídos à segurança jurídica, ressalta-se que além da certeza e estabilidade do sistema jurídico, o conceito de segurança está fortemente ligado à ideia de previsibilidade e à proteção de expectativas.

A segurança jurídica pode, portanto, ser designada como segurança de aplicação ou de realização do ordenamento. Deste modo, atuam conjuntamente para a delimitação do sentido de segurança jurídica, a certeza do direito e do seu conteúdo, inclusive nos momentos de transição, a garantia de forma. Além disso, deve existir segurança na aplicação das normas.

Neste sentido, ponderou Heleno Taveira Torres, ao analisar a segurança jurídica sob a perspectiva de proteção da confiança legítima:

O princípio da segurança jurídica requer a confiança dos jurisdicionados no bom funcionamento do Sistema Jurídico e esta confiança, por sua vez, apresenta-se como uma eficácia do princípio de certeza do direito ou da estabilidade do ordenamento, para exigir a recomposição do estado de segurança (Torres, 2012, p. 220).

A simples garantia de conhecimento e clareza dos textos legais não é capaz de garantir, isoladamente, o sentido prevalente da norma jurídica, restringindo o campo de significações possíveis.

Trabalha-se agora com a interpretação e aplicação do ordenamento. Neste sentido, as lições de Paulo de Barros Carvalho:

Desde logo se vê que sem atinarmos para aquilo que se passa na instância pragmática, pouco poderemos falar acerca dos valores que o sistema consagra para manter a atividade jurídico-tributária dentro de padrões de respeito para com o direito dos administrados garantindo-lhe conquistas seculares. cremos, por isso, que as investigações relativas ao princípio da segurança jurídica, em matéria tributária, não podem prescindir de incursão por esse plano semiótico,

sob pena de não compreendermos a linguagem do direito positivo na sua integridade constitutiva (Carvalho, 2007, p. 19).

Utilizando a perspectiva proposta por Vilém Flusser (2007), pode-se dizer que é na conversação entre os participantes do processo de geração de sentido que se cria, se forma e se propaga a linguagem jurídica. Criada e inserida a norma no sistema, passa-se a propagá-la.

Por isso, o Professor Marcelo Neves pontua que:

Todos os problemas referentes à determinação das interpretações ou concretizações juridicamente corretas são, antes de tudo eminentemente, pragmáticos, tendo em vista a relação discursivo-dialógica entre intérpretes, sejam estes agentes ou destinatários da decisão conseqüente, e a multiplicidade de expectativas que se contradizem e conflitam com relação ao texto da norma (Neves, 2001, p. 362).

Trata-se de considerar a segurança jurídica sob uma perspectiva funcional, assim delineada por Heleno Taveira Torres, quando contrastou segurança jurídica e proteção de confiança legítima:

Contudo, a consolidação desta confiabilidade dependerá, em muito, da graduabilidade da confiança gerada e convicção de segurança jurídica que se há de constituir ao longo do processo de posituação do direito, quer sob a égide de uma confiança *lato sensu* (legalidade-certeza; ordenamento – estabilidade), quer como confiança *stricto sensu* (experiência-confiança). Como o risco e a insegurança são simplesmente reduzidos, mas não integralmente eliminados pelo simples existir do “sistema” ou da “legalidade” que nele se integra, dada a complexidade das situações do mundo da vida que são colhidas como hipóteses de incidência das leis ou das vicissitudes às quais o ordenamento vê se exposto, a “confiança funcional” assume o papel de promover a justiça nas situações concretas nas quais nem a legalidade nem a previsibilidade de validade do ordenamento foram capazes de garantir (Torres, 2012, p. 216).

Em vez da previsibilidade absoluta e previsível do conteúdo substantivo de uma norma jurídica, a segurança jurídica como expressão da segurança jurídica resultante da expectativa da previsibilidade das ações do Estado na regulação da lei. Limitações do processo essas que implicam em diminuição do leque de possíveis alternativas de sentido com as quais opera o aplicador da norma jurídica.

A segurança jurídica aqui referida equivale à segurança de previsibilidade, atuante de forma preponderante no futuro e assim denominada e referida por Heleno Taveira Torres:

O princípio da certeza do direito é a mais expressiva afirmação do Estado de Direito. É a segurança jurídica por antonomásia. Na segurança jurídica formal as regras de validade, procedimentos e observância das competências concorrem para a constituição das fontes de produção do direito. [...] Essa hierarquia dos órgãos produtores de normas e das normas produzidas, por sua vez, promove nos indivíduos um efeito de “orientação” e de certeza sobre como a autoridade pode habilitar-se no exercício da autoridade e como as regras jurídicas são aplicadas em relação à generalidade e abstração das leis constantes. A certeza ou orientação gera uma expectativa legítima de confiabilidade no sistema jurídico, pela ação dos órgãos de produção das normas [...] (Torres, 2012, p. 206).

Ao mesmo tempo em que o sistema atua para proteger as expectativas de sentido que foram legitimamente exercidas no passado, regula a positivação dos seus elementos mais abstratos e genéricos e gera reflexivamente novas expectativas normativas ou pistas comportamentais capazes de gerar os comportamentos acima mencionados.

Em termos de segurança de implementação/operacionalidade, o objetivo é identificar as disposições que de alguma forma contribuem para limitar as possibilidades de significados que precisam ser construídos no processo de positivação, sem poder falar estritamente em limites materiais estabelecidos.

Embora não se possa saber antecipadamente, muito menos prever com precisão, quais significados serão construídos a partir dos enunciados, não se pode negar que a ação da aplicação está inserida em um contexto sistêmico que não pode ser adiado.

Sucedo que o ordenamento não pode admitir uma infinita produção de sentidos. Embora fomente o dissenso de significação, o sistema exige um consenso, ainda que suposto.

É inegável que o sistema concebeu e implementou um sistema capaz de proporcionar oportunidades para a construção de sentido.

A primeira dessas ferramentas utilizadas foi atribuir a agentes específicos credenciados pelo sistema a competência para gerenciar o processo de construção de sentido da norma. Tal atribuição de competências exclui a competência de outros agentes participantes no processo. Atribuir autoridade equivale a estabelecer quem determina quem pode dizer o que pode ser dito, a quem pode ser dito e como pode ser dito.

Acontece que, além das competências, a ordem estabelece rituais e procedimentos que devem ser seguidos, sob pena de não ser considerada válida e aceita pelo sistema a norma pelo sistema.

Portanto, diz-se que as expressões doutrinárias, por mais fortes e persuasivas que sejam, permanecem estranhas ao sistema até serem validadas e reconhecidas dentro do referido processo de construção de sentido.

No dizer do Professor Gregorio Robles (Morchón, 2011), trata-se de identificar as proposições necessárias que fixam as coordenadas de espaço, tempo, sujeitos e competências, delimitando as características que uma ação deve ostentar para ser reputada como pertencente ao âmbito.

A atribuição de competências específicas aos agentes credenciados, bem como a introdução de rituais e procedimentos específicos que devem ser seguidos, reduz o número de pessoas que participam no processo de construção de significado com o efeito reflexo de reduzir o campo de possíveis expectativas de significado.

Atua, ainda, como instrumento redutor das referidas expectativas de sentido, o estabelecimento de coordenadas de espaço e tempo, já que tais exigências estabelecem prazos específicos de duração do dito processo de construção de sentido.

Nessa direção, trabalham nessa direção a fixação de prazos para interposição de recursos, a criação de instâncias judiciais competentes, a própria instituição da coisa julgada etc.

Por fim, são ainda exemplos de instrumentos redutores dos sentidos possíveis de serem atribuídos às normas jurídicas, devendo ser obedecidos, a necessidade de respeito aos princípios do duplo grau de jurisdição, do juiz natural, do devido processo legal e da ampla defesa, da inadmissibilidade de provas ilícitas e da fundamentação explícita exigida dos comandos judiciais.

### 3.2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, FUNDAMENTOS E ORIGENS DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Com base em tudo que foi exposto no tópico anterior como diretrizes do ordenamento jurídico com a finalidade de clareza, conhecimento, estabilidade e previsibilidade às normas, passa-se a abordar o acordo de leniência e discutir a segurança jurídica do instrumento como requisito central do programa.



A expressão “acordo de leniência”, conforme já ressaltou Mateus Bertoncini (2014), é formada pela junção de duas palavras que transmitem a ideia de colaboração, de harmonia e de boa vontade na consecução de objetivos comuns.

Na dicção dos dicionários Houaiss, Aurélio e Michaelis (Houaiss; Villar; Franco, 2009, p. 16), acordo significa concordância, concórdia, conformidade, consonância, composição, combinação, ajuste, pacto, convenção, concerto, consenso, entendimento recíproco, harmonia, acomodação, combinação, conciliação, consentimento, permissão, ausência de problemas, eliminação de oposição ou conflito.

O termo leniência, por sua vez, deriva do latim, *lenitate*, que tem o significado de mansidão ou brandura, cujo antônimo é rigor ou severidade (Petreluzzi; Rizek Júnior, 2014, p. 371).

Segundo o dicionário Houaiss, leniência ou lenidade é “qualidade do que é leve, suave, doçura, mansidão”; lenir, de acordo com a mesma fonte, significa “tornar mais fácil de suportar, aliviar, lenificar, suavizar” (Houaiss; Villar; Franco, 2009, p. 1168).

Apesar da nomenclatura aceita, o verdadeiro significado da leniência é também impor obrigação e responsabilidade àquelas pessoas jurídicas que voluntariamente se proponham interromper seu envolvimento na prática de condutas ilícitas e tomar medidas para preservar suas atividades de leniência.

Em que pese à nomenclatura adotada, o real sentido do instituto do acordo de leniência também é o de impor compromisso e responsabilidades àquelas pessoas jurídicas que voluntariamente se propõem a romper com o envolvimento com a prática de condutas ilícitas e adotar medidas para manter suas atividades de forma ética e sustentável, cumprindo com sua função social

Bitar (2020, p. 308) aponta que:

O programa de leniência foi introduzido no Brasil pela Lei n. 8.884/1994 por intermédio da Medida Provisória n. 2.055, reeditada algumas vezes e convertida na Lei n. 10.149/2000, posteriormente revogada pela Lei n. 12.529/2013, que atualmente disciplina o programa, surgindo assim uma alternativa para maior eficiência no combate à prática de ilícitos, na medida em que possibilita o aumento dos poderes de investigação das autoridades e órgãos competentes a partir da colaboração entre os envolvidos em modalidades delituosas e a Administração Pública.

Os acordos de leniência são espécie de delação premiada, hipótese em que se oferece a leniência, ante a colaboração de um infrator, para a apuração dessa mesma infração, sobretudo em relação aos seus autores e partícipes (Petreluzzi; Rizek Júnior, 2014).

Sobre a natureza jurídica do acordo de leniência, Mateus Bertoncini (2014) e Juliano Heinen (2015), ao dissertarem sobre o tema, classificam-no como ato administrativo bilateral e discricionário.

Os autores apontam que a proposta feita pela pessoa jurídica pode até ser unilateral, mas não obriga o Poder Público, o que faz com que ela não seja um direito subjetivo (Heinen, 2015).

Pontuam, ainda, que superadas as concepções tradicionais do direito administrativo do século XIX, as balizas normativas, atualmente vigentes, permitem a possibilidade de se ter uma “competência administrativa negociada”, mesmo no Direito Administrativo Sancionador, reafirmando, assim, que o acordo de leniência tem natureza de ato administrativo consensual, em que se ajustam resultados, vale dizer, reclama um efeito pragmático que é a identificação dos envolvidos.

Os acordos de leniência surgiram no contexto do direito concorrencial norte americano (Spagnolo, 2008), com o objetivo de aumentar os incentivos para que particulares buscassem a colaboração com o Estado, delatando seus próprios comportamentos ilícitos praticados em situação de colusão.

Sua inspiração é o chamado “dilema do prisioneiro”, modelo econômico da teoria dos jogos que busca criar uma situação para a tomada de decisão em que, ao menos na percepção do ofensor, a colaboração com as autoridades se apresente como a estratégia de maior e melhor *payoff* (Blum; Steinat; Veltins, 2008).

Vale lembrar que além de surgir em um contexto jurídico-institucional específico, no contexto do direito concorrencial, de natureza penal, nos Estados Unidos, e com a finalidade especificada acima descrita, o instituto expandiu-se para além dessas fronteiras e acabou chegando às terras brasileiras, onde atualmente passa por um processo de expansão de seus usos e possivelmente de suas finalidades.

Salles e Bannwart Júnior (2015, p. 47) esclarecem que:

O Acordo de Leniência surgiu, portanto, no Direito Estadunidense em meados da década de 1970 do século passado, buscando reprimir atos Antitrustes, contudo, passou por um aperfeiçoamento na década

de 1990, o que assegurou uma maior efetividade do instituto. No Brasil, o instituto surgiu no ano de 2000, também com a finalidade de combater ato antitruste, mormente atos de cartéis, mais adiante, com o surgimento da Lei Empresa Limpa no ano de 2013, o instrumento ganhou importância na repressão de atos de corrupção. Contudo, dado a sua previsão tímida em comparação à legislação norte-americana, o Acordo de Leniência nem sempre se mostrará interessante para os particulares, sobretudo as pessoas naturais, dado que a lei Anticorrupção não as exime de responsabilidade. Dessa forma, pode ocorrer uma contradição de interesses, podendo a empresa ter sua punição atenuada, no entanto, a pessoa natural pode sofrer a persecução penal, uma vez que o Acordo de Leniência não vinculará o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Outros países também introduziram normas sobre o tema logo depois do Brasil. A lei da Espanha é de 2015, a da França, de 2016, e a do México, de 2017. A OCDE destaca a utilização da negociação em casos de corrupção como a solução adotada pela maior parte dos países signatários de sua convenção (OECD, 2019).

O estudo da experiência norte-americana tem valia não apenas em decorrência da perspectiva histórica que proporciona e da liderança exercida por aquele país na implementação da leniência no cenário internacional (O'Brien, 2015), mas pelo fato de ter representado o molde sobre o qual se embasaram os programas de leniência subsequentes (Spagnolo, 2008).

Os erros e acertos incorridos ao longo da implementação dos acordos nos Estados Unidos podem ser utilizados como ilustrações de algumas das possíveis dificuldades empíricas a serem enfrentadas por outros ordenamentos jurídicos.

O exame das características iniciais do instrumento em seu nascedouro – e o acordo de leniência, é, certamente, um instrumento e não uma finalidade per se – mostra-se útil para verificar como e porque se vislumbrou sua utilidade nalgum momento histórico, e, conseqüentemente, para perquirir se, conhecendo-se as condições que tornaram seu manejo bem-sucedido, o transplante para o ordenamento brasileiro se deu com o devido cuidado.

A utilização de acordos de leniência para a solução de problemas de corrupção envolvendo empresas e o setor público foi inserida em 2013 no Direito brasileiro pela Lei 12.846 (Brasil, 2013), que ficou conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira. Relacionada à instância penal, a colaboração premiada foi sancionada um dia antes da Lei Anticorrupção Brasileira e resultou na participação indispensável do Ministério Público. Em 2022, foi publicado novo decreto que regulamenta a Lei.

Essa solução foi implementada no contexto de um movimento internacional anticorrupção (Koehler, 2012) ocorrido duas décadas antes, que envolveu a assinatura de diversos tratados internacionais e a criação de leis anticorrupção em vários países.

A base lógica e econômica da ferramenta é a de que um autor ou partícipe em ilícitos realizados de forma associativa sempre correrá riscos de ser ou descoberto autonomamente pelo Estado – ou traído pelos seus comparsas (Hamaguchi; Kawagoe; Shibata, 2005).

Esta possibilidade de traição é agravada pela possibilidade de rescisão por interesse próprio, a fim de obter benefícios. Isto intensifica a desconfiança mútua entre os perpetradores, que ficam com medo de serem traídos por outros e, conseqüentemente, têm um incentivo para serem os primeiros a cometerem eles próprios a traição.

Sob a ótica do particular, o acordo apresenta como vantagem o fornecimento de benefícios ao celebrante do acordo, na medida em que mitiga ou afasta os efeitos gravosos das sanções aplicáveis em razão da prática delitiva.

Já para o Poder Público, a atratividade apresentada pelo instituto decorre da obtenção de maiores subsídios para a apuração das infrações e persecução de outras pessoas envolvidas, com menores custos à Administração Pública.

Ao mesmo tempo, e como efeito dos mais relevantes, esses acordos servem para diminuir os incentivos para a formação de cartéis (ou ilícitos associativos com características similares), na medida em que incrementam as chances de o agente ter o seu comportamento delatado por um companheiro, ao mesmo tempo em que se fortalecem os meios de fiscalização estatal que poderiam vir a identificar condutas indevidas, com o aumento de expertise do Estado em tratar desses ilícitos (Chen; Harrington Jr, 2007).

Ou seja, a função dos programas de leniência pode ser descrita como de criação de um cenário em que a colaboração com o Estado se apresente como racionalmente mais vantajosa, comparativamente à continuidade da atividade ilícita, não apenas porque representa uma possível redução das penalidades, mas também porque se aumentam os próprios custos e os riscos de delinquir.

### 3.3 A SEGURANÇA JURÍDICA E INSTITUCIONAL NO ACORDO DE LENIÊNCIA

### 3.3.1 Previsibilidade do programa: sua natureza ex ante e abstrata

Uma das mais relevantes características dos programas de leniência é o fato de eles serem, idealmente, estipulados aprioristicamente (Spagnolo, 2008) de maneira geral e abstrata.

Isso não significa que seja necessário que todos os aspectos dos programas de leniência sejam sujeitos à regulamentação prévia, pois não é possível ao legislador ou mesmo ao administrador prever antecipadamente todos os possíveis fatos e situações que efetivamente se desenvolverão.

Além disso, algum grau de discricionariedade parece inevitável na análise do cumprimento dos requisitos e na efetiva entrega do que foi acordado.

Em outros termos, diferentemente das demais hipóteses de negociação entre acusação e defesa existentes no âmbito da legislação comparada ou mesmo brasileira, como nos Termos de Ajustamento de Conduta, em que não necessariamente existem requisitos claros que tornem a aplicação do benefício vinculada, os acordos de leniência gozam de regramento determinado: as “regras do jogo” devem estar postas, conhecidas, para todos os membros da associação de infratores, das autoridades e da sociedade em geral (Rodrigues, 2016, p. 83).

Nas lições de Spagnolo (2008), um fator que torna os acordos de leniência especiais, comparativamente a outros institutos jurídicos bilaterais do direito sancionador, é que estes são, a um só tempo, gerais e públicos.

São gerais na medida em que se aplicam a todos os indivíduos que estejam naquela dada situação, e que se comportem de maneira específica, e são públicos no sentido de que a política de leniência é, preferencialmente, positivada e não discricionária.

A publicidade, tal como defendida pelo autor, vai além da mera previsão legal do instituto, abarcando também a necessidade de que este seja conhecido pela comunidade jurídica e empresarial, o que incrementaria tanto a efetividade da leniência como elemento de obtenção de informações, quanto o seu alcance como elemento desestabilizador de infrações associativas (Spagnolo, 2008).

Esse elemento de previsibilidade, decorrente da sua estipulação normativa, é essencial para permitir aos potenciais delatores que realizem, antes de buscarem cooperar com as autoridades competentes, os devidos cálculos de custo-benefício,

sabendo de antemão se preenchem os requisitos para obterem o tratamento mais benéfico do Poder Público (Zingales, 2008).

A definição do benefício de forma anterior à celebração dos acordos de leniência é um importante fator de incentivo à sua procura por membros de organizações delitivas - que ocorreu no âmbito do programa de leniência instituído originalmente nos Estados Unidos-; em sua primeira formulação, não logrou obter a atratividade que veio a possuir após a reforma ocorrida em 1993.

Um dos principais motivos apontados pela literatura especializada no tema é a insegurança jurídica dos acordos tal como inicialmente delineados, que teria sido corrigida com as alterações subsequentes (Spagnolo, 2008).

A previsibilidade *ex ante* acerca das regras do jogo também tem afinidade com um necessário aspecto de isonomia relativo à aplicação desse tipo de acordo, evitando-se o uso enviesado de mitigações e isenções de penalidades para beneficiar certos agentes desviantes de forma indevida (Zingales, 2008).

Assim, a aprovação de um programa de leniência ajuda a garantir a sua universalidade, nomeadamente que: (i) todos saibam antecipadamente quais os requisitos que deverão cumprir para receber tratamento diferenciado; (ii) qualquer pessoa que reúna estas condições pré-determinadas poderá procurar tratamento em cooperação com as autoridades de supervisão.

Nesta última perspectiva, é um possível elemento de legitimação da instituição, o que torna a sua gestão mais legítima jurídica e moralmente para a população.

O elemento de segurança quanto às hipóteses de aplicação da norma, contudo, não se esgota na mera existência de uma lista dos requisitos a serem preenchidos pelo particular colaborador: preferencialmente, o procedimento aplicável deve estar disposto normativamente (ou ser suficientemente aclarado por outros meios – como documentos, guia e manuais que autovinculem o proceder da instância de aplicação do programa).

Isto significa que respostas a questões como quem buscar para delatar, como proceder com a documentação, quem serão os responsáveis pela negociação etc., e quais os efeitos da celebração do acordo e de seu descumprimento devem estar facilmente acessíveis aos potenciais interessados (Hammond, 2004).

O ato de se auto delatar, traindo, simultaneamente, os seus companheiros, não é, absolutamente, trivial, de modo que toda dúvida acerca da forma como se dará

o iter da negociação – e a própria confiabilidade das autoridades estatais – poderá representar um impedimento à decisão por colaborar com o Poder Público.

É necessário, igualmente, que os próprios tipos sancionadores (penais ou administrativos) a que em tese estarão sujeitos os particulares sejam suficientemente claros e precisos para permitir a determinação da juridicidade ou não do comportamento em questão (Alschuler, 2015).

Em outras palavras, é necessário que os agentes saibam de antemão, e de forma o mais transparente possível, se um determinado ato consiste, naquele dado sistema jurídico, em conduta censurável.

Esse é um ponto relevante no que toca à criação, atualmente implementada por uma gama de ordenamentos jurídicos como o próprio Brasil, de programas de leniência para abarcar também os casos de corrupção.

A certeza acerca da obtenção dos benefícios, por derradeiro, pode estar relacionada ao próprio desenho institucional do ente que negociará e aplicará os acordos – órgãos ou agências sem qualquer elemento de estabilidade quanto às suas práticas ou mesmo em relação aos seus dirigentes (suscetíveis, por exemplo, aos ventos da política) podem ser empecilhos fáticos para a confiabilidade dos particulares nos agentes públicos, que, por sua vez, é elemento essencial a qualquer programa de leniência.

A ideia de um ente intimamente ligado à política como negociador ou julgador da higidez dos acordos de leniência, como ocorre no campo de incidência da Lei Anticorrupção para os acordos de âmbito federal, por isso, é um elemento de potencial desestabilização da segurança desse instituto (Oliveira, 2015, p. 16).

### **3.3.2 Sigilo das informações apresentadas pela empresa**

Um dos aspectos mais relevantes dos programas de leniência, por ser potencialmente significativo para a decisão a respeito da realização da delação ou não, é o grau de sigilo a ser conferido às informações prestadas às autoridades (Rufino, 2016; Caruso, 2010).

Um mesmo ilícito pode, por vezes, gerar repercussões em diversas instâncias de responsabilização, em uma ou mais jurisdições. Além disso, não raro, a confissão quanto a uma determinada conduta reprovada pressupõe também o reporte em

relação a outras a ela correlatas, e que não necessariamente estarão abarcadas pelas imunidades ou mitigações trazidas pelo acordo (Luz; Spagnolo, 2017)

Caso toda e qualquer informação ofertada pelo potencial beneficiário da leniência ao Poder Público para fins de negociação fosse em seguida disponibilizada a outras autoridades, daquele ou de outro Estado, a delação poderia se mostrar, ao invés de benéfica às pessoas físicas e jurídicas contempladas, uma verdadeira armadilha, gerando um sem-número de consequências nocivas aos colaboradores (Zingales, 2006, p. 49).

Zingales (2006) ressalta que, embora o compartilhamento de informações entre agências antitruste seja imprescindível para o combate a cartéis, a forma como esse compartilhamento é realizado ainda não encontra um perfeito ajuste.

O compartilhamento de informações e documentos a terceiros lesados pelas práticas ilícitas, adicionalmente, pode transformar o colaborador no alvo preferencial de ações de ressarcimento (comparativamente aos demais participantes do conluio), considerado que as provas para a propositura das ações de indenização estariam facilmente disponíveis (Cauffman, 2011).

Consequentemente, ao invés de incentivar a cooperação com o Poder Público como forma de desfazimento dos laços entre membros de uma associação infrativa, o programa de leniência poderia servir como um meio de fortalecimento dessas relações: se a delação for extremamente maléfica a quem se expõe às autoridades públicas, os coautores daquele delito estarão certos do silêncio uns dos outros.

A confidencialidade, ainda, sob o ponto de vista do delator, pessoa física ou jurídica, pode ser imprescindível para a garantia de sua segurança físico-psíquica ou higidez econômica, e para impedir potenciais ações de retaliação (OECD, 2001).

Por isso, Motchenkova (2004) conclui que a falta de sigilo relativo à proposta do acordo será fator de potencial proteção e propagação dos cartéis, podendo aumentar a duração destes. O temor da traição, nesse caso, poderá ser superior às benesses concedidas pelo programa de leniência.

Já sob a perspectiva do próprio Estado, o sigilo pode ser essencial para a garantia da continuidade das investigações (evitando a destruição de provas, por exemplo, pelos agentes delatados).

A confidencialidade deve ter uma dimensão interna ao próprio órgão responsável pela realização dos acordos de leniência, caso este possua também competências para a imposição de sanções.



Uma negociação nem sempre será bem-sucedida, devendo o agente que procura as autoridades poder contar que, na eventualidade de não culminarem as tratativas na celebração do termo, as informações prestadas não serão utilizadas para a instauração de processos sancionadores ou a propositura de ações cíveis e penais (Spratling; Arp, 1993).

No ordenamento jurídico brasileiro está estabelecido que diferentes entidades podem ser responsáveis por processos administrativos e criminais, bem como pela imputação à celebração de leniência – e isso acontece em todos os casos positivos de programas de leniência atualmente em apreciação, em que não há menção à participação do Ministério Público antes da sua conclusão.

Esse ponto traz inseguranças quanto à possibilidade de que a celebração na esfera administrativa gere efeitos indesejáveis para pessoas naturais envolvidas na seara criminal.

Como nenhuma das normas pormenoriza as consequências dos acordos para o Parquet, nem se há sigilo oponível a este, resta sempre o temor de que mesmo tratativas malsucedidas para a celebração de acordo de leniência possam embasar o exercício do poder punitivo penal estatal (Guimaraes, 2017).

É bom dizer que o art. 8º, §2º da Lei Complementar nº 73/1993, que dispõe sobre as atribuições do Ministério Público da União, prevê que “[n]enhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido” (Brasil, 1993a).

Igualmente, a Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) estipula que, no exercício de suas funções, o Ministério Público poderá, dentre outras medidas, “requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Ainda que “[o] membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo” (art. 26, I, b e §2º) (Brasil, 1993b). Vê-se, então, que existem riscos significativos de que o Parquet peça acesso a elementos que indiquem a existência de negociações para a colaboração, no bojo de algum dos entes legitimados para a leniência.

O CADE buscou resguardar as informações fornecidas para a negociação dos acordos ao criar uma barreira – uma divisão institucional comumente denominada *chinese wall* (Guimaraes, 2017, p. 6) – entre as autoridades que participam das tratativas com os potenciais celebrantes do acordo e as autoridades responsáveis pela efetiva constatação do cumprimento deste e pela consequente aplicação dos benefícios correspondentes.

Os dados que emergem da fase de apresentação de documentos que comprovem a infração a ser objeto do acordo são apenas disponíveis para o Superintendente-Geral, o Superintendente Adjunto, o Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral e aos servidores da Chefia de Gabinete da Superintendência Geral do CADE.

Confira-se o art. 241 do Regimento Interno do CADE que diz:

Art. 241. A proposta de celebração de acordo de leniência pode ser feita oralmente ou por escrito. §1º A proposta receberá tratamento sigiloso e acesso somente às pessoas autorizadas pelo Superintendente-Geral. §2º Nos casos de proposta escrita, esta será autuada como sigilosa e nenhum de seus dados constará do sistema de gerenciamento de documentos do Cade (Brasil, 2012).

No mesmo sentido, o guia do CADE sobre seu programa de leniência (Brasil, 2017a, p. 38).

No caso da Lei nº 12.846/2013, os procedimentos para garantir a confidencialidade são mais nebulosos.

Não existe uma regra uniforme para todas as entidades relevantes, dado que o artigo 16.º do Diploma habilita “a autoridade máxima de qualquer órgão ou entidade pública” a celebrar um acordo de leniência.

Em razão disso, embora a Lei Anticorrupção indique que a publicidade da proposta de acordo de leniência somente é possível após a efetivação do respectivo acordo (art. 16, §6º), fazendo a mesma ressalva existente na Lei do CADE quanto ao excepcional “interesse das investigações e do processo administrativo” (Rodrigues, 2016, p. 39), os moldes em que se dá a cautela com as informações apresentadas não são tão claros.

A Lei Anticorrupção determina, em seu art. 15, que a comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, deverá dar conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

O art. 15 da Lei n. 12.846/2013 foi regulamentado, no campo federal, pelo art. 9º, §5º do Decreto n. 8.420/2015.

Segundo o Decreto, além de comunicar ao Parquet sobre o processo administrativo sancionador, a comissão da CGU deverá também informar a Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, (no caso de órgãos da administração pública direta, autarquias e fundações públicas federais), ou o órgão de representação judicial ou equivalente (nos demais casos).

No entanto, o dispositivo não menciona os acordos de leniência de forma expressa.

É interessante notar que o dispositivo não estava na redação original do Projeto de Lei n. 6.826/2010, e que, nas discussões realizadas na Câmara dos Deputados, chegou-se a tratar, de forma muito breve, da questão referente à relação entre os acordos de leniência dessas comunicações.

Para o relator do projeto, a comunicação da instauração de processo administrativo de apuração de responsabilidade ao Parquet poderia inibir a colaboração, motivo pelo qual se passou a requerer que o Ministério Público fosse informado após finalizado o processo.

No entanto, isso pouco contribui para resolver dúvidas sobre se os acordos também devem ser comunicados nos mesmos termos e, na verdade, aumenta a incerteza sobre o programa de clemência.

A necessidade de informar o Parquet antes do encerramento, se abrangida por garantias de não incriminação do agente em caso de negociações mal-sucedidas, proporcionaria uma oportunidade para uma ação coordenada por parte das entidades estatais e mitigaria o risco de celebração de acordos desnecessários.

O Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta essa norma anticorrupção na esfera federal, trata apenas brevemente do sigilo, ao determinar que a proposta apresentada receba tratamento sigiloso e que o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados para participar da negociação do acordo de leniência (art. 30, §1º). Não há previsão mais específica no atual Regimento Interno da CGU (Brasil, 2017a).

As dificuldades quanto ao tratamento das informações ofertadas pelos particulares nas tratativas dos acordos de leniência podem ser vistas, adicionalmente, na disputa entabulada entre a antiga Controladoria-Geral da União, hoje Ministério da

Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU (nos termos da Lei nº 13.341/2016) e o Tribunal de Contas da União.

Nos termos da Lei nº 13.341/2016, fruto da conversão da MP nº 726/2016, a CGU detém a competência para a realização dos acordos do programa de leniência da Lei Anticorrupção no âmbito do Poder Executivo Federal e quanto às infrações cometidas contra a Administração Pública estrangeira (Brasil, 2016).

Como a Lei Anticorrupção silenciou sobre a necessidade de manifestação das Cortes de Contas anteriormente à celebração dos acordos, a interpretação do TCU quanto às suas próprias competências gerou a edição, por este último órgão, da Instrução Normativa nº 74/2015 (Brasil, 2015b).

Entendendo-se competente para realizar, previamente à celebração dos acordos pela CGU, a fiscalização destes, o TCU disciplinou um procedimento de acompanhamento dos acordos de leniência.

Segundo as considerações que embasam a referida Instrução Normativa, o processo de celebração dos acordos de leniência estaria abarcado pelas competências do TCU “por não afastar a reparação de dano ao erário” (Wiziack; Amora, 2016).

De acordo com essa Instrução Normativa, a autoridade responsável pela celebração do acordo de leniência deve encaminhar ao TCU a documentação arrolada naquela norma antes da efetivação do acordo, no que se inclui a manifestação da pessoa jurídica interessada em cooperar e a proposta de acordo com os termos negociados pelas partes.

Há também disposição de que deverão ser encaminhados ao TCU, na forma e nos prazos estabelecidos pelo Relator do processo, “quaisquer outros que sejam necessários ao acompanhamento e à fiscalização dos acordos de leniência celebrados pela administração pública federal” (art. 2º, §2º da IN nº 74/2015).

A discussão tornou-se ainda mais complexa quando sobreveio alteração da Lei Anticorrupção por meio da Medida Provisória n. 703/2015, cuja redação dispunha que o acordo seria encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas após ter sido assinado, para que a Corte de Contas pudesse, então, instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário, caso entendesse que o valor constante do acordo não atenderia à reparação integral do dano.

A forma de intercâmbio das informações entre os órgãos de controle envolvidos no âmbito dos acordos de leniência por atos de lesão à Administração Pública, ou mesmo se essa troca de dados é devida e desejável, portanto, é matéria que carece de definição normativa ou jurisprudencial.

Na nova norma, existe indicação, no art. 30, §6º, de que a celebração desse acordo não afeta eventuais competências do Ministério Público ou outros entes fiscalizadores.

Mais que isso, existe previsão expressa de que, embora a proposta de acordo administrativo em processo de supervisão deva permanecer sob sigilo até a respectiva celebração (art. 30, §1º), persiste o dever legal de o Banco Central ou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) realizarem comunicação aos órgãos públicos competentes, nos termos do art. 9 da Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, tão logo recebida a proposta (art. 31, §2º da Lei nº 13.506/2017):

Art. 9º Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos (Brasil, 2017b).

Trata-se de normatização que pode fragilizar as vantagens decorrentes da celebração desses acordos, na medida em que institucionaliza a divulgação, para outros entes da Administração Pública, sobre informações sensíveis em momento anterior à conclusão da fase de negociações do acordo, sem qualquer previsão a respeito do proceder da Administração quanto a esses dados.

Diante do exposto, observa-se que a previsibilidade, a transparência, a confiança e a segurança jurídica para as entidades envolvidas são elementos fundamentais para a efetividade dos instrumentos jurídicos.

Destacados os pontos que estimulam a segurança jurídica no ordenamento jurídico, passa-se a analisar a efetividade do programa de leniência e apontar as alternativas para aprimorar o programa de leniência, considerando as suas potencialidades e os seus desafios.

#### **4 PERSPECTIVA DE UM SISTEMA UNIFICADO DO ACORDO DE LENIÊNCIA ANTE A MULTIPLICIDADE INSTITUCIONAL RECORRENTE**

A previsibilidade, a transparência, a confiança e a segurança jurídica para os signatários são elementos fundamentais para a eficiência de um programa de leniência. Elementos esses que deverão permanecer durante todo o transcorrer do acordo celebrado e não somente no momento da celebração.

O conjunto de órgãos e entidades competentes, tanto para celebrar acordos de leniência como para aplicar as sanções administrativas no caso da prática de atos de corrupção no ordenamento jurídico pátrio, não deve significar um afastamento da lógica da unidade do Estado, nem mesmo deve significar uma quebra de confiança entre as partes que celebram acordos de leniência nos termos da Lei Anticorrupção, o que poderia desencorajar ou mesmo desincentivar a cooperação e prejudicar a estabilidade dos acordos.

Bitar (2020, p. 304) destaca que:

A análise da legislação pátria preconiza o enfraquecimento do programa de leniência decorrente da insegurança jurídica quanto às implicações penais, a que os signatários do acordo estão sujeitos, em especial quanto à legitimidade das partes envolvidas, conforme já analisado quanto à concessão de benefícios penais em face da improbidade. Dessa forma, imperativo abordar as incongruências do acordo de leniência à luz dos impactos penais, a partir da reflexão quanto à ausência de previsão legal da intervenção do Ministério Público na negociação do pacto, a impossibilidade de oferecimento de denúncia por esse órgão ministerial, abarcando, ainda, a confidencialidade e o sigilo do acordo

Mais a frente, Bitar (2020, p. 310) aponta que

Na prática, a dificuldade para que o acordo de leniência seja firmado com efeitos penais (e vice-versa) é latente, pois a possibilidade de discordância não só quanto a valores, como também quanto às benesses a serem negociadas ou oferecidas são muito maiores, quer pela dificuldade prática da reunião de todos os envolvidos, quer pelo aumento das chances de opiniões conflitantes.

Nessa linha, a competência, definida no Art. 16 da Lei Anticorrupção, e as várias interpretações possíveis do mencionado artigo, são obstáculos ou entraves à garantia dos elementos essenciais do acordo e de sua estabilidade, resultando em um cenário de insegurança jurídica para as empresas que desejem colaborar com as autoridades públicas, ainda que haja a disciplina do art. 87 da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.

A saber o art. 16 da referida Lei disciplina que:

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

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.

§ 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.

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. (Brasil, 2013)

A saber o art. 87 da referida Lei disciplina que:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no

8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência..

A Lei aponta que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte na identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, preenchidos os requisitos do § 1º, de maneira cumulativa.

A fim de salientar pontos importantes, o acordo, conforme, § 3º não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado e, conforme o § 4º estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, por fim, § 6º indica que a proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

Em relação ao problema identificado nos acordos de leniência no que diz respeito à insegurança jurídica do instrumento, bem como a quaisquer questões jurídicas, Gonçalves e Stelzer (2014, p. 269) acrescentam a importância da contribuição da economia, analítica por natureza, na aplicação do direito, como método capaz de “quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas que levem à dissipação dos conflitos e à satisfação das necessidades, bem como à elaboração Legislativa”.

#### 4.1 COMPORTAMENTO RACIONAL E MAXIMIZAÇÃO DOS INTERESSES DOS AGENTES NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

Debruçar-se sobre a realidade fática e não apenas normativa, isto é, de análise pura e simples de prescrições e textos legais, é um dos objetos da teoria econômica (Goulart, 2018, p. 19).

Segundo Ulen (2000), quando o movimento *law and economics* ganhou destaque na literatura econômica e jurídica, o uso da teoria microeconômica para



discutir temas tradicionais da ciência jurídica foi recebido não só com interesse, mas também com certa resistência.

A principal causa para essa resistência é, sem dúvidas, a dificuldade em aceitar a concepção econômica derivada da teoria da escolha racional (Ulen, 2000).

A título de exemplo, a teoria econômica da decisão aponta que um potencial criminoso avalia os custos e os benefícios esperados da ação criminosa e somente então comete o crime, ou seja, quando os benefícios esperados forem maiores do que os custos.

A teoria da maximização da utilidade ou do lucro, proveniente da microeconomia, também parece estar pouco relacionada às atitudes das pessoas, para as quais as leis são criadas.

Sendo assim, a análise econômica do direito teve bastante dificuldade para convencer juristas tradicionais de que deveria ser levada a sério (Ulen, 2000).

Esta interação – como mostram Cooter e Rubinfeld (1989) – pode ser bastante prejudicada quando o conceito de eficiência (principal motivador do movimento *law and economics*) se choca com princípios de justiça preconcebidos e questões de moralidade, como também ficou claro na análise de Calabresi (1961).

É possível mostrar, por exemplo, que uma disputa legal é resolvida de maneira eficiente quando os benefícios disputados são alocados de acordo com a valorização dada por cada parte e os custos de transação são minimizados (Cooter; Rubinfeld, 1989), mas isso somente será visto como moralmente correto ou justo em determinados casos e situações específicas.

Seria descuido não mencionar, conforme anunciam Cooter e Rubinfeld (1989), que existem vantagens reais para a ciência econômica oriundas desta interação com o direito. Assim como os mercados de capitais, os tribunais e os diversos ambientes jurídicos são dinâmicos e respondem a choques de maneira rápida e muitas vezes difíceis de antecipar.

Por isso, a economia pode enxergar no direito um laboratório para análise de suas teorias, além de aprender com os advogados como fazer uma ciência mais flexível e adaptável às diversas realidades sociais existentes (Cooter; Rubinfeld, 1989).

Até mesmo no momento de criação e implementação de normas jurídicas, observa-se como elas podem interferir no comportamento humano. Nesse contexto, Luis Fux e Bruno Bodart (2019, p. 2) apontam que “leis e decisões judiciais são

importantes não por possuírem um valor em si, mas pelos efeitos causados em relação ao grupo que pretendem atingir – ou que atingem não intencionalmente.”

No caso do acordo de leniência, o cálculo será essencial na tomada de decisões por celebrá-lo, pois tanto a empresa que vier a cooperar como o agente público que aceitar a cooperação terão que se comprometer para atingir os seus objetivos. A empresa renunciará ao direito de defesa, admitirá responsabilidade e aceitará o pagamento de multa, em troca de um julgamento mais célere e da aplicação de penas reduzidas.

A autoridade pública renunciará a parte das penalidades que poderia aplicar para ter um processo também mais célere, mais seguro e com capacidade de alcançar outros envolvidos. No entanto, não apenas um agente negocia, o que implica em falta de coordenação dos agentes públicos.

Apontam-se as condições e as competências para a celebração de acordos de leniência. O art. 16 da Lei n. 12.846/2013, conforme já exposto, prevê algumas condições para a celebração do acordo. Dessa maneira, a empresa deverá: (a) identificar os demais envolvidos na infração, quando couber; (b) fornecer informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração; (c) ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (d) cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (e) admitir sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo; e (f) reparar integralmente o dano.

Algumas destas condições, notadamente ser a primeira empresa a se manifestar, advêm da legislação antitruste ou da defesa da concorrência. Nesta área, este requisito é logicamente aplicável a um cartel ilegal porque envolve condutas que envolvem necessariamente mais de um agente.

Contudo, num contexto anticorrupção, é perfeitamente possível cometer atos maliciosos contra uma administração envolvendo apenas uma empresa. Portanto, a exigência da supremacia da cooperação só faz sentido sob a lei anticorrupção brasileira se houver conluio entre indivíduos para a prática de tal ato.

Na investigação criminal da Operação Lava Jato, pioneira na negociação de acordos de leniência no Brasil, houve certo debate sobre como abordar esse tema. A prática, no âmbito penal, evoluiu para a possibilidade de celebração de acordo com

várias empresas, desde que houvesse fornecimento de dados novos e redução dos benefícios.

A Lei Anticorrupção Brasileira apresentou lacuna nesse campo, pois mesmo nas normas de defesa da concorrência, em que necessariamente há conluio, a possibilidade de transação com mais de uma empresa existe, embora com menores benefícios.

Na defesa da concorrência existe um instrumento chamado Termo de Compromisso de Cessação (TCC), previsto no art. 85 da Lei n. 12.529/2011, que pode ser firmado com outras empresas distintas da primeira:

“Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei” (Brasil, 2011).

O TCC pode ser assinado com todas as outras empresas envolvidas na conduta anticompetitiva, mas somente gera benefícios automáticos na instância administrativa, e não na criminal, embora o Ministério Público possa conceder benefícios nessa seara.

Acrescenta-se que, no âmbito da defesa da concorrência, existe ainda a chamada leniência plus, na qual uma empresa, que não se qualificou como a primeira colocada para uma determinada infração, pode ter benefícios adicionais ao delatar um cartel em outro mercado relevante:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

A competência para celebração de acordos de leniência anticorrupção foi estabelecida pela lei brasileira para a “autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública”, destacando-se que a “Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira” (Brasil, 2013).

Não há, na Lei nº 12.846/2013, previsão para que o Ministério Público celebre acordo de leniência com ente privado. Entretanto, o Ministério Público atua como instituição relevante, pois vinha desde o início da vigência da nova lei, de fato, celebrando acordos de leniência, os quais foram sendo acolhidos pelo Poder Judiciário.

Quanto aos efeitos do acordo de leniência, além de reduzir a multa, o órgão pode eximir a pessoa jurídica da publicação extraordinária da decisão condenatória, ou seja, da publicidade ampla do acordo nos meios de comunicação, como também da proibição do recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

Examinados os contornos gerais do acordo e os agentes que atuam, passa-se a analisar o interesse de cada participante no processo de negociação.

#### **4.1.1 Os interesses das Empresas**

As empresas, no âmbito dos acordos de leniência, possuem interesse em minimizar as reparações a serem pagas e normalizar, o mais rapidamente possível, sua atividade econômica e seus contratos públicos a fim de preservarem as suas atividades.

No Brasil, o procedimento trouxe às empresas, em virtude das sanções impostas, a possibilidade de recuperação judicial. As empresas arcam com os custos de cumprimento da sanção, com o bloqueio dos seus bens e, eventualmente, com as sanções penais para seus dirigentes, o que impacta diretamente nas empresas familiares que são maioria no Brasil.

Assim, pode-se dizer que a pessoa jurídica firmará um acordo de leniência se a utilidade que espera dele for maior que o custo de cumprimento das sanções. Este pode ser mensurado em função do custo econômico-financeiro que a empresa

tem de enfrentar em razão da crise de credibilidade gerada pelo problema de corrupção detectado. Esse custo decorre, essencialmente: (a) dos valores com que a empresa deverá arcar e (b) do prazo e dos elementos de coerção para pagamento desse valor.

Os valores com que a empresa deverá arcar estão associados ao que ela tem que pagar ao Estado, como multas e ressarcimento e à desvalorização que sofre em razão do problema.

Os valores que a empresa tem que pagar ao Estado são calculados com base nos contratos que conquistou mediante atos ilícitos, excluídos seus custos, de forma a evitar um enriquecimento sem causa da Administração. Além disso, está incluído como ressarcimento, o valor da propina pago.

Pode-se afirmar que o primeiro é um custo pago ao Estado e decorrente de lei; e o segundo, um custo que a empresa assume perante seus parceiros particulares, em razão da perda de sua reputação.

Além da perda da reputação, as empresas sofrem com o aumento do custo do crédito. Isso porque as instituições financeiras têm a obrigação de rever a classificação de crédito dos tomadores de empréstimos sempre que ocorre um fato relevante.

Assim, se um grande caso de corrupção vem à tona, o que pode vir a afetar a capacidade de pagamento da empresa, a instituição financeira é obrigada a rever essa nota, o que aumenta o custo do crédito.

Da parte dos investidores, entre os que possuem ações da empresa pode haver o desejo de venda, derrubando sua cotação. Empresas que operam em bolsa de valores podem ter de imediato essa valoração medida pela queda do valor de suas ações.

Mesmo empresas de capital fechado sentem essa perda de valor, pois muitos parceiros comerciais, como bancos e fornecedores, aumentam o custo de realizar negócios com elas, em função de denúncias de corrupção. O ambiente de negócios torna-se mais difícil e, portanto, mais caro.

O pagamento imediato do valor ou prazo de duração maior do processo, bem como a coerção para efetivar o pagamento são fundamentais para determinar o custo de cumprimento das sanções. Ou seja, mesmo que seja alta, uma reparação perde muito de sua força caso seu tempo de efetivação se estenda por prazo elevado.

Na esfera pública, a efetividade depende tanto da capacidade do Poder Público de bloquear bens, fontes de receitas e fontes de financiamento da pessoa jurídica, quanto do tempo de duração para que o processo chegue ao final, com resolução.

Em relação à capacidade dos órgãos públicos para bloquear bens, fontes de receita e fontes de financiamento da empresa, o Ministério Público ou a Advocacia Pública podem realizar essa ação com uma série de pedidos cautelares em processos cíveis, sobretudo a ação de improbidade, e a Administração, por meio de penalidades administrativas que impedem a contratação pelo Poder Público.

Já na esfera privada, dependem do grau de alavancagem da empresa, ou seja, de quanto depende de outros entes privados para financiar-se por meio de ações, empréstimos ou adiantamentos de fornecedores.

Dessa forma, tradicionalmente, as empresas não eram tão afetadas por denúncias graves de corrupção em virtude da duração excessiva dos processos.

Na esfera penal, as sanções ficavam num horizonte distante, caso emblemático é o do ex-senador Luiz Estevão, condenado por fraudes na construção de um edifício para a Justiça do Trabalho em São Paulo, cujas denúncias vieram à tona em 1999, durante a CPI do Judiciário. Ele somente iniciou o cumprimento da pena em 2016.

Além disso, sua efetividade era também muito baixa, ou seja, poucas pessoas envolvidas em ilícitos sofriam condenação penal.

O mesmo ocorre com a apuração de danos ou tomadas de contas especiais. A apuração é iniciada pelo próprio órgão ou entidade, passa pelo órgão de controle interno para verificação e segue para julgamento pelo Tribunal de Contas competente.

Caso haja divergências, a pessoa jurídica pode ainda recorrer ao Poder Judiciário. Após o julgamento definitivo pelo Tribunal de Contas, o débito converte-se em título executivo extrajudicial e deve passar por um processo judicial de execução. Em virtude do tempo decorrido, há insegurança quanto às sanções aplicadas bem como em relação ao montante a ser pago, o que pode impactar na preservação da empresa.

O cálculo do valor a ser ressarcido também é impactado pelo tempo. Há grande dificuldade de comprovação de sobrepreço ou superfaturamento após certo prazo. Em obras complexas, como usinas hidrelétricas de grande porte ou refinarias,

é difícil a comparação de preços com obras semelhantes, dada sua singularidade. Em serviços, dada sua intangibilidade, também é difícil a auditoria posterior.

O impacto econômico costumava ser também reduzido, pois não havia o costume de o Poder Judiciário ou a Administração aplicar sanções que, no curto prazo, tivessem relevância na situação econômica da empresa.

Em projetos de grande porte, o padrão é o financiamento por terceiros, e não com capital próprio, ou seja, grandes empresas normalmente dependem de terceiros para financiar grandes projetos.

Os efeitos privados não decorrem somente da avaliação que o mercado faz das perdas potenciais da empresa, mas de quanto dura o processo que possa sinalizar a resolução do problema. Quanto mais tempo demora o processo de negociação do acordo de leniência, maiores as dúvidas quanto à continuidade da empresa.

Não se trata de um valor a ser ressarcido em função da descoberta do ato corrupto, dado que os empréstimos não representam nada mais do que uma obrigação por uma dívida contraída, e não uma sanção; por isso, o prazo de duração do processo pode gerar enorme ônus para a empresa, em virtude da tentativa de antecipação do vencimento e da dificuldade de adiar o pagamento das dívidas.

O impacto econômico para a sociedade não é elemento central para a empresa. De certa forma, ele serve como instrumento de pressão a ser explorado por ela contra a Administração Pública, normalmente comandada por políticos que prestam contas à sociedade quanto à perda de empregos e à paralisação de obras e serviços.

Quanto às sanções penais, o interesse das empresas depende de sua estrutura societária e de governança. Caso tenha uma estrutura profissionalizada, a pessoa jurídica poderá estar mais propensa a dispensar seus diretores ou empregados envolvidos nas irregularidades. Desse modo, uma atitude de plena colaboração da empresa auxiliará o Ministério Público na persecução penal das pessoas naturais.

Essa é a realidade da maioria das grandes empresas em países desenvolvidos, onde se afirma que o interesse das empresas também é fraco quanto à possibilidade de aplicação de sanções penais a seus colaboradores. Se tiver um programa sério de *compliance*, a empresa buscará antecipar-se a sanções de

autoridades públicas, reportando o problema e punindo preventivamente seu colaborador.

Por outro lado, em empresas familiares, cuja administração ainda repousa no apontamento de dirigentes com relações pessoais bastante próximas com os sócios da empresa, vislumbram-se maiores dificuldades na decisão de colaborar.

Nesse cenário, espera-se que no cálculo dos acordos os controladores da empresa considerem as repercussões criminais da colaboração, tal como o tempo de prisão que terão que cumprir as pessoas físicas implicadas, sobretudo os ocupantes de postos elevados. Esse parece ter sido o caso de boa parte das empresas envolvidas na Operação Lava Jato.

Isso porque, Bitar (2020, p. 319) afirma que:

depreende-se que o acordo de leniência da lei em comento não apresenta segurança aos delatores, ante a ausência de garantias de que as infrações reveladas não trarão implicações na esfera penal às pessoas físicas responsáveis por materializar a conduta ilícita, gerando dúvidas quanto aos reais benefícios do programa. Em relação às sanções aplicáveis, a celebração do acordo de leniência não exime a pessoa jurídica de proceder à reparação integral dos danos causados, além de não impedir que a empresa seja processada para aplicação das penalidades previstas no artigo 19, 1, II e II da Lei n. 12.846/2013, quais sejam: a) o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; b) a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; e c) a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

No geral, o custo de cumprimento das sanções era baixo. Assim, tradicionalmente a estratégia das empresas fundava-se na procrastinação dos processos administrativos e judiciais, com a utilização de todos os recursos disponíveis para adiar as decisões finais *sine die*.

É óbvio que antes de existir o acordo de leniência não havia sequer o instrumento de negociação que permitisse uma colaboração recompensada. No entanto, a simples introdução não foi suficiente como incentivo para a prática.

#### **4.1.2 Os interesses dos Entes Públicos**

Ao ente lesado, seja União, estados, Distrito Federal e municípios, ou suas entidades, interessa o ressarcimento efetivo e o prejuízo mínimo para a atividade



econômica, ou seja, o foco do ente público lesado é na diminuição do impacto econômico na sociedade e na restituição do valor a ser pago pela empresa.

Quanto ao impacto na economia, o interesse do ente lesado decorre dos efeitos diretos e das externalidades negativas. Diretamente, se há uma grande perda, a empresa corre o risco de não conseguir dar continuidade à obra ou ao serviço prestado.

Nessa situação, a Administração deverá iniciar outro processo licitatório, além de arcar com o custo de mobilização e desmobilização da obra ou da interrupção do serviço. Ademais, caso o impacto econômico seja muito forte, há reflexos nos empregos, na produção e na arrecadação de tributos.

Como o ente lesado está mais sujeito à cobrança popular que o Ministério Público e o Tribunal de Contas, é natural que se destaque mais o impacto econômico na sociedade. Os trabalhadores que perderem seus empregos cobrarão soluções dos políticos, e não dos membros do Ministério Público ou dos tribunais de contas.

A capacidade do Poder Público de restringir o acesso das empresas corruptoras a recursos públicos, minando suas principais fontes de renda foi uma mudança que proporcionou um incentivo às empresas para aderirem ao acordo.

Essa mudança decorreu em virtude da utilização mais célere e mais efetiva das sanções impeditivas de contratação com a Administração Pública, por meio da suspensão e da declaração de inidoneidade que, além do seu efeito direto, tiveram um efeito indireto: o desgaste da reputação da empresa.

Embora a Justiça possa decretar, inclusive preventivamente, vários tipos de bloqueios patrimoniais, esse não é um procedimento comum.

Dessa forma, o aumento na capacidade de impedir a empresa punida de obter novas contratações públicas também não decorreu de alteração legal, mas da mudança de procedimento da Administração Pública em relação a esse tipo de sanção.

Embora a suspensão e a declaração de inidoneidade, principais sanções administrativas que impedem as pessoas jurídicas de firmar novos contratos com a Administração Pública, já estivessem previstas na Lei de Licitações, a Lei n. 8.666/1993, sua aplicação em grandes casos passou a ocorrer posteriormente.

As sanções têm forte impacto, pois, uma vez aplicadas por qualquer ente, impedem que a empresa sancionada firme novos contratos com a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e todas as suas entidades vinculadas. Em empresas

que se especializaram em prestar serviços ao setor público, a impossibilidade de firmar novos contratos acarreta enorme impacto e prejuízo.

Na prática, esses efeitos se confirmaram, pois as empresas Delta e Gautama faliram e a Mendes Júnior entrou em processo de recuperação judicial.

A efetividade do bloqueio de novas contratações gerou também um impacto nas expectativas dos demais agentes econômicos sobre as empresas. Dessa forma, vários fornecedores e, principalmente, instituições financeiras, com presença frequente nos grandes projetos, passaram a avaliar os potenciais reflexos das sanções impeditivas de contratar com o Poder Público na saúde financeira das empresas.

Assim, após a verificação de efetividade do bloqueio de contratar nos primeiros casos na esfera federal, o anúncio de que determinada empresa poderia estar sujeita a uma sanção de inidoneidade já fez com que vários desses agentes, principalmente os bancos, revissem a nota de crédito e restringissem os financiamentos.

O ente lesado não se preocupa muito com o prazo de duração do ressarcimento. Possivelmente por temor de ser acusado pelos órgãos de controle de ter sido complacente com a empresa quanto ao valor devido, os representantes do ente lesado tendem a preocupar-se mais em cobrar valores significativos, mesmo que num prazo mais longo. O aspecto das sanções penais é visto pelo ente lesado como uma tarefa do Ministério Público.

Dessa forma, o interesse do ente lesado recai principalmente no impacto econômico sobre a sociedade e sobre o valor a ser pago. Mudanças de conduta da própria Administração Pública e a opção por dar maior atenção aos processos de proibição de contratação aumentaram seu poder de barganha nos acordos de leniência.

#### **4.1.3 Os interesses do Ministério Público Federal**

No âmbito das negociações, ao Ministério Público interessam essencialmente as questões penais delas decorrentes e o valor a ser pago pelas empresas corruptoras.

Saliente-se que os acordos de leniência no Brasil não tratam de questões penais.

A Lei n. 12.846/2013 trata somente de questões cíveis e administrativas.

Na esfera criminal, a colaboração premiada está prevista na Lei n. 12.850/2013.

Na instância civil, o Ministério Público pode ingressar com ação de improbidade para cobrar valores que entende devidos e inviabilizar o acordo de leniência.

Assim, o Ministério Público se torna um agente essencial na negociação dos acordos de leniência, sendo fundamental o olhar que esse órgão terá sobre o aspecto penal, que certamente tem influência nesse processo.

Adiciona-se que o Ministério Público Federal criou escritórios e uma câmara de revisão centrados em corrupção, nos quais o mesmo procurador atua tanto na instância cível, com relação aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei n. 8.429/1992, como na criminal, relativamente aos crimes praticados por funcionário público ou particular contra a Administração.

Quanto às questões penais, não existe responsabilidade penal de pessoa jurídica no Brasil, com exceção dos crimes ambientais (nos termos do art. 225, § 3 da CF), de forma que nesse campo se trata exclusivamente de pessoas naturais.

Ainda que se trate de pessoas jurídicas, o tipo de relação que as pessoas naturais envolvidas com os atos lesivos contra a Administração mantêm com a empresa tem enorme influência nas decisões sobre participação no acordo de leniência.

Em empresas em que os dirigentes sejam ao mesmo tempo proprietários, a revelação de fatos que os incrimine poderá levá-los à prisão, de sorte que a empresa considerará essa questão de maneira bastante clara. Em empresas em que a direção é profissionalizada, a sanção penal terá pouca ou nenhuma influência sobre os custos da punição.

Em relação ao pagamento, o Ministério Público tem adotado, inclusive na Operação Lava Jato, a estratégia que consiste em negociar um valor, defini-lo como reparação civil e dar-lhe um caráter abrangente, envolvendo tanto o ressarcimento de danos quanto a multa. Seria, na verdade, uma espécie de adiantamento, que posteriormente poderia ser revisto pelos órgãos de controle interno e externo, caso se comprovassem danos de maior valor.

O prazo e os elementos de coerção para pagamento têm aparecido como uma preocupação menor do Ministério Público, que tem demonstrado preferência por obter elevadas quantias pagas pelas empresas, mesmo que em prazos longos.

Embora não seja competente, por lei, para celebrar acordos de leniência, o Ministério Público participa dos acordos de leniência, com base nos artigos art. 129, inciso I, da Constituição Federal; art. 5º, 5º 6º, da Lei n. 7.347/1985; art. 26 da Convenção de Palermo; art. 37 da Convenção de Mérida; art. 3º, §2º e 53º do Código de Processo Civil; arts. 840 e 932, incisos II, do Código Civil; arts. 16 a 21 da Lei n. 12.846/2013; Lei n. 13.140/2015.

Há amplo debate sobre o crescimento do papel do Ministério Público após a Constituição Federal. Autores como Arantes (2002), que adotam uma postura crítica em relação à ampliação desses poderes, destacam sobretudo um aspecto negativo quanto à ampliação dos instrumentos de controle dos governantes pelo Ministério Público.

No caso dos acordos de leniência, a substituição não se dá em relação a membros da sociedade civil, mas representa uma nova forma de atuação. Mesmo sem ter recebido competência legal expressa, o Ministério Público passa a celebrar acordos de leniência com pessoas jurídicas validados pelo Poder Judiciário.

Essa legitimação estaria ligada a algumas garantias de que gozam os membros do Ministério Público: serem escolhidos por meio de concurso público e usufruírem de vitaliciedade, de modo que, em tese, teriam maior isenção para apurar tais casos.

Há, nesse quesito, uma desconfiança quanto aos governantes eleitos e seus representantes para a celebração dos acordos de leniência, em vista da possível participação de quadros políticos em casos de corrupção, o que poderia ensejar o comprometimento dos negociadores, segundo a visão do Ministério Público.

Como o acordo de leniência pode ser firmado por estados e municípios, não se deve menosprezar que a atuação do Ministério Público possa trazer maior segurança ao processo como um todo, inclusive por sofrerem pressão menor econômica e social.

Essa atuação ganhou maior força com a alteração da Lei de Improbidade Administrativa, realizada pela Lei n. 13.964/2019, cujo art. 17, § 1º, passou a prever a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. Como o Ministério

Público é titular da ação de improbidade administrativa, ganhou ainda mais força para atuar nos acordos de leniência.

#### **4.1.4 Os interesses do Tribunal de Contas da União**

Embora não previsto como participante no acordo de leniência pela Lei, com fundamento em suas competências constitucionais, embora não previsto, o Tribunal de Contas da União entendeu que lhe caberia avaliar, sobretudo, os valores ressarcidos.

Dessa forma, o modelo previsto incorporou um elemento de complexidade quando, no âmbito federal, o Tribunal de Contas da União indicou sua participação no processo, com base em suas competências constitucionais.

O TCU entendeu que não lhe cabia sentar-se à mesa de negociações, mas determinou o acompanhamento dos acordos e indicou que daria a palavra final quanto aos valores, com fundamento no art. 71, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ao longo do tempo, o TCU tem demonstrado elevada preocupação com o ressarcimento integral do dano, ao passo que por razões distintas o Poder Executivo e o Ministério Público têm sido mais abertos à concessão de descontos em relação aos valores considerados devidos, notadamente por se concentrarem respectivamente no impacto econômico sobre a sociedade e na punição dos responsáveis.

Uma questão que ultrapassa os acordos de leniência e se apresenta do Direito Administrativo brasileiro é a da indisponibilidade de negociação de valores devidos ao Poder Público.

A dificuldade que se impôs nos acordos de leniência trouxe à tona a discussão de dois pontos. Em primeiro lugar, o Estado brasileiro tem necessidade de aumentar a efetividade dos processos de cobrança de valores.

Fortes elementos indicam que os processos de cobrança são extremamente ineficazes, e somente uma pequena parcela apurada efetivamente ingressa nos cofres públicos, tanto em decisões do TCU como nas execuções da dívida ativa de natureza fiscal. Os acordos abriram espaço para tornar esse aspecto mais efetivo.

Outro ponto que se destaca é a capacidade de a pessoa jurídica arcar com o ressarcimento como elemento a ser considerado. Experiências anteriores à Lei

Anticorrupção de aplicação de sanção de inidoneidade levaram as empresas sancionadas a processos de falência e, conseqüentemente, de inadimplemento de valores devidos.

Reafirma-se que, no âmbito dos acordos de leniência, o TCU tem atuado como revisor, e não como um participante da negociação.

Por fim, aponta-se que o TCU demonstrou pouca preocupação com o prazo e elementos de coerção para o pagamento, o impacto econômico na sociedade e as sanções penais. Em relação às questões penais, a preocupação escapa das suas competências.

#### 4.2 O AVANÇO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO BRASIL

Observa-se, inicialmente, que os resultados empíricos sobre o grau de incentivos de fato obtido pelos programas de leniência variam conforme sua formulação no ordenamento, bem como de fatores conjunturais, como o número de membros do conluio (Hamaguchi; Kawagoe; Shibata, 2005).

No Brasil, ao longo dos anos o Programa de Leniência ganhou força e vem sendo aperfeiçoado, constituindo-se como importante agente no combate aos cartéis no país:

O programa de leniência não é um fim em si mesmo, mas um importante mecanismo para dissuadir condutas uniformes lesivas à concorrência, este sim um fim da política de defesa da concorrência. O mesmo se aplica à eliminação de 'obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis, mandados de busca e apreensão, métodos estatísticos para detecção de cartéis (Brasil, 2008c).

A partir de experiências estrangeiras, verificou-se o potencial da cooperação entre agentes delatores e órgãos de defesa das concorrências. Por exemplo, nos Estados Unidos, "entre 70% e 80% dos casos de cartel e outras condutas anticompetitivas são abertos a partir de denúncias feitas por empresas ou pessoas físicas participantes de tais crimes" (Carvalho; Ragazzo, 2013, p. 164).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica vem reafirmando o crescimento do Programa, bem como pontuando sua relevância para os esforços de combate aos cartéis.

Pontua-se que de 2003 até 2014 foram assinados 40 (quarenta) Acordos de Leniência e 9 (nove) Aditivos a Acordos de Leniência. Em 2015 o CADE divulgou

novos dados que indicam 8 (oito) novos Acordos de Leniência e 4 (quatro) Aditivos a Acordos de Leniência.

Dos recentes dados apresentados pelo referido órgão de defesa da concorrência, tem-se que o número de Acordos firmados em 2015 foi expressivo se comparado a outros anos. No ano de 2010, assim como em 2015, 8 (oito) Acordos também foram assinados. Apenas em 2012 o número foi superado, quando 10 (dez) Acordos foram registrados.

Desde a implantação do Programa no país, 48 (quarenta e oito) acordos foram firmados, bem como 13 (treze) aditivos assinados.

O CADE divulgou o Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste, atualizado em 2017, constituindo-se em relevante material de apresentação da proposta do Programa, bem como possibilitando o esclarecimento do funcionamento do mesmo para toda a sociedade:

O presente Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade (Programa de Leniência) consiste em um documento consolidado com as melhores práticas e procedimentos usualmente adotados para negociação de Acordos de Leniência Antitruste do Cade (Acordo de Leniência). O objetivo é registrar a memória institucional e servir de referência para negociações futuras, norteando servidores, advogados e sociedade nos procedimentos dessa relevante atividade para a política brasileira de defesa da concorrência e de combate a cartéis e práticas anticoncorrenciais coletivas (Brasil, 2017c).

É possível verificar que o avanço do Programa está relacionado com o progresso legislativo quanto à matéria da defesa da concorrência.

A aplicação da Lei 12.529/11 começou envolta em expectativas, dúvidas, desconfianças e algumas críticas, mas era pacífico entre os especialistas que a política brasileira de defesa da concorrência precisava de aperfeiçoamento (Carvalho; Ragazzo, 2013, p. 143).

Notava-se, portanto, no cenário que antecedeu a promulgação da Lei n. 12.529/2011 “necessidade de promover mudanças legislativas para alcançar a modernização estrutural na defesa da concorrência” (Brasil, 2008c).

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vem empenhando esforços na tentativa de promover melhorias, visando transformar o CADE em um órgão mais eficiente e eficaz a cada dia.

Nesse sentido, “Observadores internacionais e especialistas nos temas da concorrência são unânimes ao destacar os avanços alcançados pelo Cade nos últimos anos” (Brasil, 2008c).

Para demonstrar o avanço da atuação da SBDC, cumpre ressaltar o que constatou ao apresentar uma importante revista britânica:

Uma das referências internacionais sobre assuntos concorrenciais é a revista britânica *Global Competition Review – GCR*, única a fazer uma cobertura sistemática dos temas do antitruste no mundo e avaliar, anualmente, o desempenho de todos os países na área. A revista classificou o SBDC, em 2010, com três estrelas e meia da cinco possíveis no ranking que a publicação elabora. Em 2003, a revista havia conferido ao SBDC apenas uma estrela e meia (Carvalho; Ragazzo, 2013, p. 171).

Esta mesma revista considerou que o CADE superou as expectativas no ano de 2012, na ocasião da transição para a Lei nº 12.529/2011. Insta ressaltar também que as avaliações positivas das publicações da GCR “colocou a autoridade de defesa da concorrência do Brasil na categoria das agências “muito boas” do mundo – abaixo somente dos órgãos dos Estados Unidos, União Europeia, França, Alemanha, Reino Unido e Japão” (Carvalho; Ragazzo, 2013, p. 172).

Importante ressaltar que o crescimento do órgão não contribui apenas com o aperfeiçoamento do Programa de Leniência, mas com a defesa da concorrência como um todo.

Pois bem, em meio às conquistas no âmbito da defesa da concorrência ao longo dos anos, no ano de 2008, o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, mediante decreto, estabeleceu o dia 8 de outubro como Dia Nacional do Combate a Cartéis.

Ressalta-se que a data faz referência ao dia da assinatura do primeiro Acordo de Leniência, no ano de 2003. Eis a representação simbólica de que “a leniência se consolidou como um efetivo instrumento de investigação do SBDC” (Carvalho; Ragazzo, 2013, p. 100).

#### 4.3 PERSPECTIVA DE UM SISTEMA UNIFICADO DO INSTITUTO DE ACORDO DE LENIÊNCIA ANTE A MULTIPLICIDADE DE ATORES GOVERNAMENTAIS



O grande número de atores governamentais que podem atuar quando um ato lesivo é cometido tem contribuído para que o instrumento do acordo de leniência adquirisse um elevado nível de complexidade e um elevado grau de imprevisibilidade.

Nesse sentido, alguns debates têm indicado a necessidade de se criar um “balcão único” para as empresas interessadas em celebrar um acordo de leniência (Macedo; Sant’ana, 2019).

A ideia do balcão único materializa o anseio da empresa em ter clareza acerca do procedimento a adotar se decidir colaborar com o Estado, reunindo num único caminho uma forma de resolução de suas possíveis pendências com o Estado em face de todos os órgãos públicos legitimados.

A solução de um balcão único pode ser alcançada por meio de três caminhos: a) alteração legislativa; b) criação de arranjos institucionais previamente definidos; e c) consolidação da jurisprudência sobre o tema.

A solução mais sólida e segura seria a criação de uma norma jurídica que definisse qual entidade seria competente para assinar um acordo de leniência abrangente. No entanto, cada ator envolvido parece, conforme apontado no capítulo anterior, querer maximizar o seu poder de ação para obter a satisfação dos seus interesses em vez de agir em concertação com outros na nova estrutura de governação.

Uma solução legislativa poderia ser organizada por um poder executivo, como a Casa Civil ou o Ministério da Justiça, com base no diálogo com todas as partes interessadas. No entanto, o processo legislativo ainda não parece ter conseguido chegar a um consenso acerca de como editar tal norma. A esse respeito, vale lembrar a mal-sucedida tentativa aventada pela edição da Medida Provisória n. 703, de 2015.

Ainda que o texto merecesse aperfeiçoamento, a proposição previa de forma mais explícita a participação das diversas instituições governamentais, bem como quais seriam os respectivos efeitos específicos gerados conforme o acordo contasse com um maior número de entidades em sua celebração. Mesmo assim, a Medida Provisória não foi acolhida pelo Congresso Nacional, tampouco provocou um aprofundamento do debate das funções.

Na ausência de previsão normativa, outro caminho a ser trilhado é o da cooperação institucional direta entre os entes governamentais envolvidos no tema. Uma prévia definição do papel de cada entidade, ainda que constituída pela prática

ou baseada em acordos de colaboração, traria maior previsibilidade para o candidato à leniência, além de reduzir o número de conflitos institucionais.

Foi aparentemente dentro desse espírito que, em agosto de 2020, o Ministério da Justiça, a CGU, a AGU e o TCU firmaram o Acordo de Cooperação Técnica em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei n. 12.846, de 2013.

Esse instrumento visou estabelecer um conjunto de princípios aplicáveis à celebração dos acordos de leniência, o reconhecimento das competências de cada instituição e as medidas a serem adotadas para assegurar um ambiente de maior cooperação e consequente solidez aos acordos celebrados.

Ocorre que a própria celebração de tal acordo não contou com a participação do MPF. Por meio de manifestação técnica, entendeu que o acordo não contemplava de forma adequada suas competências constitucionais e não contribuía para o incremento da segurança jurídica no regime legal dos acordos de leniência previstos na Lei n. 12.846/2013. Observa-se, que o acordo não pode trazer a segurança jurídica que se almejava, por não incluir o Ministério Público Federal.

Por fim, outro caminho possível para trazer maior previsibilidade e segurança na celebração de acordos de leniência é o da consolidação via jurisprudência. Apesar de mais lento na implementação, a partir do ajuizamento de ações e decisões pode-se ter a construção de um entendimento do Poder Judiciário acerca dos efeitos gerados por cada acordo de leniência.

Normalmente, esse caminho partirá de casos concretos em que uma pessoa jurídica que celebrou acordo com um dos entes se percebe prejudicada pela ação de outro ente que não tomou parte do acordo.

Sobre essa possibilidade, uma decisão do Supremo Tribunal Federal limitou a capacidade do TCU em sancionar pessoas jurídicas que tenham celebrado acordos de leniência com a CGU e o MPF.

No voto conjunto nos Mandados de Segurança nos 35.435, 36.173, 36.496 e 36.526 (Brasil, 2021), o ministro Gilmar Mendes discorreu de forma detalhada acerca da complexidade do tema dos acordos de leniência num cenário de órgãos governamentais com diversidade de competências:

Considerando a complexidade da matéria gerada a partir da intrincada rede de regimes de responsabilização anticorrupção, o presente voto analisa cuidadosamente as principais características dos acordos de

leniência disponíveis no ordenamento jurídico pátrio, com o intuito de estabilizar de forma clara as hipóteses de cabimento desses acordos, os requisitos de sua celebração e, principalmente, os possíveis benefícios deles decorrentes em cada uma das esferas de responsabilização.

De forma sucinta, aqueles mandados de segurança foram impetrados por empresas que celebraram acordos de leniência com alguma instituição estatal – a AGU, a CGU, o MPF ou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Em alguns casos específicos, empresas celebraram acordos de forma conjunta com a AGU e CGU e, em outras situações, com o MPF e o Cade. Dentre as impetrantes, apenas Andrade Gutierrez conseguiu assumir o compromisso perante os 4 (quatro) órgãos.

Apesar de terem celebrado acordos de leniência, as pessoas jurídicas foram sancionadas ou ameaçadas de serem sancionadas pelo TCU pelos mesmos fatos objeto dos acordos. Por isso, as empresas demandaram por segurança para afastar a possibilidade de sofrerem sanção do TCU.

O Ministro Gilmar Mendes apresentou que: “o estudo aqui desenvolvido diagnosticou importantes assimetrias nas previsões de imunização geradas por cada um desses acordos, o que pode comprometer a segurança jurídica desses instrumentos”. Mais a frente, apontou que:

Diante desses termos pactuados, é importante que a Administração Pública atue de forma coordenada, e não de maneira contraditória e incoerente, de modo a se gerar a aplicação de sanções como se não houvesse colaboração voluntária. É uma responsabilidade do Estado zelar para que as empresas investigadas não tenham a percepção de que a Administração Pública está desonrando os seus compromissos. (Brasil, 2021).

Assim, por todas as razões expostas, a possibilidade de o TCU impor sanção de inidoneidade pelos mesmos fatos que deram ensejo à celebração de acordo de leniência com a CGU/AGU não é compatível com os princípios constitucionais da eficiência e da segurança jurídica.

Ou seja, STF acolheu o argumento de que a possibilidade de o TCU sancionar empresas que celebraram acordo de leniência com outras autoridades fragilizaria o instrumento legal, tornando ineficiente a ação estatal.

Deste modo se posicionou o ministro relator:

Embora a sanção de inidoneidade aplicada com base na Lei 8.443/1992 não esteja contemplada expressamente na Lei Anticorrupção, a aplicação desta penalidade pela Corte de Contas resultará em ineficácia da cláusula que prevê a isenção ou a atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei n. 8.666/1993, por consequência, esvaziando a força normativa do art. 17 da Lei 12.846/2013, pois os efeitos práticos das sanções mencionadas são semelhantes, senão coincidentes (Brasil, 2021, p. 49).

Apesar do importante avanço ao conferir maior previsibilidade aos efeitos dos acordos de leniência, o STF ainda não se manifestou quanto à possibilidade de acordos celebrados pelo MPF poderem, por exemplo, afastar a competência específica da Administração Pública de impor as sanções administrativas previstas pela Lei n. 12.846/2013.

Observa-se que a problemática no que se refere à ausência ou mesmo a insuficiência de parâmetros no momento de decidir afeta o estabelecimento de probabilidade acerca dos efeitos da decisão de celebrar acordo.

Para mitigar a insegurança jurídica decorrente da ausência ou insuficiência de parâmetros, torna-se indispensável, portanto, pensar também na formulação e no respeito aos precedentes. Nessa linha, os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015a) que disciplinam a matéria:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Ou seja, há um esforço do ordenamento pátrio para que os tribunais uniformizem e sigam suas próprias decisões, a fim de manter o sistema íntegro e coerente. Ainda:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores (Brasil, 2015a).

No mesmo sentido, os tribunais e juízes devem também seguir as decisões do STF, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetidas, os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e os do STJ em matéria infraconstitucional. Gico Júnior (2012, p. 24) esclarece que:

De início é importante chamar a atenção para o fato de não haver a figura de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. O nosso sistema jurídico, de origem romano-germânica, é baseado em leis e códigos, isto é, em normas escritas. Assim, quando as partes de uma disputa são incapazes de chegar a um acordo, elas levam sua questão (lide) para ser decidida por um magistrado. No curso do processo, para que possa tomar uma decisão sobre a lide, primeiro, o magistrado deve decidir qual a legislação aplicável ao caso concreto. Essa legislação, normalmente, estabelece uma regra de decisão, que o magistrado usará para analisar o caso. Uma vez identificada (ou

decidido) qual a regra aplicável, basta ao magistrado realizar um exercício de subsunção entre a regra jurídica escolhida e os fatos demonstrados no processo para decidir quem tem razão (...) Como nesse sistema a regra aplicável ao caso concreto é aquela já prevista na legislação, o exercício de subsunção realizado pelo magistrado – em princípio – não seria relevante, pois tudo que o magistrado precisa saber para os próximos casos é a regra jurídica, que está contida na lei e não na decisão judicial anterior. É por isso que no Brasil se diz que uma decisão judicial vincula apenas as partes envolvidas no processo e não gera qualquer tipo de limitação ou vinculação para magistrados em outras decisões futuras. O que vincula é (ou seria) a regra estabelecida pela lei e não a interpretação da regra adotada por algum magistrado, ainda que de uma instância superior. Em resumo, no Brasil, a jurisprudência, conjunto de decisões anteriores, não tem força vinculante, mas apenas persuasiva.

Mais a frente afirma que “argumentamos que apesar de o nosso sistema ser preponderantemente baseado em leis e códigos, não raras vezes o Judiciário cria regras jurídicas a despeito do que prevê a legislação (mesmo na ausência de lacuna jurídica”.

Acrescentam Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 441) que precedente é “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. Sobre o tema, Goulart (2018, p. 168) aponta que:

Dessa forma, caso seja devidamente aplicado e cumprido pelos tribunais e órgãos judiciários, o sistema de precedentes adicionará ao processo decisório das partes a previsibilidade, informações precisas e substanciais acerca das questões de direito que fundamentam suas potenciais ações judiciais. Em outros termos, com a efetiva implementação do sistema de precedentes é consequência lógica que a atual e considerável imprevisibilidade dos provimentos jurisdicionais seja mitigada e, por corolário, o próprio campo de atuação do viés otimista tenderá a diminuir.

Por fim, Navarro Wolkart (2018, p. 352) acrescenta:

Precedentes fixados pelo STF ou pelo STJ, principalmente no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral e recursos especiais repetitivos (muitas vezes sumulados), deveriam ser mais genéricos, com diminutas taxas de depreciação no tempo. As tramas abertas do tecido de precedentes produzido pelas cortes superiores vão sendo refinadas pelas instâncias inferiores, ganhando as amarras necessárias à fixação dos precedentes aos casos concretos (...) é absolutamente fundamental que as cortes mantenham e respeitem os próprios precedentes.

Em resumo, embora a participação dos atores acima mencionados pudesse assegurar maior credibilidade ao acordo de leniência, principalmente em virtude da atuação fiscalizatória do Ministério Público e do Tribunal de Contas, a falta da delimitação do papel de cada um acaba por obstar um resultado mais efetivo e célere quanto à celebração de acordos de leniência.

Diante do quadro atual, pensar apenas em uma solução como a legislativa se torna insuficiente, bem como a criação de cooperação institucional e jurisprudencial. Nesse sentido, o que poderá ser mais efetivo é encontrar frentes diferentes para atacar o problema.

Apostar apenas em uma das medidas, como foi visto acima, acaba, por vezes, por impedir o ideal de cooperação institucional almejado pelo sistema. Portanto, encontrar diversas frentes para atacar a questão pode se apresentar como mais efetivo e contemplar os interesses dos agentes de maneira mais abrangente.

A lei é um mecanismo de incentivo e desincentivo de comportamento quando diminui a assimetria informacional dos agentes quanto às suas funções e quando diminui ou mitiga as possíveis interpretações.

Não apenas a lei, como a união de esforços das instituições envolvidas ou o balcão no acordo se apresenta como um importante pilar da mudança de rumo para a insegurança constatada. Nesse mesmo sentido, a criação de precedentes pode fortalecer as duas primeiras mudanças sugeridas.

Dessa forma, observa-se que a criação de sistema unificado deve ser atingida por diferentes estratégias: legal, jurisprudencial e por cooperação institucional.

## 5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, verifica-se que o Acordo de Leniência é um instrumento vindo em boa hora e pode ter grande aplicação e efetividade, sempre a depender de uma interpretação jurídica apurada e constitucional.

O Acordo de Leniência surgiu no Direito Estadunidense em meados da década de 1970 do século passado, buscando reprimir atos Antitrustes, contudo, passou por um aperfeiçoamento na década de 1990, o que assegurou uma maior efetividade do instituto.

No Brasil, o instituto surgiu no ano de 2000, também com a finalidade de combater ato antitruste, mormente atos de cartéis, mais adiante, com o surgimento da Lei Empresa Limpa no ano de 2013, o instrumento ganhou importância na repressão de atos de corrupção.

Contudo, mudanças ocorridas nos últimos anos no Brasil aumentaram o custo de cumprimento das sanções pelas empresas, o que favorece a celebração de acordos, pois a alternativa torna-se mais onerosa para as empresas.

Dessa forma, a empresa que cometeu um ato lesivo contra a Administração Pública poderá assinar um acordo de leniência anticorrupção se os benefícios dele resultantes forem maiores que seu custo, o que envolve basicamente o valor que ela terá que pagar, os prazos e condições desse pagamento e os efeitos das sanções penais.

No entanto, o acordo de leniência não tem funcionado da forma como deveria, tendo em vista que a insegurança jurídica em torno da sua utilização acaba por desencorajar o seu emprego.

Há uma instabilidade gerada na prática por meio dos papéis desempenhados pelos órgãos de controle no combate à corrupção, sobretudo quanto à distribuição de competências entre os agentes públicos. Isso porque os interesses dos órgãos públicos envolvidos na celebração dos acordos de leniência são distintos, dependendo de cada participante.

O Ministério Público busca maximizar as condenações penais e os valores pagos pelas empresas. O ente lesado, União, estado, município, Distrito Federal ou suas entidades, busca minimizar os impactos na atividade econômica e maximizar o ressarcimento. O Tribunal de Contas busca maximizar o ressarcimento.



Essas decisões são tomadas em instâncias distintas: penal e cível, no caso do Ministério Público, e administrativa, no caso do ente lesado e do Tribunal de Contas.

Como se trata de um processo negocial, em que as competências envolvendo os três participantes do setor público (Ministério Público, ente lesado e Tribunal de Contas) não estão bem definidas, cria-se uma incerteza no processo, havendo a oportunidade de que cada um desses partícipes invalide a negociação travada pelo outro, ao aplicar sanção no âmbito de sua competência.

Essa possibilidade é um elemento que implica extrema instabilidade. Embora a participação desses três atores pudesse assegurar maior credibilidade ao processo, principalmente em virtude da atuação fiscalizatória do Ministério Público e do Tribunal de Contas, a falta da delimitação do papel de cada um acaba por obstar um resultado mais efetivo e célere quanto à celebração de acordos de leniência.

Embora tenha ocorrido mudanças legais, facilitando a investigação e a comprovação das condutas ilícitas praticadas pelas empresas, atualmente há um arranjo institucional complexo, com sobreposição de competências e divergência de interesses.

Desta feita, a empresa não tem garantias de que uma vez firmado o acordo, o pacto não será objeto de questionamentos, acréscimos, revisão ou desconsideração pelas autoridades, demonstrando assim ausência de paridade equilíbrio na relação entre as partes.

Na esteira deste raciocínio, considerando necessária proteção de uma parte contra aquela sobre a proibição de posição jurídica em contradição com um comportamento assumido antes de criar certa expectativa', o Estado, ao romper unilateralmente o acordo de leniência, age de maneira contraditória, inadimplindo o contrato pactuado com a empresa e resultando na quebra dos princípios da lealdade e confiança contratuais

Assim, a retirada das benesses concedidas ao signatário rompe com a fidelidade firmada entre este e o Estado, o que compromete a higidez do instituto e inibe a celebração de novos acordos.

Portanto, apresentaram-se algumas alternativas: a criação de um balcão único que pode ser alcançado, basicamente, por meio de três caminhos alternativos: a) alteração legislativa; b) criação de arranjos institucionais previamente definidos; e c) consolidação da jurisprudência sobre o tema.

Diante do quadro atual, pensar apenas em uma solução como a legislativa se torna insuficiente e demanda impulsionamento dos envolvidos, bem como pensar na criação de cooperação institucional, que deverá incluir o Ministério Público Federal, diferentemente da cooperação já proposta e jurisprudencial, a ser construída. Nesse sentido, o que é mais efetivo é encontrar frentes diferentes para atacar o problema.

Um sistema unificado do acordo de leniência executado por meio de instrumentos de coordenação que, se adotados, poderiam auxiliar na redução da descoordenação institucional e da insegurança jurídica, já que da forma como vem sendo executada, não está sendo suficiente para a preservação da função social da empresa, ante a falta de delimitação do papel de cada um deles e de regras de coordenação que acabam por impedir um resultado mais efetivo decorrente da celebração de acordos de leniência.

## REFERÊNCIAS

- ALSCHULER, Albert W. Criminal Corruption: Why Broad Definitions of Bribery Make Things Worse. **Fordham L. Rev.**, v. 84, p. 463, 2015.
- ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Impactos da operação Lava Jato no Estado democrático de Direito. **R. Int. de Dir. Público – RIDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 199-221, jan./jun. 2018.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e Política no Brasil**. [S. l.]: EDUC-Sumaré-Fapesp, 2002.
- ATIENZA, Manuel. Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 5 set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professoruniversidade-alicante>. Acesso em: 26 set. 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BERTONCINI, Mateus. Do acordo de leniência. Comentários aos artigos 16 e 17. *In*: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BERTONCINI, Mateus (Org.) **Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013**. São Paulo: Almedina, 2014.
- BITAR, Walier Barbosa. **Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BLUM, Ulrich; STEINAT, Nicole; VELTINS, Michael. On the rationale of leniency programs: a gametheoretical analysis. **European Journal of Law and Economics**, [s. l.], v. 25, n. 3, p. 209-229, 2008.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30 out. 2023.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.004992/2007-43**. Rel. Conselheiro Paulo Furquim. Julgamento: 17 dez. 2008c.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: Gabinete da Superintendência-Geral, 2017c. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp73.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro e 1998.** Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%2011.101-2005?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2011.101-2005?OpenDocument). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: DF, Presidência da República, 2015a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016.** Altera as Leis nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória nº 717, de 16 de março de 2016. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13341.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13341.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017.** Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da

Comissão de Valores Mobiliários [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2017b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm). Acesso em: 20 mar.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Portaria n. 677, de 10 de março de 2017**. Aprova o Regimento Interno do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), órgão central do Sistema de Controle Interno, do Sistema de Correição e das unidades de Ouvidoria do Poder Executivo Federal, e o seu Quadro Demonstrativo de Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da CGU. Brasília, DF: Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, 2017a.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Resolução n. 1, de 29 de maio de 2012**. Aprova o regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE. Brasília, DF: Presidência do Conselho Interino, 2012. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/upload/RICADE%20%20com%20marcas\\_01\\_out\\_2014\\_Resolucao%2008.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/RICADE%20%20com%20marcas_01_out_2014_Resolucao%2008.pdf). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Mandado de Segurança 36.173/DF - Distrito Federal**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 30 mar. 2021. Publicação: 02 jul. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur449897/false>. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.819-2/MG**. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento: 24 out. 2007. Publicação: 28 mar. 2008b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90178/false>. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 197917 / SP - SÃO PAULO**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 06 jun 2002. Publicação: 07 maio 2004a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur12989/false>. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 266994 / SP - SÃO PAULO**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 31 mar. 2004. Publicação: 21 maio 2004b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13042/false>. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 560626/RS – Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 12 jun. 2008. Publicação: 05 dez. 2008a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur1936/false>. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa – TCU nº 74, de 11 de fevereiro de 2015**. Dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União, com base no art. 3º da Lei n.º 8.443/1992, quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei 12.846/2013. Brasília, DF: Presidente do TCU, 2015b.

CALABRESI, G. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. **The Yale Law Journal**, New Heaven, v. 70, n. 4, p. 499–553, 1961.

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2007. p. 33-73

CARUSO, Antonio. Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission. **Journal of European Competition Law & Practice**, [s. /], V. 1, Issue 6, 1 December 2010, Pages 453–477. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpq059>. Acesso em: 30 out. 2023.

CARVALHO NETO, Frederico Costa; PASSARELI, Rosana Pereira. A função social da empresa. **Prisma Jurídico**, v. 15, n. 2, p. 175-199, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. **Revista Dialógo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio 2007.

CARVALHO, Vinicius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/livro-50-anos/livro-defesa-da-concorrenca-no-brasil-50-anos.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

CASO Lava Jato: entenda o caso. **Ministério Público Federal**, Brasília, [2023]. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso>. Acesso em: 30 out. 2023.

CAUFFMAN, Caroline. The interaction of leniency programmes and actions for damages. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, [s. l.], n. 2011/34, p. 181-220, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1941692>. Acesso em: 30 out. 2023.

CHEN, Joe; HARRINGTON JR, Joseph E. The impact of the corporate leniency program on cartel formation and the cartel price path. **Contributions to Economic Analysis**, [s. l.], v. 282, p. 59-80, 2007.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Princípios do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, [s. l.], v. 50, p. 57-74, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 85, n. 732, p. 38-46, 1996.

COOTER, R.; RUBINFELD, D. Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. **Journal of Economic Literature**, Tennessee, v. 27, n. 3, p. 1067–1097, 1989.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [s. l.], p. 327-352, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Andrade. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. *In*: CARRAZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio; NERY JR., Nelson. Efeito ex nunc e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2007.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GEORGE J. Stigler – Facts. **The Nobel Prize**. Nobel Prize Outreach, [s. l.], 2023. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1982/stigler/facts/>. Acesso em: 30 out. 2023.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, [s. l.], v. 1, n. 1, 2010, p. 20.

GICO JÚNIOR, Ivo T. **A tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. xv, 146 f., il. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. In: **Seqüência**. [s. l.], v. 35, n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. 409 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106450>. Acesso em: 23 jun. 2015.

GOULART, Bianca Bez. **Análise Econômica da Litigância**: entre o modelo da escolha racional e a economia comportamental. 2018. 211 f. Dissertação (Mestrado profissional em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/205185/PDPC-P0015-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 out. 2023.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIMARAES, Denis. Interface between the Brazilian Antitrust, Anti-Corruption, and Criminal Organization Laws: The Leniency Agreements (Short Version). **Brazilian Antitrust Law (Law 12,529/11)**, [s. l.], v. 5, 2017.

HAMAGUCHI, Yasuyo; KAWAGOE, Toshiji; SHIBATA, Aiko. **An experimental study of leniency programs**, [s. l.], 2005. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/5020545\\_An\\_Experimental\\_Study\\_of\\_Leniency\\_Programs](https://www.researchgate.net/publication/5020545_An_Experimental_Study_of_Leniency_Programs). Acesso em: 30 out. 2023.

HAMMOND, Scott D. Cornerstones of an effective leniency program. In: **ICN Workshop on Leniency Programs**, Sydney. fne. gob. cl, 2004. p. 22-23.

HARET, Florence; CARNEIRO, Jerson. **Vilém Flusser e juristas**: comemoração dos 25 anos do grupo de estudos Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Noeses, 2009.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei anticorrupção**: Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015.



HERTOG, Johan Den. General Theories of Regulation. **Encyclopedia of Law and Economics**, Volume III. The Regulation of Contracts, Cheltenham, v. 3, p. 223–270, 2000.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOEHLER, Mike. The Story of the Foreign Corrupt Practices Act. **Ohio State Law Journal**, Columbus, v. 73, n. 5, p. 929-2012, 2012.

LUZ, Reinaldo Diogo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency, collusion, corruption, and whistleblowing. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 13, n. 4, p. 729-766, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2773671>. Acesso em: 30 out. 2023.

MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT'ANA, Raquel. Balcão Único Para Negociação de Acordos de Leniência no Brasil (Leniency Agreements in Brazil: The Proposition of 'One-Stop Shop'). **SSRN**, [S. l.], 2019, p. 1-36. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3424277>. Acesso em: 30 out. 2023.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005

MORCHÓN, Gregorio Robles. **As regras do Direito e as regras dos jogos ensaio sobre ateoria analítica do direito**. São Paulo: Noeses, 2011.

MOTCHENKOVA, Evguenia. **Effects of leniency programs on cartel stability**. Tilburg University, Department of Econometrics & OR and Center, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=617224>. Acesso em: 30 out. 2023.

NERY JR., Nelson; CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 356-376.

O'BRIEN, Anne. Leadership of Leniency. *In*: BEATON-WELLS, Caron; TRAN, Christopher (coord.). **Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion**. Oxford: Hart Publishing, 2015, cap. 3.

OECD. **Resolving foreign bribery cases with non-trial resolutions**: settlements and non-trial agreements by parties to the Anti-Bribery Convention. [S. l.]: OECD, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.htm>. Acesso em: 10 dez. 2021.

OECD. **Using Leniency to Fight Hard Core Cartels**. [S. l.]: OECD, 2001. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

OLIVEIRA, André Gustavo Veras. O acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção diante da atual conjuntura da Petrobrás. **Revista de Defesa da Concorrência**, [s. l.], v. 3, n. 2, 2015.

OLIVEIRA, Jeferson Sousa. BENACCHIO, Marcelo. Globalização e estado: considerações sobre a humanização do direito econômico. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 80, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/18026>. Acesso em: 14 jul. 2021.

PEREZ, Viviane. Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito. *In*: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: **Renovar**, p. 197-222, 2008.

PEREZ, Viviane. **Função social da empresa**: uma proposta de sistematização do conceito. 2004, 23 f. Monografia (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

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

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law & economics**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

POSNER, Richard. A. Theories of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Santa Monica, v. 5, n. 2, p. 335–358, 1974.

PRODANOV, Cléber Cristiano, FREITAS, Ernani César de. **Metodologia do Trabalho Científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, João Ubaldo. **Política**: quem manda, porque manda, como manda. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. London: Macmillan & Co., Limited, 1932. Disponível em: [www.mises.org/books/robbinessay2.pdf](http://www.mises.org/books/robbinessay2.pdf). Acesso em: 10 dez. 2021.

RODRIGUES, Diogo Alencar de Azevedo. **Os limites formais para a celebração do acordo de leniência (Lei 12.846/13) em face das garantias do particular**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), Rio de Janeiro, 2016.

RUFINO, Victor Santos. **Os fundamentos da delação**: análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos. 2016. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e Economia** – Temas Escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALES, Marlon Roberth. BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. **O Acordo de Leniência**: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. *Revista do Direito Público*. Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set/dez.2015.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento Tributário**. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. **Tributação indutora e Análise Econômica do Direito**: uma investigação crítica. 2017. 215 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/34469>. Acesso em: 30 out. 2023.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA NETO, Orlando Celso. É possível a análise econômica do consumidor? *In: Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI-UFS*, v. 10., 2015, Aracaju. p. 372-400. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8uix05yq/oAGS2Oy0tto0v1bd.pdf> Acesso em: 09 maio 2023.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. Ver. e atual. Nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003, publicada em 31/12/2003). São Paulo: Malheiros, 2004.

SOARES, Bernardo Vaz de Oliveira. HELLVIG, Juliana. **Combate à corrupção como um aspecto de eficiência e sustentabilidade**. PROFIAP – Mestrado Profissional em Administração Pública, [s. l.], 2016.

SPAGNOLO, G. Leniency and whistleblowers in antitrust. [S. l.], **Handbook of Antitrust Economics**. MIT Press, p. 259-304, 2008.

SPRATLING, Gary R.; ARP, D. Jarrett. The International Leniency Revolution. The Transformation of International Cartel Enforcement during the First Ten Years of the United States' 1993 Corporate Amnesty/Immunity Policy. *In: American Bar Association Section of Antitrust Law, Annual Meeting*, San Francisco, California, August. 2003. Disponível em: [http://www.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/Spratling-Arp%20ABA2003\\_Paper.pdf](http://www.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/Spratling-Arp%20ABA2003_Paper.pdf). Acesso em: 30 out. 2023.

STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Crítica e Possibilidades da Análise Econômica do Direito. **IV Colóquio Internacional de Epistemologia e Sociologia da Ciência da Administração**. Florianópolis, 2014.

STIGLER, George. J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Santa Monica, p. 3–21, 1971.

STRINGARI, Amana Kauling. **Eficiência na administração pública brasileira: uma proposta de aplicação pelo estudo crítico da análise econômica do direito**. 2012. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96200>. Acesso em: 24 jun. 2015.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law. **Revista de Processo (RT)**, Ano 28, abril-junho 2003, p. 141- 158.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.92, n.810, p. 33-50, abr. 2003. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35577>. Acesso em: 30 out. 2023.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: Metodica da Segurança Jurídica do sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ULEN, T. S. Rational Choice Theory in Law and Economics. **Encyclopedia of Law and Economics**, v. 1, [s. l.], p. 790–818, 2000.

WIZIACK, Julio; AMORA, Dimmi. Impasse entre TCU e procuradores ameaça acordos com empresas. **Folha de São Paulo**, Brasília, 13 out. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1822317-impasse-entre-tcu-e-procuradores-ameaca-acordos-com-empresas.shtml>. Acesso em: 30 out. 2023.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2018. 801 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence? **Competition Law Review**, [s. l.], v. 5, N. 1, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1101803>, p. 18- 20. Acesso em: 30 out. 2023.