



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ADELINO BORGES FERREIRA FILHO

**ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA DO ESTADO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA:
DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO**

Londrina
2019

ADELINO BORGES FERREIRA FILHO

**ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA DO ESTADO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA:
DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Cláudia Corrêa
Zuin Mattos do Amaral

Londrina
2019

ADELINO BORGES FERREIRA FILHO

**ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO
ESTADO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA:
DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre no Programa de
Mestrado em Direito Negocial da Universidade
Estadual de Londrina.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Ana Cláudia Corrêa
Zuin Mattos do Amaral
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago
Universidade de Marília - UNIMAR

Londrina, 25 de setembro de 2019.

*Dedico este trabalho aos meus avós
(in memoriam), Lindaura de Assis
Borges e Salatiel Borges de França,
por serem meu alicerce espiritual, e à
minha mãe, Prof.^a Dr.^a Jussara Suzi
Assis Borges Nasser Ferreira, que
sempre me guiou e incentivou a trilhar
os caminhos acadêmicos.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Deus, Senhor de todas as coisas, sem o qual nenhuma conquista seria possível.

Agradeço à minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, por ser exemplo constante de garra e de força, por ter me ensinado tanto e me incentivado em todos os momentos. Agradeço os bons momentos vividos no CESA, que jamais esquecerei de compartilhá-los alegremente ao lado da Professora. Sobretudo, obrigado pela constante dedicação acadêmica, paciência e esmero na orientação, sem a qual, esta dissertação não existiria.

À minha mãe, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, obrigado pelo apoio e incentivo diário. Obrigado por nunca desistir de mim e sempre segurar minha mão quando fraquejei. Obrigado por ser exemplo de mulher, mãe, professora, advogada, amiga, símbolo maior de amor e de fé. Ao meu pai, Adelino Ferreira Marcelino, agradeço por ter me ensinado a ser um homem de fibra, a nunca desistir de meus sonhos e a sempre seguir em frente, por mais adversos que os caminhos fossem.

À minha querida e amada esposa Gisele Barbosa Dmenjon de Souza, agradeço pela compreensão, pelo apoio, pelo amparo e, acima de tudo, pela paciência para comigo e para com a jornada científica que se iniciou em 2017. Sem você, a jornada seria impossível.

Aos Professores Gabriel Bertin de Almeida, Talita Cristina Fidelis Pereira Biagi, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, Roberto Wagner Marquesi e Mariana Ribeiro Santiago, mestres exemplares que desde a graduação me incentivaram e despertaram em mim o amor pelo Direito e pela pesquisa científica.

Aos meus colegas de Mestrado, obrigado pelas ótimas horas vividas em sala de aula e fora dela. São lembranças que jamais serão esquecidas. Em especial, agradeço aos meus colegas Paulo Roberto Ciola de Castro, Rafaela Aiex Parra, Maiara Santana Zerbini, Gabriela Stefania Batista Ferreira e Roberta Carolina de Afonseca e Silva, sem vocês, nenhuma garrafa de vinho será jamais tão divertida.

Gostaria de agradecer à Kátia Kuramoto, secretária, amiga, companheira de todas as horas. Obrigado por sempre estar presente para me auxiliar em todas as adversidades do cotidiano, de forma zelosa, prestativa e dedicada.

**A ciência é o grande antídoto do veneno do
entusiasmo e da superstição.**
Adam Smith

FERREIRA FILHO, Adelino Borges. **Análise econômica da responsabilidade subsidiária do Estado nos acordos de leniência**: Direito Fundamental ao Desenvolvimento. 2019. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2019.

RESUMO

O objetivo da investigação reside em determinar, por meio do Instrumental da Análise Econômica do Direito, o binômio custo *versus* benefício dos acordos de leniência e o impacto das reduções das multas aplicáveis, podendo caracterizar a responsabilização subsidiária do Estado por dano. O Estado buscando evitar maiores danos aos interesses econômicos e sociais, utiliza-se dos acordos de leniência para salvaguardar o funcionamento de grandes empresas e corporações, que embora envolvidas em práticas ilícitas, ainda possuem, em tese, condições de manter suas atividades preservando milhares de postos de trabalho, promovendo a circulação de riquezas, serviços e bens. O problema a ser investigado questiona: o acordo de leniência, firmado pelo Poder Público com empresas corruptoras é suficientemente bem respaldado pela legislação em vigor, de modo a garantir o efetivo ressarcimento do erário público? Caso não ocorra uma efetiva reparação por parte das empresas, pode o Estado ser responsabilizado civilmente, em razão do negócio jurídico realizado com o ente privado? A hipótese norteadora reside na responsabilização subsidiária do Estado, em razão da celebração de acordos de leniência, que não alcancem efetiva reparação do erário público, ofendendo o direito fundamental ao desenvolvimento. Adota-se a pesquisa descritiva, utilizando os métodos dedutivo, analítico, axiológico e finalístico. O estudo visa determinar proposições aptas a permitir que o acordo de leniência possa ser aplicado, tanto na manutenção da atividade empresarial, quanto na efetiva reparação econômica decorrente das práticas ilícitas, e a responsabilização subsidiária do Estado, na busca da efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. São apontados meios para assegurar a reparação eficiente, econômica e social dos danos causados pela corrupção, através de alterações na celebração dos acordos de leniência, como regulados pela Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica, em razão da insuficiência e custos dos resultados, relevante questão atinente ao universo jurídico, econômico e social.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica. Acordo de Leniência. Responsabilidade Subsidiária do Estado. Direito Fundamental ao Desenvolvimento.

FERREIRA FILHO, Adelino Borges. **Economic Analysis of subsidiary responsibility of the State in Leniency Agreements: Fundamental Right to Development.** 2019. 181 p. Dissertation (Master's Degree in Negotial Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

ABSTRACT

The purpose of the investigation is to determine, through the Economic Analysis of Law Instrument, the cost-benefit ratio of leniency agreements and the impact of applicable fines reductions, which may characterize the State's subsidiary liability for damages. The State, seeking to avoid further damage to the nation's interests, uses leniency agreements to safeguard the operation of large companies and corporations, which, although involved in illicit practices, are still theoretically able to maintain their activities while preserving thousands of posts. promoting the circulation of wealth, services and goods. The problem to be investigated questions: is the leniency agreement, signed by the Government with corrupt companies sufficiently well supported by the current legislation, to ensure the effective compensation of the public purse? If there is no effective reparation by the companies, can the state be held civilly liable due to the legal deal with the private entity? The guiding hypothesis lies in the State's subsidiary liability, due to the conclusion of leniency agreements, which do not achieve effective reparation of the public purse, offending the fundamental right to development. Descriptive research is adopted using deductive, analytical, axiological and finalistic methods. The study aims to determine propositions capable of allowing the leniency agreement to be applied, both in the maintenance of business activity, as in the effective economic reparation resulting from illicit practices, and the subsidiary liability of the State, in pursuit of the realization of the fundamental right to development. Means are pointed out to ensure the efficient, economic and social reparation of the damage caused by corruption, through changes in the leniency agreements, as regulated by the Corporate Anti-Corruption Law, due to the insufficiency and costs of the results, relevant issue regarding legal, economic and social universe.

Key words: Economic Analysis of Law. Anti-Corruption Law of the Legal Entity. Leniency Agreement. Subsidiary Liability of the State. Fundamental Right to Development.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1	Expressão do Jogo entre Prisioneiros.....	29
Quadro 2	Expressão do Jogo entre Prisioneiros com Perdas e Danos	30
Quadro 3	Teorema de Coase em Versão Simples.....	36
Quadro 4	Teorema de Coase com Injunção	37
Quadro 5	Teorema de Coase com Injunção e Custos Significativos	39
Figura 1	Requisitos e Benefícios para o Acordo de Leniência	120
Figura 2	Agravantes e Atenuantes das Multas.....	121
Quadro 6	Valores Globais dos Acordos e Valor das Multas Aplicadas.....	122
Quadro 7	Faturamento Bruto Anual das Empresas Lenientes.....	122
Quadro 8	Percentual do Faturamento Anual em Relação ao Valor da Multa	123
Gráfico 1	Comparativo Faturamento x Condenação x Multa – Bilfinger	123
Gráfico 2	Comparativo Faturamento x Condenação x Multa – MullenLowe	123
Gráfico 3	Comparativo Faturamento x Condenação x Multa – Odebrecht	123
Gráfico 4	Comparativo Faturamento x Condenação x Multa – SBM Offshore	123
Quadro 9	Benefícios Concedidos às Empresas Lenientes	124
Figura 3	Valores Recuperados pelos Acordos de Leniência.....	126
Gráfico 5	Comparativo Faturamento x Condenação x Multa – J&F.....	128
Gráfico 6	Evolução do Custo da Corrupção ao Longo do Tempo.....	132
Quadro 10	Custos da Corrupção em Ordem Cronológica	132

LISTA DE ABREVIATURAS

AED	Análise Econômica do Direito
AGU	Advocacia-Geral da União
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CGU	Controladoria-Geral da União
CNEP	Cadastro Nacional de Empresas Punidas
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
FIESP	Federação das Indústria do Estado de São Paulo
MPF	Ministério Público Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
UKBA	<i>United Kingdom Bribery Act</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO PARADIGMA DE VALOR	17
2.1	BREVE RESGATE HISTÓRICO DO INSTITUTO.....	21
2.2	CONCEITOS E PRINCÍPIOS ELEMENTARES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	26
2.3	A RELAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COM A CORRUPÇÃO	41
3	A LEI ANTICORRUPÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E O ACORDO DE LENIÊNCIA	48
3.1	ASPECTOS RELEVANTES DA LEI ANTICORRUPÇÃO DA PESSOA JURÍDICA	52
3.2	O ACORDO DE LENIÊNCIA E O ABRANDAMENTO DAS SANÇÕES PENAIS PREVISTAS.....	57
3.3	O VIÉS JURÍDICO E POLÍTICO DA REDUÇÃO DE SANÇÕES E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	60
4	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA	68
4.1	O SISTEMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO..	76
4.2	A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA SUBSIDIÁRIA DO ESTADO	85
4.3	CAPITAL E RESPONSABILIZAÇÃO: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO EM RELAÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	92
5	A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO: UM PARADIGMA ECONÔMICO ...	101
5.1	O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO	105
5.2	O PROBLEMA DO CUSTO SOCIAL: A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS AOS LENIENTES E O RETORNO AOS COFRES PÚBLICOS	111
5.3	LENIÊNCIA E DESENVOLVIMENTO: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL.....	130
	CONCLUSÃO	142
	REFERÊNCIAS	153
	ANEXO	162
	ANEXO A – Acordo de Leniência RODONORTE com MPF	163

1 INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.846/2013, nominada como Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica, o ordenamento jurídico pátrio se alinha às mais rigorosas e avançadas legislações da atualidade no combate à corrupção. Este cenário traz desafio para as pessoas jurídicas que atuam no país, fazendo-se a distinção das empresas com atuação legal e as corruptas. As empresas com atuações positivas precisam criar estrutura de governança corporativa, gestão de riscos e controles internos e análise de custos, apenas para aquelas que ainda não possuam estruturas que tais. São mudanças profundas que envolvem diretamente a cultura organizacional da legalidade e necessitam ser implementadas para que as empresas nacionais possam se adaptar às exigências do mercado cada vez mais globalizado.

A investigação tem por objetivo analisar a possibilidade de agentes públicos concederem benefícios econômicos e processuais, na forma de privilégios indevidos, a agentes corruptores por meio de acordos de leniência, desviando-se dos fins visados em relação ao dever de reparação econômica e social do leniente e, por via de consequência, a responsabilidade do Estado se faz necessária em razão de sua responsabilidade subsidiária, quando for o caso, para com toda a sociedade, maior prejudicada em decorrência da ineficácia das medidas adotadas, quer seja pela ausência de reparabilidade adequada e justa por parte das empresas, quer pela má elaboração dos acordos, que possam causar extenso dano. Do grau reduzido da efetividade e eficiência na reparação dos danos causados, decorre a necessidade de responsabilizar-se subsidiariamente o Estado, objetivando assegurar a tutela econômica e social de interesses plurais, sobremaneira em relação ao direito fundamental ao desenvolvimento.

Serão propostos instrumentais, da Análise Econômica do Direito apropriados para a reparação econômica e social dos danos causados pela corrupção, mormente ao resguardar o direito fundamental ao desenvolvimento. O modo de fazer acordos de leniência, ainda que de conformidade com a Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica, implica em resultados de pequeno alcance em sede de reparabilidade e, portanto, necessário se faz a revisão desta forma de celebrar os acordos, resguardando-se, em *ultima ratio*, a responsabilidade subsidiária do

Estado, em razão da ineficiência do modelo atual, sendo esta relevante questão atinente à práxis da composição adotada nos acordos de leniência.

O regramento jurídico empresarial passa por uma evolução significativa com a adoção de legislação pautada pela ética, tendo por fim, combater as operações empresariais escusas, visando operacionalizar a transparência de atuações, revestidas de moralidade, regentes de todas as relações empresariais.

Nessa esteira, a regulamentação das práticas empresariais consideradas corruptas, seguidas da previsão de sanções severas aos infratores, sinaliza com a possibilidade de benefícios, não só às pessoas jurídicas probas, mas também para o mercado e a sociedade, sendo que todos têm a ganhar com esta mudança como ocorre nos países que adotam legislações pertinentes, a exemplo dos Estados, pioneiros nesta seara: a *Foreign Corrupt Practices Act* dos Estados Unidos da América, de 1977 e a *UK Bribery Act* – do Reino Unido, de 2010.

Após o alinhamento do ordenamento jurídico nacional, ainda que tardio, em relação aos mais avançados modelos de legislação de combate à corrupção das pessoas jurídicas, muito se tem especulado sobre a real reparabilidade prática dos acordos como instrumentos de combate à corrupção.

Com a escalada dos casos de corrupção envolvendo os Poderes Legislativo, Executivo e até mesmo o Judiciário, decorre grande clamor e anseio social pelo fim destas práticas, com a punição dos culpados e recuperação de recursos públicos desviados.

Com a previsão legislativa do acordo de leniência, o Estado busca evitar maiores danos aos interesses da nação, utilizando-se dos acordos de leniência para salvaguardar o funcionamento de grandes empresas e corporações, que embora envolvidas em práticas ilícitas, ainda possuem, em tese, condições de manter suas atividades preservando milhares de postos de trabalho, promovendo a circulação de riquezas e recolhimento de impostos.

Porém, a doutrina especializada aponta sensíveis considerações quanto à efetividade e eficiência do acordo de leniência, tendo em vista a redução das sanções econômicas em face das empresas, bem como o longo lapso temporal para o pagamento das multas.

Neste diapasão surgem as questões-problema do presente trabalho: o acordo de leniência, firmado entre o Estado e as empresas corruptoras é bem respaldado pela legislação em vigor de modo eficaz para os fins do ressarcimento

do erário público, assegurando a efetiva punição das empresas infratoras e desestimulando o máximo possível que não retornem a realizar práticas de corrupção? Caso não ocorra efetiva reparação por parte das empresas em razão de pactos que favoreçam os lenientes de forma questionável, pode o Estado ser responsabilizado subsidiariamente, em razão do negócio jurídico realizado com o ente privado?

A relevância hermenêutica, nesta quadra, decorre de exercício interpretativo crítico do acordo de leniência, considerado insuficiente para atender propósitos, meios e fins, incapazes de realizar os resultados almejados. A releitura hermenêutica está dirigida a apresentar interpretação coerente da norma e dos acordos, considerando a necessidade da obtenção de resultados significativos em sede de reparabilidade.

A base epistemológico-jurídica se estabelece no diálogo de integração entre teoria e prática, contribuindo para um debate e crítica da produção do conhecimento científico na prática. Destaca-se a preocupação de promover a investigação para apresentar alternativas com vistas à análise das transformações jurídicas e sociais, considerando os postulados da Análise Econômica do Direito.

Elege-se a hipótese da responsabilização subsidiária do Estado em razão das atividades de seus agentes públicos, pela celebração de acordos de leniência, que não alcançam efetiva reparação do erário público, o que inevitavelmente causa graves danos à garantia do direito fundamental ao desenvolvimento, uma vez que, não são raras as situações de empresas que desviam bilhões de reais, e reparam apenas uma pequena parte deste montante, restando para toda a sociedade, a responsabilidade de custear os prejuízos, situação que não pode ser acolhida.

A modalidade adotada para a presente pesquisa foi a descritiva, na busca de analisar referenciais bibliográficos para correlacioná-los com as situações fáticas e jurídicas, objetos da investigação.

Adota-se a problematização como metodologia nucleadora da pesquisa, observando as questões-problemas do tema e a busca de respostas-soluções, consoante delimitação temática contida na problematização da investigação. São empregados os procedimentos metodológicos do método dedutivo adotado para investigar a abordagem das temáticas gerais dirigidas para a fundamentação das especificidades, consideradas criticamente e de acordo com a relevância, seguindo-se o método analítico, para estudar as complexidades temáticas, abordadas na

perspectiva crítica e em conformidade com a relevância ou não de reduzir-se às sínteses. A utilização do método axiológico teve por fim apurar a relevância da análise indispensável em relação aos diversos custos de transações, norteados pela Análise Econômica do Direito, instrumental da pesquisa, dirigido ao estudo do binômio custo *versus* benefício dos acordos de leniência e o impacto das reduções das multas aplicáveis, em razão das sensíveis perdas econômicas decorrentes de acordos de leniência mal elaborados ou quantitativamente ínfimos para a restituição do erário público em decorrência de práticas de corrupção e a determinação de proposições aptas a permitir que o acordo de leniência possa ser aplicado de maneira eficiente, tendo em vista tanto a manutenção da atividade empresarial, quanto a efetiva reparação econômica decorrente das práticas ilícitas, na busca da efetivação da reparação dos danos causados, observando a relevância da tutela do direito fundamental ao desenvolvimento.

Para apuração dos resultados, adota-se o método finalístico, em que os fins da pesquisa serão explicitados com base nos objetivos traçados. Neste contexto, buscar-se-ão as evidências possibilitadoras da formulação de resultados que conduzirão às conclusões possíveis no âmbito da pesquisa.

Após a delimitação do recorte de realidade definido pelas situações fáticas contidas no problema e no objeto de estudo, foi feita a revisão bibliográfica na busca de possíveis correlações entre lei, acordos, doutrina e jurisprudência com a proposição hipotética da pesquisa, recorrendo-se finalmente à delimitação de resultados e aplicação prática da proposição-tese, alcançando os objetivos gerais e específicos da presente proposta.

2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO PARADIGMA DE VALOR

Para a compreensão da temática proposta, torna-se necessário tratar do objetivo específico desta seção, a fim de analisar o instrumental da análise econômica do direito, que serve ao jurista como elemento analítico, ao interpretar o direito por meio do diálogo com a economia, o que leva a reanalisar os paradigmas preexistentes sob uma nova ótica.

Alexandre Ditzel Faraco e Fernando Muniz Santos (2003, p. 43-44), ao apresentarem os fundamentos da teoria econômica, elencam razões da importância pelos quais se tornam imprescindíveis ao direito, hodiernamente:

- (i) necessita explicar fatos econômicos constantes do descritivo de certas normas jurídicas; (ii) busca generalizar os efeitos de uma decisão, de uma norma ou de determinada forma de aplicação da norma, assim como relacionar outras variáveis que são afetadas por esses eventos, através da utilização da análise econômica no seu enfoque positivo, e (iii) aplica normas jurídicas que positivam um objetivo econômico ou social a ser alcançado, ou são positivadas tendo como fundamento de validade a realização de tal objetivo, situação na qual ocorre uma interpenetração entre os planos de validade e de eficiência da norma, em termos finalísticos.

Observa-se, neste passo, o ponto nodal da teoria analítica econômica: busca-se promover a releitura do sistema vigente por uma ótica macroeconômica, de modo que antigos paradigmas, normas e comportamentos sociais passam a ser explicados por razões mais assemelhadas à natureza comercial e lucrativa do comportamento humano, e não necessariamente por um viés social ou de valores morais e éticos, mas sim, por valores econômicos, custos de transação social, comportamento de barganha e outros, que serão oportunamente apresentados.

Importa destacar que a análise econômica não se presta a uma teoria reducionista, em que somente os custos e o capital teriam importância no eixo central de uma sociedade. Ao contrário, referida teoria busca ampliar a compreensão do sistema normativo e social, reestruturando conceitos com a finalidade de buscar a maximização do bem-estar social e individual, de modo que, uma sociedade economicamente equilibrada trará benefícios a todos os indivíduos que a compõem.

Todo indivíduo inserido em um convívio social, adota comportamento racional, que será seu balizador no momento da tomada de decisões. Toda ação ou decisão voluntária passa por um juízo de valor individual, que inevitavelmente

analisará os custos (aqui tidos como quaisquer ônus aplicáveis) e os benefícios (aqui tidos como todos os bônus), levando o indivíduo a agir dentro de uma máxima mercadológica, ou seja, quanto menor o custo (ônus) e maior o lucro (bônus), melhor.

Neste sentido, fundamental o apontamento de Rachel Sztajn (2005, p. 80):

Até os padrões do homem médio, do bom pai de família, do homem ativo e probo tomam a racionalidade como suporte, porque estas pessoas se baseiam, ao determinar as suas ações, nos padrões sociais ou institucionais existentes, aprovados, desejados, estimulados. Desvios levam a punições, sejam elas impostas pelo sistema jurídico seja por normas socialmente aceitas. Sob tal perspectiva, fica claro que nada obsta que Economia e Direito mantenham profícuo diálogo.

A teoria analítica econômica permite ao legislador e ao intérprete da norma, maior precisão ao criar e aplicar leis, uma vez que, a compreensão de custos e benefícios socialmente aplicáveis a serem tomados pelo indivíduo no momento de cumprir ou infringir uma lei, poderá auxiliar na criação de um sistema normativo dotado de maior assertividade, em razão de estabelecerem-se sanções e premiações maiores ou menores em razão do grau de efetividade que se pretenda dar a um comportamento ou outro. Por exemplo, para uma norma em que seja desejável um alto grau de obediência ao comando, deve-se estabelecer uma sanção mais severa (ou custosa) de modo a desestimular seu descumprimento pelo risco (custo) do descumprimento.

Richard Posner (2007, p. 26) ao analisar o comportamento humano e a gênese da análise econômica, trouxe importante postulado para o tema em comento:

Es fundamental el supuesto adicional de que el hombre se esfuerza por aumentar racionalmente al máximo la utilidad en todas las áreas de la vida, no sólo en sus asuntos "económicos"; es decidir, no sólo cuando se ocupa de la compra y la venta en mercados explícitos. Ésta es una idea que proviene de Jeremy Bentham en siglo XVIII, pero que recibió poca atención de los economistas hasta la obra de Gary Becker en los decênios de 1950 y 1960.

Fica claro que para o autor, a valorização que o homem dá para a utilidade de tudo aquilo que acaba por fazer, buscando inclusive a maximização de resultados não apenas em assuntos econômicos propriamente ditos, mas também em outras áreas de sua vida, ideia esta que baliza todo o eixo metodológico da análise econômica do direito.

Em prosseguimento, o autor aponta que:

El concepto del hombre como un ser racional que tratará de aumentar al máximo su interés propio implica que la gente responde a los incentivos; que si cambian las circunstancias de una persona en forma tal que podría aumentar sus satisfacciones alterando su comportamiento, lo hará así (POSNER, 2007, p. 26).

Cabe observar o referido paradigma de valor da análise econômica. Um indivíduo buscará, inevitavelmente, a situação que lhe for mais favorável, respondendo aos incentivos e evitando as circunstâncias que lhe sejam mais custosas, procurando aumentar sua satisfação em detrimento de frustrações. Este eixo demonstra como os indivíduos naturalmente tendem a buscar o melhor resultado, com o menor esforço possível.

Neste sentido, Mitchell Polinsky e Steven Shavell (2005, p. 1) destacam: “A análise econômica do direito procura identificar os efeitos das normas legais sobre o comportamento dos autores relevantes e se esses efeitos são socialmente desejáveis”.

Valoriza-se o empenho humano, razão pela qual é compreensível o surgimento de comportamentos predatórios ou escusos na sociedade.

Ao realizar a análise de custos e de oportunidades, Posner (2007, p. 30) faz importante apontamento:

La distinción entre los costos de oportunidad y los pagos de transferencia o, en otras palabras, entre los costos económicos y los contables, nos ayuda a demostrar que el costo es para un economista un concepto orientado.

Neste ponto, encontra-se interface comum entre direito e economia: os custos. Para um economista, o custo é um conceito orientado, razão pela qual ele é o produto resultante dos custos contábeis e os custos econômicos (ou operacionais) sendo que se objetiva o maior *sigma* possível como resultado desta operação. Já para o Direito, tem-se os custos da sanção e os custos da observância ou não observância da norma (do comportamento), sendo que, aplicando-se o prisma econômico, o *sigma* desejável socialmente será aquele em que a norma seja observada, sem causar ônus demasiado ao tutelado, que acabe por justificar a preferência pela sanção. Este será um ponto fundamental para compreender a corrupção enquanto problema complexo e como combatê-la, eixo *mater* do presente estudo.

Retomando o conceito de utilidade, tem-se que:

La palabra utilidad se emplea en economía en dos sentidos muy diferentes. Primero, se emplea en el análisis del valor de un costo o un beneficio inciertos por oposición a uno seguro; la utilidad (más precisamente la “utilidad esperada”) en este sentido se liga al concepto de riesgo (POSNER, 2007, p. 36).

Em outras palavras, para que se possa compreender o comportamento social do indivíduo por viés econômico, é necessária a compreensão de que para a economia, algo é útil quando, analisando-se o custo e o benefício de uma incerteza, há valoração positiva em relação a algo já conhecido, ou seguro. Vale dizer, a utilidade esperada de alguma operação econômica, liga-se ao conceito de risco-proveito, determinado por uma série de fatores analíticos ou estatísticos que determinarão a ação a ser tomada. Por exemplo, um comerciante que deseja adquirir mais mesas para seu estabelecimento, somente o fará se tiver indicativos da utilidade deste investimento, frente ao risco que este represente. Se cada mesa custar o equivalente a um prato de comida, o comerciante certamente fará o investimento, tendo em vista que o retorno deste será muito rápido e praticamente garantido (risco proveito). Porém, se cada mesa custar o equivalente aos lucros de um mês inteiro de sua atividade comercial, certamente haverá maior cautela e restrição na realização deste investimento, vez que, o risco de haver um prejuízo é majorado significativamente pelos custos envolvidos.

Nesta etapa é que se emprestam da economia dois conceitos fundamentais ao estudo analítico do direito pelo viés econômico: valor e utilidade. Assim podem ser definidos:

El uso de las palabras valor y utilidad para distinguir entre 1) un costo o beneficio esperados (es decidir, el costo o el beneficio en dólares multiplicado por la probabilidad de que se materialice efectivamente), y 2) lo que valen el costo o el beneficio esperados para alguien que no es neutral al riesgo oscurece una distinción más dramática. Tal es la distinción entre 1) el valor en un sentido económico amplio, que incluye la idea de que una persona que siente aversión por el riesgo “valúa” un dólar más que una probabilidad de 10% de obtener 10 dólares, y 2) la utilidad en el sentido usado por los filósofos del utilitarismo, que significa la felicidad (aproximadamente) (POSNER, 2007, p. 36-37).

O valor exerce papel decisório. Sempre haverá distinção entre o que é valioso para um indivíduo e para outro. É neste ponto que a norma encontra sensíveis dificuldades para atingir modo que equipare a toda uma sociedade. Não haverá uma valorização equivalente entre indivíduos distintos. Para quem é neutro ao risco, o valor de uma sanção, por exemplo, será muito menor do que para um

indivíduo que valoriza o risco. Neste ponto é que se aplica o conceito de utilidade, ou seja, o potencial que algo tem de trazer satisfação ou felicidade ao indivíduo. Na seara das escolhas humanas, algumas coisas são pautadas pelo custo, ou seja, seu valor. Outras tantas seguem a esteira de satisfação, oportunidade em que mesmo que algo seja custoso, ou de valor alto, será objeto de perseguição do indivíduo para que este encontre sua satisfação. A transposição destes conceitos econômicos para o comportamento humano permite a verificação de que, para a análise econômica do direito, uma norma deverá ser eficaz, balizada pelo seu valor (custo) e sua utilidade (resultado). O autor em análise aponta importante consideração sobre esta temática:

[...] El término de “eficiencia”, cuando se emplea como [...] la asignación de recursos en la que maximiza el valor, tiene limitaciones como un criterio para la toma de decisiones sociales. El concepto de utilidad en el sentido utilitario tiene también graves limitaciones, y no sólo porque sea difícil medir cuando se abandona la “disposición a pagar” como unidad de medida (POSNER, 2007, p. 37).

Para que se possa pensar em eficiência social, há que ser feita importante distinção com base no conceito econômico de eficiência. Para a ciência econômica, a eficácia será dada sempre quando o uso de recursos (financeiros e materiais) resultarem em maximização de rendimentos (valores). Contudo, tal designação não pode ser aplicada diretamente ao cunho social, visto que, na tomada de decisões de natureza social, não está em jogo apenas a propensão ao gasto dos indivíduos ou o custo de uma norma e seu resultado. Há que se estabelecer um equilíbrio entre a conduta esperada do indivíduo e o seu real comportamento diante desta conduta. Tal tarefa depende da aplicação de alguns fundamentos estruturantes da teoria analítica econômica, sobretudo, em como esta metodologia parametriza a forma de valoração do indivíduo para com a sociedade e vice-versa.

2.1 RESGATE HISTÓRICO DO INSTITUTO

Compreendidos os conceitos básicos da interface comum entre economia e direito, prossegue-se no estudo dos pilares estruturantes da teoria analítica econômica do direito, tendo em vista o seu importante contributo para o presente estudo. Busca-se, neste momento, trazer à tela sucinto resgate histórico das bases científicas que deram surgimento à análise econômica do direito como hoje se

conhece. Tal análise será de relevante importância para a subsequente compreensão dos conceitos fundamentais do instituto, ímpares para o estudo da corrupção e dos acordos de leniência, com a demonstração de seu sucesso ou insucesso enquanto medida paliativa de recuperação de ativos, objeto do capítulo final do presente estudo.

Apresenta-se a análise econômica do direito como método de compreensão e interpretação do sistema jurídico, em razão de que, a mesma propõe uma releitura de todo o sistema jurídico e interações entre indivíduos sob uma concepção econômica. Neste sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 23) prelecionam:

Até recentemente, o direito restringia o uso da economia às áreas das leis antitruste, dos setores regulamentados, dos impostos e da determinação de indenizações monetárias. [...] Essa interação limitada mudou drasticamente a partir do início da década de 1960, quando a análise econômica do direito se expandiu, entrando em áreas mais tradicionais do direito, como propriedade, contratos, delitos civis, direito e processo penal e direito constitucional.

Tal apontamento denota o quão recente foi o abarcamento da teoria econômica ao sistema jurídico, vez que, limita-se a interação econômica às matérias regulatórias propriamente econômicas. Parece de fácil compreensão que o direito e a economia andem atrelados ao longo do sistema normativo, mas, em verdade, tal interação fora repelida por grande parte dos doutrinadores e aplicadores da lei, por denotar forte caráter comercial ou mercante da norma, concepção esta que por vezes denotava a ausência de moralismo da norma, ou ainda, que a norma poderia ser simplesmente moeda de troca e barganha.

A ótica analítica econômica guarda forte caráter disruptivo, pois suas bases foram eminentemente contrárias ao sistema posto. Nesta esteira, é o apontamento dos autores sob estudo:

A economia ofereceu os fundamentos intelectuais para o movimento de desregulamentação na década de 1970, que resultou em mudanças drásticas nos Estados Unidos, como, p. ex., a dissolução de entidades regulatórias que estabeleciam os preços e as rotas para aviões, caminhões e ferrovias [...]. A economia também constituiu a força intelectual por trás da revolução ocorrida no direito antitruste dos Estados Unidos nos anos 1970 e 1980, e atualmente está desempenhando uma função semelhante na revolução antitruste que está apenas começando na União Europeia (COOTER; ULEN, 2010, p. 24).

Percebe-se a jovialidade da corrente metodológica adotada, e o quão atrelada esta se encontra com a revolução do próprio mercado e da forma atual de

realizar negócios. Há poucos anos, não era sequer concebível realizar compras por internet, ter contas em bancos cem por cento digitais, ou ainda, se pensar em uma economia colaborativa, em que importa mais a troca de mercadorias do que o estabelecimento de patrimônio. Esta é a força motriz da economia: a circulação de riquezas. E, por preocupar-se justamente com o resultado e não com a forma, é que a economia encontra-se muito menos vinculada a dogmas e normas do que o direito, razão pela qual a adoção de conceitos econômicos pelo sistema jurídico, promove uma oxigenação sistêmica, ímpar e de grande relevância para o modelo jurídico atual.

Ao analisarem as fontes da aplicação econômica ao direito, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2015, p. 8) asseveram que:

A ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreender o direito não é nova. Remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke, bem assim aos filósofos escoceses do Século das Luzes. Na Europa, no século XIX, ocorreu movimento para reunir direito e economia. O atual movimento tem origem norte-americana. É, sem dúvida, a corrente intelectual que, nos últimos 50 anos, mais influenciou o mundo jurídico nos Estados Unidos da América.

Observa-se, vez mais, a resistência dos dogmas tradicionais em abarcar a teoria econômica ao direito, visto que a mesma fora abordada e sugerida por grandes nomes do pensamento medieval e oitocentista, encontrando aplicação tão somente na década de 1960, em descompasso do modelo capitalista econômico, iniciado pela revolução industrial na Inglaterra do século XIX.

Em prosseguimento, verifica-se que na pós-modernidade a teoria analítica econômica encontrou amplo espaço e respeito pelo mundo jurídico, a ponto de render aos seus expoentes diversos prêmios, dentre eles, diversos Nobel de Economia, conforme destacado por Cooter e Ulen (2010, p. 24):

No final da década de 1990, havia organizações profissionais de direito e economia na Ásia, na Europa, no Canadá, nos Estados Unidos, na América Latina e na Austrália. Este campo recebeu o mais alto nível de reconhecimento em 1991 e 1992, quando Prêmios Nobel de Economia sucessivos foram dados a economistas que ajudaram a fundar a análise econômica do direito – Ronald Coase e Gary Becker.

O surgimento das referidas organizações profissionais, bem como, a popularização da teoria econômica do direito, aliada à disseminação dos trabalhos acadêmicos que tratavam da referida temática, permitiu que aos poucos

começassem a surgir postulados jurisprudenciais e normativos pautados por uma teoria econômica do direito. Neste sentido:

Numa outra área de políticas públicas, uma comissão criada pelo Congresso norte-americano em 1984 para reformar as sentenças penais nos tribunais federais usou explicitamente os resultados do direito e da economia para alcançar alguns de seus resultados (COOTER; ULEN, 2010, p. 24-25).

Esta evolução – que culminou no abarcamento da teoria econômica do direito pelo sistema judicial americano – deu-se de maneira gradativa, observando as seguintes etapas fundamentais:

Observam-se quatro fases no desenvolvimento da análise econômica do direito nos Estados Unidos da América: lançamento (1957-1972), aceitação do paradigma (1972-1980), debate sobre os fundamentos (1980-1982) e o movimento ampliado (a partir de 1982). A partir de 1975, o movimento aparece fora dos Estados Unidos da América (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 9).

Na fase atual (movimento ampliado), ocorre o espraiamento da teoria da análise econômica do direito por diversos ramos do ordenamento jurídico, com a edição de leis pautadas pela análise econômica e prolação de sentenças judiciais que trazem consigo noções de economia e direito, aliadas para o objetivo de justiça a que se pretendem. Quanto à gênese do movimento atual, os autores prosseguem para observar que:

O movimento atual liga-se a duas correntes antecedentes. A primeira é a econômica denominada, talvez pejorativamente, de *imperialismo econômico*, que desde os anos 1950 usa ferramentas de análise econômica fora do campo tradicional da ciência econômica: fenômenos políticos, discriminação, família, relações não de mercado e outras. A outra é o movimento jurídico dito *realismo jurídico* (*legal realism*), que se manifestou entre as duas guerras, e cujos seguidores consideravam que a ciência econômica e a sociologia eram não apenas disciplinas conexas, mas que, de alguma forma, faziam parte do direito (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 8).

Na fase embrionária da análise econômica do direito, no final dos anos 1950, havia um movimento por parte de economistas que tentavam aplicar os fundamentos de suas teorias econômicas a disciplinas alheias, dentre elas, o direito. Em 1957, com a formulação da teoria econômica da democracia, como pensada por Downs, bem como com a tese da economia da discriminação de Becker, começam a surgir os primeiros estudos econômicos interdisciplinares, com a formulação de teorias de natureza mista. Já em 1962, Buchanan e Tullock desenvolvem os primeiros estudos da política sob viés econômico, sobretudo em relação à forma de decisão do

parlamento americano, evidenciando pela primeira vez a formação de *lobbys*. Já em 1965, Mancur-Olson apresenta seus estudos lógicos das ações coletivas. Neste estudo discutiu-se pela primeira vez a capacidade de apropriação do esforço alheio, como, por exemplo, o indivíduo que se aproveita do esforço realizado por outro para obter vantagem, ou pegar carona no empenho alheio. Neste momento surgem as primeiras considerações comportamentais em relação a ações humanas e proveito econômico. Em 1958 a Universidade de Chicago edita pela primeira vez o *Journal of Law and Economics* (Revista de Direito e Economia – em tradução livre), veículo este que se tornaria o maior exponencial de incursões econômicas no direito, sobretudo, trazendo os primeiros estudos de Ronald Coase sobre o custo social, publicado em 1960 e que lhe assegurou o já referido prêmio Nobel de Economia de 1991 (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 8-9).

Retomando o ponto nodal do presente tópico, tem-se a teoria analítica econômica como método estruturante do sistema jurídico. Isto decorre da concepção lógica de que o direito se constrói pela economia, e a economia é construída pelo direito. Vale dizer: o direito surge como resposta regulatória ao modelo econômico existente, enquanto este – por sua vez – decorre do escopo normativo e jurisprudencial existente. Tanto um (o direito) quanto o outro (a economia) encontram-se umbilicalmente ligados, mas distanciados por um critério fundamental: o tempo.

A economia tende a evoluir muito mais rapidamente, em razão de não estar retida ao formalismo que impera no sistema jurídico. Este descompasso entre sistemas acarreta nos custos de barganha em um sistema jurídico, noção fundamental ao presente estudo que será abordada no próximo tópico. Porém, de forma antecipada, tenha-se em mente a compreensão de que um indivíduo ao se ver diante de uma escolha (por exemplo, seguir ou não uma lei), adotará sempre a escolha que lhe traga maior benefício econômico, sendo que, em muitas vezes, tal escolha não será necessariamente ética ou moral (para fins de uma teoria econômica).

Esta noção existente apenas na teoria econômica é fundamental para compreender o porquê de determinadas condutas humanas, em especial, o descumprimento da lei. Vale dizer que, o indivíduo acabará agindo sempre em busca de seu benefício (econômico) próprio, se a pena pelo descumprimento de determinada lei for ínfima, ou de baixo impacto financeiro. Para fins do item

derradeiro da presente seção, esta noção será de suma importância, em especial, para justificar a prática e modelo de corrupção praticado no cenário nacional.

2.2 CONCEITOS E PRINCÍPIOS ELEMENTARES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Após o resgate histórico do instituto, bem como, compreendida a teoria analítica econômica como paradigma de valoração da conduta do indivíduo, passa-se a compreensão dos pilares da referida teoria, para que seja possível entender como esta ótica economicista possibilita a desconstrução do sistema jurídico, e sua possível reestruturação voltada a um sistema de pesos e medidas da conduta humana, dissociada da régua rasa da moral (enquanto noção utópica de conduta exemplar) e voltada para a noção de que o homem é, sobretudo, um ser econômico.

Em primeiro lugar, entende-se que o direito decorre de uma ordem espontânea, ou seja, independe da existência prévia de leis. Neste sentido:

Entenda-se por “ordem espontânea”, segundo Norman Barry, “as regularidades em sociedade ou as sequências de eventos que não são nem (1) produto de uma deliberada construção humana (*deliberate human contrivance*), (assim um código de direito ou um plano econômico) nem (2) estão na ordem dos fenômenos puramente naturais (assim uma condição climática) (BARRY, 1982 apud MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 44).

Uma outra visão permite reavaliar a existência de regulamentação entre as condutas humanas não pelo direito (Estado), mas sim, pela teoria dos jogos. Cláudia Servilha Monteiro (2008, p. 5) “propõe um modelo ideal de comportamento para agentes racionais que levam em conta, por sua vez, o comportamento racional dos demais agentes de decisão em constante interação”.

A racionalidade da decisão é essencial à tomada de decisão, quer como dimensionada pela teoria dos jogos, quer como indispensável, no juízo decisório em relação aos conflitos jurídicos.

De acordo com Mackaay e Rousseau (2015, p. 45),

A teoria dos jogos distingue os jogos de puro conflito, os jogos de simples coordenação e os “mistos”. Os jogos de puro conflito representam situações de completa oposição de interesses, sem espaço visível para entendimento – guerra total. [...] Os jogos de simples coordenação, de sua parte, traduzem situação em que cada um dos participantes, para evitar conflito, têm interesse em adotar comportamento compatível com o dos outros.

Os jogos de puro conflito pouco contribuem para o estudo em pauta, vez que, não se pode presumir qualquer racionalidade em situação de conflito pleno, sendo que os indivíduos não estão aptos a adotarem comportamento distinto além de suas pretensões resistidas frontalmente colidentes. De outra parte, os jogos coordenados não trazem de igual forma um ponto de interesse, por se tratarem de situações estáveis, em que as partes encontram-se compostas em interesses e propósitos, não havendo qualquer conflito. O que importa ao presente estudo são os jogos mistos, ou de cooperação, nos quais há pretensões resistidas ao mesmo tempo em que se busca uma composição. Assim definem-se:

Há, enfim, os jogos “mistos”, nos quais a cooperação é vantajosa para os dois jogadores, mas em que é ainda mais vantajoso para um jogador ser cauteloso em relação ao outro, enganá-lo, desde que o outro não faça o mesmo, porque isso põe fim à cooperação. São os últimos os jogos que ilustram melhor o papel do direito (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 45).

Os jogos mistos são os que frequentemente ocorrem na esfera negocial e econômica, em que se busca a confiança da outra parte, sem, contudo, perder-se a cautela em razão de possíveis manobras negociais por parte do outro jogador. Quanto ao sentido da busca pela cooperação em oposição ao conflito, explica-se:

[...] a cooperação é vantajosa e preferível à recusa dos jogadores de cooperar. Diferem pela existência de um elemento estratégico – se um dos jogadores adotar uma posição cooperativa, o outro, sabendo disso, tem interesse em enganar (não cooperar) o que gera um retorno (*pay off*) maior do que se cooperar. Por isso, se os dois jogadores escolherem enganar o outro, os ganhos da cooperação evaporam. Nos jogos de cooperação, a dimensão estratégica é essencial (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 52).

Em que pese a terminologia empregada (enganar), faz-se necessária a distinção de diversos termos na ciência econômica não guardando o mesmo significado moral adotado pelo direito. Não se emprega aqui o engano enquanto mazela do negócio jurídico, mas como técnica negocial. A sedução, o incentivo, a propaganda, são todos instrumentos de engano do jogador para incentivar a cooperação, e com isto, conseguir maior rendimento econômico ou proveito pessoal (lucro).

Para Robert Kast (2002, p. 115-117), “uma solução não-cooperativa não é satisfatória, pois dois agentes concorrentes podem implementar estratégias agressivas e outros impasses podem vir a ser apresentados à plena aplicação da teoria de Nash”.

Para que se compreenda como se estabelece o equilíbrio entre ganhos, é preciso analisar as jogadas estratégicas de cada parte. Segundo Michel David Resnik (1998, p. 213-217), podem estar em equilíbrio quando ocorrer a situação em que nenhum jogador possa melhorar seu resultado mudando sua estratégia, quando tal situação ocorre, ela é denominada de valor de equilíbrio.

A teoria dos jogos explicita as regras de reciprocidade tomando por exemplo emblemático, o chamado Dilema do Prisioneiro, estudado por Mackaay e Rousseau (2015, p. 57), considerando os seguintes aspectos:

Duas pessoas são presas pela polícia no curso de uma investigação sobre um delito. São interrogadas separadamente e a cada uma se promete clemência na hipótese de decidir colaborar com a polícia. Se denunciar o outro, recuperará a liberdade pela cooperação [...]. Se, porém, os dois, atraídos pela promessa, se acusarem mutuamente, serão ambos condenados [...]. Se ambos recusarem a oferta e permanecerem em silêncio, resultará em uma pena de menor delito.

O dilema do prisioneiro bem ilustra as interações sociais entre indivíduos, quando inseridas regras de reciprocidade. Ora, caso o prisioneiro entregue o outro, este estará livre, e aquele será condenado a três anos de prisão, por um delito de maior gravidade (roubo). Porém, se o outro o condenar também, ambos responderão por falso depoimento, resultando numa condenação de dois anos para ambos. Já no caso de ambos permanecerem silentes, serão condenados apenas por um delito de menor potencial (vadiagem), com pena de um ano. Aqui é onde a ciência econômica encontra seu maior exemplo prático. Num jogo de coordenação ideal, ambos os prisioneiros ficam silentes e respondem por um delito menor, ficando presos por apenas um ano. Porém, munidos da incerteza da conduta do outro jogador (ausência de coordenação), e para precaverem-se de restando silentes, serem condenados pelo outro a três anos de prisão, resolvem apostar, condenando-se reciprocamente, numa situação em que o custo não é o idealmente desejável (menor pena), porém não é o pior possível (maior pena). A ausência do conhecimento da ação do outro promove uma conduta predatória (ou enganadora), de arriscar condenar o outro, ainda que não saiba da real autoria do crime, ou que saiba ser o autor, para evitar assim uma pena maior (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 58). Este jogo, para que se possa ter uma melhor compreensão visual da teoria proposta, está expresso no diagrama abaixo:

Quadro 1 - Expressão do jogo entre prisioneiros

		PRISIONEIRO A	
		COLABORAR (silêncio)	TRAIR (delatar)
PRISIONEIRO B	COLABORAR (silêncio)	-1 ANO -1 ANO	-3 ANOS LIVRE
	TRAIR (delatar)	LIVRE -3 ANOS	-2 ANOS -2 ANOS

Fonte: O próprio autor

Portanto, como permitir uma solução ideal para o presente jogo? Afinal, na situação de ambos condenarem-se reciprocamente, estes estariam sofrendo um prejuízo maior que o necessário no caso de manterem-se em silêncio, o que não traz condição ideal para nenhum dos jogadores. Uma solução possível seria permitir que os jogadores se comunicassem, possibilitando a coordenação, levando a um resultado benéfico para ambos (a condenação por vadiagem, com pena de um ano). Porém, esta situação não é ideal, vez que, ainda permite que um dos jogadores engane o outro. Poderia o prisioneiro A – sabendo do acordo coordenado com o prisioneiro B de ambos manterem-se silêntes – trair a confiança daquele, valendo-se da não cooperação (enganar) para obter benefício maior (*pay back*), ou seja, sair livre às custas da condenação do outro em três anos por roubo. A solução apresenta-se pela inserção de perdas e danos na equação do jogo, ou seja, um contrato.

Esta inserção, acaba por alterar a dinâmica distributiva nos custos individuais e no equilíbrio do jogo, ao inserir um novo fator de custo na equação individual de cada jogador, que passa a ser necessariamente considerada para que se possa determinar as novas condutas dentro do jogo.

Aquele que enganar o outro será condenado à pena que caberia ao outro, deduzido o benefício que teria, por descumprimento de acordo, o que acaba tendo a função de reduzir ou até eliminar o resultado benéfico de enganar, sendo, portanto, uma nova injunção de condições apta a alterar o equilíbrio do jogo (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 58-59).

Observa-se tal alteração no quadro abaixo:

Quadro 2 - Expressão do jogo entre prisioneiros com perdas e danos

		PRISIONEIRO A	
		COLABORAR (silêncio)	TRAIR (delatar)
PRISIONEIRO B	COLABORAR (silêncio)	-1 ANO -1 ANO	(-3+2) -1 (0-2) -2
	TRAIR (delatar)	(0-2) -2 (-3+2) -1	-2 ANOS -2 ANOS

Fonte: O próprio autor

Neste novo diagrama, se o prisioneiro A – após combinar o silêncio com B – resolver delatar (enganar) o mesmo terá somado ao seu benefício (liberdade, zero ano) a condenação dada ao outro se delatasse (dois anos), resultando em uma condenação final de um ano. O mesmo ocorre para o prisioneiro B. Desta forma, não é mais vantajoso para nenhuma das partes enganarem o outro, pois, o resultado de sua deslealdade é igual ao de sua lealdade, não havendo porque matematicamente ser desleal.

Em relação à técnica e o dilema como apresentados:

A teoria dos jogos sugere certos princípios destinados a agentes individuais de decisão racionais tanto na situação do problema do conflito de vontades quanto nos limites do dilema do prisioneiro. Esses princípios, todavia, não conseguem assegurar para cada jogador o melhor resultado – o resultado ótimo (RESNIK, 1998, p. 251-252).

A busca pelo melhor resultado considera a cooperação, a reciprocidade e o equilíbrio como partes relevantes contextualizadas pela teoria dos jogos.

Para Mackaay e Rousseau (2015, p. 60), na prática a cooperação entre os jogadores ocorre sem sequer haver a comunicação entre as partes ou um Estado, desde que existente a confiança entre os jogadores, expressa pela amizade, pelos laços familiares ou afetivos, situações estas que fazem com que os indivíduos se portem de modo cooperativo ainda que ausentes sanções ou regulamentos. O mesmo ocorre quando há observância de um mesmo padrão de conduta moral – ou honra – entre os pares, vinculando suas condutas a moldes esperados de lealdade e cooperação.

Neste contexto, observa-se ponto elementar do direito dentro da teoria analítica econômica – o de regular. O direito exerce papel fundamental enquanto contrapeso ao exercício de condutas predatórias por parte dos indivíduos, aplicando-lhes sanções pelo descumprimento das regras ou dos pactos, o que sem dúvida,

mitiga condutas indesejáveis. Porém, há um problema. Se a sanção imposta pelo descumprimento for ínfima ou diminuta frente aos possíveis lucros (*pay back*) volta-se à condição do primeiro diagrama, no qual se torna mais vantajoso correr o risco de descumprir a regra, ou enganar os outros indivíduos em busca de uma situação mais favorável – ou lucrativa.

Para buscar mecanismos a fim de balizar as condutas dos jogadores (ou indivíduos) Robert Axelrod (1984 apud MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 60-61) começou a investigar se o lapso temporal teria efeito sobre a conduta dos jogadores. Axelrod criou um sistema para verificar se os indivíduos em busca de seus objetivos pessoais, ao interagirem com outros jogadores acabariam por desenvolver um sistema de auto cooperação ainda que ausente uma autoridade central (Estado). Para tanto, Axelrod cria um torneio de programas de computadores, no qual o mesmo jogo seria repetido indeterminadamente, o maior número de vezes possíveis, com a finalidade de permitir que os jogadores mudassem sua estratégia ao longo dos diversos jogos. Durante estas simulações o cientista político coletou diversos dados que possibilitaram a formulação de propostas fundamentais para uma solução ótima do dilema do prisioneiro, sobretudo, a que determinou que os jogadores que se interessam pelo resultado futuro de um jogo a longo prazo, inevitavelmente devem preocupar-se com a conduta do outro jogador, ou seja, suas ações são indissociáveis da conduta alheia, precisando saber um jogador o que o outro fará, ou ao menos, que a sua conduta seja esperada.

Após o resultado do primeiro torneio, Axelrod organiza nova competição, na qual as possibilidades (entradas) foram previamente preparadas, limitando o campo de ação. A estratégia ganhadora foi a do *Tac-au-Tac* ou do *donnant-donnant* (dando-dando). Sobre tal estratégia, comentam os autores:

Essa estratégia consiste em jogar “C” (colaborar) no início e persistir nessa opção enquanto o adversário fizer o mesmo. Se o adversário jogar “D” (defecção), responde-se, na *próxima jogada*, com “D”. Se o adversário retornar a “C” (e se deixar explorar), retorna-se, igualmente, na *próxima jogada*, “C”. Se, ao contrário, ele persistir em jogar “D”, faz-se o mesmo (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 61).

Observa-se portando um determinante da teoria dos jogos: a conduta decorre da interação com o outro jogador. Como em um jogo de xadrez, o movimento seguinte será sempre pautado pelo movimento anterior do oponente, em

busca do resultado desejável. Como pilares estruturantes da estratégia, os autores apontam:

O exame de Axelrod distingue quatro traços comuns aos programas que foram denominados de classificação geral. A primeira propriedade do TAC-AU-TAC (ou *tit-for-tat*, em inglês), é sua “*gentillesse*”, *suavidade*: começa-se a cooperar e não se tenta, *a priori*, explorar o adversário. E também não se permite ser explorado indevidamente. É-se acordado, provocado pelo primeiro sinal de falsificação ou engano. O jogador *tit-for-tat* “*torna igual*” sua estratégia e, de acordo com a expressão de Axelrod, fá-la *retaliatória*, vingativa. Porém, sua vingança fica circunscrita desde que o adversário se corrija, honradamente, escolhendo C, *tit-for-tat*, retornando à cooperação, facilmente *perdoa* (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 61).

Compreendida a teoria dos jogos, tem-se em prosseguimento os custos de barganha, ou, os jogos de barganha. Com finalidade de melhor exemplificar o funcionamento dos custos de barganha, apresenta-se o seguinte exemplo, adaptado do que lecionam Cooter e Ulen (2010, p. 93). Imagine-se a compra e venda de um automóvel entre Frederico e Arya. Para Frederico, o prazer de possuir e dirigir um Volkswagen Jetta vale R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais). Arya, ao receber uma herança de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), decide que deseja pagar R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) pelo prazer de possuir e dirigir o referido automóvel de propriedade de Frederico. O vendedor tem uma avaliação do bem inferior ao que deseja pagar a compradora, o que permite a existência de um espaço de barganha. Pois bem, a lógica rasa determina que o preço ideal de venda do bem seria de R\$ 77.500,00 (setenta e sete mil e quinhentos reais), uma meação justa entre o pretendido pelo vendedor e o desejado pela compradora.

Para os autores, “a lógica da situação pode ser esclarecida reformulando os fatos na linguagem da teoria dos jogos. As personagens partes do jogo [...], podem, tanto uma quanto outra, beneficiarem-se da cooperação” (COOTER; ULEN, 2010, p. 93).

No caso em análise, se a venda for realizada pautada pelo preço máximo (desejo de Arya), frente ao preço mínimo (desejo de Frederico), haverá um valor adicionado de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Cooter e Ulen (2010, p. 93) apontam como “*Excedente* ou *superavit cooperativo* é o nome dado ao valor adicionado pela transferência de recurso para um uso mais valioso”.

A distribuição desta quota excedentária dependerá do valor de venda do bem, uma vez que, se o mesmo for vendido por R\$ 77.500,00, cada parte receberá

o equivalente à metade da cota excedente de cooperação. Vale dizer, Frederico recebeu R\$ 2.500,00 a mais do que desejava por seu veículo e Arya pagou R\$ 2.500,00 a menos do que pretendia para adquirir seu novo veículo. Quanto mais um ponto ou outro for deslocado, no valor de venda, uma ou outra parte perceberá a referida quota excedente de cooperação.

No decorrer da negociação, as partes inserem fatos com a finalidade de minorar o preço do bem. Podem alegar problemas mecânicos, avarias na lataria, a pendência ou realização de algum serviço de revisão, dentre outros, fatos estes que farão o deslocamento da quota excedente. Os autores prosseguem para elucidar que “o fato de as partes poderem negociar é uma vantagem da negociação ou dos jogos de cooperação, em comparação com outros jogos (não cooperativos) como o dilema dos prisioneiros” (COOTER; ULEN, 2010, p. 93).

A teoria dos jogos ressalta a importância das escolhas individuais em paralelo com a necessária cooperação e se distinguindo de outras modalidades de jogos.

Vários agentes podem atuar ao mesmo tempo e algumas decisões podem ser tomadas em um ambiente em que outros indivíduos são igualmente agentes de decisão cujas escolhas imprimem um resultado significativo na decisão daquele agente individual. Essa situação na qual uma escolha individual leva em conta outras escolhas individuais coexistentes denomina-se jogo, um sistema de regras determinantes de fracassos e sucessos, ganhos e perdas (MONTEIRO, 2008, p. 5).

A técnica decorrente do jogo implica em maior ou menor grau de dificuldades considerando a questão nuclear do jogo cooperativo, centrado na concordância. Se as partes não conseguem chegar a um denominador comum, a transferência de valor para uso de um bem valorado subjetivamente para um indivíduo, não ocorrerá, o que não permitirá a circulação de recurso. A divisão do valor adicionado (excedente) é o ponto nodal para que a negociação se concretize. Neste caso, encontra-se uma solução não cooperativa, aquela em que Frederico fica com o veículo para seu uso por R\$ 75.000,00 ao mesmo passo que Arya fica com seu recurso financeiro, ao importe de R\$ 90.000,00. Assim sendo, o custo final da solução não cooperada é de R\$ 165.000,00 ($75.000 + 90.000$), uma vez que não se operou qualquer venda, e cada um dos jogadores permaneceu com seus ativos. Por outro prisma, em uma solução cooperada, Arya passaria a ser a dona do veículo, que fora adquirido por R\$ 77.500,00, partilhando com Frederico parte de seu capital

de R\$ 90.000,00 o que leva a um valor cooperado de R\$ 167.500,00. Tal valor é obtido pelo valor do veículo para Arya (R\$ 80.000,00), somado ao que ela preservou de seu capital (R\$ 10.000,00) mais o valor que Frederico recebeu pela troca (R\$ 77.500,00). Assim sendo, o excedente entre o jogo cooperado e o não cooperado é de R\$ 2.500,00 (em termos de valor). Para que a barganha ocorra, necessariamente há um valor mínimo (valor de ameaça), que é equivalente ao mínimo que o comprador deseja resguardar (para Arya, R\$ 10.000,00) e para o vendedor, equivale ao mínimo que este considera valer o bem (R\$ 75.000,00).

Explicam os autores:

O processo de barganha pode ser dividido em três passos: estabelecer os valores de ameaça, determinar o excedente cooperativo e chegar a um acordo quanto às condições para distribuir o excedente da cooperação (COOTER; ULEN, 2010, p. 95).

Portanto, compreendidas as principais conceituações¹ para a análise das interações socioeconômicas, avança-se na temática para possibilitar o entendimento de como decorrem as ações humanas frente aos atos negociais, sobretudo, a observância das leis e seu descumprimento, sendo para o momento do presente estudo importante compreender a corrupção através da teoria econômica do direito.

Em prosseguimento, é necessária a apresentação do teorema de Coase, expoente da teoria analítica econômica do direito, sendo precursor na proposição de um sistema de custos de transação entre sujeitos, aptos a abalar (ou modificar) o equilíbrio econômico da sociedade, chamado de custo social.

Coase dirigiu seus estudos no sentido de propor que as interações econômicas entre indivíduos (jogos) não fossem somente benéficas para os jogadores (excedentes de cooperação), mas que, de igual forma, fossem benéficas para a sociedade. Vale dizer, a dificuldade do mercado é evitar as externalidades, ao mesmo tempo em que promove o lucro em operações mercantis. Coase apontou que as externalidades seriam diferenças entre o uso corrente de um determinado recurso escasso, incompatível com a sua disponibilidade. Desta forma, concluiu que as partes podem resolver este conflito não pela atribuição de direitos, e sim pela valorização (proveito) máxima da operação entre partes (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 201-202).

¹ Até aqui apresentaram-se os seguintes conceitos basilares da análise econômica do direito: a)

Para explicar este sistema de maximização, propôs-se o teorema de Coase enquanto instrumento de reflexão sobre o papel do direito na economia. Para melhor compreender a temática contida no presente instituto, vez mais, pede-se vênua para expor exemplo didático de mercado, com vistas a elucidar a sistemática contida no referido teorema: imagine-se que uma serralheria instala-se próximo a um hotel. A interação entre ambos ocorre sem maiores problemas até que, com a instalação de um maquinário mais potente visando a expansão de suas atividades, a serralheria passa a perturbar o sossego e o repouso dos hóspedes, levando o hotel a perder clientes. A solução do problema parte de duas premissas: a) a serralheria investe (aplica capital) em material isolante a fim de impedir que o seu ruído gere prejuízo ao hotel, ou; b) o hotel deve se mudar de local, operação mais custosa. Do ponto de vista do direito, há duas hipóteses de igual forma: a) a serralheria responde pelos prejuízos causados ao hotel, e; b) a serralheria não é responsabilizada, considerando a emissão de ruído como exercício regular de sua atividade comercial (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 204).

Estas hipóteses demonstram-se conflitantes, e ao mesmo tempo, propiciadoras de uma série de interações subjetivas entre indivíduos. Faz-se mister a apreciação de uma sistêmica facilitadora de compreensão, para que seja possível alcançar as dimensões de profundidade e complexidade que envolvem a aplicabilidade prática do teorema de Coase, que se expressa da seguinte forma, consoante Paulo Trigo Pereira (2009, p. 147):

Implica que se agentes afetados por externalidades puderem negociar (sem custos de transação) a partir de direitos de propriedade bem definidos (normalmente pelo Estado), poderão negociar e chegar a um acordo em que as perdas de bem-estar das externalidades serão internalizadas. Adicionalmente, considerando-se preferências quase-lineares, pode-se afirmar, com base nesse teorema, que a quantidade eficiente do bem causador da externalidade é independente da distribuição dos direitos de propriedade. A legislação voltada a externalidades não é tão importante ou eficiente em ajudar as partes envolvidas quanto governantes e legisladores.

Ademais, a verticalização dos conceitos apresentados em conjunção com a exemplificação adiante trazida, permitirão a compreensão do sistema de interações e injunções como proposto por Coase, elementarmente fundamental à compreensão de toda a dogmática da teoria analítica econômica.

Como exemplo prático da aplicação do teorema de Coase, propõe-se o presente quadro, adaptado da obra dos autores em apreço (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 204):

Quadro 3 - Teorema de Coase em versão simples

	Isolamento da serralheria é menos custoso que a mudança do hotel	Mudança do hotel é menos cara que o isolamento da serralheria
A serralheria é responsável	A serralheria toma a iniciativa - Para implantar uma solução não necessita acordo com o vizinho - A solução escolhida é o isolamento	A serralheria toma a iniciativa - Acordo: sendo a solução sob seu controle a mais cara, ela busca acordo com o hotel - Solução escolhida: a mudança do hotel
A serralheria não é responsável	O hotel toma a iniciativa - Acordo: sendo a solução sob seu controle a mais cara, busca um acordo com a serralheria - Solução escolhida: isolamento	O hotel toma a iniciativa - Para implantar uma solução não necessita acordo com o vizinho - A solução escolhida é a mudança de local

Fonte: Mackaay; Rousseau (2015)

Sobre a evolução do teorema e sua solução, apontam os autores:

O diagrama mostra que a solução efetivamente adotada é idêntica à anterior em cada coluna e corresponde à opção menos onerosa existente no topo da coluna. A mudança da regra de direito não faz a solução adotada variar. Ela determina, porém, a pessoa que toma a iniciativa do processo que conduz à implantação da solução e, ao mesmo tempo, quem assume o custo (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 205).

Evidencia-se o principal ponto do teorema de Coase: o direito não possui o condão de alterar a solução a ser adotada, vez que, buscar-se-á aquela que sempre represente a menor onerosidade. Porém, o direito pode (e deve) determinar quem será o titular da obrigação de indenizar, movendo-se assim a titularidade do ônus, mas não o seu custo. Neste momento, o direito exerce papel de evitar que as partes (jogadores) permaneçam indevidamente tentando jogar o custo para o outro. O direito neste ponto age como elemento de cooperação, ao determinar quem será o responsável por indenizar.

Porém, aqui há a presunção de cumprimento espontâneo de indenização. Como não é isto que costuma ocorrer na prática, os autores apontam que seria possível imaginar um resultado diverso, em que a serralheria “fosse não apenas responsável pelo prejuízo, mas que uma Corte pudesse obrigá-la (*injunção*), intimando-a a cessar os prejuízos causados” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 206). Tal fator (*injunção*) promove as seguintes alterações no quadro apresentado:

Quadro 4 - Teorema de Coase com injunção

	Isolamento da serralheria é menos custoso que a mudança do hotel	Mudança do hotel é menos cara que o isolamento da serralheria	Presumir que os danos sejam menos onerosos que as duas outras soluções
A serralheria é responsável	A serralheria toma a iniciativa - Para implantar uma solução não necessita acordo com o vizinho - A solução escolhida é o isolamento	A serralheria toma a iniciativa - Acordo: sendo a solução sob seu controle a mais cara, ela busca acordo com o hotel - Solução escolhida: a mudança do hotel	A serralheria toma a iniciativa - Acordo amigável - Solução escolhida: a serralheria pagará os prejuízos
A serralheria é responsável e podem ser impostas injunções	A serralheria toma a iniciativa - Para implantar a solução não precisa de acordo do vizinho - A solução escolhida é o isolamento - Como não incomoda mais o hotel, não se tratará de injunção	A serralheria toma a iniciativa - Acordo: a solução sob seu controle sendo a mais cara, faz com que busque acordo com o hotel - Solução escolhida: mudança do hotel - Como não incomoda mais o hotel, não se tratará de injunção	A serralheria toma a iniciativa - Acordo: solução amigável - Solução escolhida: a serralheria paga as perdas mais um prêmio de incentivo: Limite (teto) custo do isolamento - O acordo entre as partes promete ganho ao hotel. Não há interesse em injunção
A serralheria não é responsável	O hotel toma a iniciativa - Acordo: sendo a solução sob seu controle a mais cara, busca um acordo com a serralheria - Solução escolhida: isolamento	O hotel toma a iniciativa - Para implantar uma solução não necessita acordo com o vizinho - A solução escolhida é a mudança de local	O hotel toma a iniciativa - Para implantar uma solução não necessita acordo com o vizinho - A solução escolhida: o hotel assume a perda

Fonte: Mackaay; Rousseau (2015)

Sobre a evolução do teorema com injunção e sua solução, apontam os autores:

A implantação de uma das duas soluções preventivas (duas primeiras colunas) elimina qualquer fundamento para tal demanda. [...] A demonstração não seria diferente se a solução menos cara fosse a de mudança de um dos vizinhos. Se um dos vizinhos [...] tomar o controle da outra empresa, a demonstração vale da mesma forma, pois, com regra de responsabilidade, ou sem ela, a decisão da direção será imputar o custo da interferência entre as duas atividades a uma delas, ou dividi-lo entre ambas (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 207).

Observa-se que a inserção da injunção por si só não teve o condão de alterar as possíveis soluções do teorema, inserindo apenas algumas variáveis a

mais. Isto ocorre porque até o presente momento tratou-se de custos negligenciáveis, vale dizer, inexpressivos. Ao pensar em uma ótica mais dissociada da teoria e mais próxima da realidade prática, tanto um custo (isolamento completo do estabelecimento comercial da serralheria), tanto quanto o outro (mudança completa das instalações de um hotel), seriam custos muito elevados, capazes de findar a atividade de uma ou de outra empresa, caso fossem obrigadas a suportar tais indenizações.

E é desta visão que decorre o terceiro postulado do teorema de Coase: os custos de transação significativos. Nesta etapa, aplicável a seguinte ponderação:

Admitamos que os custos de transação sejam proibitivos porque as partes não se encontram e não se entendem antes de sua interação [...], ou que os acordos sejam muito difíceis de negociar ou respeitar. Nessa demonstração, todos os casos em que a solução efetivamente implantada pressupunha um acordo darão lugar, agora, a uma diferente solução (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 208).

O reconhecimento de custos proibitivos, ou ainda, da dificuldade ou impossibilidade de composição amigável entre as partes altera significativamente o quadro anteriormente apresentado, em suma por criar fatores determinantes para possibilitar ou não determinadas opções, chamados custos de transação, que irão determinar a opção ótima (desejável) do ponto de vista negocial para ambas as partes ou a condição não ótima (indesejável), como sendo aquela em que as perdas (custos) para uma ou para ambas as partes serão por demasiado onerosas, evitando do ponto de vista econômico a realização daquela determinada opção.

Esta constatação, demonstra bem a aplicação dos custos de transação em determinados arranjos sociais, determinando do economista uma análise das condutas esperáveis e possíveis em determinados jogos de cooperação (ou não).

Neste diapasão, a compreensão de como os custos de transação podem alterar o equilíbrio das negociações em um determinado cenário é de singular importância para a elucidação do comportamento humano esperável diante de condições determináveis.

Desta forma, apresenta-se o seguinte quadro, expressando os custos significativos:

Quadro 5 - Teorema de Coase com injunção e custos significativos

	Isolamento < Mudança < Perdas	Mudança < Isolamento < Perdas	Perdas < Mudança, isolamento
A serralheria é responsável	A serralheria toma a iniciativa - Para implantar uma solução não necessita acordo com o vizinho - A solução escolhida é o isolamento	A serralheria toma a iniciativa - Acordo excluído - Solução escolhida: isolamento (não ótima)	A serralheria toma a iniciativa - Acordo excluído - Solução escolhida: a serralheria pagará os prejuízos ou recorre ao isolamento, solução sob seu controle (não ótima)
A serralheria é responsável e podem ser impostas injunções	A serralheria toma a iniciativa - Para implantar a solução não precisa de acordo do vizinho - A solução escolhida é o isolamento - Como não incomoda mais o hotel, não se tratará de injunção	A serralheria toma a iniciativa - Acordo excluído - Solução escolhida: isolamento (não ótima) - Como não incomoda mais o hotel, não se tratará de injunção	A serralheria toma a iniciativa - Acordo excluído - Solução escolhida: a serralheria recorre ao isolamento, solução sob seu controle (não ótima) - Não há interesse em injunção
A serralheria não é responsável	O hotel toma a iniciativa - Acordo excluído - Solução escolhida: a mudança do hotel (não ótima)	O hotel toma a iniciativa - Para implantar uma solução não necessita acordo com o vizinho - A solução escolhida é a mudança de local	O hotel toma a iniciativa - Para implantar uma solução não necessita acordo com o vizinho - A solução escolhida: o hotel assume a perda, solução menos cara sob seu controle.

Fonte: Mackaay; Rousseau (2015)

Observa-se que a inserção de custos limita largamente as opções (destacadas em quadros avermelhados, estão as economicamente inviáveis). Somente as soluções dos quadros azulados apresentam-se como possíveis, sendo que, do ponto de vista do direito, o quadro representa a reponsabilidade civil. Neste sentido:

Na medida em que a solução preventiva à disposição do autor de um dano for menos onerosa do que as perdas impostas pela falta dessa prevenção, o autor poderia ser considerado, em termos jurídicos, *culpado* por não ter prevenido, e será, pois, condenado a pagar os danos. Isso lhe dá [...] incentivos para prevenir. Em caso contrário, o fato de se impor o pagamento ao autor do prejuízo não gera esse interesse efeito estimulador, não há culpa (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 210).

E é este precioso conceito que possui fundamental importância ao presente estudo. As leis, o direito, exercem importante papel como reforçadores de condutas

positivas (condição ótima) ou perpetradores de condutas negativas (condição não ótima). Assim, ao editarem-se leis, há que se ter em mente os possíveis efeitos que estas irão causar: poderão ser preventivas de condutas indesejáveis (socialmente ou economicamente) ou poderão agir como verdadeiros mecanismos de incentivo a práticas delitivas ou predatórias.

Tal ponto é o eixo derradeiro do presente tópico, pois a compreensão dos custos de transação como demonstrados pelo teorema de Coase permitem a previsão (e a eliminação) de determinadas condutas dos indivíduos frente a uma determinada situação negocial. Se por um lado, a lei for muito branda, permitir-se-á conduta predatória dos indivíduos tutelados, com a fatal exploração de outros indivíduos. De outra sorte, se a lei for excessivamente severa, acarretará no receio dos indivíduos em agir, causando a preferência pela inércia do que o risco de incorrer em lesões e indenizações. É o *tac-au-tac* aplicado ao sistema normativo, com um importante adicional: o custo.

Cooter e Ulen (2010, p. 105) ao apreciarem o tópico dos custos de transação asseveram que:

Os custos de transação são os custos das trocas ou comércio. [...] Podemos dar os seguintes nomes às três formas de custos de transação que correspondem a esses três passos de uma transação comercial: (1) custos da busca para realização do negócio, (2) custos da negociação e (3) custos do cumprimento do que foi negociado.

Para o presente momento, importam os custos do cumprimento do que foi negociado, frequentemente sendo este o custo tratado pela esfera jurídica. Vale dizer, é o custo para que seja cumprido determinado contrato levado a efeito. Sobre os custos de cumprimento, prosseguem os autores:

Os custos de fazer cumprir a transação, o terceiro e último elemento dos custos de transações, surgem quando um acordo leva tempo para ser cumprido. [...] No caso das transações complexas, monitorar o comportamento e punir violações do acordo pode ser dispendioso. [...] Estes custos variam, num espectro que vai de zero até indefinidamente elevados, dependendo da transação (COOTER; ULEN, 2010, p. 107).

Veja-se que o cumprimento das obrigações (imposto pela parte ou pelo Estado) implica onerosidade, razão pela qual, em determinadas situações a exigência para cumprimento da obrigação pode se tornar impossível frente aos custos. Fica evidente o papel da lei em determinar mecanismos de incentivo ao

cumprimento obrigacional e, ao mesmo tempo, que consigam desestimular o descumprimento obrigacional.

Em última análise, ao considerar-se o papel do direito frente aos custos de transação, aponta-se:

O exame dos custos de transação nos leva a descobrir que podem ter natureza técnica e recair sobre o custo quando uma parte, em uma interação, recair sobre aquilo, mais do que sobre a outra, para tratar de um problema; mas os custos de transação podem, também, predispor a comportamentos estratégicos, por exemplo, quando uma das partes bloqueia o acordo na esperança de obter parcela desproporcional dos ganhos conjuntos gerados pela coordenação. Por meio do direito, poderíamos encontrar regras cuja função é a de circunscrever tal tipo de oportunismo, deixando aos interessados a maior liberdade de ação possível (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 225).

Portanto, a figura da norma é de vedação do oportunismo, não se confundindo com um engessamento do sistema mercantil e negocial. O excesso regulatório pode ser tão prejudicial quanto a ausência de regulamentação, em especial, nos negócios objeto de análise do presente estudo: os contratos públicos.

Após os apontamentos sobre os pilares da teoria analítica econômica, prossegue-se para compreender a interação entre custos de transação e da corrupção nos contratos entre grandes corporações e o Estado, causados fatalmente por um sistema normativo tradicional, bem como, pela ausência de persecução de responsabilidades frente à onerosidade excessiva da corrupção público-privada, conforme se verificará pelo problema do custo social, a ser analisado na próxima seção.

2.3 A RELAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COM A CORRUPÇÃO

Com o surgimento do Estado e da economia, desde longa data ocorrem interações entre particulares com as instituições públicas, por meio de diversos modelos negociais, dentre eles as licitações, parcerias público-privadas, concessões, dentre outras. Estas interações, embora em diversos casos dotadas de regulamentação específica, em muito se assemelham aos negócios mercantis comuns, nos quais há interesses, custos e barganhas. E neste ponto surge o principal problema dos negócios entre o Estado e os entes particulares: a corrupção.

A corrupção, consoante a teoria econômica, pode ser compreendida como custo de barganha, ou ainda, como externalidade negativa, tendo em vista que em diversos casos, tanto operadores do Estado (políticos, agentes públicos e outros) locupletam-se indevidamente com valores pagos a título de propina, por empresários que igualmente recebem vantagens indevidas (concessões, obras superfaturadas, dentre outros), causando grave prejuízo a todo o sistema.

Conforme abordado anteriormente, a corrupção pode ser tida como um jogo coordenado, de cooperação, no qual o Estado (representado por seus agentes públicos) e o particular, de comum acordo, decidem enganar não um ao outro, mas à sociedade. Ao esquivar-se ao cumprimento da norma, bem como ao enganar as instituições estabelecidas (Poder Judiciário, agências regulatórias, autarquias públicas, etc.), cria-se grave lesão ao patrimônio público, bem como a direitos e preceitos fundamentais, conforme será tratado no presente estudo.

Para este momento, importa compreender como a corrupção se manifesta na esfera negocial, apontando possíveis formas de combatê-la, tendo por base a lógica analítica econômica como abordada.

Adota-se como resposta ao presente questionamento, o problema do custo social, postulado por Ronald Coase, abordando-se, vez mais, a metódica exemplificativa para facilitar a compreensão do instituto. Assim aponta Coase (2008, p. 1):

O presente ensaio versa sobre as ações das firmas de negócios que geram efeitos danosos em outros. O exemplo padrão é aquele da fábrica cuja fumaça causa efeitos aos ocupantes de propriedades vizinhas. A análise econômica de uma situação como essa se dá, geralmente, nas bases da divergência entre o produto privado e o social da fábrica [...] As conclusões a que tal tipo de análise parece ter levado a maioria dos economistas são as de que se desejaria tornar o proprietário da fábrica responsável pelos danos causados aos atingidos pela fumaça ou, alternativamente, aplicar uma multa ao proprietário da fábrica, a qual variaria de acordo com o montante de fumaça produzida e equivalente, em termos monetários, ao dano que causasse, ou, por fim, excluir a fábrica dos distritos residenciais [...]. A minha argumentação é no sentido de que os aludidos cursos de ação são inapropriados, vez que conduzem a resultados que não são necessariamente, ou, ainda, geralmente, desejáveis.

Coase foi precursor em analisar o sistema social como uma macroeconomia, em que, além dos custos privados de determinada transação, sempre emanam custos de natureza social. Vale dizer, em toda e qualquer transação negocial, haverá

impactos e externalidades para toda a sociedade – que a seu turno, poderão ser negativas ou positivas.

A concepção de um custo social é de grande valia para entender as relações tríplices entre negociantes e sociedade e, em especial, aquelas que se operam entre o próprio Estado e um ente particular, recaindo duplamente sobre a sociedade. Explica-se: a interação do Estado com uma empreiteira para – por exemplo – construir um viaduto, busca precipuamente o benefício da comunidade, que por meio de seus impostos pagos receberá de volta a possibilidade de usufruir de um melhor sistema viário. Aplicando-se ao presente caso a teoria dos jogos, tem-se que a cooperação será no sentido de gerar lucros para a empreiteira contratada (que valoriza em “x” o benefício de exercer sua atividade e dela auferir rendimentos), gerar a consecução dos objetivos do Estado (conforme determinação legal, em buscar a melhoria da condição de vida e bem-estar dos seus cidadãos), bem como – em uma terceira via – promoverá o bem-estar da população (que valoriza em “y” o benefício e o conforto de usufruir de um novo viaduto).

Esta ótica permite verificar que a relação econômica desdobra-se em mais uma variante, migrando de um sistema bipolar injuntivo, para um sistema tripolar com injunção, conforme apontado no tópico anterior.

Coase (2008, p. 2) elucida novo exemplo para a compreensão da presente temática:

Um outro exemplo é proveniente do problema do gado que, ao vagar, destrói a plantação na propriedade vizinha. Em sendo inevitável o dano causado pelo gado na propriedade vizinha, o aumento da oferta de carne somente será obtido mediante o decréscimo da oferta de produtos agrícolas. A natureza da escolha é clara: carne ou messe. A resposta deve ser dada não é, por óbvio, determinada, a menos que se saiba o valor daquilo que é obtido, bem como o valor daquilo que se sacrifica para obtê-lo.

Neste outro exemplo são apontadas as considerações sobre o que é socialmente desejável do ponto de vista das transações negociais, e mais, qual o papel do Estado em estimular – ou reduzir – determinados tipos de negociação. Explica-se: se, para a sociedade, for mais interessante que se produzam mais vacas, deverá o proprietário da plantação suportar os custos da atividade de seu vizinho, mediante indenização, pois, para aquela sociedade o resultado desta operação será benéfico – ainda que para o agricultor tal resultado se mostre nocivo (COASE, 2008, p. 3).

Isto ocorre em razão de que em um sistema macroeconômico não há interesse somente no resultado das micro transações, mas sim no resultado final da composição destas. Exemplifica-se: Se para o agricultor cada pé de alface custa R\$ 20,00 para ser produzido, e este cobra de seu vizinho R\$ 25,00 de indenização para cada pé destruído, o resultado da operação é um lucro líquido de R\$ 5,00. Se cada vaca para ser produzida custa R\$ 200,00, e cada vaca causa R\$ 25,00 em prejuízos ao andar na lavoura do vizinho, tem-se como custo final R\$ 225,00 por vaca. Se esta vaca é vendida a R\$ 250,00, tem-se um lucro líquido de R\$ 25,00. Ou seja, ainda que o agricultor esteja sendo prejudicado por não vender seus pés de alface, e a oferta deste produto esteja sendo reduzida no mercado, o resultado final é de a) mais vacas à disposição no mercado; b) lucro de R\$ 5,00 para o agricultor; c) lucro de R\$ 25,00 para o fazendeiro (COASE, 2008, p. 3).

Acrescenta-se ao exemplo o fato de que o fazendeiro, com a expansão do seu negócio contrata mais três capatazes, pagando a estes R\$ 850,00 por mês, e tem-se a demonstração da macroeconomia e do que é socialmente desejável em uma esfera tríplice negocial, assim como, o evidente papel regulatório do Estado.

Coase (2008, p. 4-5) explica que em um sistema econômico ideal, o agricultor suporta os custos de expansão da atividade econômica do pecuarista, sem aumentar o seu custo marginal de produção, vez que, em verdade, este não se encontra sofrendo qualquer prejuízo. A isto denomina-se de custo ótimo de transação. Agora, pense-se em um modelo em que o agricultor para evitar o avanço do rebanho do pecuarista eleve o seu custo marginal para R\$ 35,00, forçando o pecuarista a: a) aumentar o preço do gado, absorvendo o aumento de externalidades ou; b) reduzir a produção de seu rebanho. Tal situação mostra-se como indesejável, ou, não ótima. Ou a sociedade precisaria pagar mais caro pelo animal, mantendo a mesma margem de lucro ao pecuarista, e aumentando despropositadamente os rendimentos ao agricultor, que embora lucrando mais, não teria espaço para expandir sua produção, deixando de contratar novos funcionários, bem como, acabando por perder suas hortaliças sem a venda destas ou sem o recebimento de indenizações pelo crescimento do rebanho. Tal situação final implica maior custo social, vez que, o resultado desta operação seria: a) perda de R\$ 20,00 por pé de hortaliça não vendida; b) ausência de pagamento de mais três salários de R\$ 850,00; c) aumento de R\$ 10,00 no custo de cada cabeça de gado vendida; d) ausência de gado em demanda suficiente, causando aumento de preços.

Quanto ao fato de suportar, o autor é categórico:

O mundo deve conter fábricas, siderúrgicas, refinarias de petróleo, maquinário pesado e barulhento, ainda que à custa de alguma inconveniência à vizinhança e os autores de ações judiciais devem aceitar algum desconforto não-razoável em prol do bem comum (COASE, 2008, p. 16).

Antônio José Maristrello Porto (2012, p. 28) após tecer considerações acerca da questão do custo e do custo social, consigna: “No momento em que essa externalidade passa a integrar o custo privado, a curva de custo privado se iguala à curva do custo social, e o equilíbrio atingido passa a igualar-se ao ponto ótimo”.

Ao abordar a noção de bem comum e da indenização como custo e não reparação, começa-se a construir a noção de custo social para a compreensão da corrupção – e de seu combate. Quanto a este sopesamento, aponta-se:

Enquanto a maioria dos economistas parece entender errado o caráter da situação com a qual estejam lidando, é possível que as atividades que gostariam fossem eliminadas ou restringidas, sejam as atividades socialmente justificáveis. Trata-se de sopesar os ganhos que adviriam com a eliminação dos efeitos danosos, com os ganhos experimentados com a continuação dessas atividades. Por certo, é possível que uma extensão da atividade econômica do governo conduza, com freqüência, a que esta proteção contra ações pelos danos causados seja estendida mais do que se mostra desejável. Uma razão para tanto é que o governo olha de forma benevolente às empresas que esteja, ele mesmo, promovendo (COASE, 2008, p. 21).

Portanto, para o Estado é de grande importância medir a necessidade do custo social para uma determinada concessão ou proibição, sendo que, tal decisão por diversas vezes não se mostrará satisfatória aos mais restritos interesses, porém será de grande interesse para a sociedade toda.

Retomando os custos de barganha, remonta-se à noção tratada anteriormente de que os indivíduos, quando diante de um jogo de cooperação, procurarão sempre a via de maior resultado – ainda que para tanto precisem enganar o outro jogador. Na corrupção é exatamente este o método seguido: operadores e empreiteiros adotam estratégias escusas e evasivas para, de comum acordo, ampliarem a rentabilidade de uma operação às custas do erário público. Exemplos pontuais serão tratados no quarto tópico deste estudo.

Como visto anteriormente, para que se evite conduta predatória (ou evasiva), a lei e a responsabilização têm papel ímpar em estimular ou dissuadir determinadas condutas dos jogadores. Desta forma, cabe ao Estado editar leis para

coibir práticas que sejam nocivas ou práticas que majorem o custo social das operações mercantis. E é exatamente isto que ocorre em relação às obras públicas e aos contratos público-privados. O Estado deve buscar trazer máxima eficiência a estes contratos, reduzindo seus custos marginais e suas externalidades negativas, em prol da maior quota de cooperação possível, a ser desfrutada por todos – negociantes e membros da sociedade em geral.

Para um leitor desavisado a solução pode parecer simples: majorem-se as sanções e as penas, ampliem-se os limites indenizáveis, puna-se com maior rigor empresas corruptoras para, como efeito, não permitir que estas voltem a negociar com o poder público. Contudo, tal assertiva não se verifica como verdadeira diante dos custos sociais. Posner (2007, p. 673) aponta os fundamentos desta ressalva:

Sin embargo, las corporaciones no son infinitamente solventes, y dos de las técnicas fundamentales del derecho penal son plenamente aplicables incluso a una entidad que no puede ser castigada sino mediante una multa sin estigma: el uso de los recursos públicos para aumentar la probabilidad del castigo por encima de lo que podría ser un nivel muy bajo debido a los esfuerzos realizados para ocultar la responsabilidad penal, y el castigo de la actividad preparatoria a fin de reducir la ganancia neta esperada del delito.

Como bem aponta o autor, a dificuldade em aplicar uma régua rasa de sanções onerosas e pesadas é a de que as empresas, em última razão, são centros macroeconômicos, onde se empregam indivíduos, recolhem-se tributos e geram-se (em maior ou menor grau) quotas excedentes de cooperação benéficas e aproveitáveis à toda uma sociedade. Fazer com que determinada atividade empresarial seja encerrada frente ao pagamento de sanções (tendo em vista que as empresas não são infinitamente solventes), torna-se deveras dúbio quanto ao menor custo social (condição ótima).

Para a sugestão de inserirem-se sanções de natureza penal às corporações, o autor adverte:

Dado que el castigo penal corporativo es puramente monetario, no queda claro por qué debiera tener derecho la corporación a las elaboradas salvaguardias procesales del proceso penal. [...] Tales salvaguardias tienen sentido económico sólo bajo el supuesto de que los castigos penales imponen grandes costos y no sólo una transferencia de dinero del delincuente al Estado (POSNER, 2007, p. 673).

Vale dizer, a adoção de sanções penais poderia permitir maior grau de efetividade da norma, posto que, além do custo econômico, haveria o custo pessoal

da sanção, podendo funcionar como mecanismo desestimulante de determinadas condutas indesejáveis. Isto amolda-se à ideia de que várias empresas são abertas e operadas apenas com a intenção de lesar o erário público por meio de acordos corruptos, sendo que, suas funções econômica e social (como geradora de empregos, tributos e riquezas) chegam a ser duvidosas frente aos prejuízos causados. Neste sentido, cabe anotar:

Puede otorgarse el pago de daños punitivos por el tipo de cuasidelito intencional que probablemente será también un delito, y las sanciones penales corporativas son puramente financieras, de modo que resulta difícil entender por qué debieran imponerse esas sanciones sin considerar la responsabilidad cuasidelictiva de la corporación (POSNER, 2007, p. 673).

Observa-se aqui o delicado equilíbrio que há entre benefício e prejuízo e as sanções aplicáveis quando trata-se de cenário macroeconômico. Nem sempre, a sanção que se mostre moralmente desejável, será aquela socialmente desejável do ponto de vista econômico. A própria corrupção como custo para o Estado tem valor desejável, visto que, o combate a esta epidemia é dispendioso, resultando em custo ótimo ao Estado que não é zero. Explica-se: Se para combater a corrupção totalmente o Estado precise gastar R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão) é mais interessante (do ponto de vista econômico) que este gaste 500.000.000,00 (quinhentos milhões) e permita uma corrupção de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões), pois, o resultado final desta operação seria R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões) – uma economia de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões) para o Estado.

E é sabendo destas interações macroeconômicas que corruptos e corruptores operam. A sanção, a prisão, a pena, são vistas como custo (assim como no dilema do prisioneiro), e sabendo que o índice ótimo de corrupção do Estado não é zero, assim como fiscais e agentes públicos são suscetíveis à propina e ocultações, torna-se vantajoso (do ponto de vista econômico) corromper, ou, na teoria econômica, barganhar.

Esclarecidas todas as nuances econômicas que permeiam as condutas corruptas e o sistema público contratual, passa-se à análise dos instrumentos estatais de controle e combate à corrupção, bem como seu (in)sucesso como custo de transação, para, aliado ao instrumental da análise econômica do direito, buscar solução para o problema endêmico da corrupção.

3 A LEI ANTICORRUPÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E O ACORDO DE LENIÊNCIA

A Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica e o momento social no qual se deu sua edição traz o acordo de leniência como meio de combate à corrupção, seguido de requisitos e discussões causadas pela natureza e fins da lei, sendo este o objetivo específico de estudo nesta etapa.

Cumprir verificar sob qual cenário surgiu a legislação pertinente ao objeto de estudo, bem como por quais impactos econômicos a sociedade brasileira tem passado em razão da corrupção. Segundo estudo realizado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP, 2010, p.1), com base em dados de 1990 a 2008, verificam-se os custos da corrupção no Brasil:

As perdas econômicas e sociais do Brasil com a corrupção foram estimadas considerando um nível de corrupção percebida no país igual à média de uma cesta de países selecionados. Se o Brasil possuísse um nível de percepção da corrupção igual à média desses países de 7,45, o produto *per capita* do país passaria de US\$ 7.954 a US\$ 9.184, ou seja, um aumento de 15,5% na média do período 1990-2008 (equivalente a 1,36% ao ano). Isto corresponde a um custo médio anual da corrupção estimado em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (valores de 2008). Se o controle da corrupção fosse ainda mais rigoroso, estima-se que todos os recursos liberados da corrupção para as atividades produtivas (isto é, o custo médio anual da corrupção) chegue a R\$ 69,1 bilhões (valores de 2008), correspondentes a 2,3% do PIB.

O enfrentamento da crise do modelo atual, oneroso e corroído pelos atos de corrupção, como demonstra a pesquisa acima referida, estava a exigir do processo legislativo (em nome dos compromissos assumidos anteriormente pelo país em Convenções Internacionais), um dispositivo competente e necessário à implementação de ações fundamentais ao indispensável resgate da credibilidade empresarial, reconhecidamente, tarefa de árduo enfrentamento, nesta quadra que oscila entre a nova legislação e a crise política, econômica e social.

Tomando por base o potencial econômico e social da empresa moderna, pode-se observar ser ela sujeita à sustentabilidade, que consiste, consoante Juarez Freitas (2011, p. 40), em “assegurar, hoje, o bem-estar físico, psíquico e espiritual, sem inviabilizar o multidimensional bem-estar futuro”.

Foi nesta busca pelo efetivo cumprimento dos deveres econômicos e sociais da empresa e sua sustentabilidade que o Estado editou a Lei 12.846/2013 visando

conforme apontado por Thiago Marrara (2011, p.10): “atingir objetivos complexos e, simultaneamente, para lidar com os problemas de escassez de recursos das mais diversas ordens, o Estado, assim como o indivíduo, é obrigado a agir de modo racional e estratégico, fazendo considerações sobre o futuro”.

Sobre a lei, assim define Sidney Bittencourt (2015, p. 15):

Finalmente, após longos anos de trâmite no Congresso Nacional, numa flagrante resposta aos inúmeros protestos de rua ocorridos em junho de 2013, que realçavam a corrupção generalizada em todos os planos federativos, veio à tona a Lei 12.846, de 01.08.2013, já denominada “Lei Anticorrupção”, que inovou o ordenamento jurídico pátrio ao trazer em seu bojo uma mudança de perspectiva no combate à corrupção, porquanto acresce ao Direito Penal e à perseguição à pessoa física, o Direito Administrativo Sancionador, indo ao enalço da pessoa jurídica. Atendendo a uma inclinação internacional, a nova norma preenche uma lacuna existente na legislação brasileira ao alcançar a empresa do corruptor, estendendo as punições dos funcionários envolvidos em crimes de corrupção às empresas nas quais trabalham.

A Lei 12.846/2013 busca combater uma gama de ações antijurídicas e lesivas para a economia utilizando, para tanto, normas de diversos ramos do direito como o direito administrativo, civil, tributário, penal, a fim de construir uma legislação suficiente ao combate da corrupção, de forma eficaz, levada a efeito pela pessoa jurídica com a fiscalização do poder público.

A responsabilização prevista pela Lei Anticorrupção alcança os representantes legais, administradores, funcionários e outras pessoas físicas envolvidas com as pessoas jurídicas.

A legislação em análise traz em sua epígrafe a seguinte redação: “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”. Ao comentarem sobre a ementa desta lei, Gilson Dipp e Manoel Volkmer de Castilho (2016, p. 11) apontam:

A ementa da lei em questão representa um paradigma de interpretação de seu texto posto que reflete, em resumo, o desiderato do diploma como um todo, ressalvadas as “outras providências” que constituem fórmula tradicional. Em vista disso, o diploma legal deve se restringir ao tema da responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública no âmbito administrativo, embora algumas regras também se dirijam ao campo do processo civil com finalidade judicial.

Nesse diapasão, percebe-se logo qual a verdadeira intenção do legislador: efetivar a punição (responsabilização) de empresas corruptas e seus operadores, para evidentemente recuperar ativos eventualmente desviados do erário público. E é neste momento que começa a se desenhar a importante interface entre análise econômica do direito, corrupção e responsabilização. Conforme tratou-se anteriormente, se a sanção for pequena ou irrisória frente ao lucro do ato de corrupção, torna-se vantajoso (do ponto de vista econômico) corromper. Assim sendo, a Lei Anticorrupção vem para enfrentar a escusa mentalidade de que corromper vale a pena, adotada por parte do empresariado corporativista brasileiro.

Para que possa combater tal mentalidade, tratou o legislador de destacar como regramento relevante as possibilidades punitivas e coercitivas, conforme serão oportunamente abordadas, com vistas a garantir a efetividade primária do instituto – a recuperação de ativos financeiros do Estado – bem como a secundária – a prevenção de práticas de corrupção, pelo risco da sanção.

Nesta lógica, Marcio Pestana (2016, p. 10) ao comentar a responsabilização das pessoas jurídicas aponta que:

A responsabilidade atribuída às pessoas jurídicas, no caso, da espécie objetiva, parte do pressuposto de que todos aqueles que se aproximam da Administração Pública para com estabelecer algum tipo de relação o fazem em tom juridicizado, com todo o cuidado e redobrada atenção enfatizando-se o liame *ofensa versus valor ofendido*, menos importando se a ofensa tenha sido por causa de alguma conduta presidida por dolo ou culpa.

Observa-se neste apontamento que embora a realidade fática dissocie-se e muito da intenção pura da norma, o seu efeito prático é concreto. Em que pese muitas empresas de fato se aproximarem da Administração Pública zelando pela moralidade e probidade, ocorrem inúmeros casos em que tal aproximação se dá por alinhamento de interesses escusos de políticos e agentes públicos com empresários inescrupulosos. Tal situação restou de relevo topográfico mínimo para a referida lei, vez que, com a adoção da responsabilidade objetiva para fins de responsabilização, basta a aferição de práticas corruptas para alcançar o patrimônio empresarial em busca da recuperação de ativos. A natureza de tal responsabilidade será objeto de análise própria na seção subsequente.

Compreendida a função primária da Lei 12.846/2013, destaca-se importante instrumento utilizado pelo legislador para alcançar os aludidos objetivos em relação ao acordo de leniência. A palavra leniência vem do latim *lenitate*, que pode ser

entendido como suavidade, mansidão, doçura, qualidade do que é suave. Conforme aduz Thiago Marrara (2015, p. 512): “o chamado “acordo de leniência” designa um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção”, sendo esta a sua definição.

Tal instrumento foi concebido ao reflexo da delação premiada, como mecanismo de ampliar a recuperação de ativos públicos, por meio de delações corporativas que desnudem outras pessoas jurídicas ou agentes públicos envolvidos em esquemas de corrupção, assegurando ao delator (ou leniente) a redução das penas civis e sanções econômicas previstas.

Valdir Moysés Simão e Marcelo Pontes Vianna (2017, p. 77) ao comentarem tal instrumento negocial apontam que:

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

Conforme anteriormente tratado, observa-se o ponto nodal dos acordos de leniência, bem como, o relevante interesse público decorrente da celebração destes. Enquanto instrumento negocial entre um ente privado e um ente público, haverá necessidade (como em um contrato de compra e venda) de tornar sua celebração atrativa ao leniente, sem, contudo, tal atratividade configurar perdão ou punição irrisória a este, sob pena de prejuízo aos interesses do Estado. Este equilíbrio entre interesses e benefícios será oportunamente analisado no tópico final do presente estudo, como resultado de interface máxima entre economicidade, justiça e direitos fundamentais.

Após intensos debates na esfera administrativa, compreendeu-se pela legitimidade da Controladoria-Geral da União em parceria com a Advocacia-Geral da União para celebrar referidos acordos. No presente momento, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3.636/2015, que visa alterar a Lei 12.846/2013 para, permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordos de leniência, de forma isolada ou em conjunto, bem como, tornar obrigatória a homologação dos referidos acordos pelo Poder Judiciário – o que atualmente não é requisito formal para a validade dos acordos no âmbito da Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica.

Cumpra salientar ainda que, em decorrência do sistema de multiagências existentes no Brasil, não há um único modelo de acordo de leniência, e sim três: 1) os acordos celebrados pelo CADE, no âmbito da Lei 12.529/2011; 2) os acordos celebrados pela CGU, no âmbito da Lei 12.846/2013; e 3) os acordos de *lege ferenda* celebrados pelo MPF no âmbito da mesma Lei 12.846/2013, este último, decorrente da competência negocial do MPF, e que prescindem de homologação judicial. Para fins da pesquisa, serão abordados preferencialmente os acordos celebrados no âmbito da CGU, utilizando-se, no que couber, outros acordos firmados pelo MPF e que prescinde de ratificação pela CGU.

Ademais, editaram-se: o Decreto 8.420/2015, que regulamenta a responsabilidade administrativa das empresas no âmbito da Lei 12.846/2013; a Portaria CGU nº 909/2015, que dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas (*compliance*); a Instrução Normativa CGU nº 1/2015, que estabeleceu a metodologia para apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa do art. 6º da Lei 12.846/2013; a Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016, que dispõe sobre os procedimentos para a celebração dos acordos de leniência, no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, além de dispor sobre a participação da Advocacia-Geral da União; a Instrução Normativa CGU/AGU nº 2/2018, que aprovou a metodologia de cálculo da multa administrativa do art. 6º, inciso I, da Lei 12.846/2013, a ser aplicada no âmbito dos acordos de leniência firmados pela CGU.

Compreendidos os pontos principais, bem como, o momento social vivido no âmbito nacional que culminaram na redação da referida lei, assim como suas finalidades, mecanismos principais e objetivos formais, passa-se a análise dos seus principais aspectos formais e técnicos, objeto de exame da próxima seção.

3.1 ASPECTOS RELEVANTES DA LEI ANTICORRUPÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A corrupção é intrínseca à criação de regras. Tal máxima decorre da natureza binária humana, que pode escolher seguir determinada regra ou infringi-la. Porém, quando a desobediência reveste-se de legalidade ou de aparente observância à regra, surge a corrupção. Talvez, um dos maiores exemplos de corrupção a serem lembrados seja o escândalo da empresa Norte Americana de

aviões *Lockheed*, que nos anos de 1950 a 1970 praticou diversos atos de corrupção com dirigentes de países como Alemanha, Itália, Holanda e Japão, com finalidade de ampliação de lucros pela venda de suas aeronaves em modelo de competição artificial de mercado. Fazia-se o pagamento de propina a dirigentes que facilitavam a compra das aeronaves por meio de processos licitatórios fraudulentos ou favorecendo a empresa Norte Americana. Tal prática só fora descoberta em 1976, por uma investigação deflagrada pelo Senador estadunidense Frank Church (PESTANA, 2016, p. 4-5).

Este fora um dos episódios que desencadeou a promulgação de uma das primeiras leis anticorrupção de que se tem notícia, a *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA Norte Americana, de 1977. De igual forma ocorreu no Reino Unido, com a edição da *UK Bribery Act*, de 2010.

Com relação aos Ordenamentos Estrangeiros anteriormente mencionados, é importante frisar quais foram as normas incorporadas pela Lei Pátria visando alcançar todos os agentes possíveis dentro de uma pessoa jurídica, a saber: a *Administration Support* que obriga a cúpula da empresa a participar ativamente da implementação das políticas de *compliance*; a *Risk Analysis*, que identifica previamente as áreas de risco de atuação da pessoa jurídica, prevenindo desde logo a ocorrência de falhas e corrupção; *Politics Procedure*, que obriga a empresa a criar um código de ética e conduta, que deverá ser aprovado pelo órgão governamental; a *Standard Communication Tranement*, segundo a qual os colaboradores da pessoa jurídica são periodicamente treinados e monitorados para que cumpram a política de *compliance*; a *Due Diligence*, que prevê que as pessoas jurídicas realizem estudo prévio de outras pessoas jurídicas com as quais pretendem contratar ou se relacionar; a *Report Channels and Internal Investigations*, que permite que os colaboradores denunciem às entidades competentes possíveis práticas empresariais que afrontem a lei, levando à posterior apuração de responsabilidades; *Periodic Review*, prevê que a empresa atualize e modifique regularmente sua política de *compliance*, adequando-a ao mercado e ao momento (ESTADOS UNIDOS, FCPA, 1977, p. 1 e REINO UNIDO, UKBA, 2010, p.1).

É natural que em uma sociedade como a brasileira, que gira economicamente em torno do mercado de consumo e de *commodities*, as empresas possuam papel e poderes muito importantes, afinal, são o eixo de todo um sistema econômico. E claro, ao buscar implementar massivamente o lucro, alguns

empresários lançam mão da corrupção visando obter negócios lucrativos fáceis, alcançando, por este meio, os interesses desejados.

Tendo em conta que a corrupção é conceito antagônico ao da *accountability*, uma estratégia pontual anticorrupção é fazer com que as leis sejam cumpridas sem prejuízo do erário, sendo os indivíduos da sociedade os próprios fiscais da lei, bem como ter a possibilidade de punir severamente quem pratica atos de corrupção. E foi justamente com esta estratégia que editou-se a Lei 12.846/2013, colocando como conduta punível o simples descumprimento de um dever, segundo uma normativa aplicável. Portanto, mesmo se tratando de Pessoas Jurídicas exclusivamente privadas, estas passam a sujeitar-se a um regime de transparência, de cumprimento normativo e de enfrentamento à corrupção, assemelhando-se ao conceito contido na *accountability*, que nada mais é do que “o dever de prestar contas com transparência”, assim conceituado por Andreas Schedler *et al.* (1999, p. 12).

Desta forma, verifica-se uma mudança de paradigma, recolocando as pessoas jurídicas ativamente no centro da regulamentação anticorrupção em busca de melhorias nas seguintes dimensões: jurídicas, evitando a propositura de demandas e a realização de atos que violem o sistema jurídico; econômicas, trazendo maior confiabilidade ao mercado; sociais, reduzindo os gastos públicos com o combate à corrupção, bem como com o desvio de verbas e tributos.

De outra parte, a legislação editada pelo Estado indica caminhos operacionais por meio da política de *compliance* para o efetivo cumprimento das normas, objetivando orientar as empresas e a classe empresarial para a assunção de meios adequados à adoção de medidas éticas e de resultados positivos. Assim, esta política indica como via capaz de atender a um modelo empresarial sério e comprometido com uma atuação qualificada nos âmbitos legal, econômico, moral e social.

Nesta perspectiva, cabe remarcar, em especial, um dos principais mecanismos da Legislação Anticorrupção para resguardar sua efetividade, como a adoção da responsabilidade objetiva da empresa, consoante os Arts. 1º e 2º, ainda que, mantendo a responsabilidade individual subjetiva para os representantes legais, administradores ou qualquer pessoa natural autora ou coautora ou partícipe do ato ilícito na dicção do Art. 3º.²

² Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Quanto aos critérios para amoldamento das empresas às condutas puníveis previstas pela lei, tem-se:

Como corolário, devidamente ajustada para o caso, determina a lei em apreço ao aplicador da norma promover a seguinte estruturação lógica e jurídica: houve a prática de ato lesivo a que se refere a lei aplicável em desfavor da Administração Pública? Houve alguma prática por agente ou representante da pessoa jurídica identificada, que também conta com hospedagem no normativo competente? Há nexos lógicos entre o ato lesivo ocorrido e a pessoa jurídica identificada? (PESTANA, 2016, p. 10).

Assim, estando o conjunto supracitado preenchido, não há dúvida da aplicação e do amoldamento de determinado indivíduo ou empresa nas condutas e sanções previstas no ordenamento em apreço.

Na segunda vertente analisada, estão as rigorosas sanções previstas no Art. 6º, prevendo multas de até 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo; na impossibilidade da adoção do critério a multa será de até R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

O Art. 19 e incisos da referida Legislação, dispõem acerca do perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

O Art. 22 prevê a criação de um Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP). Contudo, falta regulamentação e critérios para inscrição, manutenção e exclusão, quando for o caso, do cadastrado.

Camila Forigo e Oksandro Gonçalves (2015, p. 351) observam que:

É perceptível que a Lei tem como objetivo fundamental aumentar as punições às pessoas jurídicas envolvidas em casos de corrupção e fraudes contra a Administração Pública. No entanto, mais do que sancionar a Lei tem por finalidade também incentivar a implementação pelas empresas de mecanismos para evitar a prática de atos ilícitos para que possa, efetivamente, inculpir na mentalidade corporativa a necessidade de cumprir aos princípios éticos e da moralidade administrativa que regem o mercado competitivo.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

É importante salientar que deverá ser levado em conta no momento da aplicação das sanções, “a consumação ou não da infração”, conforme inciso III do Art. 7º.

A Lei Anticorrupção traz como consequência agregada ao rigoroso campo das sanções, a necessidade para a empresa nacional de fazer adotar conjunto de mecanismos de controle interno de suas ações para orientar e proteger os representantes legais, administradores, gestores, por meio da política de *compliance*.

O rigoroso e plural sistema de penas trazido pela lei ao ordenamento jurídico é em verdade um vasto grupo de mecanismos que visam assegurar a efetiva punibilidade da pessoa jurídica corruptora, bem como desestimular a prática da corrupção.

É fundamental punir e garantir a efetividade destas penas para que se possa falar em vitalidade do processo político e democrático de direito, livre da corrupção.

A aplicação e interpretação das sanções na forma como foram concebidas, exigirá do intérprete tarefa hermenêutica de grande complexidade, uma vez que o legislador adotou conceitos genéricos para fixação da pena.

Em prosseguimento, entende-se também que:

Nesse sentido deveriam ter sido melhor delimitados os critérios para mensuração do cálculo das penalidades a serem aplicadas, bem como estabelecidos prazos mínimos e máximos para a aplicação de determinadas sanções, como a da inscrição de cadastro [...] (FORIGO; GONÇALVES, 2015, p. 363).

Por derradeiro, afirmam que é necessário observar que “tal como se encontra hoje, a aplicação da lei pode causar graves consequências não só à empresa, mas também à sociedade e ao mercado em geral, com a aplicação de medidas desproporcionais e excessivas” (FORIGO; GONÇALVES, 2015, p. 364).

E é justamente para evitar que a todo o tempo sejam adotadas estas medidas punitivas, que emprestou-se da Lei Antitruste o instituto do Acordo de Leniência, que será tratado em sequência.

3.2 O ACORDO DE LENIÊNCIA E O ABRANDAMENTO DAS SANÇÕES PENAIS PREVISTAS

Após os apontamentos preliminares da lei em análise, é necessário delimitar os motivos que levaram o legislador a aportar o acordo de leniência para a Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica. Modesto Carvalhosa (2015, p. 370-371) explana:

Face ao caráter precipuamente penal da presente Lei, nela se institui o acordo de leniência. Para tanto, trasladou o legislador literalmente, as disposições concernentes à prática de cartel da legislação que trata do abuso de poder econômico e da defesa da concorrência (Lei n. 12.529/2011). [...] De qualquer forma, na presente Lei, o regime de leniência instituído deverá resultar, para que se efetive o abrandamento das penalidades (art. 6º) em favor da pessoa jurídica denunciante numa ampliação dos sujeitos ativos, ou então, na delação de agentes públicos envolvidos.

Portanto, verifica-se que ao emprestar o instituto legal da leniência, o legislador buscou criar uma condição específica, na qual a pessoa jurídica poderia firmar acordo de leniência no intuito de abrandar as penalidades aplicáveis, reduzindo a sanção imposta, sem contudo, deixar de aplicá-la.

Isto se dá pelo interesse do Estado em não apenas punir o agente infrator, mas de igual forma procurar desestimular de forma pedagógica a prática da corrupção e atingir o máximo de agentes corruptos e corruptores através de uma cadeia punitiva derivada da rede de corrupção. Assim sendo, seria possível abranger um maior número de sujeitos passivos dentro de uma única investigação, pela colaboração de um dos investigados, assemelhando-se muito ao que ocorre no Direito Penal com o instituto da Delação Premiada (CARVALHOSA, 2015, p. 371).

Uma das críticas que se faz ao presente instituto é a sua transposição *ipsis litteris* realizada da Lei Antitruste para a presente lei. Esta transposição não foi de toda sorte adequada, pois:

A Lei do CADE, [...] visa dismantelar as condutas anticoncorrenciais existentes no mercado, ao passo que a presente Lei tem por objetivo dismantelar os focos de corrupção no âmbito do setor público. [...] A Lei do CADE visa restaurar a moralidade do mercado, enquanto a presente Lei visa restaurar a moralidade do Estado (CARVALHOSA, 2015, p. 373).

Basicamente, a Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) confere a imunidade penal ao leniente, enquanto a presente lei confere tão somente o abrandamento de sanções administrativas, sem prejuízo da persecução

penal dos gestores ou outras pessoas físicas eventualmente envolvidas nos esquemas de corrupção de uma determinada pessoa jurídica.

Originalmente, “o acordo de leniência não tem a finalidade de criar incentivos outros além da diminuição das penas para as jurídicas pactuantes” (CARVALHOSA, 2015, p. 377). Portanto, ao firmar o acordo de leniência, o Poder Público confere tão somente as benesses especificadas no Art. 16 § 2º da Lei, não cabendo ir além do que fornecer qualquer tipo de benefício.

Tal acordo é marcado pelos resultados que vier a gerar, não sendo meramente um acordo formal, fixo, inerte, e sim uma verdadeira dinâmica entre a consistência das provas oferecidas pelo pactuante, e o benefício de redução punitiva oferecida pelo Estado (CARVALHOSA, 2015, p. 378-379).

São requisitos cumulativos para a celebração do acordo de leniência:

(a) ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (b) cessar completamente seu envolvimento na infração investigada, a partir da data de propositura do acordo; (c) admitir a sua participação no ato ilícito; e (d) cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até o seu encerramento (BITTENCOURT, 2015, p. 142).

Se cumpridos todos estes requisitos, poderá a pessoa jurídica firmar o acordo de leniência, que irá constituir “meio de prova e, portanto, de defesa da pessoa jurídica no processo penal-administrativo, [...] com base nas provas apresentadas pela pactuante no caso concreto” (CARVALHOSA, 2015, p. 385).

Em relação à autonomia para a propositura do acordo de leniência e sua aceitação ou não, após detida análise por parte da Doutrina quanto aos dispositivos da lei, surgiu certo consenso quanto à autonomia para firmar o acordo, que seria exclusivamente a Controladoria-Geral da União (CGU), não cabendo este poder às demais autoridades máximas do Executivo, por serem, algumas vocacionadas às práticas corruptivas (CARVALHOSA, 2015, p. 391; BITTENCOURT, 2015, p. 143).

Por fim, em caso de descumprimento do acordo pactuado, cabe salientar que:

[...] O dever da pessoa jurídica de cooperar plenamente com as autoridades encarregadas do devido processo penal-administrativo durante todo o seu curso instrutório constitui o objeto fundamental do pacto de leniência, tanto quanto o fornecimento dos documentos que possam indiciar e processar, por este e por outros meios, as demais pessoas apontadas (CARVALHOSA, 2015, p. 392).

Logo, a pessoa jurídica leniente só obterá os benefícios de abrandamento de sanções caso cumpra durante todo o processo penal-administrativo com os deveres de cooperação e transparência, auxiliando verdadeiramente no curso das investigações. Embora aqui possa haver abstração do texto legal, por ser um tanto quanto subjetivo o que é uma verdadeira colaboração (considerando a possibilidade de a pessoa jurídica ser seletiva com aquilo que vai informar ou não), tem-se por base que os documentos, depoimentos, provas e elementos que auxiliarem nas investigações e promoverem a recuperação da moralidade do Poder Público, serão aceitas como cumprimento do pacto para fins de concessão do benefício. Contudo, aquela pessoa jurídica que não fornecer quaisquer elementos probatórios acima de qualquer suspeita, perderão o pacto de leniência, devendo arcar com as sanções previstas na lei em sua totalidade.

A especificidade do Art. 16 da referida Lei, ao determinar 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 [...]”, chama a atenção, ao passo que, deixa a cargo de uma série de agentes públicos e (eventualmente) políticos a capacidade para concordar com a leniência e delimitar seus termos. Tal situação acarreta duas implicações: (a) engessamento da lei, uma vez que muitas situações de corrupção ocorrem em âmbito municipal ou estadual, sendo talvez mais adequado deixar a celebração deste acordo a cargo do Ministério Público, tendo em vista sua função nata para tanto; (b) grave risco de uso do acordo de leniência como manobra política ou de corrupção, pois vários agentes que possuem o poder de firmar os acordos são naturalmente vocacionados para a prática de atos de corrupção, conforme anteriormente mencionado.

Por derradeiro, a possibilidade da pessoa jurídica leniente permanecer licitando e contratando com o poder público, com a suposta finalidade de evitar a redução dos rendimentos empresariais e a consequente demissão de funcionários, permite que estas pessoas jurídicas continuem operando em conjunto com a máquina estatal, abrindo margem para que antigos esquemas de corrupção sejam remodelados e amoldados a uma nova sistêmica corruptiva, que se operará por meio de uma corrupção institucionalizada e legalizada pela própria lei que deveria coibi-la.

Com base na análise exposta, propõe-se verificar sob uma ótica jurídica, moral, política e econômica a possibilidade de real efetividade e aplicabilidade

prática da Lei 12.846/2013, ou se está fadada a ser vítima das manobras políticas constantemente praticadas pelo Legislativo em prol do favorecimento das reiteradas práticas corruptivas que assolam os poderes pátrios.

3.3 O VIÉS JURÍDICO E POLÍTICO DA REDUÇÃO DE SANÇÕES E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Ao analisar a Lei 12.846/2013 de acordo com o método da análise econômica reunido à investigação jurídica, observa-se forte caráter político, voltado a minimizar impactos para empresas ligadas ao Poder Público, que poderiam acarretar sanções ao próprio poder Estatal.

Esta análise é possível, mormente em face do entendimento de Márcia Carla Ribeiro e Irineu Galeski Júnior (2009, p. 77) sobre a adequação de invocar-se a análise econômica do direito para fins da apreensão da política normativa aplicáveis às empresas brasileiras:

[...] o fato de que o ser humano age de forma racional maximizadora, escolhendo o que for melhor para si, com base na existência ou não de incentivos e de eventual sanção cabível (entre os incentivos ou desincentivos, pode-se citar o conteúdo das regras legais); a busca da eficiência; [...] as falhas do mercado, sobretudo em razão da assimetria informacional; a existência de custos de transação [...].

Compete à empresa, na atualidade, assimilar como maximizar resultados, observando para tanto, o conteúdo das leis, a existência de incentivos ou não, avaliando de forma regular os custos das transações. Nestas esferas as regras jurídicas são parte do conjunto a ser observado e respeitado pela empresa.

Tendo em vista que o mercado possui em todas as suas esferas e níveis, determinados custos de transação, cabe o entendimento de Coase (2008, p. 12), que bem destaca os benefícios de uma análise econômica dos conjuntos normativos aplicáveis à empresa e, no caso em estudo, os acordos de leniência:

Conjeturar a ausência de custo de transação no mercado seria ilusório, pela simples razão de que toda transação é custosa e a relação negocial é sopesada pelo sistema de preço, pela análise da trajetória da contraparte no mercado, pela confiabilidade exalada aos demais negociantes, seu anseio em negociar. Em outras palavras, essa análise pode alterar a qualidade da negociação e aumentar a segurança na concretização do negócio, o que redundaria em custos.

No que se refere à Lei 12.846/2013, seria mais eficiente para a empresa seguir o conjunto normativo imposto, refletindo a premissa de que “a lei é desnecessária e indesejável onde a negociação é bem-sucedida, e que a lei é necessária e desejável onde a negociação não dá certo” (COASE, 2008, p. 12). Contudo, as benesses do acordo de leniência, e sua forma de aplicação, começam a apresentar determinados custos de barganha que, na conta rasa do lucro puro, à margem da ética e da moral, podem tornar-se tentadores aos interesses escusos de determinadas empresas.

Destaca-se que:

Observa-se que a prática do comportamento ético no âmbito empresarial, interno ou externo, pode ser adotada e impulsionada tanto pela cooperação quanto pela imposição, sendo a primeira muito mais eficiente, pois demonstra a alteração de mentalidade dos atores envolvidos (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 73).

Ao conceder benefícios de ordem econômica e penal, o acordo de leniência pode dar azo a uma cooperação inversa, na qual o Poder Público acabaria por estimular as práticas delitivas, por não puni-las exemplarmente, excluindo-se a via impositiva ou a cooperativa positiva.

O viés político dado à Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica e ao acordo de leniência certamente distancia-se dos índices ótimos de corrupção, em que os custos investidos pela máquina pública no combate a prática, não excedam um mínimo de evasão do sistema legal e punitivo do Estado. Isto ocorre em razão da perda de eficácia do instituto por ausência de punibilidade prática, ao passo que a redução da possibilidade punitiva, disfarçada de manutenção da função social e postos de trabalho, acarretará em verdade em casos de inaplicabilidade de quaisquer sanções.

Para as empresas adotarem política de *compliance* deve-se considerar “o aumento no valor da produção por ela gerado sendo perceptivelmente maior que os custos incorridos para implementá-la” (COASE, 2008, p. 13).

Nesta perspectiva, ao implementar o conceito de *compliance* à Lei 12.846/2013, tem-se que observar:

Uma norma cujo propósito seja minimizar os custos de implantação da política de *Compliance* precisa ser eficiente para ensejar o bem-estar – noção utilitarista e balizamento ético – para o maior número possível de pessoas. O ganho dos vencedores deve permitir a compensação dos perdedores, conforme o critério de Kaldor-Hicks, sendo tal entendimento essencial para a elaboração de políticas públicas eficientes” (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 85).

A construção de um conjunto de normas beneficiadoras deve primar pelo benefício social, uma vez que na escala valorativa individual de cada empresa, tal construção seria impossível, uma vez que estão presentes inúmeros interesses diferentes, assim como concebido por Amartya Sen (2011, p. 187).

Ao analisar a interação da Lei 12.846/2013 com a política de *compliance* e a punição pelo seu descumprimento, observa-se o seguinte resultado:

Contudo, a carência de regulamentação em relação à dosimetria da pena, além da ausência de objetividade em relação aos reais benefícios a serem concedidos às empresas que tiverem política de *Compliance* efetivo, podem fazer com que a referida Lei Anticorrupção brasileira não seja concebida como uma verdadeira estrutura de incentivos, pois não demonstra claramente que os benefícios advindos de sua implantação serão maiores que os prejuízos em caso da não implantação” (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 90).

Complementa, em igual sentido, Emerson Gabardo (2014, p. 1):

É preciso que a discricionariedade seja reduzida ao máximo, tornando o critério de estabelecimento das penalidades o mais objetivo possível”, uma vez que, “do jeito que está formatada, esta ‘superlei’ é perigosa e de difícil aplicação”, o que pode comprometer a sua eficácia.

Verifica-se então que a implantação de uma política de *compliance* é essencial para empresas que prezam pela eficiência e buscam perenizar e aumentar os seus lucros, pois a transparência, a ética e a confiança são condições legais e não apenas itens de ostentação, sendo uma exigência criada pelo próprio mercado, não sendo mais concebível que uma empresa de grande porte atue sem a adoção dos princípios de governança corporativa e de uma política de *compliance*, exigida por uma massa de consumidores críticos, que adquirem condutas e valores, e não mais somente produtos e serviços, inferindo-se que a conduta ética no âmbito empresarial, tanto interno quanto externo, é exigência principal (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 103).

É neste diapasão, que o Poder Público firmou o primeiro acordo de leniência, com a UTC Engenharia, prevendo um abrandamento de sanções pessoais aos representantes e dirigentes da empresa, mas, resguardando o efetivo ressarcimento ao erário público. Porém, a ausência de critérios técnicos para fixação dos benefícios demonstra o grau de volatilidade do Instituto, consignado nas declarações da própria Advogada Geral da União à época, conforme anotado por Matheus Teixeira (2017, p. 1):

As informações foram dadas em coletiva de imprensa com a AGU, Grace Mendonça, e com o chefe da Transparência, Wagner Rosário. Eles fizeram questão de ressaltar que não está prevista a quitação integral de débito e, portanto, poderá haver um aditivo no acordo caso futuras investigações apontem desvios maiores do que os mencionados pelos empresários.

Fica claro ser a própria empresa que apura e demonstra o valor desviado na corrupção, o que sujeita o Estado à vontade particular da empresa e aos possíveis vícios que esta possa conter.

O conflito de competência, os benefícios individuais concedidos aos empresários, e possíveis brechas nos acordos, trazem sensíveis dúvidas quanto à segurança jurídica decorrentes dos termos ajustados entre partes, conforme observa Teixeira (2017, p. 1):

Outro empecilho para o Executivo nesse tipo de negócio é o Tribunal de Contas da União. Como a corte de contas declarou a UTC inidônea por cinco anos, ela segue proibida de fechar contratos com o governo federal, que dificultou a negociação. Agora, porém, ela está liberada para negociar com estados e municípios. Além disso, o TCU pode questionar futuramente as cláusulas do acordo, o que pode desmotivar empresas a fazer a leniência. No início do ano, ministros do tribunal chegaram a expor preocupação com a forma como as negociações estavam sendo feitas pela CGU. Grace Mendonça, entretanto, garantiu que os espaços de cada instituição foram respeitados no acordo e que está preparada para responder qualquer questionamento, caso seja feito.

Estas incertezas e dubiedades quanto à fixação de critérios e competência para formalização dos acordos, acabam por criar uma barreira ao real interesse público nos acordos de leniência, bem como, podem acabar acarretando em punição excessivamente branda às empresas corruptas, mantendo o cenário endêmico de corrupção e inobservância ao *compliance* no Brasil, objetivos nitidamente opostos aos pretendidos pela Lei 12.846/2013.

Em tempo, procede-se a uma sucinta análise no alcance da responsabilidade civil objetiva na Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica, a fim de direcionar a temática em análise para o próximo tópico.

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Neto e Nelson Rosenvald (2018, p. 1419), ao analisarem a temática da responsabilidade civil objetiva na referida lei, asseveram que:

[...] dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 1º). O legislador se preocupou em ampliar o espectro de incidência da lei, dispondo que ela se aplica às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Perceba-se a preocupação do legislador em ampliar o espectro de abrangência da responsabilização para efeitos da presente lei. Não apenas houve maximização da abrangência, abarcando praticamente qualquer tipo de atividade mercantil constituída, organizada ou não, mas de igual modo, assegurou que não fossem oponíveis eventuais restrições quanto ao reconhecimento de personalidade jurídica, ainda que de ordem formal.

Ao comentarem a modalidade pela qual se opera a responsabilização das empresas na referida lei, Braga Netto *et al.* (2018, p. 1420) observam que:

Em regra, como se sabe, é o Estado que responde sem culpa pelos danos que cause, seja a pessoas físicas, seja a pessoas jurídicas. Já se uma pessoa física causar um dano ao Estado [...], é preciso, para que haja responsabilidade civil, que lhe seja provada a culpa (negligência, imperícia ou imprudência). O mesmo acontecia, em regra, relativamente às pessoas jurídicas de direito privado, nas relações com o Estado (perceba-se que não estamos falando das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, nas relações com os cidadãos).

Neste tocante, a regra geral não deixa qualquer dúvida. O Estado responde objetivamente perante seus tutelados enquanto no exercício formal de suas atividades. Tal responsabilidade é restrita à atuação do Estado como ente personificado, ainda que por intermédio da ação de seus representantes formalmente investidos mediante atos formais. Já os indivíduos e entidades tuteladas que contratem com o Estado, terão a apuração de sua responsabilização pela metódica subjetiva, ou seja, mediante culpa por suas ações. Desta forma, há certo privilégio em negociar com o Estado, posto que, para os tutelados haverá sempre a premissa de culpa, ou, quando de sua ausência, o benefício da ausência de responsabilização.

Em prosseguimento, importa destacar significativo avanço trazido pela Lei 12.846/2013 quanto às formas de responsabilização civil:

[...] temos uma nova hipótese de responsabilidade objetiva no direito brasileiro. As pessoas jurídicas – ou mesmo entidades não personificadas, já que o art. 1º, parágrafo único, é claro nesse sentido, além de mencionar que a lei se aplica àquelas entidades “constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente” – respondem pelas ações que lesionem “o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil” (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1420).

Vale dizer: na presente norma não se discute mais a culpa ou o dolo pela ação que venha causar o dano juridicamente reparável ou indenizável. Ao contrário, basta que haja lesão ao patrimônio público nacional ou estrangeiro para que se pressuponha a responsabilidade. Não é mais necessária à apuração da culpa para que possa haver a responsabilização das empresas que contratam com o Estado. Já pela via oblíqua, o Estado cria importante mecanismo para salvaguardar seus interesses, quiçá em nome do custo social mais benéfico aos tutelados. Empresas que contratarem com o Estado e causarem algum tipo de lesão ao patrimônio público, ofensa a princípios ou tratados, serão responsabilizadas objetivamente, sem a necessidade de apuração de culpa. Neste diapasão, compreendem-se as exceções aos fundamentos normativos apresentados:

[...] relevante é a explicitação, no art. 4º, no sentido de subsistir a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. Segue dispondo que nas “hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados”. As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado (art. 4º, § 2º) (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1421).

Tal disposição contida no Art. 4º vem para trazer confiabilidade na esfera negocial sucessória empresarial. O legislador ao criar a nova regra de apuração de responsabilidade, faz um recuo quanto à extensão dos efeitos deste mecanismo, para resguardar que eventuais sucessores jurídicos não sejam responsabilizados sem prévia perquirição de culpa ou dolo por atos ocorridos anteriormente à sua gestão, importante patamar de segurança jurídica para a esfera negocial.

Retomando a temática da responsabilidade civil objetiva aplicada ao espectro da Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica, é importante frisar a necessária observância quanto à experimentação prática que se dará com o uso deste instrumento. Neste sentido, observam os autores em análise:

Frise-se, por fim, que a responsabilidade civil é um dos temas mais dinâmicos do universo jurídico. É aquele que mais recebe o influxo das mudanças sociais. Temos, atualmente, no século XXI, problemas e soluções certamente muito distintos daqueles dos séculos anteriores. O perfil plural da sociedade atual, o crescimento da violência urbana, a velocidade na transmissão das informações são apenas algumas das novas questões que chegam, diariamente, aos tribunais, e redefinem o sentido e o alcance da responsabilidade civil. O desafio que permanente se põe é não se deixar levar levemente pelo novo (inovar por inovar não garante qualidade teórica. Já se escreveu que o autenticamente novo é um fiel depositário da tradição), nem, por outro lado, tentar enquadrar os fenômenos da sociedade da informação nas velhas caixas conceituais dos séculos passados (CASTRONOVO, 2006 apud BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1422).

De fato, as inovações nem sempre surtem os efeitos esperados, podendo funcionar como via de mão dupla e que darão razão a situações perigosas. Imagine-se, por exemplo, para os objetivos do presente trabalho, que fosse possível responsabilizar o Estado objetivamente pelos acordos de leniência concedidos na esfera da Lei 12.846/2013, principalmente quanto aos efeitos das concessões pecuniárias havidas. Tal situação, balizada pelo custo social, poderia reequilibrar a percepção de externalidades positivas pelos tutelados, injetando capital no sistema macroeconômico a fim de recuperar a satisfação e a valoração que os indivíduos sentem em relação ao Estado. Tudo isto, sem a apuração prévia de culpa do agente público investido do poder Estatal. Esta não é uma interpretação análoga exagerada, e apenas o tempo irá dizer como as Cortes farão a interpretação desta inovadora aplicação da responsabilidade civil objetiva.

De outra parte, o direito deve por vocação buscar respostas. E isso passa por um corolário principiológico em constante evolução. Importante remarcar que:

Os princípios, categorias e normas que o instituto da responsabilidade civil desenvolveu, sobretudo a partir de meados do século passado, apontam para uma preocupação prioritária com a vítima. Na busca da realização da justiça substantiva e concreta, deve-se dar primazia à restauração do equilíbrio social rompido, conferindo proteção qualitativamente diferenciada à vítima. Se antes olhávamos para a culpa (sem culpa não há indenização, diziam convictamente os juristas antigos), atualmente olhamos para o dano sofrido e buscamos soluções técnicas que não deixem a vítima desamparada (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1422-1423).

Esta afirmação demonstra a necessidade de buscarem-se novas soluções para velhos problemas, dentre eles a própria corrupção, que assola de forma endêmica a nação brasileira. Se a preocupação da norma migra da vinculação do nexo de causalidade para os efeitos, para os danos, para a vítima, necessária se faz releitura do sistema de responsabilidade civil do Estado frente às inovações principiológicas, dentre elas, os princípios da teoria econômica do direito, buscando sempre maximização de condições ótimas para o efetivo e mais proveitoso custo social dos negócios (e das responsabilidades). Neste sentido, avança-se para o próximo tópico, para revisitar a temática proposta.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

Após o estudo e a compreensão da temática da Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica e dos acordos de leniência, verificou-se a forma pela qual se dá a responsabilização civil de empresas corruptas na referida lei. Mister se faz tratar do objetivo específico da presente seção, destinado à compreensão dos contornos da responsabilidade civil do Estado e como poderá ser responsabilizado quando causar danos ao celebrar acordos mal formulados.

Inicialmente, faz-se breve resgate histórico acerca da responsabilidade civil e seus principais dogmas, conforme preleção de Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e André Tunc (1977, p. 35), que apontam:

No se trata aquí de estudiar en sus detalles la historia de la responsabilidad civil, sino tan sólo de recordar cómo se han modificado, en el curso de los siglos, las ideas fundamentales que dominan el tema. Sin ello, no cabría descubrir el porqué de las soluciones adoptadas en nuestros días.

O dano traz consigo a busca permanente da reparabilidade mais adequada em relação à violação de direitos sofridas pelo lesado.

A esse respeito, Maria Helena Diniz (2018, p. 21) destaca “O interesse em reestabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil”.

Como já anteriormente narrado, tal tema, de suma importância para o direito civil, vem passando por largas transformações nas últimas duas décadas, sobretudo, com o distanciamento da teoria subjetiva, assim lembrado por Sérgio Cavalieri Filho (2002, p. 165):

Logo os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social ocorrida em nosso século; constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais, porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria, impondo-se organizar a reparação.

A ruptura com a teoria subjetiva foi um dos exponenciais máximos de evolução da responsabilidade civil, propiciando espiral ascendente de fases evolutivas da teoria. A ruptura com o paradigma da culpa permitiu maior grau de reparação efetiva de danos, mudando-se o cerne da ação para o resultado. Contudo, tal evolução deu-se de forma gradativa e lenta, passando por diversos

momentos evolutivos até chegar à moderna teoria da reparação integral. Neste sentido, o autor observa:

Primeiramente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraindo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes. Evoluiu-se, depois, para a admissão da culpa presumida, na qual, como já visto, há a inversão do ônus da prova. Sem se abandonar a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito próximo ao da teoria objetiva [...]. Passou-se, ainda, pela fase em que se ampliou o número de casos de responsabilidade contratual, até que, finalmente, chegou-se à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 165-166).

O panorama trazido pelo autor proporciona visão ampla sobre a evolução da teoria da culpa, passando para a presunção até a responsabilização sem culpa, decorrente das próprias circunstâncias da ação danosa. Esta evolução foi responsável pelo surgimento de outra teoria que importa à compreensão das bases da responsabilidade civil: a teoria do risco. O autor em apreciação, ao abordar a teoria do risco aponta que:

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a *teoria do risco*, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. [...] A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 166).

Há neste espectro um forte caráter finalístico. Busca-se com esta novel teoria um resultado prático, dissociado de clássicas perquirições de dolo ou de culpa. Importa mais ao operador do direito buscar a ligação entre a ação humana e o dano causado a outrem, sem preocupar-se se a conduta fora praticada com culpa, com intenção de lesar. Para a teoria do risco, basta a ideia de agir danosamente e causar dano a um terceiro para que surja o dever de reparar. Esta dissociação, cada vez mais eminente com a culpabilidade das ações, trouxe mais efetividade aos provimentos ressarcitórios, indenizatórios e, sobretudo, aos reparatórios.

Consoante Geneviève Schamps (1998 apud HIRONAKA, 2018, p. 264):

Os dramas que se produziram a partir do fim do século passado até nossos dias, em razão das novas *mises en danger* ligadas ao progresso da ciência e da tecnologia, deram nascimento a movimentos tendentes à melhoria da proteção da vida humana, valor essencial prevalente sobre a liberdade individual. Esse cuidado se reflete igualmente na concepção atual da responsabilidade civil em que a ênfase está muito mais sobre o papel de prevenção e de compensação de danos, mais que sobre aquele da sanção de um comportamento, em um contexto de generalização

Cabe pontuar a concepção da teoria do risco, que permitiu a avocação relevante da prevenção. Farias, Braga Netto e Rosenvald (2018, p. 54) ao comentarem o referido princípio apontam que:

Em vez de agir reativamente ao dano consumado (direito remediador) – pela via da indenização ou da compensação -, devemos conservar e proteger bens existenciais e patrimoniais (direito proativo). Toda pessoa ostenta um dever *ex ante* de evitar causar um dano injusto, agindo conforme a boa-fé e adotando comportamentos prudentes para impedir que o dano se produza ou que se reduza a sua magnitude. Ademais, caso o dano já tenha sido produzido, que se evite o seu agravamento (*duty to mitigate the own loss*).

Vale dizer: prevenir é melhor do que indenizar. Por óbvio – em especial para fins de uma teoria econômica – que investimentos relacionados à prevenção da ocorrência de danos tendem a ter menos custos que a reparação dos danos propriamente ditos. O balizamento da conduta individual pelo princípio da prevenção permite aos indivíduos que exerçam seus direitos com máxima eficiência, desde que resguarde a esfera de interesses alheia. Contudo, quando de eventual lesão a interesses juridicamente tutelados – nos casos em que não foi possível evitar o dano – a reparação deverá ocorrer. Quanto a este conceito social de condutas, observa-se que:

As sociedades democráticas não podem funcionar se aos direitos concedidos aos indivíduos não lhe correspondam certos deveres. As prerrogativas dos outros são iguais às suas, portanto, devem se comportar de forma a não prejudicar essas relações. Se essas regras fundamentais de convivência são derogadas, é indispensável que se sancione aquele que fere as prescrições impostas em prol do interesse geral. A responsabilidade civil é vocacionada a esse mister (CARVAL, 1995 apud BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 54).

Aqui observa-se a interface comum entre a teoria econômica do direito e a responsabilidade civil: o direito tem papel fundamental enquanto limitante do espectro de atuação do indivíduo. O excesso no exercício de um direito – ou a adoção de uma conduta predatória – acarretará no surgimento do dever de indenizar

(para aquele que causa o dano) bem como o direito à reparação para quem fora lesado. Explícita é a conexão entre uma teoria de risco e a limitação de condutas. O modelo clássico ao pautar pela culpa o dever de indenizar ou não, afastava a certeza da aplicação da sanção, permitindo a adoção de condutas predatórias em razão de menor confiabilidade no sistema. Na nova metódica, a confiabilidade sistêmica é sobremaneira valorizada e exigida, ainda mais quando pensado o modelo atual de sociedade, conectado, interligado e digital. E esta evolução não se dá sem razão:

O modelo jurídico da responsabilidade civil é por essência cambiante, extremamente sensível aos influxos econômicos e sociais. A sua trajetória não é linear, um caminho sem volta. A doutrina e a jurisprudência admitem revisitação de pontos de vistas contingencialmente superados quando os dados do mercado, dos avanços tecnológicos e, sobretudo, das aspirações éticas de uma determinada coletividade determinem uma reelaboração de determinada função da responsabilidade civil, porventura em estado letárgico. (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 54).

E prosseguem os autores:

Vivemos na era pós-industrial, na sociedade dos serviços e da desmaterialização dos bens físicos em produtos financeiros. FRANCESCO GALGANO observa que nessa sociedade a tecnologia industrial é substituída pela técnica contratual. Esse novo tempo reclama profundas reformas legislativas, pois em muitos setores o contrato se substituiu à própria lei no papel de organização da sociedade civil. A nova *lex mercatória* consiste em um direito criado por empreendedores sem a medição do poder legislativo do Estado. Assim, ao aspirar pela universalidade, tendemos a superar particularismos políticos. (GALGANO, 2010 apud BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 55).

A constante evolução da *praxis* social impôs ao sistema reparatório uma grande reestruturação. A pluralidade dos novos contratos, os novos danos, o modelo econômico colaborativo, bem como a chamada revolução digital, ou revolução industrial 4.0 são os principais exemplos de mudanças sociais que demandam novas soluções quanto à interação entre indivíduos.

Diniz (2018, p. 19) pontua:

A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, perante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas contratuais e extracontratuais, e no prodigioso avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da vida humana.

Considerando os novos desafios enfrentados pelo sistema de responsabilidade civil, decorre a necessidade da revisão das complexidades no plano reparatório e, para fins deste estudo, voltados para a dimensão de um modelo mais seguro de negociação, no qual se tenha alto grau de confiabilidade em instituições intermediadoras – por vezes dissociadas do Estado – como aquelas responsáveis por processar pagamentos (Mercado Livre por exemplo), ao mesmo passo que desejam ter certeza da integralidade da reparação quando algo não correr conforme o esperado causando danos. Desta necessidade evolutiva surge o segundo princípio baluarte da nova teoria da responsabilidade: o princípio da reparação integral.

Sobre referido princípio, de largo relevo topográfico para a matéria em apreço, comentam os autores:

Em recente estudo sobre o tema, PAULO DE TARSO SANSEVERINO [...] Aduz que no Código Civil de 2002 a justiça corretiva irrompeu como modo de concretização da igualdade pela diretriz da eticidade de Reale, exercendo três funções: (a) reparação da totalidade do dano (função compensatória); (b) vedação do enriquecimento injustificado do lesado (função indenitária); (c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos (função concretizadora), funções estas magnificamente sintetizadas pela doutrina francesa como abrangendo *tout le dommage, mais rien que le dommage* (“todo o dano, mas não mais que o dano”) (SANSEVERINO, 2010 apud BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 57).

A reparação integral trouxe importante norte para a responsabilidade civil ao determinar os contornos da extensão da reparação. Não se limita ou restringe a extensão do dano, porém, sua reparação se dará de modo amplo e integral, sem, contudo, exceder os limites suficientes a promover a concretização dos prejuízos efetivamente sofridos. Vez mais, em uma interface comum com a teoria econômica, limita-se a possibilidade de condutas predatórias por parte da vítima, ao ser expressamente vedado o enriquecimento sem causa. Há um cenário de equilíbrio entre os jogadores e uma paridade de armas restritivas e de ataque, forçando ao uso do bom senso e o respeito às regras.

De maneira uniforme, a melhor doutrina vem destacando a difícil condição de possibilidade quanto ao dano e a retomada da reparabilidade eficiente.

Em prosseguimento, marcam os autores:

Nesse contexto, os problemas da responsabilidade civil são postos em novas bases, nestas primeiras décadas do terceiro milênio. Se há, ainda, muitos debates ainda não concluídos e muitas questões polêmicas por resolver, há também – cabe lembrar – muitos temas a respeito dos quais a doutrina já tem respostas razoáveis a oferecer. Digamos, até, em laivo otimista, que a porção límpida supera a porção turva (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 690).

A evolução da topografia da responsabilidade civil, passa pela profunda reestruturação, que tem possibilitado a atualização da responsabilização, progresso legítimo e, considerando as necessidades sociais, econômicas, jurídicas, em busca de uma reparabilidade mais adequada, pautada pelos desafios no campo dos danos plurais. O afastamento do positivismo jurídico, sobretudo na matéria civil, traz novas possibilidades de solução razoável e eficaz em relação às expectativas dos lesados, tanto no contexto de suas individualidades, como também, em relação aos interesses coletivos, principalmente em razão da construção de um direito mais vinculado aos princípios do que às normas do sistema posto. Neste sentido, importante destacar que:

O sistema jurídico, desse modo, cada vez mais se põe como um sistema aberto de princípios normativos. Esses princípios, que estabelecem objetivos e fins, são articulados de modo dinâmico, não estático. Não há nem mesmo uma hierarquia prévia entre eles. Eles trabalham com uma lógica de ponderação, o que significa que apenas nos casos concretos, devidamente contextualizados, é que os princípios se expandem ou se retraem, à luz das especificidades das circunstâncias (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 691).

A principiologia permite a releitura da responsabilidade civil de forma a perceber e recepcionar a extensão do dano decorrente dos fenômenos jurídicos contemporâneos.

Nesse contexto, a responsabilidade civil – se, por um lado, não aceita simples conjecturas nem indeniza danos incertos – assume certa flexibilidade, certo tom menos dogmático, certa abertura para a sociedade e seus problemas reais (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 691).

A adoção da metódica principiológica pelo ordenamento jurídico pátrio, amolda-se às mais vanguardistas necessidades individuais e coletivas, permitindo uma resposta do poder judiciário mais adequada aos danos e consequentes conflitos decorrentes das várias interações entre indivíduos no plano contratual, parte do núcleo temático sob investigação.

Ao flexibilizar a normatividade do sistema de responsabilização civil, foi adotada base principiológica, concedendo instrumentos para que os operadores do direito e agentes públicos, revestidos de poder jurisdicional, promovessem soluções mais adequadas e rápidas dos conflitos decorrentes das diversas interações no ambiente das relações jurídicas *lato e stricto sensu*. Ao mesmo tempo, ainda há fatores limitantes quanto à extensão do poder de atuação jurisdicional e limite da indenização, mas que ainda assim, confere segurança jurídica necessária para o desenvolvimento das mais variadas interações negociais, passando pelos centros de interesses, dignidade da pessoa humana, até chegar ao sistema macroeconômico e esferas políticas, na consecução dos objetivos do Estado.

Em verdade, os ciclos de evolução havidos na responsabilidade civil permitem a funcionalização dos instrumentos jurídicos de efetivação de direitos e garantias – ainda que por uma metodologia coercitiva – mas que cada vez mais se volta a minimizar os danos do progresso, dissociando a ideia de que o crescimento econômico se faz a expensas de indivíduos socialmente vulneráveis, conforme apontam Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Adelino Borges Ferreira Filho (2018, p. 33):

A responsabilização civil nesse cenário de mudanças tantas afasta-se da subjetividade para contemplar a objetividade, a reinterpretção do dano, a consequente reparabilidade com fundamento constitucional na solidariedade, culminando no novo paradigma, cerne da responsabilidade civil na atualidade, expresso pelo princípio da prevenção.

Conjectura-se a possibilidade de desenvolvimento das pessoas com o progresso social, balizada pelos contrapesos e freios da responsabilidade civil, fundados na percepção do risco, o que “possibilitou que tivéssemos, aos poucos, a mudança no fundamento da responsabilidade civil; da culpa ao risco [...]” (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 692).

E esta evolução deverá se espalhar pelas mais diversas áreas do direito civil, como observado por Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Éverton Willian Pona (2012, p. 38):

A responsabilidade civil tem por função não somente garantir a reparação, mas, como foi dito, é, como se o fenômeno jurídico em si, um instrumento de pacificação social, de garantia da estabilidade econômica, pois danos não reparados geram desequilíbrios nas relações econômicas e, por consequência, afetam a harmonia do todo social. Ao expandir-se a noção de dano indenizável garante-se que todo dano injustamente causado possa ser reparado e evita-se a perpetuação do conflito, assegurando-se, desse modo, sustentabilidade às relações jurídicas interprivadas.

Esta linha evolutiva da responsabilidade civil possibilita a compreensão da evolução registrada em períodos diversos da natureza responsabilizatória e reparatória, considerando:

[...] a reparabilidade como tratada pela tradição da responsabilidade civil e a abordagem paradigmática atual dirigida à prevenção, à precaução e à securitização da reparação. Para tanto, são avaliados os novos paradigmas da responsabilidade civil à luz da análise econômica do direito, com vistas a compreender o dano e sua reparabilidade inserida nos fatores de produção, custos e eficiência evitando causar danos, contabilizando os custos da prevenção e da reparação e o custo da não reparação (FERREIRA, FERREIRA FILHO, 2018, p. 31).

Compreendidos os ciclos evolutivos que moldaram e forjaram as novas perspectivas somadas às bases principiológicas da responsabilidade civil, cabe remarcar a adoção da responsabilidade objetiva em diversos textos normativos, como o Código Civil, que introduziu expressamente esta modalidade de responsabilidade: no Art. 927, parágrafo único; no Art. 187, que trata do abuso do direito; no Código de Defesa do Consumidor, Artigos de 12 a 14 e, a responsabilidade civil estatal, prevista no Art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988.³

O objeto da próxima seção analisa a responsabilidade civil do Estado para com os jurisdicionados e as implicações decorrentes de possíveis danos e respectiva necessidade de reparação civil.

³ Houve uma evolução substancial na compreensão da responsabilidade civil objetiva no Direito brasileiro. A teoria do risco foi fundamental para afastar o elemento da culpa dos atos ilícitos, já que não se discute culpa, pois todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Para a caracterização da responsabilidade objetiva, bastam dois elementos: o dano e o nexo de causalidade. A Constituição Federal, bem como legislação esparsa, ampliaram o campo de incidência da responsabilidade civil objetiva, como se pode encontrar, resumidamente, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (artigos 12; 14; 18 e 19 da Lei 8.078/91); Constituição Federal consagrou a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, de acordo com o artigo 37 §6º da CF/88; responsabilidade objetiva por acidentes nucleares independente de culpa, também disposto no artigo 21, XXIII, “d” da CF/88; danos causados ao meio ambiente, de acordo com o art. 14 §1º da Lei 6.938/1981 e outros. No Código Civil Brasileiro, o abuso de direito também foi contemplado pela teoria objetiva da responsabilidade civil, conforme disposto no artigo 927. A regra determina a obrigação do ofensor de indenizar a vítima, na prática de algum ato ilícito, devido ao exercício anormal do direito. Por sua vez, o parágrafo único do art. 927 é uma extensão da regra da responsabilidade objetiva, decorrente do “desempenho de atividade de risco”. A própria natureza da atividade traz consigo riscos que podem afetar o funcionamento normal da comunidade, com potencialidade lesiva, sendo que o dever de segurança deve guiar esse tipo de atividade. A doutrina brasileira diverge dos exemplos que podem ser dados como atividade de risco, mas podemos elencar o transporte aéreo; exploração de produtos radioativos, inflamáveis, tóxicos, entre outros.

4.1 O SISTEMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Com a evolução das teorias da responsabilidade civil, houve grande alteração na disciplina da responsabilidade civil do Estado, em razão principalmente de sua objetivação. Tal modificação decorre principalmente da constitucionalização de todas as esferas do direito, inclusive a disciplina da responsabilidade do Estado, além da migração do eixo positivista clássico, para o modelo principiológico como já tratado.

Jorge Bustamante Alsina (1997, p. 496), já defendia a tese da responsabilidade do Estado pelo dano causado por funcionário público no exercício regular de suas atividades. Igualmente, Alsina (1997, p. 81) estabeleceu a possibilidade de o Estado ser responsabilizado contratualmente e extracontratualmente, incluindo-se nesta última, a atuação legislativa, judicial e executiva.

A responsabilidade do Estado divide-se em três tipos de funções, considerando a organização dos poderes do Estado e relativos à responsabilidade legislativa, administrativa e jurisdicional.

A responsabilidade que deve ser abordada em relação à administração pública, que não possui personalidade jurídica, dirige-se ao Estado, pessoa jurídica e, portanto, responsável por aqueles que o representam. “A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária”, conforme apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 703).

A responsabilidade na esfera pública, apresenta perfil distinto daquela do direito privado, “que exige sempre um ato ilícito, no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade” (DI PIETRO, 2013, p. 703).

Neste preâmbulo, o tema acerca dos acordos de leniência, apresentam-se como composições envolvendo interesses públicos e privados, revestidos de licitude, mas considerando as especificidades deste novo tipo de pacto e as condições que antecedem o próprio acordo, deve ser ponderada a possibilidade do não cumprimento do acordo, sendo indispensável tratar desta demanda complexa

de responsabilidade do Estado em circunstâncias decorrentes da possível inadimplência.

A evolução do sistema de responsabilidade civil contemporânea, bem por considerar os novos tipos, a complexidade e extensão desses danos, recebe contribuições do ambiente constitucional conjugado com princípios e direitos fundamentais.

Farias, Braga Netto e Rosenvald (2018, p. 694), ao comentarem a constitucionalização do sistema jurídico pátrio, apontam:

Fundamental, nesse contexto, dialogar com os direitos fundamentais, como *sistema de valores que unificam a ordem jurídica* (a chamada *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, ou *eficácia irradiante*). Sabemos que os direitos fundamentais se colocam acima do legislador, limitam e condicionam a sua atividade. A teoria do risco – fortemente temperada pelo princípio da proporcionalidade – e a solidariedade social devem iluminar os debates contemporâneos. A responsabilidade civil deve ser chamada a dialogar com os direitos fundamentais (mas não só ela).

Portanto, denota-se que ao comentar a disciplina da responsabilidade civil do Estado, há umbilical conexão entre os direitos fundamentais (de consecução obrigatória do Estado) e a própria responsabilidade deste pelos eventuais danos decorrentes da inobservância dos valores unificadores da ordem jurídica. Adiciona-se aqui a proporcionalidade como limitante dos riscos que o Estado pode correr, muito mais restritiva do que a conduta esperada dos indivíduos, em especial, em razão da segurança jurídica esperada na dimensão da eficácia dos direitos tutelados pelo Estado.

Neste sentido, importa lembrar importante lição trazida por Roberto Wagner Marquesi e Priscila Machado Martins (2016, p. 148):

Adentra-se aqui ao campo da eficácia dos direitos fundamentais. Entende-se por eficácia a aptidão dos direitos de surtir efeitos práticos. Não se trata de os direitos “valerem”, mas de serem capazes de produzir a utilidade para a qual foram concebidos e positivados. Diz-se, daí, efetivação ou efetividade dos direitos, ou então concretização. Esses termos prestam-se a designar a realização dos direitos fundamentais.

Há uma multipolaridade de relações entre Estados e indivíduos, distinguindo-se aquelas pertinentes à relação do Estado com os tutelados (no cumprimento dos deveres estatais) daquelas ligadas às negociações do Estado com os indivíduos, como esfera negocial de obras e objetos públicos devendo ser

observada tal distinção para limitar a responsabilização do Estado. Sobretudo, deve o Estado proteger. Neste sentido:

Percebe-se, atualmente, com clareza, que as relações assimétricas não se dão apenas entre o cidadão e o Estado. Os perigos e ameaças que se insinuam diante dos direitos fundamentais, se provêm também do Estado, não provêm exclusivamente dele. [...] A discussão, como se intui, perpassa vários níveis, mas orbita em torno de uma pergunta básica: quais os limites e funções do Estado na proteção dos direitos fundamentais diante de agressões de terceiros? A teoria dos deveres de proteção – desde CANARIS, KLAUSS e outros – poderá nos ajudar a contextualizar a discussão (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 695).

O Estado em sua função protetiva, além da abstenção de não causar danos, deve buscar eliminar possíveis agressões de terceiros a preceitos fundamentais, principalmente, quando estes estão incumbidos de funções delegadas ou ordenadas pelo próprio Estado, conforme será tratado adiante.

Em prosseguimento, deve-se, primeiro, compreender a responsabilidade civil do Estado como prestador de serviços públicos. Tal dimensão restringe-se ao Estado Empresa, razão pela qual há frequentemente interações de natureza comercial decorrentes do pacto social. Ana Rita de Figueiredo Nery (2018, p. 557) ao tratar desta temática aponta que:

[...] a Administração Pública ainda garante pouco espaço para registros automáticos de sua responsabilização bem como para o reconhecimento administrativo do seu dever de indenizar. Esse *modus operandi*, presente em todo o regime de responsabilidade civil do Estado, mostra-se especialmente vil ante a prestação de serviços públicos, seara em que os ganhos, com a assunção da responsabilidade e a reparabilidade do dano transcendem a posição jurídica do particular lesado, podendo aperfeiçoar a própria prestação do serviço público em prol de toda a coletividade.

Tal constatação é de suma importância para compreender a forma pela qual o Estado opera ao ingressar diretamente na condição de prestador de serviços. Por natureza, o Estado tem um modelo econômico de lucratividade, em razão de deter o monopólio da circulação de moeda e de tutela de riquezas, cobrando de seus tutelados os impostos que julgar pertinente. A rigor, não deveria haver motivos para a judicialização da responsabilidade do Estado, se adimplisse com todas as obrigações decorrentes das suas competências para com a sociedade. Demais disso, a judicialização mantém presente a figura estatal, posto que, em última razão, o próprio Estado, na figura do Estado-juiz, estará decidindo como e o que deverá indenizar ou não. Desta forma, o modelo de autocomposição de interesses e resolução dos conflitos, seria muito mais benéfico e célere em prol dos indivíduos.

Nesta mesma esteira de raciocínio, discute-se a natureza do serviço público, podendo ser compreendido tanto como uma estrutura do aparelho público, ou, numa visão mais construtiva, como uma função de prestabilidade para a sociedade. Deste modo, para determinar-se a natureza jurídica do serviço público, tem-se que:

Entre o intervencionismo e o não intervencionismo o volume de atividades absorvidas pelas funções administrativas sob o rótulo de serviço público faz com que o ordenamento experimente a indefinição ou mesmo a desnecessidade de um regime jurídico único aplicável a todo esse universo de atividades. De outro lado, há momentos de intensa aproximação entre os regimes privado e público de prestação, ambos marcados pela exploração em níveis de mercado e que igualmente parecem frustrar a relevância de um conceito de serviço público (ARAGÃO, 2007 apud NERY, 2018, p. 560).

Conceber a prestação pública como um mecanismo a serviço dos interesses (escusos ou não) do próprio Estado, implica lógica negativista que por diversas vezes demonstra-se como realista, principalmente nos casos de aparelhamento do Estado e da corrupção.

O princípio da legalidade exige obediência à lei, enquanto a moralidade clama basicamente honestidade, observância das regras de boa administração, atendimento ao interesse público, boa-fé e lealdade (DI PIETRO, 2013, 887).

De igual forma, o princípio da probidade reúne-se aos princípios anteriores formando a base da licitude e moralidade que deve orientar todas as atividades da administração pública. A Lei de Improbidade Administrativa dedica diversos artigos para tratar da improbidade administrativa que cause prejuízo ao erário, detalhando os atos que venham atentar contra os princípios da administração pública. Em assim não sendo, os danos decorrentes da administração contrária ao regramento jurídico e princípios, implica necessidade da reparação.

De outra parte, a concepção de que a prestação pública seja eficaz e ótima do ponto de vista dos custos pode parecer utopia (ainda que devida), dissociada da realidade prática nacional. Na análise desta lógica dicotômica, verifica-se que:

No estudo da responsabilidade civil do Estado, a predominar a lógica de que o serviço público é uma estrutura a serviço da autoridade estatal, também o tratamento dos danos gerados pelo Estado durante a prestação dos serviços refletirá o interesse da conservação e propagação dessa autoridade. Por outro lado, a predominar a lógica de capacitação dos serviços públicos pela sua função, para que o melhor conteúdo seja colocado a serviço do cidadão, mais fácil pensar em um sistema aberto ao consenso, à dialética entre o Estado e o particular e, assim, ao reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo próprio Estado (NERY, 2018, p. 560-561).

A compreensão (e a determinação) de qual lógica deve ser adotada impacta diretamente na forma de tratar a responsabilização do Estado. Se por um lado, o serviço público for compreendido como mecanismo do Estado, a responsabilidade civil será apurada de forma restritiva, buscando maximizar o rendimento dos serviços estatais, evitando-se assim o pagamento de indenizações; de outro modo, caso reconheça-se o serviço público como sistema voltado para o usuário (cidadão) predominará a lógica de utilidade e eficiência, fazendo parte a responsabilização civil desta eficiência - devendo ocorrer de forma célere e direta – sem interpelação judicial, permanecendo no âmbito da via administrativa.

Em relação ao enfoque dado pela teoria administrativa ao modo de operação do Estado, é preciso ressaltar que:

Sob a perspectiva dos demandantes de serviços públicos, atribuir-se enfoque à reserva da atividade pelo Estado, e não à atividade reservada do Estado, obstaculiza a proteção do usuário do serviço e dificulta o manejo dos instrumentos de responsabilização civil por iniciativa do próprio Estado (NERY, 2018, p. 561-562).

Pensar os serviços (e obras) públicos como atividade reservada pelo Estado transmite a noção de que o Estado escolheu realizar determinada prestação, implicando mudança de enfoque de sua responsabilização. Tende-se a tratar como muito menos gravosa a conduta de determinado indivíduo quando age no exercício de uma faculdade, de algo que a ele não era obrigatório. De outra parte, pensar os serviços públicos como atividade do Estado, implica noção de que o Estado é o responsável exclusivo pela prestação, o que torna o reconhecimento de sua responsabilidade muito mais gravosa, tendo em vista que era de sua exclusiva e obrigatória responsabilidade a consecução da atividade.

Retomando a análise da responsabilidade civil do Estado, tem-se que:

Assente está que a Constituição Federal (art. 37, § 6º) consagra a responsabilidade civil do Estado sob a modalidade do risco administrativo. Ocorre que, em regra, os resultados de responsabilização do Estado iniciados com a proteção do Poder Judiciário ainda decorrem da ação positiva de terceiros ou dos respectivos centros de controle, sendo rara a ação interna de reconhecimento da responsabilidade civil pelo órgão administrativo ou cessionário (MEIRELLES, 1999 apud NERY, 2018, p. 562-563).

Novamente postulam-se críticas à forma pela qual o Estado é responsabilizado. Conforme anteriormente tratado, se há teoria do risco (neste escopo, o risco administrativo) deve ser levado em conta uma principiologia preventiva do dano. O fato de o Estado, enquanto causador do dano, não se auto

responsabilizar por via administrativa, denota a ausência de efetividade na responsabilização decorrente do risco administrativo desempenhado pela atividade estatal. Neste sentido, cumpre ressaltar:

Prevalece no dia a dia a posição de irresponsabilidade do Estado e de conservação de sua posição de autoridade. A *imperatividade do agir* administrativo, tomado este como uma prerrogativa da Administração, é traduzida para o tratamento do tema da responsabilidade civil do Estado como tendente *imunidade do agir* administrativo (NERY, 2018, p. 563).

O Estado tem o dever de agir, especialmente para garantir a efetividade dos direitos constitucionalmente insculpidos, assim como, garantir a cada cidadão uma prestação justa dos serviços públicos. O contrário significa retroceder às origens da teoria da irresponsabilidade: “o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar” (DI PIETRO, 2013, p. 705).

Presentemente à questão atinente à responsabilidade do Estado, torna-se incompatível com o sistema de responsabilidade civil. Os tutelados não são mais súditos e não estão submissos ao poder do rei. A expectativa do cumprimento do dever de indenizar por parte dos indivíduos, excluem a possibilidade de aceitarem que necessitam despende tempo, que implica custos (e, para fins do presente estudo, tempo é custo) para conseguir obter o que esperam do Estado, e que a eles deveria ser dado naturalmente no menor tempo possível. Vale dizer, o Estado revestido de sua autoridade, reveste-se de igual forma de impunidade. Sobre este ponto, remarque-se:

É importante que também no âmbito da responsabilidade civil – como já se verifica em diversas áreas de atuação do Estado – o exercício da autoridade seja vitimado por clivagens que transportem a Administração Pública de uma lógica da autoridade para uma lógica de atendimento de resultados e de conquista diuturna de confiança e legitimação social. Daí dizer-se que, se de um lado, a imperatividade sempre foi a representação maior do exercício da atividade administrativa calcada no poder-dever, o paradigma da consensualidade é o que melhor responde ao gatilho de um *poder-função*, ou seja: de um poder de Estado predicado à consecução das funções que lhe são constitucionalmente entregues (NERY, 2018, p. 563).

O Estado, por esta concepção, é tratado não como um ente despersonalizado revestido de autoridade e poder, mas sim, como um ente constituído pela conjunção de diversos indivíduos, que confiam ao ente estatal o

dever de realizar os objetivos e anseios desta comunidade. Portanto, a responsabilidade do Estado não se daria como faculdade, mas sim como regra geral e obrigação. Superada a possibilidade de responsabilização do Estado em decorrência da atuação lícita de seus agentes públicos, é necessário salientar que o Estado, embora definido como pessoa de direito público, em determinadas situações age como ente privado, frente a atos negociais operados em relação a um único indivíduo ou empresa, ainda que visando ao benefício coletivo, teoria esta pacificada pela doutrina e destacada por Alsina (1997, p. 79). Inegável é a natureza negocial dos acordos de leniência.

Nesta etapa, importa destacar que com a evolução do sistema da responsabilidade civil, impõe-se a responsabilidade objetiva sempre que o Estado exerce sua atividade estatal. Para os fins do presente estudo, verificar-se-á adiante que embora defenda-se maior grau de efetividade na responsabilização do Estado, há necessárias escalas de cautela, vez mais, para não dar margem ao oportunismo de alguns indivíduos, que poderiam criar factoides para assegurarem indenizações, de todo indevidas. A parcimônia e a prudência se tornam imperativas para a correta aplicação evolutiva dos princípios diante das situações cotidianas decorrente das interações transindividuais. Para tanto:

Há ainda um longo caminho de aprimoramento dos mecanismos processuais de atingimento do consenso em tema de responsabilidade civil pela prestação de serviços públicos. O que não condiz mais com o sistema republicano vigente é que a centenária abertura legislativa para um regime de responsabilização do Estado não encontre eco nos corredores da Administração Pública, e que a postura administrativa imediata diante de um episódio lesivo aos patrimônios materiais e imateriais ainda subscreva o paradigma autoritário de um Estado responsável (NERY, 2018, p. 566).

Conforme anteriormente abordado, há grande busca por eficiência nas ações da administração pública, para obter resultados de forma célere, precisa, economicamente proveitosa, de baixo custo e altos resultados, restringindo cada vez mais o espaço para agentes e operadores ociosos, ineficazes, corruptos e parasitas da máquina pública, devendo a sanção e a reparação darem-se de forma exemplar para coibir e afastar tal endemia do sistema público.

Felipe Braga Netto (2018, p. 575) ao abordar a temática da violência urbana enquanto resultado da falha da prestação do serviço público de segurança, traz importantes considerações quanto à eficácia e responsabilização do Estado, das quais destaca-se que:

As funções do Estado, hoje, são no mínimo mais coloridas que as tradicionais funções absenteístas dos séculos passados. O Estado tem longo histórico como inimigo dos direitos fundamentais (que foram criados, sabemos, para fazer frente às violências e agressões estatais).

Vale dizer, que o Estado como titular do dever de assegurar a consecução dos direitos fundamentais, frequentemente age como seu maior algoz, especialmente pela burocracia e corrosão do sistema administrativo público, e pelo nefasto aparelhamento do poder público para o atendimento de desejos e interesses particulares e de grupos próximos do poder.

A responsabilidade civil do Estado funciona como mecanismo de limitação em relação aos deveres impostos, contribuindo para reafirmar o compromisso com a concretização dos direitos na ordem interna e externa de suas esferas de competência, e realizar as expectativas da sociedade e em diversos seguimentos reclamados perante a administração pública. A administração ao asfaltar uma rua, não está na esfera de uma mera benesse por tratar-se de um dever. Não é gentileza um município contratar médicos para atender a população; é obrigação. Os princípios e cláusulas gerais estão disponíveis justamente para romper com alguns dogmas, permitindo atingir objetivos fundamentais. Deve-se investigar as causas do não cumprimento das obrigações do Estado para, no caso concreto, pautar-se a justa indenização ou reparação do dano causado à luz da teoria do risco, à medida que os riscos são atribuídos ao Estado como fator de imputação do direito dos danos. Diversos questionamentos surgem nesta quadra, e deverão ser atendidos de forma plural, sobretudo, no que tange à pluralidade de soluções para que não se incorram em iniquidades (BRAGA NETTO, 2018, p. 578-581).

Neste contexto, pertinente a análise da reparabilidade do dano como apontado por Anderson Schreiber (2015, p. 142) considerando:

“Permitir ao poder judiciário, em cada caso concreto, verificar se o interesse alegadamente violado consiste, à luz do ordenamento jurídico vigente, em um interesse digno de proteção, não apenas em abstrato, mas também sobretudo, face aos interesses que se lhe contrapõe”.

Retomando os estudos de Farias, Braga Netto e Rosenvald (2018, p. 55), verifica-se importante constatação acerca do atual momento social e sua relação com a responsabilidade civil:

No estágio da cultura do Brasil da segunda dezena do terceiro milênio, a responsabilidade civil pode se prestar a um papel preventivo de grande importância, sem qualquer demérito à técnica compensatória. A par de rígidos esquemas formais na base do *all or nothing*, em determinadas circunstâncias particularizadas – que serão cuidadosamente explanadas –, haverá a necessidade de o ordenamento jurídico agir de forma pragmática e flexível para mensurar bases de ponderação entre o acolhimento de interesses merecedores de tutela das vítimas com a consciência de que os critérios distributivos de danos para outros sujeitos, em sede de imputação objetiva, eventualmente não poderão desprezar a importância do desestímulo ao agente causador do dano.

Em correlação direta com a teoria dos jogos, vez mais, demonstra-se a importância da responsabilidade civil na esfera estatal como mecanismo de prevenção e desestímulo de condutas lesivas, funcionando tal disciplina como limitador das ações do próprio Estado.

Com relação ao acordo de leniência, destaca-se da tradição doutrinária a lição de Jorge Mosset Iturraspe e Miguel Alberto Piedecasas (2007, p. 159): *“la norma nos recuerda que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”*.

Cabe remarcar a importância da teoria objetiva da responsabilidade civil e, de igual modo, a valoração do direito lesado e da vítima, assumindo papel central na proteção de interesses, conforme destacado pelos autores:

O sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social. Vale dizer, todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque, seja pela via material, como pela processual, em um sincretismo jurídico capaz de realizar um balanceamento de interesses, através da combinação das funções basilares da responsabilidade civil: *punição, precaução e compensação* (SCOGNAMIGLIO, 2008 apud BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 56).

O postulado apresentado é taxativo: punir, prevenir e compensar. São estes os elementos fundamentais também em relação à responsabilidade do Estado. Sem estes pilares, não se pode falar em justiça ou em equidade, posto que, qualquer destas funções dissociadas das outras, implica um sistema incompleto e falho, que não garante a efetividade dos direitos e preceitos fundamentais. Para tanto:

Repensar hoje a responsabilidade civil significa compreender as exigências econômicas e sociais de um determinado ambiente. *“Responsabilizar”* já significou punir, reprimir; culpar; com o advento da teoria do risco, *“responsabilizar”* se converteu em reparação de danos. Agora, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 56).

Como ponto final da presente seção, cabe destacar em relação à teoria geral da responsabilidade civil, a relevância das evoluções nesta releitura de atualização dos fins da responsabilização que em relação ao Estado, decorre a necessidade imperiosa da tutela da prevenção de ilícitos, de lesões, a importância da compreensão dos mecanismos de prevenção de condutas escusas e de combate à corrupção. Para tanto, restou demonstrado o papel do Estado enquanto responsável por garantir a efetividade das normas e princípios e, em caso de descumprimento, deverá punir, prevenir e compensar.

Na sequência, será abordada a apreensão de como a compensação pode se dar em face da coletividade, em razão de que nos acordos de leniência, o Estado avoca para si, tanto a responsabilidade, quanto o direito dos termos transacionais.

4.2 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA SUBSIDIÁRIA DO ESTADO

Adentrando especificamente na abordagem da hipótese central da investigação, há que se fazer uma ressalva para explicar algumas posições que serão adotadas, e não apresentando uniformidade em relação à corrente majoritária em voga nesta fase. Sabe-se que a atual corrente entende pela responsabilidade objetiva do Estado por ações de seus agentes. Os acordos de leniência são firmados por agentes públicos (procuradores, corregedores, ministros) e homologados pelo Poder Judiciário. Logo, a responsabilidade do Estado sobre estes acordos se daria de forma objetiva. Ocorre, que conforme tratado anteriormente, os acordos de leniência entre o Estado e empresas corruptas têm natureza de negócio jurídico privado, ainda que sejam transacionados direitos de natureza pública visando à redução de multas, perdão de dívidas, redução das obrigações de reparação do erário.

Nesta quadra, denota-se caráter misto no tipo negocial adotado pelo legislador na Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica, vez que, espelha-se nos acordos de delação premiada, que embora celebrados por agentes do poder público com particulares, têm natureza privada. Por este motivo, eventuais mazelas decorrentes destes acordos não podem ter caráter objetivo, em razão de que as ações estatais nestas composições são restritivas (*a priori*) ao leniente. Busca-se com os acordos de leniência a obtenção de informações privilegiadas que auxiliem o Estado a reaver patrimônio público evadido por meio da corrupção, com a sanção premial para

empresas, que embora devam pagar pelos prejuízos causados, fazem-no de forma paulatina, com reduções e benefícios pecuniários – em nome da continuidade da atividade empresarial e da arrecadação estatal, além da manutenção de postos de emprego e circulação de riquezas – pontos de interesse do Estado.

Perceba-se que, a rigor, o interesse público estaria sendo preservado nos acordos de leniência, razão pela qual sequer haveria de se cogitar a existência de possível ação do Estado capaz de causar danos aos partícipes. Ora, se o Estado busca máxima eficiência entre recuperação de recursos e manutenção de atividades, como poderia decorrer desta ação qualquer ato lesivo? Neste ponto, inicia-se a presente discussão. Deveras, não é pela ação primária que o Estado causa a lesão, e sim, por seus reflexos talvez imprevisíveis no longo prazo. Por exemplo, se a empresa leniente acaba perdendo significativa fatia de mercado e torna-se insolvente, o Estado além de deixar de obter a totalidade de recursos evadidos dos cofres públicos, ainda terá causado problemas para outros partícipes, que negociaram com uma empresa insolvente, gerando duplo prejuízo para a comunidade. Esta situação não era esperada pelo poder público, razão pela qual assemelhar-se-ia à teoria da imprevisão, mas com um ponto principal: tal situação é previsível.

O ponto principal que se pretende demonstrar é que por meio do uso do instrumental da análise econômica do direito, pode o Estado prever determinados cenários econômicos ligados aos acordos de leniência, evitando assim pactuar determinadas condições que possam vir a causar prejuízo aos jurisdicionados.

No entanto, tratando-se de responsabilizar o Estado por acordos de leniência ineficientes, que tragam mais custos do que externalidades positivas à coletividade é necessária cautela, pois, eventualmente obrigar o Estado a indenizar uma coletividade reconhecendo sua atuação desastrosa, pode implicar mais custos e ainda mais externalidades negativas. Em circunstâncias que tais, a corrupção continuará sendo altamente lucrativa para os corruptos.

Para evitar tal cenário, propõe-se a responsabilização subjetiva subsidiária do Estado, utilizando-se de fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais, que passam a ser expostos.

Retomando os ensinamentos de Cavalieri Filho (2002, p. 206), tem-se que:

[...] a *responsabilidade subjetiva* do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica. A regra é a *responsabilidade objetiva*, fundada na *teoria do risco administrativo*, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano. Resta, ainda, espaço, todavia, para a *responsabilidade subjetiva* nos casos [...] de fatos de terceiros e fenômenos da Natureza – *culpa anônima* ou *falta do serviço*.

É possível observar o principal fator de distinção do modelo proposto com a teoria objetiva: a ausência de relação direta entre causa e efeito. Quem causa o dano primário é a empresa corrupta. É ela quem rouba, desvia, engana, dissimula e causa prejuízos a todos os cidadãos da nação. O Estado, na personificação dos agentes públicos que contratam com estas empresas já tem a persecução de *responsabilidade pessoal*, com a possibilidade de prisão e de *responsabilização civil* de políticos, fiscais, policiais, juízes e promotores. Desta forma, o dano originário é processado por meio da *responsabilidade objetiva*. Contudo, permanece a *responsabilização* pelos danos decorrentes dos acordos de leniência, dissociados dos efetivos danos causados pela ação voluntária de empresários e agentes públicos.

Mariana Ribeiro Santiago (2018, p. 351), ao comentar a sistêmica da *responsabilidade civil* no ordenamento pátrio, aponta que:

Sendo a regra no direito civil pátrio, a *responsabilidade civil subjetiva* só sede espaço para a configuração da *responsabilidade civil objetiva* quando há disposição expressa de texto legal autorizando a *responsabilização* do agente causador do dano, independentemente da verificação de culpa pelo evento danoso, o que incontestavelmente é uma exceção no ordenamento jurídico, exatamente pelo perigo de se *responsabilizar* alguém sem a investigação de sua contribuição culposa para o dano.

Em se tratando de *responsabilidade civil* do Estado pelos atos da administração pública direta, a *responsabilidade* será, em regra, objetiva, excetuada justamente a questão decorrente de omissão do Estado (ainda que decorrente de condutas comissivas de um determinado agente público), conforme aponta a autora em análise: “O comportamento humano, ao ensejar o dano, pode ser comissivo ou omissivo caso, respectivamente, seja oriundo de uma ação ou omissão, devendo, ainda, ser voluntário e objetivamente imputável [...]” (SANTIAGO, 2018, p. 316), o que no caso da administração pública, traduz-se em omissão do Estado ainda que pela ação de agente público, que leva a efeito a ausência de prestação do que era de dever da administração pública.

Para a compreensão do modelo proposto, concebem-se os danos decorrentes dos acordos de leniência, como danos causados por omissão, pois, se o Estado tivesse conhecimento de eventuais resultados, não pactuaria com referido leniente. Logo, é por ausência de zelo, ou de devido cuidado que o Estado vem causar o dano.

De acordo com Farias, Braga Netto e Rosenvald (2018, p. 1211), faz-se importante distinção teórica quanto à teoria subjetiva adotada:

Se não há, em relação às ações estatais, polêmica ou disputa acerca da natureza da responsabilidade (objetiva), já não é assim em relação às omissões estatais. Há, atualmente, ambas as correntes, subjetivistas e objetivistas. A primeira, mais tradicional, exige a clássica prova da culpa para responsabilizar o Estado. A segunda, de cores mais contemporâneas, dispensa o requisito da culpa – exigindo, porém, naturalmente, a prova donexo causal.

A segunda corrente filia-se à prova do nexocausal. Havendo o dano, decorrente da omissão do Estado em não resguardar a devida cautela quanto às condições e ao conteúdo do acordo de leniência, estará caracterizada a responsabilidade do Estado perante a coletividade, com inevitável lesão ao direito fundamental ao desenvolvimento. Prosseguindo, os autores afirmam que “há alguns anos, aceitava-se, com maior naturalidade, a possibilidade do Estado de responder objetivamente nas omissões. Hoje, porém, observa-se certa inversão dessa tendência” (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1212). Esta inversão de tendência comprova-se pelo estudo de provimentos das cortes superiores, como apontado pelos autores em análise:

O STJ, porém, em certos casos, menciona a divisão jurisprudencial.⁴ Em outros, tem-se como pacífico a responsabilidade subjetiva na omissão.⁵ Mesmo, porém, no STJ – onde atualmente prevalece a responsabilidade objetiva na omissão estatal – em certos casos relativiza-se a tese da responsabilidade subjetiva, admitindo-se a aplicação da responsabilidade objetiva em determinadas situações.⁶ O próprio tribunal tem reconhecido que as circunstâncias podem indicar um dever estatal mais rigoroso, como na saúde pública, situações em que a responsabilidade objetiva se impõe (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1212).

⁴ Vide julgado: STJ, REsp 1.069.996, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 1º - 7-2009 (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1212).

⁵ Vide julgados: STJ, AgRg no AREsp 302.747, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 25-4-2013. / STJ, AgRg no AREsp 243.494, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 19-2-2013. / STJ, REsp 1.355.542, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 29-8-2005. / STJ, REsp 647.493, rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 22-10-2007 (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1212).

⁶ Vide julgado: STJ, REsp 1236863, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJ 27-2-2012 (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1212).

Não seria incorreto afirmar que no caso dos acordos de leniência, por conta da lesão recair sobre direito fundamental (direito ao desenvolvimento) haveria este mesmo dever estatal mais rigoroso, assemelhado aos casos que envolvam a saúde pública. Porém, dada a ausência de apreciação pelas cortes superiores – e talvez, até de previsão legal – de qualquer caso paradigma em matéria de Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica, mantém-se a proposição formulada.

Em prosseguimento, quanto à tendência decisória do Pretório Excelso, verifica-se que:

Existem, no STF, muitos e variados acórdãos que adotam – explicitamente – a tese objetivista na omissão estatal.⁷ A tese subjetivista parece minoritária por lá.⁸ A adoção da tese objetivista não significa, ao contrário do que pensam alguns, uma ampliação desmedida da responsabilidade estatal. O nexo causal impede que isso aconteça. O dano precisa resultar de uma omissão que esteja ligada a ele. A omissão, em outras palavras, precisa ser a causa do dano (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1213).

Denota-se o papel fundamental da culpa para a comprovação do dano em caso de omissão do Estado. Retomando a premissa anteriormente apontada, a omissão define-se pelo entendimento de que a conduta do Estado é derivada da ausência de cautela, falta de cuidado ao pactuar, até mesmo, incapacidade decisória, todas estas, condutas omissivas. Em igual sentido observam os autores:

O curioso – e de certa forma lamentável – é que na maioria dos casos a adoção de uma ou outra postura interpretativa (subjetivista ou objetivista) não alteraria a solução do caso levado ao Judiciário. Dizemos isso porque o Estado, na maioria dos casos, age com algum grau de negligência – com falta de eficiência, zelo e cuidado (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1214).

Embora o resultado do caso realmente não se modificasse, haveria uma cautela em relação à adoção da teoria objetivista para a responsabilização do Estado no caso dos acordos de leniência: qualquer acordo celebrado levaria o Estado a responder civilmente, posto que, frequentemente o resultado econômico (expresso por uma operação matemática) é positivo, porém o resultado social acaba por ser negativo, pelo simples fato de haverem danos causados por corruptos e corruptores que são irreparáveis – e tão somente indenizáveis. Presumir a conexão

⁷ Vide julgados: STF, RE 130.764, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 7-8-1992. / STF, RE 283.989, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 13-9-2002. / STF, RE 188.093, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31-8-1999, DJ 8-10-1999 (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1213).

⁸ Vide julgado: STF, RE 372.472, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28-11-2003. / RE 179.147, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 27-2-1998 (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1213).

entre a celebração dos referidos acordos e a ocorrência de dano causado pelos partícipes, é deveras uma assunção perigosa, que vez mais pode dar azo às condutas predatórias em face do próprio Estado, prejudicando ainda mais o delicado equilíbrio econômico da macro esfera negocial. Por esta razão, propõe-se a adoção da teoria subjetivista, permanecendo a culpabilidade como um filtro a ser guiado pela prudência e ponderação do julgador no momento de determinar a responsabilização do Estado.

Assim sendo, decorrendo o dano da conduta omissiva do Estado, ou, da ausência do dever de cuidado e do poder de cautela esperados, haverá a conexão necessária para ensejar a reparação civil.

Ademais, tratando-se de uma responsabilização por omissão, haverá sempre a necessidade de verificar se o dano causado decorre efetivamente da omissão. Como exemplificado anteriormente, o dano primário nos acordos de leniência é justamente o objeto da transação, não podendo este dano ser considerado como decorrente da omissão estatal. Ainda, há que se apurar primeiramente a responsabilidade da empresa corrupta pelo não cumprimento do pacto havido com o Estado e, se ainda assim, persistirem danos indenizáveis, caberá ao Estado a assunção desta responsabilidade, de modo a respeitar o princípio da integral reparação.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 571):

O que é importante é verificar a conduta administrativa. Contudo, se a culpa é exclusiva da pessoa prestadora de serviço público, a ela deve ser imputada a responsabilidade primária e ao Poder Público a responsabilidade subsidiária. Resulta, pois, nessa hipótese que eventual demanda indenizatória deve ser dirigida em face exclusivamente do causador do dano, sendo a Administração parte legítima *ad causam* na referida ação.

Nesta perspectiva, a empresa que celebrar o acordo de leniência com o Estado, tem a responsabilidade primária pelos danos que vier a causar.

Em relação à imputação de reponsabilidade ao Estado por condutas omissivas, o STJ (2008, p.1) decidiu que: “Na omissão, fica claro que o nexos causal é um vínculo lógico-normativo”.

Portanto, infere-se a importância da previsão normativa acerca do nexos de causalidade nas condutas omissivas.

Se o nexo causal é questão das mais relevantes em qualquer análise da responsabilidade civil, nos casos de danos ligados a omissões, ele é ainda mais definidor e mais complexo. Não é simples nem fácil caracterizar com clareza o nexo causal que liga a omissão do dano (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1217).

Diniz (2018, p. 712) aborda a teoria “*do risco integral*”, pela qual cabe indenização estatal de todos os danos causados por comportamentos comissivos dos funcionários a direitos de particulares”, e tratou das considerações acerca do:

Risco como fundamento da responsabilidade civil do Estado por comportamentos administrativos comissivos, exigindo tão somente nexo causal entre a lesão e o ato, ainda que regular, do agente do poder público. Trata-se da responsabilidade objetiva do Estado, bastando a comprovação da existência do prejuízo”.

A análise trazida à colação, vincula-se aos atos administrativos comissivos, enquanto que o STF considerou o assunto, mas na perspectiva dos atos omissivos. Em ambas as hipóteses, a demonstração do nexo causal, entre lesão e dano será de fundamental importância. Portanto, observa-se a divergência em relação a estas ponderações, demarcando concepções distintas em relação ao tipo de conduta praticada (se por omissão, se por comissão).

A caracterização do nexo de causalidade na esfera dos acordos de leniência, deverá se dar principalmente em razão da omissão específica do Estado em abster-se do dever de evitar o dano. Esta é uma espécie de omissão qualificada, juridicamente relevante, em que seja possível demonstrar que “foi inadequada, injusta, a inação do Estado no caso concreto” (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1218).

Em tempo, quanto a possível questionamento de responsabilização solidária ou subsidiária do Estado no escopo da Lei 12.846/13, além da previsão de que a solidariedade não se presume, deve estar contida em lei (e não está prevista na Lei 12.846/13), cabe trazer à pauta o entendimento de Cavalieri Filho (2002, p. 199), quanto a responsabilidade subsidiária do Estado, em relação a empresas prestadoras de serviço público, aplicável por analogia às empreiteiras e empresas que contratam com o poder público:

Essas entidades de direito privado, prestadoras de serviços públicos, *respondem em nome próprio, com o seu patrimônio*, e não o Estado por elas e nem com elas. [...] o Estado responde apenas subsidiariamente, uma vez exauridos os recursos da entidade [...]. Se o Estado escolheu mal aquele a quem atribuiu a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente.

Sanadas eventuais dúvidas quanto à ordem de responsabilização por danos decorrentes dos acordos de leniência, cabe apontar que o desnudar da temática passa pela pergunta trazida pelos autores em apreço: “o dano contraria alguma expectativa, legítima e razoável, de segurança?” (BRAGA NETTO *et al.*, 2018, p. 1221).

Para que se determine o dano indenizável pelo Estado, deverá haver nítida ofensa à segurança econômica dos partícipes, para que proceda-se ao mais amplo ressarcimento, em sua extensão máxima, assim como defendido por Ricardo Luís Lorenzetti (2004 p. 618):

Una de las cuestiones más importantes en la responsabilidad contractual es determinar la extensión del resarcimiento. Prestaremos este tema en [...] el gran debate desde el punto de vista de la política legislativa.

Com profunda ligação entre a teoria econômica do direito e a responsabilização civil, há que se discutir os fundamentos da responsabilização e da prevenção na esfera civil, ponto de análise da seção seguinte.

4.3 CAPITAL E RESPONSABILIZAÇÃO: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO EM RELAÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A compreensão do modelo adotado – o de responsabilizar o Estado subsidiariamente pelos acordos de leniência de resultado prejudicial – passa pela dimensão da análise econômica do direito. Conforme aponta Thaís Pascoaloto Venturi (2018, p. 73), “em grande parte, a aproximação entre o Direito e a Economia historicamente foi moldada justamente tendo como substrato o tema da responsabilidade civil”.⁹

⁹ Segundo relato histórico empreendido por Eugênio BATTESINI e Giacomo BALBINOTTO é possível constatar a estreita ligação do movimento da *law and economics* com o direito da responsabilidade civil. Citam, para tanto, as obras de: Victor Mataja (*A Lei de Compensações sob o Ponto de Vista Econômico* – 1888); Arthur Pigou (*The Economics of Welfare* – 1920); Ronald Coase (*The Problem of Social Cost* – 1960); Guido Calabresi (*Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* – 1961 e *The Cost of Accidents, a Legal na Economic Analysis* – 1970); Pietro Trimarchi (*Rischio e Responsabilità Oggettiva* – 1961 e *The Logic of Law* – 1971); Richard Posner (*A Theory of Negligence* – 1972, *Strict Liability: a Comment* – 1973 e *Economic Analysis of Law* – 1973); John Brown (*Toward na Economic Theory of Liability* – 1973); Steven Shavell (*Strict Liability versus Negligence* – 1980); Mitchell Polinsky (*Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting* – 1980); William Landes e Richard Posner (*The Positive Theory of Tort Law* – 1981); Mark Grady (*A New Positive Economic Theory of Negligence* – 1983); Steven Shavell (*Economic Analysis of Accident Law* – 1987) e; William Landes e Richard Posner (*Economic Structure of Tort Law* – 1987).

Para a teoria econômica, a responsabilização (ou a sanção) tem dupla função, servindo como elemento de reequilíbrio econômico ou como mecanismo de controle comportamental, importando ambas as vertentes para o funcionamento do sistema macroeconômico. A autora em análise apresenta importante definição sobre a temática:

Assim, a premissa fundamental lançada pelo referido movimento nesse campo do Direito ressalta que *a primeira função das regras de responsabilidade é a de influenciar no comportamento futuro, tanto dos potenciais agressores como das eventuais vítimas*¹⁰ (VENTURI, 2018, p. 73).

Influenciar pode ser considerado para a teoria analítica econômica como moldar. Ao restringir o escopo da atuação humana, limitam-se as possíveis interações e estimulam-se ou restringem-se condutas, conforme interesse prévio do legislador ou da sociedade. Retoma-se a premissa de máxima eficiência, bem como, pela busca dos benefícios e do custo ótimo da transação negocial. Nuno Garoupa (2009, p. 5) ao abordar tal temática, traz importante ponderação:

Numa perspectiva econômica, uma regra de responsabilidade civil é eficiente se os benefícios sociais superam os custos de determinação dessa mesma responsabilidade e da indenização. O benefício social de impor uma determinada regra de responsabilidade não é a compensação das vítimas, uma vez que existem formas mais eficientes (e.g., seguro privado num contexto de uma economia de mercado eficientemente regulada) de indenizar a vítima do que o sistema legal, mas evitar ou dissuadir comportamentos que possam causar acidentes. Desta forma uma regra de responsabilidade é eficiente se tem uma influência assinalável na diminuição da taxa de acidentes.

A visão trazida corrobora os conceitos anteriormente abordados, na importante tarefa de remarcar o papel do direito – e da responsabilização – como

BATTESINI, Eugênio e BALBINOTTO, Giacomo. *História do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil*, 2010. Disponível em: [<http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>], p. 62-64. Acesso em: 10.07.2017. Todas as referidas obras, com enfoques obviamente bem distintos, têm em comum o fato de intentar a construção de teorias em torno da responsabilidade civil sob o ponto de vista da racionalidade econômica (VENTURI, 2018, p. 74).

¹⁰ Conforme Klaus MATHIS, “Economic analysis is *na ex ante* analysis, whereas the legal perspective is an *ex post* analysis. When they assess *na* instance of damages, economists are not primarily interested in the incidente that has already occurred, but in those that might arise in the future. They are concerned with the precedente effect of the law”. Tradução livre: “Análise econômica é uma análise *ex ante*, enquanto a perspectiva jurídica é uma análise *ex post*. Quando eles avaliam o exemplo dos danos, economistas não estão interessados primariamente no incidente que já ocorreu, mas naqueles que podem surgir no futuro. Eles estão preocupados com o efeito precedente do direito”. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Law and Philosophy Library. v. 84. New York: Springer, 2009, p. 69 (VENTURI, 2018, p. 73).

agente regulador econômico. Diz-se isto em razão da busca pela eficiência. Determinada categoria de dano indenizável somente produz impacto positivo no equilíbrio social com a redução da ocorrência de fatos considerados danosos. Se, por outro lado, o resultado do seu regramento é causar mais danos, ou não alterar em nada este equilíbrio, sua adição como um todo é desprovida de qualquer razão.

Prosseguindo na análise da interface comum entre teoria econômica do direito e a responsabilidade civil, a autora demarca os pontos de destaque, a saber:

Entre os vários aspectos abordados pela análise econômica no campo da responsabilidade civil, podem-se enumerar, dentre outros, a escolha entre as regras de responsabilidade subjetiva e de responsabilidade objetiva, a solução para o problema das externalidades negativas,¹¹ os instrumentos para evitar o dano social mais grave, a estruturação do sistema jurídico de forma a propiciar aumento da eficiência alocativa na economia, a análise da eficiente alocação dos custos dos acidentes, a análise do custo/benefício para evidenciar o conteúdo econômico da negligência e a análise econômica positiva do nexos causal, do nexos de imputação e do dano (LANDES, 1982 apud VENTURI, 2018, p. 74).

Cooter e Ulen (2010, p. 58) destacam a condição que conduz a um dever de cuidado suficiente para ser considerado parâmetro jurídico, observado o princípio da precaução e condicionado à responsabilidade subjetiva:

Sob uma regra de responsabilidade subjetiva, agentes que tomarem precauções tão grandes ou maiores do que o parâmetro jurídico de cuidado escaparão da responsabilização pelos danos acidentalmente sofridos por outra pessoa. Aqueles que tomarem precauções menores do que o parâmetro jurídico, poderão ter que pagar indenização por tais danos sofridos por outra pessoa.

O paralelo traçado aponta para uma necessidade de revisão da Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica, visto que, estabeleceu apenas – de forma objetiva – a responsabilização de empresas corruptas, fato que *per se* como será analisado no último tópico do estudo, não tem se demonstrado suficiente para coibir as práticas delitivas e predatórias da corrupção. A necessidade de revestir de eficiência a referida lei, se dá pela possível responsabilização de qualquer agente

¹¹ DAHLMAN, Carl J. The problem of Externality. *The Journal of Law and Economics*. V. 22, p. 141-162, 1979. E, ainda, segundo RIBEIRO e GALESKI Jr.: "(...) em regra, as partes que realizam intercâmbios voluntários assumem todos os custos e aproveitam todos os benefícios. Todavia, há determinados comportamentos que afetam determinados sujeitos, piorando sua situação sem que sejam compensados mediante indenização dos prejuízos. Essas situações em que as atividades econômicas desenvolvidas por um ou mais indivíduos produzem efeitos sobre outro ou outros são marcadas por externalidades". RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e GALESKI Jr., Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 100 (VENTURI, 2018, p. 74).

público, privado e – principalmente – o Estado. Incumbir o Estado de responsabilidade é, em verdade, criar mecanismo cogente de incentivo para que o Estado cumpra seu dever de cautela, não agindo de forma negligente, em especial, diante dos acordos de leniência.

Remarque-se que em sede de acordos de leniência, a responsabilidade primária é a objetiva, onde a empresa responde perante o Estado. Caso o acordo não logre os resultados pretendidos, ou a empresa venha a causar seu insucesso, esta ainda será a responsável primária pelo dano causado. Somente após o esgotamento desta perquirição de responsabilidade, propõe-se o modelo apresentado, para, subsidiária e subjetivamente verificar se o Estado fora responsável por danos secundários, decorrente da celebração do acordo e de seu insucesso.

A responsabilidade civil do Estado através do fundamento econômico que “a Análise Econômica do Direito suscita a responsabilidade pela prevenção dos danos tanto por via do sistema de imputação da responsabilidade subjetiva como por via do sistema de imputação objetiva” (VENTURI, 2018, p. 74).

A prevenção é o elemento central na teoria econômica da responsabilidade civil. Para que o Estado e seus membros abstenham-se de causar prejuízos, o sistema aberto e principiológico do direito deve ser amplo, permitindo ao máximo que se estabeleçam parâmetros de punibilidade e indenização, visando sempre à prevenção, como modelagem comportamental.

Porto (2012, p. 85), preleciona: “as pessoas tendem a reagir a incentivos e podemos afirmar com algum grau de certeza que um número menor de ofensores adotaria precaução caso vigorasse a regra da ausência da responsabilidade civil”.

É o equivalente a criarem-se *standards* comportamentais por meio de aspectos cogentes preventivos, em que a abordagem pela doutrina da análise econômica do direito ocorre “a partir de uma premissa lógica e racional segundo a qual a prevenção dos danos deve ocupar o lugar central de qualquer sistema de direitos” (VENTURI, 2018, p. 75).

Conforme tratado, houve importante deslocamento na disciplina da responsabilização civil, mudando-se o enfoque da reparação para a prevenção do dano.

De conformidade com a doutrina da análise econômica do direito, a orientação específica dirige-se ao entendimento de que “se o sistema da

responsabilidade civil possui um verdadeiro propósito atualmente, deve estar ligado à criação de incentivos para a redução dos riscos” (POLINSKY; SHAVELL, 2005, p. 10), com o que se consegue alcançar o benefício social esperado.

Transportando tal conceito para a Lei 12.846/13, tem-se que o benefício social esperado é a redução da corrupção das pessoas jurídicas. Para tanto, criam-se incentivos, dentre eles, o acordo de leniência, para modelar a conduta das empresas de conformidade com o padrão jurídico, econômico e social esperados.

Porto (2012, p. 87), pontua:

Tendo em vista que, mesmo ao exercer precaução, a empresa arca com o dano esperado, a externalidade é internalizada, na medida em que a empresa passa a arcar com todos os custos que integram a fórmula de custos sociais. Assim sendo, ao minimizar seus custos, a empresa adota o nível eficiente de atividade.

Contrário *sensu*, a empresa corrupta deve arcar com os custos da corrupção a que deu causa. Repita-se que a responsabilidade imputada ao Estado, limita-se a uma subsidiariedade e, diga-se, deve ter igualmente caráter preventivo, razão pela qual, no acordo de leniência, deve-se fazer constar cláusulas muito bem elaboradas acerca destas dimensões de responsabilidade e, mais que isso, exige-se a vinculação do patrimônio integral da empresa, como fator de garantia em favor da prevenção do dano que se pretende atribuir ponto terminal. Em verdade, a corrupção é impagável, irreparável e altamente nefasta para a sociedade.

No entanto, faz-se uma crítica ao modo como o legislador abordou os incentivos ao Estado, restritos ao recebimento de informações e recursos que deste mesmo Estado foram retirados. Não há, para o Estado como ente econômico, qualquer tipo de sanção – ou risco – em não portar-se pelas condutas desejáveis. E é neste exato sentido – de incentivar – que se propôs a responsabilização subsidiária do Estado como instrumento de modelagem comportamental, cumprindo-se ainda com a função preventiva e benéfica (social e economicamente) da responsabilidade civil.

Ainda sobre a função preventiva, dentro de um escopo econômico, colaciona-se a lição de Guido Calabresi (1984, p. 36):

La teoría económica puede sugerir un método de adoptar decisiones: el mercado, por ejemplo. No obstante, las alternativas en las que se enfrentan vidas humanas y razones monetarias o de conveniencia nunca pueden reducirse a término pecuniarios, y por ello nunca usamos el mercado como método único.

O autor apresenta ponderação importante, posto que para determinadas tópicos o uso do mercado (e do custo) pura e simplesmente não é suficiente, pois, a monetização de valores morais, anseios e desejos não pode ser contabilizada, razão pela qual o direito apresenta-se com respostas qualitativas enquanto a análise econômica traz ponderações quantitativas.

Remarcando a teoria do risco na atividade estatal, há importante conceito na teoria analítica econômica, assim apresentado:

A responsabilidade civil, por via de um sistema de incentivos para a prática ou omissão de comportamentos, fundamenta-se, sobretudo, na medida em que, ao lado da regulação estatal, induz a adoção de cautelas quando do exercício de atividades que gerem riscos (VENTURI, 2018, p. 79).

O mesmo ocorre para o próprio Estado, que deverá observar necessária cautela no exercício de sua atuação. Não se pode olvidar o papel fundamental da teoria dos jogos na responsabilidade civil: a internalização de externalidades negativas. Sem este abarcamento teórico, a atuação do Estado para com os indivíduos torna-se extremamente nociva do ponto de vista de custos, cabendo ao Estado resguardar-se (prevenir) de gerar externalidades negativas aos cidadãos, além daquelas já decorrentes da perda de dinheiro (impostos) pagos coletivamente por todos. Quanto às externalidades, importante lembrar o preceituado por Sztajn (2005, p. 250):

Os danos ambiental e pessoal são evitados quando o legislador impõe ao exercente da atividade o custo de prevenir danos que recaem sobre terceiros, com o que a externalidade desaparece transformando-se em internalidade. É essa uma forma de promover a internalização da externalidade, em que se procura causar menos danos a terceiros.

Desta forma, a prevenção de prejuízos a terceiros (cidadãos) deve se dar por meio deste princípio racional – a prevenção – sendo a maneira adequada para cumprir a tutela dos direitos. Em um Estado Social que se preocupa naturalmente com a necessidade de efetivar os direitos e garantias fundamentais, deverá obrigatoriamente preocupar-se mais em evitar lesões a direitos essenciais e extrapatrimoniais do que em ressarcir-los. O sistema de responsabilidades civis, dentro de uma análise econômica, deverá sempre guardar conexão com os princípios constitucionais, sedimentado sobre critérios eminentemente voltados à prevenção, deixando a reparação como *ultima ratio* (VENTURI, 2018, p. 79-80).

Esta lógica econômica e social de pensar a responsabilidade civil é assim apresentada por Geneviève Viney (2007 apud VENTURI, 2018, p. 80):

A ideia de prevenção sempre esteve presente no direito da responsabilidade civil. Todavia, um novo impulso lhe foi dado após o fim dos anos 90 por força do grande sucesso da doutrina da análise econômica do direito e por aquela do princípio da precaução. Com efeito, os teóricos da análise econômica do direito atribuem à prevenção um lugar eminente dentre as finalidades da responsabilidade civil. “A impulsão primeira do sistema de responsabilidade civil”, escreveu um autor se reportando à essa tendência, “reside em sua constante busca de uma minimização de danos causados a outrem, quer dizer, de uma prevenção de fatos lesivos.” É assim em função da aptidão do direito positivo ao favorecimento da prevenção que se julga, segundo essa doutrina, a qualidade desse direito. Todas as reformas ou modificações propostas são apreciadas sob o ângulo de suas aptidões para realizar “o caráter ótimo da prevenção”.¹²

Este caráter ótimo de prevenção é de suma relevância para a compreensão de que, em um sistema normativo provido de mecanismos suficientemente incentivadores, haverá maior grau de sucesso na observância destas leis, bem como, menor custo em forçar seu cumprimento, levando a um cenário no qual o espectro de opções do indivíduo – e do Estado – restringe-se praticamente à possibilidade de cumprir as regras do jogo, sem agir em deslealdade com os demais jogadores, buscando sempre um grau ótimo de externalidades positivas. Esta é chamada funcionalização do direito. Sobre este tema:

A funcionalização do Direito da responsabilidade civil, possivelmente operacionalizada pela internalização da prevenção, contudo, não leva em consideração tão somente padrões econômicos ligados à eficiência. A imprescindibilidade da preservação de certos direitos considerados fundamentais, “custe o que custar”, por exemplo, afastaria de imediato qualquer ponderação a respeito de custos-benefícios existentes entre a economia da prevenção *versus* a economia da reparação (VENTURI, 2018, p. 80-81).

Com relação à corrupção, tratada apenas em um viés econômico, jamais será benéfico para o Estado combatê-la por completo. O custo ótimo de corrupção

¹² Texto original: “L`idée de prévention a toujours été présente dans le droit de la responsabilité civile. Toutefois une impulsion nouvelle lui a été donnée depuis la fin des années 1990 à la fois par le succès grandissant de la doctrine de “l`analyse économique du droit” e par celui du “principe de précaution”. Em effet, les théoriciens de l`analyse économique du droit attribuent à la prévention une place éminente parmi les finalités de la responsabilité civile. “L`impulsion première du système de responsabilité civile”, a écrit un auteur se rattachant à cette tendance, “réside dans sa constante recherche d`une minimisation des dommages causés à autrui, c`est-à-dire d`une prévention des faits dommageables”. C`est don em fonction de l`aptitude du droit positif à favoriser la prévention que se juge, d`après cette doctrine, la qualité de ce droit. Toutes les reformes ou modifications proposées sont ainsi appréciées à l`aune de leur aptitude à réaliser “le caractere optimal de la prévention”. Tradução livre (VENTURI, 2018, p. 80).

jamais será zero em razão de que custaria mais prevenir do que permitir – e indenizar – determinada quantidade de corrupção. Embora economicamente isto seja perfeitamente aceitável, não cabe tal aceitação pelo direito, ética, nem pela moral. O combate à corrupção (dentre outras temáticas) deverá se pautar pelo custo o que custar, vez que, a moralização é uma das formas de modelagem do comportamento de que o Estado dispõe. No entanto, se o Estado não deixa claro este viés proibitivo, com sanções compatíveis, haverá espaço para que indivíduos percebam falhas no sistema e nelas operem. É, exatamente, o que ocorre na corrupção. Como o combate e a fiscalização de práticas escusas não atingem cem por cento de eficiência, e as penas pelo cometimento do delito podem ser transformadas em valores, chega-se ao resultado de que se os atos de corrupção pagarem bem, vale a pena correr o risco de eventual punição. Na mentalidade de um corrupto, o que são cinco ou seis anos de prisão frente à milhões, quiçá bilhões obtidos de forma fácil e ilícita? De fato, em análise desprovida de ética, parece muito vantajoso. Este é o papel do Estado: coibir o funcionamento desta lógica da corrupção, agindo de modo a modificar o sistema de raciocínio delinquente e desprovido de ética. Para tanto, devem-se incluir custos, para ao final, não valer a pena corromper, pois, a sanção – ou o custo – será muito maior que o benefício obtido.

Neste sentido:

“Todavia, isso não quer dizer que o objetivo de prevenção, dentro da perspectiva do Direito da responsabilidade civil, se esgote ou se resume à viabilização da melhor ou maior eficiência econômica, correlacionando-se tão somente com os custos/benefícios inferidos a partir de uma análise objetiva e calculista a respeito dos deveres de cuidado e dos eventuais danos experimentados no seio social (VENTURI, 2018, p. 82).”

Dentro deste delicado equilíbrio, entre lei e economia, entre custo e ética, cria-se mentalidade amplificadora de bem-estar social. O jogo de forças por trás da atuação do Estado, bem como o equilíbrio entre as esferas de poder reflete o quão bem-sucedido é um Estado em modelar comportamentos assertivos e positivos, devendo-se para tanto guardar tanto ótica utilitarista quanto moral, como bem observa a autora em análise:

[...] a refundamentação [...] preconizada assenta-se em valores éticos e morais que extrapolam, necessariamente, qualquer racionalidade utilitarista a respeito das possíveis justificativas para se evitar a violação dos direitos e a conseqüente provocação dos danos (VENTURI, 2018, p. 82).

Justamente buscando refundamentação de conceitos e condutas, voltados a esta maximização do bem-estar social, propõe-se a temática final do presente estudo, em que pretender-se-á assegurar o direito fundamental ao desenvolvimento das pessoas, por meio de mudanças na forma com que se pune – e privilegia – corruptos e corruptores, sempre à procura da realização máxima dos objetivos – e deveres – do Estado, a serem tratadas a seguir.

5 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO: UM PARADIGMA ECONÔMICO

O Estado Democrático de Direito, inclui, de forma específica, a tutela dos direitos fundamentais, de observância obrigatória e natureza hegemônica. O ordenamento jurídico pátrio, deve obrigatoriamente preocupar-se com a realização destes direitos, bem como, edificar regras que busquem evitar as ofensas a ditos direitos de forma horizontal e vertical. A efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento e a responsabilidade do Estado reúnem na perspectiva da análise econômica do direito o objetivo específico desta fase final da investigação.

Há um Estado de direitos fundamentais, em que se deve observar os resultados da edição de uma norma, tanto pelo seu conteúdo, quanto por seus efeitos procedimentais. Não há passagem única e exclusiva pela qual se deva transpor o caminho pela procura dos fins do Estado, como realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais, em verdade, de largo calado e dimensão, onde pode-se transitar em diversos vértices referentes à finalidade do Estado, “respeitadas as diferenças e pluralidade cultural”, conforme preceituado por Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 291-292).

Os conceitos jurídicos são balizados pela função, em detrimento da estrutura, valendo mais os resultados de sua aplicação do que a forma pela qual são concebidos. Não se pode limitar a aplicação da norma constitucional, pelo seu conteúdo preestabelecido, devendo-se, em verdade, buscar a sua exaustão funcional, como bem exemplificado pela jurisprudência atual, que conta cada vez mais com natureza principiológica (como realizadora da ideia de justiça) em detrimento da dogmática clássica. Um contrato firmado entre partes, embora escrito e formal, ainda assim poderá ser injusto em razão de seus efeitos. A necessária revisão deste pacto, em detrimento do clássico *pacta sunt servanda* demonstra esse modelo evolutivo da quadra atual do direito pátrio (ALMEIDA, 2008, p. 297).

A autonomia da vontade e autonomia privada foram repensadas em favor do equilíbrio material entre partes. De um lado, estreita-se a autonomia da vontade negocial, para, de outro lado, elastecer a proteção dada aos fins sociais do contrato, permitindo, inclusive, a ampliação do leque de escolhas existenciais.

A sociedade moderna, plural, digital, interconectada, de dinâmica incomparável com qualquer outro momento histórico e social exige reformulação na

maneira de se pensar o direito. Todas as soluções passam pela razoabilidade e pela contextualização legitimada da resposta às demandas coletivas. As omissões do Estado, tão comuns no século passado, não são mais toleráveis na sociedade atual, que clama por ação estatal qualificada, objetiva e eficaz. Para tanto, faz-se necessária a revisão das normas, tendo-as como ponto de partida, deixando para os princípios do sistema jurídico o papel fundamental na solução de casos complexos – como o da corrupção – que passa não só pela norma, mas também pela reformulação da sociedade, da ação do intérprete e dos indivíduos, com valores plurais nem sempre homogêneos (BRAGA NETTO, 2018, p. 697-700).

Nesta visão principiológica moderna do direito, permanece atual a concepção adotada por Vital Moreira (2002, p. 68):

O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.

É indissociável a concepção de economia e Estado razão pela qual, a realização dos direitos fundamentais passa por realização econômica. Não há maneira de conceber a sociedade moderna numa ótica dissociada do sistema econômico, principalmente pelo fato de que a realização da felicidade individual de cada cidadão passa por realização econômica. Isto destaca um dever de cautela extremo e aguçado por parte do intérprete da norma, frente aos riscos de uma concepção econômica dos fundamentos legais, conforme destacado por Emerson Ademir Borges de Oliveira e Jefferson Aparecido Dias (2017, p. 179):

Na realidade, o poder econômico pode ser o maior deteriorador dos objetivos de um Estado Social e, por conta disso, imprescindível que seja regulado e sua atuação forjada pelo próprio Estado, impedindo que o mesmo possa direcionar o poder político na consecução de interesses privados ao invés dos interesses públicos. A grande preocupação da regulação é retirar dos âmbitos públicos a influência contaminadora do interesse privado.

Tal visão chega a trazer contornos utópicos para a realidade pátria atual. A inserção dos grandes grupos econômicos nos interesses políticos nacionais, balizada pela massiva impulsão de campanhas financiadas pelo capital privado, faz com que haja verdadeiro balcão de ofertas políticas pela edição de normas voltadas

à realização de interesses privados, haja vista, por exemplo, a bancada da bala, a bancada do boi, dentre tantas outras que existem no Congresso Nacional voltadas a realizar interesses de grupos econômicos, em detrimento dos reais fins sociais do Estado.

Contudo, não se pode permitir que uma equivocada visão de determinados grupos da sociedade torne-se hegemônica, ao arrepio da norma e dos princípios sociais. Sobre as razões para esta subversão da ordem lógica do sistema político, aponta Gabardo (2009, p. 24):

A radicalização liberal contemporânea, característica do individualismo pós-moderno, acaba pervertendo a ordem legal do Estado em função de um princípio da subjetividade. O Direito público passa a ser determinado pelos casos particulares, prevalecendo a lógica empírica do pragmatismo jurídico-político hora como antiformalismo jurídico, hora como militantismo antipolítico.

A correção deste desvio é pautada justamente pela reformulação do ideário político, a ser guiado pelos valores constitucionais e pela correta aplicação dos princípios sociais, punindo-se as condutas indesejáveis, e premiando-se as desejadas, num sistema de perdas e ganhos sociais. A imposição da soberania dos interesses públicos sobre os privados dentro de um modelo estatal intervencionista, demonstra esta revisão de fins, conforme elucidada o autor em análise:

Este modelo intervencionista busca explorar a vantagem principal de economia de mercado (a liberdade e eficiência competitiva) sem ser objeto de suas falhas (externalidades negativas, desigualdade, exploração). [...] Busca-se, assim, efetuar uma correção no funcionamento cego das forças do mercado por meio da imposição de metas políticas à economia (GABARDO, 2009, p. 163).

De outra parte, este intervencionismo estatal deve ser bem ponderado e pontual, para não incorrer no risco de fomentar entrave à atividade empresarial, de fundamental importância para o desenvolvimento da nação. A prudência e a ponderação na atuação do intérprete é medida que se impõe, tanto na edição quanto na aplicação das normas, para que seja assegurado o interesse social. Neste sentido:

O Estado nacional deve deixar que a sociedade civil e o mercado resolvam seus próprios problemas; somente no caso excepcionalíssimo de a sociedade ou o mercado não conseguirem resolver o seus problemas é que o Estado deve atuar; assim, seriam garantidos os direitos fundamentais dos indivíduos, cada vez mais próximos das liberdades do século XIX, e não correríamos o perigo de uma intervenção que contraria nossa autonomia e nossa capacidade de deliberação (GABARDO, 2009, p. 26).

Há em verdade, delicado equilíbrio entre forças, não se podendo adotar pensamento puramente liberal nem pensamento eminentemente intervencionista, pois tanto um quanto outro – isoladamente – são incapazes de adequadamente garantir a efetivação dos fins máximos da Constituição e do Estado. Na senda do direito privado, não há mais uma visão exclusivamente privada. Houve importante alteração no que diz respeito à funcionalização dos bens privados em razão do interesse público, demonstrando a aplicação deste ideal misto entre intervenção e liberdade. Em complementação, é o apontamento de Ferreira (2016, p. 78):

No sistema jurídico nacional, a Constitucionalização do direito importou no grande movimento metodológico do direito pátrio do século XX, trazendo para o centro normativo a pessoa humana e, desta forma, tornando, particularmente renovada, a disciplina do direito privado, promovendo um deslocamento da tutela clássica dos bens patrimoniais para os bens imateriais [...].

Se outrora discutia-se se o bem privado tem função pública, atualmente discute-se qual é o grau de realização dos fins erigidos na constituição que os bens privados desempenham. Naturalmente que o direito à moradia sedimenta-se na propriedade privada, enquanto o direito ao meio ambiente equilibrado obriga as empresas que não poluam e que reparem danos causados ao meio ambiente. Os direitos fundamentais, tornam-se verdadeiras categorias de bens imateriais, de propriedade individualizada à medida que cada indivíduo clama para si a realização de tais direitos, que deverão ser protegidos e providos pelo Estado dentro dos limites constitucionais.

Em prosseguimento, é a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade (1995, p. 207):

A construção da moderna cidadania se insere assim no universo dos direitos humanos, que se associa de modo adequado ao contexto mais amplo das relações os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento, com atenção especial ao atendimento das necessidades básicas da população (a começar pela superação da pobreza extrema) e à construção de uma nova cultura de observância dos direitos humanos.

O Estado moderno deve realizar os valores motrizes da Constituição, dentro da esfera subjetiva de cada indivíduo. Não é possível progredir como nação, enquanto houver sequer um indivíduo que não tenha sobre sua mesa um prato de comida. Não se pode falar em finalidades do Estado, enquanto faltam saúde básica e saneamento para qualquer cidadão. Com esta ideia é que se prossegue no encaixe da definição e da contextualização do direito fundamental ao

desenvolvimento, bem como, de que forma este direito fundamental pode ser ameaçado ou efetivado pela aplicação dos acordos de leniência no escopo da Lei 12.846/2013.

5.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

Para que se possa compreender o impacto dos acordos de leniência no desenvolvimento dos indivíduos e de toda a nação, necessário se faz, primeiro, entender os conceitos tópicos atinentes ao tema, bem como, compreender a evolução dogmática de referidos direitos fundamentais, compreendendo como estes se efetivam, e quais esferas anímicas subjetivas do indivíduo são afetadas por sua realização (ou a ausência desta), como também de que forma está o Estado incumbido de efetivar o direito fundamental ao desenvolvimento.

Inicialmente, importa trazer a definição do que são os referidos direitos fundamentais, tido por Paulo Bonavides (2010, p. 561) como “os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional”. Complementarmente, entende-se que estes direitos são aqueles que “receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança” (BONAVIDES 2010, p. 561).

Em prosseguimento, intenta o autor que os direitos fundamentais propriamente ditos são:

[...] os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado [...], numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável (SCHMITT, 1954 apud BONAVIDES, 2010, p. 561).

Neste ponto, já se denota o forte caráter individualista dos direitos fundamentais que, embora tutelados e pautados pelo texto constitucional, ligam-se intrinsecamente à liberdade em poder agir e atingir os objetivos individuais, respeitando-se sempre o limite de atuação que não cause abalo à esfera das liberdades e garantias de outrem. Prossegue o autor para apontar que:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (BONAVIDES, 2010, p. 562).

Os direitos fundamentais são valores pertencentes a todos os seres humanos, sem os quais, dissocia-se a própria existência humana. É deste ponto que advém sua fundamental importância. Não há humanidade sem os referidos direitos do homem, sem a liberdade, sem o trabalho, sem a educação, sem a moradia, sem o meio ambiente, dentre outros aspectos plurais e fundamentais à manutenção da vida humana em sociedade.

A tutela estatal no que cinge aos direitos fundamentais exerce dupla função: a de garantia (efetivação) destes direitos e a função de limitação das práticas deste direito, para que o exercício dos direitos fundamentais por parte de um indivíduo não possa obstar a ação dos mesmos direitos por outro. Ao comentar a função de tutela destes direitos, José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 472) aponta que:

Por um lado, através das normas programáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais e, por outro lado, as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização.

Ao editar as normas constitucionais, pretendia o Estado dar contornos bem definidos e objetivos a referidos direitos, para que estes pudessem posteriormente, ser erigidos como princípios instrutores e nucleadores de todo o sistema jurídico de garantias fundamentais dos indivíduos e da sociedade.

O Estado Democrático de Direito respaldado pela Constituição tem sua atuação pautada por estrito escopo de regras e fundamentos, conforme observa o autor em análise:

A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – **supremacia da constituição** – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o «*primado do direito*» do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão (CANOTILHO, 2002, p. 245-246, grifo do autor).

É justamente desta ordem constitucional suprema que se desdobram os direitos fundamentais, assim pautados no indivíduo, por sua antropologia, como pessoa, cidadão, trabalhador e administrado, mostrando-se assim integração pragmática entre direitos fundamentais. Em primeiro lugar, os direitos fundamentais permitem ao indivíduo que reafirme seus caracteres personalíssimos, como sua integridade física e espiritualidade. Em segundo, garante-se a identidade deste indivíduo, pela possibilidade de desenvolvimento livre de sua *persona*, ou seja, aspecto imaterial de sua existência. Em terceiro lugar, garantem-se mecanismos de socialização do indivíduo, como o trabalho, a qualificação profissional e o acesso ao conhecimento e à cultura, além de subsídios mínimos para sua sobrevivência. Em quarto e derradeiro, garante-se a defesa da autonomia individual, ou seja, a própria liberdade do indivíduo, trazidas pela noção de justiça e de igualdade material normativa (CANOTILHO, 2002, p. 248-249).

Compreendidos os conceitos principiológicos e fundamentos normativos dos direitos fundamentais, tem-se que “de fato, os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos conectados com objetivos e finalidades do Estado e por isso poderiam ser considerados normas programáticas”, como defendido por Melina Girardi Fachin (2015, p. 92). De igual modo, na realização destas garantias, incute-se uma razão econômica que “também sublinha diferente tratamento dos direitos civis e políticos daqueles econômicos, sociais e culturais, associada ao argumento dos custos públicos envolvidos na realização desses direitos” (FACHIN, 2015, p. 92).

As interações entre a sociedade e o Estado são pautadas por lógica econômica, uma vez que, o Estado concentra capital cedido pelos indivíduos tutelados para a consecução das finalidades da própria nação. Deste modo, o Estado redistribui este capital dentro dos mais vastos escopos de atuação, para assegurar que todos os indivíduos possuam isonomia de condições mínimas para desenvolverem suas liberdades e atribuições pessoais. Desta forma:

Quando se fala nas relações entre sociedade e Estado, certamente a problemática não reside somente na questão da ineficácia normativa ou da prestação de serviços e essa nem mesmo é uma questão exclusiva dos países não-desenvolvidos. Esta premissa conduz à identificação de um caráter social ao Estado que não se restringe à sua eficiência econômica em propiciar o desenvolvimento (a não ser que se tenha um sentido bastante restrito de desenvolvimento) (GABARDO, 2009, p. 373).

Verifica-se que o conceito de desenvolvimento transpassa o conceito primário de crescimento econômico geral da nação, ou ainda, valores de mercado como produto interno bruto, dentre outros. O desenvolvimento para fins deste estudo, é aquele em que se permite a cada indivíduo desenvolver-se dentro de suas acepções e valores pessoais, com garantia de condições de possibilidade mínimas, permitindo a busca pela felicidade em páreas isonômicas. Importa consignar relevante evolução no enfoque topográfico dos direitos fundamentais, em especial, em razão do novo papel central que o direito ao desenvolvimento exerce. Neste sentido:

Se tradicionalmente, a agenda de direitos humanos centrou-se na tutela de direitos civis e políticos, sob o forte impacto da “voz do Norte”, testemunha-se, atualmente, a ampliação desta agenda tradicional, que passa a incorporar novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais, no direito ao desenvolvimento, no direito à inclusão social e na pobreza como violação de direitos. Este processo permite ecoar a “voz própria do Sul”, capaz de revelar as preocupações, demandas e prioridades desta região (PIOVESAN, 2012 apud FACHIN, 2015, p. 189).

De outra parte, a falta de condições econômicas para desenvolvimento do indivíduo (pobreza) deve ser considerada como fracasso do Estado em promover os direitos fundamentais dos indivíduos.

Aponta-se que a terminologia do desenvolvimento econômico, encontra-se ultrapassada diante de uma função maximizadora do Estado (e não provedora de um mínimo existencial), conforme aponta Daniel Wunder Hachem (2013, p. 356):

O que se propõe é que, diante das ideias de igualdade e desenvolvimento agasalhadas pela Lei Fundamental de 1988, a tendência atual - de um Direito Administrativo social - reclama a instituição de uma Administração Pública inclusiva, que proporcione de ofício, mediante políticas públicas universalistas e voltadas ao alcance de todos, a realização máxima dos direitos fundamentais sociais. Com isso, serão reduzidas as desigualdades entre as posições existentes na sociedade brasileira, sem a necessidade de intervenções excessivas e desmesuradas do Poder Judiciário em benefício de alguns poucos jurisdicionados que a ele têm acesso.

Deste modo adota-se no presente estudo a terminologia desenvolvimento, para se referir à obrigação estatal de promover o desenvolvimento da pessoa em todos seus aspectos, inclusive, no aspecto econômico.

Como tratado anteriormente, é impossível conceber a noção de um Estado desenvolvido, sendo que nele estejam inseridos indivíduos sem condições mínimas de promover sua subsistência. Esta alteração de enfoque do Estado e indivíduos

desenvolvidos revela o atual sentido dos direitos fundamentais, contribuindo para a revisão da condição de Estado desenvolvido consoante o conjunto plural de sua organização, conforme apontado pela autora em comentário:

Passa-se do *State approach* ao *Human Rights approach*, ou seja, o desenvolvimento voltado à pessoa humana que deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento, conforme o artigo 1º da Declaração [...]. Nessa visão aproximativa dos direitos humanos, os anseios econômicos cedem espaço às necessidades humanas, tendo a noção de crescimento econômico pouco a ver com esta renovada visão do desenvolvimento (FACHIN, 2015, p. 171).

Aqui, o desenvolvimento ganha a definição que se presta para este estudo. Não se almeja um produto interno bruto elevado, ou então, ausência de dívida pública. Ao se falar em desenvolvimento, pretende-se que cada cidadão tenha condições mínimas de promover sua sobrevivência e sanar suas necessidades mínimas. Um lar; um emprego; três refeições diárias; saneamento básico; saúde; educação; ambiente livre de poluição; família; segurança; necessidades inerentes a todo e qualquer cidadão, que diuturnamente falham as maiores nações do mundo em promover condições mínimas de possibilidade para indivíduos necessitados. E não só falham os Estados de forma isolada, como falha toda a civilização, conforme bem observa a autora:

A responsabilização pela realização do direito ao desenvolvimento não repousa, de modo integral, apenas sobre os Estados, sendo que a cooperação internacional [...], é fundamental para eliminar obstáculos ao desenvolvimento e promover uma nova ordem internacional baseada no empenho mútuo e colaboração para realização dos direitos humanos. O direito ao desenvolvimento conclama a visão aproximada e conjunta da sociedade nacional e internacional em um somatório de estruturas (FACHIN, 2015, p. 195).

Este talvez seja o objetivo máximo da vida em sociedade. Romper as barreiras linguísticas, étnicas, culturais e geográficas para desenvolverem-se as sociedades como um todo. Na esfera empresarial, tal ruptura já ocorrera há algum tempo, razão pela qual grandes corporações se auxiliam no fim comum de crescimento financeiro e obtenção de lucros. Já na esfera social, a macro concepção de sociedade encontra sensíveis obstáculos, em que pesem inúmeros tratados e acordos globais. Enquanto algumas nações se vangloriam por serem desenvolvidas, nega-se auxílio mínimo àquelas mais necessitadas, negligenciando-se cidadãos, biomas e sociedades, em prol de um egoísmo cego em não cooperar para o desenvolvimento global, benéfico a todos.

A efetivação deste ideal – talvez utópico – passa pela necessária revisão das políticas públicas e pelo processo do jogo político, como bem observa Gabardo (2009, p. 374):

O processo político configura uma “catarse”, ou seja, uma fase de modificação do real (de conscientização) que exige uma passagem do momento econômico (egoístico-passional) para o momento ético. Só a liberdade política supera qualquer forma de determinismo biológico, cultural e, principalmente, econômico.

Sem uma evolução ética das políticas públicas globais, não será possível proceder a necessária efetivação do desenvolvimento. Contudo, dentro da esfera social nacional, igualmente se faz necessária evolução do momento ético, político e normativo para efetivação, em nível nacional, do mesmo desenvolvimento alhures apontado em uma ótica global. O enfoque do desenvolvimento do Estado propulsionado por organizações corporativas globalizadas para o desenvolvimento da pessoa, deve reunir em seu núcleo políticas sociais assertivas, justas e probas, como bem observa o autor:

Nossa capacidade política, humanismo e tolerância é que transmutam indivíduos em pessoas e as pessoas em uma coletividade que dá vida ao Estado. E se o Estado morresse, ainda assim restaria seu espírito. Porque é dele que se torna possível cobrar o desenvolvimento necessário à garantia do interesse público, buscando-se sempre um retorno à Constituição de 1988, como símbolo do projeto socializador de um povo que não desiste de ser justo, solidário e feliz (GABARDO, 2009, p. 381).

Realizar os fins máximos erigidos na Constituição Federal é, em verdade, realizar o próprio objetivo de ser solidário, em que todos participam do todo, que beneficia cada um. Ao dar-se espaço para políticas que permitam o desenvolvimento da pessoa, beneficia-se o crescimento econômico e social da nação de igual forma, pois, as condições das pessoas devem estar vinculadas a viverem melhor, trabalharem mais, produzirem mais, ganharem mais, consumirem mais e movimentar a circulação de bens e serviços. Cabe ao Estado assegurar que estas políticas sejam efetivadas, afastando violações nefastas como a corrupção, que fere duplamente a sociedade ao não permitir a correta destinação de recursos para obras e serviços públicos, bem como, exigem que mais e mais recursos públicos sejam empreendidos na solução dos danos, por meio da movimentação do aparato estatal (polícias, judiciário, dentre outros), aumentando o custo social e obstando o correto desenvolvimento das pessoas e da sociedade.

É neste viés que se propõe o enfoque dado pelo próximo tópico, onde busca-se esclarecer os resultados positivos e negativos da concessão de benefícios nos acordos de leniência, e o quanto estas concessões podem causar ainda mais prejuízos a uma sociedade já fragilizada e lesada pela corrupção.

5.2 O PROBLEMA DO CUSTO SOCIAL: A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS AOS LENIENTES E O RETORNO AOS COFRES PÚBLICOS

Compreendidos os contornos doutrinários, legais e conceituais relativos ao desenvolvimento, prossegue-se para investigar as implicações da concessão de benefícios econômicos e jurídicos aos lenientes e as delas decorrentes na prática social.

A ideia por detrás da concessão de benefícios nos acordos de leniência é possibilitar a obtenção de informações benéficas ao interesse público, para apuração de responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas envolvidas em esquemas de corrupção.

Mariana Ribeiro Santiago e Livia Gaigher Bósio Campello (2016, p. 136) pontuam que o princípio da solidariedade:

Sustenta a função solidária da empresa [...], pois agrega uma ideia de que se deve também colaborar, por meio do negócio, para o desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva de auxílio às pessoas, de uma forma positiva, inclusive sob o ângulo das gerações futuras. A função solidária da empresa é aquela que traz uma contribuição valorosa para o desenvolvimento social.

Este princípio é o núcleo da ideia de colaboração entre empresas corruptoras e do Estado, pois, ainda que envolvidas em práticas escusas, devem referidas empresas serem solidárias para com o Estado em busca da amenização dos prejuízos sociais por estas causados.

De igual modo, mantêm-se atividades empresariais corruptoras em funcionamento, evitando-se assim maiores prejuízos decorrentes do encerramento das atividades, como o desemprego, perda de arrecadação tributária, dentre outras implicações. O problema reside justamente na concessão destes benefícios: em uma análise primária, parece adequado conceder incentivos econômicos, processuais e jurídicos para empresas corruptoras, possibilitando a permanência da atividade, evitando-se um maior prejuízo social. Contudo, sob um prisma mais nítido,

a concessão de ditos benefícios pode implicar ausência de punição a agentes corruptores, o que fatalmente provoca a perpetração do modelo corruptivo dentro do cenário corporativista nacional, tornando-se tais benefícios verdadeiros perdões estatais para corruptores.

A linha que separa o melhor interesse social e a impunibilidade é de ímpar tenuidade, exigindo-se árdua tarefa por parte do intérprete da lei na aplicação do abrandamento de sanções (como ferramenta de incentivo para a leniência), para não incorrer nem punições irrisórias nem inviabilizar a aplicação de todo o instituto da leniência (pois, sem incentivos, nenhuma empresa estará disposta a pactuar com o Estado, frente à inexistência de benefício econômico).

Para melhor compreender os contornos atinentes à dificuldade de aplicação da previsão normativa da Lei Anticorrupção, faz-se necessária à compreensão, vez mais, do ideário empresarial e normativo proposto por Coase (2008, p. 13), no sentido de compreender o que leva as partes (Estado e empresas) a transacionar:

Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos.

Desta proposição denota-se que a sanção inclusa nos acordos de leniência deve ser suficientemente custosa para impedir que as empresas pactuantes voltem a praticar atos ilícitos ou deixem de cumprir o contrato. Caso não haja este elemento custoso, poderá haver condutas tidas como indesejáveis por parte das empresas, frente à inexistência de implicações econômicas.

De outra parte, tem-se a figura do Estado nos acordos de leniência, que deve ser considerado no prisma proposto por Coase (2008, p. 15), ou seja, o de que “o governo é, em certo sentido, uma super-firma (mas de um tipo muito especial), porquanto é capaz de interferir no uso dos fatores de produção por meio de decisões administrativas”. Assim sendo, as políticas de atuação do Estado têm o condão de interferir no padrão de atuação das empresas e do mercado, sendo de todo desejável que os contratos firmados pelo poder público tenham caráter de controle, permitindo a interferência no mercado para reforçar condutas desejáveis, bem como,

repelir as impróprias. Neste sentido, é o entendimento de Marlene Kempfer Bassoli (2007, p. 217):

Atualmente, com o poder de dominação de que é titular, o Estado deve cumprir com suas atribuições de intervir por meio do processo de produção de normas, indicando condutas jurídicas obrigatórias, permitidas ou proibidas, que realizem os valores do modelo econômico constitucional.

O Estado ainda conta com o benefício de ser o detentor máximo de poder, em que “pode valer-se da polícia e de outros métodos coercitivos para assegurar que as regras por ele determinadas estejam sendo cumpridas” (COASE, 2008, p. 15). A atuação estatal nos acordos de leniência deverá ser sempre voltada para a maximização de resultados sociais, coibindo a prática de atividades ilícitas e ao mesmo tempo – no que for possível – permitindo a continuidade da atividade empresarial, se somente esta for a melhor hipótese para a sociedade. Não se pode admitir na atuação estatal frente aos acordos de leniência a produção das chamadas externalidades negativas, conforme apontadas por Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e André Luís Cateli Rosa (2018, p. 22):

Essa conjuntura leva à conclusão de que as tomadas de decisões no momento da aplicação das leis devem levar em consideração todos os valores envolvidos na questão sob análise, direta e indiretamente, devendo-se considerar todas as externalidades.

Ao conceder os benefícios e abrandamento de sanções típicos dos acordos de leniência, o Estado está inevitavelmente interferindo nos fatores de produção, porquanto todos os custos oriundos da transação entre poder público e empresa será computado como custo, que é fator produtivo, conforme entendimento dos autores em análise:

Nesse sentido, o direito de fazer algo que produza um dano para outros também pode ser visto como um fator de produção, ou seja, o custo de exercer esse direito (de usar um fator de produção) é sempre uma perda para quem sofre os efeitos do seu exercício. (FERREIRA; ROSA, 2018, p. 22).

Notadamente, a prática corrupta e sua inerente sanção, será computada pelo ideário empresarial como custo de produção. Se, por um lado, a sanção for severa a ponto de inviabilizar a produção, a conduta corporativa será a de não corromper. De outra parte, se a sanção for suficientemente branda, o cômputo deste custo será absorvido pela produção, visando sempre à maximização de lucros. Isto na teoria econômica do direito, é uma constante, conforme apontado:

Levando-se em consideração a análise econômica, a escolha do ser humano dependerá das vantagens e desvantagens relacionadas ao cumprimento e ao descumprimento da norma, prevalecendo sempre a que apresentar o melhor benefício sob o ponto de vista do indivíduo que a pratica (FERREIRA; ROSA, 2018, p. 22).

Vale dizer, se o custo da leniência para a empresa for muito elevado, não haverá por que esta pactuar com o Estado, preferindo a sanção pura e simples pelos delitos praticados, vez que, estes ainda podem custar menos do que o próprio acordo. Porém, se o custo for suficientemente baixo para computar-se a corrupção como fator produtivo, não haverá interesse da empresa em evitar a prática corrupta, porque esta se torna interessante fator de produção. Para que haja equilíbrio nestes custos, suficientes a desmotivar a prática da corrupção e, ao mesmo tempo, motivar o fornecimento de informações cruciais aos interesses investigativos do Estado, faz-se necessário por parte do poder público, usar os mecanismos que se encontram ao seu dispor para equilibrar os custos transacionais:

Resta claro que o governo tem ao seu dispor poderes que tornam possível a ele fazer certas coisas a um custo menor do que poderia fazer uma organização privada (ou, em qualquer nível, alguém sem poderes governamentais). Mas a máquina administrativa governamental, per se, não funciona sem custos. Na verdade ela pode, em algumas situações, ser extremamente custosa (COASE, 2008, p. 15).

No acordo de leniência, o Estado lança mão diretamente do custo interno para negociar. O abrandamento de sanções e a concessão de benefícios nada mais são do que deixar de receber ativos, aumentando o custo da transação para si mesmo, para reduzir o custo da outra parte – atraindo-o para o negócio. É o mesmo que ocorre entre uma concessionária de veículos e um comprador potencial: esta poderá reduzir o preço de seu produto até um patamar que seja de interesse de o comprador realizar o negócio. Porém, se esta reduzir excessivamente o valor de seu produto, a ponto deste valor ser inferior aos custos de produção, estaria a concessionária realizando uma transação em flagrante prejuízo. E é exatamente isto que pode ocorrer nos acordos de leniência. Busca-se o interesse do leniente em negociar, e principalmente, que forneça informações que levem à recuperação de ativos em esquemas de corrupção, bem como, que continue a produzir e gerar riquezas para toda a nação. Contudo, esta cessão de custos não pode ser demasiada, sob pena de aumentar o prejuízo social, em um cenário onde não há produção de provas para embasar outras condenações por corrupção, nem há

manutenção da atividade empresarial, nem há recuperação de ativos desviados, em total afronta aos interesses socialmente desejáveis, como apontado pelo autor em análise:

Nesses casos, as cortes influenciam diretamente a atividade econômica. Desse modo, seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as conseqüências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica, de levar em conta tais conseqüências ao exercerem sua competência decisória (COASE, 2008, p. 16).

O mesmo ocorre em relação à atividade administrativa. Assim como na atividade judiciária, há necessidade de visão extensiva, na qual haja previsibilidade das conseqüências das referidas cessões em favor das empresas, pois desta decorrem implicações econômicas, não necessariamente previstas pelo comando normativo e, em diversas situações perpassa pela necessidade de uma ótica especializada, com atuação conjunta das ciências afins (incluindo-se aqui a economia). Este é o maior percalço da Lei 12.846/2013, que apesar de prever benefícios incentivadores à realização da leniência, deixou de prever as possíveis conseqüências de não coibir a prática de atividades corruptas. Parece leviana a assunção feita pela norma, de que o empresariado brasileiro livremente irá aderir a programas de governança corporativa e abster-se de práticas ilícitas (enquanto melhor interesse social), sem que isso gere diretamente benefício econômico para a empresa. Neste sentido:

O problema que enfrentamos quando lidamos com atividades que causam efeitos prejudiciais não é o de simplesmente coibir os responsáveis por elas. O que tem de ser decidido é se o ganho obtido ao se impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outros lugares como resultado da proibição da atividade produtora desse mesmo dano (COASE, 2008, p. 23).

Como já sustentado anteriormente, o custo ótimo da corrupção para a sociedade jamais será zero, posto que haverá necessidade de se empregar recursos no combate deste, e que, como resultado final irá ser mais custoso combater cem por cento da corrupção do que tolerar certo índice dela. Isto posto, já há para o empresariado noção de que eventualmente, quem se aventurar pelo caminho criminoso de corromper, poderá provavelmente passar despercebido e impune. Se o recado dado pela Lei Anticorrupção for, ainda que descobertas as práticas ilícitas, a sanção será branda, estar-se-á diante de cenário endêmico de corrupção como o que hoje enfrenta o Brasil. É necessário combate eficaz das práticas corruptas, com

a necessária e exemplar sanção aos corruptos e corruptores, para que se reduza ao máximo o efeito das externalidades negativas praticadas pelas empresas e gestores corruptos.

Em verdade, a redução destas externalidades:

[...] é capaz de gerar valor econômico para a sociedade como um todo, podendo ser considerada um dos mais eficientes investimentos da nação, tendo por consequência permitir aos indivíduos que agreguem de forma mais consistente um conjunto de capacidades, conhecimentos, competências e atributos de personalidade, tornando-os mais autossuficientes e menos dependentes do Estado, situação que os aproxima ainda mais do desenvolvimento social (FERREIRA; ROSA, 2018, p. 28).

Faz-se, pois, importante distinção do ideal econômico da ciência jurídica, para o real plano fático em que o Direito opera: nem sempre, o melhor valor (e não custo) social será aquele em que se permitem determinadas ações simplesmente por ser mais oneroso combatê-las a permiti-las. Em certos casos – como o da corrupção –, será mais relevante social e moralmente combater as práticas que não se alinham aos concretos interesses da nação. Esta escolha entre modelos sociais demanda do operador do sistema jurídico, ímpar conduta e equilíbrio entre custos e benefícios, em igual sentido ao apontado por Coase (2008, p. 37):

[...] ao se escolher entre arranjos sociais em um contexto no qual decisões individuais são tomadas, temos que ter em mente que uma mudança no sistema existente, a qual levará a uma melhora em algumas decisões, pode muito bem levar a uma piora em outras. Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (seja o trabalho de um mercado ou de um departamento de governo), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos atentar para o efeito total.

Este efeito total nada mais é (em uma alusão matemática) que o produto da soma pela diferença de dois termos. E acima de qualquer razão matemática, a aplicação da norma deve se pautar pela eficiência econômica e social, na busca pelo modelo empírico desejável, conforme aponta Ferreira (2007, p. 81):

O pensamento funcional defende a busca de soluções mais adequadas à sociedade sem querer, com isso preterir as soluções individuais, mas contextualizá-las de forma mais explícita no ambiente em que, de fato, se inserem objetivando socialmente soluções mais convenientes para o corpo social. A funcionalização é inerente ao direito, não havendo direito sem um fim.

Não se propõe inquisição contra o modelo corporativo capitalista, com larga intervenção no escopo de atuação empresarial, mas sim, revisão de suas funções e

das soluções individuais adotadas dentro da empresa, nas micro esferas de interação negocial para, numa macro esfera, determinarem-se os resultados esperados balizados pela ética negocial e a probidade administrativa. Nesta esteira, “o dirigismo estatal somado à intervenção no domínio econômico exerce importante papel na medida em que expressa limites à clássica autonomia privada, como concebida pelo Estado liberal” (FERREIRA, 2007, p. 83).

Como anteriormente abordado, há que se pautar a aplicação da norma anticorrupção com a compatibilidade lógica dos modelos negociais e empresariais adotados pela nação, sem, contudo, olvidar-se da função social da empresa e de sua importante contribuição para a consecução dos fins sociais do Estado. Prossegue a autora em análise:

O conceito contemporâneo de empresa passa a ser disciplinado tanto pelo ambiente econômico, como pelo jurídico. A liberdade de iniciativa exerce função limitadora no plexo negocial agregando valores e modernizando, a um só tempo, o conceito de empresa e, principalmente, da atividade empresarial tanto quanto influenciada pelas significativas modernizações decorrentes do ambiente econômico, jurídico e da sociedade de consumo (FERREIRA, 2007, p. 95).

Não se pode deixar de fora da pauta, o momento social a que se propôs a Lei 12.846/2013, e a finalidade a ela dada pelo legislador. Aspira-se à redução da corrupção, bem como a criação de novo modelo empresarial, plural, probo, de alta gestão e eficácia, que respeite as leis, o meio ambiente, gere benefícios para a sociedade e obviamente, lucro para seus proprietários. Esta natureza normativa finalística é indissociável da ideia de lei, posto que, “não há lei que não contenha uma finalidade social imediata. Por isso o conhecimento do fim é uma das preocupações precípuas da ciência jurídica e do órgão aplicador do direito” (FERREIRA, 2007, p. 102).

Embora a legislação em análise contenha falhas, que serão abordadas na sequência, não se pode negar o importante avanço trazido pela Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas, em especial, no que diz respeito ao novo modelo gerencial e de governança corporativa. Tal modelo tem natureza principiológica, responsável por moldar o que será o novo modelo empresarial nacional, voltando à eficiência e respeito às normas e à sociedade, permitindo ao Estado que complemente a norma a que sua aplicação demonstrar sucesso, ou então, distanciamento dos efeitos pretendidos. Neste sentido, importa salientar que:

As regras, fechadas, contêm todos os elementos estruturais da proposição jurídica, permitindo aplicação objetiva, exaustiva. Os princípios são abertos, não têm a exaustividade da regra fechada. Eles proporcionam uma orientação que deverá ser complementada pelo processo de positivação. Assim, diante de regra, o aplicador do Direito não terá muitas dificuldades, mas, diante de princípios, terá que recorrer à ponderação que possibilita o subjetivismo. (BASSOLI, 2007, p. 243).

Deste subjetivismo é que se prossegue para esmiuçar os primeiros resultados da aplicação da norma, em especial, quanto aos acordos de leniência e seu (in)sucesso como mecanismo de efetivação do desenvolvimento social, fim máximo a que se pretende o regramento e o Estado.

Conforme o entendimento da doutrina apresentada, torna-se evidente a ineficácia do modelo posto pela Lei 12.846/2013, por estarem ausentes princípios norteadores na atividade do intérprete da lei, que fatalmente acarreta na verdadeira impunibilidade de agentes corruptores, frente à inexpressividade da sanção pecuniária e penal em relação aos lucros advindos da via escusa da corrupção.

Prossegue-se para pormenorizar os contornos práticos da aplicação dos acordos de leniência no cenário nacional, com a análise dos oito acordos de leniência já celebrados e liberados para o acesso público no âmbito da Controladoria-Geral da União. Isto se dá em razão do caráter sigiloso destes acordos, que tem o seu sigilo (parcialmente) levantado somente após a assinatura e transcurso de certo lapso temporal, conforme se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (2016, p. 1):

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Ação de reparação de danos materiais proposta na origem, na qual se pretende a indenização por danos decorrentes de conduta de concerto de preços em mercado relevante, na qual se requereu a juntada de documentos obtidos por meio de acordo de leniência e inquérito policial [...]. 3. O acordo de leniência é instituto destinado a propiciar a obtenção de provas da prática de condutas anticoncorrenciais, por meio do qual se concede ao coautor signatário benefícios penais e administrativos. 4. Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. 5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência. 6. Todavia, ainda que estendido o sigilo, não se pode admitir sua protração indefinida no tempo, perdendo sentido sua manutenção após esgotada a fase de apuração da conduta, termo marcado pela apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo [...].

Justificada a disponibilidade de casos práticos para análise, necessária se faz nova ressalva quanto à escolha dos aludidos oito casos paradigmas, em detrimento de outros de que se tem notícia. Recentemente, após intenso embate doutrinário e entre entes administrativos, a jurisprudência pátria firmou entendimento que a competência para firmar os acordos de leniência, em última análise, é da Controladoria-Geral da União, não se tornando exclusiva sua competência, porém, adverte aos lenientes que eventuais acordos firmados com outros entes da administração pública direta (como por exemplo, o Ministério Público Federal), não impedem a persecução de outras responsabilidades e apuração de ilícitos por parte da União. Somente os acordos firmados com a CGU possuem o condão de eximir o ente privado da persecução de outras responsabilidades. Assim, apresenta-se decisão paradigmática do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (2019, p. 1):

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E/OU MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO. OPERAÇÃO LAVA JATO. ACORDO DE LENIÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS QUE FIRMARAM O ACORDO. 1. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU). 2. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo, portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos. 3. Enquanto não houver a re-ratificação dos acordos de leniência, as empresas requeridas deverão permanecer na ação de improbidade, não porque o MP não pode transacionar sobre as penas, mas porque o referido acordo possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato negocial [...].

Delimitadas as razões metodológicas para o recorte de realidade a ser abordado, prossegue-se para avaliar as concessões de benefícios definidas pela Controladoria-Geral da União às seguintes empresas lenientes: UTC Participações S/A¹³; Bilfinger¹⁴; MullenLowe e FCB Brasil¹⁵; Odebrecht¹⁶; SBM Offshore¹⁷; Andrade

¹³ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/acordos-firmados/utc.pdf>.

¹⁴ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/acordos-firmados/bilfinger.pdf>.

¹⁵ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/acordos-firmados/mullenlowe.pdf>.

¹⁶ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/acordos-firmados/odebrecht.pdf>.

¹⁷ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/acordos-firmados/sbm.pdf>.

Gutierrez¹⁸; Braskem¹⁹; Technip Brasil²⁰. Cabe remarcar que houve outros acordos firmados por parte da CGU, que ainda encontram-se sob sigilo, não permitindo sua análise para fins de estudo.

Apresenta-se no quadro abaixo, extraído do portal da CGU (2019, p. 1), quais são os requisitos e benefícios possíveis a serem proporcionados em sede de acordos de leniência:

Figura 1 - Requisitos e benefícios para o acordo de leniência



Fonte: CGU²¹

Conforme ilustrado pela imagem acima, percebe-se facilmente que a aceitação de acordos de leniência no âmbito do Governo Federal e da Lei 12.846/2013, pode trazer benefícios de grande valia para as empresas lenientes, ainda mais frente ao valor máximo previsto para as multas pela Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas, estipulado no Art. 6º, inc. I e § 4º, a saber:

¹⁸ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/andrade-gutierrez.pdf>.

¹⁹ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/braskem.pdf>.

²⁰ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/TechnipBrasil.pdf>.

²¹ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>.

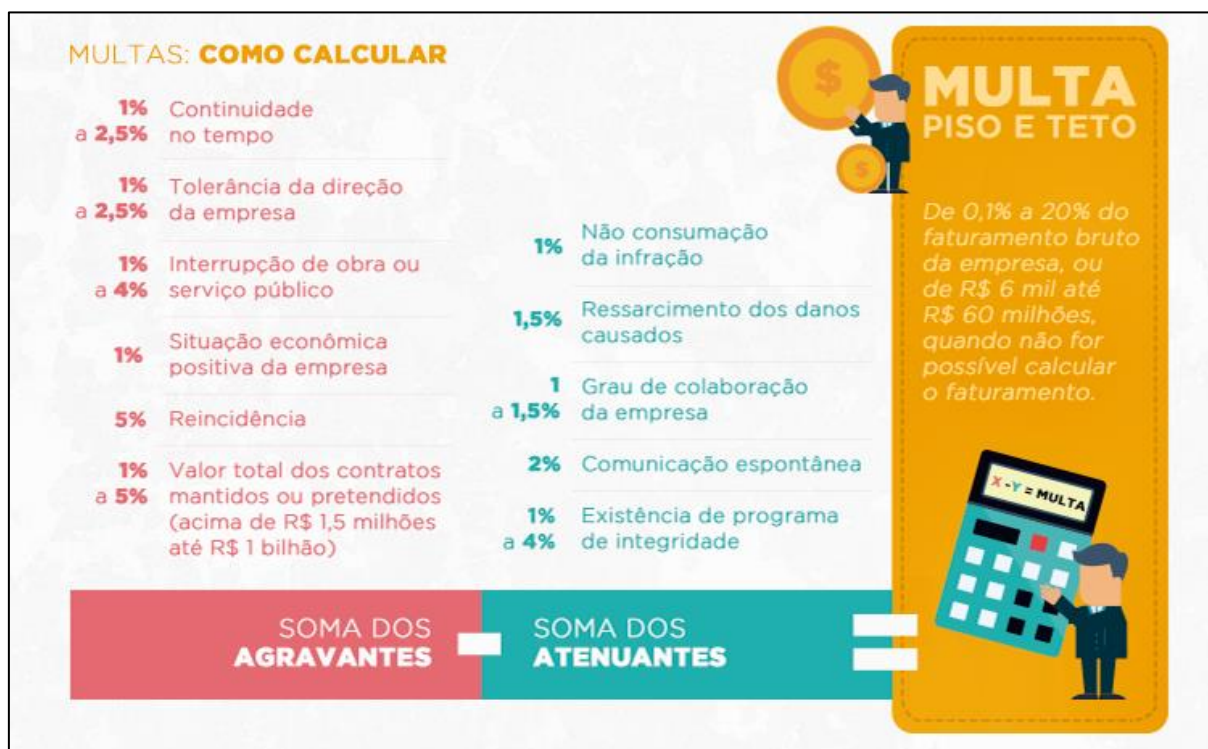
Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

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

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

De igual importância, são os critérios para majoração ou redução das multas trazidos pela Instrução Normativa nº 2/2018 da CGU, exemplificados no quadro abaixo:

Figura 2 - Agravantes e Atenuantes das multas



Fonte: CGU²²

Com base nestes patamares mínimos e máximos, como nos critérios de redução e majoração trazidos pela instrução normativa, em especial, em relação ao limite máximo de sessenta milhões de reais, analisam-se as multas aplicadas nos referidos acordos pactuados, conforme exposto na tabela abaixo:

²² Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>.

Quadro 6 - Valores globais dos acordos e valor das multas aplicadas

EMPRESA	VALOR GLOBAL	VALOR DA MULTA	PERCENTUAL
UTC Participações S/A	R\$ 574.658.165,21	Sob sigilo	Não informado
Bilfinger	R\$ 9.800.000,00	R\$ 355.235,62	Não informado
MullenLowe e FCB Brasil	R\$ 50.000.000,00	R\$ 8.056.735,23	Não informado
Odebrecht	R\$ 2.727.239.997,64	R\$ 40.000.000,00	Não informado
SBM Offshore	R\$ 1.220.000.000,00	R\$ 100.000.000,00	Não informado
Andrade Gutierrez	R\$ 1.489.361.135,32	Sob sigilo	Não informado
Braskem	R\$ 2.872.038.787,73	Sob sigilo	Não informado
Technip Brasil	R\$ 819.794.768,79	Não aplicada	Não aplicada

Fonte: o próprio autor

Observa-se que na totalidade dos acordos celebrados, não houve liberação dos anexos que contém informação do percentual aplicado a título de multa, impossibilitando o conhecimento do percentual de redução aplicado. Contudo, nos três acordos em que houve a divulgação do valor da multa, percebe-se que apenas no caso da SBM Offshore houve aplicação da multa em patamar superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Esta análise demonstra que, na maioria dos casos, o valor não passou sequer perto do máximo permitido em lei (tratando-se de presunção do faturamento). Porém, em relação ao faturamento real das empresas, observa-se alteração significativa dos patamares, quando comparado o valor das multas ao último faturamento anual conhecido das empresas analisadas. Antes, importa saber o faturamento das empresas:

Quadro 7 - Faturamento bruto anual das empresas lenientes

EMPRESA	EXERCÍCIO	VALOR
Bilfinger ²³	2014	R\$ 96.774.000,00
MullenLowe ²⁴	2017	R\$ 1.240.541.000,00
Odebrecht ²⁵	2017	R\$ 89.762.000.000,00
SBM Offshore ²⁶	2018	R\$ 1.220.000.000,00

Fonte: o próprio autor

Com a informação dos valores brutos de faturamento anual (do último exercício disponível) das empresas lenientes, propõe-se nova tabela com a informação percentual estimada das multas aplicadas, frente ao faturamento das empresas, para em sequência apresentar novo gráfico com injunção de faturamentos e pagamentos de multas. A tabela percentual das multas em relação

²³ Fonte: <https://www.valor.com.br/politica/3977500/empresa-alema-ve-sinais-de-propina-paga-no-brasil-em-negocios-da-copa>.

²⁴ Fonte: <https://www.kantaribopemedia.com/ranking-de-agencias-dezembro-2017>.

²⁵ Fonte: http://relatorioanual.odebrecht.com/pt_desempenho_economico.html.

²⁶ Fonte: <https://br.investing.com/equities/sbm-offshore-financial-summary>

ao faturamento das empresas lenientes com dados disponíveis é apresentada na forma abaixo:

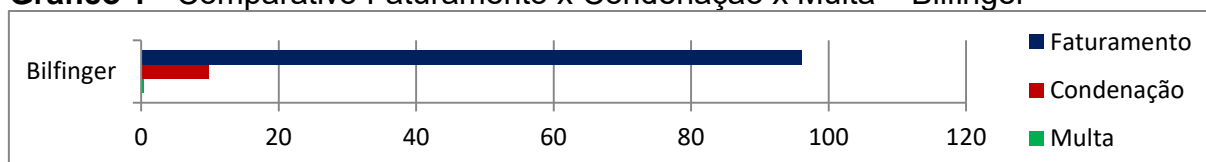
Quadro 8 - Percentual do faturamento anual em relação ao valor da multa

EMPRESA	PERCENTUAL DO FATURAMENTO
Bilfinger	0,36%
MullenLowe e FCB Brasil	6,49%
Odebrecht	0,44%
SBM Offshore	8,19%

Fonte: o próprio autor

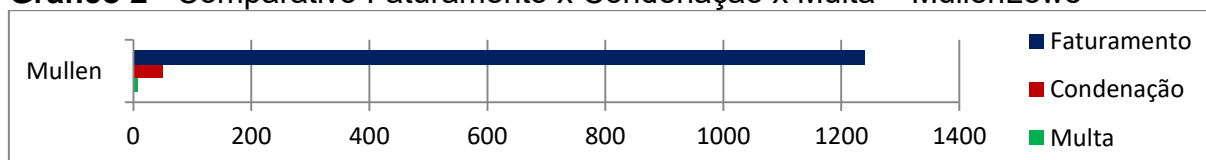
Percebe-se a expressiva redução das multas que vem sendo concedida pela CGU, no âmbito dos acordos de leniência, não chegando a cinquenta por cento do patamar máximo permitido em lei. Tal situação será apurada detidamente em sequência. Já em relação à composição do faturamento bruto anual, valor da multa, e valor da indenização, têm-se os seguintes gráficos:

Gráfico 1 - Comparativo Faturamento x Condenação x Multa – Bilfinger



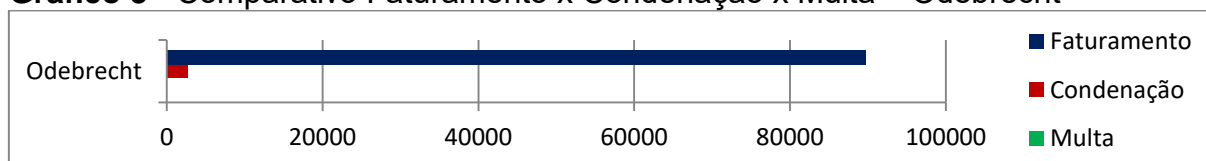
Fonte: o próprio autor

Gráfico 2 - Comparativo Faturamento x Condenação x Multa – MullenLowe



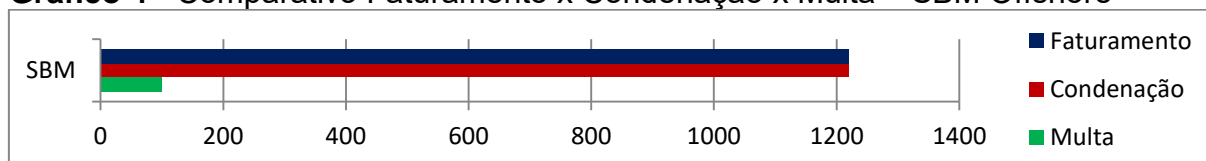
Fonte: o próprio autor.

Gráfico 3 - Comparativo Faturamento x Condenação x Multa – Odebrecht



Fonte: o próprio autor

Gráfico 4 - Comparativo Faturamento x Condenação x Multa – SBM Offshore



Fonte: o próprio autor

Pela demonstração gráfica acima exposta, percebe-se o percentual irrisório do valor da condenação (indenização) e da multa frente aos rendimentos anuais das

empresas lenientes. Excetuado o caso da SBM Offshore (onde fora analisado o rendimento anual da filial brasileira, e não da empresa em nível global) a multa e a indenização fixadas nos acordos não chegam a comprometer sequer vinte por cento do faturamento bruto das empresas corruptoras.

Se, de outro vértice, forem analisadas as condenações e benefícios acessórios presentes nos acordos, observa-se situação ainda mais preocupante. Na maioria dos casos paradigma, não houve impedimento de as empresas contratarem com o poder público; não houve impedimento de as empresas buscarem financiamentos e subsídios junto a bancos e programas governamentais; não houve bloqueio de bens e proibição de pagamento de dividendos; houve redução das multas previstas. Para melhor compreensão do cenário de benefícios concedidos, apresenta-se a tabela abaixo:

Quadro 9 - Benefícios concedidos às empresas lenientes

EMPRESA	SUBSÍDIO	MULTA	LICITAÇÃO	BENS
UTC Participações S/A	Permitido	Reduzida	Permitida	Ñ Bloq.
Bilfinger	Permitido	Reduzida	Permitida	Ñ Bloq.
MullenLowe e FCB Brasil	Permitido	Reduzida	Permitida	Ñ Bloq.
Odebrecht	Permitido	Reduzida	Permitida	Bloqueados
SBM Offshore	Permitido	Reduzida	Permitida	Ñ Bloq.
Andrade Gutierrez	Permitido	Reduzida	Permitida	Bloqueados
Braskem	Permitido	Reduzida	Permitida	Ñ Bloq.
Technip Brasil	Permitido	Reduzida	Permitida	Ñ Bloq.

Fonte: o próprio autor

Retomando a noção de custos de transação como defendida por Ronald Coase, evidencia-se que, pelo modelo de leniência hoje em vigor, torna-se extremamente interessante para empresas corruptoras pactuarem benesses e reduções condenatórias com o poder público. Se o benefício se torna maior do que a sanção, óbvio que a corrupção torna-se vantajosa.

Observe-se que a composição dos largos faturamentos obtidos pelas empresas lenientes, deriva-se em grande parte da corrupção, pois a grande maioria destas empresas são empreiteiras ou prestadoras de serviços públicos, razão pela qual o pagamento de propinas e outras ações escusas, têm papel fundamental na contratação de referidas empresas por meio de licitações fraudulentas e outras irregularidades legais.

Ao conceder benefícios para estas empresas, em verdade, está o poder público a conceder espécie de perdão, sob a premissa de que é melhor não punir

exemplarmente empresas e empresários corruptores em nome de uma suposta função social e da manutenção de postos de trabalho.

Pensando-se no custo social, verifica-se que esta opção não é desejável, distante da condição ótima esperada das transações sociais. O crime compensa, nestes casos, em razão da mansidão da sanção, que permite a leniência com condenações ínfimas, prolongadas no tempo, e em grande parte dos casos ainda ocorre a repactuação dos acordos originais, com a concessão de novos prazos, como também determinadas empresas ainda entram em recuperação judicial por – alegadamente – encontrarem-se em dificuldades financeiras advindas dos acordos firmados com o poder público.

É exatamente este o caso da UTC Participações S/A²⁷ e da Odebrecht²⁸, sendo que a última efetuou o maior pedido de recuperação judicial do Brasil, na casa dos R\$ 98.500.000.000,00 (noventa e oito bilhões e quinhentos milhões de reais), forçando inclusive o poder público a conceder a repactuação²⁹ do acordo de leniência firmado anteriormente.

As razões para este tipo de situação são de fácil compreensão. Se uma determinada empresa tem sua renda oriunda principalmente de contratos públicos, obtidos por meio do pagamento de propinas e obtenção de posição privilegiada em contratações e licitações, ao firmar o acordo de leniência e cessar as contratações fraudulentas, a empresa perderá sua fonte majoritária de renda, o que fatalmente irá leva-la à banca rota. De outra parte, com o acordo de leniência, abre-se a possibilidade de a empresa pedir a recuperação judicial, porque abrandadas as sanções, não há mais risco imediato para a atividade, permitindo-se pagamento protelado de dívidas e liquidação do patrimônio da empresa.

Por outro lado, o acordo de leniência mostra-se como mal necessário, em razão de que bem ou mal, propicia-se o pagamento de dívidas de terceiros, quitação de tributos e outros débitos, que caso não fossem liquidados (como por exemplo, em um processo de falência), causariam prejuízos reflexos em diversos setores empresariais e sociais. É necessário lembrar que, na maioria dos casos, as empresas envolvidas em esquemas de corrupção são imensos conglomerados

²⁷ Disponível em: http://www.utcparticipacoes.com.br/insti_full.php?id=234.

²⁸ Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/noticia/8405720/odebrecht-pede-recuperacao-judicial-de-r-80-bi-a-maior-da-historia-do-brasil>.

²⁹ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/06/em-recuperacao-odebrecht-quer-renegociar-leniencia.shtml>.

corporativos, com extensa cadeia contratual e, o encerramento súbito da atividade poderia levar a uma reação em cadeia, inclusive, com o condão de inserir o país em uma crise econômica, a exemplo, a quebra do banco estadunidense Lehman Brothers³⁰ na crise americana de 2008.

Contudo, o ideal é o melhor interesse social, e o retorno aos cofres públicos dos valores desviados e pagos a título de propina. De toda sorte, é louvável a recuperação de ativos, conforme observado pela Controladoria-Geral da União em recente infográfico em que se fez o balanço dos valores obtidos por meio dos acordos de leniência já firmados, que serão devidamente corrigidos ao longo do curso dos pagamentos, totalizando R\$ 9.750.000.000,00 (nove bilhões e setecentos e cinquenta milhões), conforme se observa na figura abaixo:

Figura 3 - Valores recuperados pelos acordos de leniência



Fonte: CGU³¹

Não há qualquer demérito na atuação da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União, em especial, nas situações relativas ao âmbito da força

³⁰ Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/09/15/quebra-do-banco-lehman-brothers-completa-10-anos-relembra-a-criese-de-2008.ghtml>.

³¹ Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2019/06/cgu-agu-mpf-e-doj-firmam-primeiro-acordo-de-leniencia-global-no-ambito-da-lava-jato>.

tarefa da Lava Jato. Contudo, importa trazer informações do que este somatório representa frente aos rendimentos de grandes corporações e empresas corruptoras.

Embora ainda não tenha sido ratificado pela CGU, recentemente o Grupo JBS firmou acordo de leniência³² com o Ministério Público Federal, ao importe global de R\$ 10.300.000.000,00 (dez bilhões e trezentos milhões de reais), a serem pagos em 25 (vinte e cinco) anos, distribuindo-se tais recursos da seguinte forma:

- I – O montante de R\$ 1.750.000.000,00 (um bilhão, setecentos e cinquenta milhões de reais) deverá ser destinado ao BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social);
- II – O montante de R\$ 1.750.000.000,00 (um bilhão, setecentos e cinquenta milhões de reais) deverá ser destinado à União, por meio do pagamento de Guia de Recolhimento (GRU) com código apropriado;
- III – O montante de R\$ 1.750.000.000,00 (um bilhão, setecentos e cinquenta milhões de reais) deverá ser destinado à FUNCEF (Fundação dos Economistas Federais);
- IV – O montante de R\$ 1.750.000.000,00 (um bilhão, setecentos e cinquenta milhões de reais) deverá ser destinado à PETROS (Fundação Petrobras de Seguridade Social);
- V – O montante de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) deverá ser destinado à Caixa Econômica Federal;
- VI – O montante de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) deverá ser destinado ao FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço);
- VII – O montante de R\$ 2.300.000.000,00 (dois bilhões e trezentos milhões de reais) será adimplido por meio da execução de projetos sociais, em áreas temáticas relacionadas em apêndice deste Acordo (MPF, 2017, p. 15).

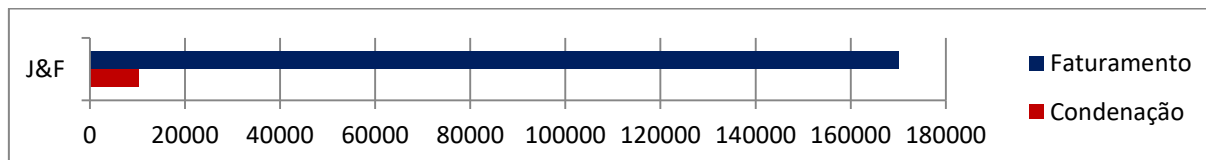
Conforme anteriormente exposto, este acordo não é oponível perante a União, e abrange somente o MPF, podendo ser ratificado ou não pela CGU, para ter abrangência total. Porém, sua análise torna-se de relevo paradigmático para demonstração pela ineficácia do modelo proposto. Perceba-se que neste acordo isolado, ultrapassa-se o montante global dos outros oitos acordos firmados pela CGU, mas que, ainda trata-se de valor inexpressivo frente aos rendimentos anuais do grupo J&F Investimentos S/A, controlador da JBS e outras 363 (trezentas e sessenta e três) empresas – conforme apêndice do próprio acordo – e que apenas considerando a JBS, obteve em 2018 um faturamento³³ de R\$ 170.000.000.000,00 (cento e setenta bilhões de reais). Portanto, propõe-se análise gráfica do valor da

³² Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/acordo-leniencia>.

³³ Fonte: https://jbs.com.br/wp-content/uploads/2019/05/JBS_Sustentabilidade2018_060519-compacto-LOW.pdf.

responsabilização em que fora o Grupo condenado, frente ao seu faturamento anual – o que corresponde a 6,05% das receitas totais do grupo. Veja-se o gráfico:

Gráfico 5 - Comparativo Faturamento x Condenação x Multa – J&F Investimentos



Fonte: o próprio autor

Demonstra-se, pois, a pequenez aritmética das condenações frente ao real poderio econômico das maiores empresas do país, neste caso, o segundo maior conglomerado empresarial da nação, atrás apenas da própria Petrobras.

Portanto, o modelo trazido pela Lei 12.845/2013 é insuficiente para aplacar os efeitos da corrupção, sendo a recuperação de ativos irrisória frente aos lucros e rendimentos das megacorporações. Uma revisão do modelo posto é necessária para, ao mesmo tempo, permitir mudança de mentalidade do corporativismo brasileiro e a manutenção de atividades macroeconômicas, sem, contudo, traduzir-se tal situação em impunibilidade ou favorecimento operacional de corruptos e corruptores.

Notadamente no Brasil, a edição de leis carrega forte viés pessoal, em que grupos, *lobbys* e bancadas defendem seus próprios interesses, manipulados e dirigidos pelo fomento de campanhas e incentivos políticos. Seria de grande inocência presumir que a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas no Brasil não carrega o mesmo protecionismo de interesses. Em verdade, há claramente na lei, diversos mecanismos visando, justamente, proteger empresas corruptoras, ao mesmo tempo em que se cumpre certo clamor social – pela punição de corruptos – mas que ao fim, deixa o grande saldo devedor da corrupção para a própria sociedade pagar.

Como o Estado – órgão de gestão pública – é composto pelo segmento político, propõe-se a hipótese do presente estudo como medida complementar (e legalmente viável) para não se perpetrar um sistema de impunidades endêmicas.

Pensa-se o acordo de leniência como sistema de colaboração, no qual a empresa corruptora fornece informações privilegiadas, que podem auxiliar o Estado a perquirir responsabilidade e reaver outros recursos esvaídos pela via da corrupção. Tais informações, certamente levam à apuração de outros ilícitos e

recuperação de outros ativos, sem, contudo, que se condicione esse resultado – o sucesso investigativo e recuperação de ativos – ao próprio acordo.

Ora, se há concessão (por exemplo) de redução de multas e sanções ao importe de R\$ 2,5 bilhões para a empresa “X”, em troca de informações que levem à apuração de outros ilícitos, teria que haver necessário condicionamento deste benefício à recuperação de ao menos outros R\$ 2,5 bilhões das empresas “Y” e “Z” indicadas na leniência da empresa “X”. Se, contudo, a recuperação for de apenas R\$ 1 bilhão, ficaria a empresa “X” obrigada a devolver parte do benefício concedido, pois o resultado operacional final seria desinteressante do ponto de vista do custo social.

Obviamente, as operações concretas se mostram muito mais complexas e com desdobramentos plurais, o que nem sempre permite cálculo tão singelo quanto do exemplo acima. Em verdade, o que precisa ser revisto é o real interesse social em conceder acordos de leniência. Eventualmente, punição exemplar a um grupo de corruptores (embora prejudicial economicamente em um primeiro momento) poderá ser de grande valia para moralizar toda uma geração de empresas e indivíduos, tendo como produto final (a longo prazo) alteração da mentalidade operacional pública e corporativa no país.

O que não se pode permitir é a perpetração do modelo atual, no qual rouba-se muito e paga-se pouco, criando mentalidade – como dito anteriormente – de que vale a pena corromper. Para tanto, propõe-se a responsabilização subsidiária e subjetiva do Estado como *ultima ratio* ao combate da corrupção. Caso o Estado – na pessoa de seus representantes legais – conceda benefícios de leniência para determinadas empresas, e ao longo do tempo reste comprovado que tal negócio foi nocivo para os interesses sociais – ou seja, não se traduzindo em condição ótima de custos sociais – poderá o Estado ser obrigado a destinar parte de seus recursos (oriundos do pagamento de tributos pela população) a fundos ou programas voltados ao combate da própria corrupção. Vale dizer, se a empresa esquivou-se de suas responsabilidades, ou tornou-se insolvente para lograr sucesso à justa indenização da sociedade, que responda o Estado – por omissão – na ausência de análise das melhores condições negociais, devolvendo parte do recurso social à própria sociedade, evitando-se (por vias oblíquas) que tais somatórios sejam vez mais utilizados em obras superfaturadas e outros esquemas de corrupção.

Cria-se, sem qualquer alteração no sistema normativo, possibilidade de controle da atuação Estatal, em que se exige verdadeiro *compliance* do Estado – como ente negocial – para que não se façam acordos de leniência a torto e a direito, sem a devida cautela e ponderação esperadas da atividade estatal.

Se o Estado, ainda que em remota hipótese, possa responder por acordos de leniência mal celebrados, certamente haverá cautela de atuação por parte do Ministério Público Federal, Ministérios Públicos Estaduais, Controladoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União e Tribunal de Contas da União, pois o Estado é a única empresa sempre solvente, frente à ausência de limitação de recursos. A necessária oitiva de economistas e cientistas de áreas afins, torna-se de fundamental importância para que se possam prever os efeitos da concessão de acordos de leniência, com a ponderação dos resultados esperados e o cálculo puro e matemático dos melhores cenários possíveis, para que se, e somente se, for benéfico aos interesses sociais, seja concedida a leniência para empresas corruptoras.

O que se propõe no próximo tópico, é justamente a sedimentação deste modelo, no qual haja concreta – e principal – preocupação com a efetivação do desenvolvimento social quando tratar-se de concessão de benefícios e abrandamento de sanções em acordos de leniência.

5.3 LENIÊNCIA E DESENVOLVIMENTO: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL

Superada a visão do modelo posto, no qual as concessões de benefícios não se demonstram eficazes num viés econômico, prossegue-se na análise da proposição de novos contornos para solução do problema da corrupção e dos acordos de leniência, pautando-se pelos efeitos desejáveis para, após, averiguar quais são os passos a serem dados para que se chegue a este resultado – uma abordagem finalística.

Afinal, o que se deseja com a leniência? Em primeiro lugar, desejam-se informações. Em um segundo momento (como já abordado) pretende-se a manutenção da atividade empresarial, em nome de suposto bem-estar social. Pois bem. O problema desta visão é que não há preocupação com os efeitos colaterais das medidas adotadas. As informações obtidas foram úteis? Estas informações permitiram o desvendamento de novos casos de corrupção e a apuração de

responsabilidades? A atividade econômica preservada continua a gerar benefício para a sociedade? Se a resposta a qualquer destes critérios for negativa, resta claro que o Estado fez um mau negócio ao conceder o acordo para determinado leniente. É justamente neste ponto que reside o cerne da questão proposta. Não há viés finalista na forma em que a Lei 12.846/2013 propôs o acordo de leniência.

A implicação desta constatação é a de que não haverá o esgotamento dos fins do Estado como anteriormente proposto. Não conseguirá o Estado promover o desenvolvimento da pessoa, pela absoluta ausência de recursos alocáveis. Como na teoria analítica econômica do direito, propõe-se um exemplo fictício para melhor compreender economicamente este problema.

Imagine-se uma sociedade, na qual estejam inseridos os indivíduos “A”, “B”, “C”, “D” e “E”. Pois bem, imagine-se que os indivíduos A, B, C e D, recebam individualmente R\$ 1.000.000,00 anualmente em renda, da qual, 15% serão destinados ao Estado (a título de impostos). Nesta operação, o Estado fictício receberia R\$ 600.000,00 para implementar suas atividades.

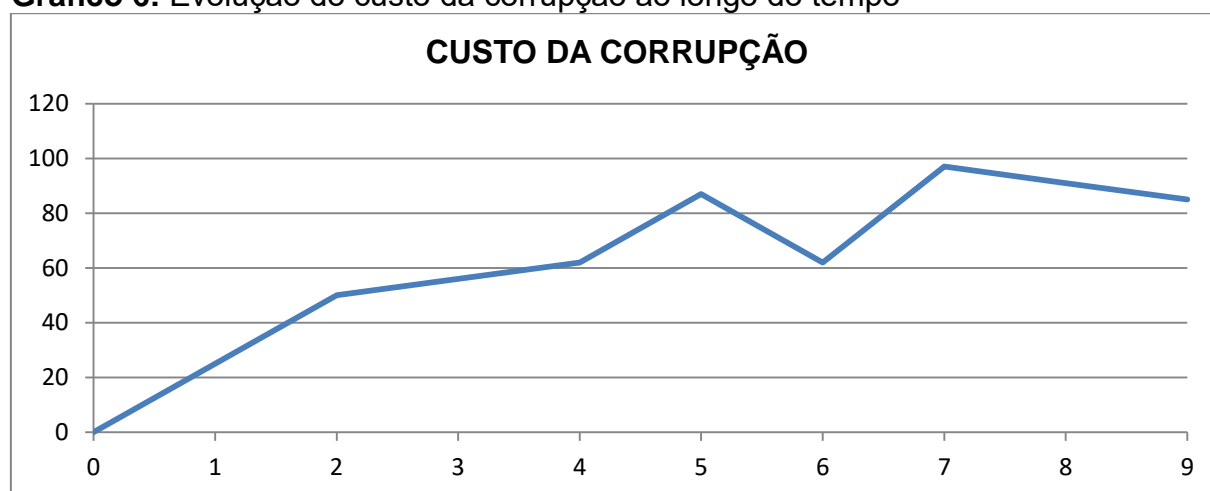
Pois bem, ocorre que no Estado fictício existe a empresa “X”, contratada para construir um posto de saúde a um custo estimado de R\$ 438.000,00. Porém, a empresa “X” se propõe a pagar R\$ 25.000,00 ao político “J” para que este permita aumento no custo inicial do projeto, elevando o preço da obra pública para R\$ 488.000,00.

Neste exemplo, as perdas com a corrupção são de R\$ 50.000,00, dos quais R\$ 25.000,00 foram para a empresa “X” e R\$ 25.000,00 foram para o político “J”. Ocorre que, ao longo da execução do contrato, as empresas “Y” (encarregada da limpeza) e “Z” (encarregada de fornecer mobiliário hospitalar) superfaturam os seus contratos em 30% (supondo cada um orçado em R\$ 20.000,00), gerando custo final para o Estado de R\$ 52.000,00, dos quais, R\$ 12.000,00 são referentes aos superfaturamentos. O Estado não sabe deste segundo desvio, e ao descobrir que a empresa “X” pagou propina ao político “J” oferece à esta, opção de fazer um acordo de leniência, ao invés de devolver os R\$ 50.000,00 por esta desviados, a condena em apenas R\$ 25.000,00 em troca de informações que levem à apuração dos ilícitos praticados pelas empresas “Y” e “Z”.

Para fins matemáticos, o custo total de corrupção, relativos aos desvios de X, J, Y e Z é igual a R\$ 62.000,00. Porém, para que o Estado possa perquirir as responsabilidades pelos desvios, imagine-se que além do benefício concedido a X,

ainda exista o custo da atividade policial investigativa, dos procuradores, do judiciário, que é de R\$ 35.000,00. Assim sendo, o custo efetivo da corrupção passa a ser expresso pelo montante desviado, somado aos benefícios concedidos e somados aos custos da máquina pública. Matematicamente $(62 + 25 + 35) = \text{R\$ } 122.000,00$. Imagine-se que com a leniência da empresa X, conseguiu-se recuperar os valores desviados pelas empresas Y e Z, devolvendo-se aos cofres públicos R\$ 12.000,00. A variação gráfica do custo social da corrupção assim pode ser expressa:

Gráfico 6: Evolução do custo da corrupção ao longo do tempo



Fonte: o próprio autor

Para efeitos de compreensão do gráfico acima, apresenta-se o seguinte quadro cronológico de custos:

Quadro 10: Custos da corrupção em ordem cronológica

ORDEM	VALOR	DESCRIÇÃO
1	R\$ + 25.000,00	Propina paga ao político "J"
2	R\$ + 25.000,00	Superfaturamento da empresa "X"
3	R\$ + 6.000,00	Superfaturamento da empresa "Y"
4	R\$ + 6.000,00	Superfaturamento da empresa "Z"
5	R\$ + 25.000,00	Benefício da leniência concedido à "X"
6	R\$ - 25.000,00	Devolução do superfaturamento paga por "X"
7	R\$ + 35.000,00	Custos da força-tarefa para investigar "Y" e "Z"
8	R\$ - 6.000,00	Recuperação aos cofres do desvio de "Y"
9	R\$ - 6.000,00	Recuperação aos cofres do desvio de "Z"
R\$ 85.000,00		SALDO RESIDUAL DE CORRUPÇÃO

Fonte: o próprio autor

Veja-se que neste exemplo, o saldo residual final da corrupção foi de R\$ 85.000,00, ou seja, 14,1% do orçamento do Estado que conseguiu recuperar R\$ 37.000,00 de um total de R\$ 62.000,00 desviados, ou seja, 59,67% do total, percentual que analisado individualmente é satisfatório.

Sem o acordo de leniência firmado, o Estado poderia ter recuperado R\$ 50.000,00 (o total desviado pela empresa “X”), mas não iria descobrir os R\$ 12.000,00 desviados pelas empresas “Y” e “Z”, além de que, suponha-se que a apuração integral da empresa “X” causasse o encerramento desta atividade, sem a conclusão da obra pública, causando mais prejuízos.

De outra parte, para recuperar R\$ 37.000,00 o Estado teve que injetar R\$ 35.000,00 na montagem da força tarefa para investigar “Y” e “Z”, bem como, concedeu R\$ 25.000,00 de benefício ao leniente “X”, o que se traduz num total de R\$ 60.000,00 investidos para recuperar R\$ 37.000,00, deixando para o Estado, nesta operação, saldo negativo de R\$ 23.000,00 – este é o custo do aparelho público empenhado na recuperação de ativos. Ao final, o Estado empregou 162% do valor recuperado para reavê-lo.

Por derradeiro, o saldo final da operação do Estado assim pode ser expresso: R\$ 488.000,00 (custo do posto de saúde superfaturado) + R\$ 52.000,00 (custos dos contratos de limpeza e mobiliário hospital superfaturados) + R\$ 25.000,00 (custo do benefício de leniência) + R\$ 35.000,00 (custo da força tarefa para investigar “Y” e “Z”) - R\$ 25.000,00 (devolvido por X) - R\$ 12.000,00 (devolvidos por “Y” e “Z”) = R\$ 563.000,00.

Do montante total de recursos que o Estado dispunha, sobram-lhe R\$ 37.000,00 – ou seja – apenas o valor que foi recuperado pela corrupção. Imagine-se que não houvesse ocorrido os atos de corrupção. Neste caso, a mesma operação do Estado teria a seguinte expressão: R\$ 438.000,00 (custo do posto de saúde) + R\$ 40.000,00 (custo dos contratos de limpeza e fornecimento de mobiliário) = R\$ 478.000,00.

Esta diferença entre as duas operações – R\$ 85.000,00 – é o custo social da corrupção. E aqui entra o último elemento do exemplo proposto: o cidadão “E”. Este é o cidadão carente, que não auferir renda tributável e mais precisa do aparelho estatal para lhe prover o desenvolvimento mínimo esperado. “E” precisa de um lar, precisa de comida, precisa de acesso à educação e dos cuidados médicos indispensáveis. No exemplo proposto, “E” receberá somente o atendimento médico, pois ainda que de forma mais custosa do que o esperado, o Estado conseguiu terminar o posto de saúde. Porém, dos R\$ 122.000,00 que o Estado teria excedentes após a realização da obra pública sem a corrupção (oriundos dos impostos pagos por A, B, C e D), restaram para o Estado apenas R\$ 37.000,00. Em

percentual, restaram para o Estado investir no desenvolvimento de “E” apenas 30,32% do montante originário.

Denota-se aqui que a movimentação do aparelho público foi desastrosa, uma vez que os custos globais envolvidos são sobremaneira comprometedores da capacidade estatal em gerar o desenvolvimento da pessoa. Neste caso, o Estado poderia anunciar que conseguiu recuperar R\$ 37.000,00 esvaídos pela corrupção, o que a princípio soa como uma ótima notícia. Porém, omite o Estado que R\$ 85.000,00 foram perdidos entre custos, benefícios e valores não recuperados.

É justamente isto que vem ocorrendo no Brasil. O Estado omite (vide acordos de leniência utilizados neste estudo) quais são os custos reflexos e globais decorrentes da corrupção e da própria concessão de benefícios, não torna público quanto (monetariamente falando) foi empreendido para recuperar o que foi recuperado. E, além disso, há o problema da mensagem que se transmite. No exemplo adotado, o político “J” não foi punido, e não devolveu a propina recebida. Logo, este continuará a tentar empregar seus meios escusos de negociação em razão da impunidade. Suponha-se que a empresa “X”, ainda que com a devolução de parte do valor desviado, tenha obtido lucro de R\$ 100.000,00 com a obra do posto de saúde. Qual sanção irá impedir que esta empresa volte a corromper no futuro? Afinal, sua operação foi rentosa. Certamente, o maior prejudicado foi o cidadão “E”, que continua à margem da sociedade, precisando desesperadamente de recursos mínimos – que deveriam ser a ele destinados em razão do pacto social – e foram devidamente recolhidos dos cidadãos A, B, C e D. Ao mesmo tempo, estes quatro cidadãos acabam por ver o tributo por eles pagos sendo literalmente jogados no ralo da corrupção, e passam a se questionar qual o sentido de recolher pesada carga tributária para, ao final, obterem pouco ou nenhum benefício.

Nesta senda, há necessidade de compreender o equilíbrio entre forças desenvolvido pelo Estado, e o seu papel de tutela dos interesses individuais. Para tanto, propõe-se a compreensão do que representa o desenvolvimento, e a capacidade que este tem de libertar o indivíduo das amarras do Estado, como proposto pelo Nobel de Economia Amartya Sen (2010, p. 55):

É principalmente uma tentativa de ver o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Nesta abordagem, a expansão da liberdade é considerada (1) o *fim primordial* e (2) o *principal meio* do desenvolvimento. Podemos chamá-los, respectivamente, o “papel constitutivo” e o “papel instrumental” da liberdade no desenvolvimento.

Se o Estado deve promover a expansão da liberdade individual (como fim e meio para o desenvolvimento da pessoa) não é possível concepção de Estado no qual não seja assegurado o mínimo existencial para a pessoa. O processo evolutivo da teoria do Estado impõe visão finalística, em que se busque o crescimento individual (como já defendido anteriormente). Nesta “perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão dessas e de outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas, e sua avaliação tem de basear-se nessa consideração” (SEN, 2010, p. 55).

O indivíduo que está preso (como no exemplo deste tópico) ao Estado pela necessidade econômica de provimentos mínimos, não pode desenvolver-se regularmente, em razão de que em caso de falha do Estado na realização de seus fins, por diversos motivos, incluindo-se aqui a corrupção, estará o indivíduo não liberto largamente prejudicado, em razão do domínio que o Estado detém sobre este pela necessidade. Neste viés:

O papel instrumental da liberdade concerne ao modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e intitamentos [*entitlements*] contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e, assim, para a promoção do desenvolvimento (SEN, 2010, p. 56-57).

Como será visto, a proposta do presente estudo (em responsabilizar o Estado pelos acordos de leniência mal celebrados) é voltada justamente para esta instrumentalização da liberdade. Ao concentrar-se na figura estatal, a responsabilidade pela oportunização de condições mínimas para o desenvolvimento da pessoa, fatalmente limita-se à liberdade de indivíduos menos abastados. De outro modo, ao dissociar-se a figura estatal para a própria sociedade (a exemplo de organizações da sociedade civil) obtém-se maior grau de instrumentalização de liberdades, principalmente em razão da oportunização de condições mais paritárias e pontuais para indivíduos necessitados.

Quando se pensa no Estado e em políticas assistenciais, denota-se que em um país continental como o Brasil, há grande dificuldade de que os recursos

cheguem naqueles que realmente necessitam, vez que, a burocracia envolvida no repasse de recursos para a realização do bem-estar social, aliada a sucessivos repasses deste capital, acaba por oportunizar altos índices de corrupção e de desvios. Ao contrário, quando membros da sociedade civil se organizam (como por exemplo, para arrecadar doações em um determinado bairro para ajudar um indivíduo), observa-se alto grau de sucesso na alocação destes recursos, tendo em vista o conjunto menor de operações a serem gerenciadas e fiscalizadas.

Vale dizer, que o assistencialismo a ser promovido pelo Estado passa por um longo caminho burocrático, que restringe e acaba por reduzir as probabilidades de um indivíduo fazer uso de um determinado rol de direitos em busca de sua própria liberdade subjetiva. Em outras palavras, o Estado deve promover ao indivíduo certas facilidades econômicas, que “são as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca” (SEN, 2010, p. 59), o que fomenta todo o desenvolvimento pessoal e social.

Nos acordos de leniência, da forma como atualmente concebida, os benefícios concedidos acabam perpetrando o modelo de corrupção que se tornou endêmico no cenário nacional. De outra parte, os valores recebidos a título de indenização e multas, são devolvidos para o próprio Estado – notadamente corrompido, acabando por criar círculo vicioso sem fim. A roda da corrupção acaba por ser reabastecida toda vez que recursos desviados são devolvidos para o Estado, e novamente empregados em obras superfaturadas, das quais empreiteiras retiram parcelas para pagamento de propinas, e assim seguindo indeterminadamente.

Para que este ciclo possa ter fim, é necessária uma alteração no *establishment* do Estado brasileiro, cabendo aos aplicadores da lei e aos administradores promover esta modificação, em prol do melhor interesse social e da liberdade e do desenvolvimento individual.

Ao se propor a possibilidade de responsabilizar o Estado subsidiariamente, cria-se freio para evitar que mais e mais recursos sejam mal alocados e esvaídos pelo largo sumidouro da corrupção. Se o Estado erra ao conceder benefícios aos lenientes, ou ainda, se o Estado propositalmente concede benefícios indevidos para empresas envolvidas em esquemas de corrupção, pode-se (e deve-se) responsabilizar o Estado por omissão, em não prever o conjunto de resultados possíveis daquela concessão. Contudo, tal responsabilização deve ser dada em

caráter subsidiário, apenas quando a empresa corruptora não tiver mais liquidez para saldar ela mesma os prejuízos causados à coletividade. De igual modo, esta responsabilização deve ser subjetiva, baseada na omissão Estatal em não prever (ou buscar meios para prever) os possíveis resultados indesejados.

Em um primeiro momento pode parecer que o resultado da responsabilização do Estado acabaria por aumentar o saldo negativo da corrupção, pois, além de o Estado ter perdido recursos pelos desvios corruptos, perderá novamente recursos que serão revertidos em prol da coletividade. Tal raciocínio guarda a necessária lógica matemática, e de fato, aumenta o prejuízo. Porém, o que se discute neste momento, não é o prejuízo acumulado, e sim uma forma de se quebrar o círculo vicioso da corrupção. Um Estado sem recursos não pode contratar empresas para executar obras públicas, e sem a contratação de empresas, não há como políticos solicitarem propina para receber tais contratos. Pensando-se na corrupção como grande caldeira, ao retirar o capital do Estado, retira-se a lenha que alimenta o fogo que aquece a caldeira, acabando por necessariamente extinguir-se aquele.

Não se propõe aqui solução anarquista ou liberalista econômica. O que se propõe é modelo gerencial, em que os recursos destinados pelos acordos de leniência, ou pela responsabilização do Estado, sejam direcionados diretamente a órgãos da sociedade voltados para a implementação da liberdade individual. Se, ao invés do recurso recebido por empresas lenientes ser destinado à União, para depois ser repassado aos Estados, até chegar em um município e ao fim atender um cidadão carente, pensar-se em destinar referidos recursos diretamente (por exemplo) a uma ONG ou entidade de caridade, que será responsável por reempregar aquele recurso em favor da população, cria-se cenário muito mais propício a fomentar o efetivo desenvolvimento, evitando-se que recursos sejam desviados pelas mãos gordas das velhas raposas da política e retirando o poder de barganha de corruptos e corruptores.

Recentemente, o Ministério Público Federal pela Procuradoria da República no Estado do Paraná, firmou acordo de leniência³⁴ com a RODONORTE – Concessionário de Rodovias Integradas S/A, que teve por base o valor global de R\$ 785.000.000,00 (setecentos e oitenta e cinco milhões de reais), dos quais,

³⁴ Em anexo. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/rodonorte.pdf>.

determinou-se que a referida concessionária leniente pague R\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais) por meio da redução de 30% da tarifa das praças de pedágio que esta opera, por um período de 1 (um) ano, como forma de restituição direta à sociedade.

Ora, esta solução adotada pelos administradores públicos é notavelmente benéfica. Se os mesmos R\$ 350.000.000,00 fossem remetidos ao Estado do Paraná, para posteriormente serem reempregados em outras concessões ou serviços públicos, abrir-se-ia nova oportunidade para este recurso ser desviado ou mal-empregado na consecução dos fins sociais. *A contrario sensu*, ao determinar a redução da tarifa em 30%, por um ano, cria-se um benefício direto à população que faz uso do sistema viário, promovendo a desoneração de motoristas, empresas, cidadãos e facilitando a circulação de pessoas, pois, a custo menor, mais indivíduos podem decidir viajar para, por exemplo, visitar um parente, ou realizar negócios em cidades vizinhas, o que se traduz em facilidade econômica apta a aumentar a liberdade individual.

Este tipo de medida se mostra muito mais eficiente do que a recuperação de ativos aos cofres públicos, em vista da insegurança destes. O MPF inovou vez mais neste mesmo acordo, ao determinar que outros R\$ 365.000.000,00 (trezentos e sessenta e cinco milhões) sejam destinados à realização de obras em trechos viários cedidos à concessionária leniente, mediante acordo com o Governo do Estado do Paraná, impedindo novo desvio de finalidade destes recursos. Ao todo, o MPF determinou que apenas a multa de R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões) seja direcionada ao Estado do Paraná (4,45% do valor global do acordo), sendo todo o restante do montante revertido integralmente em benefício da sociedade.

Esta decisão paradigma demonstra as possibilidades hermenêuticas para se determinar a aplicação da Lei 12.846/2013, evitando fomentar indefinidamente a roda da corrupção. Há que se ter em mente visão combativa, evitando-se jogar o jogo da corrupção, dentro de um modelo há muito tempo dominado pelas forças obscuras do poder.

Lenio Luiz Streck (2012, p.1) há muitos anos propôs uma interessante estória sobre este jogo de poderes e a forma pela qual se deve interpretar a norma para vencer o jogo. Trata-se do jogo da *Katchanga*, no qual, em um cassino, aceitavam-se todos os tipos de jogos, chega um forasteiro e propõe um novo jogo, chamado *Katchanga*. O *croupier*, obrigado a jogar todos os jogos, vê-se diante de um jogo que

não era conhecido, portanto, não sabia das regras para se jogá-lo. Quando o forasteiro retira de seu bolso um baralho, e demonstra que o jogo era vencido por uma determinada combinação de cartas a serem expostas, dizendo *Katchanga*, o *croupier* tenta jogar o jogo com o objetivo de vencer o forasteiro. Em determinado momento ao obter a determinada combinação de cartas, o *croupier* as joga sobre a mesa dizendo *Katchanga*, e pensando ter ganhado começa a recolher o dinheiro sobre a mesa. Neste momento, o forasteiro joga o grupo de cartas que estavam sobre a mesa dizendo: *Katchanga Real*.

Esta estória é contada pelo autor em comento, para metaforizar e criticar a dogmática jurídica. Tal exemplo serve para demonstrar que a dogmática (ou o sistema) não podem ser vencidos em seu próprio jogo, em razão de serem os criadores das regras. O autor aponta que:

Afinal, dizia “a dogmática jurídica é um jogo de cartas marcadas”. E quando alguém consegue entender “as regras”, ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a “coisa” ao seu modo... (veja-se como o STJ consegue, em um dia, dizer que um furto de R\$ 85 não é insignificante e, no outro, dizer que uma sonegação de R\$ 3.296,00 é bagatela...). Ela, por si — acrescento — é decisionista, no sentido da “vontade do poder” (*Wille zur Macht*) (STRECK, 2012, p. 1).

Assim funciona com a sistêmica da corrupção. Não adianta tentar jogar o jogo que corruptos e corruptores dominam, pois, neste jogo eles são os criadores das regras, e sempre a irão criar em seu favor. Pensando numa influência sistêmica por parte dos políticos corruptos, as próprias leis podem ser editadas em favor da criação de regras para se jogar o jogo da corrupção. Contudo, há solução possível para se romper com os dogmas e jogos de cartas marcadas: a hermenêutica. Neste sentido:

Moral da estória: a dogmática jurídica sabe tudo, tem — sempre — todas as saídas, mas sempre sobra algo! Os sentidos não cabem na regra. A lei não está no direito, e vice-versa. Não há isomorfia. Há sempre um não dito, que pode ser tirado da “manga do colete interpretativo”. Esse é o papel da interpretação. Para o “bem” e para o “mal” (STRECK, 2012, p. 1).

O acordo paradigma da RODONORTE bem demonstra esta possibilidade de se manobrar dentro de um espaço determinado, para criar resultado não determinado (ou inesperado). A proposição-tese do presente estudo, em verdade, traz em sua finalidade este mesmo tipo de manobrar, sem colocar nem tirar uma única palavra em qualquer *códex* ou norma, permitindo ao intérprete do direito

aprimorar a realização de ações que visem a impedir a perpetração do modelo corrupto de Estado que se estabeleceu no país.

Talvez, o mais apropriado seria a alteração do texto da Lei 12.846/2013, para inserir-se ali viés finalístico: condicionar a concessão dos benefícios de leniência à real recuperação de ativos, ou, à continuidade da atividade empresarial que se pretende preservar. Se em determinado momento, não for suficientemente demonstrado (matematicamente) o benefício econômico social decorrente do acordo, este pode ser revogado, obrigando a empresa leniente a restituir integralmente o que foi roubado, ainda que tal situação acarrete sua falência ou encerramento. Nesta quadra, não importaria mais o saldo da operação econômica entre Estado e indivíduos, e sim, a mensagem transmitida: a corrupção não será tolerada e será severamente punida, sem qualquer privilégio ou benefício. Retomando a noção do dilema do prisioneiro e da teoria dos jogos, neste caso – mais grave – a conduta do jogador ao longo de arranjos contínuos, jamais será a de corromper, pois, a sanção é demasiadamente severa.

Somente em um modelo de norma – ou de interpretação desta – em que se privilegie os fins sociais erigidos na Constituição, poderá ser assegurado o direito fundamental ao desenvolvimento, proporcionando verdadeiras oportunidades a quem mais precisa, como abaixo transcrito:

Oportunidades sociais são as disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor. Essas facilidades são importantes não só para a condução da vida privada (como por exemplo levar uma vida saudável, livrando-se da morbidez evitável e da morte prematura), mas também para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas (SEN, 2010, p. 59).

É justamente em busca desta visão de participação individual ativa da atividade econômica e política como defendida por Amartya Sen que se propõe a solução hermenêutica apontada, como libertadora do jogo de cartas marcadas da corrupção. Sem uma mudança no *approach* dos jogos de interação de poder, não haverá resultado (matemático ou social) aproveitável, permanecendo afastada a visão de desenvolvimento em detrimento de desenvolvimento estatal. Neste sentido:

O fato de que o direito às transações econômicas tende a ser um grande motor do crescimento econômico tem sido amplamente aceito. Mas muitas outras relações permanecem pouco reconhecidas, e precisam ser mais plenamente compreendidas na análise das políticas. O crescimento econômico pode ajudar não só elevando rendas privadas, mas também possibilitando ao Estado financiar a seguridade social e a intervenção governamental ativa. Portanto, a contribuição do crescimento econômico tem de ser julgada não apenas pelo aumento de rendas privadas, mas também pela expansão de serviços sociais (incluindo, em muitos casos, redes de segurança social) que o crescimento econômico pode possibilitar (SEN, 2010, p. 61).

Em última análise, somente o transcurso do tempo irá retratar os reais benefícios (ou malefícios) decorrentes destes acordos de leniência já pactuados, bem como, qual a mensagem legada às próximas gerações políticas e empresariais pátrias. O que não se pode – certamente – é deixar de lutar por melhores condições para todos os indivíduos; deixar de combater os ilícitos e práticas nefastas que assolam a nação; deixar de buscar saídas e cartas dentro de mangas para quebrar a corrente dominadora do *establishment* atual; por fim ao círculo vicioso que dominou a forma de fazer política e de se editar leis no Brasil; buscar o desenvolvimento como concretização da justiça social. Todas estas, são tarefas estatais abrangendo a sociedade, com o ideal da persecução de condições de vida melhores e mais humanas.

CONCLUSÃO

Levada a efeito a análise econômica da responsabilidade subsidiária do Estado nos acordos de leniência e o direito fundamental ao desenvolvimento, resgata-se o problema investigado: o acordo de leniência, firmado entre o Estado e as empresas corruptoras é bem respaldado pela legislação em vigor de modo eficaz para os fins do ressarcimento do erário público, assegurando a efetiva punição das empresas infratoras e desestimulando o máximo possível que não retornem a realizar práticas de corrupção? Caso não ocorra uma eficiente reparação por parte das empresas, pode o Estado ser responsabilizado subsidiariamente em razão do acordo realizado com o ente público?

Considerando que a pesquisa teve como objeto investigar os termos e condições do acordo de leniência à luz da análise econômica do direito, a reparação econômica decorrente das práticas ilícitas, a possibilidade da responsabilização subsidiária do Estado e, consequências em relação ao direito fundamental ao desenvolvimento, passam a ser apresentados os resultados da pesquisa.

A análise econômica do direito foi desenvolvida com o propósito de agregar ao direito, método de compreensão e interpretação do sistema jurídico, estabelecendo os diálogos entre economia e direito.

A análise econômica do direito tem por propósito compreender a reparação no campo dos conflitos e danos, utilizando-se da eficiência e reunindo a apreensão das dimensões dos custos econômicos ou operacionais em relação aos custos da sanção e os custos da observância ou não observância da norma. Emprega ainda, a análise do valor e utilidade, tanto na perspectiva do direito quanto da economia. O conceito econômico de eficiência se distingue do conceito de efetividade no direito.

Deste contexto, resulta a concepção lógica de que direito e economia devem ser compreendidos em relação ao conjunto de critérios adotados por ambos, sendo determinante para a teoria econômica compreender condutas e, em especial, a conduta de descumprimento da lei, em que os sujeitos buscam benefícios econômicos próprios e, se a pena pelo descumprimento for ínfima ou de baixo impacto financeiro funcionará como estímulo à prática de condutas delituosas, como ocorre no modelo de corrupção praticada no país.

A teoria sob estudo tem por propósito, trabalhar com a teoria dos jogos distinguindo os jogos de puro conflito, os jogos de simples coordenação e os jogos

mistos. Nos jogos de puro conflito, não se pode presumir qualquer racionalidade em situação de conflito. Os jogos de coordenação, traduzem situação em que cada um dos participantes tem, por propósito, evitar o conflito e, nos jogos mistos, a cooperação é vantajosa. O não cooperar é negativo, por isso, os jogadores preferem os ganhos da cooperação. O acordo de leniência desponta no campo da teoria dos jogos em que as três modalidades foram empregadas e prevalecendo a dos jogos de coordenação e jogos mistos, com a centralidade dirigida à cooperação como barganha com fins de reduzir as sanções e respectivos custos. A cooperação entre o Estado e as empresas corruptas, considerada na perspectiva do jogo coordenado, se não for jogado com regras claras, pode representar jogo de como esquivar-se do cumprimento do direito, levar vantagens econômicas gerando grave lesão ao patrimônio público e atingindo toda a sociedade. É exatamente este o método seguido pelos corruptos adotando estratégias escusas, algumas evasivas, para de comum acordo, ampliarem a rentabilidade de uma operação às custas do erário público, custo esse, repassado para a sociedade.

O Dilema do Prisioneiro, analisado na perspectiva econômica, foi usado como exemplificador da padronização da conduta econômica humana diante de situações mais ou menos benéficas, o que bem demonstra a necessidade das interações entre direito e economia, entre atores da negociabilidade das diversas esferas de cooperação entre partes e em relação a uma nova dimensão no cenário dos pactos no ordenamento jurídico nacional. A formulação de propostas na solução ótima do Dilema do Prisioneiro determina aos jogadores na esfera da leniência, condições singulares nas quais, de ambas as partes, foram buscadas condutas esperadas e condutas desejáveis na perspectiva de estratégias específicas da teoria dos jogos. A barganha, na dimensão econômica e na dimensão jurídica, dirige-se à busca da lógica do preço ideal, mas justo entre o que foi pretendido pelo vendedor e pelo que foi desejado pelo comprador.

A interação entre custos da transação e da corrupção nos contratos entre grandes corporações e o Estado, considerando a onerosidade excessiva da corrupção público-privada, foi indispensável para questionar o problema do custo social e a dimensão da reparabilidade. Em verdade, o vendedor não pagou o valor de mercado e o valor jurídico suficientes à reparação dos danos causados.

A Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica teve por fundamento o enfrentamento da crise causada pela corrupção generalizada em todos os planos

federativos, onerando e desgastando o direito, a economia e culminando com a crise moral que arrasta a sociedade brasileira, nesta dimensão, para o enfrentamento da maior crise da história do país.

A Lei 12.846/2013 foi editada no período de grandes movimentos nacionais ocorridos em resposta aos inúmeros protestos de rua em julho de 2013 e teve por inspiração, a legislação internacional de leis de combate anticorrupção como a *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA Norte Americana, de 1977 e a *UK Bribery Act*, do Reino Unido, de 2010.

A legislação pátria tem por fim combater a gama imensa de ações decorrentes da corrupção envolvidas em condutas ilícitas e lesivas aos interesses públicos e privados lícitos, com o propósito de estabelecer regulação adequada com o fim de fornecer regramento suficiente ao combate da corrupção, de forma eficiente e com a fiscalização do poder público. Com este propósito, a lei alcança representantes legais, administradores, funcionários e outras pessoas físicas envolvidas, demonstrando potencial relevante ao combate da corrupção e com vistas a impedir que a corrupção seja vantajosa, combatendo a mentalidade de que corromper vale a pena, adotada por boa parte dos grandes empresários, grupos econômicos brasileiros, punindo a empresa corrupta, seus representantes estendendo as punições aos funcionários envolvidos em crimes de corrupção.

A Lei Anticorrupção tratou do perdimento dos bens, direitos ou valores que representaram vantagem ou proveito direta ou indiretamente, obtidos por meio da corrupção, estabelecendo a suspensão ou a interdição parcial das atividades empresariais, de solução compulsória da pessoa jurídica, proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas, de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, criando Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP. Na sequência, a legislação anticorrupção elencou rigoroso campo de sanções e adotou o instituto de acordo de leniência semelhante àquele previsto na Lei Antitruste.

O acordo de leniência é o pacto firmado entre a pessoa jurídica corrupta, que atua de forma ilícita de maneira deliberada, intencional e, via de regra, cooptada à administração pública e, em benefício à redução das sanções que lhe são cabíveis, tanto na esfera cível como penal, propõem-se a auxiliar nas investigações que permitam a identificação, abertura de processos competentes e apuração de responsabilidades com suas respectivas sanções por outras pessoas físicas ou

jurídicas envolvidas no ato de corrupção. A finalidade da leniência é criar incentivos, de forma proporcional e adequada à dimensão do extenso ato de corrupção com a diminuição de penas para as pessoas jurídicas pactuantes. O acordo de leniência não é nem pode ser interpretado como negócio jurídico lucrativo da corrupção e, em hipótese alguma, abrandar as sanções a ponto de representarem para a pessoa jurídica corrupta, um bom negócio de custos favoráveis aos seus interesses ilícitos inaceitáveis em qualquer de suas atuações.

A redução das sanções pela Lei Anticorrupção, vem recebendo na aplicação dos acordos de leniência, interpretação jurídica contaminada por interesses políticos por parte dos donos do poder econômico. Esta posição de favorabilidade aos interesses dos corruptos distancia as possibilidades da aplicação eficiente da lei, como orienta a análise econômica do direito, acarretando perda da eficácia, ausência de punibilidade coerente no plano prático, reduzindo a possibilidade punitiva camuflada de sanção para benefício dos agentes da corrupção.

Paralelamente a este movimento negativo no âmbito dos acordos de leniência, as atuações do bem praticadas pelas empresas que possuem estatura econômica moral e comprometidas com o bem-estar social, passam a adotar a política de *compliance* efetivo, afastando as práticas corruptivas, combatendo ações que possam manter-se atreladas às estruturas nefastas de incentivo à corrupção. A implantação da política de *compliance* é essencial para as empresas que prezam pela eficiência no exercício de suas atividades e atuam no campo da transparência, da ética e da confiança, mantendo qualidade de seus produtos, postos de emprego, lucro, mas com respeito ao consumidor e pautada pelos princípios de governança corporativa vinculados à moralidade empresarial.

A apuração da responsabilidade civil, considerando a complexidade no contexto dos acordos de leniência, provoca no sistema da responsabilidade civil, condição distinta para a apuração da responsabilidade do Estado, especialmente considerando a homologação dos acordos de leniência pela Procuradoria Geral da República, após superada a perquirição da legitimidade do Ministério Público Federal em relação a esta matéria.

A evolução da responsabilidade civil e o redimensionamento dos danos, foram a causa do deslocamento da teoria da culpa para a teoria do risco e, conseqüente prevalência da teoria objetiva, mais adequada à reparabilidade dos danos na contemporaneidade. O ressarcir, indenizar e reparar são repensados em

direção ao princípio da prevenção e o princípio da reparação integral, observadas as extensões do dano e a flexibilização do sistema de responsabilidade civil, assentados em fundamentos distintos daqueles do passado e dirigidos à garantia da estabilidade econômica e equilíbrio nas relações jurídicas e pacificação social.

A responsabilidade civil do Estado por danos causados por funcionários públicos no exercício de suas funções, permanece acolhida pelos ordenamentos jurídicos tradicionais, mas recepcionada na atualidade de conformidade com a responsabilidade objetiva, assegurando ao Estado o direito de regresso contra o funcionário público causador do dano. Em certas circunstâncias, doutrina e jurisprudência permanecem divididas quanto à adoção da teoria objetiva e subjetiva, quando se trata da atuação do Estado. O que se mostra relevante reside na verificação da conduta administrativa, se omissiva ou comissiva, intenções e fins.

O direito constitucional acrescenta à responsabilidade civil a tutela dos direitos fundamentais, incluindo neste extenso rol o direito fundamental ao desenvolvimento.

Observadas as funções, atribuições e limites exclusivos da competência do Estado, principalmente determinados pelos princípios da legalidade, moralidade e probidade, compete ao ente público combater os atos de improbidade e corrupção por atentarem contra o próprio Estado, atingindo a sociedade e comprometendo a eficiência da administração, com o aumento dos custos, sendo que o ente estatal tem o dever de agir para garantir a efetividade dos direitos, especialmente os fundamentais.

O Estado, em determinadas situações age como ente privado, frente aos atos negociais celebrados com pessoas jurídicas em benefício coletivo - condição nos acordos de leniência, sendo essencial observar de conformidade com a teoria dos jogos a relevância da responsabilidade civil na esfera estatal, devendo atuar como meio de prevenção e desestímulo de condutas lesivas aos interesses plurais envolvidos.

Nos acordos de leniência, a responsabilidade civil do Estado é subsidiária, observada a natureza de negócio jurídico privado. A responsabilização objetiva não se coaduna com o caráter misto do tipo negocial adotado pela Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica. O interesse público a ser preservado no acordo de leniência objetiva a procura da máxima eficiência entre a recuperação de recursos e manutenção de atividades, mas com severas restrições às atuações das pessoas

jurídicas corruptas, incluindo a indisponibilidade de bens suficientes a garantir o adimplemento do acordo.

Para a análise econômica do direito, a responsabilidade civil visa a eficiência, benefícios e custo ótimo da transação negocial, superando os custos da responsabilização e indenização com a redução e desestímulo da ocorrência dos danos.

A análise econômica do direito, em relação à responsabilidade civil do Estado, tem por objetivo a prevenção do dano tanto por via objetiva, sendo a responsabilidade primária da empresa corrupta, como subjetiva e secundária do Estado, com a apuração do dano por omissão ou comissão. O propósito reside em aumentar o grau da abstenção de prejuízos pelos ofensores, considerando parâmetros de punibilidade e indenização, vinculados à criação de incentivos para a redução de riscos.

O acordo de leniência deve ter por finalidade a restituição do dano de conformidade com a legislação específica, atendendo padrões jurídicos, econômicos e sociais. A empresa corrupta tem o dever de arcar com os custos da corrupção a que deu causa e o custo ótimo da corrupção pela AED não será zero, mas tolerável. O combate à corrupção e moralização das relações negociais entre o público e o privado deve se pautar pela eficiência máxima, sem deixar prosperar o ideal de que o custo da corrupção vale a pena. As vantagens da composição devem ser bem dimensionadas sem recuar da busca constante do combate à corrupção, ainda que tenha custos elevados, sendo o meio inafastável de atender ao comando do binômio: prevenir-punir.

A tutela dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico pátrio, significou das mais importantes e extensas reformulações na maneira de entender e interpretar o direito com seus princípios, regras e condutas, objetivando o juízo de decidibilidade mais adequado e justo para a resolução dos conflitos.

Neste período, o sistema econômico centraliza análises acerca das formas de organização e funcionamento da economia e do mandamento constitucional referente à ordem econômica e financeira, com fatores indispensáveis à compreensão do direito fundamental ao desenvolvimento, mantendo atenção especial para o poder exclusivo e suficiente à concretização dos objetivos sociais do Estado.

As alterações tanto em relação aos interesses públicos como privados são alcançados pelo intervencionismo estatal, busca de equilíbrio em relação ao liberalismo, a funcionalização do direito e a tutela da pessoa, com o descolamento da tutela do patrimônio, conduzindo para a construção da cidadania contemporânea e da realização dos valores constitucionais inerentes à pessoa.

O direito fundamental ao desenvolvimento, a um só tempo garantido e limitado em seu exercício, é necessário para assegurar a tutela dos direitos humanos para todos em sua característica universal.

O direito fundamental ao desenvolvimento não se confunde com crescimento. Compete ao Estado conjugar os direitos econômicos, sociais e culturais, sendo dever e finalidade específicos simultaneamente e devendo oportunizar meios para cada pessoa se desenvolver em relação às suas condições e valores com garantia do mínimo existencial e da emancipação pela capacitação de cada um para ter sobrevivência digna.

A responsabilidade pela concretização do direito ao desenvolvimento é dever do Estado, recebendo apoio por meio da cooperação internacional, seja nas ações internas, seja nas conjugadas com os pares internacionais, no combate à corrupção que pelo espectro rastreado depende deste esforço conjunto, reforçada pelas políticas públicas legítimas livres dos obstáculos causados, não raro pelo retrocesso do jogo político.

A forma e termos da concessão dos benefícios do acordo de leniência são determinantes da concretização dos seus fins, mantendo as negociações e barganhas de modo equilibrado para que o melhor interesse social seja atendido, impedindo que a impunibilidade prevaleça em favor do leniente em razão do abrandamento das sanções.

A observância de todos os valores envolvidos no momento da aplicação da lei, é indispensável para que o acordo de leniência não signifique o perdão dos atos graves decorrentes da corrupção que passará para a condição de perpetuação das práticas corruptas por serem vantajosas, invertendo a lógica do combate à corrupção.

Sendo o Estado detentor do poder, inclui-se em sua competência e responsabilidade conceder o benefício próprio do abrandamento das sanções em troca das informações benéficas ao interesse público em favor da apuração dos demais envolvidos nas práticas de corrupção, observando a manutenção do

funcionamento das empresas, mas estimando os custos dos fatores de produção, vantagens e desvantagens, equilíbrio dos custos transacionais, controlando os das transações para reduzir os custos e não incorrer em flagrante prejuízo.

Os interesses da transação devem ser atendidos de forma eficiente, considerando que a corrupção causa grandes efeitos negativos e amplamente nefastos para o Estado e sociedade, exigindo o cumprimento e os preceitos da Lei Anticorrupção, descoberta das práticas ilícitas e consequente combate, igualmente eficiente à batalha contra corrupção. O Estado não pode ser corrupto e exigir nas políticas econômicas, políticas públicas, aparelhamentos estatais em todos os níveis, o fim de aniquilar a corrupção, excluindo transações políticas e compensatórias, neste segmento.

A redução destas externalidades tem como consequência a capacidade de gerar valores econômicos e jurídicos para a sociedade, implicando aplicação da norma a observância dos fins dirigidos à eficiência social e econômica capazes de promoverem o direito fundamental ao desenvolvimento, com limites bem definidos à liberdade de iniciativa e em relação à autonomia privada, observados os fins sociais a que a lei se destina, sendo em verdade, essa a principal finalidade.

A competência da CGU para firmar acordos de leniência foi definida pela Lei Anticorrupção, o que não excluiu a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência, como o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, com atuação de forma harmônica e cooperativa, não sendo uma interferência no acordo, mas um modo de fiscalização. A homologação de acordos firmados fora do âmbito da CGU é de competência do Poder Judiciário, que poderá solicitar revisões, suspensões, enfim, o que for necessário para fins da segurança jurídica.

Os acordos de leniência firmados no âmbito da CGU até o momento com grandes empresas corruptas chegam a nove, sendo os termos principais mantidos em segredo de justiça, e apenas liberados pela CGU, parte das negociações mantidas em segredo médio, relativas aos oito casos paradigma analisados.

Analisados os critérios para agravantes ou atenuantes dos custos estabelecidos pela CGU, aponta-se que na maioria dos casos o valor das multas foram todos reduzidos, sendo de pequena expressão financeira quando comparados com os elevados valores do faturamento das empresas lenientes. Nenhuma empresa corrupta foi submetida aos critérios sancionatórios previstos na Lei

Anticorrupção e todas, sem exceção, continuam podendo contratar com o poder público, obter financiamentos e subsídios junto a bancos e programas governamentais, não havendo bloqueio de bens e proibição de dividendos.

Os custos de transação tornaram-se extremamente vantajosos para as empresas corruptas, sendo que o benefício, consoante a AED se tornar maior do que a sanção, estimulam a continuidade das ações predatórias, considerando os modestos parâmetros sancionatórios adotados pelo Estado. O custo social desejável ficou prejudicado, muito distante da esperada transação ótima, tendo como causa as sanções premiaias aplicadas, estimulando a manutenção do *status quo* – a corrupção compensa.

À luz da AED ficou demonstrado que os valores recuperados pelos acordos de leniência são pequenos quando expressos em percentuais, apesar de totalizarem até agora quase 10 bilhões. O acordo de leniência representa mal necessário, além de expressar o único meio de combate à corrupção, ainda que de forma ineficiente, mas sendo o único capaz de obter da condição ótima, algum retorno das imensuráveis quantias desviadas de todas as esferas do poder público.

A revisão do modelo definido por lei e o abrandamento excessivo das sanções, exigem a reformulação deste importante instrumental e que conjugue seus propósitos, meios e fins, consoante os preceitos relevantes da análise econômica do direito, indispensável à apreensão integral desta espécie nefasta de crime. A corrupção em si, imensamente lesiva, é perniciosa e danosa em grau máximo em relação aos crimes tradicionais. Ao permitir a permanência que o acordo de leniência prossiga como se encontra, sendo levado a efeito no plano das transações, caberá concluir que os donos do poder econômico poderão suplantar e substituir o Estado.

A relação entre o custo da corrupção como demonstrado de forma exemplificativa e o impacto negativo produzido em relação ao direito fundamental ao desenvolvimento e, por via de consequência, o indivíduo é, inegavelmente, nocivo e obstaculizante à concretização e eficiência desses direitos.

A Lei Anticorrupção foi bem elaborada, mas em relação aos fins a que se destina, limitou-se a pontuar a obtenção de informações sobre outras situações para melhor apurar a corrupção e preservar a atividade econômica da empresa leniente sem considerar os efeitos dos benefícios, sendo, portanto, indispensável mensurar a obtenção da recuperação dos valores, observando o total dos recursos desviados e o total dos recursos recuperados, eixo indispensável à celebração do acordo de

leniência, que deve ser finalístico quanto aos resultados obtidos, tomando por base a relação direito-economia na perspectiva da análise econômica do direito.

Na ausência da finalidade social a que a lei se destina, cabe observar a necessidade de concentrar neste fim a análise do custo social, custo real, eficiência e externalidades afastando a possibilidade de a leniência prevalecer sobre outros critérios excessivamente benevolentes para com o corrupto, podendo implicar modalidade de perdão, pois que, punido na faixa mínima dentre as sanções previstas.

Compete ao Estado promover o desenvolvimento, crescimento e desenvolvimento da pessoa, assegurando a todos a expansão das liberdades básicas e condições de vida digna, sendo esse o papel instrumental da liberdade, concedendo aos indivíduos, igualdade de direitos e oportunidades.

A corrupção consome valores financeiros muito elevados. Os acordos de leniência somente serão positivos se apresentarem resultados considerados pela AED como eficientes e satisfatórios. Na recuperação de valores, percentualmente relevantes em relação ao montante que foi desviado, concederá ou não ao Estado, a possibilidade para atender as políticas públicas adequadas em relação aos propósitos e fins, alcançando o bem-estar social e, somente possível em Estados que concedem aos indivíduos certas condições econômicas, ainda que de pequena proporção, com o propósito de implementar a relação entre produção, emprego, trocas, consumo, que são a base do fomento ao desenvolvimento.

No atual contexto, os acordos de leniência são a única opção na instrumentalização do combate à corrupção com a recuperação de recursos financeiros desviados. Entretanto, o excesso da dose de “leniência” acaba por provocar resultados possíveis, mas não o desejável em relação ao custo social que permanecerá obstaculizando o direito fundamental ao desenvolvimento.

A responsabilidade subsidiária do Estado passa a ser condição de possibilidade reunida aos limites necessários a serem impostos nos acordos de leniência, em que o Estado, considerado aquele que sofre o dano, repense o *modus operandi*. Os representantes do Estado, com competência para celebração do acordo, deverão ter suas condutas disponíveis para apuração de possíveis responsabilidades civis, por via do regresso, pois nesta posição, devem prezar pela reparabilidade ótima na perspectiva da AED. Assim não sendo, os acordos se tornarão desacreditados pela própria atuação do Estado, excessivamente leniente,

resultando no aumento ainda mais negativo dos efeitos da corrupção em desfavor do ente Estatal e a favor dos corruptos, atingindo toda a sociedade.

Exemplo de acordo de leniência com a inclusão de retorno dos custos sociais imediatos, foi referido no caso de concessionária paranaense de pedágios, no qual, além das sanções revertidas diretamente para o Estado, foi introduzida a obrigação de redução das tarifas de pedágio em 30% por um ano (período ainda curto), com benefício direto para a sociedade, principal vítima da corrupção.

O jogo de poderes tem regras próprias podendo ser alteradas frequentemente, o que de fato ocorre com suas próprias regras, em metáfora bem reproduzida no emblemático jogo da *Katchanga*, que ilustrativa à manipulação das regras do jogo do sistema organizacional da corrupção criminosa.

Por fim, cabe propor a alteração do texto da Lei Anticorrupção para incluir, de forma específica, seus fins sociais, efeitos e resultados esperados dos acordos, com o propósito de assegurar o efetivo combate à corrupção, assegurando a recuperação eficiente dos recursos estatais desviados, possibilitando atender a implementação do direito fundamental ao desenvolvimento, vinculativo do desenvolvimento da pessoa. Ao contrário disto, o Estado brasileiro permanecerá como está, contido por um combate à corrupção de atuação inicial, cabendo destacar que ainda assim, as forças econômicas se rebelam a todo momento para tentar impedir até mesmo a única força-tarefa organizada pelo ente Estatal na história do país. Cabe gizar que a nação permanece mantendo crescimento econômico mínimo e não retirando da faixa da pobreza e da miséria, milhões de brasileiros e contemplando grandes riquezas amoedadas para os corruptos, defensores da forma criminosa de ser, por significar condição ótima, porém perversa e criminosa, e nesta perspectiva realizando o inverso da proposta da AED, negando o direito, a economia e o próprio Estado. Os grandes grupos econômicos corruptos são o Estado paralelo constituído pelo crime organizado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma *suma divisio* constitucionalizadas. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría General de la Responsabilidad Civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Ampliando Horizontes: expansão da categoria dos danos ressarcíveis como garantia da sustentabilidade jurídico-social nas relações privadas. *In*: KEMPFER, Marlene; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (org.). **Estudos em Direito Negocial e Sustentabilidade**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2012. p. 21-74.

BASSOLI, Marlene Kempfer. Funcionalização do direito privado e função social. *In*: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.). **Direito Empresarial Contemporâneo** - Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte & Ciência, 2007. p. 209-248.

BITTENCOURT, Sidney; **Comentários à Lei Anticorrupção**: Lei 12.846/2013. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade civil** / Felipe Peixoto Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Violência urbana e responsabilidade civil: algumas perguntas e um vasto silêncio. *In*: Nelson Rosenvald *et al.*; organizado por Nelson Rosenvald, Marcelo Milagres. **Responsabilidade civil: novas tendências**. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2019.

_____. Corregedoria-Geral da União. **Acordo de Leniência Andrade Gutierrez**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/andrade-gutierrez.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Corregedoria-Geral da União. **Acordo de Leniência Bilfinger**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/bilfinger.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Corregedoria-Geral da União. **Acordo de Leniência Braskem**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/braskem.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Corregedoria-Geral da União. **Acordo de Leniência MullenLowe e FCB Brasil**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/mullenlowe.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Corregedoria-Geral da União. **Acordo de Leniência Odebrecht**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/odebrecht.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Corregedoria-Geral da União. **Acordo de Leniência SBM Offshore**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/sbm.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Corregedoria-Geral da União. **Acordo de Leniência Technip Brasil**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/TechnipBrasil.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Corregedoria-Geral da União. **Acordo de Leniência UTC Participações S/A**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/utc.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Corregedoria-Geral da União. **Acordo de Leniência**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Corregedoria-Geral da União. **CGU, AGU, MPF e DoJ firmam primeiro acordo de leniência global no âmbito da Lava Jato**. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/noticias/2019/06/cgu-agu-mpf-e-doj-firmam-primeiro-acordo-de-leniencia-global-no-ambito-da-lava-jato>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, 18 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 10 de jul. 2017.

_____. Instrução normativa CGU nº 1, de 7 de abril de 2015. Estabelece metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o art. 6º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União:** Brasília, 7 abr. 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_01_2015.pdf>. Acesso em: 10 de jul. 2017.

_____. Instrução normativa CGU nº 1, de 7 de abril de 2015. Estabelece metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o art. 6º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União:** Brasília, 7 abr. 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_01_2015.pdf>. Acesso em: 10 de jul. 2017.

_____. Instrução Normativa CGU/AGU nº 2, de 16 de maio de 2018. Aprova metodologia de cálculo da multa administrativa prevista no art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a ser aplicada no âmbito dos acordos de leniência firmados pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Diário Oficial da União:** Brasília, 16 mai. 2018. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02_2018.pdf>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Lei ordinária n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União:** Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Lei ordinária n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União:** Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Lei ordinária n. 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. **Diário Oficial da União:** Brasília, 2 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Lei ordinária n. 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. **Diário Oficial da União:** Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 de jul. 2017.

_____. Ministério Público Federal. **Acordo de Leniência J&F Investimentos S.A.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/acordo-leniencia>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Ministério Público Federal. **Acordo de Leniência RODONORTE S.A.** Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/rodonorte.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Portaria CGU n. 909, de 7 de abril de 2015. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. **Diário Oficial da União:** Brasília, 7 abr. 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_909_2015.pdf>. Acesso em: 10 de jul. 2017.

_____. Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016. Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União. **Diário Oficial da União:** Brasília, 16 dez. 2016. Disponível em: < http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/24782775/do1-2016-12-16-portaria-interministerial-n-2-278-de-15-de-dezembro-de-2016-24782619>. Acesso em: 10 de jul. 2017.

_____. Projeto de Lei 3.636/2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto, no âmbito da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dá outras providências. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055350>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1554986 SP 2015/0219111-7.** Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJe: 05/04/2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339861735/recurso-especial-resp-1554986-sp-2015-0219111-7/inteiro-teor-339861769>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 858.511.** Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 15/09/2008. Disponível em: <<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/785763/recurso-especial-resp-858511-df-2006-0121245-9/inteiro-teor-12782868?ref=juris-tabs>>>. Acesso em: 8 ago. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Agravo de Instrumento nº 50062634720194040000 5006263-47.2019.4.04.0000.** Relatora: Ministra Vânia Hack de Almeida. DJe: 03/09/2019. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/680868301/agravo-de-instrumento-ag-50062634720194040000-5006263-4720194040000/inteiro-teor-680868452?ref=topic_feed>. Acesso em: 3 set. 2019.

CALABRESI, Guido. **El coste de los accidentes:** Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CARVALHOSA, Modesto; **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COASE, Ronald. **O problema do custo social**. Tradução de Francisco Kummel F. Alves, Renato Vieira Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, n. 1, article 9, 2008. v. 3.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman Companhia Editora, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTADOS UNIDOS. **Foreign Corrupt Practices Act**. Department Of Justice, USC. Washington, 1977. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em: 28 de jul. 2017.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARACO, Alexandre Diztel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, nº 1, jan. a mar., 2003.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). **Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. Departamento de Competitividade e Tecnologia – DECOMTEC, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 18 de jul. 2017.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira. Entre Princípios e Situações: Hermenêutica e Projetos Existenciais. *In*: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (org). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016. p. 75-89.

_____. Funcionalização do direito privado e função social. *In*: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.). **Direito Empresarial Contemporâneo** - Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte & Ciência, 2007. p. 79-107.

_____; FERREIRA FILHO; Adelino. Responsabilidade Civil dos grupos econômicos, solidariedade e prevenção: análise econômica e jurídica. **Revista dos Tribunais**. v. 997. ano 107. p. 29-51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____; ROSA, André Luís Cateli. *Compliance*: contribuição ao desenvolvimento social por meio da *Foreign Corrupt Practices Act*. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GONÇALVES, Oksandro Osdival (coord.). **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte, ano 15, n. 2, maio/ago. 2018. p. 13-31.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei Federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Ed. RT, v. 115. ano 23. jul./ago. 2015. p. 337-367.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____; ORTOLAN, Marcelo. Nova lei anticorrupção empresarial: avanços e perigos de uma superlei. **Gazeta do Povo**, 21 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.gazeta-dopovo.com.br/vidapublica/justicadireito/artigos/conteudo.phtml?id=1448675&tit=Nov+a-lei-anticorruptcao-empresarial-avancos-e-perigos-de-uma-superlei>>. Acesso em: 18 de jul. 2017.

GAROUPA, Nuno. Combinar a Economia e o Direito. A análise econômica do direito. *In*: Systemas: **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**. n.1. Campo Grande: CEPEJUS, 2009. v.1. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/11/0>>. Acesso em: 07 de ago. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A Maximização dos Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais Pela Via Administrativa e a Promoção do Desenvolvimento. *In*: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, janeiro/junho de 2013

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As tendências da responsabilidade civil no século XXI. **Revista dos Tribunais**. v. 997. ano 107. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 249-268.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. **Responsabilidad civil y contratos**: responsabilidad contractual. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2007.

KAST, Robert. **La théorie de la décision** – nouvelle édition. Paris: La Découverte, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**: parte general. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Negócios Jurídicos Existenciais. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio Jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016. p. 139-156.

MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 9-45, jul./set. 2011.

_____. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. Modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977. t. 1. v. 1.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil Comentado**: com súmulas, julgados selecionados e enunciados das jornadas do CJF. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **A decisão racional na teoria dos jogos**. 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/claudia_servilha_monteiro.pdf>. Acesso em: 8 de ago. 2019.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Responsabilidade civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade. In: Nelson Rosenvald (*et al.*); organizado por Nelson Rosenvald, Marcelo Milagres. **Responsabilidade civil**: novas tendências. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018. p. 557-566.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; DIAS, Jefferson Aparecido. **Jurisdição Civil, Ativismo e Ordem Econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

PEREIRA, Paulo Trigo; *et al.* **Teorias e políticas públicas num contexto de incerteza**. 3. ed. Lisboa: Escolar Editora, 2009.

PESTANA, Marcio. **Lei Anticorrupção**: Exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013. Barueri: Manole, 2016.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. The New Palgrave Dictionary of Economics, 2005.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. *In*: Luciano Benetti Timm (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007.

REINO UNIDO. **UK Bribery Act**. The Crown, The Stationery Office. Londres, 2010. Disponível em:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>. Acesso em: 28 de jul. 2017.

RESNIK, Michel David. **Elecciones** – una introducción a la teoría de la decisión. Traducción de Stella Villarme Y Blanca Rodríguez. Barcelona: Gedisa, 1998.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance* e Lei Anticorrupção nas Empresas. *In*: **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015. Disponível em:
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509944>> Acesso em: 18 de jul. 2017.

_____; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A lacuna axiológica no âmbito da quantificação da indenização derivada da responsabilidade civil no direito civil brasileiro e sua integração pelo princípio da igualdade. **Revista dos Tribunais**. v. 997. ano 107. p. 309 - 330. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função Social e Solidária da Empresa na Dinâmica da Sociedade de Consumo. **SCIENTIA IURIS**, Londrina, v.20, n.1, p.119-143, abr.2016.

SCHEDLER, A.; DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. **The Self-Restraining State**: power and accountability in new democracies. Boulder: L. Rienner, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na Lei Anticorrupção**: Histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Senso Incomum: A *Katchanga* e o *bullying* interpretativo no Brasil. *In: Revista Consultor Jurídico*. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>> Acesso em: 3 set. 2019.

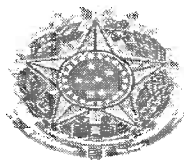
SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. *In: Revista de direito privado*, abr. 2005. v. 22.

TEIXEIRA, Matheus. Com UTC Engenharia, governo federal firma primeiro acordo de leniência. *In: Revista Consultor Jurídico*. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jul-10/utc-governo-federal-firma-primeiro-acordo-leniencia> Acesso em: 06 de ago. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993). *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 80. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

VENTURI, Thaís Pascoaloto. Breves notas sobre a análise econômica da responsabilidade civil. *In: Nelson Rosenvald (et al.); organizado por Nelson Rosenvald, Marcelo Milagres. Responsabilidade civil: novas tendências*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018. p. 73-83.

ANEXO



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

TERMO DE LENIÊNCIA

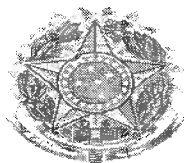
O **Ministério Público Federal – MPF**, pelos Procuradores Regionais da República e Procuradores da República signatários, com atribuição cível e criminal para a investigação e processamento de infrações penais e cíveis decorrentes dos fatos principais, conexos e correlatos revelados na denominada “Operação Lava Jato” (incluindo a Operação Integração e relacionadas), bem como os Procuradores da República com atribuição para a investigação e processamento de infrações penais e cíveis decorrentes dos fatos principais e conexos revelados neste acordo, de um lado, e a empresa **RODONORTE - CONCESSIONARIA DE RODOVIAS INTEGRADAS S.A.**, empresa constituída sob as leis brasileiras sob a forma de sociedade anônima, inscrita no CNPJ/MF sob n.º 02221531000130, com sede na Rua Afonso Pena, 87, Vila Estrela, Ponta Grossa/PR, neste ato representada por seus representantes legais que esta subscrevem, doravante denominada **COLABORADORA**, de outro, formalizam acordo de leniência nos termos que seguem.

I – Base Jurídica

Cláusula 1ª. O presente acordo funda-se no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, nos artigos 13 a 15 da Lei nº 9.807/99, no art. 1º, §5º, da Lei nº 9.613/98, art. 5º, §6º, da Lei 7.347/85, no art. 26 da Convenção de Palermo, e no art. 37 da Convenção de Mérida e nos artigos 4º a 8º da lei nº 12.850/2013, nos artigos 3º, §2º e §3º do Código de Processo Civil de 2015, nos artigos 840 e 932, III, do Código Civil, no art. 86, §2º e §6º da Lei nº 12.529/2011, nos arts. 16 a 21 da Lei nº 12.846/2013 e arts. 1º e 2º da Lei 13.140/2015.

Cláusula 2ª. O interesse público é atendido com o presente acordo de leniência, tendo em vista a necessidade de (i) conferir efetividade à persecução criminal e cível de outras pessoas físicas e jurídicas suspeitas e ampliar e aprofundar as investigações em torno de crimes contra a Administração, contra o Sistema Financeiro Nacional, crimes de lavagem de dinheiro e crimes contra a Ordem Econômica e Tributária, entre outros, inclusive no que diz respeito à repercussão desses ilícitos penais na esfera cível, administrativa e disciplinar; (ii)

[Handwritten signatures and initials in the right margin, including 'JP', 'h', and other illegible marks.]



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

preservar a própria existência da empresa e a continuidade de suas atividades, o que, apesar dos ilícitos confessados, encontra justificativa em obter os valores necessários à reparação dos ilícitos perpetrados; e (iii) assegurar a adequação e efetividade das práticas de integridade da empresa, prevenindo a ocorrência de ilícitos e privilegiando em grau máximo a ética e transparência na condução de seus negócios.

II – Objeto do Acordo de Leniência

Cláusula 3ª. São objeto deste Acordo de Leniência as atividades de prepostos, empregados, administradores, desligados ou não, e acionistas de qualquer das empresas do grupo econômico integrado pela **COLABORADORA** (doravante designados simplesmente **prepostos**), que já estão sendo investigadas em diversos procedimentos no âmbito da Operação Lava Jato (incluindo a Operação Integração e relacionadas) e que estejam especificados em anexos deste acordo, bem como em outras investigações que venham a ser instauradas em decorrência dos fatos apontados em anexos deste acordo, que podem caracterizar atos de improbidade administrativa e/ou infrações contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem econômica, tributária, concorrenciais, de corrupção, peculato, lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e formação de organização criminosa, dentre outras.

Parágrafo 1º. Para fins deste Acordo, considera-se grupo econômico da COLABORADORA as sociedades que, direta ou indiretamente, a controlem, sejam por ela controladas ou estejam sob controle comum.

Parágrafo 2º. As condutas apontadas pela **COLABORADORA** como ilícitas estão descritas em tantos anexos a este **Acordo de Leniência** quanto forem identificados como independentes entre si, acompanhados por todas as provas, documentos, depoimentos e indícios respectivos apurados pela **COLABORADORA** até o momento da assinatura deste **Acordo de Leniência**.

Parágrafo 3º. Os fatos e condutas ilícitas constantes dos anexos deste acordo e que não sejam da atribuição da Força Tarefa Lava Jato em Curitiba serão apresentados, sumarizadamente, pelo **Ministério Público Federal** ao membro do Ministério Público com atribuição para a investigação, para que este:

Assinaturas manuscritas e rubricas no canto inferior direito da página, incluindo uma assinatura que parece ser 'R' e outras menos legíveis.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

I – adira a este Acordo, sem alteração de suas cláusulas; ou

II – recusando-se a aderir a este Acordo, devolva ao **Ministério Público Federal** todos os anexos ou sumários que lhe foram apresentados para posterior devolução à **COLABORADORA**, não podendo ser utilizados para quaisquer fins.

Cláusula 4^a. Essas apurações estão relacionadas à atuação da **COLABORADORA**, por si ou por demais empresas integrantes de seu grupo econômico, em práticas de corrupção, fraudes tributárias e lavagem de dinheiro relacionadas direta ou indiretamente ao contrato de concessão de obras públicas de nº 75/97, firmado entre o Estado do Paraná, o DER/PR, o DNER, o Ministério dos Transportes e a concessionária RODONORTE, seus aditivos, suas alterações por atos administrativos e sua fiscalização.

Parágrafo único. A **COLABORADORA**, dentre outros fatos declarados nos anexos, reconhece o pagamento de propinas para a obtenção dos seguintes atos administrativos: a) termo aditivo nº 18/2000; b) termo aditivo nº 33/2002; 3) Protocolo nº 07.872.309-2 de 04/04/2012 que ajustou a troca da obra de duplicação do trecho Piraí Jaguariava pela antecipação de duplicação do contorno de Campo Largo; 4) Informação 2261/2013-DG, de 18/12/2013 - PROTOCOLO Nº 11.737.110-2/2012: que mais uma vez postergou a duplicação de Piraí-Jaguariaíva mediante a antecipação da duplicação de um trecho entre Ponta Grossa e Apucarana; 5) PROTOCOLO Nº 14.085.764-5 DE 16/5/2016 e PROTOCOLO Nº 14.281.883-7 DE 13/12/2016 que visava a realização de um termo aditivo para a RODONORTE com a supressão física das seguintes obras: i) duplicação - Jaguariaíva-Castro: Supressão física de 19,1 km; ii) Apucarana-Caetano: Supressão física de 81,1 km; iii) Contorno Leste de Apucarana (BR-376).

Cláusula 5^a. A **COLABORADORA** e todos os seus **prepostos signatários** ou que vierem a aderir a este acordo concordam em trazer ao conhecimento do Ministério Público Federal os fatos e provas apurados em investigações internas e que possam auxiliar na investigação de infrações descritas nas **Cláusulas 3^a e 4^a** acima, com o objetivo de obter benefícios estabelecidos neste **Acordo de Leniência**.

Parágrafo 1º. Este Acordo de Leniência limita a proteção da **COLABORADORA** aos temas objeto de especificação nos anexos deste



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

acordo, estritamente nos termos dos fatos por ela reconhecidos em anexos, na assinatura deste.

Parágrafo 2º. Poderão aderir ao presente **Acordo de Leniência**, e assim obter todos os benefícios de que ele trata, se houver a concordância do **Ministério Público Federal**, os **prepostos** da **COLABORADORA** que manifestem sua intenção de adesão no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da homologação judicial ou administrativa deste termo, o que ocorrer primeiro, no limite dos fatos ilícitos penais e cíveis por eles reconhecidos em termos prestados a serem entregues por ocasião da proposta de adesão.

Parágrafo 3º. O **Ministério Público Federal** avaliará de boa-fé a proposta de adesão dos **prepostos** da **COLABORADORA**, podendo negá-la aos **prepostos** cuja conduta se revele de grave culpabilidade, em razão de seu grau de responsabilidade ou por outras circunstâncias relevantes a critério do **MPF**, situação em que as informações e provas entregues com a proposta serão devolvidas e não serão utilizadas para quaisquer fins.

Parágrafo 4º. A proteção penal e cível prevista neste acordo de leniência está restrita aos termos dos parágrafos 1º e 2º, e não beneficiará os **prepostos** da colaboradora que, por seu grau de responsabilidade ou outras circunstâncias a critério do **MPF**, este entenda que devam negociar acordo de colaboração em separado, prevalecendo nesses casos o acordo individual firmado.

III – Das Obrigações da Colaboradora

Cláusula 6ª. A **COLABORADORA** compromete-se a:

a) apresentar às autoridades mencionadas, como anexos a este Termo de Leniência, uma descrição detalhada dos fatos mencionados na **Cláusula 3ª** acima, identificando, em particular, os participantes das infrações e ilícitos de que a **COLABORADORA** tenha participado ou tenha conhecimento (inclusive sócios, diretores e funcionários de outras empresas que estiverem envolvidos), descrevendo os papéis dos agentes envolvidos e detalhando o envolvimento da **COLABORADORA** e seus prepostos;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

- b) apresentar às autoridades mencionadas documentos, informações e outros materiais com relação aos quais a **COLABORADORA** e/ ou seus prepostos ou acionistas detenham a posse, custódia ou controle, que constatem os fatos narrados nos anexos a este **Termo de Leniência**;
- c) apresentar às autoridades mencionadas documentos, informações e outros materiais relevantes de que a **COLABORADORA** e/ ou seus prepostos ou acionistas venham a ter conhecimento no curso da investigação e que constatem os fatos narrados nos anexos a este **Termo de Leniência**;
- d) apresentar quaisquer outras informações, documentos ou materiais relevantes relacionados aos fatos narrados nos anexos a este **Termo de Leniência** com relação aos quais a **COLABORADORA** e/ou seus prepostos ou acionistas detenham a posse, custódia ou controle, sempre que solicitado pelas autoridades mencionadas, no curso da investigação;
- e) cessar completamente seu envolvimento nos fatos narrados nos anexos a este **Termo de Leniência**;
- f) cooperar plena e permanentemente com o **Ministério Público Federal**, ou com outras autoridades nacionais, nos procedimentos instaurados ou propostos por estes órgãos, observados os termos da **Cláusula 12**;
- g) sempre que a **COLABORADORA** e/ou seus prepostos ou acionistas forem solicitados mediante prévia e escrita intimação, a comparecer, a qualquer ato, procedimento ou processo judicial ou extrajudicial, caso em que as despesas para esse comparecimento serão de responsabilidade da **COLABORADORA**, que deverá se abster de aplicar sanções trabalhistas àqueles que colaboraram ou vierem a colaborar, comprometendo-se a **COLABORADORA** a provisionar recursos para esta finalidade até 7 anos depois da extinção do contrato de concessão, obrigação essa que pode ser assumida pela controladora;
- h) comunicar ao Ministério Público Federal – **MPF** toda e qualquer alteração dos dados cadastrais constantes deste instrumento;
- i) portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé durante o cumprimento dessas obrigações.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

- j) adotar e implantar as demais ações, medidas, iniciativas especiais descritas no Apêndice [1] ao presente **Acordo** – *Práticas Especiais de Ética, Integridade e Transparência*, nos prazos ali descritos;
- k) sujeitar-se a monitoramento independente, nos termos e condições descritos no Apêndice [2] ao presente **Acordo** – *Monitoramento Independente*;
- l) apresentar pedido público de desculpas à sociedade por intermédio de placa explicativa de 8 m² em local de ampla visibilidade nas praças de pedágio da concessionária durante o período remanescente da concessão, com o seguinte texto:

Comunicado

// A Rodonorte dirige-se aos paranaenses para reconhecer que errou ao não adotar políticas adequadas de transparência e controle de seus negócios, pelo que pede desculpas.

// Por isso, a empresa formalizou acordo com a força tarefa da Lava Jato do Ministério Público Federal no Paraná, em que admitiu práticas de corrupção.

// A concessionária se comprometeu a reparar a sociedade paranaense pagando uma multa que será revertida na redução em 30% da tarifa de pedágio, por pelo menos 12 meses, além de outras compensações.

// A empresa entende que os fatos que geraram o acordo refletem um período que o Brasil e a Rodonorte querem deixar para trás e reforça o compromisso de aperfeiçoar seus mecanismos de controle e fiscalização.

Rodonorte - Concessionária de Rodovias Integradas S.A.

- m) apresentar pedido público de desculpas à sociedade por intermédio de 6 inserções diárias em horários alternados (duas pela manhã, duas pela tarde e duas à noite), em emissora de rádio com grande audiência no Estado do Paraná, diariamente ao longo de uma semana, com o seguinte texto:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA**

Comunicado

// A Rodonorte dirige-se aos paranaenses para reconhecer que errou ao não adotar políticas adequadas de transparência e controle de seus negócios, pelo que pede desculpas.

// Por isso, a empresa formalizou acordo com a força tarefa da Lava Jato do Ministério Público Federal no Paraná, em que admitiu práticas de corrupção.

// A concessionária se comprometeu a reparar a sociedade paranaense pagando uma multa que será revertida na redução em 30% da tarifa de pedágio, por pelo menos 12 meses, além de outras compensações.

// A empresa entende que os fatos que geraram o acordo refletem um período que o Brasil e a Rodonorte querem deixar para trás e reforça o compromisso de aperfeiçoar seus mecanismos de controle e fiscalização.

Rodonorte - Concessionária de Rodovias Integradas S.A.

n) apresentar pedido público de desculpas à sociedade por intermédio de inserção em um jornal de grande circulação estadual e de inserção no site da companhia, com o seguinte texto:

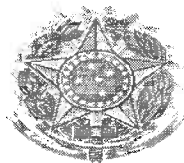
Comunicado

A Rodonorte dirige-se a seus usuários, funcionários, acionistas e aos paranaenses para reconhecer que errou ao não adotar políticas adequadas de transparência e controle de seus negócios.

Nesse sentido, a empresa comunica que formalizou um acordo com a força tarefa Lava Jato do Ministério Público Federal no Paraná, no qual admitiu que foram cometidos atos de corrupção pela concessionária e, por esse motivo, formalmente pede desculpas.

O acordo firmado com o Ministério Público Federal marca uma nova etapa para o aprofundamento de medidas de ajustes na gestão da política de governança e de transparência da concessionária, com intuito de garantir que não se repitam falhas como as cometidas no passado.

Conforme determinam os termos do acordo, a concessionária se comprometeu a adotar medida para a reparação da sociedade paranaense:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

O pagamento em favor dos usuários de 30% da tarifa de pedágio por pelo menos 12 meses, com alcance de todas as praças do trecho administrado pela concessionária. Este desconto será em benefício de todos os usuários da Rodonorte.

Nesse sentido, a empresa reafirma que os fatos que ensejam o acordo firmado refletem um período que o Brasil e a Rodonorte querem deixar definitivamente para trás. Por isso, apresenta este pedido de desculpas à população do Paraná e reforça o seu firme compromisso de aperfeiçoar os mecanismos de controle e fiscalização.

Rodonorte - Concessionária de Rodovias Integradas S.A.

o) pagar em seu nome, e de todos os seus **prepostos** beneficiados por este acordo, em decorrência das infrações e ilícitos narrados nos anexos a este Acordo, o valor de R\$ 715.000.000,00 (setecentos e quinze milhões de reais), arbitrados a título de reparação de danos;

p) pagar em seu nome, e de todos os seus **prepostos** beneficiados por este acordo, em decorrência das infrações e ilícitos narrados nos anexos a este Acordo, o valor de R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais), arbitrados a título de multa prevista no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), valor este a ser revertido integralmente à entidade pública lesada.

Parágrafo 1º. A **COLABORADORA** pagará o valor previsto na alínea “p” mediante depósito em conta judicial, que será aberta e vinculada à 23ª Vara Federal de Curitiba, no prazo de 30 (trinta) dias contados da homologação deste Acordo pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

Parágrafo 2º. Do valor previsto na alínea “o” acima, R\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais) serão arcados pela **COLABORADORA** para pagamento parcial de 30% (trinta por cento) da tarifa em favor dos usuários de todas as praças de pedágio por ela operadas.

Parágrafo 3º. Na indicação do preço da tarifa, haverá explicitação do preço pago pelo usuário e do preço pago pela concessionária.

Parágrafo 4º. A **COLABORADORA** fica impedida de reduzir o seu faturamento com base no pagamento de parcela da tarifa dos usuários.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

Parágrafo 5º. A redução da tarifa para o usuário prevista no parágrafo 2º será implementada no prazo de 30 (trinta) dias contados da homologação deste acordo pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF e perdurará pelo tempo necessário para que o montante total da redução tarifária concedida aos usuários alcance o valor previsto no parágrafo 2º.

Parágrafo 6º. A **COLABORADORA** apresentará ao Ministério Público Federal, bimestralmente, relatório gerencial firmado por auditores independentes de empresa reconhecida, comprovando e detalhando a aplicação dos valores previstos no parágrafo 2º na concessão de desconto aos usuários.

Parágrafo 7º. Do valor previsto na alínea “o”, R\$ 365.000.000,00 (trezentos e sessenta e cinco milhões de reais) serão utilizados pela **COLABORADORA** para a execução de parte das obras nas rodovias a ela concedidas, conforme o plano de exploração original da rodovia, ressalvado o disposto no parágrafo 14.

Parágrafo 8º. A **COLABORADORA** deverá apresentar ao Ministério Público Federal, em até 90 (noventa) dias da assinatura deste acordo, documento elaborado em comum acordo com o Governo do Estado do Paraná e o Departamento de Estradas e Rodagens do Paraná (DER/PR), em que conste proposta das obras, consideradas prioritárias pelo Governo do Estado, a serem executadas com os recursos a que se refere o parágrafo anterior.

Parágrafo 9º Em até 210 dias da anuência do Ministério Público que se seguirá ao disposto no parágrafo anterior, a **COLABORADORA** deverá apresentar projeto executivo com cronograma de execução, valores de gastos correspondentes aos marcos temporais, prazo de conclusão de obras e proposta de seguro-garantia.

Parágrafo 10. A implementação da obrigação prevista no parágrafo 7º dependerá de compromisso de fiscalização das obras pelo Governo do Estado, inclusive no tocante à checagem mensal de atraso no cronograma, com emissão de relatório mensal que a **COLABORADORA** deverá encaminhar ao MPF no prazo de 5 dias de sua emissão.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

Parágrafo 11. As obras constantes na proposta não devem ser obras que a concessionária esteja obrigada a realizar até o final da concessão segundo o entendimento do Governo do Estado do Paraná.

Parágrafo 12. Caso seja reconhecida judicialmente a obrigação da **COLABORADORA** de executar obras com fundamento diverso deste acordo, que tenham sido ou venham a ser implementadas em razão deste acordo, a **COLABORADORA** ficará obrigada a indenizar o Estado em valor equivalente às obras efetuadas.

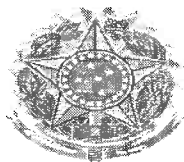
Parágrafo 13. O orçamento das obras terá por base a tabela do Sistema de Custos Referenciais de Obras – SICRO – do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT e, subsidiariamente, o “Referencial de Custos de Obras Rodoviárias do DER/PR”, não servindo para este fim a tabela de custos unitários de serviços e insumos apresentada na proposta comercial da concessionária.

Parágrafo 14. Caso não sejam implementadas as condições previstas nos parágrafos 8º e 9º no prazo previsto, ou não sendo a proposta de execução de obras aceita a critério do MPF no prazo de 10 dias após o recebimento da relação de obras prioritárias prevista no parágrafo 8º, a obrigação de realizar investimentos em obras será convertida na ampliação da redução tarifária em favor do usuário prevista no **Parágrafo 2º**, a ser calculada em percentual o mais constante possível e atualizado semestralmente com base nas estimativas de faturamento e efetivo faturamento, devendo persistir até se chegar ao valor total das obrigações assumidas pela **COLABORADORA**, levando-se em consideração o prazo da concessão.

Parágrafo 15. Eventual saldo ainda devido ao final da concessão será depositado em conta judicial em até 30 dias após o encerramento do prazo da concessão.

Parágrafo 16. Se o valor das obras escolhidas nos termos do **Parágrafo 8º** for inferior ao valor previsto no **Parágrafo 7º**, a diferença devida será convertida em redução tarifária em favor do usuário, nos termos do **Parágrafo 14**.

Parágrafo 17. Os valores previstos nos parágrafos anteriores serão atualizados semestralmente pela taxa SELIC.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

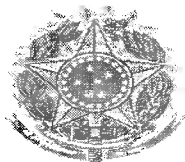
Parágrafo 18. A **COLABORADORA** não distribuirá lucros e não pagará um montante global de bônus em percentual que exceda o montante global pago na média dos 5 (cinco) anos anteriores até efetivar o provisionamento contábil, com correspondente valor em aplicações financeiras, no montante previsto no **Parágrafo 7º**, para assegurar a execução das obras, valor esse que poderá ser reduzido no decorrer da execução, não sendo nunca superior ao previsto no **Parágrafo 7º** nem inferior ao dobro do valor da obra pendente, aferido este último pelo projeto executivo, cronograma e relatório de fiscalização do Governo do Estado, não devendo ainda ser, jamais, inferior a R\$ 50 milhões.

Parágrafo 19. A redução do provisionamento mencionado no parágrafo anterior dependerá de autorização do MPF, que deverá ser requerida pela **COLABORADORA** com base nas referidas informações e documentos comprobatórios.

Parágrafo 20. Caso haja acionamento do seguro-garantia ou a obra não seja entregue em até 3 meses depois do prazo final de sua execução, a metade do valor provisionado será utilizado para conversão da obrigação em pecúnia, mediante depósito em conta judicial perante o juízo que homologar este acordo, o qual poderá ser revertido em redução tarifária em benefício do usuário em outras concessões ou em favor do Estado do Paraná, a critério do **MPF**.

Parágrafo 21. A **COLABORADORA** deve informar aos usuários, às suas expensas, por intermédio de placa explicativa de 8 m², em local de ampla visibilidade nas praças de pedágio e no cupom da tarifa, que o desconto tarifário é proveniente do cumprimento de obrigações pactuadas no presente acordo, por meio do seguinte texto, que deverá ser exposto enquanto vigorar o desconto: "O valor do pedágio foi reduzido em 30% [ou percentual aplicado no momento] porque recursos provenientes de corrupção foram recuperados pela Operação Lava Jato e aplicados em benefício do usuário".

Parágrafo 22. Todo valor pago em decorrência deste acordo não poderá em nenhuma hipótese servir de fundamento para reequilíbrio econômico-financeiro ou majoração de valor de tarifa por parte da concessionária no contrato de concessão, e tampouco ser compensado ou utilizado para fins tributários.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

IV - Proposta do Ministério Público Federal

Cláusula 7ª. O Ministério Público Federal – **MPF**, considerando a gravidade e a repercussão social dos fatos apurados e a eficácia da colaboração acordada, compromete-se:

a) a levar este Acordo de Leniência ao conhecimento de outros órgão públicos também competentes para apurar os fatos reportados, a pedido da **COLABORADORA**, especialmente a Controladoria Geral do Estado do Paraná, e realizar gestões para a celebração de acordos semelhantes com esses órgãos, inclusive com a consideração da data de assinatura deste Termo de Leniência para efeitos de termo de “*marker*” perante aqueles órgãos, inclusive com o objetivo de evitar o ressarcimento e o pagamento de multas em duplicidade no tocante ao valor pago por meio deste Acordo;

a) a não propor qualquer ação da natureza criminal pelos fatos e/ ou condutas revelados em decorrência deste **Acordo de Leniência** contra os prepostos ou acionistas que venham a subscrever este termo, pelos fatos ou condutas individualmente por eles revelados em decorrência deste Acordo de Leniência, observando aqui, no que couber, os termos da Lei nº 12.850/2013;

b) a não propor qualquer ação de natureza cível, inclusive ações de improbidade administrativa, pelos fatos ou condutas relacionados à corrupção reconhecida neste Acordo de Leniência, contra a **COLABORADORA**, e/ ou empresas de seu grupo econômico, e/ ou seus prepostos ou acionistas que venham a subscrever este **Termo de Leniência**, uma vez cumpridas integralmente as condições impostas neste acordo, conforme entendimento fundamentado do MPF.

Parágrafo 1º. O MPF poderá propor ação civil pública relativa à ilegalidade ou inadequação do critério de medição por insumos, inclusive para questionar suas consequências e exigir obrigação de fazer em relação às obras suprimidas em razão da adoção do referido critério, mormente em relação às obras de duplicação Piraí-Jaguariaíva; Apucarana-Ponta Grossa e execução do Contorno Leste de Apucarana, não devendo ser interpretado nada deste acordo em sentido contrário ao que dispõe este parágrafo.

Parágrafo 2º. Os benefícios previstos nessa cláusula, assim como os demais previstos em outros dispositivos do presente **Acordo de**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

Leniência, não abrangem fatos ilícitos não reconhecidos pela **COLABORADORA** nos Anexos deste Acordo.

V - Declarações da COLABORADORA e outros signatários

Cláusula 8ª. A **COLABORADORA** e seus prepostos, aderentes ou acionistas que venham a subscrever este **Termo de Leniência** declaram, sob as penas da lei, que:

1. as informações prestadas por eles perante as autoridades mencionadas com relação a este **Acordo de Leniência** são verdadeiras e precisas;
2. cessaram seu envolvimento nos fatos ilícitos descritos nos anexos a este acordo;
3. estão cientes de que o descumprimento de qualquer das obrigações previstas neste **Acordo de Leniência** poderá resultar na perda dos benefícios previstos neste termo;
4. estão cientes de que a prestação de quaisquer declarações ou informações falsas poderá ser considerada descumprimento do presente **Acordo de Leniência**, sem prejuízo das sanções penais;
5. estão cientes de que os benefícios decorrentes deste **Acordo de Leniência** são aplicáveis apenas aos fatos descritos nos anexos e compreendidos no âmbito desse acordo, inclusive documentos, provas, dados de corroboração, sistemas eletrônicos, bases de dados, entrevistas e depoimentos;
6. estão cientes de que os signatários que desistam, unilateralmente, no todo ou em parte, do presente **Acordo de Leniência**, uma vez assinado, ou que o descumpram, no todo ou em parte, não farão jus aos benefícios aqui acordados, podendo as informações e documentos apresentados relativos aos fatos e condutas abrangidas neste acordo serem utilizados para responsabilização dos **Prepostos Aderentes** que desistiram do Acordo ou o descumpriram, em quaisquer procedimentos instaurados ou propostos pelas autoridades públicas que tenham por objeto quaisquer fatos apurados em decorrência deste acordo; e



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

7. estão cientes de que, aderindo ao presente acordo, estarão obrigados a prestar declarações às autoridades competentes, acompanhados de seus advogados, com as obrigações aplicáveis a qualquer **COLABORADOR**, especialmente a renúncia ao exercício do direito ao silêncio e de não autoincriminação.

VI - Disposições Adicionais

Cláusula 9ª. Os signatários são individualmente responsáveis pelas obrigações assumidas e pelas declarações feitas com relação ao **Acordo de Leniência**, e o descumprimento das obrigações e/ou qualquer declaração falsa por parte de um dos signatários não deverá implicar responsabilidade ou descumprimento pelos demais signatários, nem de qualquer modo afetar os direitos dos demais signatários deste termo.

Cláusula 10. Este Acordo será levado à homologação do Juízo da 23ª Vara Federal de Curitiba e, em seus efeitos cíveis, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

Cláusula 11. A celebração, o valor e as condições deste Acordo de Leniência poderão ser tornados públicos a partir de sua assinatura. O conteúdo dos anexos deste Acordo de Leniência, no entanto, será de acesso restrito até o momento da apresentação de medidas cautelares, denúncias e/ou ações cíveis em relação a pessoas físicas ou jurídicas que venham a ser reveladas como responsáveis por infrações e ilícitos cíveis ou criminais em virtude da colaboração prestada a partir deste Acordo, ressalvada a possibilidade de compartilhamento ou divulgação parcial ou total dos fatos, inclusive para os auditores externos da **COLABORADORA**, desde que decorrente de decisão judicial ou por acordo das partes.

Cláusula 12. Os documentos, relatos, entrevistas e quaisquer outros elementos de informação apresentados no âmbito deste Acordo pela **COLABORADORA** e todos os seus prepostos signatários ou que vierem a aderir a este acordo não poderão ser utilizados para a aplicação de outras sanções não pactuadas em face da **COLABORADORA**, dos seus prepostos que vierem a aderir a este acordo ou de seus prepostos e acionistas que tiverem celebrado acordo de colaboração premiada, nos limites dos fatos por eles reconhecidos e do disposto em seus acordos, ressalvada a possibilidade de sua



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

utilização para cálculo e cobrança do ressarcimento dos prejuízos causados ao erário e lançamentos de tributos e juros de mora decorrentes, nos termos da nota técnica nº 01/17 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão.

VII – Renúncia à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio

Cláusula 13. Ao aderir ao **Acordo de Leniência**, as pessoas naturais, na presença de seus advogados, estão cientes do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação, a cujo exercício, nos termos do art. 4º, §14, da Lei 12.850/2013, **RENUNCIAM** nos depoimentos em que prestarem.

VIII – Rescisão

Cláusula 14. O **Acordo de Leniência** poderá ser rescindido:

a) se a **COLABORADORA** e/ ou seus prepostos ou acionistas signatários descumprirem, sem justificativa, as obrigações assumidas neste termo;

a) se os prepostos ou acionistas signatários da **COLABORADORA** sonegarem a verdade, ou mentirem em relação a fatos em apuração, em relação aos quais se obrigaram a cooperar, ou omitirem fatos que deveriam declarar;

b) se a **COLABORADORA** e/ou seus prepostos ou acionistas signatários deixarem de incluir em anexos qualquer fato criminoso, de que tenham conhecimento ou de que tenham participado, que seja conexo a fatos apurados na Operação Lava Jato (incluindo a Operação Integração e relacionadas), ou ainda relacionado aos demais fatos reconhecidos neste acordo;

c) se os prepostos ou acionistas signatários da **COLABORADORA** recusarem-se a prestar qualquer informação de que tenham conhecimento;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

d) se a **COLABORADORA** e/ou seus prepostos ou acionistas signatários recusarem-se a entregar documento ou prova que tenham em seu poder ou sob guarda de pessoa de suas relações ou sujeito à sua autoridade ou influência, salvo se, diante da eventual impossibilidade de obtenção direta de tais documentos ou provas, indicarem ao Ministério Público Federal a pessoa que o guarda e o local onde poderá ser obtido, para adoção das providências cabíveis;

e) se ficar comprovado que, após a celebração do acordo, a **COLABORADORA** e/ou seus prepostos ou acionistas signatários sonegaram, adulteraram, destruíram ou suprimiram provas que tinham em seu poder ou sob sua disponibilidade;

f) se qualquer preposto ou acionista signatário da **COLABORADORA** vier a praticar qualquer outro crime doloso da mesma espécie, após a assinatura deste acordo;

g) se qualquer preposto ou acionista signatário da **COLABORADORA** fugir ou tentar furtar-se à ação da Justiça Criminal;

h) se o **MPF** não pleitear em favor da **COLABORADORA** e/ ou seus prepostos ou acionistas signatários os benefícios legais aqui acordados;

i) se o sigilo a respeito deste **Acordo de Leniência** for quebrado por parte da **COLABORADORA** e/ ou seus Prepostos ou acionistas signatários, ou de suas defesas técnicas;

l) se a **COLABORADORA** e/ ou seus prepostos ou acionistas signatários, direta ou indiretamente, impugnarem os termos deste Acordo;

se a **COLABORADORA** deixar de pagar os valores previstos na Cláusula 6^a, decorridos 10 dias da data de comunicação da inadimplência a seu representante.

Parágrafo 1º. A rescisão do acordo na esfera criminal será decidida pelo juízo competente, mediante a prévia distribuição de procedimento próprio, notificação das partes e realização de audiência de justificação.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

Parágrafo 2º. A rescisão do acordo na esfera cível será decidida pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

Parágrafo 3º. Da decisão de rejeitar ou determinar a rescisão do acordo caberá recurso.

Parágrafo 4º. Sempre que possível, especialmente se circunscrita a infração a um indivíduo ou grupo de indivíduos, manter-se-á hígido o acordo de leniência entre as partes não culpadas.

Parágrafo 5º. Caso apurado fato criminoso envolvendo a **COLABORADORA** ou seus prepostos que não tenham sido reconhecidos nos anexos deste acordo, o MPF poderá desde logo propor a respectiva ação penal.

IX – Declaração de Aceitação

Cláusula 15. Nos termos do art. 6º, inc. III, da Lei 12.850/2013, a **COLABORADORA** e/ ou seus prepostos ou acionistas signatários, assistidos por seu(s) defensor(es), declaram a aceitação ao presente acordo de livre e espontânea vontade e, por estarem concordes, firmam as partes o presente acordo de leniência.

Curitiba, 01 de março de 2019.

Pela **RODONORTE - CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS INTEGRADAS S.A.:**

OAB SP. 120797
 Celso Vilela
 pu - 2. Ret. vj - P
 OAB/SP 66905



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

Pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**:

Deltan Martinazzo Dallagnol
 Procurador da República

Letícia Pohl Martello
 Procuradora da República

Felipe D'Elia Camargo
 Procurador da República

Diogo Castor de Mattos
 Procurador República

Antônio Carlos Welter
 Procurador Regional da República

Januário Paludo
 Procurador Regional da República

Roberson Henrique Pozzobon
 Procurador da República

Athayde Ribeiro Costa
 Procurador da República

Paulo Roberto Galvão de Carvalho
 Procurador da República

Laura Tessler
 Procuradora da República

Julio Noronha
 Procurador da República

Isabel Cristina Groba Vieira
 Procuradora Regional da República

Jerusa Burmann Viecili
 Procurador da República


Lyana Helena Joppert Kalluf
 Procuradora da República

Henrique Gentil Oliveira
 Procurador da República



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ
FORÇA-TAREFA

Raphael Otávio Bueno Santos
Procurador da República


Juliana de Azevedo Santa Rosa
Câmara
Procuradora da República