

OS JOGOS DA LENIÊNCIA: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA LEI ANTICORRUPÇÃO¹

Natália Batista da Costa Santos²

Fillipe Azevedo Rodrigues³

Resumo: Este trabalho objetiva fazer uma análise sobre a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), baseando-se nos métodos da Teoria Econômica e Análise Econômica do Direito. Através de pesquisa bibliográfica, promove-se uma relação entre o acordo de leniência, presente na referida Lei, e o Dilema dos Prisioneiros, pertencente à Teoria dos Jogos, além de inserir premissas da Teoria da Agência. A abordagem proposta guarda extrema relevância por analisar a legislação e seus comandos versados no combate a ilícitos tão comuns no contexto brasileiro, apresentando a eficácia dos dispositivos legais para desbaratar e reparar os danos causados por organizações envolvidas em casos de corrupção. Inicialmente, segue-se uma introdução sobre o que é

¹ Publicado originalmente na Revista Direito Público (Instituto Brasiliense de Direito Público), ano 14, n. 78, Brasília, nov/dez 2017.

² Graduada em Direito pela Universidade Potiguar (Unp) e membro do Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais, atuando na linha de pesquisa Economia do Crime e Criminologia.

³ Advogado e Professor, Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Portugal, Conselheiro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Norte, Membro do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Potiguar (UnP) e Editor-Chefe da Revista *Juris Rationis*. Possui Graduação em Direito e Mestrado em Direito Constitucional, ambos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Leciona nos cursos de Graduação em Direito da UnP e da Faculdade Maurício de Nassau (FMN), bem como colabora nas pós-graduações em Direito da UFRN, Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), da Faculdade Estácio de Sá e do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Análise Econômica do Direito, Direito Penal, Processo Penal e Direito Administrativo. Autor do Livro "Análise Econômica da Expansão do Direito Penal", publicado em 2014 pela Editora Del Rey, Belo Horizonte.

Análise Econômica do Direito, sua metodologia e uma apresentação sobre o que são as Teorias dos Jogos e da Agência. Posteriormente, passa-se à análise do texto legislativo. O trabalho é concluído com uma reflexão sobre a necessidade de racionalizar a intervenção estatal, evitando a solução penal para dar lugar a medidas administrativas capazes de prevenir e reparar com agilidade os danos causados pela corrupção.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito; Teoria dos Jogos; Teoria da Agência; Lei Anticorrupção.

THE GAMES OF LENIENCY: A ECONOMIC ANALYSIS OF ANTI-CORRUPTION LAW

Abstract: This paper aims to make an analysis of the Anti-Corruption Law (Law 12,846 / 2013), based on the methods of Economic Theory and Economic Analysis of Law. Through bibliographical research, promotes a relation between the leniency agreement, present in the Law and the Prisoners' Dilemma, belonging to Game Theory, and also insert the Agency theory's assumptions. The proposed approach holds extremely importance for it analyzes the legislation and its commands versed in the fighting of illegal acts that are so common in the Brazilian context, showing the effectiveness of legal provisions to dismantle and repair the damage done by organizations involved in corruption cases. Firstly, we make an introduction to what Economic Analysis of Law is, its methodology, and a presentation on what the Games and the Agency Theories are. Later, it moves on to the analysis of the legislation. The work is concluded with a reflection on the need to rationalize the state intervention, avoiding penal solutions to give rise to administrative measures that could prevent and nimbly repair the damage caused by corruption.

Keywords: Law and Economics; Game Theory; Agency Theory;

Anti-corruption Law.

1 INTRODUÇÃO



omo reflexo dos movimentos interdisciplinares próprios do início do Século XX, fundados no Realismo Jurídico, surge, nos Estados Unidos da América, a Análise Econômica do Direito, método através do qual os juseconomistas buscavam utilizar-se de uma abordagem econômica para tentar compreender o Direito, aperfeiçoando a ideia de eficácia para um critério econômico-jurídico de eficiência.

A utilização do aparato oferecido pelos métodos econômicos seria, então, capaz de auxiliar os juristas a examinarem qual a alternativa mais eficiente para solucionar problemas do ordenamento jurídico, com ênfase ao uso da microeconomia e economia do bem-estar social.

A Análise Econômica do Direito (AED) procura explicar e prever o comportamento das pessoas envolvidas com a lei, almejando, inclusive, uma legislação de melhor qualidade, sendo influente e eficiente em várias áreas do Direito, a exemplo da otimização das políticas públicas em matéria ambiental e na regulação do mercado de valores imobiliários.

O objetivo geral deste trabalho é, portanto, fazer uma análise econômica da Lei Federal n.º 12.846, de 2013, Lei Anti-corrupção, mostrando quais métodos e teorias foram empregados no texto legislativo e a importância deles, bem como investigar os êxitos da formulação normativa à luz do instrumental metodológico da Economia.

Quanto aos objetivos específicos, procura-se aproximar Direito e Economia como forma de promover um estudo mais completo e amplo sobre a aplicação dos métodos da Teoria Econômica na esfera jurídica, no intento de expor a necessidade de racionalizar a intervenção estatal, optando por meios

administrativos com sanções eficazes na prevenção e reparo dos danos oriundos da corrupção.

No tocante à metodologia, o método a ser utilizado é o hipotético-dedutivo. Por meio de uma abordagem qualitativa, busca-se aprimorar o conhecimento nas áreas da Economia e do Direito, de maneira a fomentar discussões cada vez mais incisivas sobre os métodos econômicos aplicáveis à ciência jurídica. Trata-se de uma pesquisa descritiva, na medida em que explana sobre as teorias econômicas; e também exploratória, buscando contribuir para o desenvolvimento cada vez maior de pesquisas sobre o tema.

Este trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma.

No capítulo 2, *Breve Histórico Sobre a Análise econômica do Direito*, é feita uma introdução acerca do surgimento das teorias econômicas aplicáveis ao estudo do Direito, os principais precursores das teorias são citados e a definição sobre o que é Análise Econômica do Direito é relatada.

No capítulo 3, *Metodologia da AED*, são apresentados os métodos juseconômicos utilizados para o desenvolvimento do presente trabalho, quais sejam: a Teoria da Escolha Racional, Teoria dos Jogos (o modelo do *Dilema dos Prisioneiros*) e a Teoria da Agência.

No capítulo 4, *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção*, parte-se da análise da Lei, objeto de estudo do trabalho, demonstrando como as teorias econômicas estão presentes em seu texto, enfatizando a eficiência dos métodos adotados, frente à necessidade de racionalizar a intervenção estatal, buscando soluções no âmbito administrativo.

Em suma, pretende-se ratificar a importância da união entre Economia e Direito com fins a realizar pesquisas que contribuam para solucionar problemas tão recorrentes em nosso ordenamento jurídico, em perene estado de desarmonia.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA DO

DIREITO

Almejando a desvinculação do juspositivismo e jusnaturalismo predominantes na ciência jurídica do século XX, surgiu uma nova visão do Direito chamada Realismo Jurídico, cujo principal escopo era o de aproximar a ciência jurídica e a realidade social. Afinal, as ações humanas constantemente modificam as regras de conduta que permeiam a sociedade, alterando também as regras do direito (RODRIGUES, 2014, p. 56).

Como reflexo dos movimentos interdisciplinares advindos do Realismo Jurídico, surge nos Estados Unidos da América a AED, a partir da qual buscava-se aperfeiçoar a ideia de eficácia, proposta no realismo, para um critério econômico-jurídico de eficiência.⁴

No livro *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*, Victor Hugo Domingues (2011, p. 45) assegura que “os instrumentos da economia aplicados ao direito não têm a pretensão de predizer o que é melhor, no sentido moral do que ‘deve ser’, mas sim do que é eficiente”.

A Análise Econômica do Direito é a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, destacando-se o uso da microeconomia e economia do bem-estar social, na tentativa de compreender e explicar as implicações fáticas e a lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em suma, é a utilização de uma abordagem econômica para tentar compreender o direito, método esse utilizado pelos chamados juseconomistas. (GICO JÚNIOR, 2011, p. 14).

Ivo Gico Júnior (2011, p. 15), sobre o assunto, põe a seguinte indagação:

De forma geral, os juseconomistas estão preocupados em tentar

⁴ “Essa visão de eficácia e concretude normativa como fonte do Direito fundou os alicerces das primeiras obras voltadas à sua análise econômica [...] o movimento *Law and Economics* ganhou força na década de 1960, mormente nas esferas do Direito Tributário (Henry Simons), do Direito Econômico, com ênfase para regulação anti-truste.” (RODRIGUES, 2014, p. 58).

responder a duas perguntas básicas: (a) quais são as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (b) que regra jurídica deveria ser adotada?

Como já citado, o Direito lida com os aspectos gerais da vida humana e seu comportamento em sociedade, sendo toda e qualquer atividade humana relevante, portanto passível de análise pelo método da AED, sejam essas ações individuais ou coletivas, na medida em que escolhas e decisões são racionalmente pensadas e, sobretudo, voltadas para o que for mais útil. Partese, nessa linha de raciocínio, da premissa utilitarista da Teoria da Escolha Racional⁵, na qual o ser racional maximiza o útil na hora da tomada de suas decisões. Toda e qualquer decisão individual ou coletiva que versar sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não, pode ser compreendida através de uma abordagem econômica. Toda atividade humana relevante é passível de análise econômica (GICO JÚNIOR, 2011, p. 13).

Richard Posner juntamente com Gary Stanley Becker merecem destaque quando se fala em AED, pois estenderam-na para os mais diversos campos jurídicos, como o estudo do crime e das penas, discriminação racial, casamentos e divórcios, na linha do utilitarismo de Bentham. (RODRIGUES, 2014, p. 59).

Em *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*, Posner afirma que a Análise Econômica do Direito tenta explicar e prever o comportamento das pessoas envolvidas com a lei, e também procura melhoras na legislação, influenciando um número importante de áreas.⁶

⁵ “A Teoria da Escolha Racional parte da premissa de que o comportamento humano tem fins instrumentais. Ao se deparar com um conjunto de opções (chamado conjunto de oportunidade), cada indivíduo (chamado de agente representativo) toma as decisões que lhe pareçam mais adequadas para atingir seus objetivos” (SALAMA, 2008, p. 49).

⁶ “The economic analysis of law, as it now exists not only in the United States but also in Europe, which has its own flourishing law and economics association, has both positive (that is, descriptive) and normative aspects. It tries to explain and predict the behavior of participants in and persons regulated by the law. It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or

These areas include antitrust, the regulation of public utilities and common carriers, environmental regulation, the computation of damages in personal injury suits, the regulation of the securities markets, the federal sentencing guidelines, the division of property and the calculation of alimony in divorce cases, and the law governing investment by pension funds and other trustees, and to have been a significant factor in the de-regulation movement and in free-market ideology generally. (POSNER, 2000, p. 2).

A utilização instrumental-metodológica da Teoria Econômica nas ciências jurídicas serve de bases interpretativas e analíticas para os diversos ramos do Direito, pautando-se sempre na eficácia da norma. (RODRIGUES, 2012, p. 110).

Há duas grandes frentes das quais a abordagem econômica do direito se divide: AED *Positiva* (*Descritiva*) e AED *Normativa* (*Prescritiva*). Segundo Richard Posner, a *Positiva* preocupa-se em analisar a estrutura jurídica vigente, propondo construções hermenêuticas que podem ajudá-lo a tornar-se mais eficiente. Para a tendência *Normativa*, não obstante, o conceito econômico de eficiência é um dos principais parâmetros valorativos do Direito. (RODRIGUES, 2014, p. 60-62).

Acrescentando e esclarecendo sobre as duas frentes da AED ora discutidas, em Gico Júnior (2011, p. 17) tem-se:

Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido.

Becker considera o crime uma “atividade econômica importante” ou mesmo uma “indústria”, não obstante à negligência

undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values. It is not merely an ivory-towered enterprise, at least in the United States, where the law and economics movement is understood to have influenced legal reform in a number of important areas.” (POSNER, 2000, p. 2).

quase total pelos economistas acerca do assunto. (BECKER, 1974, p. 3).

Ele também faz abordagens que vinculam economia com áreas do Direito e menciona o número crescente de crimes capitais, cujos custos sociais revelam-se extremamente elevados.⁷ Sua obra é uma das precursoras da ideia sobre a escolha racional dos criminosos, onde observou que quem cometia crimes contra o patrimônio agia de forma racional, calculando os custos de suas ações em relação às oportunidades. Para ele, decisões “ótimas” (ou favoráveis) são aquelas decisões que minimizam a perda, ou seja, maximizam o bem-estar do agente.

Sua obra *Crime and Punishment: An Economic Approach* é considerada a mais relevante para o estudo da AED aplicada à teoria dos delitos e das penas. Caracteriza o fenômeno da criminalidade como resultante da maximização racional dos agentes envolvidos: Estado, delinquente e vítima (RODRIGUES, 2014, p. 75).

3 METODOLOGIA DA AED

Para compreender como a Análise Econômica do Direito é um método apto a trazer resultados positivos para os problemas que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que se faça uma apresentação da metodologia própria da AED e como ela pode e vem sendo aplicada pelos juseconomistas.

Em um primeiro momento, cabe indentificar que os juseconomistas consideram o Direito como um conjunto de regras que determina custos e benefícios para os agentes que conduzem seus comportamentos em função de tais incentivos. Com o objetivo de possuírem capacidade de compreender como o agente se comporta e tentar prever suas ações e reações, os juseconomistas

⁷ “Moreover, with the large growth of tax and other legislation, tax evasion and other kinds of white-collar crime have presumably grown much more rapidly than felonies”. (BECKER, 2001, p.4).

investigam como age o ser humano diante de escolhas.⁸

Depois de verificar que o ser humano responde a incentivos, é possível compreender seu comportamento e identificar em que contexto se darão sua ação e tomada de decisões (hierárquico ou mercadológico). Na juseconomia, é importante salientar que mercado é o termo empregado pura e simplesmente ao contexto social em que os agentes podem tomar suas livres decisões. Nesse âmbito, será observado nos agentes um comportamento racional maximizador, comportamento este que os levará a realização de trocas até que se igualem os custos e benefícios. É o momento em que o mercado se encontra em *Equilíbrio*.⁹ O Equilíbrio nos leva a outro ponto relevante da AED, a Eficiência, no sentido “*Pareto-eficiente*”, pois equilíbrios constituem ótimos de Pareto, já que no equilíbrio não existe outra alocação de recursos em que seja possível melhorar a situação de alguém sem piorar a de outrem. (GICO JÚNIOR, 2011, p.21).

No livro *Manual de Economia política*, Vilfredo Pareto ergue os fundamentos do seu sistema de equilíbrio econômico, desenvolvendo o conceito de “Ótimo de Pareto”, o qual Victor Hugo Domingues (2011, p. 41) descreve:

O ‘Ótimo de Pareto’ é o exato momento de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar outros. Neste exato momento está caracterizado o critério de eficiência de Pareto

⁸ “A *escassez* dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes (senão não seria uma escolha, não é mesmo?). Toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de *custo de oportunidade*. [...] como escolhas devem ser realizadas, os agentes econômicos agem normalmente como se ponderassem os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, traz-lhes mais bem-estar”. (GICO JÚNIOR, 2011, p. 19-20).

⁹ Explicando melhor o termo supracitado “Equilíbrio é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes. Modificada a regra e um contexto onde a barganha é possível (mercado), os agentes realizarão trocas enquanto lhes for benéfico, até que o equilíbrio seja alcançado”.(GICO JÚNIOR, 2011, p.21).

Em suma, são esses alguns pressupostos basilares característicos da AED e seu método.

3.1 TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Conforme já citado, a *Teoria da Escolha Racional* procura entender o comportamento humano com base em paradigmas funcionais. Diante de um leque de opções dadas por uma situação, o indivíduo, primando por maximizar seu bem-estar, decide por uma dessas opções após analisar os custos de oportunidade, chamados de *trade off*, e os demais custos inerentes à escolha. (RODRIGUES, 2014, p. 62).

Para entender essa teoria, cabe citar o vetor escassez, ponto de partida da análise econômica de acordo com Salama (2008, p. 16). Para ele, a escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e incorrerem em *trade offs*, que seriam “sacrifícios”. Analisar do que “se abre mão” na hora de uma escolha é analisar nada menos que o “custo de oportunidade” (SALAMA, 2008, p. 16). A existência de um custo não se confunde com valor pecuniário, vale salientar. Acerca da maximização racional, Salama (2008, p. 16-17) explicita:

A premissa comportamental implícita na Teoria dos Preços é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Daí dizer-se que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar. Note que a ideia é a de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de bem-estar, e também de que a maximização se dá em todas as suas atividades. Esse comportamento maximizador é, portanto, tomado como abrangendo uma enorme gama de ações, que vão desde a decisão de consumir ou produzir um bem, até a decisão de contratar com alguém, de pagar impostos, de aceitar ou propor um acordo em um litígio, de falar ao telefone celular ao dirigir e, até mesmo, de votar contra ou a favor de um projeto de lei.

Os indivíduos, destarte, comportam-se em função de maximizar aquilo a que atribuem um valor de utilidade, reiterando aqui a influência utilitarista na Teoria da Escolha Racional. Para

Cooter e Ulen (2012. p. 18), a teoria econômica que corresponde a como as pessoas fazem escolhas refere-se à Teoria da Escolha Racional:

The construction of the economic model of consumer choice begins with an account of the preferences of consumers. Consumers are assumed to know the things they like and dislike and to be able to rank the available alternative combinations of goods and services according to their ability to satisfy the consumer's preferences. This involves no more than ranking the alternatives as better than, worse than, or equally as good as one another. Indeed, some economists believe that the conditions they impose on the ordering or ranking of consumer preferences constitute what an economist means by the term *rational*.

Um outro conceito importante quando se fala de escolha racional é o já mencionado equilíbrio na interação entre indivíduos maximizadores. O *equilíbrio* é o “padrão inaugural que se perpetua até a interferência de fatores externos à relação”. (RODRIGUES, 2014, p. 63-64).

A este conceito, alia-se o de *eficiência*, o qual resume a Teoria da Escolha Racional. Conforme já mencionado, a eficiência se traduz em uma situação impossível de ser modificada de forma a deixar um indivíduo em benefício, sem, em consequência disso, piorar a situação de outro indivíduo. Sobre equilíbrio econômico:

Podemos defini-lo de diferentes maneiras, que no fundo dão no mesmo. Pode-se dizer que o equilíbrio econômico é o estado que se manteria indefinidamente se não houvesse nenhuma mudança nas condições nas quais o observamos. Se, no momento, nós consideramos apenas o equilíbrio estável, podemos dizer que ele é determinado de tal maneira que, se modificado francamente, tende, de imediato, a restabelecer-se, a retomar a seu primeiro estado. As duas definições são equivalentes. (PARETO, 1996, p. 128)

Feitas tais considerações, cabe adentrar no estudo da Teoria dos Jogos.

3.2 TEORIA DOS JOGOS

Nas palavras de Bruno Meyerhof Salama (2008, p. 50):

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

Essa teoria aborda a interação entre agentes maximizadores, momento em que prevalece o comportamento estratégico, já que os resultados de seus atos dependem do comportamento que os demais assumirão. Hilbrecht afirma que a teoria assume que os tomadores de decisão (jogadores ou agentes) são racionais, significando que eles sabem seus objetivos e preferências; sabem quais as limitações e restrições relevantes às suas ações; e conseguem escolher a melhor ação dados seus objetivos e respeitadas as limitações. Isto é, trata-se da ciência do comportamento racional em situações em que existe interação ou interdependência entre os agentes. (HILBRECHT, 2011, p.115).

Sobre ser uma teoria crescentemente usada no Direito, basicamente são apresentados dois motivos¹⁰:

O primeiro é que a teoria dos jogos provê uma estrutura de análise útil para prever o impacto de leis, constituições, normas sociais etc. na sociedade, pois estas representam restrições ao comportamento das pessoas. Consequentemente, agentes racionais levam em consideração essas restrições para escolher a melhor ação possível para alcançar seus próprios objetivos. [...] O segundo motivo é que, por avaliar as consequências das leis, a teoria dos jogos pode ajudar profissionais das áreas

¹⁰ “A teoria dos jogos pode ajudar juristas e legisladores a analisar e entender as consequências de determinadas estruturas legais. Como exemplo, suponha que um legislador hipotético, preocupado com o crescimento de roubos e assaltos, deseja criar uma lei que aumente a pena prevista para tais crimes. Uma consequência não intencional de tal lei pode ser simplesmente o aumento do número de latrocínios, pois o criminoso, dotado de racionalidade, pode passar a preferir assassinar suas vítimas com o intuito de eliminar testemunhas e reduzir a probabilidade de ser condenado.” (HILBRECHT, 2011, p. 115)

jurídicas a desenharem sistemas legais para que os objetivos desejados sejam mais facilmente alcançados. (HILBRECHT, 2011, p. 115-116).

O modelo básico da Teoria dos Jogos chama-se *O Dilema dos Prisioneiros*, um jogo onde os agentes (jogadores) têm estratégias dominantes. A característica essencial desse dilema traduz-se no conflito que existe entre interesses coletivos e o autointeresse dos jogadores.

O contexto do dilema dos prisioneiros envolve dois suspeitos de um crime, ora denominados A e B, suas disposições em confessar o crime cometido e a polícia que os capturou. Os dois são colocados em celas separadas, de forma que não consigam comunicar-se entre si. A polícia não possui evidências concretas de que cometeram o crime e oferece a cada um, separadamente, a chance de confessar e delatar o outro suspeito. Se nenhum deles confessar, ambos são condenados por uma causa de delito menor, com pena de dois anos para cada um. Se ambos confessam, terão uma pena maior, pela gravidade do delito, mas obterão uma redução na pena pela cooperação com a investigação, com pena de seis anos para cada um. Em outra hipótese, se um confessa e o outro não, o que confessou terá pena de um ano e o outro terá pena de 10 anos. (HILBRECHT, 2011, p.119-120).

No dilema, afirma Fillipe Azevedo Rodrigues (2014, p. 73):

Por ser a opção de menor risco de punição elevada (melhor *payoff*), ambos os suspeitos deverão *confessar*, o que torna esta *estratégia dominante* do problema.

O que Hilbrecht considera *payoffs* “são os resultados que cada jogador espera conseguir em cada combinação possível das estratégias escolhidas pelos jogadores”. Ele considera dominante a estratégia cujos *payoffs* são maiores do que as estratégias alternativas, independente da escolha dos rivais; a estratégia dominante sempre apresentará o melhor *payoff* em relação às estratégias alternativas, por isso sempre deve ser usada. (HILBRECHT, 2011, p. 117-118).

Ainda sobre o dilema dos prisioneiros, Gisele Chaves Sampaio Alcântara (2012, p. 90), juíza federal da 24ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, disserta:

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

Ao analisar o jogo no dilema dos prisioneiros, objetivando prever os resultados, ou seja, quais estratégias serão adotadas pelos jogadores, utiliza-se o conceito de *Equilíbrio de Nash*, que funciona da seguinte forma: cada jogador escolhe uma estratégia que lhe dá o maior *payoff* possível, dadas as estratégias que outros jogadores puderam escolher. No *Equilíbrio de Nash*,¹¹ os jogadores estão satisfeitos com suas escolhas; nenhum jogador gostaria de mudar sua estratégia ao saber qual a escolha de seus rivais. (HILBRECHT, 2011, p. 120).

3.3 TEORIA DA AGÊNCIA

Com origem na microeconomia, a Teoria da Agência mostra-se como um instrumento fundamental para o entendimento de relações contratuais delegativas, que envolvem controles e incentivos, pontos característicos dos sistemas administrativos burocráticos.

O fundamento dessa teoria corresponde a um determinado modelo comportamental de agentes, que pressupõem terem

¹¹ “O equilíbrio de estratégias dominantes no Dilema dos Prisioneiros também é considerado como o *equilíbrio de Nash* do problema, o qual é atingido quando cada jogador escolhe a estratégia que lhe renda maior *payoff* possível, considerando-se as estratégias escolhidas pelos demais jogadores.”. (RODRIGUES, 2014, p. 74).

o mesmo comportamento econômico racional, sejam eles agentes políticos, empresários ou burocratas. Como são agentes de trocas, semelhantes ao *homem econômico*, podem ser analisados como possuidores de um comportamento utilitário, racional, semelhante ao que ocorre na esfera puramente econômica. (ARAÚJO e SANCHEZ, 2005, p. 150).

Sobre o tema, afirma Karl Monsma¹²:

A teoria da agência originou-se na Economia e as versões sociológicas da teoria baseiam-se nas mesmas pressuposições adotadas pela maioria dos economistas. Esta abordagem geral, denominada ‘escolha racional’, pressupõe que, do leque de ações possíveis numa situação dada, as pessoas escolham racionalmente aquelas que maximizam as chances de conseguir suas metas e realizar seus projetos. (MONSMA, 2000, p. 85).

Existem dois tipos gerais de agência, segundo a teoria. A agência “senhor-servo” (que segue uma distinção da *common law* da Inglaterra) e agência do tipo “contratante independente”. No primeiro, há uma relação de emprego que oferece ao *principal* autoridade sobre o agente; no segundo tipo, o principal solicita um serviço ao agente, que pode executá-lo livremente, como ocorre com profissionais liberais (MONSMA, 2000, p. 88).

Ao analisar o funcionamento de empresas, observa-se a relação que ocorre entre os diversos participantes da mesma e que atuam na relação corporativa. A teoria da agência procura entender como fazer para que administradores, empregados e terceirizados desenvolvam esforços necessários à maximização das utilidades do proprietário. A teoria trabalha com os seguintes elementos: o principal (quem define o objetivo a ser perseguido); o agente (que deve orientar seu comportamento para atender à expectativa do principal); e as preferências de ambos, as quais não convergem. É salutar mencionar que em oposição

¹² “A teoria da agência constitui uma parte importante da economia de custos de transação e vem ganhando espaço na Sociologia. Nesse olhar, organizações ajudam a resolver problemas de agência e são construídas, em grande parte, de relações entre *principals* e agentes. Variações na natureza da agência também podem explicar importantes diferenças entre organizações.” (MONSMA, 2000, p. 88).

ao pressuposto da economia neoclássica de que os agentes possuem informações completas sobre os mercados e agentes que nele interagem, a teoria da agência adota o pensamento oposto, a *assimetria de informações*¹³ (PINHEIRO FILHO, 2011, p. 103).

Em relação ao alcance que o estudo dessa relação agente-principal possui, Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (2011, p. 104-105) expõe o que segue:

O estudo da relação agente-principal perpassa diversas questões econômicas e jurídicas, tais como a relação entre as partes contratantes, entre empregador e empregado, entre regulador e regulado, entre formuladores da política e beneficiários dessa política, entre instituições financeiras e tomadores de empréstimos, dentre outros.

É certo que o mais interessante e que será alvo de análise no presente trabalho refere-se ao estudo dessas interações entre instituições financeiras, corporações e empresas que possuem contratos com a administração pública. Importante aludir ao fato de que os “modelos econômicos que tratam do dilema agente-principal, em sua maioria, são construídos na forma da teoria dos jogos, retratando o agente e o principal como jogadores de um determinado jogo”. (PINHEIRO, 2011, p. 106).

É primordial que essa relação entre teoria da agência e teoria dos jogos tenha sido elucidada para que a análise a seguir suceda de forma clara. Trata-se de uma discussão que tende a ocupar cada vez mais um lugar que merece notoriedade nos estudos relativos a direito e economia.

4 O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

¹³ “No âmbito da Teoria da Agência, assimetria de informações significa que o principal não consegue saber se o nível de comprometimento do agente é compatível com o grau de maximização de utilidade desejada, por isso, o principal pode ser levado a fazer escolhas equivocadas, como a contratação de um empregado cujas preferências não são compatíveis com as do principal. De outro lado, o agente, ciente de que o controle que o principal exerce é ineficiente, fica livre para implementar suas preferências.” (PINHEIRO FILHO, 2011, p. 104).

A Lei Federal n.º 12.846, de 1.º de agosto de 2013, mais conhecida com Lei Anticorrupção, tem por objeto a responsabilização objetiva, nos âmbitos civil e administrativo, de empresas cujas práticas resultem em atos lesivos a administração pública nacional e estrangeira.

A Lei destina-se a sociedades empresárias, associações de entidades ou pessoas, fundações e demais organizações constituídas, de fato ou de direito, ainda que temporariamente, conforme dita seu dispositivo inaugural.

Dentre suas inovações, pode-se citar: (i) a responsabilidade objetiva destinada às empresas envolvidas em casos de corrupção, independentemente de culpa; (ii) sanções com maior rigidez, com multas que podem chegar a valores de até 20% do faturamento bruto anual da empresa; e (iii) o acordo de leniência.

A finalidade precípua do Diploma é inibir e responsabilizar os agentes de empresas envolvidos em episódios de corrupção, haja vista não ser incomum empresas atuarem com o poder político compondo cartéis, ajustando-se previamente, por ocasião da publicação de editais licitatórios, negociando preços entre si para criar uma falsa sensação de competição etc. Dessa forma, ocorre a maximização da utilidade que cada empresa pensa em possuir, formando os esquemas de corrupção tais como o escândalo envolvendo a Construtora Norberto Odebrecht (CNO) e a Construtora *Andrade Gutierrez*, investigadas na Operação Lava Jato, suspeitas de comandar um esquema de cartel dentro da Petrobras.

Assim, em seu art. 16, a Lei Anticorrupção disciplina um instrumento inovador para o intento de dissuadir condutas ilícitas dessa natureza, trata-se, pois, do acordo de leniência, a ser celebrado com pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos na Lei. Para tanto, devem essas pessoas colaborarem efetivamente com as investigações e o processo administrativo com vistas a (i)

identificação dos demais envolvidos na infração e (ii) obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Além disso, é necessário que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre o interesse em cooperar e que cesse completamente seu envolvimento com a infração alvo da investigação, a partir da data da propositura do acordo. O que se verifica aqui é semelhante ao *Dilema dos Prisioneiros* na Teoria dos Jogos, pois oferece um benefício a um dos agentes para que ele colabore com a investigação, no intuito de forçá-lo a maximizar seu próprio interesse, no caso, uma redução de pena ou menos o cumprimento da pena em liberdade, a depender do caso e das circunstâncias presentes.

É interessante mencionar quanto aos efeitos do Acordo de Leniência, que ele “não exime a responsabilidade civil pela reparação do dano, que sempre subsistirá, ainda que as sanções não sejam aplicadas” e, ainda, a norma normalmente não irá beneficiar as pessoas jurídicas autônomas que pertencem ao mesmo grupo econômico, “a menos que elas também assinem o ajuste”. (DAL POZZO *et alii*, 2015).

Essa solução consensual prevista na Lei estimula os agentes das empresas envolvidas em cartéis a entregarem as demais empresas e o modo como operam, contribuindo para a investigação a partir de informações de quem, de fato, conhecia o esquema internamente. Nesse dilema do acordo de leniência, como já discutido, a opção com menor risco de punição, ou seja, o melhor *payoff*, é colaborar, mesmo que os outros agentes não o façam, será sempre a opção de menor risco, a estratégia dominante em outras palavras.

No caso das construtoras acima mencionado, o doleiro Alberto Youssef fechou o acordo de colaboração premiada, instrumento análogo ao acordo de leniência no processo penal, passando a delatar todo o esquema de cartel de empresas contratadas pela Petrobras, bem como sobre as empresas de fachada e os nomes de muitos envolvidos no escândalo. Dessa forma, passou a contribuir com

as investigações de natureza penal para que o esquema de corrupção pudesse ser desfeito e recebeu um “incentivo”, negociado em seu acordo de colaboração.

Sobre a operação Lava Jato e as colaborações disse o procurador Carlos Fernando dos Santos Lima, em matéria publicada no G1:

Uma série de colaboradores que nos indicou o caminho dos valores no exterior, e isso facilitou e chegamos a este momento que nós definimos a necessidade destas prisões.

É notável que tais formulações econômicas desempenham e ainda podem desempenhar mais um papel importantíssimo quando associadas ao Direito, no sentido de garantir eficácia de punições decorrentes dos ilícitos cometidos por pessoas jurídicas contra a administração pública, através de um método analítico e demonstrando quais os mecanismos eficientes para eliminar esse tipo de comportamento pelos agentes dessas empresas. A teoria dos jogos, em especial, é fundamental na dissuasão da corrupção, principalmente no âmbito das grandes empresas que atuam com o poder público.

Ainda acerca da relevante contribuição da AED para o Direito, Ivo Gico Júnior (2011, p. 11) acrescenta:

Primeiro, porque oferece um arrouço teórico abrangente, claramente superior à intuição e ao senso comum, capaz de iluminar questões em todas as searas jurídicas, inclusive em áreas normalmente não associadas como suscetíveis a este tipo de análise. Segundo, porque é um método de análise robusto o suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui um caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual. E, terceiro, porque é flexível o suficiente para adaptar-se a situações fáticas específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinaridade), e o que contribui para uma compreensão mais holística do mundo e para o desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo e não ergódico.

Cabe também, na análise do texto legislativo em questão, associá-lo à Teoria da Agência, anteriormente mencionada, pois

consistente em premissa fundamental no entendimento das relações contratuais que envolvem controle e incentivos, basicamente o objeto de análise deste trabalho. Indubitavelmente, os desvios cometidos pelos representantes das pessoas jurídicas envolvidas em esquemas de corrupção estão associados às vantagens que eles maximizam, como homens racionais que são. A teoria da agência é capaz de entender como eles são inclinados a realizar esses atos, pois defende que através de escolhas racionais, os agentes são capazes de maximizar a escolha mais útil para eles diante do leque de opções que lhes é apresentado.

Como consequência da assimetria existente entre principal e agente à respeito das informações sobre o nível de comprometimento, o principal não é capaz de saber com exatidão até que ponto o agente maximizará a escolha desejada. Em contrapartida, ciente dessa insuficiência do controle que o principal exerce, o agente terá mais liberdade de exercer sua função, portanto, mostra-se e tende a ser mais inclinado a agir maximizando seu interesse individual, envolvendo-se, inclusive, com ações corruptíveis. Essa assimetria a respeito do conhecimento das informações justifica a aplicação do jogo não cooperativo no tocante ao acordo de leniência, que se assemelha ao modelo do *Dilema dos Prisioneiros*, ao qual se fez alusão para apresentar e discutir semelhanças e pontos positivos da aplicação de teorias econômicas no Direito.

A propósito do tema:

O problema nesse tipo de relacionamento reside na assimetria de informação, ou seja, no fato de duas partes que se relacionam não deterem a mesma informação, colocando uma das partes – quem delega responsabilidades, o *titular* – em desvantagem no relacionamento como o outro, o *agente* (chamaremos a isto de o *problema de delegação*). É importante observar que os problemas trazidos pela Teoria da Agência são mais compreendidos quando os pressupostos comportamentais são os do *homem contratual*, que tende a aproveitar a assimetria de informação existente na relação *titular/agente* para obter vantagens”. (ARAÚJO e SANCHEZ, 2005, p. 157).

Assim, podemos observar e enfatizar a necessidade de

cada vez mais unir os estudos do Direito e Economia, como forma de minimizar os problemas existentes na eficiência da atuação do sistema de justiça brasileiro, principalmente em busca de inibir ao máximo a corrupção empresarial. Por isso, torna-se indiscutível a importância de métodos de análise econômica servirem de instrumental metodológico ao Direito, a exemplo dos institutos da colaboração premiada e do acordo de leniência.

Interessante ainda ressaltar a importância da Lei Anticorrupção disciplinar uma alternativa administrativa à expansão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois a inflação legislativa punitivista não se demonstrou apta a proteger eficientemente Erário e os demais bens jurídicos pertinentes à Administração Pública.¹⁴

O acordo de leniência é, portanto, eficiente no contexto da Lei Anticorrupção, porquanto, em virtude do acordo, é possível alcançar a repressão ao ilícito e à reparação dos danos decorrentes. A Administração pode reaver valores e arrecadar com a sanção administrativa de multa.

5 CONCLUSÃO

A partir do século XX, em oposição ao jusnaturalismo e ao juspositivismo, surge para a ciência jurídica uma nova visão do Direito, o Realismo Jurídico, cujo principal escopo era o de aproximar a ciência jurídica e a realidade social. Como reflexo dos movimentos interdisciplinares, surge nos Estados Unidos da América a AED, que buscava aperfeiçoar a ideia de eficácia para o critério econômico de eficiência.

¹⁴ Sobre o assunto, vide a posição de Bitencourt (2011, p. 600-601): “De certa forma, essa Lei n.9714/98, como tantas outras das chamadas ‘reformas pontuais’, cria certa desarmonia no sistema penal brasileiro, que, na verdade, nunca foi tão harmonioso assim. Mas, enfim, havia uma boa sistematização político-criminal em nosso ordenamento jurídico-penal, que começou a desmoronar com a edição das Leis de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), do Crime Organizado (9.034/95) [...] destruindo o que restava de harmonia e coerência no sistema criminal brasileiro, ignorando o princípio da proporcionalidade, com desrespeito à importância do bem jurídico”.

A Análise Econômica do Direito utiliza o instrumental analítico e empírico da ciência econômica, notadamente no âmbito do estudo da microeconomia, para tentar compreender e explicar a racionalidade e as implicações fáticas do ordenamento jurídico. Trata-se do método eleito pelos juseconomistas para entender o Direito aos olhos da Economia.

Vimos que, pela Teoria da Escolha Racional, dado um catálogo de opções para determinada situação, o indivíduo, *homo economicus*, prima pela maximização de seu bem-estar, fazendo uma escolha após a análise dos chamados custos de oportunidades.

Disso, partimos ao estudo da Teoria dos Jogos a fim de analisar o modelo não cooperativo do *Dilema dos Prisioneiros*, cuja aplicação contribui para o entendimento e boa aplicação do acordo de leniência, apresentado no texto legislativo objeto de estudo do presente trabalho.

Buscou-se também, por intermédio do estudo da Teoria da Agência, demonstrar um determinado modelo comportamental de agentes afrente de grandes corporações, pressupondo-se o mesmo comportamento econômico racional, sejam eles agentes políticos, empresários ou burocratas. Verifica-se, outrossim, a assimetria informacional entre os agentes, o que caracteriza um jogo de não cooperação entre eles, igualmente presente no procedimento do acordo de leniência.

A Lei Anticorrupção foi destinada justamente para inibir e responsabilizar as empresas envolvidas em episódios de corrupção e traz, em seu bojo, os métodos que identificamos pertencer à Teoria Econômica. É notável que essa teoria da economia desempenha e ainda pode desempenhar um papel importantíssimo quando associada ao Direito brasileiro, garantindo a eficácia de punições dos crimes cometidos por pessoas jurídicas contra a administração pública. A lógica econômica aplicada ao Direito é eixo fundamental na busca da diminuição da corrupção, principalmente no âmbito das grandes empresas que atuam lado a lado com o Poder

Público.

Finalmente, cabe ressaltar a importância da Lei Anticorrupção ter encontrado uma solução no âmbito administrativo, no que diz respeito à sanção dos ilícitos previstos, pois evita a intervenção do Direito Penal, na forma do princípio constitucional de *ultima ratio*.



REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. *Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos*. Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n.57, p. 88-94, 2012, p. 90. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1592>>. Acesso em: 30 de Julho de 2016.
- ARAÚJO, Marcelo; SANCHEZ, Oscar Adolfo. *A corrupção e os controles internos do Estado*. Revista brasileira de Ciências Sociais. Vol.15 n.43, 2000, p. 1-38. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092000000200006>. Acesso em: 29 de Julho de 2016.
- BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. In: *Journal of Political Economy: Essays in the economics of crime and punishment*, National Bureau of Economic Research, p. 169-217, 2001, p.169-172. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1830482?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101968867553>> Acesso em: 29 de Julho de 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: Parte geral, 1*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- BRASIL. Lei n. 12846, de 1 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2016.
- BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Lei Anticorrupção. Brasília: Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle; 2013. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao>>. Acesso em: 31 de julho de 2016.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6ª ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.
- CAIRES, Fernanda Oliveira; CHAVES, Carlos Moisés O. *Economia do Crime: Uma análise econômica das variáveis que levam um indivíduo a optar pelo crime*. XII Edição da Semana de Economia da Uesb, 2013, p. 1-20.
- DAL POZZO, Antonio Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei n. 12.846/2013 – 2ª edição*, revista e atualizada de acordo com o Decreto n. 8420/2015 e o novo Código de Processo Civil. São Paulo, Editora Contracorrente, 2015.
- DIONÍSIO, Bibiana. *Odebrecht e Gutierrez eram mais sofisticadas na corrupção, diz MPF*. G1 Paraná, 21 de junho de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/06/odebrecht-e-gutierrez-eram-mais-sofisticadas-na-corupcao-diz-mpf.html>>. Acesso em: 31 de Julho de 2016.
- DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO; KLEIN (coord.), *O que é Análise Econômica do Direito: Uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In:

- TIMM, Luciano Benetti (org.), *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, p.1-33, 2011.
- HILBRECHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.), *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, p.115-138, 2011.
- MONSMA, Karl. *Repensando a Escolha Racional e a Teoria da Agência: Fazendeiros de gado e capatazes do século XIX*. Revista brasileira de Ciências Sociais. Vol.15, n.43, 2000, p. 1-31. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v15n43/006.pdf>>. Acesso em: 29 de Junho de 2013.
- PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Trad. João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1996.
- POSNER, Richard A. *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*. In Chicago Lectures in Law and Economics, Eric Posner eds. (Foundation Press, 2000, p. 2)
- PINHEIRO FILHO, Francisco Renato C. Teoria da Agência (Problema Agente-Principal). In: RIBEIRO; KLEIN (coord.), *O que é Análise Econômica do Direito: Uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da execução penal: ressocialização e regime semiaberto*. Revista Direito e Liberdade, v. 13, n.º 2, p. 101-124, 2012, p. 110. Disponível em:<http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/403/433>. Acesso em 29 de julho de 2016.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em direito e economia*. In: Cadernos direito GV, v.5, n.º 2, estudo n.º 22, 2008, p. 49. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%25022.pdf?sequence=1>> Acesso em: 29 de Julho de 2016

SHITANTI, Tomaz M. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.