XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS

HERENA NEVES MAUÉS CORRÊA DE MELO

OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gabriela Oliveira Freitas; Herena Neves Maués Corrêa de Melo; Osvaldo Agripino de Castro Junior. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-602-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Transformações na ordem social e econômica. 3. Regulação. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Nos dias 7, 8 e 9 de dezembro de 2022, ocorreu o XXIX Congresso Nacional do Conpedi, na cidade de Balneário Camboriú, com o tema "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities".

É com satisfação que apresentamos a toda comunidade jurídica os artigos que compuseram o Grupo de Trabalho de "Transformação na Ordem Social e Econômica e Regulação", que demonstram que o estudo jurídico não pode se desvencilhar das transformações na sócio-econômicas, indicando, ainda, a necessária compatibilização das evoluções, principalmente tecnológicas, com o desenvolvimento sustentável.

O artigo "A (DES)REGULAÇÃO DA PLATAFORMA DE TECNOLOGIA UBER NO BRASIL", elaborado por Karla Vaz Fernandes, Denise Pineli Chaveiro e Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos, apresenta uma análise crítica do mercado de consumo disruptivo, que viabiliza, por meio da tecnologia, novos serviços. A partir desta análise, apresentam a discussão acerca de uma necessidade ou não de intervenção do Estado nesses novos mercados, com enfoque, especificamente, na plataforma Uber.

No artigo intitulado "MUDANÇAS CLIMÁTICAS E O DESAFIO DE CONSERVAR AS FLORESTAS", desenvolvido por Marcus Luiz Dias Coelho, Danyelle Avila Borges e Edna Márcia Lopes Caetano, aborda-se a a questão das mudanças climáticas, a partir de estudos da COP26, com o objetivo de demonstrar a relevância das florestas, para além da questão ambiental, abrangendo também sua relação com a saúde humana e aspectos socioeconômicos.

Em "O CONSUMISMO E SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO DA SOCIEDADE 5.0", Marcus Luiz Dias Coelho, Danyelle Avila Borges e Maraluce Maria Custódio discorrem sobre a sociedade pós-moderna, a partir dos estudos desenvolvidos por Gilles Lipovetsky, demonstrando a necessária conversão do consumismo desmedido em um consumismo consciente, a fim de construir uma possibilidade de coexistência do consumismo e da sustentabilidade.

A pesquisa desenvolvida por Ainna Vilares Ramos, no artigo “BLOCKCHAIN FISCAL: DESAFIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DOS CONTRIBUINTES”, trabalha a questão da blockchain fiscal, a partir do fenômeno de aversão ao risco e de sua capacidade de ocasionar a detração do desenvolvimento econômico. Analisa a compatibilidade entre a LGPD e o tratamento de dados pessoais pela Administração Pública, demonstrando que ferramentas tecnológicas como a blockchain podem facilitar a cobrança de obrigações tributárias e reduzir a sonegação de tributos em razão da confiabilidade e da criptografia.

Com o artigo “POSSIBILIDADES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA REGULAÇÃO DO TRANSPORTE MARÍTIMO E DA ATIVIDADE PORTUÁRIA”, Osvaldo Agripino de Castro Junior aponta a necessidade de maior efetividade da regulação econômica da atividade portuária, visando um equilíbrio entre o retorno ao investidor privado e a adequada prestação de serviços ao usuário. Para atingir tal objetivo, o autor se vale da Análise Econômica do Direito, que apresenta como forma de contribuir para a efetividade da modicidade nos preços e tarifas no setor, para a condição do serviço adequado e, ainda, para a redução das externalidades negativas.

Liciane André Francisco da Silva e Marisa Rossignoli, com o artigo “A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS SOB A PERSPECTIVA KEYNESIANA: UMA ANÁLISE CRÍTICA”, apresentam uma análise crítica dos incentivos fiscais para a Zona Franca de Manaus, denunciando que, contemporaneamente, verifica-se uma redução da arrecadação fiscal, sem que haja um aumento significativo das empresas ali instaladas, levantando a reflexão acerca da necessidade de remodelar os incentivos fiscais.

No artigo “DIREITOS HUMANOS E A PANDEMIA PELA COVID 19 NO BRASIL: TEMPOS DE CRISE E IMPLICAÇÕES SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS”, Maria Carolina Negrini, Ricardo Hasson Sayeg e Carolina Caran Duque apresentam uma análise crítica da realidade social brasileira quanto à efetivação dos direitos humanos, a partir do viés do capitalismo humanista. A partir da teoria da reserva do possível e da proibição do retrocesso em matéria de direitos humanos, discorrem sobre direitos humanos em tempos de crise, abordando especificamente o contexto pandêmico.

Gabrielle Kolling, Cristina Aguiar Ferreira da Silva e Gernardes Silva Andrade, com o artigo “REGULAÇÃO DE ORGÂNICOS E AGROECOLÓGICOS: A RELEVÂNCIA DAS RELAÇÕES SOCIAIS CAMPESINAS E DO CONTROLE SOCIAL DA PRODUÇÃO”, abordam a regulação de orgânicos e agroecológicos, tendo como foco o Direito

Transnacional, demonstrando que esta regulação pode se traduzir como mecanismo de preservação dos direitos sociais, em que se inclui o direito à alimentação adequada e de qualidade.

No artigo "OIT E ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO: O AGIR COMUNICATIVO PARA A CONSCIENTIZAÇÃO EMPRESARIAL E A REORGANIZAÇÃO OTIMIZADA DO TRABALHO E DA PRODUTIVIDADE", Thábata Biazzuz Veronese apresenta instigante análise sobre as mudanças nas relações de trabalho na sociedade da informação, destacando a necessidade de orientações da OIT para equilibrar a busca pela lucratividade empresarial e a flexibilização do trabalho, de modo a buscar a emancipação do trabalhador.

Ricardo Raí Guaragni , Kerlyn Larissa Grando Castaldello e Cassio Marocco, em "OS DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DE CIDADES NO ÂMBITO RURAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E DO GUIA GPS" abordam, a partir da análise das smarts cities, a necessidade de que a tecnologia da informação e da comunicação também abranja o âmbito rural, buscando o desenvolvimento sustentável.

Com o artigo "USUCAPIÃO FAMILIAR E O PROTAGONISMO FEMININO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO", Luiza Andreza Camargo de Almeida , Francis Pignatti Do Nascimento e Carla Bertoncini questionam a justiça da usucapião familiar em favor das mulheres, demonstrando que, a partir do histórico das mulheres na sociedade e sua relação com o direito de propriedade

Antônio Carlos Diniz Murta, Carlos Victor Muzzi Filho e Nathália Rodrigues Generoso fazem uma análise de como a tecnologia, que, em razão da pandemia de COVID 19, foi essencial para a continuidade do ensino, pode, por outro lado, prejudicar e mercantilizar a educação superior. Os autores, em dois artigos apresentados neste Grupo de Trabalho, "REGULAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR NO PÓS-PANDEMIA" e "TRANSFORMAÇÕES NA EDUCAÇÃO E NO DIREITO PRIVADO NO CENÁRIO PÓS PANDEMIA", questionam a transformação da educação em uma mercadoria.

No artigo "A EMPREGABILIDADE DAS MULHERES NEGRAS SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS – RACISMO SOB A ÓTICA INTERSECCIONAL", Marcelo Benacchio, Fernando Antônio de Lima e Mikaele dos Santos

apresentam a existência de normativas que são capazes de resolver o problema da empregabilidade das mulheres negras, apontando que existem questões que passam pelos problemas de gênero, raça e classe, exigindo soluções para a mudança na estrutura social.

Em "ASPECTOS HUMANISTAS DA ORDEM ECONÔMICA E O ACESSO AO TRATAMENTO DA AME" Marcelo Benacchio e Mikaele dos Santos, a partir da inclusão do humanismo na ordem econômica, propõe necessária discussão acerca da relação entre Estado e iniciativa privada na disponibilidade do tratamento para a Atrofia Muscular Espinhal no SUS.

Marisa Karla Vieira Leite, Gabriela Oliveira Freitas e Renata Apolinário de Castro Lima, com o artigo "À LUZ DO CONCEITO DE ESFERA PÚBLICA DE JÜNGER HABERMAS: UMA ABORDAGEM DE CONTROLE DE LICITAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS", questionam o afastamento do Tribunal de Contas para a terceira linha de defesa no controle da atividade licitatória, em razão da promulgação da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, mas apontam, em contraponto, que tais órgãos passaram a ter diversa função na nova legislação, quando contribui com a formação dos gestores

Em "ANÁLISE SOBRE A INEFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA PRESENTE NO FILME SANEAMENTO BÁSICO: UMA ABORDAGEM SOBRE A REALIDADE BRASILEIRA", Lailson Braga Baeta Neves, Marisa Karla Vieira Leite e Fabiola Sayonara Araújo Baeta Neves discorrem acerca da ineficiência administrativa, a partir da análise da obra cinematográfica "Saneamento Básico" e do conceito habermasiano de esfera pública, apontando a necessidade de coibir irregularidades e malversação de verbas públicas é responsabilidade de toda a sociedade.

No artigo, "O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO E A EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROBLEMAS E SOLUÇÕES SOBRE A (IN)EXISTÊNCIA DE CRISE NO FEDERALISMO NO BRASIL", Frederico Thales de Araújo Martos , Henrique Alves Pereira Furlan e Marina Bonissato Frattari abordam chamado "Constitucionalismo do Futuro", inovadora doutrina constitucionalista apresentada pelo jurista argentino, José Roberto Dromi e sua possível aplicação junto a realidade constitucional brasileira.

Frederico Thales de Araújo Martos, Marina Bonissato Frattari e Henrique Alves Pereira Furlan, com o artigo "DANO EXISTENCIAL NO TRABALHO INTERMITENTE: DA REFORMA TRABALHISTA AO CENÁRIO PÓS-PANDÊMICO", apresentam como as relações de trabalho se fragilizaram durante o período pandêmico e pós-pandêmico,

destacando os danos causados à dignidade e à saúde mental do trabalhador intermitente, notadamente após a Lei 13.467/2017.

No artigo "COMPLIANCE E LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA, SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO" Bruno Oliveira Fortes e Renata Apolinário de Castro Lima abordam a relevância do compliance como mecanismo de conter a corrupção, demonstrando que, para além das questões éticas, a luta anticorrupção pode contribuir para um desenvolvimento econômico.

Por fim, o artigo "O DESENVOLVIMENTO NA AMAZÔNIA NA CONCEPÇÃO NEOLIBERAL: ANÁLISE TEÓRICA DE CONTRADIÇÕES E CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS A PARTIR DO CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO-POLÍTICO", desenvolvido por Herena Neves Maués Corrêa de Melo, apresenta, a partir dos estudos de Foucault, uma instigante análise dos conflitos amazônicos e como eles são influenciados a partir da lógica neoliberal global.

Certos de que o material aqui disponibilizado proporciona à reflexão jurídica nacional, convidamos à leitura.

Prof.ª Dra. Gabriela Oliveira Freitas

Universidade FUMEC

Prof. Dr. Oswaldo Agripino de Castro Júnior

Universidade do Vale do Itajaí - Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica

Profª Dra. Herena Neves Maués Corrêa de Melo

UFPA – Universidade Federal do Pará /UNAMA/ MPPA

COMPLIANCE E LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA, SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

COMPLIANCE AND BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION LAW, FROM THE PERSPECTIVE OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Bruno Oliveira Fortes
Renata Apolinário de Castro Lima

Resumo

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que o arcabouço teórico e metodológico da Análise Econômica do Direito - AED constitui importante instrumento de prognose para a elaboração de normas mais eficientes no combate à corrupção. Assim, valendo-se do método indutivo e da pesquisa bibliográfica e, tendo por marco teórico a Teoria da Escolha Racional, inicia-se a investigação partindo-se da premissa de que os indivíduos estariam sempre dispostos a empreender esforços para alcançar o máximo de bem-estar, maximizando suas vantagens, atuando mediante a análise de custos e benefícios. Na sequência, passa-se à análise da noção de eficiência para a economia e da importância das vertentes positiva e normativa da Análise Econômica do Direito, como instrumentos para a elaboração de normas mais eficientes e para mensurar se estão alcançando os resultados delas esperados. Por fim, realiza-se uma exposição acerca da importância dos programas de compliance, dos principais antecedentes que levaram o Brasil a editar a Lei 12.846/2013 e o Decreto 8.420/2015, analisando-se a estrutura de incentivos existentes nas referidas normas, com a identificação de falhas nesta estrutura de incentivos, que dificultam a plena consecução dos seus objetivos e eficácia de regulação estatual visando o combate à corrupção. Conclui-se que o ferramental da AED constitui um importante instrumento para que legislador constate as falhas existentes nas estruturas de incentivos e desincentivos, corrigindo-as para promover maior eficiência da política pública de combate à corrupção, com a consequente maximização do bem-estar da sociedade.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Teoria da escolha racional, Compliance, Eficiência, Lei anticorrupção

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to demonstrate that the theoretical and methodological framework of the Economic Analysis of Law - AED is an important instrument of prognosis for the elaboration of more efficient norms in the fight against corruption. Thus, using the inductive method and the bibliographic research and, having as a theoretical framework the Theory of Rational Choice, the investigation begins with the premise that individuals would always be willing to undertake efforts to achieve the maximum of welfare, maximizing its advantages, acting through the analysis of costs and benefits. Next, we move on to the analysis of the notion of

efficiency for the economy and the importance of the positive and normative aspects of Economic Analysis of Law, as instruments for the elaboration of more efficient norms and for measuring whether they are achieving the expected results. Finally, an exposition is made about the importance of compliance programs, the main antecedents that led Brazil to enact Law 12.846/2013 and Decree 8.420/2015, analyzing the structure of incentives existing in these rules, with the identification of flaws in this incentive structure, which make it difficult to fully achieve its objectives and the effectiveness of state regulation aimed at fighting corruption. It is concluded that the AED tools constitute an important instrument for the legislator to verify the existing flaws in the structures of incentives and disincentives, correcting them to promote greater efficiency of the public policy to combat corruption, with the consequent maximization of the welfare of the society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic analysis of law, Rational choice, Compliance, Efficiency, Ant-corruption law

1. INTRODUÇÃO

O aumento das transações comerciais e o fluxo de capitais entre os Estados constituiu um incentivo à expansão das organizações, que passaram a realizar negócios em âmbito global, movimentando recursos muitas vezes superiores ao produto interno bruto de alguns países.

Dessa forma, buscando maximizar seus os lucros, diversas organizações passaram a buscar a abertura de oportunidades para os seus negócios, por meio de pagamentos indevidos e trocas de favores entre o setor privado e agentes públicos, propiciando um ambiente favorável à corrupção.

Neste sentido, é induvidoso que a corrupção acarreta o desequilíbrio de mercado, com a alocação ineficiente de recursos e prejuízos ao sistema democrático, à ordem econômica e ao bem-estar da sociedade, razão pela qual os Estados passaram a estimular, por meio da edição de normas, a adoção de condutas éticas e a implantação de programas de *compliance* e integridade corporativa no âmbito das organizações, visando o combate à corrupção.

Os Estados Unidos foram pioneiros na edição de normas anticorrupção, com destaque para o *Foreing Corrupt Pratictices Act (FPCA)*, de 19 de dezembro de 1977, com o intuito de coibir o suborno de funcionários públicos estrangeiros (DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS, 1977) e a Lei Sabanes-Oxley, de 30 de julho de 2002, editada com o objetivo de prevenir fraudes nas demonstrações financeiras das empresas (CONGRESSO DO ESTADOS UNIDOS, 2002).

Igualmente, por inciativa dos Estados Unidos, a partir da década de 1990, foram celebradas convenções internacionais visando coibir a prática de corrupção.

O primeiro documento internacional que versou sobre tema foi a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, de 19 de março de 1996 (Convenção da OEA) (BRASIL, 2002a), seguida da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de maio de 1997 (Convenção da OCDE) (BRASIL, 2000) e, por fim, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003 (BRASIL, 2006).

Posteriormente, diversos países passaram a editar leis visando combate à corrupção, com destaque para o *UK Bribery Act, de 2010,* que tipifica a corrupção do setor privado, como o pagamento visando a facilitação de negócios (PARLAMENTO DO REINO UNIDO, 2010), o que não era proibido, por exemplo, pelo FPCA.

Entretanto, o Brasil, embora fosse signatário das Convenções acima mencionadas e tivesse adotado medidas e editado normas de combate à corrupção, estas não se mostraram

suficientes, razão pela qual entidades internacionais como Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2007) passaram a sugerir ações mais efetivas e a imposição de sanções capazes de dissuadir a prática da corrupção.

Neste contexto, com o intuído de atender aos compromissos firmados, o Brasil aprovou a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 (BRASIL, 2013), estabelecendo, de forma inovadora no ordenamento jurídico pátrio, a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira, norma esta que foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015 (BRASIL, 2015).

Feitas estas considerações, o presente estudo pretende correlacionar o instrumental teórico da Análise Econômica do Direito e suas bases metodológicas, com os esforços envidados pelos Estados no combate à corrupção, visando a correção do desequilíbrio de mercado por ela ocasionado, privilegiando-se a eficiência na alocação dos recursos e a maximização do bem-estar coletivo.

O trabalho utilizará, como marco teórico, a Teoria da Escolha Racional, partindo-se da premissa de que os indivíduos estariam sempre dispostos a empreender esforços para alcançar o máximo de bem-estar, maximizando suas vantagens, atuando mediante a análise de custos e benefícios.

Isso porque, por esta perspectiva as pessoas seriam corrutas não por um defeito moral, pois a corrupção teria mais a ver com incentivos do que com a moral, de forma que as normas são vistas como incentivos e desincentivos aptos a mudar a conduta dos agentes, que sempre realizam um juízo prévio de custos e benefícios antes de realizar determinada conduta.

Por sua vez, a hipótese que será analisada se orienta no sentido de que a Lei Anticorrupção Brasileira apresenta uma estrutura de incentivos, visado a conformação das condutas dos indivíduos e organizações às suas disposições, mas que poderia ser aperfeiçoada, com base no arcabouço metodológico da Análise Econômica do Direito, tornando-se mais eficiente no combate à corrupção.

Assim, com alicerce no método indutivo e na metodologia da pesquisa bibliográfica, na sequência, serão analisadas a Teoria da Escolha Racional, a noção de eficiência para a economia e a importância das vertentes positiva e normativa da Análise Econômica do Direito, como instrumentos para a elaboração de normas mais eficientes e para mensurar se elas estão alcançando os resultados esperados.

Será, então, realizada uma exposição acerca da importância dos programas de *compliance*, dos principais antecedentes que levaram o Brasil a editar a Lei 12.846/2013 e o Decreto 8.420/2015, analisando-se a estrutura de incentivos existentes nas referidas normas,

para dissuadir a prática de atos de corrupção, com a identificação de eventuais falhas, na estrutura de incentivos, que poderiam limitar, ou dificultar, a plena consecução dos seus objetivos de combate à corrupção.

Por fim, se buscará demonstrar como o ferramental teórico da Análise Econômica do Direito pode ser útil e hábil a pavimentar um caminho seguro para conferir maior eficiência às normas de combate à corrupção.

2. TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL COMO FORMA DE INCENTIVAR COMPORTAMENTOS POR MEIO DE NORMAS JURÍDICAS

A Análise Econômica do Direito é uma disciplina que tem por objetivo a aplicação de conceitos econômicos ao direito, estabelecendo-se uma promissora interdisciplinaridade entre direito e economia.

Com esta interdisciplinaridade, pretende-se empreender uma reformulação do direito, com base em aspectos econômicos, para a solução de problemas jurídicos relacionados à maior eficiência das normas, aos custos inerentes à concretização dos institutos jurídicos, bem como o impacto que podem ser acarretados por determinadas decisões judiciais no equilíbrio de mercado.

Neste sentido, para a realização de uma análise econômica do comportamento racional humano, parte-se da premissa de que os indivíduos estariam sempre dispostos a empreender esforços para alcançar o máximo de bem-estar, maximizando suas vantagens e benefícios, atuando mediante a análise de custos e benefícios.

No intento de maximização dos benefícios, esses indivíduos analisam as suas alternativas, de forma a identificarem de maneira racional, a existência de incentivos, desincentivos ou sanções e, partir daí, mensuram se o resultado auferido compensaria, conforme leciona Richard Posner:

> La mayoría de los análisis económicos consiste em esbozar las consecuencias de asumir que la gente es más o menos racional en sus interacciones sociales, lo cual quiere decir que la gente prefiere más a menos o, en otras palabras, eligen medios eficientes para sus fines (racinalidad instrumental), cualesquiera que puedan ser estos (POSNER, 2005, p.10).[1]

[1] A maior parte das análises econômicas consiste em delinear as consequências de assumir que as pessoas são mais ou menos racionais e em suas interações sociais, o que significa que as pessoas preferem mais a menos ou, em outras palavras, escolhem meios eficientes para os seus fins (racionalidade instrumental), quaisquer que sejam eles. (tradução livre)

Identificada esta estrutura racional que orienta o comportamento dos indivíduos, as normas jurídicas positivadas teriam um caráter de incentivar ou coibir determinados comportamentos.

Ivo Gico Jr., ao discorrer acerca das escolhas racionais, destaca que as pessoas não são racionais a todo momento, mas em algumas situações decidem agir de forma racional, ainda que de maneira inconsciente. Colha-se:

> É importante salientar que a hipótese é que os indivíduos se comportam como se fossem racionais e não que eles efetivamente são racionais. A teoria econômica não pressupõe que internamente cada agente esteja conscientemente realizando contas o tempo todo e ponderando custos e benefícios de cada ato de suas vidas, apenas que na média eles se comportam como se estivessem.
> Para uma parcela substancial de problemas, estes pressupostos não apenas são adequados, mas extremamente úteis. A racionalidade no dia a dia da vida está em todos os lugares. No entanto, em uma série de situações, principalmente aquelas envolvendo risco e incerteza, às vezes os agentes não se comportam da forma esperada. (GICO JR, 2010, p. 27)

A premissa de que o comportamento humano é racional é passível de críticas no sentido de que a percepção do que seria racional varia de pessoa para pessoa, mas tal critica pode ser superada, visto que a racionalidade econômica apresenta critério objetivos, ou seja, vale-se de critérios instrumentais externos à subjetividade humana para a análise das relações travadas no meio social (POSNER, 2007, p. 15)

Dessa forma, agindo o ser humano de maneira racional, isso deve ser levado em consideração para as escolhas político-legislativas, sendo necessária a análise das situações e dos custos e benefícios a elas inerentes, para que se possa alcançar o resultado esperado.

A título de exemplo, no tocante à implementação de programas de *compliance* e integridade corporativa, deve ser analisados os incentivos que a legislação apresenta, o grau das sanções impostas em caso de descumprimento da prática de atos de corrupção, bem como os custos que a organizações irão incorrer para a implementação e manutenção dos programas.

Salienta-se que a Teoria da Escolha Racional serve, ainda, de alicerce para a teoria dos jogos, que tem por objetivo a solução racional de controvérsias entres as pessoas e que também tem sido utilizada para a análise das situações sociais e a elaboração de normas jurídicas.

Esta teoria, idealizada por John Von Neumann e Oscar Morgenstern,e delineada na obra *"The Theory of Games and Economic Behaviour",* que também se alicerça no postulado do comportamento racional-maximizador do ser humano, passou ser utilizada em diversas áreas do conhecimento, conforme explicam Amaury Patrick Gremaud e Márcio Bobik Braga:

> A teoria dos jogos, definida como o estudo das decisões em situação interativa, não se restringe à Economia, sendo também bastante utilizada em Ciência Política, Sociologia, estratégia militar, entre outras.
>
> Dentro da Economia, ou da Microeconomia, a teoria dos jogos procura analisar o processo de tomada de decisão em situação um pouco diferente da preconizada pela concorrência perfeita. Do mesmo modo que a concorrência perfeita, parte-se do pressuposto que os agentes tomam decisões intencionalmente, ou seja, procurando atingir um objetivo, e racionalmente - as ações tomadas são consistentes com a busca do objetivo. Além disso, na Teoria dos Jogos, assim como na Microeconomia clássica, pressupõe-se comportamento maximizador, ou seja, o agente toma as decisões procurando "maximizar" seus objetivos, buscando o máximo lucro, a máxima satisfação, entre outros. O que diferencia a teoria dos jogos é o ambiente no qual essas decisões (intencionais, racionais e maximizadoras) são tomadas. Na Microeconomia tradicional, o agente decide com base em um conjunto de informações, num ambiente dito paramétrico, ou seja, ambiente em que o resultado depende apenas da sua decisão, não importando as ações dos demais agentes. Já em teoria dos jogos, trabalha-se com o chamado ambiente estratégico, no qual o resultado de determinada ação depende não apenas dela, mas também das ações dos outros tomadores de decisão.(GREMAUD, BRAGA, 2004, P. 265).

A teoria dos jogos recebeu importante contribuição de John Nash, visto que em sua versão original, Neumann entendia que apenas os competidores mais preparados poderiam obter êxito e que o êxito de um implicaria na derrota do outro. Nash, então, completou a Teoria, introduzindo o elemento cooperativo. (GREMAUD, BRAGA, 2004, P. 266)

Esta teoria, tem sido utilizada pela Análise Econômica do Direito para a compreensão dos possíveis comportamentos estratégicos dos agentes, visando a maximização do bem-estar, em situações de conflito de interesses.

Aplicando-se a Teoria dos Jogos à análise das normas jurídicas, contata-se as normas são vistas como um subsídio para se antecipar os possíveis comportamentos dos indivíduos, pois estes, ao conhecerem as “regras do jogo”, ou seja, os incentivos e sanções previstas, atuaram para maximizar seus interesses.

Neste sentido, o presente trabalho visa demonstrar que arcabouço teórico e metodológico da Análise Econômica do Direito permite, com base no comportamento racional-maximizador adotado pelos indivíduos, a utilização de mecanismos para tentar alinhar os objetivos privados e sociais, induzido esses indivíduos privados a considerarem todos os custos e benefícios nos seus cálculos, antes de realizar determinada conduta.

A legislação possui função primordial neste aspecto, visto que tem o condão de alterar o comportamento dos agentes, que passarão a considerar os riscos e, especialmente, os custos da prática de uma conduta ilícita, bem como os custos e incentivos para observância da norma jurídica.

Neste sentido, na hipótese das normas e mecanismos de combate à corrupção se mostrarem eficazes, o indivíduo perceberá que não seria economicamente viável correr o risco de sofrer as sanções previstas, além de passar a atuar em conformidade com as determinações legais, zelando pelo seu cumprimento, em decorrência dos benefícios que possa vir a auferir.

Neste contexto, a atuação visando a maximização de benefícios, em consonância com a Teoria da Escolha Racional, é identificado na Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846/2013), uma vez que as pesadas sanções impostas por comportamentos que destoam dos padrões estabelecidos pela norma, podem acarretar elevados prejuízos econômicos, perda da reputação, até mesmo inviabilizar a atividade empresarial.

Lado outro a norma também apresenta benefícios que incentivam as organizações a adotarem programas de integridade e a incentivarem condutas éticas por parte dos colaboradores, de forma a promover uma mudança cultural, no setor público e no privado, evitando ou mitigando a expansão da corrupção e dos seus efeitos deletérios sobre as sociedades.

Ante o exposto, a Teoria da Escolha Racional aliada a outros instrumentais de que dispõe a Análise Econômica do Direito, constituem importantes instrumentos de prognose para a elaboração de proposições legislativas pautadas em reflexões prévias dos objetivos almejados e dos impactos que determinada norma pode acarretar, sempre tendo por objetivo a promoção da eficiência.

3. A NOÇÃO DE EFICIÊNCIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A corrupção é um grave problema que afeta a qualidade de vida das comunidades, prejudicando o desenvolvimento nacional, a livre concorrência entre as empresas e, em última instância, o regime democrático.

Isso porque a corrupção ocasiona desvios de recursos públicos que prejudicam a prestação de serviços e a efetivação de direitos fundamentais, acarretando a ineficiência e a redução do bem-estar da sociedade.

Em virtude do desequilíbrio de mercado acarretado pela corrupção, o Estado é chamado a intervir, por meio da atividade regulatória, visando restabelecer a eficiência na locação dos recursos e a maximização do bem-estar social.

Uma dessas formas de intervenção é a positivação de normas jurídicas, visando alterar os comportamentos dos agentes públicos e privados, dissuadindo-os da prática de atos de

corrupção, para que os recursos sejam alocados de maneira adequada, restabelecendo a eficiência e maximizando o bem-estar.

Disso isso, é preciso esclarecer o que se entende por eficiência no âmbito econômico, havendo dois critérios mais difundidos, um delineado por Vilfredo Frederico Damaso Pareto, conhecido como "Ótimo de Pareto" e a outro, desenvolvido por Nicholas Kaldor e John Hicks e denominado critério da eficiência de Kaldor-Hicks.

O critério da eficiência de Pareto, em síntese, informa que não se pode melhorar a situação econômica de uma pessoa sem acarretar uma piora na situação de outra.

Assim, determinado mercado ou comunidade terá alcançado a eficiência ou "Ótimo de Pareto" somente se for possível aumentar a utilidade de uma pessoa sem que se reduza a de outra.

Entretanto, conforme adverte Amartya Sen, este critério seria limitado, pois podem existir pessoas que se encontram em situação de miséria extrema e outras muito abastadas, não sendo possível os mais pobres melhorem o seu bem-estar sem que se reduza o dos mais ricos (SEN, 1999, p. 47-48).

Neste sentido, tomando por base os pressupostos do "ótimo de Pareto", a edição de normas deve ser realizada com prévia reflexão e estudos do potencial impacto, visto que pode acarretar o desequilíbrio de mercado, gerando efeitos diversos dos pretendidos e, consequentemente ineficiência, em conformidade com o Critério de Pareto.

Esta reflexão é importante para o presente estudo, pois a corrupção provoca elevado desequilíbrio de mercado, desvio de recursos e prejudica a livre concorrência entre as empresas, de forma que aquelas pessoas jurídicas que empregam expedientes pautados em atos de corrupção melhoram a sua situação e prejudicam as demais concorrentes, além de tais expedientes acarretarem perda de recursos públicos que poderiam ser empregados em prol da sociedade, restando, portanto, evidente a ineficiência e diminuição do bem-estar social.

Dessa forma, a edição de normas anticorrupção deve ter por mirada o restabelecimento do equilíbrio de mercado perdido em decorrência da corrupção, de forma que a alocação de recursos volte a ser eficiente, propiciando a sadia concorrência entre as empresas e evitando a perda de recursos públicos em decorrência de atos de corrupção.

A título de exemplo, a norma anticorrupção será eficiente, se propiciar a melhoria da situação das empresas concorrentes em procedimentos licitatórios, de forma que todas fiquem em situação melhor, sem que haja piora da situação de ninguém, neste caso, considera-se que está norma é eficiente conforme o Critério de Pareto.

Entretanto, conforme já alertado por Amartya Sen, a dificuldade que este Critério apresenta é que a positivação de normas jurídicas, em geral, acarreta a melhora da situação de determinadas pessoas e uma piora na de outras, tornando-se inviável o alcance da eficiência em conformidade com o Ótimo de Pareto.

Portanto, no que tange ao restabelecimento da eficiência por meio da positivação de normas jurídicas, afigura-se mais adequado o critério da eficiência de Kaldor-Hicks.

Por este critério é realizada uma análise dos custos e benefícios de determinada norma. Assim, se a positivação da norma acarretar melhora na situação de determinadas pessoas ou agentes econômicos e piora na situação de outros, caso o benefício total da introdução da norma no ordenamento jurídico seja maior que o custo total decorrente dessa introdução, ela será eficiente em conformidade com o critério de Kaldor-Hicks. (MALLOY, 2007, p. 86).

Neste sentido, a ideia de eficiência, conforme este critério, está relacionada à maximização do bem-estar da sociedade em geral e não de pessoas ou agentes econômicos determinados.

Nestes termos, a norma jurídica ou proposição legislativa será eficiente se propiciar o aumento de bem-estar da sociedade, ainda que haja piora na situação de determinadas pessoas.

Salienta-se que, ainda que haja "vencedores e perdedores", este critério não tolera que o interesse próprio suplante a ética social, ao contrário, defende que os indivíduos e comunidades devem trabalhar juntos buscando a criação de valores e cooperação, não se admitido a dominação em prol da eficiência (MALLOY, 2007, p. 87).

Por esta perspectiva, a Lei Anticorrupção Brasileira tem por objetivo proporcionar uma piora na situação das organizações que praticam atos de corrupção, mas o benefício advindo da introdução da norma de mostraria significativo, por restabelecer a livre concorrência entre as empresas, além de evitar ou mitigar os desvios de recursos públicos, o que acarretaria uma melhora para a sociedade em geral e denotaria a eficiência da norma segundo o critério de Kaldor-Hicks.

Lado outro, se uma norma ou proposição legislativa não proporcionar o aumento de bem-estar para a sociedade, não será considerada eficiente.

Ante o exposto, a norma jurídica dever ser encarada como um instrumento para corrigir falhas de mercado e incentivar a cooperação entre os indivíduos de determinada sociedade, proporcionando o bem estar em geral e, para que atinja a finalidade almejada, deve se valer de incentivos e sanções, para que, ao realizar uma análise do custo-benefício de transgressão da normas, com base nos pressupostos da Teoria da Escolha Racional, o indivíduo ou a organização chegue à conclusão que agir conforme o direito seria a escolha mais vantajosa.

Por fim, para que a norma atinja as finalidades almejadas e promova a eficiência, a Análise Econômica do Direito dispõe de instrumentos para a análise de determinada proposição legislativa, bem como se ela é apta a produzir os resultados esperados, o que é objeto de estudo da análise econômica positiva e normativa.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS VERTENTES POSITIVA E NORMATIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Economia constitui uma ciência que tem por função precípua os estudos relações sociais e os impactos econômicos delas advindos, ou seja, se dedica à análise das relações sociais como elas se apresentam (vertente positiva) e de como deveriam ser (vertente normativa) (VASCONCELOS, GARCIA, 2015 p. 11).

Neste sentido uma análise sob a perspectiva da vertente positiva, se caracteriza pela ausência de juízo de valor, sendo realizada do ponto de vista eminentemente instrumental, conforme leciona Ivo Gico Jr.:

> Nesse sentido, quando um praticante da AED está utilizando seu instrumental para realizar uma análise positiva (e.g. um exercício de prognose, uma aferição de eficiência), dizemos que ele está praticando ciência econômica aplicada ao direito. Aqui, o juseconomista não é capaz de oferecer quaisquer sugestões de políticas públicas ou de como certa decisão deve ser tomada. (GICO JR, 2010, p. 20)

Dessa forma, uma análise positiva tem por objetivo identificar as possíveis alternativas normativas e, por meio do exercício hermenêutico, identificar as prováveis consequências de cada uma, bem como a eficiência de cada solução possível, em uma escala de custo-benefício. (GICO JR., 2010, p.21).

Neste contexto, a nosso sentir, uma análise estritamente positiva não se afigura suficiente para detalhar a situações verificadas no tecido social, razão pela qual é imperioso verificar se a norma se mostrou eficiente para a consecução das finalidades pretendidas, além de ser realizar um juízo de valor se objetivos alcançados se conformam aos anseios sociais.

Assim, a vertente normativa, implica em realização de um juízo de valor em relação à análise que será realizada, do "dever ser" da norma, buscando-se definir a sua utilidade, conforme ensina Ivo Gico Jr.:

> (...)quando o praticante de AED está utilizando o seu instrumental para realizar uma análise normativa (e.g. afirmar que uma política pública X deve ser adotada em detrimento de política Y, ou que um caso A deve ser resolvido de forma W), ele está apto a fazê-lo enquanto juseconomista se, e somente se, o critério normativo com base

> no qual as referidas alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado (e.g. por uma escolha política prévia consubstanciada em uma lei). (GICO JR., 2010, p.21).

Sob esta perspectiva, a eficácia de uma determinada norma na promoção do bem-estar social são preocupações inerentes à vertente normativa, por meio de um juízo valorativo de quais efeitos são esperados de determinada ação.

Nestes termos, a vertente positiva visa auxiliar a compreender o que é a norma jurídica, a sua racionalidade e as possíveis consequências de uma norma, de forma que esta abordagem é estritamente descritiva com resultados preditivos. Já a vertente normativa, por sua vez, auxilia na escolha da alternativa mais eficiente dentre as possíveis.

Ante o exposto, no que concerne ao combate à corrupção, a vertente positiva e normativa podem ser importantes instrumentos para a análise de proposições legislativas e da própria Lei Anticorrupção Brasileira vigente, permitindo que se avalie, por meio de critérios seguros, se os efeitos práticos em relação à mudança de comportamento que ela se propõe estão sendo atingidos, além de possibilitar a realização de ajustes na norma, para, com base na Teoria da Escolha Racional, modificar os incentivos desincentivos, para que as suas finalidades sejam integralmente alcançadas.

5. COMPLIANCE, LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA E SEUS ANETECEDENTES

A palavra *compliance* advém do verbo inglês "*to comply*", que significa "cumprir", "executar", "satisfazer", "realizar algo que foi imposto", significa, portanto, estar em conformidade, sendo o dever de cumprir e fazer cumprir os regulamentos internos e externos impostos às atividades de determinada organização (BLOK, 2019, p. 17).

Conforme se afere da terminologia, *compliance* remete ao dever de conhecer (ser *compliance*) e cumprir (estar em *compliance*) as leis e normas internas que dizem respeito à atividade desenvolvida pela organização, para evitar ou mitigar os riscos de sanções ou de perda da reputação que venham a prejudicar a consecução ou até mesmo a continuidade da atividade empresarial. Neste sentido a lição de Marcela Blok:

> "Ser *compliance*" é conhecer as normas da organização, seguir os procedimentos recomendados, agir em conformidade e sentir o quando é fundamental a ética e a idoneidade em todas as atitudes humanas e empresariais.
> "Estar em compliance" é estar em conformidade com as leis e regulamentos internos e externos.
> "Ser e estar em c*ompliance*" é, acima de tudo uma obrigação de cada colaborador dentro da instituição.

> "Risco de compliance" é o risco de sanções legais ou regulamentares, perdas financeiras ou mesmo perdas reputacionais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais.(BLOK, 2019, p. 17).

Nos termos expostos, a organização, ao implementar um Programa de *Compliance*, visa a prevenir possíveis irregularidades e ilícitos, adequando-se às normas legais, promovendo treinamentos e construindo os mecanismos necessários para identificar condutas passíveis de acarretar prejuízos, sanando-o da forma mais célere possível.

Nesta perspectiva, são inegáveis vantagens que um efetivo programa de *compliance* proporciona à organização e à Administração pública, visto que propicia a redução dos atos de corrupção, promove a eficiência na alocação de recursos púbicos e a maximização do bem-estar da sociedade.

Entretanto, a implantação de tais programas também implica em significativos custos para as organizações, some-se a isso à necessidade de dissuadir as entidades que, costumeiramente, praticam atos de corrupção e auferem inúmeros benefícios indevidos, a abdicarem de tais práticas.

Com o intuído de sanar esta falha de mercado acarretada pela corrupção e que provoca a alocação ineficiente de recursos, os estados passaram a intervir, por meio da edição de normas anticorrupção, com aplicação de severas sanções e até a concessão de incentivos e benefícios decorrentes da adoção de condutas éticas e conformes ao direito.

Portanto, por meio da edição de normas anticorrupção, buscou-se tentar alinhar os objetivos privados e sociais, induzido os agentes privados a considerem todos os custos e benefícios nos seus cálculos antes de realizar determinada conduta, movimento este vem ocorrendo ao redor do mundo, deste a edição do *Foreing Corrupt Pratictices Act (FPCA)*, de 19 de dezembro de 1977, pelos Estados Unidos.

Igualmente, por inciativa dos Estados Unidos, a partir da década de 1990, foram celebradas diversas convenções internacionais visando coibir a prática de corrupção.

O Brasil, a despeito de ser signatário das referidas convenções e de ter se comprometido com a edição de leis anticorrupção, não havia aprovado normas neste sentido, o que veio a ocorrer em 14 de junho de 2000, com a aprovação da convenção da OCDE, por meio do Decreto 3.678/2000 (BRASIL,2000).

Como parte dos compromissos firmados por meio da Convenção da OCDE, foi aprovada a Lei 10.467, de 11 de junho de 2002 (BRASIL,2002b), que incluiu os artigos 337B, 337C e 337D no Código Penal, especificamente no Capítulo "*Dos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira*".

Desde então, o País vem adotando medidas visando o combate à corrupção e aos ilícitos perpetrados contra a Administração Pública, como a aprovação, por meio do Decreto 4.410, de 7 de outubro de 2002 (BRASIL, 2002a), da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, bem como da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006, além da aprovação das seguintes legislações: Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); Lei Complementar nº 105/2001 (Lei da Ficha Limpa), Lei nº 10.250/2002 (Lei do Pregão Eletrônico), Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e Lei 12.813/2013 (Lei do Conflito de Interesses).

Em virtude de ter aderido à Convenção da OCDE, o Brasil foi avaliado no nos anos de 2004 e 2007 pelo Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE (*Working Group on Bribery*), que é o responsável por monitorar a adequação dos países, aos termos do acordo firmado.

Na avaliação do Brasil o Grupo de Trabalho recomendou ao governo brasileiro a implementação dos termos da Convenção de maneira mais efetiva, formulando as seguintes sugestões: a) adoção de medidas urgentes para estabelecer a responsabilidade direta de pessoas jurídicas pelo delito de suborno de um funcionário público estrangeiro; b) criação de sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas, incluindo sanções monetárias e confisco e; c) assegurar que, em relação ao estabelecimento de jurisdição sobre pessoas jurídicas, fosse adotada uma ampla interpretação da nacionalidade das pessoas jurídicas.(ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2007. P 63-66).

Com o intuito de atender aos compromissos internacionais firmados e à recomendação da OCDE, o Poder Executivo brasileiro apresentou o Projeto de Lei 6.826/2010, visando a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Após uma onda de protestos por todo o País no mês de junho de 2013, em que milhares de pessoas foram às ruas exigir mais rigor no combate a corrupção, foi aprovada, em 13 de agosto de 2013, a Lei 12.846, denominada Lei Anticorrupção Brasileira, que passou a vigorar a partir de 29 de janeiro de 2014, tendo por principal objetivo a responsabilização das pessoas jurídicas, nas esferas cível e administrativa, por atos de corrupção contra a administração pública (BRASIL, 2013).

Em 18 de março de 2015, também em observância às recomendações da OCDE, foi publicado o Decreto nº 8.420, regulamentando a aplicação da Lei Anticorrupção.

Uma das principais novidades da Lei Anticorrupção foi o estabelecimento da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que praticarem atos lesivos à administração pública, o que significa que a pessoa jurídica responderá pelo resultado, ainda que ausente o

dolo ou a culpa e sem prejuízo da responsabilidade subjetiva das pessoas naturais, sejam, ou não, dirigentes e administradores das pessoas jurídicas, conforme se verifica do artigo 3º da Lei:

> 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.
> § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput* .
> § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade. (BRASIL, 2013).

No que concerne aos atos lesivos contra a administração e às sanções deles decorrentes, o artigo 5ª da Lei (BRASIL, 2013) elenca uma série de atos desta natureza, com enfoque para os atos contrários ao patrimônio público, aos princípios da administração pública e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Salienta-se que a Lei possuí caráter extraterritorial, sendo aplicável aos atos descritos no dispositivo acima, praticados contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior (Blok, 2019 p. 104).

Por sua vez, o artigo 6º da Lei (Brasil, 2013) estabelece que as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas responsáveis pelos atos lesivos descritos no artigo 5º possuem uma gradação que vai desde a aplicação de multa à publicação extraordinária da decisão condenatória.

Ainda, conforme o mencionado dispositivo, a punição ao ato lesivo nunca será menor do que o valor da vantagem auferida, sendo o cálculo da multa é realizado mediante a soma e subtração de percentuais incidentes sobre o faturamento bruto da empresa, considerando-se as variáveis previstas no artigo 7º, sendo os limites 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluindo-se os tributos e, caso não seja possível utilizar o faturamento bruto, o valor da multa será fixado entre 6 mil e 60 milhões de reais.

Destaca-se, também, a possibilidade de publicação da decisão condenatória, às expensas da pessoa jurídica em jornal de grande circulação e no estabelecimento ou local de exercício da atividade empresarial, que inegavelmente acarreta significativa perda reputacional e, consequentemente, de pessoas dispostas a investir recursos e a consumirem produtos de serviços dessa organização.

Ainda, em relação às sanções, o artigo 19 da Lei estabelece que a pratica dos atos lesivos descritos no artigo 5º, autorizam as advocacias públicas ou o Ministério Público o ajuizamento de ação visando: a) perda dos bens direitos ou valores que representem vantagem ou proveito

direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; c) dissolução compulsória da pessoa jurídica; d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Some-se a isso a previsão contida no artigo 43 do Decreto 8.420/2015 (BRASIL, 2015), de inclusão nos cadastros nacionais de Empresas Punidas (CNEP) e de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS).

O Decreto em referência também prevê o incentivo à implementação de procedimentos de integridade, auditoria, adoção de códigos de ética e conduta e incentivos à denúncia de irregularidades, que devem ser adotados pela empresa e que servem, inclusive, para mitigar eventuais sanções aplicadas.

O artigo 41 do Decreto define que programa de integridade "*consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira".*

O programa deve ser, na forma do parágrafo único, "*estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade".*

Portanto, o dispositivo mais relevante no que concerne a implementação de programas de *compliance* pelas empresas é, sem dúvida, o artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015, que informa como deve ser estruturado o programa de *compliance* que, caso seja efetivamente implantado pela pessoa jurídica, pode atenuar eventuais sanções decorrentes de atos lesivos à administração pública, na forma do artigo 7º, inciso VIII, da Lei nº 8.846/2013.

Além disso, a Lei 12.846/2013 apresenta alguns incentivos, com a mitigação de sanções, para a realização de acordos de leniência por parte de empresas envolvidas em atos lesivos à administração pública, denunciando a própria participação ou de outras empresas que também tenham participado da prática ilícita.

Ante o exposto, sem a pretensão de esgotar todas as sanções e incentivos à adoção de condutas éticas previstos na Lei Anticorrupção e no Decreto 8.420/2015, é nítido que as normas em referência se valem de uma estrutura de incentivos e desincentivos, para conformar as

condutas dos agentes privados aos padrões éticos, por meio da previsão de severas sanções, que podem acarretar, inclusive, a dissolução compulsória da pessoa jurídica, de forma que, os agentes ao analisarem os ganhos esperados e o custo decorrente de eventual sanção, cheguem à conclusão de que a transgressão das normas não compensaria e que constitui benefício para a organização a implementação de programas de *compliance*.

Assim, os mencionados instrumentos normativos, dada a percepção de que as pessoas possuem um padrão de conduta e que, tenderiam a atuar forma racional maximizadora, estabelecem incentivos, mediante a mitigação de eventuais sanções, para que as pessoas jurídicas invistam recursos na implementação de efetivos programas de *compliance*, com o intuito de conformar as condutas dos colaboradores, dirigentes e administradores e partes interessadas aos padrões éticos e dissuadir a prática de atos de corrupção.

6. FALHAS NA ESTRUTURA DE INCENTIVOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Conforme já elucidado, o agente ao considerar a prática de um ato de corrupção, considera o custo que a sanção poderá lhe acarretar, ponderando a probabilidade de ser descoberto e punido e o ganho que o ato poderá lhe proporcionar. Em resumo, partindo-se do comportamento racional-maximizador, o agente considera o custo-benefício do ato de corrupção.

Nestes termos, analisando-se de maneira detalhada as disposições da Lei Anticorrupção Brasileira, é fácil percepção que ela tem pouca influência em relação aos ganhos esperados em decorrência de atos de corrupção, mas pode fazer muito em relação ao custo deles esperados, que se relacionam com o risco decorrente de eventual sanção imposta.

Por outro lado, verifica-se que a norma possuí algumas falhas estruturais, a primeira delas seria o foco preponderante na pessoa jurídica, olvidando-se que a corrupção seria uma via de mão dupla, dependendo da participação do agente público, sendo este que possui o domínio do procedimento, antes, durante e após a execução do contrato público, o que lhe permite realizar a exigência de vantagem ilícita, sendo imperioso pensar em incentivos e desincentivos para ambos os lados, sendo esta uma das fragilidades da Lei Anticorrupção.

Além disso, acarretando a corrupção prejuízos para o poder público, para a sociedade e, também para os concorrentes das licitações públicas, a Lei deveria apresentar incentivos eficazes para que as empresas concorrentes denunciem os corruptores e para que a própria empresa denuncie a ocorrência de corrução em sua estrutura organizacional, todavia, entendemos os incentivos existentes não se mostram suficientes para que isso aconteça.

Uma alternativa seria pensar em alguma espécie de premiação para a organização que realizada a denúncia e que não tenha participado de atos de corrupção, visto que, conforme já delineado, os agentes racionais não costumam praticar atos apenas para cumprir deveres morais, mas com base nos benefícios que venham auferir.

Outra falha identificada é que a Lei Anticorrupção, ao permitir que a própria organização denuncie a prática de ato de corrupção por seus dirigentes ou prepostos, realizou a opção por uma punição mitigada, ou seja, a organização será punida, ainda que haja uma redução da multa, o que reduz a chance dela informar que tenha incorrido em atos de corrupção.

Contudo, se a multa fosse desconsiderada por completo, mesmo nos casos em que se estima uma reduzida probabilidade de punição, os incentivos seriam suficientes para que a delação do ato de corrupção ocorresse.

No que concerne aos acordos leniência, o normativo reconhece a existência do comportamento estratégico dos agentes e que, aumentando-se a probabilidade dos demais agentes corruptores serem sancionados, além da magnitude das sanções, aumenta-se o custo esperado de eventual sanção.

Entretanto, constata-se que apenas a primeira organização a se manifestar é que está autorizada a fazer o acordo, o que não se mostra eficaz, visto que, na maioria das vezes é preciso angariar um maior número de provas de que aquela organização não dispõe.

Assim, poderia se pensar em incentivos, de tal forma que a organização que delatar primeiro aufira maiores benefícios e que haja uma gradação desses benefícios em relação àquelas que vierem na sequência e que, efetivamente, contribuam para a completa elucidação dos fatos.

Ausente esta possibilidade, o acordo de leniência, tal como estruturado, apresenta reduzido incentivo para a delação, o que em regra, somente ocorre em relação à organização que já foi descoberta pelas autoridades, ou que estima uma elevada probabilidade de ser descoberta.

Uma outra falha seria permitir a realização do acordo de leniência somente para pessoas jurídicas, assim as pessoas físicas que integram as organizações e que tenham participado de atos de corrupção não possuem nenhum incentivo para delatar, visto que não se prevê a existência de acordo para pessoas físicas.

Ante o exposto, constata-se que o combate à corrupção é socialmente desejável e constitui o objetivo da Lei 12.846/2013. Todavia, se por um lado a estrutura de incentivos nela estabelecidos, se mostra eficiente em alguns aspectos, como, por exemplo, o incentivo ao dispêndio de recursos para a implementação de programas de *compliance*, por outro lado,

apresenta limitações importantes, que dificultam a plena consecução dos seus objetivos e eficácia de regulação estatual visando o combate à corrupção.

Conforme delineado, a Análise Econômica do Direito, pode pavimentar o caminho para o aperfeiçoamento do arcabouço normativo de combate à corrupção, especialmente tomando-se por base a Teoria da Escolha Racional e as suas vertentes normativa e positiva.

A vertente normativa da Análise Econômica do Direito, afigura-se como importante instrumento de prognose, que pode se valer o legislador (o que deve ser), de forma que, mediante estudos prévios afigura-se possível mensurar os efeitos que o instrumento normativo acarretará, bem como se seria hábil a corrigir a falha de mercado e a proporcionar a eficiência na alocação dos recursos, com a consequente maximização do bem-estar social da sociedade.

A vertente positiva (o que é), por sua vez, pode ser utilizada para analisar se Norma positivada está alcançando os efeitos práticos esperados, quando da sua elaboração, com a redução da prática de atos de corrupção e aumento da implantação de programas de *compliance* e integridade coorporativa pelas organizações.

7. CONCLUSÃO

A teoria econômica auxilia na compreensão do funcionamento do mercado e, se o direito se preocupa, considerando-se o objeto do presente trabalho, com a observância das normas e a utilização da regulação estatal como mecanismo para propiciar a concorrência entre as empresas, em igualdade de condições, bem como evitar a prática de ilícitos e o desperdício de recursos públicos, afigura-se perfeitamente possível conciliar os pressupostos econômicos de racionalidade e maximização de interesses para realização de uma proposição normativa.

Por esta perspectiva, a interdisciplinaridade entre economia e direito, representada pela Análise Econômica do Direito, apresenta um horizonte promissor para concretização de normas jurídicas de maneira mais eficiente, para que elas possam ser concebidas mediante análise prévia dos efeitos esperados no meio social.

O entendimento do comportamento racional-maximizador dos agentes, como sendo um dos postulados da microeconomia, permite mensurar a utilidade da norma e sua capacidade de promover a eficiência e corrigir falhas de mercado, proporcionado a maximização do bem-estar para o conjunto geral da sociedade, considerado o Critério da Eficiência da Kaldor-Hicks.

Neste contexto, tendo por base os pressupostos do comportamento racional maximizador dos seres humanos de que se vale a Teoria da Escolha Racional é possível analisar

os possíveis efeitos de uma norma jurídica sobre o comportamento dos agentes econômicos e suas consequências.

A vertente normativa da Análise Econômica permite a realização de estudos prévios dos impactos que se almeja produzir na sociedade por meio de uma proposição legislativa (o que deve ser), bem como se a norma será apta a maximizar o bem-estar da coletividade, proporcionando a eficiência almejada.

A vertente positiva, por sua vez permite que, após a positivação da norma jurídica se realize uma avaliação dos efeitos que ela está produzindo (o que é), bem como se estes efeitos eram os realmente esperados.

Dessa forma, o arcabouço metodológico da Análise Econômica do Direito, propicia uma previsibilidade dos efeitos de determinada norma, conferido uma maior efetividade às normas e à aplicação do Direito.

Feitas estas considerações, os tratados internacionais de que o Brasil é signatário, bem como legislação anticorrupção, tem por objetivo a atuação estatal regulatória, mediante os desincentivos das práticas ilícitas e incentivos à adoção de condutas éticas por parte dos agentes privados.

Neste sentido, a Lei nº 12.846/2013, no intuído de dissuadir os agentes privados da prática de atos de corrupção lesivos à administração pública, estabelece a responsabilidade objetiva, civil e administrativa da pessoa jurídica, sem prejuízo da responsabilização subjetiva das pessoas naturais, bem como a aplicação de severas sanções, que vão deste a aplicação de elevadas multas, até a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Todavia, conforme demonstrado, embora a estrutura de incentivos da Lei Anticorrupção Brasileira se mostre eficiente em alguns aspectos, em outros ela apresenta consideráveis limitações que dificultam a plena consecução dos seus objetivos e a eficiência da política pública de combate à corrupção.

Neste sentido, o arcabouço teórico da Análise Econômica do Direito, pode constituir um importante instrumento para o legislador, considerando a racionalidade dos agentes e a sua constante análise de custo-benefício, constate as falhas existentes nas estruturas de incentivos e desincentivos, corrigindo-as para promover maior eficiência no combate à corrupção e a maximização do bem-estar da sociedade.

Dessa forma, corrigidas as falhas constatadas, a Lei Anticorrupção Brasileira poderá ser mais eficaz para alcançar seus objetivos precípuos, de forma que as organizações, seus colaboradores, dirigentes, administradores e partes interessadas, ao realizarem uma análise de custo-benefício, cheguem à conclusão de que a corrupção não compensa e que a adoção de

condutas éticas e de programas de *compliance* e integridade, implementados e mantidos de forma efetiva, não constituem apenas custos, mas um ativo capaz de mitigar perdas financeiras, reputacionais e proporcionar a perenidade da atividade empresarial, além de contribuir para redução da corrupção, fazendo com que os recursos públicos sejam direcionados, de forma mais eficiente, para a maximização do bem-estar de toda a sociedade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLOK, Marcela, *Compliance e Governança Corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018. 323 P.

BRASIL. Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 17 de dezembro de 1997. Lex: legislação federal e marginalia. Brasília, 2000.

BRASIL. Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2022. Acrescenta o Capítulo II – A ao Título XI do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código e dispositivo à Lei 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos na, nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (coaf), e da outras providências. Exposição de motivos. Brasília. 2002

BRASIL. Decreto n. 4.410, de 07 de outubro de 2003. Promulga a Convenção Interamericana contra a corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, paragrafo 1º, inciso "c". Lex: legislação federal e marginalia. Brasília, 2002.

BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Lex: legislação federal e marginalia. Brasília, 2006.

CONGRESSO DOS ESTADOS UNIDOS. *Sarbanes-Oxley Act*. 2002. Disponível em: < https://www.congress.gov/107/plaws/publ204/PLAW-107publ204.pdf >. Acesso em 10.jan.2022

DEPARTAMENTO DE JUTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS. *Foreing Corrupt Pratictices Act.* 1977.Disponível em :<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/frgncrpt.pdf >. Acesso em 08. Jan. 2022.

GICO JR, Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Economic Analysis of Law Review, V. 1, nº 1, Universidade Católica de Brasília, Ed. Universa, Jan-Jun 2010. p. 7-33.

GREMAUD, Amaury Patrick; BRAGA, Márcio Bobik. *Teoria dos Jogos: uma introdução.* In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (Coord). *Manual de Economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 752 p.

MALLOY, Robin Paul. Derecho y economía de mercado: una nueva. Madrid: Marcial Pons, 2007. 238 p.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Brazil: Phase 2: Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions. OECD Observer*, France. 2007. Disponível em <http://www.oecd.org/brazil/39801089.pdf> Acesso em 23.Jan.2022

PARLAMNTO DO REINO UNIDO. Uk Bribery Act 2010. Disponível em < http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents> Acesso em 09. Jan. 2022.

POSNER, Richard *A. Economic analysis of law*. – 7th ed. Library of Congress Catalog-in Publication Data: Aspen Publishers, 2007. 979 p.

SEN, Amartya Kumar. *Sobre Ética e Economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 144 p.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. GARCIA, Manuel Enriquez *Fundamentos de Economia*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva: 2014. 368 p.