Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos*

New aspects regarding leniency and corruption. An approach in games theory perspective

*José Alexandre da Silva Zachia Alan***

RESUMO:

O presente trabalho examina a evolução da possibilidade negocial para a solução de processos judiciais e administrativos de direito sancionatório

* Artigo recebido em 25 de julho de 2016 e aprovado em 16 de maio de 2017. DOI: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v275.2017.71652

** Promotoria de Justiça Especializada do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: zachiaalan@hotmail.com.
Titular da Primeira Promotoria de Justiça Especializada do Rio Grande, cujas atribuições dizem com a tutela de interesses coletivos, notadamente meio ambiente e probidade administrativa. De dezembro de 2011 a junho de 2015 atuou como promotor com atribuições regionais para a probidade administrativa, com atuação em todas as comarcas da metade sul do estado do Rio Grande do Sul para os casos de impacto regional e relevância social destacada.

até chegar à proposta de leniência presente na Lei nº 12.846/2013. Buscou-se estabelecer relações entre tal proposta e a teoria econômica dos jogos, examinando-se, ainda, a hipótese da ocorrência do equilíbrio Nash. Por fim, examinaram-se as modificações trazidas pela Medida Provisória nº 703/2015, hoje sem vigência, de modo a verificar se as mudanças serviriam a potencializar ou diminuir a utilidade da ferramenta da leniência para o enfrentamento da corrupção.

PALAVRAS-CHAVE:

Corrupção — leniência — colaboração — teoria dos jogos e equilíbrio Nash

ABSTRACT:

This article examines the evolution of negotiation as an instrument to solve punishment law cases, specially the leniency proposal brought by the Federal Law 12.846/2013. It searched to set relations between this kind of proposals and the games theory, focusing, also, in the exam of the Nash Equilibrium. At last, it examined the changes brought by the provisory measure 703/2015, presently repealed, in a way to verify if it would increase or diminish the utility of the leniency tool in the facing of corrupt practices.

KEYWORDS:

Corruption — leniency — cooperation — games theory and Nash equilibrium

The best for the group comes when everyone in the group does what's best for himself and the group.

John Nash

1. Introdução

No final do ano de 2015, mais precisamente no dia 18 de dezembro, fez-se editar a Medida Provisória nº 703/2015 a reformar o texto da Lei nº 12.846/2013, esta última nominada Lei de Responsabilidade das Empresas, mas apelidada pela opinião pública simplesmente de "Lei Anticorrupção".

A despeito de realizar modificação pequena em termos de número de dispositivos alcançados, a reforma em questão importou significativo rearranjo de aspectos centrais relacionados com o enfrentamento da corrupção, seja no que concerne à lei em que se insere, seja no que concerne ao sistema de responsabilização aplicável às improbidades administrativas, vigente no bojo da Lei nº 8.429/1992.

Em seguida da vigência da tal medida provisória, houve intensa crítica proveniente de vários setores — seja no campo da política, seja na esfera jurídica — acerca das modificações promovidas. Num primeiro termo, houve a conclusão de que a reforma importava verdadeiro favor a empreiteiras colhidas na emblemática operação "Lava Jato", investigação que alcançou enormes grupos econômicos envolvidos em atos de corrupção praticados a beneficiar diversas agremiações partidárias, mas, especialmente, a que se achava à testa do Poder Executivo Federal.[1]

Por outra parte, encontram-se opiniões a defender a edição da medida provisória por forma de "salvar" o setor da construção civil, os empregos gerados e a própria atividade econômica.[2] É que, segundo se sustenta, os sancionamentos, se levados a cabo de acordo com a redação original da Lei nº 12.846/2013, importariam inevitável ruptura do setor de obras civis e atividades assemelhadas, com consequente prejuízo a todo o país.

Sem querer — ou mesmo poder — diagnosticar se a aplicação das sanções da Lei de Responsabilidade das Empresas importaria, ao final de todas as contas, prejuízos econômicos da monta das tais previsões, há reflexão acerca de tais críticas que pode ser imediatamente realizada. Veja-se que sobremaneira curioso, e isso para dizer o mínimo, haja determinada lei de iniciativa do Poder Executivo a trazer firmes sancionamentos e repercussões, justamente como foi o caso da Lei nº 12.846/2013, mas, diante de situação real de efetiva aplicação, perceba-se recuo para readequação e, notadamente, abrandamento.

Diante dessa constatação, restam unicamente duas hipóteses. Ou o Poder Executivo está a admitir que "errou a mão" em termos de prognose legislativa ao oferecer a iniciativa com sua redação original, o que realizou há algo menos que dois anos, ou há de se considerar que a iniciativa de lei não se destinava

---

1 A esse respeito, por todos e sem a pretensão de que esta seja a única crítica, destaca-se a seguinte reportagem extraída do Jornal *O Globo*: <http://oglobo.globo.com/brasil/para-negociador-da-lava-jato-mp-703-favoreceu-interesses-poderosos-18410992>. Acesso em: 10 jan. 2016.

2 Por todas, a reportagem intitulada "MP 703, a medida necessária", publicada na revista *Carta Capital*. Disponível em: <www.cartacapital.com.br/revista/883/a-medida-necessaria>. Acesso em: 15 fev. 2016.

a todos os casos, havendo setores ou grupos econômicos — sabe-se lá quais e por que motivos — que não deveriam ser alcançados. De todo modo, qualquer que seja a hipótese tida por verdadeira, descortina-se situação sobremodo preocupante.

Por outro lado, lançaram-se também críticas com relação à constitucionalidade da medida, seja porque ausente a urgência característica dessa espécie normativa, seja porque importaria desvirtuamento do papel dos Tribunais de Contas e de outros organismos e instituições vinculados ao controle dos atos da administração pública.[3]

A preocupação deste escrito, contudo, não é examinar as críticas políticas ou as relacionadas com a constitucionalidade. Pretende-se, num primeiro termo, examinar o avanço e o retrocesso da leniência por instrumento que se fez vigente para o enfrentamento dos ilícitos de corrupção para, em seguida, examinar o significado de sua utilização estratégica no correr de investigações e processos judiciais, exame que se fará à luz da teoria dos jogos, dos desdobramentos decorrentes do "equilíbrio de Nash" e da formulação conhecida por "dilema do prisioneiro". Por fim, pretende-se verificar se, do ponto de vista estratégico, a modificação da Medida Provisória nº 703/2015 representou avanço ou retrocesso para o enfrentamento dos fenômenos corruptos.

2. Do princípio da obrigatoriedade da ação sancionatória à leniência por mecanismos de operação dos sistemas de direito sancionatório

2.1 Reflexos penais

O sistema processual penal brasileiro acha-se fortemente vinculado à ideia de obrigatoriedade no que concerne ao desfecho de ação a buscar a aplicação de pena prevista em lei.

Esse pressuposto importou se reconhecesse a impossibilidade de que o Ministério Público, titular da ação penal pública, viesse a mitigar, reduzir ou

[3] Por todos, referencia-se a reportagem seguinte, de título "PGR considera inconstitucional MP dos acordos de leniência". Disponível em: <www.contasabertas.com.br/website/arquivos/12797>. Acesso em: 19 abr. 2017.

negociar qualquer das sanções previstas em lei por consequência da prática de um crime. Tal ideia se traduziu no que a doutrina convencionou chamar de princípio da legalidade, cuja definição vem lançada nos termos seguintes pela doutrina tradicional: "*Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura de ação penal pelo Ministério Público tão só ele tenha notícia do crime e não existam obstáculos que o impeçam de atuar*".[4]

Em outras palavras, em havendo o Estado recolhido evidências suficientes a dar conta da prática de determinado crime que corresponda a ação penal pública e atendidos os eventuais requisitos necessários ao seu processamento, o Ministério Público é obrigado a manejar a demanda e submeter a acusação ao Poder Judiciário. Este, de sua vez, tratará de examiná-la e a julgará procedente ou improcedente. Em caso de procedência, cumprirá ao Poder Judiciário dosar a reprimenda penal que compreender cabível e aplicá-la ao demandado, independentemente de qualquer negociação havida entre os litigantes.

Há muitas justificativas apresentadas pela doutrina a dar conta dos motivos para que o sistema penal funcione dessa maneira. Num primeiro giro, há o reconhecimento de que o princípio submete o acusador unicamente às escolhas da ordem normativa, o que importa homenagem ao sistema democrático,[5] e evita "*atribuir-lhe um desconchavado poder de indulto*".[6]

Ocorreu, contudo, que mais recentemente o princípio da obrigatoriedade tem sofrido mitigações de toda ordem e por diversos motivos. Historicamente, o avanço se estabeleceu a partir de movimento do direito penal mundial a inserir a dinâmica da consensualidade por geradora de soluções no âmbito penal.

Em termos brasileiros, a consensualidade tomou primeira forma com a edição da Lei nº 9.099/1995, diploma responsável por estabelecer quatro mecanismos de direito material que trataram de mitigar o princípio da obrigatoriedade. Num primeiro termo, houve o estabelecimento de espaço conciliatório entre vítimas e agentes ativos de determinadas infrações, e em caso de acordo restaria obstaculizado o processamento subsequente de eventuais ilícitos submetidos ao regime das ações penais condicionadas ou

---

4 Por todos, MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v. II, p. 88.

5 JARDIM, Afrânio da Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. São Paulo: Forense, 1988. p. 120.

6 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 327.

privadas.[7] Num segundo giro, houve a ampliação dos delitos submetidos à representação. Ou seja, aumentou-se a gama de hipóteses em que se há de levar em conta a deliberação da vítima acerca da conveniência do processamento.[8]

Todavia, a grande mitigação do princípio da obrigatoriedade se deu com a criação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. É que em tais espaços obriga-se o Ministério Público a inaugurar via de negociação a propor, no primeiro caso, a substituição da propositura da ação penal pela submissão do acusado ao cumprimento imediato de medida ou ao pagamento de valor, aplicada mesmo sem processo,[9] e, na segunda hipótese, a suspensão do processo já iniciado por período predeterminado, em troca do cumprimento de condições ajustadas.[10]

Mesmo que não se tenha o compromisso de examinar as medidas de despenalização detidamente neste espaço, é importante realizar duas observações que são concernentes ao objetivo perseguido. Num primeiro giro, há de se destacar que as medidas despenalizadoras trataram de inserir a consensualidade na solução de demandas penais apenas nos casos dos delitos de menor e de médio potencial ofensivo. Ou seja, não houve qualquer sorte de mitigação do princípio da obrigatoriedade no que concerne aos delitos de alto potencial ofensivo ou aos que foram reputados hediondos ou equiparados.

Em seguida, há também de se observar o propósito motivador da criação desses institutos. Nunca se fez segredo que tais medidas tinham por objetivo despenalizar a resposta estatal a determinados comportamentos — ou seja, dar outras soluções que não a aplicação de penas para os crimes em comento — e, via de consequência, celerizar o processamento de tais infrações. Em outras

---

7 Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

8 Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

9 Neste texto passa-se mesmo ao largo da intrincada discussão acerca das providências a serem tomadas nos casos em que aceita a medida, o acordante simplesmente a descumpre. Já houve entendimentos de todas as ordens para tais circunstâncias.

10 Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). §1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I — reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II — proibição de frequentar determinados lugares; III — proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV — comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

palavras, não há como negar que as medidas despenalizadoras foram criadas com o claro condão, primeiro, de buscar reduzir a intensidade da intervenção penal — chegando a permitir se questione o merecimento de tutela criminal para os objetos jurídicos em questão — e, segundo, proporcionar funcionamento mais célere ao sistema criminal.

O segundo giro do consensualismo em sede de processos penais tomou outra proporção e mesmo outros propósitos. Fala-se da utilização do consenso havido entre acusador e um dos demandados ou investigados a que, em troca de benefício, haja o oferecimento de informações importantes ao deslinde do caso penal ou mesmo haja outra sorte de colaboração. Na verdade, essa forma de procedimento certamente não teve princípio no ordenamento jurídico brasileiro, cuidando-se de possibilidade presente tanto nos sistemas de direito anglo-saxônico quanto nos de direito escrito.

Examinada a literatura especializada,[11] verifica-se que a gênese do instituto da colaboração se dá no sistema de direito anglo-saxão por medida estabelecida pelo Estado em função da garantia de não autoincriminação vertida na noção de que ninguém será obrigado a prestar declarações contra si mesmo. Diante dessa realidade — e manejando com situações nas quais a proteção do bem jurídico penalmente tutelado somente poderia se dar a partir da tomada de declarações do acusado —, produziu-se sistema no qual se faz viável o oferecimento de benefício ou imunidade a que o demandado ou investigado abra mão de sua garantia à não autoincriminação.

Em termos continentais, o ordenamento jurídico italiano é o que mais se valeu da figura do colaborador para a solução de demandas penais, instituto que tomou o nome de *pentitismo*.[12] Com efeito, a doutrina divide o "pentitismo" italiano em três grandes fases distintas. A primeira foi delimitada entre os anos de 1974 e 1978[13] e foi apontada como de reconhecida ineficácia para os fins aos quais se destinava, bem como confrontava os princípios constitucionais e penais do sistema jurídico italiano. Uma segunda fase, balizada entre 1979 e 1987, foi inaugurada com lei editada em 15 de dezembro de 1979. Caracterizava-se com a frequente imputação de delitos associativos como instrumento instrutório, dando-se a prisão preventiva dos acusados

---

[11] Por todos, QUINTANAR DIEZ, Manuel. *La justicia penal y los denominados "arrepentidos"*. Madri: Edersa, 1996.

[12] O trabalho mais importante em termos de doutrina italiana e que redundou na formatação da compreensão italiana acerca do instituto do *pentitismo* foi a obra de RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milão: Giuffrè, 2002.

[13] Manuel Quintanar Diez, *La justicia penal y los denominados "arrepentidos"*, op. cit., p. 83.

logo na arrancada, a maximização dos prazos dessas prisões e a introdução da circunstância agravante da finalidade do terrorismo.

A terceira fase apontada diz com a ampliação da figura do *pentitismo* para domínios estranhos ao terrorismo, ao enfrentamento das máfias e à questão das drogas. Com efeito, a figura do arrependido no ordenamento jurídico italiano, a despeito de haver sido idealizada para emergência e para nichos específicos de criminalidade, perdeu sua característica de exceção. Em tal fase se principiou a construção de mecanismos de limitação do instrumento, tudo por conta de abusos na sua utilização.

No ordenamento jurídico nacional, a ferramenta da colaboração processual foi introduzida pela Lei de Proteção à Testemunha, Lei nº 9.807/1999, e estabelecia a aplicação de causa especial de diminuição de pena para os réus ou investigados que colaborassem voluntariamente com a investigação para a identificação dos demais coautores ou partícipes, para a localização de eventual vítima com vida ou com a recuperação total ou parcial do produto do crime.[14]

Ocorreu, contudo, que essa previsão contava com enormidade de defecções. Num primeiro termo, nada dizia em termos de procedimento que servisse a validar como tais colaborações seriam colhidas, quais critérios deveriam servir para a aferição de sua importância e qual autoridade haveria de chancelar a aceitação ou a recusa da colaboração oferecida. Tal lacuna gerava uma série de problemas, havendo a possibilidade de que os demandados oferecessem colaborações quaisquer e daí pretendessem o reconhecimento do redutor de pena ou a possibilidade de que o órgão do Ministério Público ou a Polícia Judiciária oferecesse aos demandados a possibilidade de colaboração, mas a medida deixasse de ser reconhecida em juízo.

Desde essa primeira previsão, a colaboração processual foi também inserida em uma série de diplomas específicos que se fizeram vigentes nos momentos seguintes — tais como o que trata das disposições respeitantes à lavagem de dinheiro, Lei nº 9.613/98,[15] ou as disposições relativas aos crimes de drogas, Lei nº 11.343/2006.[16]

---

[14] Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

[15] Art. 1º [...]
§5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por

Todavia, a forma mais apurada de funcionamento das colaborações processuais somente se fez vigente com a Lei das Organizações Criminosas, Lei nº 12.850/2013. Em tal diploma, dá-se, pela primeira vez, a conformação clara de que a colaboração processual tomará a forma de acordo, havendo de ser, portanto, negociada entre as partes e submetida, num segundo momento, à homologação judicial.

Essa indicação serve, ao menos pelo que se compreende, para solucionar o dilema mais importante relacionado com a consensualidade na seara penal, ao menos no que concerne às colaborações processuais. É que, desde o princípio do manejo desse instrumento, há os que defendem a conformação da colaboração processual por moldada à lógica do direito premial.

Em outro escrito, este autor tratou do tema em questão.[17] Para a finalidade deste trabalho, basta se aponte a resistência — agora confirmada pela nova legislação — de ajustar a colaboração processual à lógica dos prêmios, em que se oferece benefício — redução ou isenção de pena — para os casos de contraconduta levada a efeito por agente ativo de um delito, direcionada a mitigar ou anular a lesão inicialmente desejada.

Os exemplos mais candentes em nossa legislação de dispositivos com o caráter premial são as previsões dos artigos 15,[18] desistência voluntária e arrependimento eficaz, e 16,[19] arrependimento posterior, Código Penal. Em tais circunstâncias, verifica-se — durante o curso da execução do crime no primeiro caso e logo em seguida, mas antes do princípio da ação penal, no segundo — ação do agente ativo do delito direcionada a mitigar os resultados lesivos de conduta anterior. Em tais casos, o ordenamento jurídico identifica conduta que pode ser positivamente valorada do ponto de vista ético, motivo pelo qual estabelece haja espécie de recompensa vazada na

---

pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

16 Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

17 ZACHIA ALAN, J. A. S. Colaboração processual: prêmio ou negócio? *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, v. 1, p. 109-140, 2010.

18 Art. 15 — O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

19 Art. 16 — Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

diminuição da pena. Em outras palavras, reconhece-se o valor ético do sujeito que, por exemplo, principia crime de homicídio, mas, com a execução em curso, desiste de completá-lo mesmo podendo fazê-lo.

É mesmo curioso identificar que, nos casos de arrependimento posterior, o limite para o reconhecimento da contraconduta por suficiente a gerar a redução da pena é o recebimento da denúncia ou da queixa. Essa escolha, certamente, não é gratuita. Parece certo afirmar que a lei estabelece tal limite por considerar que, por exemplo, o ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima perde seu valor moral suficiente a gerar prêmio, caso a atitude tenha sido tomada premida pelas circunstâncias do processo. Em outras palavras, o dispositivo parece afirmar que apenas o ressarcimento "desinteressado", ou seja, o realizado independentemente de se ser ou não processado, é o que traduz valor moral suficiente a justificar o benefício.

Por outra parte, é certo concluir que no caso das colaborações processuais não se está diante de prêmio a ser oferecido ao agente ativo. É que, num primeiro giro, parece impossível se logre encontrar valor moral na conduta do que, premido por investigação ou processo penal — e apenas porque premido, aponte-se bem —, resolve delatar associados, devolver numerário subtraído ou praticar quaisquer das outras condutas estabelecidas na lei por necessárias às mitigações. Com efeito, parece equivocado enxergar-se em tais iniciativas de parte dos delatores qualquer outro algo senão medida direcionada a salvar a própria pele ou reduzir a carga de sanção por ilícito que cometeu, não se podendo sacar daí, insista-se, qualquer sorte de valor moral que possa ser estimulado ou premiado.

Então, o que se defende é a conformação das colaborações processuais em outro modelo que não o de prêmio. Num primeiro termo, essa compreensão importa se reconheça que não há direito subjetivo do réu à colaboração. Ou seja, nos casos tradicionais de direito premial, em havendo a prática da contraconduta, o demandado tem o direito de voltar-se ao Poder Judiciário e reclamar a obtenção do benefício. No caso das colaborações processuais, somente haverá diminuição da carga sancionatória ou isenção de pena se ocorrer o reconhecimento da parte autora da demanda penal no sentido de que, primeiro, foram cumpridos os requisitos da lei e, segundo, a colaboração se fez útil de modo a que justificada a mitigação do *jus puniendi*.

Num segundo giro, há de se compreender nas colaborações processuais a construção de mecanismo de mitigação vazado na lógica de negócio, em vez de prêmio. Fala-se, a bem da verdade, na troca de benefício oferecido ao réu por contraprestação oferecida ao Estado e que se verte na otimização do

resultado que persegue, qual seja, identificação de outros agentes ativos dos delitos investigados, recuperação do produto do crime ou outros proveitos que a lei determine por resultados úteis para os processos.

Em outras palavras, em se concluindo que o resultado das colaborações não perfaz prêmio, mas negócio, é preciso identificar claramente que a lavratura dos acordos há de gerar, para além de benefícios para os requeridos, otimização de resultados para a parte acusadora. Ademais, importa se insista que, para evitar a transformação de tudo no tal "*desconchavado poder de indulto*" condenado por Tourinho Filho,[20] é preciso que os resultados a serem obtidos pelo acusador sejam expressamente regulados em lei.

2.2 *Aplicação das colaborações processuais ao direito sancionatório não penal*

A história do direito sancionatório brasileiro se confunde com a própria tradição do direito penal. É que, por motivos cuja investigação transcende o objeto deste escrito, no Brasil muito pouco ou nada se investiu em termos da construção de sistemas sancionatórios diversos do penal. Essa circunstância terminou por redundar num direito penal de modelo máximo e de baixa eficiência, uma vez que o sistema direcionado a tratar de tudo termina por deixar de dar a importância devida aos poucos casos em que há, verdadeiramente, a necessidade de aplicação de pena corporal.

Apenas a referenciar um exemplo, basta se diga que a lei destinada à criminalização das condutas lesivas ao ambiente, Lei nº 9.605/1998, adota modelo de decalque das proibições vertidas na legislação administrativa. Ou seja, é raro encontrar conduta proibida em termos ambientais que, se praticada, também não reverbere na seara penal. Por outra parte, é mesmo raro encontrar hipótese em que a prática de determinada conduta proibida na legislação penal ambiental venha a redundar na privação de liberdade.

Essa desorganização de sistema se revela, também, pela inexistência de conjunto de proibições não penais endereçadas a regular o convívio social, ordem normativa batizada de contraordenações nas legislações continentais, especialmente a alemã e a portuguesa.

---

[20] Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, op. cit.

Com efeito, há de se considerar que em termos de proibições e sancionamentos não penais, a ordem normativa brasileira conta com espaços bastante reduzidos de aplicação. Em outras palavras, em termos de existência prática, não é exagero resumir as possibilidades de sancionamento como as constantes na esfera das infrações administrativas de caráter tributário, destinadas, evidentemente, aos contribuintes, e às sanções administrativas de trânsito, destinadas aos condutores. No mais, importa se reconhecer que a atuação do Estado é tíbia em termos de utilização do instrumento sancionador, deixando ao direito penal o espaço não de último, mas, talvez, de único soldado no que concerne à aplicação de reprimenda pela prática de condutas lesivas ao convívio social.

O curioso desse desvio de sistema no que concerne ao enfrentamento da corrupção e de outros ilícitos concernentes à probidade administrativa é que se reconheceu verdadeira "virada de fio". Consideraram-se, pois, as circunstâncias acima balizadas a gerar um sistema penal agigantado e, portanto, inábil para manejar com essa sorte de ilícitos, motivo pelo qual a própria Constituição houve por gerar esfera sancionatória adicional para essa sorte de comportamentos. Fala-se, pois, da figura das improbidades administrativas previstas no art. 37, §4º, Constituição Federal.[21]

É de se apontar, ainda, característica absolutamente peculiar e talvez inédita nos ordenamentos jurídicos mundo afora. Criou-se sistema sancionatório de caráter cível, cujo propósito, confessadamente, se destinava a endurecer o enfrentamento dessa sorte de ilícito para além do tratamento que lhe conferiam as disposições penais.

Afora uma série de detalhes absolutamente particulares e mesmo sem precedentes — a incluir a flexibilização de princípios construídos para o direito penal e que eram tidos por essenciais, a exemplo do princípio da tipicidade estrita, desdobramento do princípio da legalidade[22] — a Lei de Improbidade Administrativa tratou, de logo, de ceifar a possibilidade de qualquer

---

[21] Art. 37. [...] §4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

[22] Com certeza, algumas escolhas de tipificação para atos de improbidade administrativa, especialmente aquelas que simplesmente proíbem a violação de determinados princípios ou deveres genéricos, não ultrapassariam as exigências da doutrina penal para o atendimento do princípio da legalidade. Assim: "A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do empregado de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para o comportamento humano, necessita ser acessível a todos, não só aos juristas". In: ASSIS TOLEDO, Francisco. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 29.

construção de acordo para a solução das demandas, o que se verte na regra do artigo 17, §1º, Lei nº 8.429/1992.[23]

Essa escolha se preenche de múltiplos significados. O primeiro — e mais evidente — é que se trata de disposição a remar contra a tendência já então presente na evolução da legislação processual civil a privilegiar os instrumentos de autocomposição das lides. Não é demais também acrescentar que essa disposição gerou significativa dúvida acerca da verdadeira natureza material do sistema sancionatório em questão, a gerar indagação se sua natureza não seria de direito penal.

Por segundo ponto a observar, de se reconhecer ter havido criação de ambiente de intensa litigiosidade, fruto de se reunir num mesmo espaço conjunto de proibições de cuja tipicidade é aberta, conjunto de sanções graves enfeixadas de modo a que a aplicação de quaisquer delas é possível a qualquer caso e ao não se permitir a construção negociada de soluções. Ou seja, tudo o que restasse percebido pelo autor das demandas por improbidade teria de, inevitavelmente, ser submetido ao Poder Judiciário, e se fazia possível, em qualquer caso, a aplicação de sanções gravíssimas da suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratar.

Então, gerou-se nova situação de sistema que, a exemplo do penal, se encarregava de tudo e, portanto, não tratava adequadamente dos casos graves de atentado ao valor da probidade administrativa. Dessa constatação, gerou-se indagação a saber de eventual necessidade de flexibilização da regra do artigo 17, §1º, Lei nº 8.429/1992. As justificativas para tanto se vazam na necessidade de fazer com que esse sistema sancionatório acompanhasse a flexibilização do princípio da obrigatoriedade ocorrida na seara penal, bem assim a necessidade de que se pudesse, em casos menos graves, oferecer solução sancionatória adequada e imediata produzida a partir de negociação.

A crítica foi acolhida pelo ordenamento jurídico no que concerne à edição da Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, que tratou, também, de estabelecer sistema sancionatório próprio. Cuida-se, a saber, de sistema repressivo que busca alcançar, essencialmente, as pessoas jurídicas que travam negócios com a administração pública.

É possível, então, resumir o quadro geral de sistemas sancionatórios não penais direcionados à repressão dos atos lesivos à probidade administrativa da seguinte forma: a) por primeiro, há o sistema de sanções da Lei de Improbidade

[23] Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. §1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

Administrativa, organização normativa que se vaza em tipos abertos e que alveja, num primeiro termo, os agentes públicos, mas que também alcança eventuais *extraneus* que tenham concorrido com os ilícitos ou que tenham deles se beneficiado; b) por segundo, há o sistema da Lei Anticorrupção, sistema caracterizado por responsabilidade objetiva e que alveja, num primeiro termo, as empresas que negociam com a administração; c) por terceiro, há o sistema de direito administrativo sancionador, processos administrativos levados a efeito e sanções aplicadas pela própria administração pública.

É evidente que essas perspectivas de punição se sobrepõem entre si e mesmo se sobrepõem ao sistema penal de apurações. Fala-se, em outras palavras, em espaços de intersecção nos quais um único fato gerará múltiplas repercussões.

Em sendo tudo dessa maneira, é preciso se tenha estabelecido de uma maneira adequada um conjunto de regras destinado a regular esses espaços em que há incidência múltipla de normas diversas com finalidades diversas. Num primeiro termo, considerando as circunstâncias de tipicidade estrita penal e de tipicidade aberta da Lei das Improbidades Administrativas, é certo afirmar que todas as condutas praticadas por servidores públicos e que gerem reflexos penais gerarão, também, reflexos de improbidade administrativa.[24] É certo, por outra parte, que o reverso não se faz verdadeiro. Ou seja, nem todo ato de improbidade administrativa trará reflexos criminais.

Tal circunstância importa se tenha de dar passo adiante justamente no tema particular deste escrito. É que parece possível tenha havido, ao menos no que concerne à redação original da Lei nº 12.846/2013, espécie de contaminação das disposições a autorizar transações no sistema sancionatório judicial em questão pelas normas estabelecidas para as colaborações premiadas no âmbito da ordem normativa penal. Fala-se, em outras palavras, do reconhecimento de que, no mais dos casos de leniência, se estará num espaço de intersecção entre as diversas esferas de sancionamento — penal e não penal — e que há a necessidade de que utilize a mesma lógica de funcionamento, ainda que os resultados sancionatórios sejam diversos.

Verifica-se, ademais, pela redação das disposições do artigo 16, Lei nº 12.846/2013,[25] que o acordo de leniência tem por finalidade a construção

---

[24] Acerca do tema, importante destacar a teoria da unidade do ilícito. Por todos, TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 112.

[25] Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I — a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II — a obtenção célere

de verdadeiro mecanismo de colaboração voltado a aumentar a eficiência do sistema de repressão às infrações investigadas, justamente como se procede no contexto da Lei das Organizações Criminosas. Tal raciocínio advém da identificação da necessidade de que o acordante traga aos autos a identificação de outros envolvidos, inciso I, e facilite a obtenção de documentos comprobatórios da infração, inciso II.

Por fim, há de se destacar que não é possível enxergar em tais disposições a mitigação das sanções ou de evitação dos processos por conta de reconhecimento de mecanismo de direito premial, vertido em contraconduta que pode ser positivamente valorada. Ademais, tampouco se pode compreender tal mecanismo de mitigação de responsabilidade por decorrente do reconhecimento de baixa lesividade ou, mesmo, escolha por autocomposição por mecanismo de desafogo do Poder Judiciário. Com efeito, resta claro que se está diante de mecanismo de colaboração vazado exclusivamente no propósito de acréscimo de eficiência do sistema sancionatório. Em outros e melhores termos: fala-se de mecanismo lançado a que o sistema punitivo opere mais eficientemente.

Ocorreu, contudo, que as modificações realizadas pela Medida Provisória nº 703/2015 terminaram por subverter os acordos de leniência por mecanismos de colaboração a aumentar a eficiência do sistema, de modo a transformá-los em soluções simples de esvaziamento. Essa assertiva pode ser comprovada de modo indiscutível ao se recorrer à teoria dos jogos, tudo conforme se examinará em seguida.

3. Leniência e teoria dos jogos. De ferramenta a aumentar a eficiência para mecanismo de simples diminuição da carga sancionatória

3.1 Sobre a teoria dos jogos, suas conformações e aplicações

A produção literária relativa aos temas de direito se move quase sempre a perseguir determinados "modismos". Ou seja, de quadra a quadra, há

de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. §1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I — a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II — a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III — a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

determinados temas que, inexplicavelmente, passam a ser examinados e mencionados em textos técnicos. Não raramente os exames se dão sem o aprofundamento adequado, o que ocorre, certamente, pela necessidade de se atender as tais tendências, às quais se modificam em velocidade bastante superior à capacidade de se obter domínio técnico suficiente de matérias não raras vezes complexas.

Então, e a não ceder à tentação do perfunctório, é preciso se reconheça, antes de mais nada, que a teoria dos jogos se assenta, essencialmente, em verificações matemáticas.[26] É certo que sua aplicação se difundiu por diversas áreas do conhecimento, entre as quais a economia, a gestão de pessoas, o direito e outras disciplinas. Todavia, tal profusão de referências não serviu a que houvesse a descaracterização de sua essência. Logo, tentar compreendê-la sem seu exame sob o viés matemático é verdadeiramente impossível. Ou seja, estar-se-á tratando de outro tema, talvez ligado, mas não se estará tratando da teoria dos jogos.

A segunda assertiva a lançar se relaciona com a necessidade de compreensão de que a teoria dos jogos busca avaliar enfrentamentos de atores de determinada situação real — denominada de "jogo" — examinando-se quais são as alternativas possíveis de comportamento que se apresentam, atribuindo-lhes valor e entrecruzando respostas de um e de outro, tudo de modo a aquilatar quais cenários serão mais ou menos favoráveis. A bem da verdade, o melhor nome para a tal teoria seria de *interações estratégicas*, escolha que, embora possa parecer menos atrativa, melhor reflete o objeto de estudo.[27]

Superadas essas primeiras considerações, de se apontar que a teoria das interações as classifica como jogos de puro conflito, jogos de coordenação e, por derradeiros, jogos de cooperação.

Por primeiro, há de se destacar que nos jogos de puro conflito há simples oposição de interesses e, portanto, não se faz viável o entendimento ou a coordenação de ações entre os jogadores. É que, verdadeiramente, o sucesso de um se encerra no insucesso de outro, tudo no contexto do conjunto normativo preestabelecido ou mesmo diante da ausência de qualquer conjunto normativo aplicável.

---

[26] O desenho inicial da teoria dos jogos se acha em obra clássica dos matemáticos Von Neumann e Morgenstern, datada do final dos anos 1940. Sua referência é a seguinte: VON NEUMANN, J.;d MORGENSTERN, O. *The theory of games and economic behavior*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1947.

[27] Nesses termos, MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 43.

Num segundo termo, as interações de coordenação se orientam pela noção de que as atitudes dos atores geram diferentes resultados a depender das escolhas que serão realizadas. Dividem-se em interações de coordenações simples e de coordenações assimétricas. No primeiro grupo, está, por exemplo, a interação realizada por cada um de nós a cada vez que saímos à rua guiando automóveis. Historicamente, no período em que os carros não empregavam grandes velocidades e não havia muitos veículos nas ruas, podia-se bem prescindir de regras de tráfego. No estado atual de coisas, contudo, é absolutamente necessário à condução livre de acidentes que todos venhamos a nos coordenar a partir de regras simples, como conduzir à direita.

Para essa sorte de jogo ou interação, não faria nenhuma diferença caso se arbitrasse que os carros, em vez de se conduzirem pela direita, fossem pela esquerda. Essa foi a convenção, aliás, realizada nos países de mão inglesa. Em tais casos, bastaria que todos se colocassem cientes da convenção e conduzissem seus carros no lado predeterminado. Acha-se, então, nesse singelo exemplo, demonstração de interação simples, estudada pela teoria dos jogos.

A par desse primeiro grupo de interações — ou jogos —, há as interações batizadas de coordenações assimétricas. Nessas situações, a escolha de uma outra estratégia gera resultados diferentes aos participantes do jogo. O exemplo trazido pela doutrina[28] é o de reunião diplomática havida entre, por exemplo, os embaixadores brasileiro e americano. Partindo do pressuposto de que ambos falam os dois idiomas dos países representados, olhar mais imediato apontaria que o realizar a reunião em qualquer uma das línguas não geraria qualquer sorte de diferença no resultado da negociação. Contudo, observando-se o acontecido com mais vagar, percebe-se que o diplomata que tiver a reunião realizada na sua língua nativa terá possível vantagem de compreensão e de fluidez de raciocínio no correr das negociações.

Por conta de tal observação, verifica-se que, diferentemente do que ocorre no caso do tráfego de veículos, a escolha por um dos cenários possíveis não se faz indiferente aos integrantes da interação, e cumpre ao direito regular essa sorte de situação. Ou seja, cumprirá a ordem jurídica o estabelecimento de regra que leve em conta essa particularidade ou que permita a negociação racional entre os atores de modo a que se logre produzir resultado a preservar o interesse de todos.

---

[28] Ibid.

Para além desse exemplo, os casos de coordenação podem se apresentar na modalidade de diferenciada pelos papéis desempenhados pelos atores. Essa espécie de jogo ocorre nos casos em que se precisa estabelecer, para além da atuação de cada um, a diferenciação de funções que precisam ser desempenhadas em determinadas intercorrências. O exemplo trazido[29] é o de comunicações telefônicas abruptamente interrompidas. Em tais casos, é preciso se estabeleça, para além da coordenação correspondente à comunicação entre os interessados, quem haverá de reestabelecer a ligação, caso a linha caia. Nesses casos, a atribuição dos papéis impede que ambos os atores assumam a responsabilidade de refazer a ligação, o que haverá de impedir se complete, ou então que ambos se limitem a esperar nova comunicação do outro, circunstância que também frustrará a interação.

Superadas essas explicações preliminares, há de se apontar que os acordos de leniência e as colaborações processuais se inserem em outra espécie de jogos. Fala-se de jogos de cooperação, em que os atores são colocados em situação na qual se lhes faz possível escolher cooperar ou não cooperar.

Veja-se que nos jogos de coordenação anteriormente exemplificados, a simples recusa do ator de atender ao comportamento estabelecido para o jogo importa se frustre a interação. Em outras palavras, caso se desatenda a regra de trânsito, de diplomacia ou de comunicação telefônica, simplesmente não haverá tráfego seguro, reunião diplomática possível ou ligação por telefone.

Nos casos de coordenação, os atores se acham previamente envolvidos em interação e seu desejo de coordenar ou não sua conduta com os demais atores importa na obtenção de resultados diversos. Então, cumpre-lhes, por primeiro, escolher cooperar ou não cooperar e verificar que sorte de resultado sobrevém de sua opção.

No caso das cooperações características de direito sancionatório, está-se diante de quadro no qual o agente ativo do ilícito haverá de escolher se cooperará ou não com as autoridades ou se manterá vínculo de lealdade com os outros agentes do ilícito, e sua escolha, qualquer que seja, gerará diferentes repercussões.

Essa dinâmica de funcionamento permite, ainda, a utilização de outras ferramentas teóricas, tais como a examinada no caso do "dilema do prisioneiro" ou mesmo o concerto de possibilidades que serviu a Nash[30] para

---

[29] Ibid.

[30] Os principais trabalhos de Nash são os seguintes: Nash, J. (1950a). Equilibrium points in n-person games. *Proceedings of the National Academy of Science*, v. 36, p. 48-49, 1950; The bargaining problem.

produzir o trabalho que lhe rendeu o Prêmio Nobel de Matemática justamente por identificar fenômeno mais tarde batizado de "equilíbrio Nash", contextos examinados em seguida.

3.2 Exame de um jogo possível. Equilíbrios e cooperação

Digamos, apenas para o propósito deste escrito e para o exame de interação cooperativa lançada por exemplo, que haja determinada situação em que um policial logrou obter a prisão de dois sujeitos suspeitos de um crime. De modo a tudo melhor ilustrar, digamos se esteja diante de um roubo a banco.

Como medida investigativa, o policial levou os dois indivíduos à delegacia e os colocou em salas separadas. Dirigiu-se ao primeiro suspeito, a quem se chamará de "A", e lhe fez as seguintes ofertas: 1.) caso "A" *confessasse* sua participação e de seu comparsa, haveria acordo para beneficiá-lo, mas: 1.a) caso "A" fosse o único a confessar — ou seja, caso "B" silenciasse —, lhe seria oferecida isenção total das penas do crime; 1.b) caso ambos confessassem, ambos seriam condenados, mas com penas levemente diminuídas, digamos que de três anos de prisão de um total de quatro anos em caso de não haver cooperação.

O segundo conjunto de alternativas oferecidas a "A" se detalha pelo seguinte: 2.) caso "A" *silenciasse* sobre sua participação, não haveria acordo. Todavia: 2.a) caso "B", suspeito encerrado em outra sala, confessasse, "A" receberia pena integral, que se dirá como de quatro anos apenas para o efeito de facilitar o exemplo, e "B" receberia a isenção total; 2.b) caso "A" e "B" silenciassem, ambos seriam condenados unicamente pelo porte das armas que carregavam, pena que se dirá correspondente a um ano de prisão, uma vez que sem a colaboração não haveria provas suficientes para lhes condenar pelo roubo.

Digamos, ainda, que o policial, após expor essa situação a "A", dirigiu-se ao outro suspeito, a quem já se adiantou a identificação como sendo "B", e lhe fez a oferta das mesmas alternativas.

Econometrica, v. 18, p. 155-162, 1951; Non-cooperative games. *Annals of Mathematics Journal*, v. 54, p. 286-295. A vida de John Nash foi também retratada no filme *A beautiful mind*, 2001, ou *Uma mente brilhante*.

Muito bem. Conforme se vê dessa descrição, percebe-se a existência de quadro no qual as escolhas de "A" e de "B" influenciam-se reciprocamente. Ou seja, as escolhas que um e outro fizerem redundará não apenas na determinação de sua própria pena, mas também na pena de seu comparsa, detido na sala ao lado.

Antes de se progredir no exame das possibilidades matemáticas de tal situação, há detalhe importante para apontar. Veja-se que, se examinado o quadro sem a atenção adequada, concluir-se-á que o jogo em questão conta com dois jogadores apenas, quais sejam, "A" e "B", pessoas que se enfrentam em busca do melhor resultado para si.

Todavia, há de se notar a presença de um terceiro jogador, que, na verdade, se acha um tanto quanto oculto no contexto da apuração. Trata-se, evidentemente, do policial. Na verdade, neste caso, o agente representa a eficiência do sistema. Ou seja, de modo a que avaliados os resultados do "jogo", há de se considerar que quanto menos isenções forem concedidas, mais próximo o sistema se manteve da cominação de pena realizada pelo legislador.

Com efeito, há de se reconhecer que diante de situação ideal em termos probatórios não há espaço para leniência ou acordo, e a investigação redundará em apuração suficiente do contexto de fato a viabilizar pronunciamento adequado de parte do Poder Judiciário para, simplesmente, ajustar o fato aos limites da norma. Convém recordar, ainda, que essa assertiva somente faz sentido caso se compreenda a colaboração processual por diminuição de pena concedida para o aumento de eficiência e que, portanto, se houvesse provas bastantes de tudo, a colaboração se faria desnecessária e não haveria qualquer sorte de isenção ou benefício distribuído.

De volta ao exame dos benefícios oferecidos, é possível resumir as alternativas disponíveis para cada um dos presos em quadro como o que segue.

Quadro 1

Comportamento escolhido	Resultado determinado	Quantidade de pena aplicada
Se o investigado confessar e o comparsa não colaborar?	Isenção de pena para o que colabora e pena máxima para o que silenciar.	Quatro anos para o que não colaborou e nenhuma pena para o que confessou.
Se o investigado confessar e o comparsa também confessar?	Condenação para ambos com redução de pena.	Três anos de condenação para cada um.
Se ambos se recusassem a colaborar?	Condenação de ambos apenas pelo crime de porte de armas.	Um ano de condenação para cada um dos demandados.

De modo a que se possa organizar as informações levadas a efeito, há de se atentar, por primeiro, que o exame do "jogo" depende de que se verifiquem as possibilidades de atuação de ambos os investigados simultaneamente, examinando quadro a quadro as soluções possíveis. Então, para que tudo possa ser dessa maneira, é preciso organizar as informações no modelo de matriz matemática, tudo conforme se apresenta abaixo.

Quadro 2

"A"	"B"		
		Colaborar	Recusar
	Colaborar	Três anos, *três anos*	Isenção, *quatro anos*
	Recusar	Quatro anos, *isenção*	Um ano, *um ano*

Em termos de aprimoramento de linguagem, há de se destacar, por primeiro, que a atender as regras de interpretação das matrizes há de se considerar que o primeiro dos dados lançado nas células correspondentes ao resultado (em cinza) se refere ao "jogador", cujas ações são discriminadas em coluna. Ou seja, os primeiros números a constar das células de resultado correspondem ao destino de "A". Os seguintes, portanto, pertencem a "B". De todo modo, levando em conta que este texto se destina a operadores do direito, tratou-se de sublinhar todos os resultados e ações relacionadas com "B", de modo a melhor lhes distinguir.

Por segundo, não é difícil compreender do que trata o quadro. Cuida-se, na verdade e conforme se mencionou anteriormente, de figura que se destina a relacionar as escolhas de "A" e de "B", de modo a que se possa lhes atribuir valor. Veja-se, então, que a primeira das células marcadas em cinza há a representação da situação em que ambos os investigados colaboram. Assim, receberão a pena de três anos cada um. A segunda célula das marcadas em cinza, ainda na primeira linha, representa o resultado em que "A" colabora, mas "B" se recusa. Em tal situação, "A" receberá isenção total de pena e "B" suportará quatro anos de cadeia.

A terceira célula, primeira das marcadas com cinza na última linha, representa a situação em que "A" se recusou e "B" colaborou. Em tal circunstância, "B" receberá a isenção total e "A", a pena máxima para o caso, qual seja, quatro anos. Por fim, está a última célula, representativa da situação

em que ambos se recusam a colaborar. Nessa circunstância, os investigados receberam reprimenda quantificada em um ano de prisão, dada a insuficiência das provas.

Examinados esses quadros, é possível apontar para as primeiras conclusões. Veja-se, por arrancada, que das soluções possíveis não é difícil identificar qual a melhor e qual a pior para um e outro acusado. Com efeito, a solução ótima é obter a isenção e a pior é receber os quatro anos de pena. Então, para "A", a melhor solução é aquela em que confessa e seu comparsa se cala, resultado a constar da segunda célula da primeira linha. Para "B", a solução ótima se encontra na primeira célula da segunda linha.

Antes de prosseguir no exame do resultado das cooperações, há de se indagar que tipo de solução será a melhor para o jogador que se classificou por oculto. Fala-se, como mencionado anteriormente, do policial que propôs o acordo. Levando em conta que em nosso exemplo o agente em questão representa a maior eficiência do sistema, é justo presumir que o maior número de anos de pena aplicado representa sua solução ótima. Então, para o policial, a melhor solução é aquela em que ambos os comparsas são condenados às penas de três anos. É que, somados os resultados sancionatórios, há a maior quantidade de pena aplicada. Ademais, cuida-se de solução em que ambos os acusados são alcançados pelas repercussões penais.

Muito bem. Examinadas as particularidades do exemplo trazido, há de se buscar compreender que sorte de raciocínio "A" e "B" fariam diante da proposta que lhes foi realizada. Caso se comportem de modo racional, a trilha de seu pensamento pode ser perseguida com alguma facilidade.

Tomando-se o caso de "A" para principiar o raciocínio, há de se reconhecer que o comportamento — colaborar ou silenciar — haverá de ser selecionado a partir do cálculo do comportamento do outro jogador. Com efeito, "A" haverá de se indagar, por primeiro, que tipo de resultado lhe aguarda se "B" confessar. Examinado o quadro anterior, verifica-se que se "B" colaborar — soluções da primeira coluna —, os destinos de "A" poderão ser os seguintes: 1) caso também colabore, receberá a pena diminuída de três anos (primeira célula da primeira linha); 2) caso resolva silenciar, a solução que lhe restará é sofrer a pena integral da condenação, enquanto "B" sairá ileso (primeira célula da primeira linha).

Então, por primeira conclusão, entre as situações "1" e "2" descritas, partindo-se do pressuposto de que "B" colaborou, a conduta que garante a "A" o melhor resultado é colaborar. Em resumo: caso "B" colabore, o melhor é também colaborar.

Ao depois, há de se perquirir que tipo de conduta "A" deve tomar se "B" silenciar — soluções da segunda coluna. Seguindo o mesmo plano de raciocínio anteriormente desenhado, há de se ver que se "B" se recusar a colaborar, as atuações de "A" poderão ser as seguintes: 1) caso também se recuse, a solução a ocorrer é a da segunda célula da segunda coluna, a acarretar pena de um ano para ambos os comparsas; 2) por outro lado, caso colabore, o resultado da interação é que ficará livre de qualquer pena.

Então, por segunda conclusão, entre as situações descritas, "1" e "2" — pena de um ano ou sair livre —, vale mais a pena para "A" colaborar. É que se colaborar poderá chegar ao resultado ótimo de isenção, mas se silenciar receberá alguma pena.

Observadas todas as quatro possibilidades anteriores, verifica-se que qualquer que seja o comportamento de "B" — colaborar ou silenciar —, examinadas as possibilidades separadamente, "A" sempre obterá o melhor resultado, caso colabore. Considerando-se, ademais, que as escolhas de "B" simplesmente espelham as possibilidades de comportamento anteriormente examinadas, é correto inferir que suas escolhas serão também por colaborar em qualquer caso.

Daí se chega à conclusão final que, se o problema de fato for posto da maneira como propôs o policial, ambos os agentes ativos terminarão por confessar seus envolvimentos no crime, o que acarretará haja a solução a constar da primeira célula, primeira linha e primeira coluna. Cuida-se, conforme apontado anteriormente, da célula a representar a solução ótima para o policial.

A partir de tal constatação, muitas outras aferições surgem. A primeira é de que a proposta de colaboração realizada pelo policial foi realizada de tal forma a que o resultado alcançado redundasse na solução que melhor gerasse aproveitamento ao seu proponente. Ou seja, é fácil de ver que a forma como a colaboração foi proposta — seus termos, condicionantes e medidas de pena — se estabeleceu de modo a que a resposta dos colaboradores fosse induzida ao quadro em que se otimizava o "ganho" do policial, jogador oculto, e que representa a eficiência do sistema.

O segundo ponto a examinar é a circunstância de que essa verificação não foi construída a partir do caso. Na verdade, a conclusão de que diante da situação apresentada os colaboradores terminariam por escolher a solução ótima para o policial decorre de aplicação direta da teoria conhecida por equilíbrio de Nash, aplicável aos jogos de cooperação.

Na verdade, John Nash cunhou sua constatação ao apontar que a estabilidade de um sistema que envolve diversos atores em interação ocorre na situação em que nenhum participante consegue obter ganho pessoal com a modificação de sua estratégia, caso todos os demais permaneçam inertes.[31]

Em outras palavras, em um jogo de cooperação como o que se apresentou é possível saber que, se os participantes tomarem decisões racionais, o resultado se estabilizará em um quadrante predeterminado. Tal situação se caracterizará por estado em que nenhum dos participantes conseguirá melhorar seu proveito unicamente a partir da mudança de sua conduta.

De volta ao caso tratado neste escrito, basta se ver que em qualquer dos demais quadrantes que não o primeiro da primeira coluna e da primeira linha será possível que algum dos participantes modifique unicamente sua conduta e logre obter resultado melhor.

Veja-se, por exemplo, o resultado possível a constar da segunda célula da primeira linha, segunda linha. Em tal situação, está-se diante de hipótese na qual "B" silenciou e "A" colaborou, e por resultado obteve-se a condenação do primeiro à integralidade das penas e a isenção ao segundo. Em tal resultado não haverá equilíbrio — o que se faz caracterizar a célula por instável — porque basta a "B" também colaborar a que sua pena seja reduzida, arrastando-se a solução do dilema para a célula da estabilidade. Conforme se pode ver, tal raciocínio pode ser repetido em todas as demais células, à exceção da apontada por estável. Essa circunstância serve a confirmar que a única solução estável para o problema é, de fato, a primeira célula da primeira linha e da primeira coluna.

A terceira aferição a realizar é que, dependendo da forma como o problema é construído, a estabilização não se dá no resultado que gera maior aproveitamento aos comparsas. Com efeito e conforme já se mencionou, o exemplo examinado se caracteriza por desenho em que o equilíbrio serviu a privilegiar justo a solução que melhor alcança os objetivos do proponente, quem seja, o policial.

Observação atenta do exemplo revela, também, que não apenas a formulação das propostas realizadas é o que garante a máxima eficiência do sistema de colaboração. Veja-se que para além de se desenhar as propostas de modo a

---

[31] Definição a constar do site: <http://wordnetweb.princeton.edu/perl/webwn?s=nash%20equilibrium>. Acesso em: 18 maio 2016. S: (n) *Nash equilibrium ((game theory) a stable state of a system that involves several interacting participants in which no participant can gain by a change of strategy as long as all the other participants remain unchanged).*

que o equilíbrio de Nash reste assentado na solução que melhor privilegie os resultados pretendidos pelo proponente, há também de se garantir não haja cooperação entre os demais participantes do jogo na ocasião em que se lhes cobra a realização de suas escolhas.

Em outras palavras, caso o policial tivesse deixado de determinar a separação dos investigados na ocasião em que chegaram à Delegacia de Polícia e tivesse permitido que, por exemplo, combinassem sua atuação, é bastante provável que o resultado do dilema fosse outro. É que em tendo havido a colusão de vontades entre os futuros colaboradores, rompe-se a essência do jogo de cooperação, arrastando-se a solução para outro quadrante que não o do equilíbrio de Nash.

Com efeito, o fenômeno da solução somente se encaminha para o da célula estabilizada — e isso foi sobejamente apontado por Nash quando da formulação de sua teoria — nos casos em que os atores da interação não formam vínculos de cooperação para a tomada de decisão. Caso tal ocorra, a tendência é que a migração do resultado se dê para o que lhes garanta a melhor solução compartilhada. No caso deste escrito, fala-se do quadrante em que ambos negam a prática delitiva e que, a despeito de não lograrem a isenção total de responsabilidade, logram a obtenção de resultado significativamente mitigado. Então, ou se previne a cooperação concertada entre os possíveis acordantes, ou o controle da distribuição dos benefícios sairá das mãos do proponente e passará às mãos dos infratores, hipótese que acarretará significativa diminuição de sua eficiência.

4. A Medida Provisória nº 703/2015, a leniência e a descaracterização do instituto por instrumento de enfrentamento ao ilícito para o simples oferecimento de benefícios

Conforme referido no primeiro capítulo, a possibilidade da produção negociada para casos de direito sancionatório, penal e não penal, vem evoluindo significativamente desde que se editou o primeiro conjunto de normas a tratar do tema. Com efeito, partiu-se da previsão a constar da Lei de Proteção à Testemunha, Lei nº 9.807/1999, em que não se endereçava uma única palavra acerca do procedimento para as eventuais negociações, para chegar-se à complexa previsão de ditames aos acordos constantes da Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013.

E se é certo, por uma parte, que os ditames relacionados com a Lei Anticorrupção têm natureza eminentemente não penal, há de se reconhecer que o enfrentamento da corrupção e dos seus atos associados costuma gerar a necessidade de enfrentamento transversal, de modo a que as iniciativas probatórias sejam aproveitadas em todas as instâncias. Então, é de se levar em conta que eventual acordo de leniência surtirá efeitos nas exigências a serem realizadas do investigado na oportunidade em que se estabelecer a negociação de colaboração premiada.[32]

Em outras palavras, parece evidente que, se no correr da negociação do acordo de leniência se exige da empresa investigada o reconhecimento da prática do ilícito, é indiscutível que tal assunção gerará efeitos no âmbito do processo criminal que trate, eventualmente, dos mesmos fatos e alcance os dirigentes da empresa.

Superadas as observações preliminares anteriormente mencionadas, de se apontar que a Lei Anticorrupção estabelece dois grupos de exigências para a concreção dos acordos. Num primeiro grupo estavam a *identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração*.

Com a modificação trazida pela Medida Provisória, foram agregadas às exigências já previstas outras duas condições, *a cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva e o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade*.

Essa modificação, caso se assente a compreensão de que a implementação dos requisitos não há de ser obrigatoriamente cumulativa, mas orientada a partir de verificação pontual de necessidade, redundaria em evolução dos acordos de leniência como originalmente desenhados. Isso se estabelece especialmente por conta da introdução de exigência a que o acordante implemente ou melhore eventuais mecanismos de *compliance*.

Entretanto, o verdadeiro problema da reforma trazida pela MP nº 703/2015 se assenta nas modificações que realizou nos elementos a integrar o §1º,

---

[32] Convém recordar que, desde 2013, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (Enccla), iniciativa vinculada ao Conselho Nacional de Justiça, expediu recomendação aos Ministérios Públicos Federal, do Distrito e dos estados a que reunidas as atribuições de enfrentamento dessa sorte de ilícitos numa única fração de atribuições ministerial. Essa informação consta do link: <www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/253-acoes-e-programas/programas-de-a-a-z/estrategia-nacional-de-combate-a-corrupcao-e-a-lavagem-de-dinheiro-enccla/27967-acoes-e-recomendacoes-enccla-2011>. Acesso em: 21 maio 2016.

também do artigo 16, estes sim requisitos cumulativos exigidos para a firmatura dos acordos de leniência, aos quais se nominou neste escrito de segundo grupo.

Aponte-se, então, que na redação original do dispositivo havia a necessidade das verificações seguintes para a realização dos acordos: a) a pessoa jurídica fosse a primeira a se manifestar acerca do seu interesse em cooperar para a apuração do ilícito; b) houvesse a cessão imediata da participação da empresa com o ilícito investigado; c) houvesse, também, a admissão na participação do ilícito e cooperação plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Muito bem. O primeiro de tais requisitos descaracterizado pela MP nº 703/2015 foi a necessidade de que apenas a primeira das empresas a procurar o acordo fosse a beneficiada pela leniência. Com efeito, a Medida Provisória tratou de simplesmente suprimir o inciso I, do artigo 16, §1º, Lei Anticorrupção, deixando o dispositivo, diga-se de passagem, com redação estranha, principiada pelo inciso II. O problema identificado, contudo, nada diz com atenção a eventuais formalismos, mas por verdadeira subtração da possibilidade estratégica de utilização da ferramenta.

Veja-se que, ao se tratar da formulação de estratégia para o dilema do prisioneiro, observou-se — e mesmo se comprovou a partir de observação matemática — que a obtenção dos resultados pretendidos em dilemas nos quais a informação precisa ser obtida a partir de colaboração há de se assentar em duas premissas. A primeira é a formulação de proposta desenhada de tal fórmula a que os resultados provenientes do equilíbrio Nash sejam suficientes para o sucesso da investigação. No caso trazido por exemplo, tudo se assentava no oferecimento de redução de pena apenas suficiente para os casos de dupla confissão, antevendo-se que o equilíbrio se daria justamente no quadrante apontado. A segunda premissa é a necessidade de que se rompam os vínculos colaborativos entre os envolvidos no ilícito. No caso do exemplo trazido no capítulo anterior, a medida tomada pelo policial a evitar a colaboração se traduziu na colocação dos investigados em salas separadas e a formulação da proposta a que fosse decidida imediatamente.

No caso de empresas envolvidas em ilícitos dessa natureza, é evidente que as autoridades não poderão simplesmente trancar os representantes em salas distintas, propor-lhes o acordo e aguardar que decidam imediatamente. Então, no ambiente da firmatura dos acordos de leniência, a ferramenta utilizada para a quebra do vínculo cooperativo é justamente estabelecer a regra de que apenas o primeiro a vir à frente será o beneficiado.

Em outras palavras, viabilizar o benefício da leniência a todos os envolvidos mesmo que tenha havido acordos anteriores importa, na prática, jogar por terra a garantia estratégica necessária a evitar haja cooperação entre os que recebem as propostas. É que se todos puderem se beneficiar indistintamente, bastará ao interessado aguardar a possibilidade da firmatura de acordo por algum interessado. Caso isso ocorra, bastar-lhe-á endereçar-se à autoridade para dizer que também deseja colaborar e, também, ser beneficiado. Caso não haja leniência, basta se aguarde o desfecho da apuração sem a colaboração.

Com efeito, há de se notar que a eliminação do mecanismo da precedência elimina também o obstáculo a que os coautores do ilícito tracem, entre si, vínculos de cooperação. A bem da verdade, se antes os acordantes se viam impedidos de colaborar, porque somente havia benefícios para o primeiro que se apresentasse, a circunstância de que há benefícios para todos facilita se aglutinem em grupo de interesses, manejando a circunstância de modo a otimizar sua obtenção de resultados.

O segundo ponto a merecer crítica foi a supressão da necessidade de que o eventual acordante assuma a responsabilidade pelos ilícitos praticados. De acordo com a redação que a MP nº 703/2015 conferiu ao inciso III, §1º, artigo 16, basta ao agente ativo do ilícito o oferecimento de compromisso de colaboração, comparecendo aos atos processuais sob suas expensas.

Ao que se percebe dessa proposição, bastará à leniência a cooperação da empresa que, segundo se compreende, haverá de se traduzir no oferecimento de informações objetivas e no comparecimento aos atos processuais.

Tal circunstância, para além de emblemática a que se vislumbre a significativa diminuição dos resultados a serem obtidos com a colaboração, traduz-se, também, em estímulo muitíssimo menos significativo no contexto do jogo a que os outros participantes do ato ilícito venham a se achar compelidos à confissão de seus malfeitos.

De se notar, pois, que a assunção da prática de ilícito gera, por primeiro, o efeito certo de colocação do acordante ao alcance de sanções em caso de descumprimento do acordo. Por segundo, há de se reconhecer que essa assunção gera prova importante de que o comparsa no ilícito também tomou parte de tudo, especialmente porque a chamada não se dá com a intenção de se isentar, mas de assumir responsabilidade ainda que mitigada.[33]

---

[33] Há jurisprudência tradicional das cortes superiores no sentido de emprestar validade à chamada à autoria realizada por determinado agente em desfavor de comparsa nos casos em que a confissão não se presta à isenção de responsabilidade. Assim, por todos: Agravo de Instrumento nº 611.109 — RS (2004/0092861-1), Superior Tribunal de Justiça.

De outro lado — e isso é sobremodo evidente —, a simples assunção de obrigação de colaborar não gera efeito de contaminação do comparsa do ato ilícito. Então, ao comparsa que eventualmente não vier a colaborar, há muito mais para temer nos casos em que se obriga o leniente a admitir a prática de ilícito do que naquelas circunstâncias em que o acordo se assenta unicamente no compromisso insípido de colaboração e comparecimento.

E se tais ponderações não são suficientes a que se compreenda a fragilização da leniência por ferramenta de enfrentamento à corrupção, basta que se retorne à matriz anteriormente trazida para verificar o desequilíbrio do jogo a pesar por sobre a autoridade proponente do acordo. Senão vejamos:

Considerando-se a redação original da Lei Anticorrupção, há de se concluir que o jogo poderia ser traduzido na forma da matriz seguinte. Cuida-se da mesma representação matemática classicamente utilizada para a solução dos dilemas do prisioneiro, com a simples substituição dos resultados a serem obtidos.

Quadro 3

"A"		"B"	
		Intenção de colaborar	*Intenção de recusar*
	Intenção de colaborar	Benefício para o primeiro a se voluntariar.	Benefício apenas para A.
	Intenção de recusar	Benefício apenas para B.	Não haverá benefícios.

Repisando os passos do exercício anterior, principia-se destacando as opções restantes a "A", de logo se adiantando que tudo poderá ser replicado para o outro participante, uma vez que se trata de jogo simétrico. Há de se considerar, por segundo, que as escolhas dos participantes deveriam ocorrer em momento anterior à formalização do acordo, justamente porque a leniência somente se faz possível ao primeiro que se apresentar. Ou seja, se já existe acordo celebrado por qualquer dos interessados, não há mais falar em colaboração possível.

Por terceiro, o exame da interação somente faz sentido a partir da perspectiva de que o proponente do acordo — o Ministério Público ou outro dos legitimados — somente o fará em circunstâncias nas quais logrou reunir conjunto mínimo de evidência a tornar o processamento viável, tudo conforme se verifica no exemplo anteriormente apontado. É que, e isso há de

se convir, a proposta de acordo de leniência ou de colaboração premiada não pode servir a expedição exploratória que não se ache calcada em qualquer substrato anterior. Em outras palavras, é preciso que o eventual acordante encontre no contexto probatório já produzido risco de eventual processamento e condenação.

Feitos esses esclarecimentos, há de se ponderar que "A" haverá de enfrentar duas possibilidades de atuação de seu adversário. Com efeito, "A" haverá de ponderar se seu adversário pretende ou não colaborar.

Caso compreenda que o adversário pretende colaborar em momento futuro, restam a "A" duas escolhas: 1) poderá resolver também colaborar, e em tal caso sua única chance de obtenção do benefício é correr às autoridades para oferecer-se ao benefício de modo precedente; 2) poderá recusar-se a colaborar, ocasião em que o benefício será somente alcançado ao seu comparsa e, ainda por cima, corre o risco de ver produzido contra si farto material probatório decorrente da assunção do ilícito pelo seu adversário. Então, se o contexto probatório relacionado com o ilícito é contundente e "A" presume que o adversário haverá de colaborar, sua melhor escolha é buscar também a colaboração, o que haverá de fazer o mais rapidamente possível.

Caso "A" preveja que seu adversário não colaborará, restam-lhe duas alternativas: 1) caso resolva colaborar, é certo que receberá o benefício integral previsto na legislação; 2) caso resolva não colaborar, restará juntamente com seu comparsa a aguardar a solução do processo. Então, caso se verifique que o contexto probatório relacionado com o ilícito investigado é suficientemente firme a fundamentar eventual condenação, sua opção racional é colaborar.

Por conclusão para a matriz trazida anteriormente, vazada na redação original da Lei Anticorrupção, verifica-se, caso se esteja diante de processo com solidez probatória, que o equilíbrio Nash estabelece que ambos os envolvidos procurarão colaborar. Não é demais recordar que o equilíbrio se verifica em tal célula — quadrante superior esquerdo — porque não há forma de os envolvidos lograrem otimização do resultado que lhes é destinado com modificação unicamente de sua conduta independentemente do que fizer o outro jogador.[34]

Por fim, cumpre se examine a matriz matemática do dilema do prisioneiro desenhada a partir dos resultados possíveis previstos pela MP nº 703/2015. A matriz pode ser assim representada:

---

[34] Idem nota 27.

Quadro 4

"A"	"B"		
		Intenção de colaborar	*Intenção de recusar*
	Intenção de colaborar	Ambos se beneficiam.	Benefício apenas para A. Todavia, B poderá, a qualquer tempo, também procurar as autoridades para obter o benefício.
	Intenção de recusar	Benefício apenas para B. Todavia, A poderá, a qualquer tempo, também procurar as autoridades para obter o benefício.	Não haverá benefícios.

Examinados os resultados, verificam-se para "A" duas possibilidades de atuação, não sendo demais rememorar que tais soluções podem ser replicadas para "B", uma vez que se trata de jogo simétrico.

De uma parte, "A" poderá presumir que "B" tem a disposição de colaborar. Assim, resta-lhe: 1) colaborar também e receber imediatamente o benefício, com a aplicação de sanções mitigadas; 2) não colaborar e aguardar o andamento do processo para, eventualmente e se confirmado o risco, buscar a celebração do acordo de leniência, calhando recordar que a realização de acordo precedente não lhe impede de ser também beneficiado. Diante desse quadro, parece razoável presumir que "A" aguardará o andamento do processo, não havendo qualquer estímulo para que realize a colaboração.

Por outra parte, caso "A" presuma que "B" não colaborará, restar-lhe-ão as seguintes opções: 1) poderá também não colaborar, o que o coloca em situação de espera a ver se o risco se concretiza, ocasião em que poderá buscar a leniência; 2) poderá resolver colaborar, colocando-se imediatamente ao alcance das medidas e da ação sancionatória. Do que se vê, não parece difícil presumir que também nesse caso "A" escolherá aguardar para ver o desfecho do risco do processo.

De todas essas observações, algumas conclusões parecem surgir de modo evidente. A primeira é de que a sorte de mecanismo estabelecido pela MP nº 703/2015 não permite a obtenção de equilíbrio que possa vir a servir para otimizar o enfrentamento do ilícito. É que as possibilidades trazidas não permitem a construção de hipótese em que as opções dos investigados se estabilizem. Então, não se permite ao proponente do acordo — o Ministério

Público, a polícia judiciária ou a autoridade administrativa competente — a possibilidade da montagem de interação vazada em estratégia que facilite a colaboração.

Ao depois, há também de se ponderar que esse quadro de instabilidade desestimula significativamente a iniciativa à colaboração processual. Com efeito, permite-se aos investigados, por primeiro, a variação de posições de maneira ampla e, por segundo, a adesão à colaboração do comparsa.

Diante desse quadro de instabilidade é certo afirmar que, se os acordantes simplesmente aguardam o posicionamento do outro com a possibilidade de adesão futura, há significativa chance de que a estabilidade termine ocorrendo na não realização de acordo por nenhum dos envolvidos.

5. Conclusões

Este estudo se ocupou de examinar, ainda que pontualmente, a evolução da produção negocial de soluções inseridas no contexto do direito sancionatório, focando-se, mais especialmente, na construção de acordos de leniência vazados nas disposições da Lei nº 12.843/2012.

Em seguida, examinou-se a teoria dos jogos por construção originária da economia e que bem serve a medir as interações humanas de modo a que sejam aquilatadas, avaliadas e se logre tomar posições orientadas à obtenção de resultado pretendido.

Por fim, examinaram-se algumas das modificações trazidas à Lei Anticorrupção pela Medida Provisória nº 703/2015, hoje com sua vigência encerrada, apontando-se que tais mudanças dificultaram significativamente o instrumento por mecanismo eficaz para a apuração e a punição de pessoas jurídicas e físicas envolvidas em atos de corrupção.

É que o desvirtuamento de requisitos estabelecidos originariamente, quais sejam, o oferecimento do benefício apenas ao que primeiro aceitar a proposta de acordo e a necessidade de assunção da prática de ilícito, dificultam a construção de proposta na qual se possa desenhar situação de estabilidade que tenha o condão de compelir os investigados à colaboração.

Na verdade, defendeu-se que tais modificações criaram situação de instabilidade que importará circunstância, primeiro, a reforçar a cooperação entre os investigados em vez de com as autoridades e, segundo, estimular permaneçam inertes no que concerne à colaboração com as autoridades.

Essas circunstâncias, aliadas ao aumento significativo das benesses oferecidas aos acordantes, importariam conversão verdadeira do instrumento de leniência de ferramenta para o enfrentamento da corrupção, proposta que inicialmente animou a edição do normativo, em puro e simples alcance de benefícios aos envolvidos.

Por fim, tem-se por absolutamente necessária a discussão das balizas de construção de acordos de leniência que persistam sendo mecanismos eficazes de colaboração processual, justamente porque há processo legislativo em curso para eventual reforma dos mecanismos da Lei Anticorrupção.

Referências

ASSIS TOLEDO, Francisco. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DRUMOND, Carlos. MP 703, a medida necessária. *Carta Capital*. Disponível em: <www.cartacapital.com.br/revista/883/a-medida-necessaria>. Acesso em: 15 fev. 2016.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. São Paulo: Forense, 1988.

MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v. II.

MENEZES, Dyell. *PGR considera inconstitucional MP dos acordos de leniência.* Site da Associação Contas Abertas. Disponível em: <www.contasabertas.com.br/website/arquivos/12797>. Acesso em: 19 abr. 2017.

ONOFRE, Renato. Para negociador da Lava-Jato, MP 703 'favoreceu interesses poderosos'. *O Globo*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/para-negociador-da-lava-jato-mp-703-favoreceu-interesses-poderosos-18410992#ixzz4ehz9BYle>. Acesso em: 10 jan. 2016.

QUINTANAR DIEZ, Manuel. *La justicia penal y los denominados "arrepentidos"*. Madri: Edersa, 1996.

RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milão: Giuffrè, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

VON NEUMANN, J.; MORGENSTERN, O. *The theory of games and economic behavior*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press.

ZACHIA ALAN, J. A. S. Colaboração processual: prêmio ou negócio? *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, v. 1, p. 109-140, 2010.