



FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ
FACULDADES
MAGSUL

GEOVANNA KLEINSCHMITT

DELAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

Ponta Porã

2021

GEOVANNA KLEINSCHMITT

DELAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

Trabalho de Conclusão Curso – TCC
apresentado à Banca Examinadora das
Faculdades Integradas de Ponta Porã,
como exigência parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mauro Alcides Lopes

Ponta Porã

2021

GEOVANNA KLEINSCHMITT

DELAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

Trabalho de Conclusão Curso – TCC.
Apresentado à Banca Examinadora
das Faculdades Integradas de Ponta
Porã, como exigência parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Mauro Alcides Lopes
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof. Me. Gianete Paola
Butarelli

Ponta Porã, 10 de fevereiro de 2021

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus por me fornecer todos os suportes para ingressar no curso pelo qual sempre foi meu objetivo desde os nove anos de idade. Em seguida, agradeço a mim mesma, pois foi pela minha dedicação e força de vontade que superei todas as etapas da faculdade e, claro, agradeço novamente a Deus por todos os milagres realizados durante as provas que refletiram consequentemente nas minhas notas mesmo quando sabia que eu sozinha não teria chegado até aqui sem dependências. O caminho de 05 (cinco) anos de estudo não é nada fácil, mas se torna prazer quando encontramos amigos com quem dividir os trabalhos, conhecimentos e os famosos lanches que tanto nos agradavam. Em especial, agradeço a toda minha família que sempre acreditou em mim e sempre souberam que eu conseguiria, até mesmo quando pensei não conseguir em determinados momentos. Neste sentido, agradeço em particular a minha avó que me dava suporte financeiro e fazia excelentes lanches para quando eu retornasse da faculdade de ônibus, de Ponta Porã à Aral Moreira. Agradeço a minha mãe pelos belos incentivos a estudar e cursar o que eu realmente queria, dizendo com suas doces palavras: Ou estude e consiga uma bolsa (Prouni) ou vai cursar pedagogia aqui mesmo. Óbvio que corri para estudar, é claro. Agradeço aos demais parentes, tias, tios, primo e irmão, por me apoiarem em meus projetos de vida. Agradeço aos meus professores desde o primeiro semestre por suas excelentes aulas, cujas quais, muitas delas me recordo com facilidade até nos dias atuais, uma vez que vieram carregadas de simplicidade e pesado conhecimento de quem gosta do que faz. Por fim mas não menos importante, meu querido orientador, Mauro Alcides Lopes, que prontamente aceitou me orientar e me apresentou todos os caminhos desde o pré projeto até aqui, sem este professor provavelmente este trabalho não teria saído do papel. Deste modo, meu muito obrigado a todos que fizeram e fazem parte da minha formação ao longo desde 05 (cinco) anos nos bancos acadêmicos.

KLEINSCHMITT, Geovanna. **Delação Premiada à Luz da Teoria dos Jogos**. Número total de folhas p. 56. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas de Ponta Porã , Ponta Porã, 2021.

RESUMO

A Presente monografia tem como objetivo realizar a análise aprofundada da delação premiada para averiguar sua veracidade jurídica como meio de obtenção de prova. Para tanto, se fez necessário o uso da metodologia dialética, modelo comparativo de visões diferentes que formam um posicionamento uno. Também foi utilizado o método dedutivo, cujo qual a partir das análises colhidas de maneira ampla, neste contexto fora usufruído da Teoria dos Jogos, é permissivo a conclusão de um conhecimento pré existente a partir das informações colhidas com a metodologia dialética. Com isto, foi possível identificar a aplicabilidade da teoria dos jogos na delação premiada sem infringir a vedação da analogia no Direito Penal, bem como a legalidade do instituto como meio de obtenção de provas, sua natureza, e por fim, o funcionamento na prática da delação premiada como um jogo de interesses que demonstrou pontos negativos.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Operação Lava Jato. Direito Penal. Teoria de Nash.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. DELAÇÃO PREMIADA.....	12
1.1 Evolução histórica da delação premiada na legislação pátria.....	
1.2 Natureza Jurídica da delação premiada.....	14
1.3 A Lei 12.850/2013.....	16
1.4 Procedimentos da delação premiada.....	19
1.5 Análises críticas sobre a delação premiada no ordenamento brasileiro.....	21
2. TEORIA DOS JOGOS E SUA APLICABILIDADE NA DELAÇÃO PREMIADA.....	26
2.1 Noções gerais da Teoria dos Jogos.....	
2.2 Dilema do prisioneiro.....	28
2.3 O Processo Penal como um jogo: aplicabilidade da teoria dos jogos na Delação premiada.....	31
2.4 Estratégias e táticas utilizadas no jogo.....	35
2.5 Regra do Jogo	36
2.6 Prêmios e Premios e Recompensas almejados.....	37
3. OPERAÇÃO LAVA JATO SOB O ASPECTO DA DELAÇÃO PREMIDA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS.....	38
3.1 Operação Lava Jato.....	
3.2 APLICABILIDADE DA TEORIA DOS JOGOS NA OPERAÇÃO LAVA JATO MEDIANTE ACORDO DELATÓRIO.....	40
3.2.1 Jogadores explícitos e implícitos.....	
3.2.2 O caso da multinacional JBS.....	43
3.2.3 Os termos delatórios do Grupo JBS.....	44
3.2.4 As estratégias e Táticas utilizadas pelo Grupo JBS.....	45
3.3 Dilema do Prisioneiro e a Teoria de Nash.....	
3.4 Prêmios e Recompensa almejasdos dos oponentes.....	46
3.5 Análise crítica da Operação Lava Jato.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.....	53

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto foi albergado pela Lei ° 8.072 em 25 de julho do ano de 1990, conhecida como a lei dos Crimes Hediondos, cravado em seu artigo 8º, parágrafo único e acrescentando ao artigo 159 do Código Penal um 4º parágrafo através da redação contida no artigo 7º da referida lei, sendo aquele posteriormente modificado. Entretanto, somente em 2013 a presidente, há época, Dilma Rousseff regulamentou o instituto. Por meio desta Lei foram condenados mais de 155 corruptos na Operação Lava-Jato, sendo decretada a prisão preventiva da própria presidente que há sancionou em 2019. (AMBITOJURIDICO, 2016)

O instituto tem por alvo beneficiar aquele que deseja colaborar com as investigações, indicar comparsas ou terceiros, a fim de elucidar os fatos. Para obter o benefício prometido o colaborador deverá interromper suas práticas delitivas e agregar de maneira eficiente na juntada de provas relevantes que venham a ser confirmadas. Assim, não basta a simples confissão ou indicação de terceiros. Trata-se de uma elucidação de pontos chaves para se obter a verdade real dos fatos para derrubar as Organizações Criminosas ou revelações sobre delitos graves, incluindo ainda a possibilidade da devolução do objeto advindo do crime. (HAYASHI, 2014)

A teoria dos jogos, por sua vez, é um ramo da matemática que tem por objetivo traçar estratégias adequadas para cada jogada, analisando os possíveis movimentos do adversário para o contra-ataque. Predominante nos anos 40, ganhou importante destaque após a publicação do livro *The Theory Games and Econmic Behavior* em 1944, dos autores John Von Neumann e Oskar Morgenstern. (BARRETO, s.d)

O matemático John Forbes Nash, em seus estudos desenvolveu esta teoria criando um novo conceito para ela, denominado Equilíbrio de Nash, cujo qual consiste na hipótese de dois ou mais prisioneiros cooperarem e revelar o crime. Deste modo, aquele que não testemunhar ficará com o encargo de ter sua liberdade privada por maior lapso temporal. Este novo conceito trouxe um marco importante para a sociedade em vista que através deste advindo a Teoria dos Jogos tem o crivo de ser aplicada em áreas econômicas, administrativas, políticas, empresarias, dentre outros. (DANA, 2017)

A presente pesquisa insere-se nos estudos do embate do Estado e particular através da Delação Premiada a fim de aferir a eficácia do instituto, como meio probatório, considerando as movimentações jurídicas ocasionadas pelo “jogo” de interesses inerentes. O objetivo foi

analisar o instituto no Ordenamento Jurídico, examinar a aplicabilidade da Teoria dos Jogos na Delação Premiada e analisar estes institutos no âmbito judicial em casos concretos, especificamente na Operação Lava-Jato.

Diante disto, a presente monografia tem por finalidade objetar a indagação: O instituto da delação premiada pode ser considerado meio de obtenção de prova juridicamente válido ante enfrentamento do Estado e do particular frente ao “jogo” de interesses em busca da natureza probatória? Sendo motivada pela seguinte afirmação: os fins justificam os meios. Uma das frases mais famosas ditas pelo poeta romano Ovídio em sua obra *Heroides Duplas*, alegando que os fins justificariam os meios, não poderia enquadrar-se melhor do que na Delação Premiada tomando por base a Operação supracitada na ótica da Teoria dos Jogos.

Apesar de ser um tema antigo, somente em 2014 ganhou repercussão nacional com a Operação denominada Lava-Jato que confrontou a corrupção em nosso País. Deste modo, novos debates com olhares similares e divergentes foram reabertos, tendo como gatilho principal os excessos cometidos por parte do Estado, bem como o teatro político formado por delatores que transformaram o instituto em uma verídica “difamação premiada”.

A Operação contou com 78 fases procedimentais autorizadas, dentre elas pelo, há época, Juiz Sergio Moro. Ao total foram pouco mais de 775 buscas e apreensões, utilizando-se de 1.434 instaurações processuais, 210 conduções coercitivas, sendo quase 95 prisões preventivas, pactuando 10 acordos de Delação Premiada, por meio destes foram devolvidos bilhões de reais aos cofres públicos. (STOODI, 2020)

A ânsia de provar ou esquivar-se de uma imputação criminal, por vezes, extrapola os limites juridicamente válidos e éticos onde se infringe a lei para cumprir a própria lei em tese. Para tanto, magistrados e imputados utilizam-se de meios aparentemente albergados pelo ordenamento como estratégia adotada a fim de obter resultados favoráveis por meio da delação premiada.

Ao voltarmos os olhares para prisão preventiva, que é um instituto previsto em nosso sistema, vemos sua banalização para compelir o réu a delatar. Somente o Juiz Sergio Moro, decretou 97 prisões desta modalidade, sendo 62% revogadas e 40% dos imputados tornaram-se delatores na Lava-Jato, estes são os dados publicados pelo site Justificando. (JUSTIFICANDO,2017). Todavia, o artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 traz a seguinte redação:

Art. 4º - O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha **colaboração efetiva e voluntariamente** com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados.

Desta forma, Jorge Calazans, advogado especialista em Direito Processual Penal

(2016), declarou que o instituto é uma ferramenta importante para se obter a verdade real. Todavia, os delatores e autoridades devem usufruí-la com responsabilidade, não podendo valer-se da prisão preventiva, a exemplo, colocando os imputados em constrangimento, algemando-os publicamente, e, após, oferecer-lhes o acordo de delação tendo como recompensa redução penal, transferindo a delação para extorsão.

Outrora, o caso Joesley Batista gerou grande revolta popular e jurídica. O advogado Gustavo Badaró (2017), professor de Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo, discorreu sobre assunto, dizendo “O prêmio foi desproporcional, exagerado, e, para muitos causou verdadeira revolta”. Isso porque o acordo de delação premiada com Joesley teve como benefícios: o não indiciamento dos irmãos e mais cinco do grupo, não uso da tornozeleira eletrônica, mantendo suas residências nos Estados Unidos de onde continuaram a comandar suas empresas no Brasil. Não bastando, incluíram o perdão judicial de outros crimes no pacote.

Segundo Rodrigo Janot (2017), há época procurador-geral da República, ressaltou que a delação tem seu preço, todavia, os benefícios gerados pelas informações de Joesley Batista foram muito mais satisfatórios compensando a largos passos os custos produzidos.

Portanto, é perceptível que a delação premiada abarca interesses públicos e particulares que o transformam em um “jogo” cujo devem os oponentes traçar estratégias para subtrair seu adversário. Todavia, deve-se saber quais os limites aceitos como “jogadas” válidas e sua real eficácia, sabendo que os imputados também possuem avançados meios ardis para ludibriar a justiça de forma supostamente legal através deste instituto.

Em seus escritos, discorreu Rosa (2018, p. 49), argumentando que:

“A metáfora da Teoria dos Jogos como instrumento (formal) de compreensão do procedimento de delação parte da pressuposição de que o resultado não depende exclusivamente da performance de um dos jogadores, mas decorre da interação humana, das táticas e estratégias dominantes/dominadas utilizadas no limite temporal do procedimento, mediante a capacidade de convencimento cooperativo.”

A teoria, pode ser inserida na delação premiada para embasar a estratégia negocial, sendo o ato de antecipar as jogadas, definir seu ataque e caminhos a seguir, destacando-se que a estratégia predominante na delação é a busca pela melhor recompensa a ser obtida, sendo essa a estratégia dominante descrita por Rosa (2018).

O Estado e particulares, visam ter resultados favoráveis para si. Deste modo, há de se considerar que a delação premiada, especificamente na Operação Lava-Jato, foi usada como um “jogo”, ficando em clara evidencia as táticas utilizadas por ambos os lados. Supra citando, o caso Joesley Batista e o termo “prender para delatar”.

A Teoria dos jogos poderá ser aplicada na delação através do instrumento denominado

“dilema do prisioneiro”, criada no ano de 1950 por Merrill Flood e Melvin Dresher. Sabendo que o instituto destinasse ao oferecimento de benefícios pelo Estado ao acusado sob condição de haver cooperação para elucidação do fato criminoso, aos incriminados são apresentadas três opções.

Inicialmente, verificados os requisitos para o oferecimento da Delação o Ministério Público irá propor a) o investigado colaborar com as investigações, entregando seu companheiro, ficando livre de punição, mas aquele cumprira dez anos de prisão. b) Os dois ficaram em silêncio, não colaborando, e assim permaneceram presos por um ano cada. E, por fim, c) os dois confessam e cumprem cinco anos cada. Por óbvio, não cooperar é em disparada a melhor opção. Todavia, a proposta é realizada em salas apartadas para cada companheiro de crime. Assim, surge o “dilema do prisioneiro”.

O estruturamento da presente obra terá como embasamento acontecimentos marcantes e recentes que despertaram novas discussões sobre a delação premiada vista sob a ótica da teoria dos jogos, a fim de compreender sua relevância no ordenamento. Para tanto, se usufruirá inicialmente da metodologia dialética que, de acordo com Hegel Michel (2015), o método dialético é o entendimento fundido dos contrários sobre o mesmo objeto.

Segundo Richardson (2017), este método pode ser separado em três fases: tese, antítese e síntese. Na primeira, serão colocados em pauta a tese que gera controversas para serem discutidos. Depois, se explicitará o oposto da tese apresentada. Por fim, as duas visões opostas serão unificadas retirando uma conclusão única.

Ademais, para complementar a compreensão e desenvolvimento do projeto se faz importante o uso da metodologia dedutiva, cujo é a soma de todas as informações colhidas que se unem e formam uma conclusão através do raciocínio lógico. Este método é realizado a partir de uma visão mais ampla para a mais restrita, não gerando novo conhecimento por ser construído através de premissas pré-existentes.

René Descarte (2003), expôs um novo método de pesquisa cujo se fundava na razão lógica para que através desta chegasse ao conhecimento que o “eu” toma por procedente. O filósofo, era descrente em fatos que não se podiam explicar com a lógica, como por exemplo: clarividência, espíritos, dentre outros. Para ele a razão era o caminho a ser seguido.

Neste diapasão, em seus escritos, Galliano (1979, p. 39) complementa que “a dedução consiste em tirar uma verdade particular de uma verdade geral na qual está implícita”.

Em virtude das controvérsias existentes sobre o tema é importante se valer da revisão bibliográfica que traz o histórico da delação premiada no ordenamento jurídico. Realizando aprofundada análise sobre seus conceitos e suas definições, para então passar a identificá-la

por meio da teoria dos jogos. Logo, a juntada de artigos são de suma relevância para esta perspectiva em pauta, com intuito de demonstrar sua aplicabilidade no tema e sua finalidade. Todavia, deve se fazer a colheita da jurisprudência para solidificar a compreensão, para então, ao final, alcançar a resolução da problemática.

1 DELAÇÃO PREMIADA

1.1 Evolução histórica da delação premiada na legislação pátria

O Brasil traz em seu histórico acontecimentos marcantes cujo a delação se fez presente muito antes de ser instituído no ordenamento jurídico de fato. Dentre este, a chamada Inconfidência Mineira, que foi o maior movimento contra a coroa portuguesa, tendo como inconfidente o Coronel Joaquim Silvério dos Reis, que delatou seus companheiros a fim de receber o perdão de suas dívidas da Fazenda Real, acarretando diretamente a morte de Joaquim da Silva Xavier, um de seus confrades, consagrando o dia 21 de abril como dia nacional de Tiradentes.

No mesmo ano de 1789, em paralelo com a inconfidência mineira ocorreu a conjuração baiana, marcado pela execução do soldado Luiz das Virgens, cujo teve seu corpo retalhado após ser delatado pelo capitão da milícia que expos todo o movimento contra a coroa que defendia a emancipação política do Brasil com a quebra do chamado pacto colonial, bem como o fim das diferenças de tratamentos entre homens devido sua cor, raça, gênero e condições econômicas.

Um dos mais recentes fatos fora o Golpe Militar sucedido no ano de 1964 no dia 31 de março, a modo grosso foram usados métodos de vícios duvidosos para obtenção de informações sobre opositores ao regime. Sendo por esta uma forma indireta de delação entregando informações uteis para os militares a cerca daqueles.

O Direito Penal obteve por décadas o temor populacional, todavia com o advento da Constituição em 1988, trouxe a largos passos direitos e garantias que respaldavam diretamente na área Penal, deste modo a delação premiada teve de ser albergada de forma legal no ordenamento jurídico, visando os duros abusos cometidos na era militar golpista.

Assim, a Carta magna estabeleceu em seu artigo 5º, inciso XLIII, o seguinte enredo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os **definidos como crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (Regulamento)

Diante disto, a Lei de Crimes Hediondos entrou em vigor em 25 de julho do ano de 1990, (Lei nº 8.072/90), cujo tratará exclusivamente das atividades ilícitas consideradas de alta gravidade como: Latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro

e na forma qualificada, estupro e a cominação com o artigo 223 da referida Lei.

A nova Lei fazia alusão a uma minorante penal, nas hipóteses em que era de se considerar a diminuição da pena imposta ao agente por meio da ‘‘traição’’ do coautor do fato criminoso em fase de seus comparsas em casos de extorsão mediante sequestro sendo executado por bando ou quadrilha, tendo como objetivo a libertação da vítima em poder dos criminosos. Logo, a pena era reduzida em dois terços. Ressalta-se que, para a validade da delação era indispensável que a informação possibilitasse de forma concreta a soltura da vítima em posse dos meliantes.

Todavia, tempos depois, a Lei 9.269/96 abordou em seu enredo outro orifício para a delação/traição premiada, ao transcrever no artigo 4º afirmando que ‘‘Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços’’. Obsta-se que agora apenas dois agentes que pratiquem crimes em conjunto já terão direito a opção de entregar seu companheiro em troca de benefícios. Ao contrário do que mencionava a Lei 8.072/90 que abordava a necessidade de haver quadrilha ou bando para receber o recurso.

A legislação brasileira usufruiu da delação premiada de forma esparsa em seus ordenamentos, sendo na Lei dos Crimes Hediondos previsto no artigo 8º ‘‘Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único.’’; nas Leis de Crimes Financeiros artigo 25, parágrafo segundo ‘‘Nos crimes {...}, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoria policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.’’; Crimes Contra o Sistema Tributário (8.137/90) contém no artigo 16º, parágrafo único, supra cita o trecho transcrito anteriormente; Crimes praticados por Organizações Criminosas no artigo 6º ‘‘Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria’’; na Lei de Proteção a vítimas e testemunhas, artigo 13º ‘‘Poderá o juiz {...} conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal {...}’’; Crimes de Lavagem de dinheiro, artigo 1º que narra:

§ 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 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)

E, por fim, houve a regulamentação da delação premiada de forma concentrada pela lei nº 12.850, sancionada em 2013 pela Presidente, há época Dilma Rousseff.

1.2 Natureza Jurídica da Delação Premiada

O instituto abordado possui particularidades únicas dentro do direito brasileiro, não sendo concentrado apenas em determinada área jurídica. Todavia, sua essência transborda em requisitos similares ao do negócio jurídico acoplado no Código Civil de 2002, muito embora seja aplicado na esfera penal com maior consistência.

Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p.4-16) professor da Universidade de São Paulo, conceituou o que é o negócio jurídico de forma própria, afirmando:

O negócio jurídico, estruturalmente, pode ser definido ou como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato, ou como fato, isto é, como fato jurídico concreto. Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita ‘suporte fático’), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em declaração de vontade (...). In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

Para ele, o negócio jurídico podendo ser abstrato ou concreto, trata-se de acordo de vontades que visa a produção de efeitos que são desejados pelas partes, realizado conforme estabelece o ordenamento jurídico responsável a fim de se tornar válido o acordo firmado. Nesta linha, o doutor e professor Otávio Luiz Rodrigues Junior (2004, p.53), também da Universidade de São Paulo, salientou que o negócio jurídico visa a produção de efeitos, realizado unilateral ou bilateralmente de igual comparação com o processo Civil. Vejamos:

é possível definir negócio-jurídico processual como uma declaração de vontade, unilateral ou bilateral, dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito do processo, de que é exemplo, no processo civil, a transação em juízo (art. 267, III, CPC).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli, argumentou, por meio do *Habeas Corpus* 127.483 HC – PR, atuando como Relator, que a delação premiada traz consigo a natureza de negócio jurídico processual, uma vez que poderá ser utilizada como meio de obtenção de prova bem como ferramenta de investigação:

4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Salientando ainda que, a delação além de possuir a natureza negocial também é personalíssimo, ou seja, os coautores independentemente de serem citados na delação não poderão pleitear sua anulação, alegando serem falsas as acusações, a responsabilidade já recai diretamente sobre o delator em caso dos fatos relatos for apontado como inverídico. Assim, preceitua o Ministro:

6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

Dias Toffoli fundamentou seu voto de acordo com a narrativa do jurista Orlando Gomes, dentre outros, mencionando a estrutura contratual cujo se faz presente na existente de duas ou mais vontades, analisemos:

(...) para a formação de um contrato, são necessárias duas ou mais declarações de vontade que se integram. É preciso, numa palavra, o acordo (...) A declaração feita em primeiro lugar, visando a suscitar a formação do contrato, chama-se proposta ou oferta. Aquele que a emite, tomando a iniciativa do contrato, é denominado proponente ou policitante. A declaração que se lhe segue, indo-lhe ao encontro para com a primeira se harmonizar, denomina-se aceitação. Àquele que a faz se designa aceitante ou oblato” (Contratos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 64-65).

“Enquanto “a proposta é uma declaração de vontade dirigida a alguém com quem se quer contratar”, “a aceitação é a palavra afirmativa a uma proposta de contrato”, em que “o aceitante integra a sua vontade na do proponente, emitindo uma declaração ou realizando atos que a exteriorizam (...). (Orlando Gomes, op. cit., p. 64-70).

Deste modo, na delação premiada, para o Ministro, é inquestionável a existência de um acordo contratual no momento em que se faz a proposta de um lado e à aceitação do outro, cujo formalizado por escrito passa a existir no que ele denominou de “plano da existência”. Destacando que não se deve confundir acordo com proposta, sendo esta retratável. Já o acordo não, tratando-se de inexecução de negócio jurídico imperfeito nos casos de não cumprimento dos termos abordados. Ressaltou ainda que, a Lei 12.850/2013, usa expressamente os termos “negociações” e acordos” as formalidades realizadas pelo delegado, defensor, investigador e a promotoria de justiça de modo a confirmar a natureza da delação premiada como negocial. Analisemos:

Note-se que a Lei nº 12.850/13 expressamente se refere a um “acordo de colaboração” e às “negociações” para a sua formalização, a serem realizadas “entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor” (art. 4º, § 6º), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual.

Em contrapartida, à autores que defendem a natureza tríplice da delação premiada, sendo ela processual, material e penal. Por sua vez, a processual está diretamente ligada a um instrumento pelo qual se facilita o alvo que se destina a delação. Neste diapasão, complementa o advogado criminalista Dr. Renner Araújo Soares (2016), que ao falar de

natureza material refere-se aos efeitos que refletem nos colaboradores/acusados com o firmamento da delação, em relação a redução, isenção ou substituição da pena. Tratando-se da dosimetria penal. Por fim, Emir Duclerc (2016), faz alusão da cominação da teria penal com a processual supracitadas, sendo, para ela, a delação premiada um negócio jurídico público por haver elementos essenciais de legitimidade, legalidade, existência, validade e eficácia do negócio pactuado. (Jus Brasil, 2018).

Apesar de não ser unanime, o entendimento da natureza jurídica do instituto em pauta é majoritário em consonância com entendimento do Ministro Dias Toffoli. Somente em 2019 com advento da Lei 13.964/2019, conhecido como ‘‘pacote anticrime’’, se consolidou em seu artigo 3º esta compreensão, narrando que ‘‘O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesses públicos.’’.

1.3 A Lei 12.850/2013

Ao passar dos anos considerando o uso frequente das Delações Premiadas, revelando-se a urgência em sua regulamentação. Apesar de não ser um instituto novo e já estar previsto de forma esparsas em diversas Leis brasileiras, somente no decorrer do ano de 2013 a Lei das Organizações Criminosas acolheu de fato a Delação em seus artigos. Assim, regulamentando-a.

A Lei 12.850/2013, Capítulo I, artigo 1º, parágrafo 1º destaca de maneira específica o primeiro requisito para ser oferecida o acordo de Delação Prescreve em suas linhas que Organização Criminosa é configurada nos crimes praticados por 04 (quatro) ou mais pessoas.

O doutrinador Guilherme Nucci conceitua a Lei 12.850/2013 como ‘‘(...) associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre seus integrantes.’’ (NUCCI, 2017, p.14)

Ressalta-se o entendimento doutrinário de que para aplicação do instituto nos demais crimes previstos em Lei, o mínimo necessário é a pluralidades de agentes.

Em sequência, na Seção I do Capítulo II, nos artigos 4º ao 7º, mencionando diretamente a Delação Premiada, frisando que a Organização se caracteriza como hierárquica e organizada de fato. NUCCI (2017, p.15) preceitua ‘‘não se concebe uma organização criminosa se inexistir um escalonamento, permitindo ascensão no âmbito interno, com chefia

e chefiados.” Portanto para haver configuração de Organização deve ser identificado a pluralidades de agentes previsto, bem como seu estruturamento, identificando a distribuição de tarefas, quem as distribui e quem as cumprem. Isto está previsto em Lei por meio do artigo 4º, inciso segundo, da Lei 12.850/2013. Vejamos:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder (...), desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (...).

Neste sentido, explica Guillermo Yacobucci, (pp. 55-56) a importância da revelação do estruturamento organizacional desses criminosos, pois estes abrem precedentes de local e pessoas suscetíveis a prática de ilícitos semelhantes, revelando de antemão seu *modus operandi*. Ressaltou ainda que se mostra mais relevante quando se trata de resultados econômicos a nível de Estado. Analisemos:

a estruturação dos participantes é um ponto relevante na questão vez que supõem meios e pessoas orientadas a delinquir em âmbitos sensíveis da convivência. Desde esse ponto de vista, importa o nível de ameaça que representa para a Ordem Pública geral, para instituições políticas do Estado, mas também, e em especial, para o sistema socioeconômico.

Com relação aos demais incisos do artigo 4º da referida Lei, destaca-se que não é somente a incriminação do comparsa que irá validar a Delação, cujo é o conteúdo do primeiro inciso deste artigo: I) identificação dos demais coautores e partícipes da Organização Criminosa e das infrações penais por eles praticadas. Inclui-se no rol taxativo os demais requisitos a serem alcançados, de forma una ou não, sendo eles:

Artigo 4º (...)

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - A localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Ademais, este artigo faz referência aos benefícios concedidos ao acusado que firme o acordo de Delação, prescrevendo no *Caput* que mediante requerimento das partes, preenchidos os requisitos taxativos constantes nos incisos, o Magistrado poderá conceder redução da pena privativa de liberdade em 2/3 terço ou substituí-la por restritiva de direito ou até mesmo conceder o perdão judicial, sendo o “prêmio máximo” ofertado pela justiça. Notemos:

Art. 4º O Juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados (...).

Vale destacar também o parágrafo primeiro do supracitado artigo, cujo diz “§ 1º em

qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.” (ARTIGO 4º, §1º)

Ressalta-se que, o perdão judicial embora não tenha sido estipulado no acordo delatatório poderá ser concedido, de ofício, o Ministério Público ou Autoridade Policial poderão representar perante o Juiz o pedido de tal benefício “ 2º considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão do perdão judicial” mesmo que “ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, (...).”(ARTIGO 4º, §2º)

Por fim, o enredo traz as hipóteses do não oferecimento do acordo delatatório, tendo em vista não eficiente nos casos do possível delator ser o primeiro a desejar a colaboração dentre os outros comparsas; justifica-se na razão de que os demais coautores poderiam se valer de indícios duvidosos para firmar o pacto com o Estado. Assim afirma GALDINO (2018, p. 25). Outrora, se o acusado for o próprio líder da Organização Criminosa, visando evitar revelia deles para com este gerando caos e desarmonia atingindo diretamente os acordos delatórios e interferências na justiça, não será oferecido ou a ele concedido. Assim, parágrafo 4º, incisos I e II, diz: “nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborar: I – não for da organização criminosa, II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.”

Logo, a Lei 12.850/2013 também faz menção aos direitos que o colaborar adquiri ao realizar o acordo. Assim, no artigo 5º, inciso I, dispõe que o delator terá medidas protetivas, uma vez que poderá ser alvos de atentados diante do conflito de interesses com terceiros e comparsas; II – refere-se que as classificações pessoas, imagens, bem como o nome deverão ser sigilosos; III - devera conduzido em júízo sempre separado dos demais infratores/comparsas; IV – manter-se focado na audiência, não podendo fixar contato sequer contato visual com os outros acusados da Organização Criminosa. Isso vale para casos em que poderão ser combinados códigos morsa. Frequentemente usado para fraudar concursos. V – O direito à não divulgação do nome, bem como de uso de fotografias e vídeos pelos meios de comunicação (televisão, rádio, jornais, revistar, etc.). Obsta-se que na Operação Lava Jato o parágrafo fora cruelmente atingido; e, por fim, VI – cumprir sua pena estabelecida em presídios apartados dos demais coautores do fato imputado.

1.4 Procedimentos da delação premiada

Importante ressaltar alguns pontos deste instituto, para então compreender seus procedimentos. Para obter o benefício prometido o colaborador deverá interromper suas práticas delitivas e agregar de maneira eficiente na juntada de provas relevantes que venham a ser confirmadas. Assim, não basta a simples confissão ou indicação de terceiros. Trata-se de uma elucidação de pontos-chaves para se obter a verdade real dos fatos visando a desconstrução das Organizações Criminosas ou revelações sobre delitos graves, incluindo ainda a possibilidade da devolução do objeto advindo do crime.

A lei trás de forma esparsa as hipóteses que cabem a propositura da delação, todavia, importante destacar que se deve analisar minuciosamente quando é de fato necessário à aplicabilidade deste tema, uma vez que não é obrigatório seu uso.

Assim, julgando adequado, o Ministério Público ou autoridade policial, especificamente da Polícia Federal, poderão propor a celebração do acordo para com o acusado. Outrora, este também tem liberdade para, através de seu representante, realizar o pedido de delação premiada. (JUSBRASIL, 2017)

Visando a necessidade de elucidação dos fatos criminosos, havendo interesse na colaboração, a autoridade policial deverá recitar os direitos legais ao delator: as informações deveram ser completas, claras, verdadeiras e uteis, implicando diretamente na ineficácia do contrato na falta desses pressupostos; renúncia ao direito do silêncio firmando compromisso de dizer somente a verdade. (ENCCLA, 2014). Bem como, seus benefícios.

Ademais, poderá surgir oportunidades de pactuar a delação diante de flagrante e mandado de prisão temporária, provisória ou preventiva. Podendo ainda, o agente delituoso ir à delegacia relatar os fatos desconhecidos pela autoridade, cujo devera anotar por escrito de imediato e levar ao conhecimento do Ministério Público por escrito formalmente. E, havendo possibilidade, requerer a presença do representando do órgão para fazer a oitiva de plano. O Promotor de Justiça fiscalizara as supostas informações do acusado a fim de aferir sua veracidade. Vale ressaltar que a todo momento deverá o colaborador estar assistido por seu advogado constituído ou defensor designado. (ENCCLA, 2014)

Após, a inquirição do colaborador o acordo será reduzido a termo sendo autuado em apartado, sob completo sigilo e jamais anexado ao inquérito policial. A oitiva poderá ser gravada para garantir a efetiva declarações prestadas. Somente poderão ter acesso às informações, até recebimento da denúncia a Autoridade Policial, Promotor de Justiça, Magistrado e o advogado da parte. (ENCCLA, 2014). Desta forma preceitua o artigo 7º da

Lei 12.850/2013, parágrafo segundo:

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Diante disto, será realizado o pedido de homologação perante o Juízo competente com as devidas diligências cumpridas e esgotadas, sem espaço para novas. Conforme estabelece o artigo 4º, parágrafo sétimo da referida Lei:

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

O Juiz, nestes casos, atuará na inicialmente homologando o pedido, e, na parte final a fim de aplicar dos benefícios supracitados dirigidos ao colaborador. Esta última atuação será na sentença se já estiver na sentença de mérito; em casos de recursos, será durante o julgamento no tribunal valendo-se do acordão; e por fim, na fase de execução penal tendo decorrido a sentença definitiva. Ademais, em que pese os termos acordado de delação este não afastará em hipótese alguma o devido processo legal, podendo ao final o réu/colaborador ser absolvido dos crimes imputados conforme reserva o artigo 386 do Código de Processo Penal. Outrora, o Juiz não poderá homologar pedidos cujo constam de sentença antecipada onde o Ministério Público e ou Autoridade Policial já pressupõe a quantidade de redução penal ao acusado, uma vez que compete somente ao Magistrado realizar o julgamento de mérito ao final do processo, bem como julgar os preenchimentos dos requisitos para aplicabilidade de redução penal. (ENCCLA, 2014)

O Manual da colaboração premiada, Enccla (2014, p. 8), dispõe ainda que “as informações fornecidas podem até mesmo ser consideradas insuficientes para as finalidades dos incisos do ‘*caput*’ do art. 4º. da Lei 12.850/13, o que impediria o reconhecimento do instituto”. Ressalta-se que, as cláusulas abordadas que contiverem promessas cujo competem a outro órgão e autoridade a decisão em momento futuro não serão deferidos.

O acordo de delação poderá ocorrer em outros momentos do processo sendo ele classificado como intercorrente ou tardia: (a) Intercorrente: proposta na fase judicial pelo acusado, cujo demonstra relevante interesse de cooperar uma vez que ainda existe fatos criminosos a serem descobertos nesta etapa, devendo o Ministério Público apresentar veemência nas informações a se revelar. Manifestando-se favorável, a audiência será suspensa

para a devida celebração do acordo de delação. Logo, o Magistrado poderá ordenar “(...) se for o caso, o desmembramento da ação penal em relação ao colaborador, suspendendo o seu trâmite e a prescrição até a verificação de eficácia e extensão da colaboração, no prazo do § 3º do art. 4º “ da referida lei. Notemos: “O prazo para oferecimento da denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração (...)”, suspendendo ainda o prazo prescricional. (ENCCLA, 2014, P. 14)

Por sua vez, a delação rotulada como tardia emerge após a sentença já proferida, onde surge no imputado a vontade de cooperador. Todavia, apesar do acordo seguir os mesmos parâmetros da delação investigativa e intercorrente o seu processamento será realizado pelo juízo competente para julgar possível recurso ou o juízo da execução penal. (ENCCLA, 2014)

Diante do exposto, verifica-se que o acordo de delação premiada poderá ser firmado a qualquer tempo do processo, partindo da iniciativa da Autoridade Policial, Ministério Público ou até mesmo do acusado. Sempre assistido por seu representante legal, a oitiva daquele será reduzido a termo em autos apartados e encaminhado para homologação judicial, cujo poderá, se julgar necessário, acrescentar benefícios ao colaborador ou excluir cláusulas ilegais ou abusivas.

1.5 Análises críticas sobre a delação premiada no ordenamento brasileiro

Há grandes posicionamentos doutrinários que se confrontam acerca do instituto em tela. Os questionamentos rondam a aplicabilidade da delação, seus valores éticos e morais, uma vez que se estimula a ideia de que a traição é algo bom para o colaborador, trazendo-o benefícios. Todavia, para os demais companheiros estes ganhos obtidos pelo delator não são a eles estendidos.

Assim, Damásio salienta que a delação premiada “não é pedagógica, pois ensina que trair traz benefícios”. (JESUS, 1994, p. 5). Neste mesmo sentido, preceitua Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, ex-Ministro da Suprema Corte Argentina e o professor criminalista, regurgitam a ênfase de que o Estado por meio do instituto põe os cidadãos uns contra os outros ao passo que buscam cultivar o respeito recíproco na sociedade, devendo haver cumplicidade para com o próximo como se fosse para si próprio. Em contrapartida este mesmo Estado emprega orifícios para desmistificar o altruísmo até então expelido ao povo. (Zaffaroni, Pierangeli, 1999)

Ainda, o escritor Zaffaroni (1996, P. 59) salienta em seus que “ (A) a impunidade de

agentes encobertos e dos chamados “arrepentidos” constitui uma séria lesão à eticidade dos Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: O Estado não pode ser valer de meios imorais para evitar a impunidade.”. e complementou em suas linhas:

(...) quanto ao chamado arrepentidos, nada tem a ver com a tradicional desistência voluntária. (...) o que desiste deve ser um verdadeiro arrependido, pois sua desistência deve ser completamente voluntária e livre, enquanto este falso “arrepentido” não é mais que um delinquente que negocia um benefício em troca de informação, ou seja, é um delator. O estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço de sua impunidade para “fazer justiça”, o que o direito penal libera repugna desde os tempos de Beccaria (76).

Para ele, o Estado é falho em usar a delação premiada como arma no combate ao crime. O autor critica diretamente a falta de ética em instigar um criminoso delatar seus companheiros e por fim sair impune. Ficando a justiça e o direito nas mãos de um delinquente, como ele denominou. Destacou ainda que, não há em que se falar de desistência voluntária devido esta conter severos requisitos para ser aplicada, tais como o livre arbítrio.

Ademais, Zaffaroni (1996, P. 60) argumenta desconhecer trechos da lei que autoriza redução penal pautado na traição como moeda de troca. Além disso, salientou que a delação não faz ninguém melhor em seu caráter, prejudicando o delator/diligente mais ainda, degradando-o. Em seguida, escreveu:

há muitas maneiras de violar a legalidade sem abandonar as tradicionais formas de fazê-lo no direito penal de tradição europeia continental. Em não conformidade com este, porém a exportação da nebulosa ideia de *organized crime* tem querido trazer a nossas legislações uma das mais conhecidas, criticadas e formais claras de viola-lo que conhece o direito penal anglo-saxão: o conceito de *constapiracy*. (83) Ao invés do cientificamente correto, ou seja, adotar as instituições de outra tradição que sirvam melhor a nossa, se adotam das que são suscetíveis de piora-las.

No enredo, o escritor salienta que a delação premiada foi exportada da Europa, cuja usava como acessórios as críticas já existentes fora do País. Assim, o Brasil poderia ter adotado outro instituto, que não esse, para implementar em nosso ordenamento, sabendo que tudo que está ruim pode piorar. Isto porque, Zaffaroni afirma ser o acordo um meio de quebrar as leis aparentemente de forma legal, e isso era taxado muito antes do nosso ordenamento usar este modelo como forma de combate ao crime.

Um dos principais questionamentos que assombram a delação premiada é a ética e sua falta. Nesse sentido preconiza o ex-Procurador da República José Maria Panoeiro, argumentando que não é correto oferecer o acordo delatatório para um criminoso ou mais de um componente do grupo tendo em vista que “todo mundo entrega todo mundo e ninguém é punido”. Outrora, a redução penal preestabelecida fere a aplicabilidade penal cujo é competência somente do magistrado ao final do processo, em fase decisório, aplicar o tempo adequado. (CONJUR, 2014)

A Operação Lava Jato também foi alvo de críticas por parte do então Procurador da

República relacionados aos acordos pactuados, em consonância com os pedidos de reaberturas dos inquéritos da Operação na busca de mais elementos para alinhar-se a investigação. Em seu ponto de vista exclusivamente as informações prestadas pelos colaboradores não são suficientes para segui-las a cegas e demais peças deverão serem analisadas em conjunto. (CONJUR, 2014)

Deste modo, para ele o acordo delatatório implica diretamente com competências privativas de um Juiz, por vez que aplica sanção penal de plano mesmo sem ter o devido processo legal. Além do mais, ressaltou que tiveram de reabrir inquéritos policiais devido a delação não ter sido conclusiva, precisando obterem novas provas por si só a fim de punir os agentes imputados.

Assim, o estado deixa de punir um criminoso no raciocínio que ele cumpriu com o acordo de indicar caminhos, outrora, se estado não fora capaz de reunir provas suficientes não há em que se falar de quebra de acordo, por sua vez, as autoridades não aplicaram a devida pena para o delator e ainda terá de investigar buscar vestígios de provas desacompanhado.

Neste diapasão, há grande discussão jurisprudencial e doutrinária reacendidas mediante os acordos delatórios firmados em caso concreto que é justamente a delação premiada.

O Ministro Gilmar Mendes, embasando-se na Lava Jato, proferiu ardentes críticas ao instituto delatatório aplicado no caso concreto. Em seu voto na Pet. 7074 STF (2017) que perdurou pouco mais de duas horas, o Ministro argumentou com fulcro nos votos anteriores cujo diziam que a delação premiada é limitada ao previsto em Lei em termos dos benefícios a serem oferecidos aos imputados, uma vez que o instituto é regido pelo ordenamento jurídico brasileiro público. Todavia, para ele os acordos celebrados sempre contornaram a lei, fazendo-a de mera poesia sem valor, não passando de palavras recitadas. Prevalendo o negócio pactuado sobre o legislado. Ressaltou ainda que, crime não se combate com novos crimes, sendo justamente isto que traz na essência esses acordos pactuados na Operação Lava Jato. Logo, exemplificou afirmando:

As sanções premiaias previstas pela lei para acordos fixados até a sentença são o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade – até 2/3 – e sua substituição por restritiva de direito – art. 4º, caput, da Lei 12.850/13. Além disso, a lei prevê que, mesmo que não acordado, o perdão pode ser requerido ao juiz, “considerando a relevância da colaboração prestada” – § 2º. O perdão pode ser instrumentalizado por dispensa de ação penal, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração – § 4º. Na colaboração posterior à sentença, a lei prevê a redução da pena até a metade e a relevação de requisitos objetivos para a progressão do regime prisional - § 5º. Esses são os parâmetros da lei. (...) os autores comparam as sanções premiaias prometidas a Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa com aquelas legalmente admitidas pela legislação. Apontam as seguintes condições acordadas, sem respaldo na legislação:

redução da pena de multa; início do cumprimento da pena privativa de liberdade com a celebração do acordo, independentemente de condenação; fixação de requisitos menos gravosos para a progressão de regime da pena privativa de liberdade; suspensão de investigações e procedimentos, após atingido o teto de pena privativa de liberdade em outras sentenças. Note-se que o início imediato do cumprimento da pena é, em tese, menos favorável ao imputado. As demais circunstâncias são *in bonam partem*.” (STF – QO Pet: 7074 DF – DISTRITO FEDERAL 0005862-67.2017.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 29/06/2017, Tribunal Pleno)

Neste trecho da petição, Gilmar Mendes fez menção aos benefícios do acordo cujo estão pautados em lei, a mesma que os demais Ministros se referiu alegando a delação ser limitada. Entretanto, calcado nos casos de Paulo Roberto e Alberto Youssef, foram prometidos favorecimentos não previstos em lei, tal como a redução da pena de multa, cumprimento de pena privativa de liberdade antes de uma possível condenação. Assim, para ele “o início imediato do cumprimento da pena é, em tese, menos favorável ao imputado, as demais circunstâncias são *in bonam partem*” (Pet. 7074 STF, P. 5, 2017)

Não obstante, mencionou o caso Odebrecht, que viola diretamente o princípio do devido processo legal frente os cumprimentos de pena sem sequer ter ocorrido o devido processo legal ou ao menos a implementação de inquérito policial. Vejamos:

O Professor Gustavo Badaró foi ouvido pela mencionada reportagem. Seus comentários foram precisos: “A lei 12.850, que regula a delação premiada, determina que haja três fases num acordo. A primeira é a negociação. Depois, a homologação por um juiz. E então a sentença, que será aplicada observando os benefícios negociados. O que se fez no caso da Odebrecht não foi isso. Existem pessoas que não foram sequer investigadas e vão cumprir pena sem inquérito, sem denúncia e sem sentença. (STF – QO Pet: 7074 DF – DISTRITO FEDERAL 0005862-67.2017.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 29/06/2017, Tribunal Pleno)

Ao analisarmos os argumentos do ministro Gilmar Mendes deparamo-nos com a série de ilegalidades cometidas por parte do Estado, mediante o acordo de delação premiada os próprios artigos que regem este instituto foram brutalmente infringidos, celebrando contrato delatatório livre de regulamentação, limites ou quaisquer outras imposições. Esta é a principal crítica realizada por doutrinadores e afins sobre a delação premiada e seu confronto com o devido processo legal. É inquestionável as penalidades cometidas, todavia vale ressaltar que o acordo não é utilizado como prova, mas como meio de obtenção de provas.

O doutrinador Guilherme Nucci (2017), em palestra da XX Conferencia Estadual de Advocacia e XX Semana Jurídica, destacou que a delação premiada sofre graves ataques com interferências midiáticas, as noticiais são publicadas a todo momento mesmo quando há expedição de simples mandado de prisão, em suas palavras salientou “Direito não é teatro ou novela que tenha que dar Ibope. Direito e Justiça são coisas muito sérias, que envolvem vidas de pessoas humanas. Não pode ficar ao critério das massas”. (PONTONACURVA, 2017)

As grandes mídias atuais brasileiras de fato influenciaram na tomada de decisões na

Operação Lava Jato. No decorrer das investigações e seus desdobramentos, cujo deveriam ser sigilosos se tornaram públicas, logo, a massa popular empenhou-se em forçar prisões ilegais, não respaldados em direito, mas sim na Justiça, no sentimento de indignação e impotência. Entretanto, esse envolvimento populacional fora gerado pelas notícias “bombásticas” realizadas pela mídia frente a prisões e vazamentos de interceptações, por vezes oferecidas pelas autorizadas que se comprometeram com o sigilo do acordo.

Nesta linha de raciocínio, salienta Ferreira, Andressa Marta Gomes (2019) através de artigo publicado no site Âmbito Jurídico, analisemos:

Mas o instituto da colaboração, não é só positividade na operação Lava Jato, acerca que se difundiu de uma forma tão célere, pelos agentes públicos que são alvos de investigações, que por implicação se tornou um caso midiático muito requisitado. Sendo alvo de crítica por vários juristas, quando se tornou evidente a inobservância dos limites da aplicabilidade dos benefícios que versa o instituto em prol da aclamação por punição a qualquer custo, buscando as autoridades resultados para mostrar a sociedade que a justiça está sendo eficiente no combate a corrupção e os envolvidos estão sendo punidos.

Para ela, as rápidas informações prestadas pela mídia televisionariam, em grande parte, comprometeu as investigações e a legalidade da delação premiada, elucidando que diante da pressão dos cidadãos as autoridades se esforçaram e forçaram prisões e penas que não cabiam ao caso naquele momento, ou simplesmente em nenhum momento com respaldo legal. Em seguida, Ferreira (2019) ressaltou um fato importante:

Houve um fato em que o Poder Judiciário ao se deparar com um investigado que não tinha sido ainda sentenciado, estava tentando saber se um investigado que estava em prisão, irei fazer jus aos benefícios da colaboração premiada. Em ciência desse fato, o Poder Judiciário requereu que o juiz expedisse um mandado de prisão preventiva, utilizando-se do argumento que tal ato configuraria obstrução de justiça. Assim fica evidente que a justiça faz de tudo para obter uma colaboração premiada e tonar ilegal qualquer ato que tente impedir de um investigado de colaborar.

Ou seja, a justiça se apresenta com recursos superficialmente válidos usando o fragmento legal “obstrução da justiça” para fazer nova prisão sem quaisquer outras bengalas. O simples agir do suspeito de tentar se instruir de um possível acordo delatatório gerou motivos suficientes para o Poder Judiciário decretar sua prisão preventiva. E aqui, é oportuno incluir o que disse o Ministro Gilmar Mendes no voto da Pet. 7074, 2017, P. 22/23:

Todos esses casos têm muito em comum. Investigações sem futuro são movidas contra pessoas que não serão acusadas de nada, mas que, para demonstrar a própria inocência, teriam que produzir prova negativa. Já falei sobre isso aqui, e, lembrando, Ministro Ricardo Lewandowski, o 22 Cópia PET 7074 QO / DF célebre caso dos dois investigados do STJ, Ministro Falcão e Ministro Marcelo Navarro. Qual seria o crime deles? Obstrução de justiça. De novo isso virou a panaceia! Quando não se sabe o que é, é obstrução de justiça, Ministro Dias Toffoli. Discutir projeto de lei é obstrução de justiça! Discutir lei de anistia é obstrução de justiça! "Ah, pode ser que eles teriam sido cooptados". Não houve um fato relevante, e eles estão lá, já há mais de 2 anos, a responder inquérito.

Assim, quando a justiça não sabe o porquê prender utiliza-se da obstrução da justiça para realizar a “tomada de peça”. Gilmar Mendes, denominou este ato como “panaceia”,

cujo significa remédio para o que não se sabe o que é.

2 TEORIA DOS JOGOS E SUA APLICABILIDADE NA DELAÇÃO PREMIADA

2.1 Noções gerais da teoria dos jogos

A Teoria dos Jogos foi conceitualizada especialmente por John Von Neumann, um matemático naturalizado americano que teve importante participação na Mecânica Quântica, Bombas Nucleares, Teoria dos conjuntos, Economia, Filosofia, Teoria dos jogos e grande parte das descobertas matemáticas. John, ainda teve relevante participação no projeto de armazenamento interno de computadores, o qual é utilizada atualmente nos mais modernos computadores do século XXI. (SÓMATEMÁTICA, c2020). Em um conceito sucinto “a Teoria dos Jogos é uma metodologia analítica para o estudo de situações onde haja interações e conflitos de interesses entre duas ou mais pessoas”. (BONA, ANDRÉ. 2019)

Inicialmente, a Teoria foi elaborada no ano de 1928, todavia, somente décadas depois em 1944 John em parceria com Oskar Morgenstern apresentaram a ideia para economistas visando a análise comportamental econômica utilizando a Teoria de Mínimax, uma das problemáticas da Teoria dos Jogos, por meio deste, a ideia de competitividade do mercado financeiro seria reestruturada, os economistas passariam a trabalhar de forma estratégica calcado no equilíbrio maximalizando seus ganhos em paralelo com a minimização das perdas financeiras. (INTRODUÇÃO Á TEORIA DOS JOGOS, 2004).

No transcorrer de 4 anos (quatro), precisamente em 1950, Albert Tucker criou o Dilema do prisioneiro com fulcro na Teoria dos Jogos. Inspirado por Melvin Dresher e Merrill Flood, cujo tornara-se um dos mais conhecidos e influenciáveis problemas na área da ciência. Apesar de Merrill Flood ser taxado como inventor do Dilema do prisioneiro, a tese está parcialmente equivocada, uma vez que Albert quem a tornou popular e à deu o nome pelo qual é conhecida através do trabalho em que apresentou juntamente com a pena de prisão, assim criando o Dilema do prisioneiro baseado nos estudos de Merrill Flood e Melvin Dresher enquanto atuavam na empresa RAND. (INTRODUÇÃO Á TEORIA DOS JOGOS, 2004)

Entre os anos de 1950 e 1953, o matemático John Nash desenvolveu a Teoria do Equilíbrio sendo agregado como um dos principais conceitos da Teoria dos jogos. Esta, consiste na premissa do não desvencilhamento de foco, ou seja, a partir do início do “jogo” nenhum dos competidores deverá ser tentado a mudar sua estratégia. Assim, não poderá ser oferecido benefícios ou extras no decorrer da partida. (BONA, ANDRÉ. 2019).

Para melhor compreensão na prática, utiliza-se o Dilema do Prisioneiro, conforme apresentado na tabela a seguir:

ACUSADOS	CONSEQUENCIAS
A) Um delata o outro	Os dois serão condenados por 05 (cinco) anos de prisão.
B) Ninguém aceita delatar	Os dois serão condenados à 02 (dois) anos de prisão.
C) (Y) Entrega o companheiro (X), mas (X) não delata (Y)	(Y) que entregou o companheiro ficara livre, todavia, (X) que assim não fez cumprir 10(dez) anos de prisão

Diante do exposto, a melhor opção sem dúvidas é a de negar o fato criminoso, cumprindo apenas dois anos cada. Porém, a possibilidade de haver o benefício de liberdade em troca de uma traição ressoa ao acusado de forma gritante fazendo com que ambos acabem confessando os crimes e indicando seu companheiro. Isto é denominado de Teoria do Equilíbrio, visando a tomada de decisão mais vantajosa no pior dos cenários. A estratégia de auto favorecimento é adotada no começo do ‘jogo’, maximizando seus ganhos em contrapartida reduzindo suas perdas.

Em seus escritos, o Juiz Rosa, Alexandre Moraes (2013, p.15) conceitua a Teoria dos Jogos como um ‘jogo’ onde o sujeito tende a tomar decisões que lhe são favoráveis e egoístas, com a premissa de lhe trazerem vantagens. Outrora, para ele nem sempre está execução decisória é individual e ou satisfatória como aparenta, citando como exemplo o Dilema do Prisioneiro. Assim grifou ‘nem sempre as decisões aparentemente melhores individualmente o são no contexto de jogos interdependentes, como acontece no Processo Penal, sendo o Dilema do Prisioneiro o exemplo teórico de tal modelo’. Antes de fixar posição é preciso ter alguns cuidados para melhor adequar sua estratégia. Conforme estabelece Rosa:

Para se entender a proposta é preciso estabelecer os lugares do jogo: a) julgador (Juiz, desembargador, ministros; b) jogadores (Acusação, assistente de acusação, defensor e acusado; c) a estratégia de cada jogador (uso do resultado); d) tática das jogadas (movimentos de cada subjogo) e: e) os *pavoffs* (ganhos ou retornos) de cada jogador com a estratégia e tática.

Neste diapasão, Rosa (2013, p.15) ressalta a importância de conhecer seu adversário, suas estratégias e movimentos sequenciais a cada decisão executada. Ainda, classifica quem são os jogadores e suas posições dentro do Processo Penal. Rosa, complementou dizendo:

A teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante’ [14]. No caso do processo Penal pode ser utilizado para fundamentar tanto estratégia processual como tática específica. Aceitar ou não a sua suspensão condicional do processo, transação penal, enfim, cotejar as informações e propiciar a tomada de decisões de maneira a mais informada possível.

Posto isto, a Teoria dos Jogos pode ser apresentado de forma simples e objetiva, subdividindo-se em A) forma extensiva/normal; B) função característica; C) forma completa

ou incompleta; e, por fim D) forma perfeita e imperfeita. O jogo será denominado extensivo quando as decisões poderão ser tomadas a partir do movimento realizado. Para cada ação uma reação. Assim, em determinados jogos é possível traçar estratégias conforme as ações executadas pelo oponente, isso caracteriza-se como normal ou estratégico. Basta apenas realizar movimentações baseadas nas decisões do outro jogador. A segunda forma é a função características, isto porque existem jogos que não precisam de toda uma análise extensiva, apenas necessita exclusivamente do conhecimento do grupo contrário, a exemplo o futebol. Independentemente das decisões executadas pelos atletas em campo de forma individual ou em equipe os demais adversários iram continuar suas jogadas de forma característica do próprio time ou jogador. Destaca-se o jogo ‘padrão’. A terceira forma é chamada de forma completa ou incompleta a depender se os competidores detêm os seguintes conhecimentos (a) conjunto de jogadores; b) as estratégias disponíveis para cada oponente; e c) os possíveis resultados para cada um deles. É denominado de jogo completo quando se tem conhecimento de todas essas informações e, conseqüentemente, incompleto se existe o desconhecimento de uma delas. Assim, as ações executadas poderão ser perfeitas se os oponentes já conhecem determinado movimento realizado ou imperfeito quando à nova ação fora do padrão enraizado. (FIGUEIREDO; ROSA. S.d, 2013).

Portanto conclui-se que, a Teoria dos Jogos é um conjunto de teoremas incluídos por diferentes estudiosos no decorrer dos anos cujo ressaltam sua importância e abrangência nos mais variados cenários, como através do Dilema do Prisioneiro que principiou a inserção desta no Direito Processual.

2.2 Dilema do Prisioneiro

O Dilema do Prisioneiro é considerado a mais famosa problemática da Teoria dos Jogos, trazendo como escopo a traição e suas vantagens. A essência do Dilema apresentado, apesar de seu nome sugestivo, não foi desenvolvida com fulcro na situação de cárcere, muito embora tenha sido excepcionalmente conhecida por esta barganha denominada e exposta por Albert Tucker.

Os estudos realizados pelos matemáticos Merrill Flood e Melvin Dresher demonstraram a inconsistência da Teoria dos jogos quando confrontada sob a premissa da irracionalidade do ser humano executada cotidianamente. Assim, explanou GALDINO (2018, p.41) em seus escritos monográficos:

Foram efetuados diversos experimentos com o objetivo de entender de que forma

as decisões eram tomadas em jogos que envolviam dois indivíduos, analisando-se se os sujeitos estariam usando, mesmo que inconscientemente, a teoria desenvolvida por von Neumann, ou se estariam buscando o equilíbrio de Nash. É importante ressaltar que tais experimentos envolviam, essencialmente, situações nas quais os indivíduos deveriam decidir se atuavam no sentido de cooperar entre si ou de se traírem mutuamente quando colocados em um cenário no qual deveriam dividir determinado ganho.

Neste sentido, os estudiosos Merrill e Melvin com intuito de compreender como os seres humanos em determinadas situações tomariam suas decisões, realizaram testes práticos para embasar suas premissas. Em especial, fora criada e apresentada para dois indivíduos questões que envolveriam a escolha de uma das alternativas: cooperar mutuamente com outrem ou trai-lo quando postos frente a benefícios vantajosos pelos quais poderiam usufruírem só. Denominado, assim, o Equilíbrio de Nash ou a Teoria dos jogos pura. (GALDINO, 2018)

Já os testes diretos sobre o Dilema do Prisioneiro foram elaborados por Flood, convidando duas pessoas paralelas denominadas de AA e JW, referenciando os nomes dos participantes por suas iniciais apenas. Do mesmo modo, foram colocados em um jogo de opções: cooperar entre si ou não, cujos benefícios eram dados em moedas de acordo com sua escolha. Colocados em salas diferentes as estratégias (escolha) foi tomada independentemente da decisão do outro, haja vista a impossibilidade de comunicação. Logo, AA optou por trair seu companheiro de jogo com o seguinte raciocínio: cooperando abre-se trechos para perde 01 centavo, todavia, traindo garante a não perda deste centavo, mas mantenho a chance de ganha-lo. Entretanto, JW também optou por trair seu companheiro, uma vez que lhe foi oferecido a opção de arriscar obter 2 centavos traindo ou perde -1 centavo caso algo não saísse como o esperado. (GALDINO, 2018)

Apesar das consequências apresentadas para ambos serem diferentes dentro do mesmo jogo, há de se reconhecer que a melhor opção era a traição. Os riscos de perda eram menores que seus possíveis ganhos.

Importante ressaltar que para Patrícia Magalhães Galdino, o Dilema do Prisioneiro não é de soma zero, como sugerido na Teoria do Equilíbrio, uma vez que na prática as perdas não são custeadas por aquele que escolheu a estratégia menos favorável em se tratando de pagamento em moedas. (GALDINO, 2018)

Em situações reais e concretas, como na Delação Premiada por exemplo, dentro do Processo Penal o Dilema se apresenta da seguinte forma, segundo Robert Nozick citado nas linhas de ROSA (2013, p. 15):

Um delegado oferece a dois prisioneiros que aguardam julgamento as seguintes opções. (A situação é simétrica para os prisioneiros; eles não podem se comunicar

para coordenar as ações em resposta à proposta do delegado ou, se puderem, ele não tem nenhum meio para forçar qualquer acordo que possam desejar). Se um prisioneiro confessar e outro não, o primeiro é liberado e o segundo recebe uma pena de 12 anos de prisão; se ambos confessarem, cada um recebe uma pena de 10 anos de prisão; se nenhum confessar, cada um recebe uma sentença de 2 anos.” Pimentel explica: “Qualquer que seja a ação do outro, cada prisioneiro obtém um resultado melhor para si se confessar, isto é, se não cooperar com seu parceiro. Imaginemos que o prisioneiro A confesse. O prisioneiro B pode confessar e ambos pegam 10 anos de prisão, ou não confessar e pegar 12 anos de prisão: o melhor é confessar. Se A não confessar, B pode confessar e ficar livre, ou não confessar e pegar 2 anos de prisão. Mais uma vez, o melhor é confessar. O que quer que A faça, o melhor resultado individual para B é confessar, isto é, não cooperar e entregar o companheiro. O mesmo raciocínio vale para A. O que há de paradoxal nesta situação, no entanto é que ao buscar o maior benefício individual, ambos chegam a um resultado pior do que aquele que teriam obtido se tivessem cooperado. De fato, se ambos confessarem, ambos terão uma pena de 10 anos, e se nenhum dos dois o fizer, terão uma pena de 2 anos. Há um conflito entre o cálculo do benefício individual e o melhor resultado coletivo: se julgarmos que a decisão racional é aquela que leva o maior benefício individual, dois agentes que tomassem suas decisões seguindo um cálculo racional não conseguiriam o melhor resultado. Dito de outro modo, se ambos os jogadores confessarem, cada um irá piorar o resultado obtido do que aquele obtido se não confessar, mas é possível atingir uma solução melhor para ambos se ambos desistirem de confessar. [15].

Deste modo, dois acusados são colocados em salas separadas sem quaisquer comunicações um com o outro. Aos dois são proposto um acordo delatatório recitando seus benefícios em trair o companheiro. O delegado reforça a premissa de que não cooperar com o comparsa é a melhor estratégia. Considerando que o agente “Y” confesse e o agente “W” também, ambos acusados iram ser condenados por 10 anos de prisão. Outrora, se apenas um deles entregar o outro, aquele que delatou ficara livre, mas o delatado cumprira 12 anos de prisão. Neste ponto, é perceptível que a melhor opção é ambos não confessarem o crime, como vimos na tabela anterior, uma vez que a pena será apenas de 02 anos nesta hipótese.

Assim, preceitua Carlos Arquimedes (2018) alegando que “as técnicas de análise da Teoria dos Jogos padrão, como, por exemplo, determinar o equilíbrio de Nash, podem levar a que cada jogador escolha trair o outro, embora ambos os jogadores obtenham resultados mais favoráveis se não colaborarem”. E complementa dizendo “infelizmente, para os prisioneiros, cada jogador é incentivado individualmente a defraudar o próximo, mesmo após a promessa recíproca de colaboração”. Dessa situação extrai-se o ponto chave do dilema, Arquimedes salienta “(...) ou seja, deverá ou não deverá o prisioneiro egoísta colaborar com o próximo sem o trair, para que a vantagem do grupo equitativamente distribuída, possa ser maximizada?”. (JUSBRASIL, 2018)

Outrora, vale ressaltar que o Dilema tem respaldo na confiança dos dois jogadores. Ou seja, mesmo que ambos optem simultaneamente pela melhor estratégia: não delatar, a dúvida que paira em suas mentes será a da seguinte problemática “se eu não o delatar, mas ele assim fizer contra mim? Logo, estando em salas separadas a aliança selada para praticar crimes

ficam estremecidos. Com fulcro na Teoria de Nash os jogadores poderão ser compelidos a delatarem, vez que dentre os piores cenários esta é estratégia que irá máxima seus ganhos, pegando 10 anos de prisão supondo que seu companheiro também o traia, e diminuindo suas perdas tendo em vista que se não delatar, mas o companheiro sim ficara aquele que não traiu cumprindo pena de 12 anos, por exemplo.

Ademais, na Teoria dos jogos a traição é chamada de estratégia. Apesar de não ser de toda vantajosa individualmente, ela oferece a melhor opção independentemente da decisão do comparsa. ARQUIMEDES (2018) assim define “Na Teoria dos Jogos a traição é chamada de estratégia dominante, uma vez que a escolha individual (traição) não representa o melhor cenário para ambos, mas pode ser o melhor resultado possível independentemente da decisão do outro”. (JUSBRASIL, 2018)

2.3 O Processo Penal como um jogo: aplicabilidade da teoria dos jogos na Delação Premiada

Após analisarmos as principais chaves da Teoria dos Jogos e os fundamentos da Delação Premiada, faz-se necessário a citação direta dos meios que às interligam bem como permitem a aplicação da Teoria no instituto apresentado. Para tanto, adota-se os paradigmas do Juiz Alexandre Moraes da Rosa.

Inicialmente, vale ressaltar que apesar de criticar parcialmente a Delação Premiada, o Juiz mostra-se favorável ao instituto. Em seus escritos ROSA (2018) introduz recitando o que ele denomina de ‘mandamentos da Delação Premiada’, sendo o primeiro a) amai e salvei a ti mesmo sobre todas coisas e pessoas; b) não manche seu nome como delator em vão, apenas se valer a pena a recompensa; c) guardai-vos gravações, prints, áudios e documentos pessoais que podem vim a serem delatados no futuro; d) delatai-vos mamãe e papai se necessário for; e) delatai no tempo certo, não antes do comprador (autoridades) precisarem da informação; f) nunca delate alguém que também pode lhe delatar, todavia, faça isto quando puder destruir sua credibilidade antes; g) não roubais informações nem reputações a menos que seja necessário; h) não levantes falso testemunho, a não ser que seja capaz de criar falsos indícios e provas de forma plausível; i) não cobiçai os julgadores de terceiros com a premissa de serem garantistas; e, por fim, j) não desejai as estratégias delatórias alheias por serem melhores que a sua.

Consequentemente, entende-se que de fato a delação é um jogo, argumenta ROSA (2018) que a Teoria dos Jogos, na delação premiada, é utilizada para embasar as estratégias

negociais decorrentes dos acordos delatórios, bem como forma tática específica quando à antecipação dos movimentos dos acusados, sendo a estratégia dominante do instituto. Para ele, a Teoria dos Jogos é de suma importância para a Delação, como ele destacou, ela é utilizada para antecipar os passos que serão usados pelos oponentes, seja o Estado prevendo uma tentativa de obstrução da justiça, este velear-se-á de medidas legais cabíveis para compelir o ato criminoso.

Denota-se a aplicação do subterfugio judicial na prática quando o Supremo autorizou abertura de investigações de Dilma Rousseff após áudios vazados indicarem que ela iria nomear o ex-presidente Lula como Ministro a fim de lhe conferir foro privilegiado evitando por meio deste eventual decreto de prisão pelo Juiz Sergio Moro, cujo estava à frente da Operação Lava Jato. Este é o claro exemplo de antecipação de jogadas tanto de Dilma e Lula quanto do Estado, uma vez que analisando os movimentos de Dilma Rousseff, logo, a Justiça percebendo que com estes mecanismos não seria possível decretar a prisão do ex-presidente instaura as investigações alegando a obstrução da Justiça. Apesar do áudio primário ter sido desconsiderado, fora usado como justificativa para abertura do inquérito as delações de Delcídio do Amaral, senador cassado, que afirmou que a presidente de fato tentou intervir na Operação Lava Jato. vislumbra-se o que disse o Ministro Gilmar Mendes ao suspender a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva, no julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070-DF (2016, p. 33):

O objetivo da falsidade é claro: impedir o cumprimento de ordem de prisão de juiz de primeira instância. Uma espécie de salvo conduto emitida pela Presidente da República. Ou seja, a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar. Assim, é relevante o fundamento da impetração. É urgente tutelar o interesse defendido.

Ainda, segundo os paradigmas de ROSA (2018, p.49) no segundo capítulo de seu livro, o Jurista ressalta que a Delação Premiada á Luz da Teoria dos Jogos, parte do princípio de que o resultado não é condicionado de forma exclusiva apenas à um dos jogadores, mas depende do conjunto de jogadas e estratégias adotadas por eles no decorrer processual, conforme seus poderes de persuasão e negociação no tempo certo. Ele ressaltou que não há como saber a conclusão final do “jogo”, sendo adotadas táticas diferentes para cada movimentação processual. Vejamos:

A metáfora da Teoria dos Jogos como instrumento (formal) de compreensão do procedimento de delação parte da pressuposição de que o resultado não depende exclusivamente da performance de um dos jogadores, mas decorre da interação humana, das táticas e estratégias dominantes/dominadas utilizadas no limite temporal do procedimento, mediante a capacidade de convencimento cooperativo.

Sendo assim, com fulcro nos dizeres de Alexandre Moraes da Rosa, considerando que o conceito “jogo” emerge na existência de conflitos de interesses entre duas ou mais pessoas,

sendo regulamento por regras e adoção de estratégias para obtenção de resultados favoráveis, logo, na Delação Premiada destaca-se os jogadores: Ministério Público, Polícia Federal e Juiz, lado ‘A’, e, Defensores, advogados e acusados, lado ‘b’. As regras são as leis que regem o acordo delatatório. Com a composição da mesa de jogadores, a partida é iniciada.

Vale ressaltar como são enquadrados os termos utilizados na relação da Teoria dos Jogos e Delação Premiada. A Traição é chamada de estratégia. Os acusados e acusação são denominados de oponentes. Vejamos a tabela completa:

Jogo:	Delação Premiada
Jogadores/Opentes:	Promotor, Delegado e assistentes; Advogados e acusados
Julgadores:	Juiz, desembargador, ministros
Estratégias predominantes:	Traição baseado na Teoria de Nash e a Tática específica
Equipes:	Estados Vs. Particular
Classificação	Forma Extensiva/Normal
Problemática jogo:	O Dilema do Prisioneiro

Destaca-se a aplicação da tese no caso concreto da Operação Lava Jato mediante o acordo delatatório pactuado por Joesley Batista. Como bem disse Alexandre Moraes da Rosa, um dos mandamentos é saber a hora exata de delatar informações. Nota-se que, o delator jura dizer somente a verdade, mas a lei não diz nada a respeito da omissão de informações. Conforme o dicionário brasileiro ambos termos possuem significados apartados. Logo, quando empresário, dono da JBS, negociou seus benefícios ele incluiu o livramento de seu irmão e mais cinco companheiros em troca de seus conhecimentos sobre o esquema. Para tanto, foi necessário omitir certas informações que não eram convenientes há época a serem expostas, mantendo-as sobre segredo a fim de usa-las quando estivessem valorizadas, assim uma perfeita moeda de troca à altura de mediar sua própria punição e de seus companheiros.

No dia 17 de maio, as autoridades vazaram delações de Joesley Batista, cujo qual continha gravações de negociações de pagamentos de propinas pela empresa JBS ao Governo Federal. Não obstante, quem faz as tratativas é o próprio presidente da República, há época Michel Temer, que assumiu o poder após Dilma Rousseff sofrer um *impeachment*. Dia seguinte, Michel nega as acusações, dizendo que jamais renunciaria, bem como não temia quaisquer delações feita contra ele. Logo, Rodrigo Janot, como Procurados Geral da República, solicitou abertura de investigações sobre os áudios gravados, dizendo serem graves tais delações. (PODER360, c2020)

Todavia, acontece que novos áudios contendo diálogos de Joesley e Saud apontaram que o doleiro foi instruído pelo Procurados Geral as Republica Marcello Miller, antecessor de Rodrigo Janot, contribuindo de forma direta para as gravações do Presidente da época Michel

Temer. Posto isto, configurou-se o primeiro crime do Estado. O Ministério Público não pode investigar o Presidente da República sem Ordem Judicial. Conforme estabelecido no artigo 86 da Constituição Federal. (PODER360, c2020). Neste sentido, verifica-se que, conforme prescrito por Alexandre Moraes da Rosa, é perceptível que o Estado conhecendo seus adversários, o lugar do jogo e seus julgadores, usou uma de suas peças (Joesley Batista) mediante movimentação processual superficialmente legal, para deflagrar novo desdobramento da Operação Lava Jato. isto torna a Delação Premiada um verdadeiro Jogo Processual de interesses.

Assim, preceitua ROSA (2018) em seus escritos dizendo que para entender a proposta é necessário fixar os lugares do jogo: a) Julgador (...); b) jogadores (...); c) estratégia adotada por cada jogador; d) tática das jogadas (movimentações a cada subjogo)''.

Outrora, ''é importante, neste âmbito, lembrar que a nomenclatura ''teoria dos jogos possui caráter metafórico'', bem como, ''(...) a teoria dos jogos não é sobre ''jogar'', o sentido lúdico do termo, mas sim sobre conflito entre seres racionais que, geralmente, nutrem uma desconfiança mútua.'' (ROSA, ALEXANDRE MORAES, 2018 p. 89)

Dito isto, é de elevada estima ressaltar que no Direito Penal e Processual não cabem analogias. Todavia, a presente obra não tem pretensão alguma de inserir a Teoria dos Jogos na Delação Premiada como um subtítulo/modalidade. Quando invocada no Processo Penal, a Teoria é ressignificada e adaptada para poder ser aplicada no contexto, a fim de explanar de forma clara e concisa o funcionamento do tema abordada do ponto de vista da Teoria dos Jogos com escopo de verificar a validação das provas mediante a guerra de interesses que é exposto no decorrer desta obra.

Neste aspecto, salienta o Jurista ROSA (2018, p. 92) que não se deve prender-se a pureza teórica conceitual do Processo Penal ao invocar tal Teoria, vez que é modificada para enquadrar-se ao tema, bem como a interação humana que ocorre é inevitável. Vejamos:

Embora a teoria dos jogos, no campo da matemática, seja invocada, para os fins desse escrito, de alguma forma, ela foi profanada, a saber, seus conceitos ganham novos sentidos no campo do Direito e especialmente no processo penal. Daí que a pureza metodológica não pode ser esperada. Há uma heterodoxia inerente à pesquisa em paralaxe, a saber, que inevitavelmente modifica a perspectiva sobre o mesmo objeto, no caso, a delação premiada, via teoria dos jogos e da guerra, tendo por fundamento a inevitável interação humana.

Ressalta ROSA (2018, p.94) ''a teoria dos jogos não consegue dar conta da complexidade de um jogo negocial, mas serve de mecanismo formal teórico para que possamos modular as expectativas de comportamento e eleger uma tática mais prudente ou arriscada (...) vinculada a estratégia ''. Na sequência concluiu seus pensamentos afirmando:

Daí apresentar a teoria dos jogos como modelo possível, ainda que não se acolha de

maneira integral, como por espelhinho teórico, mas decorrente de um processo de adaptação e profanação. Adaptação porque precisamos entender as especificações do campo da negociação penal e, de outro, profanação de uma teoria que é pensada especialmente no campo da economia/administração/matемática e nas relações entre indivíduos otimizadores (maximização de ganhos).

Diante do exposto, de fato a Teoria dos Jogos não consegue abordar todos os tópicos do Processo Penal, tento em vista sua complexidade, mas se amolda em partes quais sejam suficientes para aplicação na Delação Premiada, mesmo com os paradigmas que ambas trazem, sendo elas: uma do ramo matemático, administrativo e econômico em que se visa o raciocínio lógico e puramente estratégico com resultado financeiro, e o outro que nem sempre tem decisões racionais tomadas pelo Estado e Particular mesmo no sentido de maximizarem seus ganhos, tendo como objeto a vida do agente que se encontra em um dos polos. Tratando-se, portanto, apenas de referencial teórico para embasamento das decisões executadas no instituto em tela.

2.4 Estratégias e táticas utilizadas no jogo

É primordial explicar sobre os conceitos que glorificam a tática e estratégia, e, para tanto, a análise aprofundada será realizada com fulcro nos entendimentos do Jurista Alexandre Moraes da Rosa. Assim, vislumbra-se as diferenças conceituais trazidas por ROSA (2018) cujo preceitua nas linhas que estratégia é o percurso escolhido pelo jogador para atingir seus objetivos, mas a tática é as ações executadas que cada jogador faz dentro da competição em andamento a fim concluir a estratégia. A exemplo, em uma partida de futebol o objetivo dos jogadores é vencer a competição. Isso é estratégia. Todavia, para vencer deverá ser utilizadas táticas que geralmente são prefixadas pelo técnico do time, prevendo os resultados e riscos de cada ação produzida.

Posto isto, no decorrer dos capítulos escritos por Rosa (2018), mencionam os blefes, trunfos e ameaças que recorrentes nos jogos. Adaptando para o Processo Penal, essas táticas se enquadram perfeitamente nas fases negociais, cujo na Delação, surgem antes, durante e depois do processo.

Os blefes, segundo Rosa (2018) se caracteriza pelo excesso de confiança do competidor, não passando de mera investida sem fundos. Contudo, devera ele saber a hora e momento exato de blefar diante dos demais competidores. Na Delação Premiada, os blefes são as informações superficiais que os delatores fazem pairar no ar, mas que não são levadas adiante por tratarem-se apenas de tática.

Outrora, os trunfos ou popularmente chamado de ‘‘carta na manga’’, usa-se para

quebrar uma jogada quase perfeita até a chegada do trunfo. ROSA (2018), assim estabelece que a “carta na manga” é utilizada para destruir a narrativa dominante, bem como modificar o contexto que se tem na negociação. Ele menciona que o Estado na posição em que ocupa: acusador, não poderia omitir informações da defesa, todavia esta poderá valer-se da procrastinação da informação como elemento surpresa, um verdadeiro trunfo.

Já ameaça, por outro lado, enquadra-se bem ao termo “pegar ou largar”. Diferentemente do conceito aplicado pelo Direito Penal, trata-se de uma tática de imposição firme onde se abre um dilema para os adversários, estado vs particular. Sendo, no que conceitua ROSA (2018) a maneira do jogador colocar na dúvida de acreditar ou não em sua palavra, muito utilizado no dispositivo da barganha. Sendo, portanto, como uma proposta definitiva: “ofereço isso por aquele, pegar ou largar”

Neste sentido, o *big point* é saber negociar na hora certa. Embora haja necessidade de servir informações saudáveis para se homologar o acordo delatatório, nem toda verdade deve ser contada. Assim, meia verdade basta neste caso. Todavia, à outra metade, nos casos em que a justiça esgota suas linhas teóricas de investigações, sem as provas obtidas ainda insuficientes, poderá valer-se de uma das brilhantes táticas negociais analisadas.

2.5 Regra do Jogo

Há uma grande discussão acerca da Delação Premiada que assola os valores éticos e morais trazidos pela Constituição Federal de 1988. Em consonância com o exposto ao longo da obra, muito embora esteja previsto de modo específico na Lei das Organizações Criminosas, à enormes lagunas nesta regulamentação, principalmente se tratando de suas delimitações legais. Haja vista, de acordo com ROSA (2018, p.108) “(...) essa deficiência torna a compreensão do jogo mais complexa. Neste contexto, boa parte da construção normativa sobre a Delação Premiada no Brasil se deu casuisticamente, em função e para o acomodamento da Operação Lava Jato”.

Contudo, vale ressaltar reiteradamente que não se deve ancorar nos preceitos enraizados do Processo Penal, com exclusividade na forma material. Há de se considerar que a Delação Premiada fora construída de acordo com os desdobramentos, em sua maioria albergados pela Operação Lava-Jato, logo as normas são raramente literárias ao que se aplica a Delação Premiada em caso concreto. Em seus escritos o autor ROSA (2018) salienta que isso ocorre pois o jogo delatatório não é estático, todavia utiliza-se de táticas não previstas no Ordenamento Jurídico, uma vez que, como visto anteriormente, o Magistrado não compõe

esta etapa de negociação. Não obstante, a complexidade do jogo por falta de regulamentação, para que se possa ter êxito antes do jogo é essencial que se conheça o adversário, fixando as recompensas bem como as regras que serão utilizadas.

Neste sentido, ressalta ROSA (2018) que apesar dos “jogadores” poderem pactuar suas regras e benefícios, não deveram valer-se do chamado *doping*, cujo é a fraude processual, também denominado de jogo sujo. Outrora, Alexandre Moraes da Rosa, trouxe as subdivisões do termo *doping* importantes para o jogo, sendo o *Autodoping* e o *Heterodoping*. Este primeiro significa as escolhas executadas no decorrer do jogo, a exemplo a omissão de provas. Já o segundo, enseja no englobamento de fatores externos para dentro do jogo, sejam eles a criação artificial de provas ou a própria corrupção. Todas as táticas e estratégias são respaldadas na recompensa final.

Destacou ROSA (2018) a importância de se discutir no âmbito Penal os limites do que poderá ou não ser negociado e renunciado, cujo é o que não se encontra ainda pautado no Ordenamento que regula a Delação Premiada de forma mais específica. Para o doutrinador Rosa, deverão ser fixadas como irrenunciáveis aquelas cujo são regras jurisdicional, uma vez que não contemplam um benefício do colaborador. Outrora, aqueles que dizem respeito dos procedimentos processuais, direitos subjetivos, obrigações de culpa e a assunção, como descreve GALDINO (2018), deverá ser aceito como negociáveis. Neste sentido, compreende-se que somente aquilo que é de benefício do colaborador deve ser discutido e trabalhado uma vez que interfere em sua estratégia, não sendo possível a mesma aplicação no que tocante as regras por não se tratarem que bonificações para eles, mas sim de regulamentação.

2.6 Prêmios e Recompensas almejados

Muitos são os entendimentos dos prêmios e das recompensas dentro dos estudos apresentados. No transcorrer das Delações, as imunidades processuais, redução condenatória ou modificação da pena são entendidos como recompensas ou prêmios, se adquiridos ao final, não sendo necessariamente a absolvição o prêmio maior.

Por sua vez, o Estado também tem seus objetivos sendo seus benefícios, destacados como recompensas o encontro de uma vítima de sequestro, a exemplo, com vida, bem como a restituição parcial ou total de produto de crime ou advindo do proveito das organizações criminosas. (CARVALHO, 2018)

Na teoria dos jogos, mesmo diante da perspectiva variável sobre o assunto, a projeção é que o agente se movimente de forma eficiente para maximizar seus resultados, a fim de, ao

final do jogo, serem superiores os benefícios frente aos prejuízos que tivera no transcurso processual. Assim preceitua Rosa (2018 p.119).

Diante disto, para esclarecer como cada jogadores busca suas próprias recompensas e prêmios, o Jurista Rosa (2018, p.120) comenta que é necessário realizar a avaliação dos competidores tanto seu comportamento cujo varia entre o egoísmo e altruísmo, bem como sua aversão ou exposição ao risco, uma vez que, para o Jurista, o que demonstra que uma aposta estratégica é melhor diante de outra é justamente a atitude que tomara frente aos riscos projetados. Ele classificou os jogadores da seguinte maneira: os indivíduos poderão ser: a) amantes do risco; b) adversos do risco; ou c) indiferentes ao risco.

Após a coleta de informações acerca do agente, poderá ser feito um mapa mental individualmente de cada jogador, considerando suas variações de humor diante da quantidade de casos que ele está incluído. Tudo isso servira para constituir e especular as probabilidades de movimentações no decorrer do jogo processual. (ROSA, 2018)

Portanto, as decisões serão sempre variáveis e inconstantes podendo ser modificadas a qualquer momento desde que oportuno e vantajoso para aquele que cabe executar um movimento. Logo, para terceiros as estratégias adotadas podem ser vistas como irracionais mediante suas linhas de projeções de prêmios e recompensas.

3 OPERAÇÃO LAVA JATA SOB O ASPECTO DA DELAÇÃO PREMIDA Á LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

3.1 Operação Lava Jato

A maior operação brasileira contra a corrupção se destacou em 2014, ano em que foi deflagrada pela Polícia Federal perante a Justiça Federal da cidade de Curitiba localizada no Estado do Paraná, como juízo competente, atualmente ex-ministro da Justiça e ex-Juiz, Dr. Sergio Moro. As investigações que nasceram de forma despreziosa, demonstraram relevantes resultados que impactaram a população brasileira seja pelos números astronômicos de desvio de dinheiro público, quer seja pelas emblemáticas prisões de políticos envolvidos no escândalo idolatrados por uma grande maioria, atingindo inclusive a ex-presidente Dilma Rousseff e anos depois o seu sucessor Michel Temer, alvo de delações.

No ano de 2009, através da instauração do inquerito 714/2009, a Polícia Federal identificou diversos crimes cometidos por organizações criminosas compostas por doleiros, executivos e agentes políticos. Os ilícitos eram variados, trafegando desde mercado paralelo

de cambio com ramificações internacionais, corrupção política, fraude em licitações, extração ilegal de pedras preciosas em terras protegidas indígenas, bem como o superfaturamento de serviços. (STOODI, 2020)

Todo o esquema criminoso contava com redes de postos de combustíveis para realizar a lavagem de dinheiro. A partir disto, foram identificados por apelidos alguns integrantes da Organização: Zezé, Cameron Diaz, Omeprazol, Greta, Samuel L. Jackson, Asterix e Azurita. Com as novas denúncias do empresário Hermes Magnus que apontava a ponta do *iceberg* do esplendido esquema de lavagem de dinheiro, possibilitou a Polícia Federal chegar em um dos responsáveis organizacional, Alberto Youssef, por meio de interceptações telefônicas. As Autoridades descobriram a 'doação', de um automóvel para Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimento da Petrobras. Para não se prejudicarem financeiramente ainda mais e, a fim de diminuir suas penas, tanto Alberto quanto Paulo aceitaram o acordo de Delação Premiada. (BEZERRA, 2019)

Ainda com uso das interceptações, a Polícia Federal destacou que Paulo Roberto Costa era de fato o emissor da nota fiscal do carro modelo Evoque, da Land Rover, ficando em apenso a dúvida que assola os motivos que levariam Alberto Youssef adquirir um automóvel de luxo avaliado em quase 300 mil (Trezentos Mil) reais para Paulo R. Costa. (IRION, 2014)

Na etapa "Operação Bidone" foi expedido mandado de prisão contra o doleiro Alberto, cujo fora encontrado com 27 aparelhos telefônicos. Ele foi apontado pelos demais investigados como responsável por manter linhas telefônicas em locais estratégicos a fim de boicotar as interceptações. Logo, a Polícia Federal cumpriu ordem de buscas nos dois endereços apontados em Porto Alegre. Nos locais foram encontrados o morador Eduardo Antonini, que atuava como engenheiro, e no outro Marcos Martinelli, jornalista. As interceptações indicavam o envio de R\$ 560 mil reais para os dois pontos, cujo quais negaram as acusações. Com a juntada de provas documentais conquistadas na etapa "Binode" que demonstravam a divisão de propinas e controles de pagamento, foi quando a operação passou a ter escopo na corrupção envolvendo a Petrobras. (IRION, 2014).

Os autos investigatórios foram unificados, diante dos avanços, tendo em vista os envolvimento de agentes públicos e políticos, a Polícia Federal adotou a estratégia que possibilitaria a abertura inquéritos por fatos apurados, doleiros e agentes de foro privilegiado não se fazia necessário o deslocamento da investigação por total para Brasília, mas apenas uma parte dela. Diante disto, no dia 17 de março do ano de 2014 ocorreu o batismo da unificação de "Operação Lava Jato", fazendo alusão aos inícios das investigações nos postos de abastecimento que foi o ponto primordial para chegar no núcleo da maior corrupção do

País. (IRION, 2014)

No dia 11 de março do ano de 2014, foi expedido mandado de prisão contra Costa, com fulcro na descoberta de depósitos de dinheiros que giravam em torno de US\$ 23 Milhões em conta na Suíça e mais US\$ 5 milhões em conta familiar, uma vez que o mesmo negou sempre que oportuno ter conta no exterior. Por meio do pedido do Ministério Público Federal Brasileiro, os agentes Suíços conseguiram bloquear pouco mais de US\$ 27,5 milhões de Paulo R. Costa. O doleiro foi considerado um dos chefes do esquema criminoso que interligava o esquema a Petrobras. Movimentando mais de 10 milhões de dinheiro público, tornando-se um dos principais alvos da Operação Lava Jato. (NCSTOTAL, 2014)

O ex-diretor da Petrobras fora preso na segunda fase da Operação que, ao total, contou com 78 fases, sendo a mais recente deflagrada no dia 26 de novembro do ano de 2020, batizada de ‘sem limites v’ onde se cumpriu novos mandados de busca e apreensão na cidade de Angra dos Reis e Araruama localizados no Estado do Rio de Janeiro. (OTOBONI; FREIRE, 2020)

3.2 Aplicabilidade da Teoria dos jogos na Operação Lava Jato mediante acordo delatário

3.2.1 Jogadores explícitos e implícitos

No âmbito do tema apresentado os delatores são entendidos como jogadores que compõe a mesa principal. Seus companheiros de equipe são seus defensores. O Estado através de suas autoridades são fixados como oponentes, compondo o outro polo disponível. Todavia, nem todos os componentes participam de forma explícita. Considerando que, a partida começa quando à pactuação de acordo Delatário e as declarações realizadas envolvem terceiros, automaticamente, desde que comprovado, serão incluídos indiretamente na partida. Compondo o lado explícito do jogo. Todavia, existem jogadores que influenciaram de forma relevante nas decisões da Operação, sendo denominados por Alexandre de ‘grupo de pressão para além dos autos processuais’, considerando-os também jogadores na modalidade implícito: Mídia, pressão popular e pedidos de terceiros, como explica Rosa (2015, p. 108).

Ressalta-se que a obra visa comparar a teoria com o caso concreto, utilizando-se das Delações realizadas na Operação Lava Jato, a fim de compreender a veracidade jurídica das provas juntadas no decorrer da Operação com a demonstração do interesse de poder que à de trás das Delações pactuadas pelas autoridades e particulares.

Salienta o Jurista Rosa (2015, p.108) cada jogador ocupa uma função cujo qual caberá

somente a ele tomar as decisões com bases em suas estratégias traçadas. Diante disto, há uma grande complexidade de expectativas em relação ao comportamento de cada jogador tendo em vista suas movimentações táticas. Antes e durante.

Alguns dos jogadores explícitos podem ser citados destacando o momento de sua composição no jogo: Um dos primeiros delatores da Operação Lava Jato foi o ex-diretor de abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa, em declarações iniciais negou as acusações alegando que a empresa não era casa de negócios. Todavia, suas afirmações foram reformuladas. Após aceitar o acordo delatatório, Paulo afirmou a existência do esquema de propinas que contavam com políticos, empreiteiras e diretorias da própria empresa, cujo beneficiava diretamente três partidos políticos, sendo eles: PP, PMDB E PT. Ainda, confirmou que o esquema movimentou aproximadamente 10 bilhões de reais, e que somente ele recebeu 1,5 milhões de reais mediante a compra realizada pela Petrobras da refinaria Pasadena. (D'AGOSTINO, 2015)

Não obstante, o doleiro Albert Youssef prestou quase cem horas de depoimentos expondo o esquema criminoso no qual fazia parte juntamente com grandes empresas e políticos. O montante movimentado por ele equivale a 180 milhões em propinas, no que ele definiu como arrecadação. Em relação a acareações da CPI da Petrobras, teria um terceiro delator cujo qual iria indicar quem solicitou fundos para campanha do Partidos dos Trabalhadores (PT) para as eleições do ano de 2010. Essas alegações de início jamais poderiam existir. Os advogados de defesa colocaram em xeque até mesmo a parcialidade do Juiz Sérgio Moro, bem como a veracidade das provas. Todavia, após o doleiro aceitar delatar os advogados deixaram o caso. (D'AGOSTINO, 2015)

A empresa Engevix, após ter ciência de que o operar Milton Pascowitch estava envolvido no esquema, apenas afirmou que ele prestava serviços há mais de 17 anos. Com o acordo de delatatório, Milton contou que pagou a reforma da casa do ex-ministro José Dirceu, localizada no Estado de São Paulo, com dinheiro de propina advinha da Petrobras no valor de R\$ 1,3 milhões de reais. Além da reforma, ele também teria bancado a compra de um imóvel avaliado em R\$ 500 mil para uma das filhas de José Dirceu. Em suas declarações concluiu dizendo ter repassado o valor de R\$ 10 milhões de reais para o Partido dos Trabalhadores nas eleições do ano de 2010. (D'AGOSTINO, 2015)

O lobista José Adolfo Pascowitch, irmão de Milton supracitado, decidiu colaborar com a polícia após citações de seu nome na 17ª da operação lava jato. conforme a Polícia Feral, ele atuava como operador da diretoria de serviços da Petrobras que até então era ocupado por Renato Duque. José e Milton usava a empresa Jamp engenheiros LTDA para lavagem de

dinheiro por meio de contratos aparentemente de prestações de serviços de consultorias em modo simulatório. Apesar das acusações o lobista não fez quaisquer declarações contrárias antes da delação. (D'AGOSTINO, 2015)

Por sua vez, a defesa de Mario Góes, que usava sua empresa para forjar contratos falsos juntamente com empreiteiras que serviam a Petrobras, rebateram as acusações de envolvimento do Góes, afirmando que seu paciente não vínculos com o esquema. Outrora, a versão do empresário Mario se distorceu após negociações de prêmios em caso de colaboração. Posteriormente Góes confirmou os fatos afirmando que os contratos eram usados para funcionalizar o pagamento das propinas o qual era repassado para a Diretoria da Petrobras. O empresário também contou ter recebido dinheiro da construtora UTC que tinha como responsável Ricardo Pessoa, cujo fora presa no decorrer das Operações. ((D'AGOSTINO, 2015)

Deste modo, com as declarações prestadas em depoimentos foram possíveis a identificação de outros jogadores que passaram a compor as investigações da Operação Lava Jato: Luiz Inácio Lula da Silva, ex-presidente da República, acusado em diversas Delações de envolvimento com o esquema. Apesar de sempre negar as acusações que pensem de lavagem de dinheiro e corrupção passiva, Lula passou a ser réu da Lava Jato. segundo seus delatórios, Lula teria recebido propina através de obras realizadas em um Sitio Santa Barbara, imóvel que está em nome de Fernando Bittar, "amigo da família". Durante as investigações a Policia Federal localizou diversos pertences pessoais, como um quadro de seu rosto pendurado na parede principal, de Luiz na residência. Conforme a Policia as obras teriam sidos bancadas pelas empresas Odebrecht, OASE e SCHAHIN, sendo coordenadas por outro "amigo" de Lula, José Carlos Bumlai. O ex-presidente foi condenado no ano de 2017 e teve sentença mantida em segunda instancia cujo aumentou sua pena para 12 anos e 1 mês no caso Triplex. (SÃO PAULO, 2018)

Outra ex-presidente da República, Dilma Rousseff, faz parte do time de jogadores implícitos da Operação Lava Jato. Ela foi acusada de organização criminosa juntamente com o ex-presidente Lula e ex-ministros do governo do Partido dos Trabalhadores (PT) no processo denominado "quadrilhão do PT". Dilma, assim como outros integrantes não quiseram firma acordo delatório. Todavia, suas participações neste jogo de interesses são as principais, considerando-os do alto escalão da quadrilha. (G1, 2018)

Não diferente dos demais, ex-presidente da República Michel Temer compôs o banco dos réus por Organização Criminosa e obstrução da Justiça, todavia, negou as acusações, assim como todos seus companheiros da família "PT". O Ministério Publico afirmou que

Michel teve influência direta para com Joesley Batista a fim que ele comprasse o silêncio do ex-presidente da Câmara dos Deputado Eduardo Cunha, interferindo diretamente em um possível acordo delatatório de Eduardo com a Justiça. As provas obtidas foram gravadas pelo próprio Joesley. Em um de seus encontros com Michel Temer, o ex-presidente disse que deveria ser mantida o pagamento do silêncio de Eduardo, em suas palavras “tem que manter isso, viu? No entanto, Temer acabou não sendo julgado, tendo em vista que a Câmara dos Deputados negou o pedido de processamento por maioria absoluta, logo não chegou a ser apreciado pelo Supremo Tribunal. (G1, 2018)

3.2.2 O caso da multinacional JBS

Os empresários Joesley Batista e Wesley Batista, são os donos da empresa JBS S.A, na área do agronegócio, responsável pelas marcas Friboi, Seara e Big franco. A Polícia Federal passou a investigar o Grupo JBS após Joesley Batista aparecer em 03 (três) investigações realizadas no ano de 2016. (EPOCA, 2017)

Na Operação Carne fraca realizada em 2017, teve como alvos juntamente o empresário e mais 05 (cinco) pessoas, inclusive seu irmão Wesley Batista, após denúncias de repasse de propina para fiscais de aproximadamente 60 empresas do setor de agronegócio para burlar impostos. Já em outra investigação denominada de Operação Bullish, teve como escopo os frigoríficos da JBS que, segundo a Polícia Federal, é usada para fraudes e liberações indevidas de recursos como “apoio financeiro” para o (BNDS) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, que somam aproximadamente R\$ 8 milhões de reais. (EPOCA, 2017)

Outrora, a Operação Greenfield investiga o grupo JBS acusado de transações ilegais de fundos de pensão estatal, ainda no ano de 2016. Não obstante, a Operação Cui Boi apura a cobranças de propinas em fase da Caixa Econômica Federal. Não sendo está a última operação policial de o Grupo foi alvo na Lava Jato. (EXAME, 2017).

Diante do escândalo de corrupção, ao avistarem a proximidade da Polícia Federal, Joesley Batista decidiu adotar a estratégia defensiva, analisando os meios para tornar-se delator. Ele alegou não ter conhecimento de início de que suas práticas se enquadravam como Organização Criminosa, tendo em vista acreditar que se trataria apenas de assaltantes a banco ou algo parecido. Logo, apurou-se em solicitar o acordo delatatório, apesar de seus familiares serem contra sua movimentação neste “jogo” de interesses. Todavia, para ele sempre fora a melhor estratégia a adotar. Sendo considerado o mais perigoso delator, como bem definiu o

site Época. (EPOCA, 2017)

3.2.3 Os termos delatórios do Grupo JBS

Para ser homologado o acordo delatório, o Magistrado tem a responsabilidade de averiguar a legalidade do que fora negociado. Conforme o artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, o Juiz, desde que requerido pelas partes, poderá conceder os seguintes benefícios: O perdão judicial; redução penal de até 2/3 da pena privativa de liberdade; substituir a pena mencionada por outra restritiva de direitos. (ENCCLA, 2014)

Posto isto, preenchidos os requisitos mínimos discutido no artigo 4º da referida Lei nos incisos I, II, III, IV, que são: personalidade, antecedentes, repercussão social e gravidade do ilícito praticado; foi pactuado o acordo de Joesley e a Procuradoria Geral da República, com os seguintes benefícios: Cláusula 4, parágrafo 1º, pactua-se que o valor multa imposta contra Joesley deverá levar em consideração a espontaneidade de colaborar, excepcionalidade de prova de colaboração, bem como a relevância da colaboração e situação jurídica-penal dos colaborados no momento desta colaboração. (CONJUR, 2017)

Ainda, cláusula 4º, parágrafo 2º, a Procuradoria Geral da República se compromete não oferecer denúncias diante de Joesley Mendonça Batista, e seu irmão Wesley Mendonça Batista. Logo, em fase de Ricardo Saad, cláusula 4º, parágrafo 3º, ficou acordado que não cumpriria mais que 04 anos em regime domiciliar, e oferecimento de perdão judicial caso sua colaboração se mostre efetiva e de relevância. Em sequência, parágrafo 4º consagrou-se que a PRG não iria interferir nas residências no exterior da família Batista, e demais, desde que atualizem com regularidade seus endereços de serviço e residência. (CONJUR, 2017)

Em relações aos deveres, assim se estabeleceu: cláusula 7º, os colaboradores devem prestar informações de forma ampla, voluntaria, efetiva, eficaz e conducente de modo a identificar os coautores, partícipes das várias Organizações Criminosas que fazem parte, bem como autores, seja eles políticos ou agentes públicos, mediante apresentação de provas, desde que dos fatos se tenha conhecimento. Devendo revelar a estrutura organizacional do esquema e suas divisões de tarefas. (CONJUR, 2017)

Ficando preestabelecido, ainda na cláusula 7º alínea C em diante, a recuperação total ou parcial do objeto de crime e advindo de proveito das infrações penais. Devendo indicar quais empresas jurídicas eram utilizadas para operar o esquema criminoso, e pessoas físicas que também faziam parte. Apresentar os extratos bancários, inclusive do exterior, igualmente apresentar documentos comprobatórios das informações prestadas. (CONJUR, 2017)

3.2.4 As estratégias e Táticas utilizadas pelo Grupo JBS

A Teoria dos jogos e seus fundamentos se assemelham em diversos momentos da Operação Lava Jato. Após explanação sobre o caso do Grupo JBS, em particular, Joesley Mendonça Batista, destaca-se algumas das estratégias utilizadas pelo empresário.

Após movimentações executadas pela Polícia Federal, Joesley prevendo uma represaria muito maior tendo em vista os crimes pelos quais seu grupo iria responsável, planejou de forma brilhante sua estratégia. Como previsto por Nash a traição sempre é a melhor escolha. Joesley, antecipou-se, como bem prescreve Alexandre Moraes da Rosa em seus escritos (2018), em celebrar logo seu contrato incluindo seu súbito desejo de delatar como uma das moedas de troca para diminuição da multa. Suas informações prestadas, como a revelação da estrutura hierárquica, sem dúvida fora de suma importância para desvendar todo o esquema por trás, todavia, o preço pago pelo Estado não fora nada barato. Assim, Joesley e seu irmão compraram sua liberdade, podendo trabalhar no exterior sem perturbações judiciais brasileiras e sem imputações de crimes que já estava sob investigação. Isso caracteriza-se com as táticas proferidas por Rosa (2018) em relação a ‘saber a hora certa’ de soltar informações e usar da ameaça ‘pegar ou largar’, cujo fora exatamente o que Joesley fez.

Objetivo de Joesley era proteger a si e sua empresa do escanda-lo em que se envolveu. Portanto, sua estratégia era livrar-se o quanto antes das acusações e sanções e multadas pesadas. Ainda, de modo inconsciente como prevê a Teoria dos Jogos, utilizou-se de duas táticas, carregando seus princípios sobre valor da troca referido por Rosa (2018) em seu livro supracitado no tópico 2.4.

Outra jogada perfeita realizada em conjunto pelos irmãos Batista, foi a tática utilizada para recuperar um pouco do montante pago com a multa imposta. Segundo o site Brasil (2017) um dia antes da publicação a integra do acordo delatário por eles pactuados, os irmãos realizaram a compra de dólares na bolsa de valores (BM&F), que se tornaram super valorizadas após divulgação após divulgação das denúncias feita por Joesley contra Michel Temer. Lucrando, portanto, vultuosa quantia.

3.3 Dilema do Prisioneiro e a Teoria de Nash na Operação Lava Jato

Os indivíduos participantes da operação enfrentaram grandes conflitos internos na busca de respostas que os ajudassem a se esquivarem de sanções penais, assim como no caso

Batista supracitado. Na prática operacional, o dilema do prisioneiro emergiu em importantes momentos das investigações, associado diretamente com os fundamentos da Teoria dos Jogos: custo x benefícios. A melhor estratégia levaria o jogador a diminuir suas perdas maximizando seus ganhos. Vejamos isto na operação lava jato.

Em recordações, o dilema do prisioneiro surge quando à dois ou mais prisioneiros que tem a difícil missão de escolher trair seu companheiro ou cooperar. Muito embora, reconhecendo que o trabalho em equipe de cooperação apresente um ótimo resultado, individualmente ainda é melhor trair tendo em vista a insegurança e incerteza de colaboração efetiva de seu comparsa. (BARRICHELO, 2017)

Na operação lava jato não foi diferente. O caso de Paulo Roberto Costa, processado e julgado imputado a cumprir pena de 20 anos de prisão. Diante dos fatos, ao ser proposto o acordo delatatório de pronto aceitou. Uma das primeiras delações pactuadas foi do ex-diretor da Petrobras. Para ele, foi concedido a dispensa de tornozeleira eletrônica, bem como prisão domiciliar com restrição de 03 (três) anos. (KANIAK, 2016). A matemática apresentada é: não cooperar e cumprir 8 (oito) anos de regime fechado, uma vez que a pena era de 20 (vinte) anos, e, mesmo assim, correr o risco de seus confrades delatarem e suas informações de nada mais valer, e ainda continuar preso. Ou delatar primeiro, e obter benefícios individuais mais vantajosos. Emergindo, portanto, o dilema da prisioneira na vida real.

O primeiro delator da história do Brasil, Albert Youssef, por meio da lava jato, teve a oportunidade de experimentar mais uma vez a pactuação do contrato. Condenado a 100 (cem) anos de prisão em 2014, apenas cumpriu somente 03 (três) anos na cadeia, progredindo para o regime domiciliar devido optar pela traição, entregando seus companheiros, e, portanto, tendo pena reduzida. A decisão de trair os comparsas ou cumprir pelo menos 08 (oito) anos é o escopo do dilema. (KANIAK, 2016)

Já a doleira Nelma Mitsue Penasso Kodama, que ficou conhecida como “a dama do mercado” e amante de Alberto Youssef, não quis celebrar contrato delatatório, cominando na pena de 18 anos de prisão pelos crimes de operação financeira regular, evasão de divisa, corrupção ativa e pertinência a organização criminosa. Sendo, no dilema da prisioneira, a escolha menos benéfica a ser feita. (KANIAK, 2016)

3.4 Prêmios e Recompensas dos oponentes

Em análise da obra apresentada, destacamos as semelhanças que viabilizam a perspectiva da delação premiada como um jogo fundamentado na teoria dos jogos.

Considerando que todos os jogos a um vencedor e um perdedor, que não necessariamente são empregados estes termos no instituto, sempre se tem recompensas e prêmios almejados, seja o título de vencedor, redução de pena, ou informações privilegiadas que permitem a desestruturação da maior organização criminosa do País.

No instituto abordado, tanto o Estado quanto o Particular se encontram como agentes vitoriosos. Casa qual com sua visão de ganho. Notemos isto a partir dos casos concretos da operação lava jato.

Paulo Roberto Costa, com a delação premiada conseguiu recompensas como poder cumprir prisão domiciliar, em contrapartida o Estado também saiu beneficiado, vez que o empresário se comprometeu a devolver o montante de US\$ 25,8 milhões que estava em sua conta na Suíça e nas Ilhas Cayman, pagando uma multa milionária de aproximadamente R\$ 05 milhões de reais. (D'AGOSTINO, 2015)

No mesmo sentido, Alberto devolvera para o Estado inúmeros bens que obtivera mediante a pratica do crime, considerando-os veículos, imóveis e até mesmo participações empresarias. Como recompensa ficou apenas 03 (três) anos na cadeia e logo voltou para suas funções, mesmo condenado por 100 (cem) anos de prisão na operação. (D'AGOSTINO, 2015)

Já Milton Pacowitch, ficou acordado em devolver o valor de R\$ 40 milhões, ficando no máximo 01 (um) ano em prisão domiciliar. Bem como, seu irmão, comprometeu-se a repor ao Estado a quantidade de R\$ 20 milhões de reais, não sendo condenado a prisão, mas devendo prestar serviços comunitários. (D'AGOSTINO, 2015)

A delação de Mario Góes, por vez, prevê multa de R\$ 38 milhões de reais, não podendo ser condenado por mais de 15 anos de reclusão. Ficando assim pactuado pelas partes. (D'AGOSTINO, 2015)

Em soma, os valores acertados para devolução aos cofres públicos somente nos casos supracitados giram em torno de R\$ 247.026.047 reais, não incluídos os bens de Alberto e a multa de R\$ 05 milhões de Paulo. Sendo o maior prêmio já conquistado pelo Estado.

3.5 Análise crítica da operação lava jato

Assim como a delação premiada, a lava jato possui diversas críticas e divide opiniões de juristas e doutrinaries, principalmente em se tratando do acordo celebrado pelo Grupo JBS, entre outros, que tiveram benefícios desproporcionais e descabidos. Considerando ainda, suas punições que, ao ver da sociedade, foram ridicularizadas por sua quase inexistência.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes que não resguardou argumentos para criticar a operação, afirmando “Organização Criminosa para investigar pessoas”. segundo ele, para os procurados faltou experiência e suas condutas evidenciam não mais que uma organização criminosa que abusa de seu poder. (CAVALCANTI; SOUZA; MADER; DUBEUX, 2019)

Com fulcro no artigo 260 do Código de Processo Penal, relacionado a conduta coercitiva, preceitua que se “o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. Pois bem, a lava jato decretou 161 mandados de condução coercitiva, dados coletados somente até o ano de 2015, cujo qual obtivera grande repercussão no caso Lula considerado pelos juristas o maior erro da operação com vista que o agente não era importante suficientemente para aquele momento a fim de conduzi-lo a força perante o Juiz. Outrora, para que seja expedido o mandado devera primeiramente ocorrer a recusa de comparecimento do agente. (FRANCESCO, 2016)

Não obstante, a prisão preventiva se destacou nas investigações. Previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, consagre que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.” (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Neste sentido a jurisprudência:

1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na periculosidade do acusado em face à reiteração criminosa, não há que se falar em ilegalidade. (STJ - HABEAS CORPUS HC 214167 PE 2011/0172580-1)
2. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DA IMPUTAÇÃO. A gravidade da imputação, presente o princípio da não culpabilidade, não é capaz, por si só, de levar à prisão preventiva. (STF - HABEAS CORPUS HC 119587 SP)

De acordo com Francesco (2016), foram decretadas pouco mais de 73 (setenta e três) prisões preventivas. Todavia, uma porcentagem delas fora reformada pelos tribunais posteriormente. A mais conhecida modificação foi a prisão de Renato Duque, ex-diretor da estatal Petrobras, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a irregularidade da ordem. Em sua fala, o Ministro Teori Zavascki no julgamento do *habeas corpus* 125.555, salientou:

a custódia cautelar do paciente está calcada em uma presunção de fuga, o que é rechaçado categoricamente pela jurisprudência desta corte. O fato de o agente supostamente manter valores tidos por ilegais no exterior, por si só, não constitui motivo suficiente para a declaração da prisão preventiva, mesmo porque a decisão não relaciona medidas judiciais concretas de busca desses valores que, para sustentela, haveria de ser certos e identificáveis.

O Ministro Gilmar Mendes comentou sobre a prisão preventiva e o modo com que a

lava jato a utiliza, sendo considerado por ele um modelo de tortura, cujo qual não pode, em hipótese alguma ter espaço dentro do Supremo Tribunal Federal. Salientou ainda que “quem acha isso normal, certamente não está lendo a Constituição e o nosso Código de Processo Penal”. (CONJUR, 2019)

Igualmente, o doutrinador Edilson Mougenot Bonfim, através do Código de Processo Penal, alega que “a decretação da prisão preventiva não se faz por prazo determinado. Entretanto, é certo que não pode o réu permanecer preso preventivamente por prazo indeterminado, sob pena de se caracterizar constrangimento ilegal. Nesse caso, a jurisprudência tem criado mecanismo para a aferição da existência do chamado “excesso de prazo”. (NEVES, 2019)

Todavia, o que se verificou após a ação penal nº 470 foi a banalização completa da operação lava jato que vazou diversas delações, tornando a medida excepcional, como é prevista a prisão preventiva, em verdadeiro descaso. Transformando a maior operação de combate a corrupção em espetáculo público. (NEVES, 2019)

De fato, muitas das prisões ocorridas foram realizadas por pressão popular após divulgações de diversas delações cujo qual é previsto legalmente que deveria serem sigilosas, assim como fora pactuado no acordo de Joesley Mendonça Batista, mas que ao fim, foi disponibilizada pela própria justiça. Posteriormente nota-se julgamentos e prisões sendo forçadas a acontecerem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, a presente obra visou elucidar a aplicabilidade da teoria dos jogos na delação premiada calcado em destacar a verossimilhança entre os fragmentos deixados pela operação lava jato, com intuito de averiguar a veracidade jurídica do instituto como meio de prova frente os conflitos de interesses presentes demonstrados ao longo desta monografia.

Posto isto, verifica-se que à duas análises a serem realizadas. A primeira delas é a constitucionalidade da delação premiada que, muito embora tenha sido regulamentada apenas em 2013, o Supremo Tribunal Federal já permitia seu uso, como no caso de Alberto Youssef em 2003, sendo inserido no País por meio do decreto nº 5.015/2004, tratando-se da internacionalização das convenções de Palermo, e o decreto nº 5.687/2006, de Mérida, que nos artigos 26 e 37 a prevê respectivamente, como argumenta Gaudino (2016).

O Supremo Tribunal de Justiça, salienta que a delação premiada não é válida única e exclusivamente como prova, ressaltando que é o meio de obtenção de provas celebrado em contrato personalíssimo. Vejamos:

A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das declarações prestadas, faltando, pois, interesse dos delatados no questionamento quanto à validade do acordo de colaboração premiada celebrado por outrem (...)” (RHC 69.988/RJ, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA – grifei)

Neste diapasão, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello argumentou sobre a delação premiada, apesar de sofrer críticas por parte de alguns Ministros, discorreu no processo de Ação direta de Inconstitucionalidade nº 5508/DF:

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal. (ADI 5508/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO)

Deste modo, nota-se que a delação premiada mesmo diante das inúmeras críticas é regulamentada por lei e reconhecida pela hierarquia dos Trinais Superiores, limitando-a como meio de obtenção de prova juridicamente válida.

Outrora, apesar de teoricamente válida, existem controvérsias em se tratando de seu uso na prática com fulcro na operação lava jato. Durante as investigações se verificou diversas irregularidades por parte do Estado e Particular, que podem ser destacadas de maneira concisa a partir da perspectiva da Teoria dos Jogos que demonstra o “jogo” de interesses que à

submergido na delação premiada influenciando diretamente no instituto.

Um dos acordos mais polêmicos foi o da JBS. Áudios vazados demonstraram que o ato de Joesley gravar conversas internas com Michel Temer partiu de iniciativa do então Procurador Geral da República Marcello Miller. Diante disto os caminhos se abriram para Joesley Batista conseguir validar o acordo delatário. Todavia, denota-se que o artigo 86 da Constituição Federal prescreve:

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

A Carta Magna dispõe explicitamente quem poderá investigar o Presidente da República, não cabendo, portanto, ao Procurador instigar a produção de provas contra ele. Conforme explicado no tópico 2.3. Verifica-se que provas advindas de Joesley, apesar de demonstradas verdadeiras, não são válidas diante ilicitude que permitiu as produzir posteriormente. Vejamos o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal: “ São inadmissíveis, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Neste sentido, discorre o Ministro Celso de Mello:

Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação (...). A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal” (STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello)

Igualmente previsto no artigo 157, *Caput*, do Código de Processo Penal: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais”.

Neste sentido, destaca-se outro trecho trazido nesta obra em relação ao caso Odebrecht. O contrato celebrado viola diretamente o devido processo legal, como bem afirma o Ministro Gilmar Mendes, vez que vislumbra sanção penal sem se quer ter instauração de inquérito. Vejamos:

O Professor Gustavo Badaró foi ouvido pela mencionada reportagem. Seus comentários foram precisos: “A lei 12.850, que regula a delação premiada, determina que haja três fases num acordo. A primeira é a negociação. Depois, a homologação por um juiz. E então a sentença, que será aplicada observando os benefícios negociados. O que se fez no caso da Odebrecht não foi isso. Existem pessoas que não foram sequer investigadas e vão cumprir pena sem inquérito, sem denúncia e sem sentença” (STF – QO Pet: 7074 DF – DISTRITO FEDERAL 0005862-67.2017.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 29/06/2017, Tribunal Pleno)

Não obstante, em análise ao caso da nomeação de Lula ao cargo de Ministro por Dilma Rouseff, igualmente se iguala as medidas de prisão cautelar imposto pelo Juiz do caso,

Sérgio Moro. Denota-se a virossimilhante nas ações superficialmente legais onde a ex-presidente por meios válidos tenta nomear o ex-presidiário e presidente Luiz Inácio, todavia, a medida foi derrubada pelo ministro Gilmar Mendes vez que, em seu entendimento, considerou uma fraude para impedir a decretação da prisão de Lula. Logo, ao voltarmos os olhares para os pedidos de prisão cautelar fica transparente os meios utilizados pela justiça de forçar o réu a delatar, como visto acima a frase ‘prender para delatar’. Apesar de ser um meio albergado pela lei, seu uso teve cunhão de burlar o requisito da delação voluntaria, assim como ocorreu nas primeiras prisões da operação lava jato onde após encarceramento dos réus, que até então negavam envolvimento, decidiram delatar pouco tempo depois.

Portanto, através da Teoria dos Jogos é possível verificar o jogo de interesses que à nas ações dos entes particulares e do Estado, abrindo de forma ampla o conhecimentos dos fatos ocorridos na operação lava jato junto a delação premiada em caso concreto. Desde modo, a delação como meio de prova na prática demonstrou-se ilegal, já nas primeiras prisões que se deram negligenciando o que diz a Lei, bem como as delações realizadas deste ponto em diante são consideradas inválidas, sendo salvas apenas as que não tiverem vínculo com as raízes delatórias ilegais, como salientou o ministro Celso de Mello, supracitado.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Reinaldo. Delação premiada: **Dilma ataca a Lei 12.850 que ela própria sancionou**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/delacao-premiada-8211-dilma-ataca-a-lei-12-850-que-ela-propria-sancionou/>. Acesso em 16 de dezembro de 2020.

Análise da Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro. Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-153/analise-da-origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro/#:~:text=O%20surgimento%20da%20dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada,criminal%20trazia%20o%20instituto%20da>. Acesso em 27 de outubro de 2020.

ANDRADE, Marco Antônio Ribeiro. BARRETO, Magda Zeraik. DAMAZIO, Daiane. **Teoria dos Jogos uma ferramenta estratégica das organizações**. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos16/24124247.pdf>. Acesso em 17 de novembro de 2020.

BEZERRA, Juliana. **Lava jato**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/lava-jato/>. Acesso em 27 de novembro de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Delação premiada é favor legal, mas antiético**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antiatico>. Acesso em 16 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei de lavagem de dinheiro, Lei nº 9613, 1998**. Brasília, 3 de março de 1998; 117º da Independência e 110º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm#:~:text=L9613&text=LEI%20N%C2%BA%209.613%2C%20DE%203%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20de,COAF%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em 22 de novembro de 2020.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federal do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1998.

CARVALHO, Stefani. **Colaboração premiada: Benefícios que podem ser oferecidos ao colaborador**. Disponível em: <https://stefanidecarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/641071441/colaboracao-premiada-beneficios-que-podem-ser-oferecidos-ao-colaborador>. Acesso em 12 de novembro de 2020.

COUTINHO, Nathália Neves da Nóbrega. **As organizações criminosas previstas na Lei nº 12.850/2013 e suas peculiaridades**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-organizacoes-criminosas-previstas-na-lei-no-12-850-2013-e-suas-peculiaridades/>. Acesso em 05 de dezembro de 2020.

DANA, Samy. **John Nash: As brilhantes contribuições de uma das maiores mentes da economia**. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/blog/samy-dana/post/john-nash-brilhantes-contribuicoes-de-uma-das-maiores-mentes-da-economia.html>. Acesso em 27 de

outubro de 2020.

Depoimento de Lula em cinco tópicos. Último Segundo, 2018. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2018-11-15/como-foi-o-depoimento-de-lula-sitio-de-atibaia.html>. Acesso em 06 de janeiro de 2021.

DUBEUX, Ana. CAVALCANTI, Leonardo. MADER, Helena. SOUZA, Renato. **Gilmar Mendes critica a lava-jato: “organização criminosa para investigar pessoas.** Disponível em: https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/politica/2019/08/04/interna_politica,775355/gilmar-mendes-chama-lava-jato-de-organizacao-criminosa-em-entrevista.shtml. Acesso em 15 de novembro de 2020.

ESCOSTEGUY, Diego. **Joesley Batista: O mais perigoso delator.** Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/05/joesley-batista-o-mais-perigoso-delator.html>. Acesso em 12 de janeiro de 2021.

Equilíbrio de Nash. Mais Retorno, 2020. Disponível em: <https://maisretorno.com/blog/termos/e/equilibrio-de-nash>. Acesso em 01 de novembro de 2020.

Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. Revista Jurídica, n. 321, ano 52. Porto Alegre: Notadez, julho de 2004, p. 53.

FERREIRA, Andressa Marta Gomes. BARBOS, Igor de Andrade. **Colaboração premiada: Análise crítica na operação lava jato.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/colaboracao-premiada-analise-critica-na-operacao-lava-jato/#:~:text=3%20AN%C3%81LISE%20CR%C3%8DTICA%20SOBRE%20A,investigados%20na%20opera%C3%A7%C3%A3o%20Lava%20Jato>. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

FREIRE, Diego. OTOBONI, Jéssica. Seis anos da lava jato: relembra todas as fases da operação. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/03/07/seis-anos-da-lava-jato-relembre-todas-as-fases-da-operacao>. Acesso em 06 de janeiro de 2021.

GALDINO, Patricia Magalhães. **Delação Premiada à Luz da teoria dos jogos.** Graduação, Universidade Federal do Rio de Janeiro Centro de ciências e economicas faculdade nacional de Direito. Rio de Janeiro, 2018, p. 79.

GUSTAVO, Jader. **Evolução da delação premiada como meio de persecução penal.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40461/evolucao-da-delacao-premiada-como-meio-de-persecucao-penal#:~:text=law.%5B7%5D-.Origem%20Hist%C3%B3rica%20no%20Direito%20Brasileiro,16%20de%20dezembro%20de%201830>. Acesso em 15 de novembro de 2020.

HAVASHI, Francisco. Entenda a “delação premiada”. Disponível em: <https://franciscohayashi.jusbrasil.com.br/artigos/138209424/entenda-a-delacao-premiada>. Acesso em 15 de novembro de 2020.

IRION, Adriana. **A origem da investigação onde tudo começou.** Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/11/A-origem-da-investigacao-tudo-comecou-no-posto-4648322.html>. Acesso em 05 de janeiro de 2021.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

Joesley Batista. Época, 2017. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tudo-sobre/noticia/2017/05/joesley-batista.html>. Acesso em 16 de janeiro de 2021.

Jonh Von Neuman. Só matemática. Virtuos Tecnologia da Informação, 1998-2020. Disponível em: <https://www.somatematica.com.br/biograf/vonneumann.php>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

Justiça Federal torna réus Lula, Dilma, Mantega e Palocci. G1, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/11/23/justica-federal-torna-reus-lula-dilma-mantega-e-palocci.ghtml>. Acesso em 12 de janeiro de 2021.

KANIAK, Thais. **Condenado na Lava jato, Paulo Roberto Costa retira a tornozela.** Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/11/paulo-roberto-costa-deve-retirar-tornozela-nos-proximos-dias.html>. Acesso em 17 de janeiro de 2021.

Lava jato usava prisão provisória como elemento de tortura, diz Gilmar. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/lava-jato-usava-prisao-provisoria-elemento-tortura-gilmar>. Acesso em 16 de janeiro de 2021.

MATEUS, Leonardo. **Crítica à aplicação da delação premiada na criminalidade moderna.** Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/leonardo-mateus/artigos/critica-a-aplicacao-da-delacao-premiada-na-criminalidade-moderna-3960#:~:text=O%20principal%20argumento%20dos%20cr%C3%ADticos,5>). Acesso em: 05 de novembro de 2020.

MEDINA, José Miguel García. **Provas Ilícitas: uma leitura a partir da CF.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-05/provas-obtidas-meios-ilicitos-leitura-partir-cf#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20artigo,provas%20obtidas%20por%20meios%20il%C3%ADticos%E2%80%9D>. Acesso em 17 de janeiro de 2021.

Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4.ed. atual de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/02). São Paulo: Saraiva, 2002. P. 4-16.

NEVES, Fernando. **A banalização da prisão preventiva e a utilização da medida excepcional nos acordos de colaboração premiada.** Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-banalizacao-da-prisao-preventiva-e-a-utilizacao-da-medida-excepcional-nos-acordos-de-colaboracao-premiada>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial.** 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 716.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa.** 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza Jurídica da delação premiada**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/natureza-juridica-da-delacao-premiada/>. Acesso em 10 novembro de 2020.

PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: Editora Emodara, 2018.

ROSA, Alendre Morais da. **Como usar a teoria dos jogos no Processo Penal?**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/limite-penal-usar-teoria-jogos-processo-penal>. Acesso em 20 de novembro de 2020.

SALOMÃO, Karin. **2017, o ano em que a JBS abalou o País**. Disponível em: <https://exame.com/negocios/2017-o-ano-em-que-a-jbs-abalou-o-pais/>. Acesso em 16 de janeiro de 2021.

STF – QO Pet: 7074 DF – DISTRITO FEDERAL 0005862-67.2017.2.00.00000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 29/06/2017, Tribunal Pleno.

STF – QO HC: 127.483 PR – PARANÁ, Relator: Min. DIAS TOFOLLI, Data de Julgamento: 27 de agosto de 2015.

STF – QO RHC: 69.988 RJ – RIO DE JANEIRO 2016/0105405-0, Relator: Min. REYANALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 25/10/2016, Quinta Turma.

STF – ADI: 5.508 DF – DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data do Julgamento: 20/06/2018. Tribunal Pleno.

SANTOS, Adrielly. **Instituto da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67583/instituto-da-delacao-premiada-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 15 de novembro de 2020.

VANCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no Processo Penal**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2017.

YACOBUCCI, Guillermo. **El crimen organizado**. Buenos Aires: Editora Ábaco de Rodolfo Delapma, 2005.

TOMAZINI, Andressa. **Acordo de colaboração premiada: natureza probatória**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/630417006/acordo-de-colaboracao-premiada-natureza-juridica-e-natureza-probatoria>. Acesso em 15 de novembro de 2020.