

DELAÇÃO PREMIADA: QUE COMECEM OS JOGOS

CRUZ, Bruno Henrique da¹
HELENE, Paulo Henrique²

RESUMO:

O presente estudo abordará o instituto da Delação Premiada, previsto no ordenamento jurídico do direito penal, instituto este relativamente novo no Brasil, mas que, principalmente em virtude de investigações de grande vulto envolvendo políticos e empresários de alto escalão, vem ganhando grande destaque não só na mídia, mas junto aos meios jurídicos e acadêmicos em todo o país, dando-se ênfase no ordenamento jurídico brasileiro vigente, à luz das aplicações no processo penal, com enfoque na teoria dos jogos, em que o instituto da delação premiada, em seu processo, pode ser comparado a um jogo. Abordar-se-á conceitos, legislações, jurisprudências sobre o tema e sua origem histórica. Por fim, a delação premiada pode ser pensada em um jogo sujo por parte do delator, visto que está usando de um mecanismo para entregar um esquema do qual participou, e esse está, através da colaboração, em busca de um prêmio por estar colaborando com a justiça, a fim de conquistar a sua liberdade, ou a diminuição de sua pena.

PALAVRAS-CHAVE: Delação Premiada. Teoria dos Jogos. Jogo Justo.

DELAÇÃO PREMIADA: QUE COMECEM OS JOGOS

ABSTRACT:

This study will deal with the institute of Plea-Bargain, which is foreseen in the legal system of criminal law, a relatively new institute in Brazil, but which, mainly due to large-scale investigations involving politicians and high-ranking businessmen, has been gaining great prominence not only in the media, but in legal and academic circles throughout the country, with emphasis on the Brazilian legal system in force, in the light of the applications in the criminal process, with a focus on game theory, in which the institute of awarding process can be compared to a game. It will deal with concepts, legislation, jurisprudence on the subject and its historical origin. Finally, the awarding of the prize can be thought of as a dirty game by the informant, since he is using a mechanism to deliver a scheme in which he participated, and the latter is, through collaboration, seeking an award for collaborating with the justice, in order to conquer their freedom, or the diminution of their grief.

KEYWORDS: Plea-Bargain. Game Theory. Fair Play.

1. INTRODUÇÃO

A Delação ou Colaboração Premiada é um instituto jurídico antigo, existente em diversos ordenamentos pelo mundo, como por exemplo, o Italiano, Americano e Espanhol. No Brasil, este assunto ganhou maior importância junto ao meio jurídico por conta de casos de grande repercussão,

¹Acadêmico do 9º período, do Curso de Direito do Centro Universitário FAG, bbrunocruz@outlook.com.

²Professor Orientador, do Curso de Direito do Centro Universitário FAG, paulo2h@hotmail.com.

como a Operação denominada “Lava Jato”, na qual descobriu-se o maior esquema de corrupção da história do país e que usou muito do instituto da Delação Premiada, sendo então levantados diversos questionamentos ainda não pacificados sobre esta temática.

Com efeito, através da Delação Premiada de um ou mais participantes do delito, busca-se encontrar meios de provas em relação aos autores e aos crimes por eles praticados. Assim, após a confissão do crime, com a cooperação relevante para a investigação e preenchidos os requisitos estabelecidos em lei, o delator ganha uma espécie de premiação por ter colaborado com a justiça, para que esta venha a alcançar seu fim, qual seja punir todos os autores de determinada conduta ilícita.

De fato, em nosso país, este instituto surgiu com a Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), tendo também outras previsões em leis esparsas brasileiras, vindo a ser tratada de maneira mais ampla e detalhada pela recente Lei nº 12.850/2013, Lei do Combate às Organizações Criminosas.

Outrossim, os juristas apontam que deve-se ter cuidado para não banalizar o referido instituto, sendo preciso ter muita cautela em sua utilização. A Lei nº 12.850/13, em seu artigo 4º, §16, traz a regra da valoração da prova, a qual veio para evitar a temida banalização do instituto, proibindo o magistrado de proferir sua sentença condenatória com base exclusivamente na delação premiada.

De fato, embora a Delação Premiada seja tratada por uma lei referente aos crimes organizados, tem-se que ela pode se estender para toda e qualquer infração criminal em que o colaborador seja participante de organização criminosa, dentre outros: de tráfico de drogas, de lavagem de dinheiro, de crime contra o sistema financeiro nacional ou de qualquer outro crime que permita o uso deste instituto.

Já em outra frente, com base na vedação de o juiz estar proibido de condenar o réu apenas com base na delação premiada, surge outro questionamento interessante e relevante, qual seja, se esta regra não feriria o princípio da livre apreciação da prova pelo magistrado.

A delação ou colaboração premiada pode ser associada como um jogo, em que cada participante é obrigado a optar pela melhor estratégia para si mesmo, a fim de sair ganhando, uma vez que se o outro participante do crime confessar e entregar provas sobre o delito praticado, quem sai perdendo é quem não colaborou com a justiça.

Assim, o presente trabalho de conclusão de curso busca trazer explicações acerca do tema por meio de doutrinadores, artigos científicos e jurisprudências, discorrendo acerca deste instrumento jurídico relativamente novo no Brasil, à luz das aplicações ao processo penal, apresentando sua origem, conceito, casos concretos no Brasil e sua forma de execução. Busca-se ainda questionar se este instituto realmente é eficaz, e mostrar, através da teoria dos jogos, a aplicabilidade da delação

premiada podendo ser observada como um jogo, em que as partes que participam desse jogo buscam os melhores resultados.

2. DELAÇÃO PREMIADA: A *SHORT INTRODUCTION*

A palavra delação, segundo o Dicionário Silveira Bueno, significa recompensa; já o Dicionário Aurélio, traz que a palavra delação é de origem do latim *delatione*, que significa denunciar, revelar. Portanto, delação premiada vem a ser uma denúncia por parte de um dos autores do delito, na qual ele identifica os coautores e partícipes, dando às autoridades competentes, informações para que eles alcancem provas a fim de comprovar a materialidade delitiva e autoria.

Para Nucci (2013), quando um dos corréus, durante seu interrogatório, admitir ter praticado o delito a ele imputado e ainda relacionar outra pessoa, atribuindo-lhe conduta criminosa sobre a mesma imputação pela qual ele é acusado, ocorre a chamada delação.

Ao tratar sobre a delação premiada, Fernando Capez afirma que:

Delação ou chamamento do corréu é a atribuição da prática do crime a terceiro, feita pelo acusado, em seu interrogatório, e pressupõe que o delator também confesse a sua participação. Tem o valor de prova testemunhal na parte referente à imputação e admite reperguntar por parte do delator (2011, p. 417).

Para Aranha (1996, p. 110),

A delação, ou chamamento de corréu, consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa. Afirmamos que a delação somente ocorre quando o acusado e réu também confessa, porque, se negar a autoria e atribuí-la a um terceiro, estará escusando-se e o valor da afirmativa como prova é nenhum.

Rudolf Von Ihering, em seu livro “A luta pelo Direito”, preconizou o instituto da delação premiada dizendo o seguinte:

Um dia, os juristas vão ocupar-se do Direito Premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do Direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade (2004, p. 73).

Sendo assim, Ihering tenta explicar que crimes que possuem coautores ou partícipes são dificilmente desvendados pela justiça, devendo então existir o Direito Premial para uma eficaz investigação do Estado, a fim de identificar os autores e dismantelar as estruturas criminosas.

De fato, a delação premiada, conhecida popularmente como colaboração premiada, é antiga na história da humanidade. Já presente na época de Jesus Cristo, quando o discípulo Judas Iscariotes traiu Jesus em troca de trinta moedas de pratas e o entregou aos que detinham o poder na época (BÍBLIA, Mateus, 26:14). Tal situação nada mais é que uma delação premiada.

O Brasil, para implantar o instituto da delação premiada, foi buscar conhecer e trazer diretrizes de outros lugares do mundo que já aceitavam a colaboração como forma de desvendar delitos.

Por meio de diversas leis, a Itália criou a figura dos *pentiti*, dos *dissociati* e dos *colaboratori della giustizia* (colaboradores da justiça são os coautores ou partícipes). Os *pentiti*, são os investigados “arrepentidos”, o delator passa informações sobre a estrutura da organização, e se a justiça confirmar como verdadeiros os fatos que foram relatados pelo delator, este será beneficiado com a extinção da punibilidade. Já a *dissociati* ocorre quando o delator impede ou diminui as consequências do fato antes da sentença, podendo ter diminuição de um terço da pena ou substituição de prisão perpétua pela reclusão de 15 a 21 anos (ESTELLITA, 2009).

Pereira (2015) diz que nos Estados Unidos, a colaboração é a chamada “*plea bargain*”, qual seja, a possibilidade de negociação do Ministério Público para fazer acordos com o acusado e a defesa, reservando-se ao juiz a homologação de tal acordo.

No Brasil, existem milhares de diplomas legais que tratam da delação premiada. A primeira lei que trouxe a delação foi a Lei nº 8.072, qual é a lei de Crimes Hediondos, em seus artigos 7º, §4º e artigo 8º. O artigo 7º, §4º, da referida lei, incluiu o delito de extorsão mediante sequestro (artigo 159 do Código Penal); o §4º, qual dispõe que se este crime for cometido por quadrilha ou bando, obterá redução na pena de um a dois terços o coautor que denunciar o crime às autoridades e colaborar par que a pessoa sequestrada seja libertada (BRASIL, 1990).

Sendo que em 1996, a Lei nº 9.269 alterou a redação original deste parágrafo, expondo que não era necessário que o crime fosse praticado por quadrilha ou bando, bastando que este tenha sido cometido em concurso de agentes.

Já o artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Crimes Hediondos, garantiu o benefício da delação premiada aos participantes de bando ou quadrilha que pratiquem crimes hediondos, desde que estes proporcionem o dismantelamento do grupo. O benefício concedido pela autoridade competente é a redução da pena de um a dois terços.

Outra Lei que trouxe o benefício é a Lei nº 7.492 (Lei do Crime Contra o Sistema Financeiro Nacional), qual diz no artigo 25, §2º, que se o partícipe ou coautor em confissão espontânea delatar a trama delituosa praticada em quadrilha ou coautoria, tem sua pena reduzida de um a dois terços (BRASIL, 1986).

No artigo 16, parágrafo único, a Lei Contra a Ordem Tributária, Econômica ou Relações de Consumo e Outras Providências, Lei nº 8.137, diz que aquele que relatar à autoridade competente a trama delituosa dos crimes praticados em coautoria ou quadrilha, terá em troca, redução da pena de uma a dois terços (BRASIL, 1990).

A Lei nº 9.034, que posteriormente, em 2013, foi revogada pela Lei nº 12.850, ampliou a delação premiada, concedendo também benefícios às organizações criminosas, determinando que a pena seja reduzida de um a dois terços a quem colabore de forma espontânea (BRASIL, 1995).

Já no ano de 1998, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, também passaram a utilizar-se da delação premiada, por meio da Lei nº 9.613.

Em que pese, há diversas outras leis que tratam acerca do tema, sendo a lei que mais trata e detalha o instituto, a Lei nº 12.850, de 2013 (Lei de Crime Organizado). Lemos Jr. (2014) diz que esta lei trouxe uma maior segurança durante a aplicação da delação nas fases processuais, sendo elas: pré-processual, judicial e de execução penal. Esta lei trata a delação premiada como meio de obtenção de prova, em seu artigo 3º, inciso I.

A referida Lei trouxe que o instituto da Delação pode ser usado em crimes organizados, trazendo em seu artigo 1º, da Lei nº 12.850/2013, conforme o §1º, a definição do que é organização criminosa:

(...) associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Para Dipp (2015, p.11), em seu livro “A Delação’ ou Colaboração Premiada: uma análise do instituto pela interpretação”, temos que “organização criminosa é a instituição orgânica clandestina que até pode exercer atividades lícitas, mas com propósitos ilícitos”.

A delação ou colaboração premiada será aceita como prova em qualquer fase processual, conforme explana o artigo 3º, inciso I, da Lei 12.850. Segundo o artigo 6º da mesma Lei, a única forma exigida para o acordo é ser escrito, devendo obrigatoriamente ter o relato do delator (BRASIL, 2013).

Conforme Guidi (2016), para poder utilizar o benefício da Delação Premiada, faz-se necessário preencher quatro requisitos, sendo eles: colaboração espontânea; informações efetivas; declarações que tenham relevância; personalidade do colaborador, circunstâncias, natureza e repercussão social do fato.

O primeiro requisito, qual seja a colaboração de forma espontânea, é muito criticado. Segundo Silva (2003), não há como saber se o delator está aderindo por pressão, e uma vez aderindo por conta disso, o primeiro requisito não é preenchido, não podendo ser admitida a delação, por conta de estar viciada a sua espontaneidade.

Além disso, como a delação vale como um dos meios de prova, o artigo 4º, §16, da Lei do Crime Organizado, traz a regra da valoração da delação premiada. Vejamos a transcrição original do parágrafo, “§16: Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (BRASIL, 2013).

O sentido desse parágrafo da Lei, é de que o agente que tiver sua delação aceita pela justiça, o que ele declarar será levado em conta como meio de prova, e ao magistrado não caberá aplicação de sentença, somente em declarações vindas do delator, tendo que existir outros meios de prova que ajudem a justiça a confirmar o que o delator afirmou.

Assim, fica claro que o instituto da delação ou colaboração premiada teve avanços importantes para sua aplicabilidade, sendo de grande ajuda para as autoridades judiciárias conseguirem dismantelar crimes de difícil dissolução.

3. O PROCESSO A PARTIR DA METÁFORA DO JOGO

O processo, de certa forma, pode ser entendido como um jogo, mas precisamente quando estiver se tratando do processo penal e de uma delação premiada, onde será abordado um jogo de ganha e perde por parte dos delatores que estiverem dispostos a colaborar com a justiça, visto que a recompensa a esses colaboradores deverá ser vantajosa, uma vez que estarão dispostos a ajudar a elucidar os crimes praticados por eles e outros.

A Teoria dos Jogos é uma criação para resolução de problemas matemáticos, mas, até se desenvolver ao que é hoje, como o modelo que se apresenta, passou por uma grande lapidação.

Segundo Pereira (2014), essa teoria tem seu surgimento com os autores Von Neumann e Morgenstern, sendo estes os primeiros a lhe citarem, mas, o primeiro que a transcreveu em um livro,

foi Antoine Augustin Cournot, em sua publicação *Recherches sur les Principes Mathématiques de La Théorie des Richesse* (Investigações sobre os Princípios Matemáticos da Teoria das Riquezas), de 1838. Além disso, vários outros autores trabalharam para desenvolver o modelo da Teoria dos Jogos. O matemático Ernst Friedrich Ferdinand Zermelo, em 1913, elaborou a estratégia para se vencer um jogo de xadrez, independentemente do que o outro jogador fizesse, sempre haveria uma estratégia vitoriosa.

No entanto, somente em 1944 é que a Teoria dos Jogos ficou conhecida, com o livro *The Theory of Games and Economic Behavior* (Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico), do matemático John Von Neumann e do economista Oskar Morgenstern. Os mesmos foram os primeiros a desenvolver a teoria em seus primórdios. De acordo com Pereira (2014, p. 14), “os autores desenvolveram a análise dos jogos de soma zero (jogos em que o ganho de um jogador representa necessariamente uma perda para o outro)”.

Ainda, na visão de Pereira (2014), os autores que deram maior contribuição para chegar ao que é hoje a Teoria dos Jogos, foram John F. Nash Jr, John C. Harsanyi e Reinhard Selten. Nash deu sua grande cartada quanto à esta teoria, sendo que cada agente poderia escolher sua estratégia para melhor aplicar a estratégia dos outros jogadores, ficando conhecido como o “equilíbrio de Nash”. Por fim, Harsanyi, em seu artigo publicado em 1988, afirmou que o agente que possuir mais informações que o outro leva uma vantagem, podendo assim ser beneficiado.

Almeida (2003) conceitua a Teoria dos Jogos dizendo ser ela uma análise matemática de situações em que haja conflitos de interesses, com o fim de encontrar as melhores opções, que em certas condições, levam ao fim desejado por um jogador racional.

Sendo assim, a Teoria dos Jogos foi desenvolvida para explicar a interação de dois jogadores, quando esses tiverem que tomar as decisões de forma consciente, buscando um melhor resultado para o problema que tiverem. Esta teoria pode ser aplicada em várias áreas, como na economia, biologia, eleições, entre outras, e também no direito.

No ramo do direito, mais especificamente no Processo Penal, pode-se utilizar a teoria dos jogos em seu processo, e esse ser comparado a um jogo, pois como em qualquer jogo, os seus *players* devem traçar as melhores estratégias e utilizarem seus melhores artifícios para se obter o melhor resultado que, no caso específico, são os benefícios que os delatores vão receber se colaborarem com a justiça.

3.1 “PLAYERS”

No campo do Direito, podendo a Teoria dos Jogos ser utilizada no Processo Penal. Do ponto de vista de Rosa (2016), os jogadores que vão englobar o jogo podem ser divididos em julgadores, no caso dos magistrados, que serão os árbitros do processo, que não devem ter interesses a favor nem contra os outros jogadores, somente cabendo a eles, serem os mediadores, darem as decisões e buscar a resolução do jogo, o mais rapidamente. Já do outro lado, se observa os outros participantes desse jogo, que serão o Ministério Público, advogados, defensores e assistentes, que vão ser a acusação e a defesa. Agora, caberá à acusação e defesa definirem sua melhor estratégia, que será utilizada para ver quem vencerá o jogo.

Calamandrei (2012) faz uma analogia do jogador de xadrez com o do processo penal, vez que um jogador de xadrez que conhece as regras não será um ótimo enxadrista, assim como no processo penal. Para ser um bom jogador deve-se, além do conhecimento técnico e teórico das regras, ter capacidade de jogo de improviso, que podem advir durante os subjogos, habilidades, bem como o *fair play*.

É na Teoria dos Jogos que os jogadores darão suas cartas. A acusação irá propor benefícios para o agente que cometeu o delito, para que esse colabore com a justiça a elucidar o delito que ele e mais agentes cometeram.

O artigo 4º, da Lei 12.850, determina o que esse jogador poderá ganhar, se ele colaborar com a justiça:

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:
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;
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.
(BRASIL, 2013).

De fato, essas opções referem-se à possibilidade de a pena poder ser substituída, de pena privativa de liberdade para restritiva de direito, bem como os requisitos, que não são cumulativos.

Assim, o prêmio concedido ao delator vai desde a diminuição da pena até o perdão judicial, levando-se em conta, para a concessão do prêmio, a personalidade do colaborador, a natureza do

crime, sua gravidade, circunstâncias e repercussão social do delito, bem como a eficácia da colaboração, conforme artigo. 4º, §1º da Lei nº 12.850 (BRASIL, 2013).

3.2 “FAIR PLAY”

Fair Play, traduzido do inglês, quer dizer jogo justo, sendo exatamente isto que deve ocorrer na teoria dos jogos na aplicação ao processo penal.

Rosa (2018) expõe que para usar a teoria dos jogos no âmbito do processo penal é necessário ter um plano de ação dinâmico e parcial que exige estabilidade a partir das informações oriundas do conhecido como pré-jogo, quais são: inquérito policial, auto de prisão em flagrante e outros documentos. Com estas informações, a acusação imputa um crime e o acusado apresenta sua defesa.

Em uma segunda fase verifica-se o déficit de informações, onde analisa-se os pontos fortes e fracos através de um perfil dos jogadores e julgadores, levando-se em conta a doutrina, jurisprudência.

Após estas análises cria-se um modelo de representação de jogo, onde elaboram-se as táticas possíveis, visando sempre a recompensa dos jogadores. E, por fim, durante todo o jogo processual são revisadas as estratégias e suas eficiências.

O jogo do processo penal vem ganhando atenção da mídia, a qual, impregnada do direito penal populista, quer a punição do agente que fez mal à sociedade, mas é longe dos olhos da mídia que irá ocorrer o julgamento. Nos tribunais, os *players* entram em campo para ganhar, afinal “ninguém entra, aparentemente, no jogo para perder” (ROSA, 2017, p. 308).

Além disso, o *player* que jogar de forma injusta e que está no jogo para buscar a vitória a qualquer preço, mesmo que para isso utilize de mecanismos que manipulem as regras desse, deverá ser considerado um *player* em “*doping*”, que é aquele jogador que se utilizará de meios ilícitos para atingir o resultado mais benéfico para si.

Ainda, como o doutrinador destaca, existem duas formas de “*doping*”: “*autodoping*” e “*heterodoping*”:

Logo, ***autodoping*** se vincula às escolhas táticas dos jogadores procedimentais, isto é, a escolha por não apresentar uma prova, renunciar direitos, agir cooperativamente etc. Já ***heterodoping***, todavia, significa a inclusão de aspectos externos, como a corrupção, a criação artificial de provas e de contextos (prisão cautelar, condução coercitiva, etc.) omissões de provas, utilização de provas ilícitas, de sistemas não acessíveis ao jogador adverso, enfim, para além das jogadas lícitas (ROSA, 2018, p. 159).

Portanto, não há que se questionar que o *doping*, em qualquer uma de suas modalidades, trata-se de fraude processual, afrontando o *fair play* por conta do jogo sujo, devendo assim, serem aplicadas as nulidades constantes no Código de Processo Penal.

Segundo Rosa (2018), se não existir punições a esse *player* que acabou por usar de meios ilícitos, quem sempre saíra perdendo nesses casos será o Estado, que fica de mãos atadas frente às irregularidades cometidas.

Para alguns doutrinadores o Estado faz vistas grossas à mentira, assegurando comportamentos imorais por parte dos *players*, neste sentido:

em um Estado democrático de Direito, não se pode afirmar que o próprio Estado assegure aos cidadãos direito a um comportamento antiético e imoral, consubstanciando na mentira [...]. Por não existir crime de perjúrio no ordenamento pátrio, pode-se dizer que o comportamento de dizer a verdade não é exigível do acusado, sendo a mentira *tolerada* [...] (LIMA, 2017, p. 73 – 74).

Assim como todo jogo, o do âmbito processual penal não pode ser trapaceado pelos jogadores nem pelos julgadores. Cabe ao juiz, que é o árbitro dessa partida, garantir que o jogo seja justo, devendo este evitar jogadas ilegais, declarando-as nulas.

3.3. DILEMA DO PRISIONEIRO

Quando a justiça for negociar com o jogador que cometeu o delito, entrará em cena o Dilema do Prisioneiro e a esse caberá ou não aceitar o que a acusação tem a oferecer, levando em conta o que o delator também terá para oferecer, se serão provas essenciais para resolução do crime, lembrando que, o que o colaborador disser não poderá, somente isso, ser usado como base para tal delação ser aceita.

Para Rosa (2018), o dilema do prisioneiro consiste em oferecer, para ambos os acusados, a mesma oportunidade, sendo que eles não poderiam ter contato e não teriam mecanismos para cooperar entre si. Ao acusado que decidir colaborar, a esse seria concedida a liberdade, e ao que decidiu ficar em silêncio, uma pena mais grave. Se ambos colaborarem ou permanecerem em silêncio, teriam a mesma pena, sendo assim, o jogador que aceitar trair tem êxito no que ele decidiu fazer como estratégia, sendo essa dominante, enquanto, se ficarem em silêncio e não colaborarem, ambos irão ser prejudicados, sendo essa a estratégia dominada.

Vale ressaltar que o sigilo da delação se trata de força de lei, prevista no artigo 7º, inciso VIII, da Lei nº 9.807/99:

Art. 7º: Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: (...)

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; (...)

Corroborando com a lei, temos o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 90.688/PR, de que a não publicidade do acordo de delação premiada não viola os princípios do contraditório e ampla defesa, dado que a delação não é prova, e sim, instrumento para colaborar com a investigação criminal.

Outro ponto interessante e que trouxe grandes críticas, quanto à delação premiada, foi que o réu deve renunciar seu direito ao silêncio na presença de seu defensor, previsão esta inserida no artigo 4º, §14 da Lei de Crime Hediondo, levantando-se, assim, questões de se este parágrafo fere o princípio previsto em nossa Carta Magna, no artigo 5º, inciso LXIII, de que o acusado tem direito a permanecer em silêncio.

No entanto, o delator, ao renunciar a este direito, não está ferindo princípio algum, como caracteriza Lemos Jr. (2014), o qual afirma que o acusado, de forma espontânea, manifesta seu desejo em não utilizar seu direito constitucional do silêncio, onde ele não é obrigado a produzir provas contra si.

Um dos casos mais fáceis para se entender a delação premiada e a teoria dos jogos é o caso do empresário Joesley Batista. Segundo o doutrinador Alexandre Moraes da Rosa (2018), o acordo de delação premiada de Joesley foi um golpe de mestre, um xeque-mate perfeito. Conforme Rosa (2018) expõe em seu livro, “vendo que o cerco estava se fechando contra si, o empresário procurou o Ministério Público e propôs um acordo para falar tudo que sabia, em troca de alguns benefícios”, aqui pode-se ver claramente o jogador agindo para se beneficiar. O acordo com o empresário foi feito, mas esse caiu no seu próprio erro depois de ter sido comprovada sua má-fé, sendo preso, mas posteriormente posto em liberdade, e assim continua, com monitoramento de tornozeleira eletrônica.

No caso apresentado, fica evidente a teoria dos jogos sendo posta em prática, o jogador agindo ativamente para conseguir, a qualquer custo, a sua liberdade, cooperando com a justiça, buscando conseguir mais provas do que aquilo que delatou para o Ministério Público. O empresário chegou até mesmo a gravar uma conversa com o então Presidente da República Michel Temer. Este jogador faria qualquer coisa para conseguir sua liberdade.

O professor Alexandre Morais Rosa, nos apresenta os 10 mandamentos da delação premiada:

Seguem os mandamentos:

1. Ama (e salva) a ti mesmo sobre todas as coisas e pessoas.
 2. Não torna seu nome em delator em vão, porque deve valer a pena a recompensa.
 3. Guarda gravações, documentos e *prints* de pessoas que podem ser delatadas no futuro.
 4. Delata pai e mãe, se necessário for.
 5. Não delata muito antes de o comprador precisar da informação.
 6. Não delata alguém que pode te delatar, salvo se conseguir destruir sua credibilidade antecipadamente.
 7. Não rouba informação alheia nem reputações, salvo se necessário.
 8. Não levanta falso testemunho, salvo se puder criar falsos indícios ou provas, e então o faça parecer crível.
 9. Não deseja o julgador do próximo só porque ele é mais garantista.
 10. Não cobiça as delações alheias (somente porque os outros jogaram melhor).
- (2018, p.41)

Portanto, quando o jogo for bem jogado pelas partes que aceitaram participar e ajudar a justiça a resolver os crimes, as recompensas precisam valer a pena a esses colaboradores, e muitas vezes, a eles pouco importa estarem jogando de forma justa e ética, o que valerá ao final do processo é se conseguirão sair vencedores.

4. A CONTROVERTIDA JUSTIÇA NEGOCIAL BRASILEIRA

Faz apenas 30 anos que o Brasil saiu de uma ditadura militar e passou a ser um país totalmente democrático, sendo assim, é uma democracia muito recente, jovem comparada a outros países, portanto, a legislação que vigora apresenta várias lacunas que com o passar do tempo vêm sendo preenchidas com a criação de ordenamentos jurídicos, que serviram para a resolução dos conflitos que a sociedade apresenta ao poder judiciário.

Para Coutinho, a lei que versa sobre a delação premiada no Brasil acaba por apresentar lacunas, neste sentido:

Após 4 anos de vigência da Lei 12.850/2013 é preciso fazer uma avaliação da sua eficácia, impacto e, principalmente, das distorções práticas. A primeira conclusão é a de que a lei sofre de uma insuficiência normativa manifesta, por ser porosa e genérica, abrindo perigosos espaços impróprios para a discricionariedade negocial do ministério público (com a conivência do juiz que homologa) (2018, p. 77).

Não é diferente quanto ao instituto da delação premiada, visto que da forma como é utilizada nos casos de hoje, a Lei 12.850, que embasa a sua utilização, somente foi criada em 2013, possuindo menos de 06 anos de entrada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Rosa (2018), a delação premiada é nada mais do que a compra e venda de informações, podendo o delator observar o custo benefício para entregar o que está sendo negociado. No Brasil, é este o tipo de negociação entre as partes do jogo. Ainda para Rosa, está sendo usado um artifício para que o delator se veja pressionado a participar desse jogo, que é a prisão preventiva, ou prisão cautelar, como meio de coação para pressionar o jogador. Visto ainda, que se o jogador é preso pela manhã, a esse se concede habeas corpus e será solto à tarde. Por essa ótica, vê-se o dilema do prisioneiro sendo utilizado pelos jogadores, que são colocados contra a parede para aceitarem delatar e colaborar com a justiça, entrando assim, no jogo.

No capítulo 10, do Livro *Delação Premiada no Limite*, do professor Coutinho (2018), que tem como título “Delação seduz porque transforma réu confesso em arrependido purificado”, a confissão, para o delator, seria reconhecer seus erros, assumir sua culpa e pedir o perdão, nesse caso, não a um padre, mas sim em frente a um Juiz, e ainda, qual Juiz não adora uma confissão? A esse fica mais fácil se aplicar o perdão.

Acaba-se por ver que muitos delatores que cooperaram com a justiça, hoje estão soltos, aproveitando daquilo que ganharam de forma ilícita. De certa forma, a delação tem tudo para ser um instrumento de grande ajuda, mas acaba sendo utilizada de forma totalmente errônea.

Para Coutinho (2018), é necessário que haja uma elaboração de regras que visam esclarecer os pressupostos da utilização de delação premiada, a fim de preencher as vacâncias que a Lei 12.850/2013 deixou, e que geram diversos questionamentos. O Brasil acaba por “importar” institutos utilizados em outros países. A delação premiada, segundo o professor Coutinho, é originária da estrutura jurídica da *Common Law*, onde serão levados em conta a interpretação dos costumes e precedentes. Já no Brasil é utilizada a *Civil Law*, que seria a estrutura jurídica em base da aplicação da legislação, por isso, o professor Coutinho cita que essas lacunas na legislação brasileira darão margem para o magistrado utilizar da interpretação dos costumes e precedentes para tomar suas decisões.

Esse é um grande problema que o Brasil enfrenta por ser uma democracia recente. Como ainda não possui todas as leis necessárias para serem aplicadas, os juízes acabam por utilizar de costumes e precedentes para julgarem os casos, causando necessariamente uma insegurança jurídica nas decisões que serão tomadas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o crescimento da criminalidade, é cada vez mais difícil descobrir os autores dos delitos, de modo que o Estado optou por instituir a Delação Premiada no mundo jurídico, dando benefícios àquele que for o “cagueta” e relatar detalhes do crime e quem foram os autores. Se o delator estiver dizendo a verdade, o Estado lhe dá em troca benefícios a fim de incentivar os criminosos a praticar a delação premiada. Portanto, este instituto beneficia ambas as partes, delator e Estado.

No Brasil, este instituto ganhou maior destaque por conta da Operação Lava Jato, a qual abriu portas para questionamentos intermináveis pela doutrina, frente à constitucionalidade ou não deste instituto.

Os acordos de delação premiada são realizados entre o Ministério Público e o investigado, ou entre o delegado de polícia e o investigado, ficando a figura do juiz de lado na fase de negociação, sendo a delação feita em três fases, explanadas neste trabalho. Abordou-se também quais os benefícios que podem ser dados ao delator e quais são seus direitos garantidos ao delatar.

Levantou-se a questão do livre convencimento do juiz, por conta do artigo 16, §4º da Lei 12.850/2008, o qual proíbe a autoridade judiciária de condenar somente com base em uma Delação Premiada, ficando demonstrado no decorrer deste trabalho que não há violação alguma quanto a este direito do magistrado, estando a regra da referida lei totalmente de acordo com o princípio do livre convencimento de provas do juiz.

A Lei nº 12.850/2013, que é a lei que mais trouxe explicações acerca do direito premial, foi enfatizada. Essa lei ampliou o rol de benefícios concedidos ao acusado, podendo o delator, a partir desta, ter os benefícios do perdão judicial, direito de ter sua pena substituída pela privativa de direitos ou até ter o perdão judicial da autoridade.

Diante do que foi apresentado neste artigo, vê-se que o instituto da Delação Premiada é antigo no mundo, mas ainda pouco explorado no Brasil, tendo legislações recentes. Ganhou mais destaque nos telejornais e utilização pelos magistrados diante dos escândalos de crimes de corrupção que assolaram o país.

Pode-se aplicar a teoria dos jogos para explicar melhor o instituto da Delação, onde o criminoso negocia com o Estado a diminuição de sua pena, para em troca dar informações úteis para o Estado dismantelar crimes que, muitas vezes, sem a ajuda de um delator, não seriam desvendados.

Pelo exposto, vê-se que o instituto da delação premiada vem se apresentado como um jogo sujo, no qual seus jogadores não estão nem um pouco preocupados com a ética e a moral, e sim, buscando o que for melhor para si, visto que, pela perspectiva da Teoria dos Jogos, o jogador que melhor definir sua estratégia para ajudar a justiça, acaba sendo premiado, enquanto o jogador que tiver a estratégia de ficar em silêncio, não terá nenhuma vantagem.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa**. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. 2. ed. Brasília: Grupos de Pesquisa - Arcos, 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>>. Acesso em 31 out. 2018.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 4. ed. atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 1996, p.110.

BÍBLIA. N. T. Mateus, 26:14. In: **BÍBLIA**. Português. Bíblia sagrada: contendo o antigo e o novo testamento.

BRASIL. Lei nº 7.492 de 16 de junho de 1996. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção 1, p. 8809, 18 jun. 1986.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção 1, p. 14303, 26 jul. 1990.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção 1, p. 25534, 28 dez. 1990.

_____. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção 1, p. 6241, 04 maio 1995.

_____. Lei nº 9.269, de 02 de abril de 1996. Dá nova redação ao §4º do artigo 159 do Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção 1, p. 5501, 03 abr. 1996.

_____. Lei nº 9.613/98 de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos

_____. Lei nº 9.807, de 13 de Julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção 1, p. 1, 14 jul. 1999.

CALAMNDREI, Piero. **O processo como jogo**. Tradução de Roberto D. del Claro. Revista de Direito Processual Civil: Gênesis, Curitiba, v.23, p.191-209, jan. 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Delação Premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil** / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Aury Lopes Jr., Alexandre **Morais da Rosa**. — Florianópolis: EMais, 2018.

ESTELLITA, Heloisa. **A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes**: algumas reflexões à luz do devido processo legal. Boletim IBCrim n.º 202, setembro, 2009, p. 2. Disponível em: <
http://www.academia.edu/3599330/A_dela%C3%A7%C3%A3o_premiada_para_identifica%C3%A7%C3%A3o_dos_dema%C3%ADs_co-autores_ou_part%C3%ADcipes_alguas_reflex%C3%B5es_%C3%A0_luz_do_devido_processo_legal> Acesso em 28 out. 2018.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 73.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 170.

PEREIRA, Jeferson Botelho, 2015. **Direito Penal Premial**: Breves apontamentos sobre Delação e Colaboração premiada. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41380/direito-penal-premial-breves-apontamentos-sobre-delacao-e-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 28 out. 2018.

PEREIRA, Silvio Barros, 2014. **Introdução à Teoria dos Jogos e a Matemática no Ensino Médio**. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/24177/24177.PDF>>. Acesso em 04 nov. 2018.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos** / Alexandre de Moraes da Rosa. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada – Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p 179.

_____, Alexandre de Moraes da. **Guia do processo penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

_____, Alexandre Moraes da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico** / Alexandre de Moraes da Rosa. __ Florianópolis: EModara, 2018.

_____, Alexandre Moraes da. **Procedimentos e Nulidades no Jogo Processual Penal**. Florianópolis: Emais, 2018.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: Procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 321.