

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ENNIO QUINTÃO CARRERA

**COLABORAÇÃO PREMIADA: ESTRATÉGIA DE DEFESA À
LUZ DA TEORIA DOS JOGOS**

**VITÓRIA
2018**

ENNIO QUINTÃO CARRERA

**COLABORAÇÃO PREMIADA: ESTRATÉGIA DE DEFESA À
LUZ DA TEORIA DOS JOGOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientação: Prof. Doutor América Bedê Freire Júnior.

VITÓRIA
2018

RESUMO

O presente trabalho visa analisar os limites da colaboração premiada como técnica de defesa sob a ótica da teoria dos jogos aplicado no processo penal. Para tal, analisa-se, primeiramente, o instituto da colaboração premiada perpassando pelo tratamento do instituto no direito comparado, bem como sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro até o advento da Lei nº 12.850/2013. A partir da concepção da teoria do Jogos aplicada no processo penal, passa-se a analisar elementos pontuais do jogo processual para, após, estabelecer os possíveis limites a serem observados na colaboração premiada como estratégia do jogador-defensor. Por fim, examina-se o Termo de Colaboração Premiada do empresário Joesley Batista, analisando sua aplicabilidade e limitação como estratégia de defesa sob a ótica da Teoria dos Jogos.

Palavras-chave: Colaboração premiada; estratégia de defesa; Teoria dos Jogos; Processo penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	04
1 COLABORAÇÃO PREMIADA E SEUS ASPECTOS.....	07
2 TEORIA DOS JOGOS E PROCESSO PENAL: APLICABILIDADE NA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	22
3 ANÁLISE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA COMO TÉCNICA DE DEFESA.....	28
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS.....	37

INTRODUÇÃO

A política é um importante instrumento de administração pública e representatividade para a população de um país. Todavia, não só como uma prática, mas como um “jeitinho brasileiro”, a corrupção e seus derivados, como o crime organizado e econômico, estão, por vezes, associados aos brasileiros.

Não é de se surpreender essa associação, pois, vê-se no decorrer da história política brasileira vários casos exorbitantes de corrupção que ganham repercussão nacional e internacional devida à sua magnitude. O “Mensalão”, a “Máfia dos Fiscais”, o “Petrolão” e a “Operação Lava Jato” são exemplos de casos de corrupção que tiveram/têm grande repercussão, inclusive internacionalmente, e que traz à população brasileira grande indignação com a política do Brasil.

Nesse cenário, no momento em que esses casos vêm à tona, torna-se necessária uma investigação a fundo dos esquemas de corrupção para elucidar todos os autores e partícipes dos crimes cometidos, assim como crimes em si. Todavia, por vezes, por falta de instrumentos de investigação, a persecução criminal encontra-se “empacada” ante a ausência de informações que permitam a continuidade desta.

A fim de permitir a continuidade da investigação, no decorrer dos anos vem sendo disseminada no ordenamento jurídico brasileiro a ideia de concessão de benefícios aos investigados/réus que colaborem com a continuidade da persecução/instrução criminal, o que em 2013, com a lei nº 12.850, Lei de Crime Organizado, deu origem ao instituto da Colaboração Premiada.

Trata-se de uma técnica especial de obtenção de prova em que o Direito Penal Negocial concede aos investigados/acusados benefícios, ao passo que esses, efetivamente e voluntariamente, colaboram com a Justiça Criminal nos crimes previstos na Lei de Crime Organizado.¹

¹ TORRES, L. C. ; FALAVIGNA, L.; BUENO, F. **Colaboração Premiada como técnica de defesa**. JusBrasil, [S.l.]. [2015?].Disponível em: <https://lefalavigna.jusbrasil.com.br/artigos/196363929/colaboracao-premiada-como-tecnica-de-defesa?ref=topic_feed>. Acesso em: 22 set 2018.

Para tanto, importante destacar que, para usufruir desses benefícios, o colaborador não tem somente que conceder informações, mas também é necessário que essas informações proporcionem resultados eficazes e efetivos para a persecução penal.

Desse modo, como um meio de obtenção de prova em que concede benefícios aos réus/investigados que permite elucidar autores, coautores e esquemas de corrupção de crimes organizados, frente aos escândalos de corrupção que vêm sendo descobertos no Brasil, tal instituto tem sido muito aplicado, à exemplo do que ocorre na Operação “Lava Jato”.

Todavia, como os benefícios concedidos aos colaboradores acabam por ser bastantes generosos, chegando até ao perdão judicial, por vezes, a colaboração pode ser vista não só pelos colaboradores, mas também pela sociedade, como um instrumento de defesa e não como um meio de obtenção de provas para dar continuidade à persecução criminal.²

Nesse ponto, o uso recorrente desse instituto e sua ampla discussão no cenário político brasileiro pela sociedade em geral, gera na população um sentimento de impunidade dos criminosos, o que traz o questionamento quanto à aplicação desse instrumento e à validade dos acordos celebrados pelos colaboradores, passando a discutir se os limites desse instituto estão sendo respeitados ou não nos casos de crime organizados e econômicos.

Mas quais seriam esses limites? Sabe-se que a criação do instituto é relativamente nova no ordenamento jurídico, datada de 2013, e que a redação legislativa apenas dispõe sobre parcela da aplicação do instrumento, sendo que a incidência no caso concreto revela lacunas não abarcadas pela lei.³

² TORRES, L. C. ; FALAVIGNA, L.; BUENO, F. **Colaboração Premiada como técnica de defesa.** JusBrasil, [S.l.]. [2015?]. Disponível em: <https://lefalavigna.jusbrasil.com.br/artigos/196363929/colaboracao-premiada-como-tecnica-de-defesa?ref=topic_feed>. Acesso em: 22 set 2018.

³ BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 122, ago., 2016, p. 359-390.

Nesse sentido, é possível relacionar perfeitamente a Colaboração Premiada à Teoria dos Jogos. Alexandre Morais da Rosa defende a aplicação dessa teoria no processo penal, a qual vê o processo como um jogo em que as partes, por meio de estratégias, usam-se de vários recursos para saírem ganhadoras. Dessa forma, a teoria enquadra-se perfeitamente na aplicabilidade do instituto, visto que o uso deste se dá como uma excelente técnica de “jogo” para os jogadores.⁴

É de se ressaltar no jogo processual a necessidade de respeitar as regras pertinentes ao jogo, como o “*fair play* processual”, como o respeito aos princípios substanciais que permeiam o “jogo processual”, entre outros, que visam impedir um “jogo sujo”. Esses impedimentos, caracterizam-se, por si só, como limites ao jogo processual.

Em uma breve associação, pode-se dizer então que o uso da colaboração premiada como um instrumento de defesa ao réu ou meio de obtenção de prova, no jogo processual aludido por Alexandre Morais da Rosa, tem limitações que são inerentes ao próprio jogo, assim, é uma forma clara de estabelecer alguns limites ao instituto.

Questiona-se, então, quais são os limites do instituto para que não ocorra uma sobreposição da finalidade deste, ou seja, quais são os limites da colaboração premiada como um instrumento da defesa para que não ocorra uma inversão de finalidade de meio de obtenção de prova para somente uma estratégia defensiva?

Para responder esse questionamento, o presente estudo busca uma análise do instituto da colaboração premiada e seus limites na legislação e na aplicação, com base na Operação “Lava Jato”, à luz da Teoria dos Jogos para delimitar e constatar se os limites do instituto estão observados na sua aplicação prática no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, o presente estudo foi dividido em três partes. O primeiro capítulo procura analisar o instituto da colaboração premiada em si: sua definição; como o direito comparado trata; evolução legislativa e por fim, aspectos gerais a partir da Lei

⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p, 45-46.

12.850/2013, utilizando-se como base teórica vários doutrinadores brasileiros como Renato Brasileiro, Guilherme Nucci, Cleber Masson e Vinicius Marçal, dentre outros.

No segundo capítulo, busca-se analisar a Teoria dos Jogos e sua aplicação no processo penal brasileiro, com ênfase na colaboração premiada, ou seja, como é possível entender a colaboração premiada como uma estratégia a ser adotada no jogo do processo penal. Aborda-se o conceito de *fair play* no processo penal. Questiona-se quanto aos limites a serem observados no instituto da colaboração premiada. Para tanto tem-se como base doutrinas do jurista Alexandre Morais da Rosa.

Por fim, no terceiro capítulo, partiremos para análise do Termo de Colaboração Premiada realizado por Joesley Batista, analisando o contexto em que se deu e questionando quanto à observância das cautelas legais, bem como quanto às limitações do acordo realizado.

1 COLABORAÇÃO PREMIADA E SEUS ASPECTOS

A colaboração ou delação premiada é um instituto pelo qual o colaborador (coautor ou partícipe do crime) coopera com os órgãos de investigação fornecendo informações privilegiadas para dar continuidade a persecução criminal, em troca de obter vantagens destes órgãos (redução de pena, regime de cumprimento de pena diferenciado, perdão judicial, entre outros).⁵

Renato Brasileiro Lima entende que se trata de uma “técnica especial de investigação” na qual o coautor e/ou partícipe da infração penal oferece informações claramente eficazes para que seja possível dar continuidade a persecução criminal, sendo oferecido, em contrapartida, prêmios legais.⁶

Ainda quanto à conceituação do instituto, Guilherme de Souza Nucci descreve que:

⁵ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 120/121.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Especial Criminal Comentada**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 520.

Colaborar significa prestar auxilia, cooperar; associando-se ao termo premiada, que representa vantagem ou recompensa, extrai-se o significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outro (s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no tocante à materialidade ou à autoria [...]. O valor da colaboração premiada é relativo, pois se trata de uma declaração de interessado (investigado ou acusado) na persecução penal, que pretende auferir um benefício, prejudicando terceiros. Embora assuma a prática do crime, o objetivo não é a pura autoincriminação, mas a consecução de um prêmio.⁷

Em que pese a colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/2013 trazer com maior afinco o direito penal negocial no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto foi alvo de várias críticas em razão do aspecto moral/ético questionável, até mesmo antes do advento da Lei nº 12.850/2013.

Nesse sentido, Eugênio Raúl Zaffaroni discorre:

A impunidade de agentes encobertos e dos chamados “arrepentidos” constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: [...] o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço de sua impunidade para “fazer justiça”, o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria.⁸

O autor defende que a utilização do instituto incentiva o Estado à imoralidade, considerando que se oferece uma vantagem a um delinquente em troca de informações sobre crimes cometidos, sob a justificativa de se fazer justiça. Em outras palavras, a ideia é de que o incentivo do Estado à delação de coautores ou partícipes conduz ao desrespeito à eticidade.

Em contraponto aos críticos do instituto, João Paulo Baltazar Junior entende que a colaboração é imprescindível em determinados casos:

[...] a colaboração premiada é indispensável no âmbito da criminalidade organizada, e os ganhos que podem daí advir superam largamente, os inconvenientes apontadas pela doutrina. O instituto vem, em verdade, na mesma linha da confissão, do arrependimento eficaz e da reparação do dano, nada havendo aí de imoral [...], residindo a sua racionalidade no fato de que

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 702.

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Crime organizado**: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 1996. Ano 1, v. 1, p. 45).

o agente deixa de cometer crimes e passa a colaborar com o Estado para minorar seus efeitos, evitar sua perpetuação e facilitar a persecução.⁹

O que o autor explica é que se sobrepõe a ideia de imoralidade ao ganho que se auferir com a delação, ou seja, a contribuição da colaboração é maior do que as supostas desvantagens suscitadas pelos críticos, pois, em último caso, se incentiva o delator a deixar de praticar os crimes em coautoria para passar a colaborar com a justiça.

Importante mencionar as questões relativas à nomenclatura do instituto. Atualmente no cenário político-jurídico brasileiro, com a repercussão do uso do instituto, por vezes, nos deparamos com o uso de dois termos por nos referirmos ao mesmo: Colaboração Premiada e Delação Premiada. Contudo, não obstante o uso popular desses termos como sinônimos, é imprescindível ressaltar que existe uma diferenciação entre as terminologias.

A diferença é, em síntese, que ao passo que a colaboração premiada é vista como um gênero, a delação premiada é uma forma de subgênero da colaboração prevista nos dispositivos legais.¹⁰

Tal fato ocorre em razão de o termo “Colaboração” ter sido amplamente trabalhado apenas com o advento da lei nº 12.850/2013 – Lei de combate ao Crime Organizado, prevendo, além da opção de “delatar” partícipes ou coautores dos crimes, outras formas de colaborar para persecução criminal e obter vantagem.¹¹

Nessa seara, Vladimir Aras assevera que dentro do gênero Colaboração Premiada, existem quatro espécies:¹²

⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, João Paulo. **Legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 694.

¹⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 81/82.

¹¹ Art. 4º, incisos, da Lei nº 12.850/2013:

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.

¹² ARAS, Vladimir. **A técnica de colaboração premiada**. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 12 out. 2018.

Espécie de técnica especial de investigação, a colaboração premiada tem quatro subespécies: a) “delação premiada”; b) “colaboração para libertação”; c) “colaboração para localização e recuperação de ativos”; e d) “colaboração preventiva”.

Antes da Lei de Combate ao Crime Organizado, os demais dispositivos legais que tratavam sobre o instituto não eram claros quanto à denominação, sendo utilizado o termo delação premiada para se referir à colaboração como gênero. Assim, com o advento da Lei 12.850/2013, que trata diretamente do instituto como Colaboração Premiada, passou-se a utilizar ambos os termos.

Esclarecida a utilização técnica dos termos, para fins práticos e em razão do uso comum como termos sinônimos, utilizaremos ambos os termos (“colaboração” e “delação”) para nos referirmos ao instituto maior da Colaboração Premiada, o qual, como já exposto, possui subtipos.

Contudo, cabe ressaltar que, à rigor técnico, a nomenclatura correta a ser empregada é Colaboração Premiada, por se tratar de expressão legal utilizada.

Tratada a terminologia e o conceito propriamente dito do instituto, insta ressaltar que a colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/2013 reafirma a linha de direito penal negocial explorada esparsamente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que foi com base no direito penal negocial comparado que se desenvolveu o instituto da Colaboração no ordenamento jurídico brasileiro.

Passamos, então, a fazer menção ao direito negocial comparado que inspirou a recepção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, focando principalmente no Direito Italiano e no modelo *plea bargaining* do Direito Norte-Americano que serviram de referência.¹³

O direito norte-americano utilizou-se do instituto da colaboração a partir da adoção do procedimento de *plea bargain*, no qual é realizado um estilo de acordo bilateral entre

¹³ ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa e AGUIAR, Julio Cesar de. **Plea bargaining**: aproximação conceitual e breve histórico. Revista de Processo. Vol. 263. Ano 42. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017. p. 432.

a respectiva Promotoria e o investigado/acusado, denominado de *guilty pleas*. Nestes acordos busca-se que o acusado/investigado se declare culpado – *plea of guilty*, ou que não conteste a acusação, mas sem assumir que é culpado – *plea of nolo contendere*.¹⁴

Em troca dessa declaração, o *Parquet* abre mão de uma condenação mais gravosa, ao passo que o acusado renuncia alguns direitos, para que ocorra uma condenação mais branda a do que ocorreria caso fosse observado o procedimento comum.¹⁵

Ocorre, dessa forma, no direito norte-americano situação semelhante ao que podemos observar no ordenamento jurídico brasileiro, ressalvada a gama muito maior de benefícios que o Ministério Público americano possui para barganhar, em razão da inexistência do princípio da obrigatoriedade da ação penal para o órgão ministerial no ordenamento jurídico americano.

Assim, as partes (Ministério Público e acusado/investigado), ao mesmo tempo em que abrem mão de algo, estão, por outro lado, garantindo algo que entendem como importante para si mesmos, o que poderemos associar mais a frente à Teoria dos Jogos.

Sobre isso, Marcos Paulo Dutra Santos destaca o entendimento de Rosanna Gambini Musso:

Rosanna Gambini Musso aponta que tamanha discricionariedade conferida aos promotores obedece a razões políticas e utilitaristas: procura-se descartar os delitos irrelevantes, concentrando-se os esforços na criminalidade de vulto, cuja repressão rende visibilidade no seio social, e, exatamente por isso, é a que interessa combater. [...] Observa a autora, no entanto, que a excessiva discricionariedade da promotoria, guindada muitas vezes por critérios políticos em vez de técnicos, melindra, na prática, a segurança jurídica, pois pessoas em idêntica situação jurídico-penal acabam recebendo do Estado tratamento diferenciado.

¹⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 37.

¹⁵ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**. 1. ed. Curitiba: Juará, 2016. p. 27.

[...] O judiciário nada pode fazer quando os promotores optam pelo arquivamento, o que evidencia que é a promotoria quem efetivamente dita os rumos da política criminal, a depender do Estado.¹⁶

Assim, podemos destacar que o Direito Norte Americano possui duas peculiaridades no âmbito das promotorias criminais: (i) o Ministério Público possui a faculdade de propor a ação penal de forma discricionária (*prosecutorial discretion*), sendo que, em razão dessa faculdade, (ii) o *Parquet* procura investigar apenas crimes com maior relevância e aparência na sociedade, adquirindo um escopo político e utilitarista, podendo ditar e interferir mais nos rumos da política criminal.¹⁷

Em que pese a existência de algumas similaridades entre o procedimento norte-americano e o instituto da colaboração premiada no Brasil, bem como um viés utilitarista, é essencial observar (e atender) as particularidades dos respectivos diplomas legais.

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, não obstante a forte influência do direito norte americano, é necessário observar que o primeiro não pode transgredir a previsão legal do procedimento, devendo estar alinhado com os princípios do processo penal brasileiro adotados, tais como a obrigatoriedade da ação penal.

Por outro lado, no que se refere ao Direito Italiano e a adoção do direito penal negocial, estes se assemelham mais com as diretrizes e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, assim como ocorre no Brasil, o Ministério Público italiano é orientado pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal:

Na Itália, o exercício da penal pública é *múnus* privativo do Ministério Público, sendo orientado pelo princípio da obrigatoriedade, que possui prisão constitucional, *ex vi* do art. 112 da Constituição da República Italiana, *in litteris*: “O Ministério Público possui a obrigação de exercer a ação penal”. O art. 50, *comma* 1, do Código de Processo Penal (CPP) italiano reitera o princípio ao prescrever que, *in textos*, “O Ministério Público exerce a ação penal quando não subsistem os pressupostos para o pedido de arquivamento.”¹⁸

¹⁶ MUSSO, Rosanna Gambini apud SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 33.

¹⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 33.

¹⁸ Idem. p.55.

Isso significa que o Ministério Público não é um órgão acusatório contumaz. Evidentemente que não. Tal qual no Brasil, o *Parquet* somente deflagra a ação penal quando estiverem presentes as condições para tanto, incluindo a justa causa (lastro probatório mínimo necessário ao ajuizamento da denúncia).

Nesse passo, presentes os pressupostos para propositura da ação penal, deverá o Ministério Público Italiano propor a denúncia em desfavor do acusado. Após, será observado o procedimento ordinário, sendo designada audiência preliminar, oportunidade em que o juiz recebe ou não a denúncia, ou adota um dos ritos especiais previstos na legislação.¹⁹

Em contrapartida, destaca-se que no direito italiano, o modelo de justiça negocial pode ser observado por meio da negociação do rito a ser adotado ou da pena a ser definida, o que também garante ao Ministério Público certas possibilidades de barganha. Quanto aos ritos a serem negociados, Marcos Paulo Dutra Santos discorre sobre as duas possibilidades:

Negocia-se o procedimento através do **juízo abreviado** ou **monitório**.

[...]

O **juízo abreviado** tem lugar ainda na fase de audiência preliminar, quando o acusado – a iniciativa é dele – pede o imediato julgamento de pretensão acusatória. O imputado abdica às garantias processuais – contraditório e ampla defesa, principalmente -, aquiescendo que o Judiciário decida a demanda com lastro exclusivo nas peças de informação colhidas na fase investigatória – art. 438, *comma* 1, do CPP. [...]

O **procedimento por decreto penal**, a seu turno, depende da iniciativa do Ministério Público. Findas as investigações, ainda na fase preliminar, o *Parquet* oferece ao juízo um decreto penal condenatório, consistente na imediata aplicação apenas de uma pena pecuniária (art. 459, *comma* 1, do CPP) ou no mínimo legal, reduzindo até metade (art. 459, *comma* 2, do CPP).

²⁰

Importante destacar a principal diferença existente entre os dois ritos: ao passo que na adoção do juízo abreviado a parte legítima para requerer é o acusado, o procedimento por decreto penal (monitório) é exclusivamente requerido pelo *Parquet* no fim das investigações.

Por outro lado, a possibilidade de negociação da pena a ser aplicada, denominada *patteggiamento*, é de maior relevância para o estudo e também aumenta as

¹⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 58.

²⁰ Idem. p. 59/60.

possibilidades de barganha do órgão ministerial. Isso porque nessa transação o acusado relativiza uma série de garantias processuais em detrimento de aplicação de uma pena restritiva de direitos pecuniária, reduzidas até um terço, ou até pena privativa de liberdade, desde que, aplicada a redução de um terço, não ultrapasse cinco anos de detenção, podendo cumular ou não com sanção pecuniária.²¹

Em que pese o *patteggiamento* ser, via de regra, um acordo realizado em conjunto com o Ministério Público, destaca-se que não é necessário o consentimento do Parquet. Contudo, caso não haja a aquiescência deste, a sentença é passível de apelação ministerial (art. 448, *comma* 8, do CPP Italiano).²²

Assim, quanto ao direito comparado, verifica-se que a compreensão subliminar de que a colaboração premiada é feita no momento em que o acusado vai realizar o acordo é perceptível tanto no direito norte-americano, quanto no direito italiano, como também observado no direito brasileiro, senão vejamos o entendimento de Santos:

À semelhança da experiência norte-americana, em que o estudo da *plea bargaining* já compreende, subliminarmente, a delação premiada, uma vez que muitos acordos em torno da capitulação delitiva e/ou da reprimenda aplicável ao réu condiciona-se À potencial colaboração à persecução, na Itália a negociação, quer em torno do procedimento a ser adotado, quer acerca da reprimenda, não raro se atrela, veladamente à disposição do acusado para auxiliar o Estado na apuração e repressão da atividade delituosa. Embora a colaboração, incluindo a confissão simples, não integre o rol de atenuantes do art. 62 do Código Penal italiano, o art. 62-bis explicita o caráter meramente exemplificativo desse elenco, ao anunciar que o juiz pode levar em consideração circunstâncias diversas que também justificariam a minoração da reprimenda.²³

Com essa compreensão de subliminarietà normativa, Luigi Ferrajoli aponta para o fato de que a adoção dos procedimentos acima explicitados pelo ordenamento jurídico italiano foi, em verdade, a introdução do instituto da colaboração premiada, sem receber o tratamento adequado.²⁴

²¹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 64.

²² Idem. p. 66.

²³ Idem. p. 67/68.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 601.

Com o advento do Decreto-Lei nº 8 de 1991, convertido posteriormente na Lei nº 82 de 1991 e alterada pela Lei nº 45 de 2001, versando sobre a proteção às testemunhas e ao réu colaborador, foi possível verificar que a crítica realizada por Ferrajoli foi observada pelo legislador italiano, isso porque a legislação passou a tratar sobre a figura do colaborador e sobre aspectos próprios da colaboração premiada.

No ordenamento jurídico brasileiro, importante lembrar a evolução normativa percorrida pelo direito negocial e pelas leis que trataram da colaboração premiada, mesmo sem usar diretamente a nomenclatura²⁵: o tratamento do instituto foi inserido no universo jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 8.072/1990, que além de prever a redução de pena de um a dois terços ao associado que denunciar autor, coautor ou partícipe de quem praticou o crime previsto no artigo 288 do Código Penal Brasileiro, inclui no art. 159 do Código Penal o parágrafo 4º:

Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

"Art. 159.

.....

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços." ²⁶

Destaca-se que o legislador nada dispôs sobre procedimentos e formas de lidar com o instituto, apenas estabeleceu a colaboração como uma causa de diminuição de pena, sendo necessário ao magistrado observar apenas três requisitos para reconhecê-la, são eles: (a) o acusado fosse corréu; (b) o crime ser praticado por quadrilha e (c) a denúncia seja suficiente para facilitar a libertação da vítima.

Posteriormente, ainda no cenário da evolução legislativa, com a redação dada pela Lei nº 9.269 de 1996, não se tornou mais necessário que o crime fosse cometido por quadrilha ou bando, sendo que apenas a prática do delito em concurso é suficiente.

²⁵ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 133;

²⁶ BRASIL. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

Também o parágrafo único do artigo 16 da Lei 8.137/1990 ampliou a possibilidade de redução de pena de um a dois terços aos crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e as Relações de Consumo ao colaborador que confessasse espontaneamente e apresentasse informações sobre o crime praticado.

E assim foram criados diversos dispositivos esparsos, ampliando a possibilidade de redução de pena para determinados crimes sem, porém, tratar de questões procedimentais. Entre eles, o artigo 25, §2º da Lei 7.492/1986, com modificações feitas pela Lei 9.080/1995:

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).

[...]

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995) ²⁷

Importante destacar a Lei nº 9.034 de 1995, que foi revogada pela 12.850 de 2013, que versou sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. No artigo 6º da referida lei, utilizou-se pela primeira vez no ordenamento o termo “colaborar”.

Já a Lei de Crimes de “Lavagem” ou Ocultação de bens, direitos e valor, Lei nº 9.613/1998, em seu artigo 1º, §5º, introduziu novas benesses legais para o investigado/acusado que colaborar. Vejamos:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

[...]

§ 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

²⁷ BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 18 de out. 2018.

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.²⁸

Destaca-se que nesse momento, o legislador, além de prever a benesse de redução de pena, tratou sobre a possibilidade de alteração de regime inicial de cumprimento de pena, substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, até mesmo, da não aplicação da pena, como recompensa para o colaborador.²⁹

Seguindo essa linha, em 1999, foi com a Lei nº 9.807, que dispõe sobre programas de proteção às testemunhas e ao réu colaborador, que se ampliou o tratamento da colaboração premiada, prevista nos artigos 13 a 15 do dispositivo legal.

Com o advento dessa lei, houve a previsão de perdão judicial, desde que cumpridos os requisitos fixados na lei, bem como a ampliação da abrangência do benefício da colaboração premiada. Isso porque a norma, diferentemente das demais leis que versam sobre a delação premiada, não restringe a utilização do instituto a um crime ou gênero de crimes, sendo aplicada em qualquer situação típica em que haja testemunha com necessidade de proteção.³⁰

Também a Lei de Repressão ao Tráfico de Drogas, nº 11.343/2006, no seu artigo 41 dispôs sobre a incidência de uma causa de diminuição caso o acusado colaborasse voluntariamente com a investigação e na identificação dos demais coautores ou partícipes e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Por fim, foi somente com a nova Lei de Crimes Organizados (artigos 4º ao 7º da Lei n.º 12.850/2013) que a Colaboração Premiada ganhou contornos mais firmes e claros

²⁸ BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 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 previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 18 de out. 2018.

²⁹ BORGES, Dandy Jesus Leite. **Colaboração Premiada: Evolução normativa e questões jurídicas relevantes**. 2016. Disponível em: < <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1097-colaboracao-premiada-evolucao-normativa-e-questoes-juridicas-relevantes.html>>. Acesso em: 20 de out. 2018.

³⁰ MOSSIN, Júlio Cesar O. G.; MOSSIN, Antônio Heráclito. **Delação Premiada – Aspectos Jurídicos**. São Paulo: JH MIZUNO, 2015. p. 57.

a fim de sanar eventuais críticas procedimentais realizadas ao instituto. Todavia, o dispositivo legal foi alvo de outras novas críticas, em razão de carregar algumas lacunas legislativas. Apesar disso, estabeleceu de forma mais clara aspectos procedimentais, bem como os prêmios a serem instituídos.³¹

Nessa seara, ocorre discussão quanto ao âmbito de incidência da supramencionada Lei nº 12.850/2013, pois essa não seria a lei mais específica das que versam sobre a colaboração premiada, sendo caso claro de conflito ao princípio da especialidade.³²

Cabe destacar o acertado entendimento de Roberto Delmanto, Roberto Junior Delmanto e Fabio M. de Almeida Delmanto³³ que, em homenagem às garantias de irretroatividade da lei penal mais grave e da retroatividade da lei penal, entendem que o magistrado deve aplicar a lei mais benéfica ao réu, sendo que, caso haja dúvida de qual seja essa, necessária é a consulta à defesa dos acusados.

Outra questão abordada pela doutrina sobre a Lei 12.850/2013 é sua incidência nos delitos conexos ao crime de associação criminosa previsto no artigo 2º desse diploma legal.³⁴ Isso porque, junto com a prática do crime de associação criminosa, outros delitos também são praticados, sendo conexos, cabendo questionar, então, se nesses delitos também é possível a incidência da colaboração premiada em razão da conexão.

Sobre essa questão, Eugenio Pacelli de Oliveira argumenta que caberia a incidência da colaboração premiada tão somente ao crime de associação criminosa, excluindo os demais crimes conexos praticados.³⁵

³¹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 121.

³² Idem. p. 139/140.

³³ DELMANTO, Roberto; JUNIOR DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida apud MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 140.

³⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 121. p. 140

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 856/857.

Noutro passo, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima discorre, acertadamente, que ocorreria um “esvaziamento da eficácia” do instituto caso não fosse possível a incidência dos prêmios da colaboração premiada prevista no artigo 4º da Lei 12.850/2013 para os crimes conexos, até mesmo nos crimes com previsão específica, como o tráfico e extorsão mediante sequestro.³⁶

Em que pese a dúvida acerca da incidência da Lei de Crime Organizado (LCO) em razão da especialidade de outros dispositivos legais ou da existência de crimes conexos, no que diz respeito em aspecto procedimental, a LCO foi a única norma que delineou um procedimento para a corporificação do acordo de colaboração premiada, razão pela qual é considerada uma espécie de “lei geral procedimental” para o instituto em discussão.³⁷

Nesse sentido, nos termos da LCO, para que seja possível a concessão da colaboração premiada é necessário que sejam preenchidos os seguintes pressupostos: (i) formalização escrita do acordo de colaboração, nos moldes do artigo 6º da LCO; (ii) pedido de homologação do acordo a ser sigilosamente distribuído (art. 7º da LCO); (iii) Homologação judicial do acordo de colaboração premiada (artigos 4º, §7º da LCO); (iv) colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo, devendo resultar uma das hipóteses previstas no artigo 4º, *caput*, da LCO e (v) observância das circunstâncias judiciais especiais do art. 4º, §1º da LCO.

Cabe destacar, como um ponto relevante da temática, o pressuposto de que a colaboração seja efetiva para concessão do benefício. Sobre isso, o legislador elencou as hipóteses que enquadrariam uma colaboração como “efetiva” nos incisos do artigo 4º da Lei 12.850/2013, vejamos:

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:**

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 530-531.

³⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 141.

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. (grifo nosso) ³⁸

Dessa forma, nota-se a preocupação do legislador com a imprecisão da palavra, porque a lei cuida de não deixar vago o que seria uma colaboração “efetiva”, assim definindo de forma clara as hipóteses em que a colaboração é de fato efetiva, evitando o desvirtuamento do instituto tanto para a defesa, quanto para o próprio Ministério Público/Delegado.

Preenchidos esses pressupostos, poderá o colaborador ter a benesse do (a) perdão judicial; (b) redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou (c) substituí-la por restritiva de direitos; caso seja posterior a sentença, (d) a progressão de regime ou (e) redução até metade da pena; e, por fim, caso o colaborador não seja líder da organização criminosa e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração, (f) o não oferecimento da denúncia.

Como já afirmado anteriormente, a LCO foi alvo de críticas em decorrência de determinadas lacunas legislativas, e uma das questões amplamente debatidas é justamente se essas referidas benesses tratadas na Lei poderiam ser cumulativas, ou seja, se por ocasião de realização de acordo de colaboração premiada, poderia o colaborador cumular mais de um prêmio.

³⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm >. Acesso em: 01 out. 2018.

Cezar Bitencourt e Paulo César Busato defendem que não é possível cumular prêmios, visto que a lei é clara em estabelecer condições alternativas, por meio da utilização da expressão “ou”.³⁹

Noutro lado, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva acertadamente entendem que, se é possível o prêmio maior de não oferecimento da denúncia, não há óbice ao oferecimento de redução de 2/3 da pena combinada com a substituição de pena, visto que mesmo assim tal combinação seria “inferior” a benesse do não oferecimento de denúncia.⁴⁰

De forma geral, ainda são recentes os aspectos procedimentais previstos pela Lei do Crime Organizado, porém estão aqui delineados os contornos fáticos-jurídicos que permeiam o instituto da Colaboração Premiada, não podendo se olvidar do entendimento de que esse também pode ser utilizado como uma estratégia de defesa.⁴¹

Isso porque a percepção do instituto como um meio especial de obtenção de prova pode ser distorcida pela defesa, considerando que, em determinada situação, ao se deparar com opções que possui, a melhor saída para a defesa é fazer um acordo de colaboração premiada, tendo em vista que será mais vantajoso para o colaborador.⁴²

Nesse sentido, comenta Vladimir Aras:

Não é raro que advogados de suspeitos ou réus tomem a iniciativa de propor ao Ministério Público acordos de colaboração premiada, para reduzir a pena de seus constituintes, diante da perspectiva de sofrerem sanções severas ao final do processo penal.

A redução ou a substituição de pena, ou o perdão judicial, ou a não propositura de ação penal (imunidade) são saídas processuais animadoras para o suspeito ou réu que se veja enredado pelas provas colhidas na

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 129

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação** – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPODIVUM, 2015. p. 278.

⁴¹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 128.

⁴² TORRES, L. C. ; FALAVIGNA, L.; BUENO, F. **Colaboração Premiada como técnica de defesa**. JusBrasil, [S.l.]. [2015?]. Disponível em: <https://lefalavigna.jusbrasil.com.br/artigos/196363929/colaboracao-premiada-como-tecnica-de-defesa?ref=topic_feed>. Acesso em: 22 out. 2017.

investigação criminal. A perspectiva de alcançar, por legítima negociação, esses benefícios legais, não deve ser desconsiderada como instrumento útil à defesa. Um acordo adequadamente negociado pode reduzir drasticamente a pena do colaborador, transformá-la em pena alternativa, acelerar a progressão de regime, ou livrá-lo da cadeia e do próprio processo penal.⁴³

Em outras palavras, em vista às provas existentes na investigação/processo, o investigado/acusado encontra-se diante de uma situação na qual ele “ganha” mais do que “perde” ao colaborar, pois se o conteúdo probatório caminha para uma eventual condenação, como colaborador, tal condenação pode ser abrandada em razão da colaboração e da conseqüente concessão de benefícios.

É nessa perspectiva de ganhos e perdas que se torna necessário compreender melhor a Teoria dos Jogos, sua aplicabilidade no Processo Penal Brasileiro e, em especial, em que ponto se conecta com o instituto da colaboração premiada, para, posteriormente, analisar o instituto como uma estratégia de defesa no processo penal e seus limites.

2. TEORIA DOS JOGOS E PROCESSO PENAL: APLICABILIDADE NA COLABORAÇÃO PREMIADA

A Teoria dos Jogos trata, na origem, de uma teoria matemática sistematizada por John Von Neumann e Oscar Morgenstern, que procura entender a correlação das decisões tomadas por pessoas que se relacionam buscando uma máxima efetividade de seu ato. Em outras palavras, procura compreender que existe nessa relação uma dependência entre as partes para decidir suas escolhas, isto é, a decisão de um irá influenciar diretamente na decisão da outra parte e, conseqüentemente, no resultado.⁴⁴

⁴³ ARAS, Vladimir. **Natureza dúplice da colaboração premiada:** instrumento de acusação; ferramenta de defesa. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/natureza-duplica-da-colaboracao-premiada-instrumento-de-acusacao-ferramenta-de-defesa/>>. Acesso em: 13 out.2018.

⁴⁴ GOMES, Christiano Gonzaga. **Delação premiada e a Teoria dos Jogos com base no equilíbrio de John Nash.** 2017. Disponível em: <<http://questaodeinformativo.com/delacao-premiada-e-teoria-dos-jogos-com-base-no-equilibrio-de-john-nash/>>. Acesso em: 23 de out. 2018.

A partir desse prisma, os jogadores passam a analisar suas estratégias e táticas, bem como as dos seus adversários, para decidir qual a melhor opção a ser tomada, priorizando o seu ganho individual dentro do jogo. Dessa forma, Neumann entendia que os jogos eram vistos em ganhos e perdas, os quais não possuíam cunho cooperativo, sendo estes chamados de jogos com soma zero, onde a parte vencedora ganha exatamente o que a parte perdedora perdeu.⁴⁵

Noutro passo, o matemático norte-americano John Forbes Nash, foi de encontro com a ideia de competição do Neumann entre os jogadores, entendendo que, em contrapartida ao modelo de ganhos e perdas, a colaboração dos adversários no jogo pode resultar em ganhos para as duas partes, denominados de jogos de soma não-zero, pois não há nesse modelo a equivalência de perdas e ganhos, podendo ser valores diferentes.

Desse modo, é possível verificar que Teoria dos Jogos surgiu em um contexto totalmente diverso do jurídico, baseando-se, inicialmente em questões matemáticas e econômicas.⁴⁶

Entretanto, a Teoria dos Jogos não deixou de ser tratada na esfera do Direito: inicialmente, Piero Calamandrei⁴⁷ passou a enxergar o Processo como um jogo, sendo, posteriormente, idealizado da mesma forma por Alexandre Morais da Rosa, com ênfase no processo penal. Tal autor discorre:

O jogo como categoria universal está presente no processo penal. Embora o processo penal exija racionalidade dos jogadores, o exercício do jogo mostra que as decisões são tomadas para além da razão. Daí que a metáfora da teoria dos jogos pode ser invocada para modelar, de alguma maneira, a matriz teórica de como as decisões podem ser tomadas, partindo-se do estudo dos comportamentos dos jogadores e suas recompensas.⁴⁸

⁴⁵ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa.** 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: 20 out. 2018.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo.** Roberto D. del Claro (trad.) Revista de Direito Processual Civil, Gênese, Curitiba, v. 23, jan. 2002. p. 191-209.

⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal.** 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 26

Dessa forma, cabe entender que o processo penal seria um jogo no qual as partes, denominadas agora como jogadores, usam de várias táticas e estratégias para que possam ter o melhor proveito possível (*payoffs*), de tudo observando as normas processuais compartilhadas como se fossem as regras do jogo.⁴⁹

Assim, entende-se como os jogadores do processo penal a acusação (e assistente, caso tenha) e a defesa (direta e indireta). Cabe ressaltar que o julgador não é tido como parte, pois sua função é de coordenação e decisão do jogo, sempre observando o cumprimento das regras.⁵⁰

Esses jogadores possuem estratégias que seriam o programa do jogo processual para que se possa conduzir o jogo, visando garantir melhor resultado (*payoff*). Existem dois tipos de estratégia: Dominante (melhor escolha em detrimento das demais, com maior *payoff*) e a Dominada (pior escolha em detrimento das demais, com menor *payoff*).⁵¹

Concomitante às estratégias, existe um conjunto de ações que o jogador toma durante o jogo que são chamadas de táticas. Essas, vinculadas à estratégia, podem ser passivas ou ativas.⁵²

Quando os jogadores estabelecem suas estratégias e suas táticas estão, na verdade, procurando garantir melhor *payoff*, ou seja, melhor resultado prático a atingir no jogo processual. De forma grosseira, poderíamos definir como o prêmio da partida.⁵³

Nesse cenário, além de táticas, estratégias e prêmios, também é necessário observar as regras do jogo que conduzem a “partida”/processo, e nesse sentido dispõe Alexandre Moraes da Rosa:

As normas do jogo processual devem ser buscadas em suas fontes, a saber, Constituição da República, Convenções de Direitos Humanos, Código de Processo Penal e Legislação. Entretanto, diante do sistema normativo caótico, inexistente consenso sequer sobre quais as normas processuais em vigor. Elas dependem das normas impostas pelo julgador e também de fatores contingentes. Não basta estudar a normatividade. É preciso conhecer

⁴⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.33.

⁵⁰ Idem. p. 46.

⁵¹ Idem. p. 47.

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

os diversos e contraditórios sentidos estabelecido pela doutrina e jurisprudência. [...] Resumidamente as normas processuais deveriam estabelecer a) quem pode ser jogador e julgador; b) os momentos em que o jogo começa e as hipóteses de manifestação; c) todas as ações possíveis dos jogadores e julgador, e d) os possíveis ganhos/perdas em face de cada estratégia a ser implementada.⁵⁴

Assim, as regras do jogo, em tese, são as regras processuais e legais estabelecidas para a partida/processo. Apesar do caos legislativo mencionado pelo autor que traz certa confusão ao determinar as regras, ressalte-se que, no que tange ao acordo de Colaboração Premiada, podem ser aplicadas, ao menos, as normas processuais narradas pelo autor na citação supramencionada.

Especificamente quanto à Teoria dos Jogos, verifica-se que esta possui quatro modelos principais que podem ser analisados. Para Alexandre Moraes da Rosa, o modelo de jogo dinâmico de informação incompleta é o que melhor se aplica no processo penal, portanto, será este o modelo usado como parâmetro neste trabalho.

Jogos de informação incompleta: é o modelo que se pretende aplicar ao processo penal, pelo qual se precisa entender que tipo de jogador se está enfrentando e qual o julgador a quem se dirige a informação do jogo. Na fusão de horizontes de informação representado pelo processo penal, é importante (saber) antecipar as motivações (objetivas, subjetivas e inconscientes) dos jogadores e julgador, especialmente no tipo de informação apresentada e nas surpresas (trunfos) ainda não informados.⁵⁵

Assim, conectando-se com a Teoria dos Jogos, o processo penal pode ser visto como um jogo dinâmico, com extrema competitividade e com informações incompletas e assimétricas, onde os jogadores são capazes de não informar seus atos e táticas, esclarecendo que nunca haverá a informação completa.⁵⁶

Dentro da relação entre processo penal e Teoria dos Jogos, o que podemos denominar de jogo processual penal, podemos encontrar o instituto da colaboração premiada como uma estratégia do jogador para garantir um melhor *payoff*. Isto é, sob a perspectiva do jogador-acusador (promotor/delegado), este estaria se valendo do instituto para garantir, como observamos a própria finalidade do instituto, a

⁵⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 48.

⁵⁵ Idem. p. 46.

⁵⁶ _____. **Guia de processo penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.50

continuidade da persecução criminal, visto que não existem outros meios mais efetivos.

Por outro lado, não podemos deixar de perceber que o próprio jogador-defensor (investigado/acusado) se vale do instituto como uma estratégia de defesa, visando garantir uma máxima efetividade do resultado do jogo ao seu favor. Isso porque, com base nas informações que possui, este pressupõe ser a colaboração premiada a melhor estratégia a ser adotada, visto o poder de barganha que possui.

Assim, como todo jogo prescinde de regras, e não é diferente no jogo processual penal, importante procurar estabelecer as regras que orientam o “jogo” da colaboração premiada, pois, apesar de existir previsão legal para o instituto, a delação premiada se dá de maneira diferente a depender da situação concreta e dos termos estabelecidos no acordo de colaboração, o que desagua na crença de que os jogadores tenham *fair play*, já que o acordo sempre é redigido em conformidade com as peculiaridades do caso concreto em que se encontram os “jogadores”, obviamente, sempre observando a incidência mínima das normas *standard*.⁵⁷

Pode-se, assim, entender como o *standard* normativo as normas que elencam os requisitos de validade do acordo de colaboração premiada, para validar as regras e termos estabelecidos e o acordo ser homologado pelo juízo, previstas na Lei nº 12.850/2013, entre os artigos 4º a 7º.⁵⁸

Contudo, como já abordado, além da necessidade de observar o *standard* normativo, é essencial a presença do que é chamado de *fair play* no jogo pelos jogadores. Esse termo alude a ideia de que os jogadores têm que jogar limpo, sem se valer de táticas e regras ilícitas para manipular o jogo (*doping*).⁵⁹

⁵⁷ Em razão da ampla variação normativa presente no instituto, observa Alexandre Morais da Rosa: “No procedimento da delação o *déficit* normativo torna o jogo mais complexo, dado que antes do jogo, para que se possa ter êxitos, é preciso conhecer o jogador adversário e inventariar as recompensas, bem assim as regras que se irá aplicar/desconsiderar. [...] efetivar o *standard* normativo mínimo de validade das regras e das cartas probatórias torna a negociação mais eficiente como dispositivo democrático de garantia do *fair play*”. ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018. p. 155/156.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

A prática do *doping* no processo penal, assim como na Colaboração Premiada, é vista como prática ilegal que enseja fraude processual, tratando-se da manipulação de regras pelo jogador que não observa o que foi acordado entre as partes.⁶⁰

Alexandre Morais da Rosa destaca que existem duas formas de *doping*:

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 o **heterodoping**, todavia, significa a inclusão de aspectos externos, como a corrupção, a criação artificial de provas e contextos (prisão cautelar, condução coercitiva, etc.), omissões de provas, utilização de provas ilícitas.⁶¹

O *doping*, dessa forma, é uma clara violação ao *fair play* e traz consequência ao prosseguimento do acordo de colaboração premiada, sendo sua não homologação, suspensão ou até mesmo revogação, caso não cumpridos os termos e descoberta a prática de *doping processual*.

Assim, conclui-se que tanto a observância das normas de validade e a estipulação dos termos acordados no acordo de colaboração premiada (*standard* normativo), quanto a presença do *fair play* entre os jogadores, obstando a prática do *doping*, consistem em limites e parâmetros que delimitam a colaboração premiada para que não possa vir a ser usada como uma estratégia de defesa deturpada pelo investigado/acusado.

Para melhor compreensão dessa afirmativa, passamos à análise do caso concreto do acordo de colaboração premiada realizado pelo empresário Joesley Batista, analisando-a como estratégia de defesa e verificando se foi observado os limites do jogo processual penal, sob a ótica da Teoria dos Jogos.

⁶⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela Teoria dos Jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018. p. 162.

⁶¹ Idem. p. 157.

3. ANÁLISE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA DO JONESLEY BATISTA COMO ESTRATÉGIA DA DEFESA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS.

A operação Lava Jato é considerada uma das maiores investigações de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve, sendo que, segundo dados do Ministério Público Federal, foram instaurados 2.476 procedimentos e firmados 176 acordos de colaboração premiada. Dentre os acordos firmados, a importância de R\$ 12.300.000.000,00 é objeto de recuperação do total da verba pública desviada.⁶²

Nesse contexto, ocorreram vários desdobramentos da operação lava jato que, por fim, iriam afetar os interesses do empresário Jonesley Batista. Diante de tal situação, o empresário optou por adotar uma estratégia mais ativa para evitar danos que poderiam ser causados a sua pessoa, bem como a sua empresa. Assim, procurou o Ministério Público Federal com a proposta de Colaboração Premiada, o que posteriormente, ficou conhecido como “golpe de mestre, um verdadeiro xeque-mate”.⁶³

Alexandre Moraes da Rosa descreve o contexto em que se deu este acordo, à luz da Teoria dos Jogos:

[...] decisão de delatar pode ser explicada em razão de as investigações estarem chegando aos interesses de seu grande conglomerado empresarial, cujos lucros foram de R\$4,6 bilhões e R\$ 694 milhões em 2016, sendo necessário agir para (i) manter a vitalidade da empresa e (ii) mitigar os efeitos da ação penal sobre a liberdade dos sócios.⁶⁴

A partir desse cenário, então, o empresário verifica duas táticas que poderiam ser adotadas: a passiva que, em suma, seria aguardar as investigações se desenvolverem, de tudo prevenindo para que não seja atingido; e a ativa, que seria a produção de

⁶² MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **A lava Jato em números no Paraná**. 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 25 de out. 2018.

⁶³ ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018. p. 33.

⁶⁴ Idem.

material suficiente para que pudesse barganhar junto ao Ministério Público Federal acordo de colaboração premiada.⁶⁵

Como se verifica, o empresário optou pela tática ativa e então passou a produzir prova material suficiente, com informações preciosas obtidas por vários meios, dentre gravações e filmagens:⁶⁶

Delineado o curso tático, sua execução foi plenamente exitosa, juntando-se, em ordem: (i) conversas gravadas indicando a realização das condutas; (ii) efetivação das ações programadas; (iii) filmagens e monitoramento eletrônico do trajeto do dinheiro; (iv) preservação das fontes e do material produzido.⁶⁷

Assim, ao obter todo o material com grande valor para barganhar, compareceu ao Ministério Público Federal e realizou o acordo de colaboração premiada (anexo)⁶⁸, que foi homologado pela justiça.

A cláusula 3ª do acordo estabeleceu o seguinte objeto:

Clausula 3ª. O presente acordo tem por objeto todos os fatos ilícitos praticados pelo **COLABORADOR** até a data da assinatura deste Termo, assim como todos os fatos ilícitos que sejam de seu conhecimento, os quais estão explicitados nos anexos que compõem e integram este Acordo.⁶⁹

Assim, o objeto da colaboração tem a abrangência de fornecimento de informações de todos os fatos ilícitos praticados pelo empresário, bem como de todos que fossem de seu conhecimento. Ademais, os parágrafos desta cláusula estabelecem o prazo de 120 dias a partir da assinatura para apresentar novos documentos (parágrafo 2º) e a possibilidade de repactuação ou rescisão do acordo quando for identificado fato ilícito praticado pelo Colaborador que não foi descrito nos documentos apresentados (parágrafo 3º).⁷⁰

Destaca-se que essa previsão demonstra a preocupação do Ministério Público em estabelecer limites ao valor do depoimento do colaborador, pois caso o depoimento

⁶⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018. p. 34.

⁶⁶ Idem. p. 35.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Anexo I. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/joesley-PET_7003_APENSO_1-1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

não seja completo, como acordado, há previsão de repactuação ou rescisão do Termo.

Podemos associar, então, que essa previsão está estritamente ligada à questão do *fair play* no jogo processual penal, em que se espera dos jogadores um jogo limpo, sem malícias e completa colaboração dos jogadores participantes, em nome da efetiva justiça.⁷¹

Em contrapartida à colaboração do empresário, o *Parquet* concede o benefício legal do não oferecimento de denúncia, com fulcro no artigo 4º, §4º, da Lei nº 12.850/2013 (Cláusula 4º do termo de colaboração).⁷²

Entretanto, para que ocorra a concessão do prêmio ao Colaborador, o Ministério Público trouxe a condição de que a colaboração seja prestada de forma voluntária, efetiva e eficaz, remetendo-se ao artigo 4º, *caput* e incisos, da Lei 12.850/2013:

Cláusula 11. Para que o presente acordo possa produzir os benefícios nele relacionados, especialmente os constantes na cláusula 4ª, a colaboração deve ser voluntária, ampla, efetiva, eficaz e conducente aos seguintes resultados:

- a) a identificação dos autores, coautores, partícipes das diversas organizações criminosas de que tenha ou venha a ter conhecimento, notadamente aquelas sob investigação em decorrência de crimes relacionados nos anexos deste acordo, bem como à identificação e à comprovação das infrações penais por eles praticadas, que sejam ou que venham a ser de seu conhecimento, inclusive agentes políticos que tenham praticado ilícitos penais ou deles participado;
- b) a revelação da estrutura hierárquica e a divisão de tarefas das organizações criminosas de que tenha ou venha a ter conhecimento;
- c) a recuperação total ou parcial do produto e/ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa de que tenha ou venha a ter conhecimento, tanto no Brasil quanto no exterior;
- d) a identificação de pessoas físicas e jurídicas utilizadas pelas organizações criminosas supramencionadas para a prática de ilícitos penais; ou
- e) ao fornecimento de documentos e outras provas materiais, notadamente em relação aos fatos referidos nos anexos deste acordo;
- f) o entrega de extratos bancários de contas, objeto das investigações, no exterior até a presente data, salvo impossibilidade material de acesso a essas informações devidamente comprovada pelo COLABORADOR;⁷³

⁷¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico.** Florianópolis: EModara, 2018. p. 157/158.

⁷² Anexo I. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/joesley-PET_7003_APENSO_1-1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁷³ Idem.

Dessa forma, observa-se que, novamente, há uma preocupação de estabelecer limites ao instituto da colaboração premiada para que não se restrinja a ser utilizada apenas como estratégia de defesa, ao passo que somente será concedido o prêmio caso seja verificada uma (ou mais) das hipóteses aludidas pelos incisos da cláusula 11 do termo.

Ademais, ainda podemos perceber em outro dispositivo a preocupação em estabelecer os limites da colaboração, porquanto a cláusula 12 do termo traz uma gama de obrigações ao colaborador, para seja possível a concessão do prêmio. Dentre elas, cabe destacar:

Cláusula 12. Para tanto, o **COLABORADOR** obrigar-se-á, sem malícia ou reservas mentais, a:

- a) **esclarecer espontaneamente todos os esquemas criminosos de que tenham conhecimento**, especialmente aqueles apontados nos anexos deste acordo, fornecendo todas as informações e evidências que estejam ao seu alcance, bem como indicando provas potencialmente alcançáveis;
- b) **falar a verdade incondicionalmente**, em todas as investigações criminais, disciplinares e tributárias, além de ações penais em que doravante venham a ser chamados a depor na condição de testemunha ou interrogado, nos limites deste acordo;
- c) **falar a verdade incondicionalmente**, em todas as investigações cíveis e administrativas em que doravante venham a ser chamados a depor na condição de testemunha ou interrogado, nos limites deste acordo, observados o disposto na cláusula atinente à validade da prova;
- d) **cooperar sempre que solicitados**, mediante comparecimento pessoal sob suas expensas a qualquer das sedes do Ministério Público Federal, do Departamento de Polícia Federal ou da Receita Federal do Brasil, para analisar documentos e provas, reconhecer pessoas, prestar depoimentos e auxiliar peritos na análise pericial que sejam objeto da presente colaboração;
[...]
- g) afastar-se de atividades criminosas, especificamente não vindo mais a contribuir, de qualquer forma, com as atividades das organizações criminosas ora investigadas ou de outros partícipes ou co-autores dos ilícitos objeto deste acordo;
- h) comunicar imediatamente ao Procurador-Geral da República caso seja contatado por qualquer dos demais integrantes das organizações criminosas acima referidas ou por outros partícipes ou co-autores dos ilícitos objeto deste acordo;
[...]
- m) **colaborar amplamente com o Ministério Público Federal e com outros Órgãos e autoridades públicas**, inclusive a Receita Federal do Brasil e autoridades estrangeiras indicadas pelo Ministério Público Federal no que diga respeito aos fatos do presente acordo.⁷⁴

⁷⁴ Anexo I. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/joesley-PET_7003_APENSO_1-1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

É possível inferir, dessa forma, que existe clara preocupação do *Parquet* em estabelecer condições em que será considerada válida e efetiva a colaboração prestada, bem como diretrizes e condutas que o colaborador deve seguir para que seja efetivamente concedida a benesse legal ofertada.

Ao analisar sob o prisma da Teoria dos Jogos aplicada ao processo penal, podemos compreender que tais medidas, de tal forma, são parte da regra do jogo/processo, devendo ser observadas pelos jogadores/partes, no caso, tanto pelo *Parquet* quanto pelo empresário Joesley Batista, com intuito de se garantir, mediante o respeito às previsões normativas, um jogo limpo entre os jogadores.

É nesse cenário onde se pretende assegurar o jogo limpo que a cláusula 26 do Termo prevê as hipóteses que implicará em sua rescisão. Dentre elas, destacam-se:

Cláusula 26 - O acordo perderá efeito, considerando-se rescindido, nas seguintes hipóteses:

- a) se o COLABORADOR descumprir, sem justificativa, qualquer dos dispositivos deste acordo;
- b) se o COLABORADOR mentir ou omitir, total ou parcialmente, em relação a fatos ilícitos que praticou, participou ou tem conhecimento;
- c) se o COLABORADOR recusar-se a prestar qualquer informação relacionada ao objeto deste acordo de que tenha conhecimento;
[...]
- e) se ficar provado que, após a celebração do acordo, o COLABORADOR sonegou, adulterou, destruiu ou suprimiu provas que tinha em seu poder ou sob sua disponibilidade, assim como fatos ilícitos de que tivesse conhecimento;
[...]
- g) se o COLABORADOR fugir ou tentar furtar-se à ação da Justiça;⁷⁵

Sob a ótica da Teoria dos Jogos aplicado ao processo penal, pode-se compreender que todas as cláusulas aqui comentadas são uma forma de estabelecer as diretrizes da regra do jogo em que o empresário, bem como o Ministério Público devem observar, adotando condutas que visem a garantir um jogo limpo (*fair play*), sem *doping* processual das partes.⁷⁶

⁷⁵ Anexo I. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/joesley-PET_7003_APENSO_1-1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁷⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018. p. 36.

No contexto específico do caso de Joesley Batista, não obstante a realização e homologação do acordo de colaboração premiada entre o empresário e o Ministério Público, o ex-Procurador geral da República Rodrigo Janot informou a rescisão do acordo de colaboração premiada realizado em razão de suposta violação de acordo por parte de Joesley Batista e Rodrigo Saud.⁷⁷

Isso porque chegou ao conhecimento do ex-procurador mídias que atestavam que Joesley Batista vinha recebendo aconselhamentos de Marcello Miller, à época Procurador da República, fato que não foi informado pelo colaborador ao Ministério Público Federal dentro do prazo legal previsto no acordo, caracterizando omissão que deveria ter sido dita ao prestar depoimentos e fornecer as informações.⁷⁸

A omissão do empresário Joesley pode ser interpretada como um *doping* processual, em que o colaborador omitiu que teve aconselhamentos de um Procurador da República, na ocasião em que estava obrigado pelas regras do jogo/processo/colaboração a falar a verdade incondicionalmente e esclarecer os esquemas criminosos, em conformidade com a cláusula 12 e 26 do termo de colaboração.⁷⁹

Isso posto, as regras contidas no próprio termo de colaboração foram essenciais para coibir que continuasse a ocorrer a prática de um jogo desleal pelo empresário, que estava compromissado com o dever da verdade em seus relatos. Isso porque, ao identificar a prática desleal do jogo, o ex-procurador Rodrigo Janot iniciou um procedimento de revisão/rescisão do termo de colaboração, posto que este não estava mais a cumprir com sua função perante a justiça.⁸⁰

⁷⁷ MATOSO, Filipe; NETTO, Vladmir; PARREIRA, Marcelo. **Acordos de delação de Joesley e Saud foram rescindidos, informa PGR**. G1 e TV Globo. Brasília, 14 set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/acordos-de-delacao-de-joesley-e-saud-foram-rescindidos-informa-pgr.ghtml>>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁷⁸ **FACHIN suspende benefícios concedidos a delatores da J&F**. R7, Brasil, 10 set. 2017. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/fachin-suspende-beneficios-concedidos-a-delatores-da-jf-10092017>>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁷⁹ Anexo I. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/joesley-PET_7003_APENSO_1-1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁸⁰ MATOSO, Filipe; NETTO, Vladmir; PARREIRA, Marcelo. **Acordos de delação de Joesley e Saud foram rescindidos, informa PGR**. G1 e TV Globo. Brasília, 14 set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/acordos-de-delacao-de-joesley-e-saud-foram-rescindidos-informa-pgr.ghtml>>. Acesso em: 27 out. 2018.

Assim, as cláusulas do termo (regras do jogo) devem ser entendidas como limites ao jogo processual que ocorre na colaboração premiada, pois restringem sua utilização exclusivamente como técnica de defesa, ao passo que também exigem resultados práticos e efetivos para a justiça como condição para a concessão dos benefícios legais.

Conclui-se que, apesar da existência de previsões normativas significativamente inexpressivas acerca dos limites da colaboração premiada nos casos concretos, da Teoria dos Jogos aplicada no processo penal, podem se extrair limites a serem observados na colaboração premiada, quais sejam, as regras do jogo que visam garantir o *fair play*, evitando que os jogadores pratiquem *doping* processual, como observado no caso de Joesley Batista.

Dessa forma, a colaboração premiada, ao ser usada com uma estratégia de defesa, deve observar os limites apresentados pelas regras do jogo estabelecidas tanto pelas normas processuais gerais que incidem, quanto pelas cláusulas específicas estabelecidas no próprio termo de colaboração, visando a garantir o *fair play* por meio de prevenção/remediação ao *doping* processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colaboração premiada é, conforme analisado, um meio de obtenção de prova que procura, primordialmente, dar prosseguimento a persecução penal a partir de uma troca de informações e benefícios com o investigado/acusado. Com origem no direito comparado, o instituto brasileiro baseou-se essencialmente em dois modelos de Direito Negocial: no *plea bargain* do direito norte-americano e no direito italiano.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser observado que o instituto foi recepcionado de forma tímida, por meio de alterações legislativas que estabeleciam, inicialmente, reduções de penas e, posteriormente, hipóteses de perdão judicial ou de inaplicabilidade da pena.

Somente com o advento da Lei de Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013) foram introduzidas normas jurídicas que preveem aspectos procedimentais da aplicação do instituto, existindo ainda questões polêmicas a serem debatidas.

Diante do cenário de negociação entre o investigado/acusado e o Ministério Público, foi possível inferir que apesar do instituto ter sido instituído com a finalidade de dar prosseguimento a persecução criminal, o acusado pode utilizar-se da delação como uma estratégia de defesa, visto que pode reduzir a pena da condenação aplicada ou até conferir o perdão judicial.

É nessa seara que a Teoria dos Jogos se adequa ao processo penal, principalmente à Colaboração Premiada. Partindo dessa teoria, o processo penal é visto como um jogo dinâmico e com informações incompletas, no qual as partes, então jogadores, analisam estrategicamente, a partir das informações que possuem, o melhor caminho a ser adotado, procurando garantir um melhor resultado (*payoff*).

Ao realizar essa análise, por vezes, a melhor estratégia a ser adota pela defesa pode ser a realização de um acordo de Colaboração Premiada. Tem-se que todo jogo possui regras e não é diferente no processo penal, o que também se reflete na aplicação da Teoria dos Jogos ao instituto da colaboração premiada.

As regras do jogo processual penal, especificamente na Colaboração Premiada, podem ser observadas em dois momentos: (i) a observância das normas *standard* que aplicam-se em todos os jogos, normas diretrizes que são irrevogáveis, tais como questões procedimentais prevista na Lei 12.850/2013; (ii) a estipulação de “regras” pelas partes para garantir um jogo limpo, sem deslealdade e trapaças (*doping*), denominando-se como *Fair Play*.

A partir dessa análise, entende-se que as regras do jogo são, então, os possíveis limites da colaboração premiada como estratégia de defesa. A observância dos procedimentos estabelecidos em lei, bem como o prosseguimento do jogo pelos jogadores de forma leal, com boa-fé, são os limites da colaboração premiada como técnica de defesa.

Com base no caso concreto do empresário Joesley Batista, é possível inferir essa constatação. A análise do Termo de colaboração premiada do empresário demonstra que as cláusulas observaram as condições previstas em lei e, ademais, criaram condições/regras que visam garantir o *fair play* entre os jogadores.

A observância do *fair play* torna-se um limite da aplicação da colaboração premiada como estratégia de defesa, ao passo que quando o jogador não joga de forma leal, trapaceando, como fez Joesley Batista, pode ocorrer a suspensão, adaptação ou revogação do Termo de colaboração premiada, tendo em vista que o instituto fora deturpado pela defesa apenas para garantir um melhor resultado para o réu.

Assim, em que pese a inexistência de dispositivos normativos que versem de uma forma total acerca da colaboração premiada, conclui-se que existem limites a serem observados na aplicação do instituto sob a ótica da Teoria dos Jogos aplicada ao processo penal, quais sejam, a observância das normas legais procedimentais e dos termos acordados no próprio acordo feito pelo colaborador, visando impedir o *doping* processual, homenageando o *fair play* no jogo do processo penal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa.** 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: 20 out. 2018.

ARAS, Vladimir. **A técnica de colaboração premiada.** Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Natureza dúplice da colaboração premiada: instrumento de acusação; ferramenta de defesa.** Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/natureza-duplica-da-colaboracao-premiada-instrumento-de-acusacao-ferramenta-de-defesa/>>. Acesso em: 13 out. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BORGES, Dandy Jesus Leite. **Colaboração Premiada: Evolução normativa e questões jurídicas relevantes.** 2016. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1097-colaboracao-premiada-evolucao-normativa-e-questoes-juridicas-relevantes.html>>. Acesso em: 20 de out. 2018.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 122, ago., 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes.** 1. ed. Curitiba: Juará, 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 18 de out. 2018.

_____. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 18 de out. 2018.

_____. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organização criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em: 18 de out. 2018.

_____. **Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995.** Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9080.htm>. Acesso em: 18 de out. 2018.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 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 previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 18 de out. 2018.

_____. **Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996.** Dá nova redação ao §4º do art. 159 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm>. Acesso em: 18 de out. 2018.

_____. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítima 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 18 de out. 2018.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso

indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 20 de out. 2018.

CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Roberto D. del Claro (trad.) Revista de Direito Processual Civil, Gênese, Curitiba, v. 23, jan. 2002. p. 191-209.

DELMANTO, Roberto; JUNIOR DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida apud MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 140.

FACHIN suspende benefícios concedidos a delatores da J&F. R7, Brasil, 10 set. 2017. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/fachin-suspende-beneficios-concedidos-a-delatores-da-jf-10092017>>. Acesso em: 27 out. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Christiano Gonzaga. **Delação premiada e a Teoria dos Jogos com base no equilíbrio de John Nash**. 2017. Disponível em: <<http://questaodeinformativo.com/delacao-premiada-e-teoria-dos-jogos-com-base-no-equilibrio-de-john-nash/>>. Acesso em: 23 de out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação** – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPODIVUM, 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, João Paulo. **Legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa e AGUIAR, Julio Cesar de. **Plea bargaining**: aproximação conceitual e breve histórico. Revista de Processo. Vol. 263. Ano 42. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Especial Criminal Comentada**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MATOSO, Filipe; NETTO, Vladimir; PARREIRA, Marcelo. **Acordos de delação de Joesley e Saud foram rescindidos, informa PGR**. G1 e TV Globo. Brasília, 14 set. 2017. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/acordos-de-delacao-de-joesley-e-saud-foram-rescindidos-informa-pgr.ghtml>>. Acesso em: 27 out. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **A lava Jato em números no Paraná**. 2018. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 25 out. 2018.

MOSSIN, Júlio Cesar O. G.; MOSSIN, Antônio Heráclito. **Delação Premiada – Aspectos Jurídicos**. São Paulo: JH MIZUNO, 2015

MUSSO, Rosanna Gambini apud SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROSA, Alexandre Moraes da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

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

_____. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

TORRES, L. C. ; FALAVIGNA, L.; BUENO, F. **Colaboração Premiada como técnica de defesa**. JusBrasil, [S.l.]. [2015?]. Disponível em: <https://lefalavigna.jusbrasil.com.br/artigos/196363929/colaboracao-premiada-como-tecnica-de-defesa?ref=topic_feed>. Acesso em: 22 set 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Crime organizado**: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 1996. Ano 1, v. 1, p. 45.