

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

**ANÁLISE EMPÍRICA DO JOGO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: A GUERRA
NEGOCIAL**

JORDAN TOMAZELLI LEMOS

**VITÓRIA
2020**

JORDAN TOMAZELLI LEMOS

**ANÁLISE EMPÍRICA DO JOGO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: A GUERRA
NEGOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Ricardo Gueiros Bernardes Dias

Dissertação vinculada à linha de pesquisa: Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais.

VITÓRIA
2020

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

L555a Lemos, Jordan Tomazelli, 1994-
Análise empírica do jogo da Colaboração Premiada: A guerra negocial / Jordan Tomazelli Lemos. - 2020.
188 f.

Orientador: Ricardo Gueiros Bernardes Dias.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Delação premiada (Processo penal). 2. Teoria dos jogos. 3. Processo penal. 4. Negociação. I. Dias, Ricardo Gueiros Bernardes. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

JORDAN TOMAZELLI LEMOS

**ANÁLISE EMPÍRICA DO JOGO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: A GUERRA
NEGOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Ricardo Gueiros Bernardes Dias

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes Dias
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof.^a Dra. Fiammetta Bonfigli
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Prof. Dr. Americo Bedê Freire Júnior
Faculdade de Direito de Vitória
Membro Externo

AGRADECIMENTOS

A narrativa que precede o trabalho de dissertação, agradecendo e apontando os que me inspiraram é o último ato da escrita, não porque os que citarei não mereciam os devidos cumprimentos antes de finalizado o trabalho, mas sim porque somente após passados dois anos é que me tornei maduro o suficiente para expressar por escrito o que não tive coragem de expressar em voz alta.

Primeiramente preciso agradecer a Maria da Penha Tomazelli, mãe que sempre me incentivou aos estudos e até hoje roga para que eu permaneça no meio acadêmico, me lembrando de que o exercício profissional não depende só de tempo e experiência prática para ser aperfeiçoado.

Agradeço também a todos os profissionais de todas as instituições de ensino público pelas quais passei. Primário, Ensino Fundamental, Ensino Médio, Graduação e neste momento o Mestrado. Professores que mesmo diante das incertezas políticas e lutas de classe insistem em afirmar que a melhor receita para um ser humano livre e consciente do devido respeito aos seus pares é a educação de qualidade. Obrigado por me ensinarem a valorizar o ensino e a profissão do magistério.

Quero agradecer ao professor Ezequiel Turíbio, que apesar de não compor o quadro do Programa de Pós-Graduação do Direito UFES, me ajudou, ainda na graduação, a elucidar valiosas ideias a respeito do tema que hoje resulta em Dissertação de Mestrado.

Agradeço também à professora Margareth Vetis Zaganelli, que durante a graduação me introduziu ao mundo da pesquisa, tendo me convocado diversas vezes para parcerias que resultaram em publicações.

Meu muito obrigado à Luciana Heiderich Leão Borges, parceira que mesmo nos momentos de maiores conflitos entre a escrita da dissertação e o exercício da advocacia me aconselhou a seguir o caminho da persistência.

Agradeço aos Advogados, Promotores de Justiça e Procuradores da República que cederam um pouco do tempo corrido e da experiência profissional para que eu pudesse concretizar a pesquisa empírica em meu trabalho. Após muita conversa, perguntas e respostas, pude perceber que os bons, os juristas que aplicam o Direito e interferem na vida de incontáveis pessoas, não exercem o ofício por raiva ou aversão à sociedade, mas sim por amor e vontade de levar a justiça a todos os lugares que a vivência os levar. Obrigado pela inspiração!

Agora meu agradecimento, mais do que devido, vai ao meu professor orientador Ricardo Gueiros Bernardes Dias, não só por ter me ajudado a conduzir o trabalho que se apresenta, mas também por ter me dado a oportunidade de lecionar como professor voluntário no mesmo curso e instituição de ensino em que recentemente completei a graduação. Também sou muito grato à turma *Alcateia*, pela participação e respeito em meu primeiro semestre como professor, função que passei a admirar ainda mais a partir desta experiência.

Por fim, agradeço a tudo e a todos que me apresentaram às atividades que trazem prazer a minha vida: surfar, nadar, advogar, dentre outras que fazem me sentir mais vivo, ser feliz. De nada adianta bens materiais, grande conhecimento adquirido e sucesso profissional sem aquilo que realmente te move no mundo e sem as pessoas que ficarão alegres com o seu sucesso, além de te dar força para superar o fracasso. A felicidade só existe quando as vivências são compartilhadas.

Fui, estou e tenho certeza de que continuarei grato por todas as experiências pelas quais transitei, e que venham novos desafios!

“O universo é um campo e a vida é saber jogar”.

Alexandre Magno Abrão (Chorão)

RESUMO

Esta dissertação teve como objeto reflexões acerca da aplicação de conceitos da Teoria dos Jogos no instituto da colaboração premiada, sendo realizado um comparativo entre o processo penal e um jogo em seu modelo abstrato. Tal pesquisa vincula-se à linha de pesquisa do PPGDIR/UFES “Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais”, tendo buscado o aprimoramento das estratégias traçadas por órgãos estatais na persecução penal, bem como apontado meios para que investigado/réu se esquive de abusos praticados por autoridades públicas, visando resguardar seus direitos e garantias fundamentais. Por meio de metodologia de natureza exploratória, utilizando pesquisa bibliográfica em artigos e periódicos, aborda a conceituação teórica da Teoria dos Jogos e da colaboração premiada, visando traçar instrumentos para que haja interação entre os institutos criados por campos distintos do conhecimento. No decorrer do trabalho, após descrição de situações hipotéticas e reais de jogadas processuais, a colaboração premiada é comparada de forma metafórica a uma guerra, sendo utilizada obra escrita por um militar para prever e explicar diversas circunstâncias existentes no decorrer da negociação premial. Por fim, valendo-se de pesquisa empírica com profissionais que atuam em colaboração premiada, relatos de suas vivências processuais são comparados com o plano teórico que fora traçado no decorrer do trabalho, pondo em prova os métodos tidos pela doutrina como aptos para se alcançar o melhor resultado, bem como analisando se as condutas dos entrevistados seguem um padrão de comportamento racional já previsto pela teoria. Concluiu-se que não é possível apontar modelos abstratos que se amoldam a todos os casos concretos, haja vista que a casuística demandará estudo e planejamento próprio. Também restou verificado que a utilização da Teoria dos Jogos na Colaboração Premiada encontra limites no próprio ordenamento jurídico, sendo possível otimizar os resultados tão somente enquanto preservado o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Colaboração Premiada. Teoria dos Jogos. Jogos de Guerra. Prática negocial. Racionalidade.

ABSTRACT

This dissertation had as its object reflections in the application of Game Theory concepts in the institute of the winning collaboration, making a comparison between the penal process and a game in its abstract model. Such research is linked to the PPGDIR/UFES research line “Process, Techniques and Protection of Existential and Patrimonial Rights”, having sought to improve the strategies drawn up by state bodies in criminal prosecution, as well as pointing out ways for the investigated / defendant to avoid abuses practiced by public authorities, aiming to safeguard their fundamental rights and guarantees. Through an exploratory methodology, using bibliographic research in articles and periodicals, it addresses the theoretical conceptualization of Game Theory and the winning collaboration, aiming to outline instruments for interaction between the institutes created by different fields of knowledge. In the course of the work, after describing hypothetical and real situations of procedural moves, the winning collaboration is metaphorically compared to a war, using the work written by a military man, who predicts and explains various circumstances that existed during the award negotiation. Finally, using empirical research with professionals who work in award-winning collaboration, their reports of procedural experiences are compared with the theoretical plan that was drawn up in the course of the work, testing the methods considered by the doctrine as able to achieve the best result, as well as analyzing whether the interviewees' behaviors follow a pattern of rational behavior already predicted by the theory. It was concluded that it is not possible to point out abstract models that conform to all concrete cases, given that the case-by-case will require study and planning itself. It also remained verified that the use of Game Theory in Awarded Collaboration finds limits in the legal system itself, being possible to optimize the results only while preserving the Democratic Rule of Law.

Keywords: Award-winning Collaboration. Game Theory. War games. Business practice. Rationality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I: TEORIA DOS JOGOS E COLABORAÇÃO PREMIADA	18
2 TEORIA DOS JOGOS	18
2.1 TIPOS DE JOGOS	21
2.1.1 Jogos sequenciais e jogos simultâneos	23
2.1.2 O jogo da colaboração premiada	25
2.1.3 Equilíbrio de Nash, dilema dos prisioneiros e sua aplicação na colaboração premiada.....	29
2.2 ELEMENTOS NECESSÁRIOS AO ESTUDO DA TEORIA DOS JOGOS.....	34
2.3 TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL	39
2.4 LIMITAÇÃO À APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS	41
3 COMPARAÇÃO ENTRE O DIREITO E OS JOGOS	43
3.1 JOGO SUJO OU ATOS JURÍDICOS ILÍCITOS FRENTE A LEALDADE PROCESSUAL	45
3.1.1 Princípio da boa-fé.....	46
3.1.2 Princípio da cooperação	49
3.1.3 No jogo da colaboração premiada vale tudo?	50
3.2 O JOGO PROCESSUAL	52
3.2.1 O espaço no jogo processual	52
3.2.2 O tempo no jogo processual.....	54
3.2.3 Os jogadores do processo	54
3.2.3.1 Investigado/acusado	55
3.2.3.2 Órgão de acusação	56
3.2.3.3 Julgador.....	56
3.3 TEORIA DOS JOGOS E PROCESSO PENAL.....	57
4 TÁTICAS A SEREM USADAS	58
5 ANÁLISE ESTRATÉGICA EM COLABORAÇÕES PREMIADAS	63
6 AMEAÇAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	66
CAPÍTULO II: O JOGO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	68

7 COLABORAÇÃO PREMIADA	68
8 JOGADORES EM PÉ DE IGUALDADE: A BUSCA (I)LEGAL PELA PARIDADE DE ARMAS	71
9 PROPOSTA OFERECIDA PELOS ÓRGÃOS DE INVESTIGAÇÃO	74
10 A ARTE DA GUERRA, TEORIA DOS JOGOS E COLABORAÇÃO PREMIADA	75
10.1 A ARTE DA GUERRA	77
10.1.1 Capítulo I: Da avaliação	79
10.1.1.1 <i>O fator econômico como integrante da avaliação inicial</i>	85
10.1.2 Capítulo II: Do comando da guerra	86
10.1.3 Capítulo III: Da arte de vencer sem desembainhar a espada	90
10.1.4 Capítulo IV: Da arte de manobrar as tropas	97
10.1.5 Capítulo V: Do confronto direto e indireto	100
10.1.6 Capítulo VI: Do cheio e do vazio	103
10.1.7 Capítulo VII: Da arte do confronto	109
10.1.8 Capítulo VIII: Da arte das mudanças	114
10.1.9 Capítulo IX: Da importância da geografia	120
10.1.11 Capítulo XI: Dos nove tipos de terreno	126
10.1.12 Capítulo XII: Da pirotecnia	129
10.1.13 Capítulo XIII: Da arte de semear a discórdia	133
CAPÍTULO III: PESQUISA EMPÍRICA COM JOGADORES DA COLABORAÇÃO PREMIADA	137
11 METODOLOGIA UTILIZADA	137
12 DIVULGAÇÃO DOS RESULTADOS	138
12.1 A PRISÃO E A COLABORAÇÃO PREMIADA	138
12.2 LOCAL EM QUE AS TRATATIVAS OCORRERAM	141
12.3 COLABORAÇÃO PREMIADA E A INFLUÊNCIA DA MÍDIA	143
12.4 PARIDADE DE ARMAS	146
12.5 JOGO SUJO	148
12.6 TÁTICAS UTILIZADAS PELOS ENTREVISTADOS	150
12.7 APRIMORANDO AS TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO	155
CONCLUSÃO	158

REFERÊNCIAS	171
ANEXO A – TERMO DE CONSENTIMENTO	180
ANEXO B - QUESTIONÁRIO	185

INTRODUÇÃO

Alterada em 24 de janeiro de 2018 pela Resolução nº 183, a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que entrou em vigor no dia 08 de setembro de 2017¹, prescreve em seu Capítulo VII o acordo de não-persecução penal, onde o Ministério Público promove o arquivamento de eventual investigação, desde que o investigado cumpra determinados requisitos previstos na própria Resolução (aplicação do princípio da oportunidade regrada).

Da mesma forma, o Projeto de Lei “Anticrime”², proposto pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro e publicado sob o nº 13.964 em dezembro de 2019, criou o art. 28-A do Código de Processo Penal³, possuindo termos semelhantes ao que fora regulamentado pelo Ministério Público, demonstrando a tendência do Poder Executivo em adotar um sistema semelhante ao existente nos Estados Unidos.

Apesar de não se igualar ao *plea bargainig*⁴ do sistema processual oriundo de países que adotam a *common law*⁵, a recente inovação ministerial a apontada inovação no CPP demandará um estudo mais aprofundado dos mecanismos de colaboração premiada no Brasil, haja vista que, ao contrário dos dispositivos legais vigentes até o final de 2019, a regra seria o *parquet sequer* intentar a ação penal⁶, o que certamente é um marco para o Direito pátrio.

O modelo norte americano difere-se dos métodos de justiça penal negociada aplicados no Brasil em razão de ser o *plea bargaining* dotado de ampla discricionariedade por parte dos órgãos de acusação, haja vista que “o promotor goza de ampla discricionariedade e

¹ Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2018.

² Projeto de Lei Anticrime. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

³ Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...].

⁴ Instituto este que no dia 19/02/2019 fora encaminhado pelo Ministro da Justiça, Sérgio Moro, ao Congresso Nacional, no chamado “Pacote de projetos Anticrime”, situação em que investigado, defesa e Ministério Público acordariam uma pena a ser cumprida de imediato pelo acusado. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63>. Acesso em 11 de março de 2019.

⁵ ROSETT, Arthur. Plea bargaining. Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan Publishing Company, v. 3, 1986, p. 1394.

⁶ O não oferecimento da denúncia é benefício excepcional previsto art. 4º, §4º da Lei nº 12.850/13.

extraordinária liberdade de negociação, podendo decidir livremente se, quando, como e por que delitos acusar alguém, podendo até mesmo renunciar à ação penal ainda que já iniciada.”⁷

O objeto do presente estudo é relevante para a utilização do processo como instrumento efetivo e adequado da tutela jurisdicional dos direitos e garantias individuais e coletivos, devendo ser pensado de maneira estratégica e de forma a atender aos anseios sociais de resolução de conflitos.

Visando a abordagem do manejo (lícito) do processo de forma a beneficiar as partes litigantes, o presente trabalho será pautado nos seguintes questionamentos: i) Como alcançar o melhor resultado se esquivando de jogadas ilícitas dos adversários? ii) Até que ponto os efeitos (sejam benéficos ou prejudiciais) obtidos a partir de jogadas estratégicas se coadunam com o princípio da lealdade processual?

Assim, a análise empírica, valendo-se de metodologia extraída da Teoria dos Jogos (elementos interdisciplinares), das decisões tomadas pelo Ministério Público e pela defesa/acusado no âmbito do processo penal, em especial, quanto aos benefícios concedidos à confessos infratores da lei, devem ser compreendidas a partir da melhor perspectiva almejada pela sociedade, devendo as informações colhidas e os resultados obtidos em processos penais que ganharam destaque no cenário nacional justificarem os benefícios concedidos aos colaboradores, desde que a ampla defesa, garantia primordial para o investigado/réu, seja resguardada por todos os participantes do processo.

Busca a pesquisa entender até que ponto o instrumental da Teoria dos Jogos pode ser útil para leitura das estratégias e táticas utilizadas pelo Estado (investigação/acusação) e pela resistência (advogado e cliente) em colaborações premiadas.

Em outras palavras, sendo possível prever (análise de probabilidades) as decisões dos atores participantes do processo penal, importante esclarecer quais seriam as ações necessárias, dentro das regras do jogo, para que investigados e órgãos de acusação ajam ou sejam induzidos a agir de acordo com os anseios do polo oposto da relação jurídica processual (vide questão “i”).

Conforme apontamento de Alexandre Morais da Rosa, a utilização da teoria dos jogos frente a colaboração premiada “fornece aparato teórico capaz de estabelecer mecanismo formal e neutro para avaliação dos efeitos do instituto.”⁸

⁷ DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; FANTIN, Iago Abdalla. NEGOCIAÇÃO NA JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL E O PLEA BARGAINING. Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte. Volume X, número 2, dezembro de 2017, p. 177-178.

⁸ ROSA, Alexandre Morais da. A aplicação da pena na justiça negocial: a questão da vinculação do juiz aos termos

Desde que construído um modelo de negociação objetivando a colaboração de eventuais investigados (já que inexistente rito previsto em lei), ou seja, sendo seguidas determinadas etapas para que o Ministério Público e advogado realizem a melhor proposta e receba efetivas contribuições, é possível aprimorar as técnicas utilizadas pelo Estado e pela defesa técnica na persecução penal, devendo o modelo a ser seguido ter embasamento nos institutos e premissas decorrentes do estudo da Teoria dos Jogos.

A partir da análise de casos hipotéticos que servirão como objeto de estudo, necessário estabelecer o padrão dos investigados e dos órgãos de acusação, ou seja, serão analisadas as consequências jurídicas (decorrentes das colaborações premiadas e benefícios penais concedidos) envolvendo exemplos inéditos e operações que se destacaram recentemente no cenário nacional, buscando comprovar, por meio da Teoria dos Jogos, a previsibilidade do comportamento das partes envolvidas em inquéritos policiais e instrução probatória.

Assim, a partir do mapeamento de padrões de comportamento, será buscada uma metodologia a ser seguida pelo Ministério Público/Polícia Judiciária e para a defesa/investigado, visando o oferecimento da melhor proposta possível em uma negociação processual penal.

Com o recente destaque das Operações Carne Fraca, Zelotes e Lava Jato, sendo esta inaugurada em março de 2014⁹ e considerada a maior investigação envolvendo crimes contra a administração pública do país (tendo a empresa estatal de economia mista Petrobras como órgão alvo dos agentes criminosos que buscavam contratos superfaturados)¹⁰, destacaram-se na mídia os acordos de colaboração premiada tratados com integrantes de organizações criminosas.

Se faz necessário o estudo dos atos processuais praticados pelos atores envolvidos nas investigações e instrução probatória de crimes que tiveram participação direta ou indireta de integrantes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo o estudo de operações que ainda estão em andamento necessários para a comprovação da aplicação atualizada dos institutos penais.

da delação. In: Sentença criminal e aplicação da pena / organizadores, Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. – Salvador: Juspodvm, 2017, p. 70.

⁹ O Globo. Todas as fases da Operação Lava Jato. Disponível em <https://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/todas-as-fases-da-operacao-lava-jato.html>. Acesso em 21 de julho de 2018.

¹⁰Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 21 de julho de 2018.

Com isso, o estudo da Teoria dos Jogos frente ao Processo Penal, em especial, as consequências de operações que ganharam destaque no cenário nacional, auxiliarão na compreensão das decisões tomadas pelos atores envolvidos em investigações e ações penais.

O estudo de caso permitirá confirmar ou refutar as hipóteses previstas como melhor caminho a ser tomado por réu ou órgão acusatório, se propondo a indicar os sinais ou elementos necessários de serem observados para que seja traçada a melhor estratégia processual.

Nesse sentido, considerando que o estudo da Teoria dos Jogos aplicado ao caso concreto poderá contribuir no estudo de estratégias para o processo penal, será posto à disposição do Estado instrumento apto a alcançar o máximo de informações e provas acerca de delitos que envolvam, principalmente, organizações criminosas e lavagem de capitais. Buscando o presente estudo o aprimoramento das estratégias traçadas por órgãos estatais na persecução penal, há por consequência a diminuição do sentimento de impunidade por parte da sociedade, que vê o processo penal envolvendo crimes de “colarinho branco” como um grande teatro entre as partes.

Da mesma forma, o investigado/réu, desde que planeje devidamente o caminho processual a ser seguido, poderá se esquivar de abusos praticados por autoridades públicas, visando resguardar seus direitos e garantias fundamentais.

Ao aprofundar os estudos sobre o tema, poderão ser esclarecidos pontos polêmicos, bem como o entendimento que uma sociedade ou grupo social pode ter quando um investigado, réu confesso de vários crimes e de muita gravidade, recebe benefícios processuais por ter realizado uma colaboração premiada.

Portanto, é de grande relevância entender os institutos concedentes de benefícios penais e sua relação com a Teoria dos Jogos, já que os resultados da pesquisa podem contribuir na elucidação de dúvidas técnicas e até modificações estratégicas para a responsabilização de criminosos, sem olvidar que tal investigação pode contribuir para o entendimento dos impactos que as persecuções penais - em que se utilizam as colaborações sem observar a devida colheita de informações - podem ter para a sociedade de um modo geral.

Para a elaboração da dissertação, utilizar-se-á uma metodologia qualitativa, utilizando revisão bibliográfica em literatura existente sobre o tema e análise de casos hipotéticos que envolvam o instituto da colaboração premiada.

O método utilizado será o dedutivo, por partir de ideias gerais sobre a Teoria dos Jogos, buscando compreender as estratégias traçadas pelo órgão acusador e pela defesa para obtenção do melhor resultado processual possível.

Há de se observar ainda que o intuito do presente trabalho não é servir como mera revisão das obras de autores que já trataram da temática da colaboração premiada sob a ótica da Teoria dos Jogos, reproduzindo suas ideias de maneira cega.

Busca-se sim os ideais postulados pelos autores, porém, sob uma ótica mais detalhada dos conceitos que permeiam a Teoria dos Jogos, havendo também um enfoque empírico, por meio de entrevistas a profissionais que atuam diretamente com o instituto negocial, situação em que será buscada na prática judicial os melhores caminhos seguidos pelos participantes do jogo.

No capítulo que inaugura o presente trabalho serão abordados os conceitos gerais da Teoria dos Jogos, para que no decorrer da pesquisa seja possível compreender o vínculo entre institutos de caráter jurídico, particular das demandas judiciais, à institutos desenvolvidos a partir de estudos no campo da matemática, economia e administração.

A partir da interação humana, serão analisados os tipos de jogos existentes, visando identificar aquele que se amolda ao objeto do presente estudo, qual seja, a colaboração premiada. Nesta seara, o dilema dos prisioneiros, modelo teórico de jogo, será analisado a partir da perspectiva processual, ilustrando a aplicação da Teoria dos Jogos.

Também serão expostos os elementos principais que compõem jogos que envolvem a interação entre indivíduos, sendo a Teoria da Escolha Racional objeto de tópico particular, haja vista a importância do tema para a compreensão da Teoria dos Jogos como instrumento que visa otimizar os resultados em partidas onde os adversários são igualmente aptos, havendo verdadeiro desafio para o estrategista.

A comparação entre o Direito e os jogos também será objeto de análise no presente capítulo, sendo o estudo aprofundado à relação jurídico processual, identificando-se os elementos (espaço e tempo) e os integrantes do jogo processual penal, tendo como escopo o meio de obtenção de provas regado pela lei nº 12.850/13.

Por fim, a estratégia, elemento do jogo de interação humana, será analisada no âmbito da colaboração premiada, expondo os métodos oriundos do estudo da Teoria dos Jogos que são capazes de preparar o jogador para a partida em que estiver inserido, tanto no que tange ao planejamento quanto no que tange à execução dos movimentos em jogo.

Analisados os conceitos criados a partir do estudo conjunto da matemática, economia e administração, o segundo capítulo inicia-se com a abordagem dogmática da colaboração premiada, estando prescrito na Lei 12.850/13 o procedimento a ser adotado pelos participantes da negociação e pelo juiz, que, ao final, irá homologar o negócio jurídico firmado entre as partes.

Após analisados de maneira superficial os aspectos legais envolvendo a colaboração premiada, o livro “A arte da Guerra”, escrito pelo general chinês Sun Tzu, será analisado em sua íntegra, sendo expostos os elementos da literatura que se amoldam ao processo penal, especificamente no âmbito da justiça premial.

O desenvolvimento da abordagem terá como premissa situações em que os jogadores participantes da colaboração premiada, órgão de acusação e investigado/defesa, estão travando verdadeira guerra negocial, não sendo objeto de análise os padrões de comportamento puramente cooperativos entre as partes.

A escolha por tal corte metodológico se dá em razão de existirem, no plano prático, elementos que afastam os participantes do jogo da observância ao regramento legal da colaboração premiada.

Baseado em tal constatação, que será exemplificada por meio do que fora noticiado em mídia nacional, se mostra relevante a análise do que foge ao padrão de comportamento lícito por parte dos negociantes.

A importância da análise do instituto da colaboração premiada sob tal ótica decorre do que será feito pelos participantes para evitar jogadas que destoam do *fair play*, visando a plena manutenção do Estado Democrático de Direito. A prevenção a jogadas sujas só existe a partir do estudo destas.

No mais, a escolha, inicialmente, pela análise superficial dos aspectos envolvendo a colaboração premiada se dá em razão de não ser objetivo do presente trabalho o estudo vertical dos dispositivos legais que disciplinam a matéria, haja vista que tal abordagem, que já fora realizada de forma qualificada por diversos autores¹¹, demandaria o aprofundamento em matérias que não se relacionam com o objeto da presente pesquisa (vide exposição em resumo).

No terceiro e último capítulo, serão expostos os dados colhidos a partir de questionários e acompanhamento de profissionais que lidam diretamente com a colaboração premiada, sendo buscado em contato e entrevista com advogados e membros do Ministério Público as medidas tomadas nos processos de decisão que precedem e determinam o resultado dos benefícios ofertados ao colaborador.

Haverá a divulgação do resultado das entrevistas (termo de consentimento e questionário respectivamente nos anexos A e B) com os profissionais que atuam em Vitória, capital do Espírito Santo.

¹¹ Além dos autores cujas obras já foram devidamente citadas no presente trabalho, chama-se atenção para o estudo de Fausto Martin de Sanctis, materializado na obra “Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015”.

Após transcrição das principais ideias extraídas das entrevistas, necessária a comparação com o que foi tratado nos Capítulos I e II da dissertação, identificando se a prática dos entrevistados está de acordo com o que fora abordado no plano teórico. Tendo em vista os resultados obtidos, o diálogo entre o que os profissionais estão fazendo na prática e o que o instrumental da Teoria dos Jogos aplicado à colaboração premiada aponta como modelo a ser seguido é imprescindível para que seja identificado se é possível aprimorar os métodos utilizados atualmente pelos que lidam diretamente com o jogo da justiça negociada.

Por fim, serão indicados pontos recomendados pelos profissionais aptos a aprimorarem o modelo de atuação em colaborações premiadas.

CAPÍTULO I: TEORIA DOS JOGOS E COLABORAÇÃO PREMIADA

2 TEORIA DOS JOGOS

Idealizada pelo matemático John Von Neumann e pelo economista Oscar Morgenstern¹², a Teoria dos Jogos consiste num modelo matemático em que relações interpessoais podem ser analisadas sob o ponto de vista da tomada de decisões, em que cada jogador tende a optar por estratégias que levam em consideração a estratégia a ser seguida por seu oponente¹³, o que caracteriza a teoria por sua variada análise combinatória de resultados e, portanto, com nível de complexidade a depender dos atores e fatores envolvidos no contexto.

A Teoria dos Jogos é eminentemente abstrata, ou seja, não descreve e prevê movimentos que realmente ocorrem na realidade¹⁴, mas busca padronizar modelos de decisões que seriam tomadas caso todos os agentes envolvidos no processo decisório se valessem de escolhas racionais. O alerta de Cláudia Monteiro deixa claro que os modelos criados no decorrer do estudo refletem a probabilidade de sua existência, significando que a incerteza do acontecimento é elemento a ser levado em consideração pelo estrategista.

Portanto, a utilidade do estudo da Teoria dos Jogos está na probabilidade do aumento de ganhos, não sendo garantia de que a maximização do resultado será alcançada. Tal premissa

¹²NEUMANN, J. von e O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton University Press, 1944.

¹³HILBRECHT, Ronald. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.), *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 115.

¹⁴MONTEIRO, Cláudia Servilha. A Decisão Racional na Teoria dos Jogos, p. 3402. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

é importante porque ao decorrer do trabalho serão apresentados exemplos de situações e logo em seguida serão apontadas possíveis estratégias a serem seguidas e os possíveis resultados a serem obtidos a partir da estratégia escolhida.

Ocorre que o leitor jamais poderá seguir cegamente as instruções aqui expostas. Tal recomendação não diminui a utilidade do presente trabalho, somente alerta para situações em que as partes envolvidas são diferentes, o espaço territorial é outro, a mídia atua de maneira diversa, ou seja, as circunstâncias, no caso concreto, podem ser completamente distintas dos casos aqui expostos, o que leva o estudioso da Teoria dos Jogos a um cuidado redobrado, haja vista haver em cada contenda judicial, leia-se, partida, novos elementos que demandarão do profissional do Direito a criação de seu próprio e particular modelo de jogo.

Ainda sobre a utilidade do estudo da teoria em comento, Dixit e Skeath apontam três principais fundamentos¹⁵: i) explicação, situação em que a Teoria dos Jogos explica a razão de determinado resultado ter sido alcançado; ii) previsão, já que o estudo das possíveis estratégias a serem adotadas pelos demais jogadores leva o aplicador da Teoria dos Jogos a antecipar os possíveis resultados, como ramificação das ações a serem tomadas pelos participantes; iii) conselho ou prescrição, caso em que a Teoria dos Jogos, se corretamente aplicada, pode precaver o jogador e indicar os melhores caminhos (estratégias) a serem seguidos, visando sempre a maximização/otimização dos resultados.

Orienta Duilio Bêrni que a Teoria dos Jogos faz parte do gênero da teoria da decisão estratégica, sendo apenas uma das possíveis formas de se estudar o processo decisório, capacidade que permeia toda a existência do ser humano.¹⁶

O estudo aprofundado de tal teoria é relevante para aqueles que buscam entender o comportamento de indivíduos em determinada relação interpessoal, já que estes agem estrategicamente e buscando maior grau de satisfação no alcance de seus objetivos. A teoria dos jogos, então, em sua concepção original, aponta métodos matemáticos (teoria visada inicialmente para entender o comportamento no ramo econômico e empresarial), ou seja, objetivos, como modelo para interpretar e antecipar a ação humana.

O presente estudo não avançará em fórmulas matemáticas capazes de ilustrar as escolhas postas à disposição do profissional do direito. Isto porque o campo das ciências sociais é denso e subjetivo, não sendo objeto do presente trabalho solucionar casos específicos com base em

¹⁵ DIXIT, Avinash; SKEATH, Susan. *Games of Strategy*. 2. ed. Londres: W. W. Norton & Company, 1999.

¹⁶ BÊRNI, Duilio de Avila. *Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão*. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Ed., 2004, p. 2.

elementos numéricos, mas sim com base em ideias construídas a partir de conceitos jurídico-sociais (construção argumentativa).

Uma análise profunda da Teoria dos Jogos em seu aspecto matemático e econômico demandaria do presente estudo foco em determinados casos hipotéticos que limitariam a explanação do tema, razão pela qual optou-se por colocar em questão os conceitos básicos da Teoria dos Jogos que são necessários para uma compreensão de sua aplicação na Colaboração Premiada, sem que um ou dois casos formulados abstratamente tomassem a atenção de toda a dissertação.

Compreender a Teoria dos Jogos permite ao jogador entender o processo de decisão dos demais atores da relação, tendo por consequência o desenvolvimento do pensar estratégico do agente, já que poderá projetar no futuro uma provável decisão dos demais jogadores.¹⁷

Ronaldo Fiani explica que nas empresas, partidos políticos ou qualquer outro conjunto de indivíduos, estando envolvidos em uma situação de interdependência recíproca, em que as decisões tomadas influenciam-se reciprocamente, há a configuração de jogo em andamento¹⁸, significando que a tomada de decisões destes grupos pode ser otimizada quando compreendido o objetivo do outro polo da relação interpessoal, sendo este o objeto da Teoria dos Jogos.

A aplicação da teoria em estudo será sempre um modelo, singular para cada situação em concreto, haja vista ser inviável a adoção de um único modelo estratégico para explicar todas as relações interpessoais existentes.

Segundo Samuel Câmara, modelagem “é o processo de formalização do jogo, ou seja, a apresentação de seus jogadores, regras, objetivos e possíveis estratégias em formato de linguagem matemática ou gráfica.”¹⁹

Roger Myerson elucida que “a forma ou a estrutura geral dos modelos que utilizamos para descrever jogos deve ser cuidadosamente considerada.”²⁰ Significa que o modelo, ao descrever o jogo, não pode ser simples a ponto de ignorar os detalhes que influenciam ainda que minimamente no resultado das decisões. Por outro lado, não pode ser complexo a ponto de impedir o cerne das recompensas perquiridas pelos jogadores, haja vista que o excesso de

¹⁷ FIANI, Ronaldo. Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 4. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 9-10.

¹⁸ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 2.

¹⁹ CÂMARA, Samuel Façanha. Teoria dos jogos. [Vitória, ES]: UFES, Núcleo de Educação Aberta e a Distância, 2009, p. 15.

²⁰ MYERSON, Roger B. Game Theory: Analysis of Conflict. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991, p. 37.

detalhes poderia levar a conclusões que nada se relacionam com o campo inicialmente proposto para análise.

Ronaldo Fiani explica que um modelo deve sempre privilegiar os elementos mais importantes para explicar como os jogadores interagem entre si, focando para que elementos muito subjetivos não sejam levados em consideração, já que a abstração permite um estudo mais objetivo do comportamento. Verifica-se então que “qualquer modelo sempre será uma representação muito simplificada de uma realidade infinitamente mais complexa”²¹.

Ilustrando tal postulado, o autor expõe a “Batalha do mar de Bismark (1942-1943)”²², momento da Segunda Guerra Mundial em que o alto comando de guerra japonês decidiu transferir um maciço reforço da China e do Japão para Papua-Nova Guiné.

O dado considerado por Fiani era de que os japoneses dispunham de duas rotas alternativas (com distintas distâncias) para realizarem tal deslocamento, sendo que a coincidência de uma das rotas com a força aérea dos Aliados poderia resultar numa derrota imediata²³. Assim, Fiani adotou em seu modelo de escolha apenas dois elementos: quais as rotas que poderiam ser escolhidas pelos japoneses e quais as rotas que as forças aliadas poderiam encaminhar seu poderio aéreo.

Por outro lado, alerta o autor que o estudo da Teoria dos Jogos não propõe uma “receita pronta acerca de como se comportar em uma situação de interação estratégica na vida real”²⁴, já que o estudo da teoria só daria a base para o jogador poder se situar perante relações interpessoais, dependendo os resultados a serem alcançados de sua experiência e dinâmica adotada ao longo da partida. Ou seja, conhecer a ciência é essencial, porém insuficiente para formação de um bom estrategista.

A vantagem no estudo da teoria estaria, então, relacionada com as múltiplas situações análogas a serem testadas pelo jogador. “A lógica por trás de cada decisão pode ser entendida e comparada com casos semelhantes.”²⁵

2.1 TIPOS DE JOGOS

²¹ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 43.

²² FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 8.

²³ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 2.

²⁴ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 9.

²⁵ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 19.

Adentrando na tipologia dos jogos se verifica que estes podem ser classificados, de forma geral, como jogos de azar, jogos de cartas, jogos de peças e jogos humanos.²⁶

Jogos de azar seriam aqueles em que a sorte tem papel único no resultado das ações, sendo irrelevante o conhecimento do jogador. Neste tipo de jogo o participante se isenta da responsabilidade pelo resultado, ou seja, sua conduta, revelada a partir das próprias informações que obtém acerca das regras do jogo, em nada influenciam no êxito ou fracasso da partida.

Em jogos de cartas é possível verificar certa compatibilidade entre a perícia humana e a sorte, porém, aqui o fator surpresa já não é preponderante para resultado do jogo, cabendo ao jogador adotar as medidas a partir de cada situação que se renova.

Já os jogos de peças e humanos dependem exclusivamente das decisões dos jogadores, podendo o resultado ser influenciado por erros dos jogadores adversários.

Os jogos humanos são aqueles em que o homem intervém racionalmente no terreno ou campo de jogo, como no futebol e no basquete. Diferente dos jogos de azar, os atores são integralmente responsáveis pelo resultado da partida ou contenda, ou seja, já não interferem por meio de cálculos nas peças do jogo, mas são os próprios integrantes e móveis do evento, e é nesse tipo de jogo que há proximidade com a relação jurídica processual.

A partir de fatos ocorridos no plano fenomênico, o aplicador do Direito os analisa e indica se há ou não relevância para o mundo jurídico. A partir de então, cumpre a cada ator envolvido com o Poder Judiciário desempenhar determinada função.

No caso do processo penal, em tese, o acusado praticou determinada ação tipificada como crime. Cumpre ao membro do Ministério Público, após trabalho prévio de investigação, oferecer denúncia (em casos de ação penal de iniciativa pública). Após ou entre tais atos relevantes para o âmbito processual, podem ocorrer situações que também dependem única e exclusivamente dos jogadores envolvidos, como o oferecimento de determinada proposta para encurtar o procedimento penal.

Excluindo situações de competência, em que o processo é distribuído para juízos de forma aleatória (art. 75 do CPP), não há se falar no elemento “álea”, dependendo todos os atos processuais da conduta das partes ou do órgão julgador.

O objeto de estudo da Teoria dos Jogos é justamente aquele jogo humano em que os jogadores tomam decisões estratégicas em busca de determinados benefícios. Por ser um

²⁶ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Noeses, 2011, p. 5-9.

processo interativo, as decisões de cada jogador afetam seus próprios resultados e o resultados dos demais jogadores.²⁷

Os jogos, objeto do estudo em questão, podem ser classificados quanto ao número de interações.²⁸ Havendo apenas um momento em que a interação estratégica se dará, dá-se o nome de jogo estático. Havendo duas ou mais interações entre os jogadores, diz-se que o jogo é dinâmico.

2.1.1 Jogos sequenciais e jogos simultâneos

Ainda no campo dos jogos humanos que são objeto de estudo da Teoria dos Jogos, tem-se que podem ser classificados como jogos sequenciais ou jogos simultâneos.²⁹

Jogos sequenciais ou dinâmicos são aqueles em que a decisão de determinado jogador tem influência na decisão seguinte de outro jogador (o xadrez é um exemplo de tal classificação). Há uma cronologia nos acontecimentos, havendo, portanto, um conhecimento prévio da “jogada” realizada pelo outro participante.

Ronaldo Fiani elucida que além de não serem ignoradas as decisões passadas, há necessária projeção das escolhas futuras, já que há consequente desdobramento das ações.³⁰

Projetar jogadas futuras significa, além de considerar as opções postas à disposição do outro jogador, observar um possível padrão adotado por este.

Falando do processo penal de maneira genérica (procedimento comum), tem-se que a defesa tem importante posição dentro do jogo sequencial. Por ser o último ato da instrução probatória (art. 400 do CPP), o réu pode escolher confessar o crime (visando obter a atenuante da confissão espontânea na segunda fase da dosimetria da pena), caso a defesa técnica entenda haver elementos suficientes para condenação, ou negar a autoria do fato/manter-se em silêncio, almejando a absolvição.

Em termos de colaboração premiada, analisar se determinada promotória já fechou acordos e buscar antecipar as cláusulas a serem propostas é de grande valia para o acusado, já que, partindo de base informativa, poderá dispor de menos elementos do que realmente possui,

²⁷ CÂMARA, Samuel Façanha. Teoria dos jogos. [Vitória, ES]: UFES, Núcleo de Educação Aberta e a Distância, 2009, p. 20.

²⁸ CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à Teoria dos Jogos no Direito. Revista dos Tribunais Online, p. 6.

²⁹ CÂMARA, Teoria dos jogos, 2009, p. 31.

³⁰ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 50.

tendo em mente que o *parquet* já concedeu anteriormente valorosos benefícios em troca de determinado quantitativo/qualitativo de informações.

Em jogos onde há conhecimento de todas as estratégias já adotadas antes dos jogadores realizarem suas decisões há o chamado jogo de informação perfeita.

Por outro lado, há situações em que ao menos um jogador decide sem a ciência prévia da decisão tomada pelos demais jogadores, sendo classificado como jogo de informação imperfeita.³¹

Ao contrário do esposado por Cláudia Monteiro³², restou demonstrado que o estudo da Teoria dos Jogos não pressupõe que todos os jogadores conheçam as estratégias de todos os envolvidos no jogo. Também não se pode afirmar que é no início do jogo que cada jogador tem contato com as estratégias a serem adotadas pelos demais jogadores.

Nesta seara, há ainda a classificação dos jogos de informação completa, em que cada jogador sabe, além do que ocorreu nas jogadas anteriores, quem é seu oponente, suas possíveis estratégias, característica (incluindo personalidade) e *pay-offs* postos à disposição dos agentes como consequência de cada estratégia a ser seguida.³³

Já os jogos simultâneos são justamente aqueles em que não há um conhecimento revelado de forma cronológica, havendo, portanto, jogadas realizadas ao mesmo tempo ou sem a informação da decisão anteriormente tomada pelos demais jogadores (exemplo simples é o “par-ou-ímpar”).

Nas palavras de Ronaldo Fiani, “jogos simultâneos são aqueles em que cada jogador ignora as decisões dos demais quando toma a sua própria decisão, e os jogadores não se preocupam com as consequências futuras de suas escolhas.”³⁴

A partir de tal classificação, a Teoria dos Jogos aponta ainda o modo como os jogadores se comportam dentro da partida, a depender dos interesses de cada um. Tal análise classifica os jogos em a) cooperativos, em que os interesses dos jogadores são comuns; b) não cooperativos, em que os interesses são opostos e; c) mistos, tipologia em que os jogadores podem traçar estratégias que ora podem levar a interesses comuns, ora podem levar a interesses divergentes.

A colaboração premiada, na teoria, é intrinsecamente ligada ao jogo cooperativo, já que, em tese, se verifica situação em que investigado busca a todo momento atender aos anseios do

³¹ CÂMARA, Teoria dos jogos, 2009, p. 37.

³² MONTEIRO, A Decisão Racional na Teoria dos Jogos, p. 3405 e 3406.

³³ BÊRNI, Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão, 2004, p. 19 e 65.

³⁴ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 50.

órgão de acusação, que por sua vez se compromete a cumprir com as cláusulas fixadas durante a negociação.

Cláudia Monteiro explica que em jogos cooperativos a comunicação entre os jogadores é essencial, sendo que o resultado a ser obtido pelas partes, desde que estejam focadas em seguir as regras traçadas, depende da coordenação das estratégias entre si.³⁵

Ocorre que, como se verá no item seguinte, há situações, muitas vezes veladas, em que a cooperação na colaboração premiada é apenas fictícia, podendo determinado jogador estar envolvido em subjogos que o façam simular determinada realidade perante o seu oponente.

2.1.2 O jogo da colaboração premiada

Conforme será aprofundado no capítulo seguinte, é possível compreender que o processo penal é um jogo que possui diversas etapas, podendo em algumas delas ser caracterizado como jogo sequencial (seguindo a cronologia aposta pelo rito adotado) e em outras ser caracterizado como jogo simultâneo, situação em que os polos da relação jurídica processual formada desconhecem as medidas adotadas pelos demais jogadores, como pode ocorrer em casos de quebra de sigilo telefônico.

Acerca dos interesses visualizados pelos jogadores, a regra no modelo acusatório adotado pelo processo penal brasileiro é a de que se trata de um jogo não cooperativo, já que de um lado está o Ministério Público/querelante buscando elementos de provas suficientes para sustentar a narrativa aposta em exordial acusatória e de outro lado está o réu/querelado, visando se eximir da responsabilidade penal.

Porém, quando se fala em colaboração premiada, o próprio nome do instituto já identifica o interesse que é buscado pelas partes tratantes. Tanto *parquet* ou Polícia Judiciária quanto investigado/acusado, ao pactuarem as cláusulas do acordo de colaboração premiada, buscam, a priori, adimplir com o contrato.

Peculiaridade que distingue o jogo envolvendo a colaboração premiada daquele que segue o tradicional curso do processo penal (que se limita a denúncia, audiências, alegações finais e sentença), é a voluntariedade em se participar das negociações.

³⁵ MONTEIRO, A Decisão Racional na Teoria dos Jogos, p. 3406.

Ao contrário do que ocorre com o instituto negocial penal do art. 89 da Lei nº 9.099/95 (*sursis* processual), formou-se corrente na doutrina no sentido de que o acordo de colaboração premiada não é direito subjetivo do réu, sendo ato discricionário do acusador.³⁶

Isto significa que os órgãos de investigação não estão obrigados a aceitarem proposta de eventual colaborador. Antes, deverão estudar a conveniência e oportunidade em sentar-se na mesa de negociações com o investigado.

Por outro lado, diante de tal barreira a ser enfrentada pelo acusado, deve este se preocupar em despertar o interesse no Ministério Público ou Polícia Judiciária, apontando que com seu auxílio, por exemplo, poderia ser alcançado elemento probatório que incrimine o então Presidente da República. Tal contexto, ainda que seja sabidamente falso pelo investigado, pode criar nos órgãos de investigação uma porta para a negociação, sendo certo que a descoberta de crimes cometidos pelos Ministros nomeados pelo Presidente, ainda que não atendam ao anteriormente prometido, podem significar uma grande redução na aplicação da pena.

Satisfeitas as cláusulas, o órgão acusatório poderá se valer dos elementos trazidos pelo colaborador para eventual benefício à sociedade e investigado poderá usufruir dos benefícios penais estipulados em acordo.

O tipo de jogo ora estudado, cujo regramento encontra-se principalmente prescrito na Lei nº 12.850/13, recebe o escopo de jogo de barganha, já que o somatório das recompensas, tanto para o Ministério Público quanto para o investigado, certamente é maior caso aceitem colaborar entre si, superando os resultados a serem alcançados caso pretendessem levar a lide pelo caminho da não cooperação. Há um aumento nas recompensas individuais que seriam obtidas no caso de não celebração de acordo.³⁷

Mario Pinto Júnior elucida que os jogos de barganha podem variar de acordo com as rodadas de negociação, havendo casos em que há sucessivas rodadas ou rodada única de oferta. Sendo o caso de rodadas sucessivas, o autor alerta ainda para o fato de poder determinado jogador influenciar na proposta a ser realizada, já que “a taxa de impaciência é diretamente proporcional ao custo da demora em alcançar a solução negociada”.³⁸

³⁶ COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 105, v. 969, jul. 2016. P. 151-152. Em sentido contrário, entendendo ser a colaboração premiada um direito subjetivo: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 85.

³⁷ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. A Teoria dos Jogos e o Processo de Recuperação de Empresas. Revista dos Tribunais Online, 2006, p. 3-4.

³⁸ PINTO JÚNIOR, A Teoria dos Jogos e o Processo de Recuperação de Empresas, 2006, p. 4.

O termo “a priori” na página anterior foi colocado como regra, mas não como dado absoluto, haja vista que há casos em que o colaborador pode estar participando de um jogo oculto (vide exposição em item 1.3), buscando tão somente ganhar tempo ao firmar o pacto com órgãos de acusação, situação em que, apesar de aparentemente existir um jogo cooperativo, na verdade verifica-se um jogo não cooperativo, já que a análise se daria no campo do macro jogo.

Outra questão importante a ser traçada neste primeiro capítulo é quanto à escolha ética desta obra. Isto porque os exemplos que serão dados adiante podem levar o leitor a crer que se objetiva uma vitória da ilicitude sobre o Estado Democrático de Direito, haja vista que serão propostas maneira de se jogar o processo penal de forma a alcançar o maior benefício possível, independente do estrito seguimento às normas legais ou não.

Necessário esclarecer que, conforme já exposto por Duilio Bêrni, não se deve julgar a teoria dos jogos pela ação dos jogadores ou mesmo de seus formuladores.³⁹ Isto significa que os métodos e soluções explorados neste trabalho em momento algum visam favorecer a burla ao sistema e conseqüente afastamento do *fair-play*⁴⁰, pelo contrário, significa expor o que ocorre no mundo real para que membros do Ministério Público e defesa técnica/investigado estejam atentos aos possíveis subjogos tramados por quaisquer das partes.

Não há pretensão de aplicar-se a conceituação da teoria utilitarista, em que os motivos que levaram a determinada ação são irrelevantes para análise da justiça, só havendo importância quanto às conseqüências do ato, prevalecendo a máxima de que “os fins justificam os meios”⁴¹.

Tal premissa levaria a conclusão de que o acerto na tomada de decisões é analisado sob a ótica de seus resultados, sendo que a utilidade é observada quando o ato gerar mais benefícios do que perdas ao indivíduo. A utilização de *cases* no presente trabalho não é justificada pela simples análise retro (satisfação daquele que valeu-se das ações, ainda que ilícitas), mas sim justificada a partir de condutas que os participantes adotarão para evitar que jogadas sujas interfiram no resultado da partida, que deve sempre prezar pela observância ao Estado Democrático de Direito.

³⁹ BÊRNI, Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão, 2004, p. 15.

⁴⁰ Por ser obra voltada ao campo da economia e administração, o autor expõe ainda que “o salto da passagem entre o mundo dos números e o mundo físico nunca precisa ser exercitado.” (BÊRNI, Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão, 2004, p. 16).

⁴¹ DOROCINSKI, Guilherme. Os fundamentos filosóficos do instituto da Delação Premiada. Revista O Mal-Estar No Direito. Vol. 2. N. 2. Set. 2016, p. 52-53.

Cláudia Monteiro explica que, apesar de não se preocupar com limites éticos a serem seguidos pelos agentes, a Teoria dos Jogos acaba demonstrando que é racional submeter-se às regras do meio em que se está inserido.⁴²

Até mesmo em livro “A arte da Guerra”, que será analisado no item 10, o autor da obra demonstra, como exceção na atuação durante o confronto, que investidas desleais aos inimigos nem sempre são recomendadas.⁴³

Isto ocorre porque os riscos a serem enfrentados pelo jogador que burla as regras do sistema são tão elevados que, na maioria das situações (envolvendo o processo penal), acabam não compensando os resultados (ensinamento da doutrina que indica possível resposta à pergunta “ii”).

A depender do grau de complexidade do jogo e da expertise dos demais jogadores envolvidos, acaba sendo provável que o ato ilícito, antiético ou irregular seja descoberto, razão pela qual o aplicador da Teoria dos Jogos, apesar de entender obter um maior ganho com a burla de regras, prefere seguir o *script* previamente estabelecido pelo jogo, buscando, a partir de então, obter um maior ganho possível em observância à legalidade.

No campo da colaboração premiada, indicar a maneira pela qual a defesa técnica poderia especular informações falsas e vazar na mídia certos fatores que pressionariam o Ministério Público a oferecer maiores vantagens em troca do acordo não é pretender favorecer o engodo ou ilícito.

Mais uma vez, a exposição de situações vantajosas ao jogador desonesto pretende prevenir que jogadores que seguem as regras processuais sejam por aqueles enganados. Não seria objetivo do presente estudo expositivo qualquer tipo de apologia ao crime.

Em 2019, no Espírito Santo, advogadas foram investigadas por suposto crime ao terem publicado vídeos “ensinando” criminosos a se esquivarem da Justiça.⁴⁴

O delito prescrito no art. 287 do Código Penal, nas palavras de Rogério Greco, demanda “enaltecer, engrandecer, elogiar, aplaudir”⁴⁵ o fato criminoso ou autor de crime. Ao contrário, o presente trabalho busca destacar o que pode acontecer no plano fático, para que tanto defesa

⁴² MONTEIRO, A Decisão Racional na Teoria dos Jogos, p. 3399.

⁴³ Na oportunidade Sun Tzu escreve: “Não te encarnices contra um inimigo derrotado” (TZU, A arte da guerra, 2006, p. 41).

⁴⁴ GAZETA ONLINE. Advogadas no ES são investigadas pela polícia por apologia ao crime. Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/policia/2019/06/advogadas-no-es-sao-investigadas-pela-policia-por-apologia-ao-crime-1014184119.html>. Acesso em 07 de junho de 2019.

⁴⁵ GRECO, Rogerio. Curso de Direito Penal: parte especial, volume IV. 5. ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 205.

quanto acusação possam, baseado nos estudos da Teoria dos Jogos, se esquivar de táticas que se utilizem de condutas ilícitas no alcance do melhor resultado.

Em relação aos órgãos de investigação, a própria doutrina criminal⁴⁶ prega o estabelecimento de procedimentos internos aos membros dos órgãos de investigação para que potenciais colaboradores recebam tratamento isonômico, evitando que as tratativas sejam realizadas em dissonância com pressupostos éticos.

Tem-se então que o estudo da Teoria dos Jogos sem valoração do certo ou errado de maneira cabalmente fundamentada foi o método empregado na presente obra, cabendo ao leitor identificar, posteriormente à análise, se determinada conduta deve ser evitada, prevenida, seguida ou aprimorada.

2.1.3 Equilíbrio de Nash, dilema dos prisioneiros e sua aplicação na colaboração premiada

O dilema dos prisioneiros, jogo simultâneo e não cooperativo formulado em 1950 por Albert Tucker em seminário para psicólogos na Universidade de Stanford⁴⁷, configura uma situação hipotética apta a testar determinado modelo de jogo, sendo analisado de maneira simples a melhor decisão a ser tomada no caso narrado.⁴⁸

O caso envolve duas pessoas suspeitas de terem cometido um crime grave, estando os agentes sob a custódia da polícia. Ocorre que esta só tem elementos de prova suficientes para indicar que os suspeitos cometeram crimes leves. Há, na situação hipotética, conflito entre os interesses coletivos e individuais dos envolvidos.

Tem-se então que o objetivo da polícia seria obter mais elementos de prova aptos à condenação dos agentes também no crime mais grave. Para isso se vale da técnica da confissão, isolando os agentes A e B em selas distintas, apresentando para cada um dos custodiados as seguintes propostas:

a) se A confessar o roubo e B não confessar, A será libertado por ter cooperado com a polícia e B será condenado a quatro anos de prisão; b) se, ao contrário, A não confessar e B confessar, A será condenado a quatro anos de prisão, enquanto B será libertado; c) caso ambos

⁴⁶ SOUZA, Mariana M. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.) A delação/colaboração premiada em perspectiva. Brasília: IDP, 2016, p. 68.

⁴⁷ SARTINI, Brígida Alexandre; GARBUGIO, Gilmar; BORTOLOSSI, Humberto José; SANTOS, Polyane Alves; BARRETO, Larissa Santana. Uma Introdução a Teoria dos Jogos. II Bienal da Sociedade Brasileira de Matemática. Universidade Federal da Bahia, 2004, p. 6. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em 29 de janeiro de 2019.

⁴⁸ BÉRNI, Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão, 2004, p. 23.

confessem, enfrentarão uma condenação de dois anos de prisão. Por fim, ainda que não informados, tem-se a situação que, caso ambos não confessem, serão soltos após um ano de detenção, por responderem apenas pelo crime mais leve.

No exemplo trazido há evidente circunstância de que a não cooperação entre os agentes leva a um resultado menos favorável do que a cooperação (ainda que não ajustada entre os agentes).

Tem-se então a seguinte matriz⁴⁹:

Prisioneiro A	Prisioneiro B	
	Confessar	Negar
Confessar	2 anos; 2 anos	Liberdade, 4 anos de prisão
Negar	4 anos de prisão, liberdade	1 ano; 1 ano

É notável que o jogo se classifica como não cooperativo ante a impossibilidade em haver comunicação entre os prisioneiros, situação que impede o estabelecimento prévio de compromissos, formalizando estratégias conjuntas. Caso fosse possível tal cooperação, consequência lógica para os agentes A e B seria o silêncio, haja vista ser o melhor resultado previsto. Por outro lado, é possível levar em conta o risco de traição, situação em que, mesmo havendo comunicação entre os agentes, seria arriscado optar pela estratégia que busque o melhor resultado.

Ainda sobre os conceitos básicos para estudo da Teoria dos Jogos, Ronaldo Fiani ensina que a teoria denominada *Equilíbrio de Nash* exige que cada jogador escolha a melhor estratégia frente às estratégias adotadas pelos demais jogadores, sem que haja conhecimento prévio de tais decisões.⁵⁰ Nas palavras de Hillbrecht, “em um equilíbrio de Nash nenhum jogador gostaria de mudar sua estratégia quando souber o que seus rivais fizeram.”⁵¹

Idealizada em 1951 pelo matemático John Nash (vencedor do prêmio Nobel de Economia em 1994) em obra “*Non-Cooperative Games*”, lançada em *Annals of Mathematics*, o equilíbrio de Nash é aquele que impõe a cada jogador adotar a melhor estratégia que seria a melhor resposta às estratégias adotadas pelos demais jogadores.⁵² Restou evidenciado então que

⁴⁹CÂMARA, Teoria dos jogos, 2009, p. 56.

⁵⁰FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 102.

⁵¹HILLBRECHT, Ronald. Introdução à Teoria dos Jogos. Uma análise do Comportamento Estratégico para aplicações no Direito. Fevereiro de 2011, p. 7. Disponível em: <https://nedep.files.wordpress.com/2011/07/introduc3a7c3a3o-c3a0-teoria-dos-jogos-aplicada-ao-direito.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

⁵²FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 36.

nem sempre o ganho de um jogador representa a perda do outro (jogos de soma não zero, vide item 2.2).

Conforme exposição de Monteiro, “ainda que do ponto de vista de cada jogador as suas estratégias escolhidas sejam as únicas racionais, ele não consegue obter um resultado ótimo”⁵³. Há assim uma incompatibilidade entre a racionalidade individual e a racionalidade coletiva.

O estudo de tal análise matemática levou a compreensão de que adotar a melhor estratégia em resposta às estratégias a serem adotadas pelos demais jogadores, ainda que possa resultar em um melhor resultado para o indivíduo, pode não resultar no maior ganho possível para todos os jogadores se analisados de forma conjunta, ou seja, a busca do melhor para si nem sempre resulta no melhor para o grupo.

Aplicando o Equilíbrio de Nash ao dilema dos prisioneiros, onde se busca o melhor resultado para todos os jogadores envolvidos, a melhor opção de cada um dos detidos seria pela confissão, haja vista que, ou um dos envolvidos seria posto imediatamente em liberdade (caso o outro não confessasse) ou passaria no máximo dois anos preso. Isto ocorre quando o agente A leva em consideração as opções postas à disposição do agente B (*pay-offs*).

A opção por não confessar, admitindo que não há comunicação entre os detidos, ainda que passível de se obter o melhor resultado possível do ponto de vista individual (liberdade após um ano), também poderia resultar em quatro anos de prisão, caso o outro detido confessasse o crime, o que revela não ser a melhor escolha sob o ponto de vista coletivo.

Tem-se então que o *Dilema dos Prisioneiros* é um exemplo de interação estratégica em que o fato de um jogador buscar o melhor para si não necessariamente resultaria no melhor para todos, devendo ser pensada a melhor estratégia frente aos dados obtidos. A possibilidade de interação entre os jogadores e de combinação de estratégias é o que distingue jogos cooperativos de não-cooperativos.

A aplicação do Equilíbrio de Nash encerra a regressão infinita do “A sabe que B sabe que A sabe...que B vai confessar”⁵⁴. Aplicando o conceito à colaboração premiada, é possível criar algumas hipóteses em que Ministério Público e colaborador cheguem ao melhor resultado possível para ambos.⁵⁵

⁵³ MONTEIRO, A Decisão Racional na Teoria dos Jogos, p. 3408.

⁵⁴ BÉRNI, Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão, 2004, p. 27.

⁵⁵ O exemplo que segue não adotou situação em que há dois potenciais colaboradores, por haver similitude com o já exposto dilema dos prisioneiros.

Valendo-se da situação hipotética criada por Tucker, não faltam tentativas na doutrina de vincular as soluções encontradas no Dilema dos Prisioneiros à casos concretos oriundos da Operação Lava Jato.

Ocorre que há equívoco daqueles que tratam situações concretas como casos abstratos e genéricos. Considerar que “delatores na operação ‘Lava-Jato’ resolvem delatar o mais rápido possível [...] um dos acusados procurava a força-tarefa para fazer a delação premiada antes do outro e obter, assim, o melhor benefício”⁵⁶, significa que a análise ignorou fatores concretos da situação.

Não é possível identificar subsunção integral do Dilema dos Prisioneiros a decretos prisionais ocorridos no âmbito da Operação Lava Jato por não haver, na situação fática, incomunicabilidade entre os investigados.

Apesar de não haver contato direto entre os presos, a troca de informações entre os colaboradores em potencial é possível a partir do contato com os advogados, razão pela qual o estudo de delações realizadas a partir de prisões no âmbito da Lava Jato não pode ignorar fatores externos, levando em consideração tão somente a pressa e/ou desespero do investigado recém apreendido.

O alerta se faz necessário a partir da constatação de que o estudo da Teoria dos Jogos leva em consideração um modelo abstrato, visando preparar o jogador para partidas futuras. Por outro lado, a análise de jogos já encerrados demanda um estudo aprofundado da estratégia seguida por cada jogador, não sendo possível criar padrões de comportamento sem que haja colheita de informações dos autos da ação penal, cláusulas do acordo de colaboração premiada e demais elementos capazes de externalizar o que realmente teria motivado o investigado a auxiliar as autoridades estatais.

Passando ao exemplo, há situações em que o Ministério Público almeja determinado meio de prova para formar elementos que incriminem determinado agente político. Porém, o único agente detentor de tais informações é um empresário que está sendo acusado por crime contra a Administração Pública, cuja pena pode atingir 12 anos. O detalhe é que o Ministério Público tem convicção de que o curso processual levará à absolvição do réu, por aplicação do brocardo *in dubio pro reo*⁵⁷.

⁵⁶ GOMES, Christiano Gonzaga. Colaboração Premiada e Teoria dos Jogos com base no equilíbrio de John Nash. Disponível em: <http://questaoeinformativo.com/delacao-premiada-e-teoria-dos-jogos-com-base-no-equilibrio-de-john-nash/>. Acesso em 01 de setembro de 2019.

⁵⁷ Art. 386, VII do CPP: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça não existir prova suficiente para a condenação.

O *parquet* sabe que se denunciar o empresário jamais alcançará o agente político sob suspeita, além de não conseguir a condenação do réu. Caso o Ministério Público proponha acordo de colaboração premiada ao investigado, este poderá entregar os elementos de prova almejados ou negar a proposta, ocultando ainda mais os rastros que incriminam o membro do Parlamento.

A aplicação do Equilíbrio de Nash surge na seguinte análise:

O potencial colaborador não possui a mesma convicção que o *parquet*, situação em que deve escolher entre o risco oriundo da ação penal (absolvição ou pena de 12 anos) e a colaboração com o órgão de acusação, situação que seria garantida sua liberdade.

No caso narrado, verifica-se que a melhor estratégia para o colaborador, a nível individual, seria recusar a proposta feita pelo Ministério Público (já que não entregaria o agente político e ainda conseguiria a liberdade). Ocorre que, por ser um jogo de informação incompleta, o investigado não tem a mesma convicção alcançada pelo *parquet*.

Isto porque, na mente do acusado, recusando o acordo e tendo o Ministério Público meios de prova sólidos, pode ficar 12 anos preso. Ocorre que na realidade, recusando o acordo e não havendo meios de prova concretos, o acusado poderá ser posto em liberdade.

Sob outro ângulo, aceitando o acordo e tendo o Ministério Público meios de prova sólidos, poderá ter sua pena reduzida para apenas 6 anos. Aceitando o acordo sem que o Ministério Público tenha meios de prova suficientes, poderá ser posto em liberdade, mas arcará com o ônus acordado. Ou seja, entregou o agente político sem que houvesse real necessidade.

Neste caso, tem-se que a melhor estratégia a ser seguida pelo empresário é aceitar o acordo de colaboração premiada, sendo posto em liberdade mediante a delação do agente político.

Optar pela recusa sem a ciência de que seria absolvido seria um risco que dificilmente um agente assumiria caso agisse racionalmente.

Conforme exposição retro, o modelo exposto se trata de um jogo de informação incompleta. Os aspectos envolvendo a colaboração premiada, quando analisada sob a perspectiva da Teoria dos Jogos, não podem partir do princípio de que as informações postas à disposição dos jogadores são completas e perfeitas (item 2.1.1). Tal premissa, que na elaboração de certos modelos teóricos já foi adotada por Reginato e Parré⁵⁸, desconsidera elementos que podem estar ocultos, criando uma sensação de segurança que pode induzir o jogador a erro.

⁵⁸ REGINATO, Vitor Gomes; PARRÉ, José Luiz. O INSTITUTO PENAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA E A TEORIA DOS JOGOS, p. 7. Disponível em: https://www.anpec.org.br/sul/2017/submissao/files_I/i7-2c4611015e9e8cd56793c81ab72f156e.pdf. Acesso em 08 de setembro de 2019.

A metodologia apresentada pelos referidos autores busca explicar um plano teórico que fora criado, sendo essencial que o leitor entenda o caráter abstrato da Teoria dos Jogos (item 2), para que não seja surpreendido pela álea ou por condutas imprevisíveis sob o ponto de vista do estudo padronizado do jogo.

Saber as regras da partida, tendo ciências dos benefícios previstos em legislação e condições para que o instituto seja concretizado não é suficiente para domínio de todas as variáveis existentes na persecução penal. Familiarizar-se com o procedimento é essencial, porém, não significa que o jogador deva ignorar jogadas que destoam do padrão de comportamento esperado dos jogadores imbuídos pelo *fair play*.

2.2 ELEMENTOS NECESSÁRIOS AO ESTUDO DA TEORIA DOS JOGOS

Os elementos necessários para compreensão do objeto de estudo da Teoria dos Jogos, segundo Ronaldo Fiani⁵⁹, são:

i) um jogo é um modelo formal: a Teoria dos Jogos se vale da descrição e análise da situação fática, sendo necessário o conhecimento e fidelidade às regras preestabelecidas. O modelo formal nada mais é do que a descrição do jogo, sendo exposto os integrantes (jogadores), objetivos e formas de interação.⁶⁰

Este elemento pressupõe que os jogadores não podem agir racionalmente se não identificarem, antes ou no início da partida, as regras do jogo, sendo tais regras as possibilidades de ações a serem realizadas pelos jogadores (limites impostos pelo próprio sistema em que se está inserido).⁶¹

No campo do processo penal seria possível identificar o próprio rito a ser seguido como regra já conhecida pelos atores, estando prescrito em legislação o procedimento com as devidas garantias necessárias à persecução penal. Assim, conhecer a margem de atuação de cada jogador, através de normas permissivas e proibitivas do ordenamento jurídico brasileiro seria ponto básico e inafastável para uma correta aplicação da Teoria dos Jogos.

ii) interações: as ações de cada envolvido afetam os demais, significando que a análise das relações interpessoais parte da busca pelo conhecimento de todas as consequências ou resultados das ações. Nas palavras de Gregorio Robles, “a ação é um ato ou conjunto de atos

⁵⁹FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 12-13.

⁶⁰CÂMARA, Teoria dos jogos, 2009, p. 15.

⁶¹CÂMARA, Teoria dos jogos, 2009, p. 20-21.

considerados unitariamente”, o autor elucida ainda que ato seria “unidade de movimento realizada por um sujeito.”⁶²

Ronaldo Fiani explica que no campo de ação de cada jogador, este levaria em consideração o campo de ação posto à disposição de seu adversário.⁶³ Fato que tornaria a análise mais complexa seria a situação em que jogadores tomam suas decisões de maneira simultânea. Desconhecer a medida tomada pelo oponente é fator de risco que deve ser calculado levando em consideração as preferências do jogador, sendo imprescindível que o bom estrategista busque informações relevantes envolvendo a personalidade do agente adversário.

Trazendo exemplo do processo penal, recusar a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95) proposta pelo Ministério Público pode ser decisão prejudicial para o réu ao final da ação penal. Eventual tese voltada à absolvição deve ser comparada com precedentes análogos julgados pelo juízo competente para a causa.

Buscar a absolvição tão somente em tribunais superiores pode ser igualmente um prejuízo ao réu, já que, para que sua tese possa ser adotada, depende de mais tempo sendo processado e por ventura maior quantia a título de honorários a ser paga para a defesa técnica, fato este que, se comparado às consequências da *sursis* processual, podem significar radical desvantagem (vide item 10.1.1.1).

iii) agente: é um indivíduo ou grupo de indivíduos (organização) imerso no jogo capaz de afetar terceiros por meio de suas decisões, denominados jogadores pela Teoria dos Jogos. O importante é que para ser considerado como jogador o indivíduo deve ter autonomia para tomada de decisões⁶⁴, caso contrário, será mero fantoche do verdadeiro jogador, podendo este estar oculto ou não.

iv) racionalidade: a Teoria dos Jogos assume que os agentes são racionais, adotando medidas que entendam levar ao melhor resultado possível dentro do objetivo almejado, sem que haja valoração emocional dessa vontade por parte daquele que estuda as decisões tomadas.

Em tal elemento surgem os denominados *pay-offs* (recompensas), que são os resultados dos jogos.⁶⁵ Nas palavras de Ronaldo Fiani, “uma recompensa é aquilo que todo jogador obtém depois de encerrado o jogo, de acordo com suas próprias escolhas e as dos demais jogadores.”⁶⁶

Envolvendo tais recompensas, os jogos podem ser classificados como: a) de soma zero, sendo que o ganho de cada jogador corresponde respectivamente à perda de outro jogador

⁶² ROBLES, As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito, 2011, p. 70.

⁶³ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 45.

⁶⁴ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 43.

⁶⁵ CÂMARA, Teoria dos jogos, 2009, p. 20.

⁶⁶ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 47.

(jogos não cooperativos por essência); b) de soma não zero, caso em que os participantes possuem interesses comuns e opostos, variando no decorrer da partida, o que pode caracterizar a cooperação dos jogadores, não havendo um polo oposto e incomunicável, como no caso dos jogos de soma zero.⁶⁷

Fiani, se valendo de fórmulas matemáticas para explicar a tomada de decisões de jogadores, expõe que não se pode atribuir valores às preferências de cada indivíduo, no sentido de mensurar quantos por cento se prefere determinada recompensa a outra, seria possível tão somente escalonar a ordem prioritária das preferências.⁶⁸

Levando ao caso prático da colaboração premiada, determinado investigado jamais poderia considerar que o *parquet*, por exemplo, prefere a delação do líder da organização criminosa duas vezes mais do que a devolução de determinado valor em dinheiro auferido ilicitamente.

O que o colaborador poderia estipular é que o membro do Ministério Público possui como meta o nome do líder da organização, subsidiariamente almeja o produto do crime. Assim, o escalonamento das preferências é útil na medida em que se pode entregar ou especular a entrega do que é buscado pelo outro jogador.

Tentar quantificar as preferências poderia levar o estrategista a erro, já que a mensuração de tal aspecto cai num subjetivismo que leva a incertezas. Omitir a informação de que possui o nome do líder da organização criminosa e prometer entregar o dobro do valor anteriormente levantado poderia resultar num benefício menor do que aquele pensado em caso de entrega do objetivo preferencial do Ministério Público.

Samuel Câmara elucida que cada jogador é capaz de avaliar seus *pay-offs* para cada ação, significando que a estratégia a ser traçada por cada jogador também leva em conta as possíveis estratégias e escolhas realizadas pelo adversário⁶⁹, já que em interações interpessoais a consequência de determinada ação não é originada isoladamente por esta, mas sim depende da influência das demais reações titularizadas pelos demais jogadores.

Ocorre que seria um erro considerar o agente “adversário” como tomador das melhores decisões, razão pela qual Fiani expõe que a Teoria dos Jogos não restringe o objetivo do jogador ao sucesso em seu sentido estrito, qual seja, resultado de um único jogo.⁷⁰ Há situações em que

⁶⁷ CARVALHO, Gustavo Oliveira Dias de. A Teoria dos Jogos, o Equilíbrio de Nash e o Código de Processo Civil de 2015, p. 14. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5493/2763>. Acesso em 10 de março de 2019.

⁶⁸ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 49.

⁶⁹ CÂMARA, Teoria dos jogos, 2009, p. 21.

⁷⁰ CÂMARA, Teoria dos jogos, 2009, p. 21.

“entregar” a partida faça parte da estratégia do jogador, haja vista que este pode integrar um jogo que abarca o respectivo subjogo.

Adotar a derrota como possibilidade de escolha do jogador em polo oposto da partida é cálculo que deve ser realizado pelo estrategista, devendo levar em consideração os possíveis ganhos que não estão abarcados pelo subjogo, mas que possivelmente fazem parte de um campo maior (perder no micro jogo pode significar ganho ou vantagem no macro jogo).

Exemplo que pode se adequar ao ensinamento seria aquele presente em acordo de colaboração premiada firmada entre investigado e Ministério Público. Caso o membro do *parquet* se contente com atrativas promessas do colaborador, em troca de não oferecimento da denúncia, ao não projetar um eventual jogo em que o investigado se faz presente, pode cair em erro.

Isto porque o colaborador pode estar prestando informações falsas, visando tão somente ganhar tempo, já que estando em liberdade e não tendo havido oferecimento da denúncia poderia, por exemplo, maquinar a evasão de divisas e execução de crimes outros. Situação em que o futuro oferecimento de ação penal por descumprimento das cláusulas acordadas/falsidade das informações prestadas pode significar o êxito na empreitada delituosa, tendo sido parte da estratégia do colaborador “perder” no micro jogo que se formou entre ele e Ministério Público.

Ignorar os subjogos em que o investigado está inserido, de forma extraprocessual, é acreditar na ilusão de que os jogadores sempre adotam padrões éticos em suas táticas, fator este que não é adotado no estudo da Teoria dos Jogos⁷¹, ou seja, não há modelo criado a partir do certo ou errado, mas sim a partir dos objetivos de cada jogador.

A partir de tal ilustração é possível compreender o postulado de Fiani acerca da racionalidade, em que esta “tem a ver com os meios que os indivíduos empregam para alcançar seus fins e não com fins em si mesmos.”⁷²

v) comportamento estratégico: ao decidir por uma tomada de decisão, cada jogador tem a ciência de que os demais envolvidos no jogo também buscam as melhores ações para alcançarem seus objetivos, sejam eles iguais ou opostos. Assim, a decisão depende de um raciocínio complexo, onde os jogadores não só levam em consideração a etapa em que se encontram, mas também todo o desenvolvimento do processo de interação e suas consequências futuras.

Definindo estratégia, assim dispõe Duilio Bêrni:

⁷¹ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 22.

⁷² FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 21.

Ela é a concepção mental (plano) de uma sequência de ações destinadas a alcançar determinado objetivo. Esta sequência de ações tanto pode levar em conta quanto pode desprezar modificações que cada ação da sequência provoca no resto do mundo. Uma estratégia ou regra de decisão é a norma que especifica o caminho a ser seguido em qualquer situação possível.⁷³

Outra importante conceituação para o estudo da Teoria dos Jogos é a “estratégia dominante”, que ocorre quando, independente das estratégias adotadas pelos demais jogadores, uma estratégia sempre levará determinado agente ao melhor resultado (*pay-off*) possível.⁷⁴

Este raciocínio, por outro lado, leva o jogador a eliminar as estratégias dominadas, aquelas que levam o agente a um resultado pior do que as demais estratégias. Assim, o caminho natural seria ignorar tais ações, reduzindo a gama de condutas a serem adotadas.

Tal caminho a ser seguido somente ocorre em jogos estáticos e de informação completa (vide exposição em item 2.1.1), já que seria impossível traçar uma estratégia dominante sem que se tenha certeza das estratégias a serem adotadas pelos demais jogadores envolvidos.

A partir de tais elementos é possível compreender que jogos interpessoais, que demandam decisões estratégicas, estão pautados não só pelos objetivos de um polo da partida, mas também pelos objetivos e possíveis decisões adotadas pelo indivíduo em relação oposta.⁷⁵

Duilio Bêrni elucida que a teoria da decisão estratégica envolve a escolha do indivíduo ou do grupo de indivíduos, havendo três possíveis tipos de decisões a serem tomadas.⁷⁶

O primeiro tipo seria relativo à escolha de nível individual, situação em que o indivíduo, apesar de ser influenciado pelo contexto em que está inserido, não é movido por decisões de terceiros ao seu redor.

O segundo tipo de escolha é aquele cujo resultado ou consequência da ação não depende exclusivamente da ação do indivíduo (escolha interativa), haja vista que outro agente envolvido no meio poderá influenciar no resultado, a partir da tomada de suas próprias decisões.

Já o terceiro tipo de escolha diz respeito às interações sociais que conduzem o próprio leque posto à disposição do jogador. Neste caso não há “livre arbítrio” que leva o agente à escolha mais racional independente do que lhe é oferecido. Há, ao contrário, manipulação dos caminhos a serem seguidos.

⁷³ BÊRNI, Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão, 2004, p. 10.

⁷⁴ CÂMARA, Teoria dos jogos, 2009, p. 47.

⁷⁵ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 14.

⁷⁶ BÊRNI, Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão, 2004, p. 4.

Bêrni exemplifica o terceiro tipo de escolha a partir do mercado⁷⁷, que, ao analisar as preferências dos consumidores, oferece aos mesmos os produtos que resultem em maior lucro aos comerciantes. Tem-se então que este tipo de escolha é uma escolha social, sendo que em alguns casos a decisão por determinado caminho é compulsória.⁷⁸

2.3 TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Nas palavras de Cláudia Monteiro, Teoria da Decisão é “o conjunto de teorias matemáticas, lógicas e filosóficas que se ocupam das decisões que tomam os indivíduos racionais”.⁷⁹

Ainda conforme a autora, são elencados três modelos de estudo da Teoria da Decisão.⁸⁰ O primeiro é o das decisões econômicas, voltado principalmente para a tomada de decisões de empresas. O segundo modelo é o da análise de riscos frente às diferentes formas de incerteza. Já o terceiro modelo, objeto de estudo do presente trabalho, é aquele abordado pela Teoria dos Jogos.

Um agente racional, conforme ensinamentos de Herbert Gintis⁸¹, é aquele que: a) aplica a lógica em premissas dadas para chegar às suas conclusões; b) considera apenas premissas justificadas a partir de argumentos racionais; c) se vale de evidências empíricas com imparcialidade (abstraindo o aspecto emocional) ao julgar afirmações sobre fatos concretos.

Ronaldo Hillbrecht elucida que a Teoria dos Jogos pressupõe que os jogadores são racionais, significando que eles a) sabem quais seus objetivos e preferências; b) sabem as limitações de suas ações e; c) conseguem escolher a melhor ação tendo em vista as metas traçadas.⁸²

Isto ocorre porque, apesar de ser ressalvado no estudo da Teoria dos Jogos, não é possível estruturar um modelo de jogo baseado em decisões irracionais, aproximando jogos de estratégia em jogos de azar (vide item 2.1). Ronaldo Fiani explica que não haveria interação

⁷⁷ BÊRNI, Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão, 2004, p. 5.

⁷⁸ Bêrni dá o exemplo da segurança pública fornecida pelo Estado. Ainda que um cidadão deseje tornar seu ambiente um “velho oeste”, não conseguir fugir à tutela (ainda que teórica) da proteção estatal.

⁷⁹ MONTEIRO, A Decisão Racional na Teoria dos Jogos, p. 3397.

⁸⁰ MONTEIRO, A Decisão Racional na Teoria dos Jogos, p. 3397.

⁸¹ GINTIS, Herbert. Game Theory Envolving: a problem-centered introduction to modeling strategic interaction, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2000, p. 243.

⁸² HILLBRECHT, Introdução à Teoria dos Jogos. Uma análise do Comportamento Estratégico para aplicações no Direito, 2011, p. 2.

estratégica caso a tradição, emoção, valores éticos, religiosos e políticos tomassem conta do processo de decisão⁸³, minando a otimização do *pay-off* a ser alcançado.

Baseado na compreensão de que o estudo da Teoria dos Jogos leva o agente a considerar as escolhas a serem feitas pelos demais jogadores envolvidos, tem-se que a estratégia será definida a partir do tratamento dos adversários como jogadores racionais.

A partir de tal premissa, necessária a exposição da Teoria da Escolha Racional, variante em cada caso concreto que permite ao agente antecipar as escolhas dos demais participantes do jogo, levando em consideração os diversos objetivos a serem perseguidos por tais integrantes da relação interpessoal.

Decisão racional é aquela que almeja o melhor resultado possível (maximização dos ganhos) a partir da escolha de determinada estratégia que, além de seguir as regras do jogo, evitando os riscos em ser punido pela ausência de *fair play*, leva em consideração as possíveis estratégias dos demais jogadores.⁸⁴

Samuel Câmara explica que para uma tomada de decisão que possa significar a melhor estratégia traçada na busca pelo melhor resultado, essencial que o jogador cumpra às seguintes etapas⁸⁵:

i) definição do problema - a clareza do problema (descrição objetiva) permite ao jogador uma melhor leitura do contexto em que está inserido;

ii) identificação dos critérios de decisão e seus respectivos pesos - ao conhecer previamente as opções postas à disposição dos jogadores, é viabilizada uma melhor preparação acerca das táticas a serem adotadas;

iii) geração das alternativas e classificação destas em relação a cada critério - estando claras as preferências (pesos dos critérios), é possível antecipar com maior probabilidade de acerto as decisões dos oponentes;

iv) escolha da melhor alternativa - neste aspecto é imprescindível para um bom estrategista que entenda haver máxima compensação (benefício) na alternativa a ser escolhida. Traçada a estratégia e havendo mais de uma opção à disposição e que provavelmente levará ao sucesso, restaria ao jogador identificar aquela que resulta em maior ganho.

Conforme exposto em item “iii” retro, a Teoria da Escolha Racional tem como premissa a consideração de que o jogador possui preferências, e que tais preferências irão pautar seu

⁸³ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 12.

⁸⁴ MONTEIRO, A Decisão Racional na Teoria dos Jogos, p. 3404.

⁸⁵ CÂMARA, Teoria dos jogos, 2009, p. 17.

processo decisório.⁸⁶ Significa que em cada caso concreto será necessário que o estrategista conheça a fundo os objetivos e personalidade de seus adversários, haja vista que o modelo a ser adotado (vide exposição em item 2) poderá levar em consideração os aspectos subjetivos aptos a embasar a escolha do oponente.

Ronaldo Fiani elucida que, ao serem considerados racionais, as preferências dos jogadores devem ser consideradas racionais⁸⁷, ou seja, determinado agente irá pautar suas escolhas baseado em objetivos que deseja alcançar, e tais objetivos, se previamente identificados por outro jogador, podem ser por este impedidos.

Problema que surge e que já fora inicialmente abordado em item 2.2 é quando a preferência de determinado jogador se mostra improvável aos olhos do estrategista. Caso faça parte de um jogo oculto, a preferência tida como mais vantajosa pelo jogador adversário pode não corresponder à efetiva escolha do jogador, haja vista que pode se valer da decisão menos favorável para aquele jogo, mas que pode futuramente beneficiá-lo sob a ótica do macro jogo.

A questão a ser explorada nessa problemática é o cuidado que o estrategista deve ter ao analisar as opções postas ao seu adversário. Caso seja irrelevante as consequências e irradiações externas ao jogo em que esteja envolvido, problema não haverá para o estrategista que ignorar as aparentes preferências menos prováveis do adversário.

Por outro lado, havendo influência de meio externo ao jogo, conforme exemplo trazido em item 2.2, necessário que o aplicador da Teoria dos Jogos explore os possíveis ganhos fora da partida em que é participante, já que ações extraprocessuais, no caso do acordo de colaboração premiada, podem ser facilitadas a partir de uma derrota de determinado jogo processual.

2.4 LIMITAÇÃO À APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS

Ao introduzir as propriedades da Teoria dos Jogos, Ronaldo Fiani esclarece que os modelos a serem adotados não garantem eficácia total nas partidas a serem disputadas.⁸⁸ Isto ocorre porque existem inúmeras variáveis que permeiam as relações humanas e que, por serem imprevisíveis até para o mais experiente dos estrategistas, podem influenciar num resultado desvantajoso para este.

⁸⁶ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 23.

⁸⁷ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 25.

⁸⁸ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 30.

É o caso do adversário que não adota escolhas racionais, não por estar imerso em um jogo oculto, mas simplesmente por ter errado em sua tática⁸⁹, gerando decisão totalmente inesperada ao oponente. Em casos assim é necessário um prévio cálculo de risco pelo agente.

Tal risco é justamente a derrota no jogo. Maximizar e otimizar os resultados pretendidos não significa ganhar sempre, mas sim adotar postura que vise diminuir as chances do adversário, da mesma maneira que vise atenuar as consequências negativas em caso de derrota.

O ensinamento até então exposto pode parecer abstrato de analisado do ponto de vista teórico, porém, casos práticos a serem explorados nos capítulos seguintes elucidarão como integrantes do jogo processual podem trabalhar em táticas que projetem a derrota em sua estratégia, para que, ocorrendo o resultado não desejado, seja possível que o prejuízo afete minimamente o jogador.

Verifica-se então que a aplicação da Teoria dos Jogos, por não ser uma fórmula mágica a ser aplicada em qualquer relação interpessoal e nem ter sido criada com essa pretensão, é um instrumental relevante para o estrategista, porém não garante o sucesso.

A ausência de informações acerca do adversário, a imersão em jogos ocultos de difícil ciência e decisões totalmente aleatórias e sem nexos racionais são alguns dos elementos que podem dificultar o alcance do resultado pretendido pelo estrategista.

No entanto, o despreparo inesperado do adversário não é fator que diminui o conceito explorado pela Teoria dos Jogos. Isto porque ações que se afastam da racionalidade, ao menos no campo processual penal, objeto de estudo da presente dissertação e que possui como jogadores agentes, em tese, capacitados (membros do Ministério Público, Autoridade Policial e réus representados por advogados), são exceção, razão pela qual não se pode esperar que nesta área comportamentos irracionais sejam premiados.

Ao contrário, ao trabalhar no campo da probabilidade, haja vista que, conforme já exposto, a Teoria dos Jogos não pretende ser uma fórmula perfeita para alcançar a vitória, necessário estabelecer a premissa de que os jogos serão integrados por jogadores racionais.⁹⁰

O aprofundamento no estudo da Teoria dos Jogos permite ao jogador antecipar escolhas dos adversários e buscar minimizar o prejuízo a ser sofrido em caso de derrota. Porém, não é suficiente para suprir a álea existente em qualquer relação interpessoal, já que seres humanos

⁸⁹ Isto ocorre por exemplo em situações que a emoção toma conta da razão, situação em que o jogador toma decisões por impulso, deixando de avaliar as alternativas e seus possíveis resultados. Duilio Bêrni (BÊRNI, Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão, 2004, p. 3) batizou tal ação de “escolha sincera”, método instintivo permeado por alto grau de subjetividade.

⁹⁰ CÂMARA, Teoria dos jogos, 2009, p. 19.

são seres pautados pela subjetividade e a mente de cada indivíduo em muitos casos não é compreendida sequer pelo próprio ser.

Ken Binmore esclarece que jogadores que já participaram do jogo várias vezes tendem a se sair melhor a cada nova partida.⁹¹ Isto ocorre porque o agente tem a possibilidade de aprender por meio de tentativa e erro.

Tem-se então, mantendo ainda o exemplo do membro do Ministério Público agindo durante as negociações com investigado, pode estar se valendo da Teoria dos Jogos para (tentar) maximizar seus ganhos, tarefa esta que nem sempre pode ser alcançada.

O fato é que a cada nova negociação terá passado por mais variáveis, estando cada vez mais experiente e apto a lidar com situações inusitadas. A tal situação se dá o nome de “jogos de interação repetida”, em que há a oportunidade do jogador construir uma reputação e, portanto, além de tornar-se mais hábil em jogos futuros, pode dar uma projeção de comportamento aos jogadores adversários.

3 COMPARAÇÃO ENTRE O DIREITO E OS JOGOS

O estudo da Teoria dos Jogos, em relação às áreas sociais, pode ser aplicado no âmbito das ciências política e sociais, economia, administração e demais ciências que tenham como objeto a interação entre indivíduos.

Sob a perspectiva acadêmica, Karl Popper, analisando a expressão lógica situacional e se referindo ao método das ciências sociais, expôs que os estudos no âmbito da interação interpessoal deveriam buscar, com dados objetivos, a lógica da convivência entre indivíduos ou organizações, sendo irrelevante o aspecto emocional dos envolvidos.⁹²

Verifica-se então que é possível explicar decisões de indivíduos e compreender o resultado alcançado pelo estudo da Teoria dos Jogos, método que se vale de uma situação fática para contextualizar as relações sociais. Há como cerne no estudo da Teoria dos Jogos a redução do custo médio associado ao processo decisório, que consiste em criarmos métodos de decisão que contemplem um ou mais dilemas de escolha.

Por ser resultado da criação humana, o Direito está em constante transformação, recebendo influência da cultura, geografia, poderio econômico e demais fatores sociais

⁹¹ BINMORE, Ken. Fun and Games. Lexington, Mass, D. C. Heath, 1992, p. 51.

⁹² POPPER, Karl. Lógica das Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 32.

imanescentes à coletividade. São tais referências que fazem o fenômeno jurídico ter por característica predominante a complexidade das relações por ele reguladas.

É com base nesta premissa que Gregório Robles explica ser o enfoque estratégico da análise do Direito àquele destinado a observar as escolhas que objetivam sempre o êxito/vitória nas relações jurídicas.⁹³ Cita ainda que “um processo diante de um juiz é enfocado por cada parte com uma estratégia diferente com o objetivo de levar a decisão ao terreno do benefício próprio ou da parte representada.”⁹⁴

Há aqui, por reflexo, a tese de defesa a ser adotado pelo advogado da parte litigante, devendo traçar o método adequado que resulte em maior chance (probabilidade) de êxito ao final da contenda. É o que ocorre, por exemplo, em plenário do júri, quando, ao contrário da exposição técnica em sede de alegações finais do procedimento ordinário, não é comum que o causídico exponha teses subsidiárias de defesa, haja vista o poder de convencimento dos jurados ser focado, em regra, apenas em um alibi.

Outro exemplo seria considerar as políticas de segurança pública (legislação penal) como um jogo envolvendo Estado e sociedade. A vedação de condutas criminosas sem uma sanção proporcional não é capaz de coibir o crime, haja vista que as consequências do ilícito compensarão a punição Estatal.

Por outro lado, buscar denúncias anônimas sem uma respectiva recompensa (*pay-off*) ao indivíduo pode não ser suficiente para se obter a informação, haja vista que retirar um criminoso da sociedade pode não ser atrativo o suficiente para aquele cidadão que não visualiza nenhum investimento Estatal na região em que reside.

Verifica-se então que a análise da Teoria dos Jogos no campo do Direito não se limita ao campo processual, objeto do presente estudo, podendo ser utilizado também na análise de políticas públicas e demais interações envolvendo o ramo jurídico⁹⁵.

O estudo do Direito em analogia aos jogos se dá em razão da utilidade prática na imersão da Teoria dos Jogos para traçar métodos que visem otimizar o resultado obtido em determinada situação jurídica.

Ronald Hillbrecht expõe que “a teoria dos jogos pode ajudar profissionais das áreas jurídicas a desenharem sistemas legais para que os objetivos desejados sejam mais facilmente alcançados.”

⁹³ ROBLES, As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito, 2011, p. 12.

⁹⁴ ROBLES, As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito, 2011, p. 13.

⁹⁵ CARVALHO, Introdução à Teoria dos Jogos no Direito, p. 13.

Significa que dentro do ordenamento jurídico adotado pelo jogador, este pode, em consonância com as regras estabelecidas pelo sistema, estudar situações e traçar uma estratégia para que alcance determinado benefício legal em seu grau máximo.

3.1 JOGO SUJO OU ATOS JURÍDICOS ILÍCITOS FRENTE A LEALDADE PROCESSUAL

Primeiramente, necessário o esclarecimento de que a lealdade processual é legalmente representada pelos princípios da boa-fé e da cooperação, ambos tidos como normas fundamentais do CPC.

Apesar de constar no art. 15 do CPC que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, tal diploma legal a eles se aplica supletiva e subsidiariamente, formou-se corrente majoritária de que tal rol é meramente exemplificativo, não havendo óbice para aplicação do CPC ao processo penal⁹⁶.

Em relação ao caráter supletivo e subsidiário desta aplicação, assim dispõe Alexandre Freire e Leonard Schmitz:

Quando uma lei é simplesmente *omissa* em relação a uma situação lacuna normativa por meio da utilização supletiva de outra lei. Já quando existe texto normativo para o caso, mas sua aplicação não conduz a um resultado adequado, pode-se falar em subsidiariedade.⁹⁷

Regra o art. 3º do CPP que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos *princípios gerais de direito*. Também restou enunciado (nº 3) na I Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF), que “as disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”⁹⁸.

Neste sentido, já elucidou Hermes Zaneti Júnior:

[...] a aplicação do CPC aos demais processos depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: (a) as normas do CPC não podem estar em conflito com os princípios e a lógica próprias do direito processual que será completado;

⁹⁶ SILVEIRA, Laís M. B. de Azevedo. Aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-29/lais-silveira-aplicacao-cpc-processo-penal>. Acesso em 21 de julho de 2018.

⁹⁷ FREIRE, Alexandre; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Art. 15. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63.

⁹⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CEJ divulga enunciados da I Jornada de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/cej-divulga-enunciados-da-i-jornada-de-direito-processual-civil>. Acesso em 21 de julho de 2019.

(b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC... Não havendo conflito entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é possível a aplicação.⁹⁹

Conclui-se então serem plenamente aplicáveis normas fundamentais extraídas do CPC (artigos 1º ao 12) às diretrizes criminais, desde que não conflitem com dispositivos próprios da legislação penal.

3.1.1 Princípio da boa-fé

O dever de boa-fé a ser exercido durante os atos processuais contém previsão no art. 5º do CPC, impondo obrigações legais que se materializam no art. 77 do mesmo diploma legal.

Tratando de tal dispositivo, que independe da análise de culpa, Fredie Didier afirma que “a boa-fé objetiva é uma norma de conduta, impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas [...] independentemente da existência de boas ou más intenções.”¹⁰⁰ Já Humberto Theodoro Júnior espousa que o dever de boa-fé objetiva impõe que o envolvido “pratique o ato jurídico sempre pautado em valores acatados pelos costumes, identificados com a ideia de lealdade e lisura”.¹⁰¹

Isto significa que as partes e terceiros que de qualquer forma participem do processo devem agir de modo a proporcionar o efetivo andamento processual, não criando ainda embaraços à atividade jurisdicional, como por exemplo ações meramente protelatórias.

Quando se está diante da busca pelo acordo de colaboração premiada, meio de obtenção de provas que, eventualmente, irá contribuir para diversas ações penais (presentes e futuras), também há incidência do princípio da boa-fé, já que as tratativas negociais, apesar de serem realizadas à revelia do juiz, serão posteriormente objeto do crivo do poder judiciário, razão pela qual sua observância se mostra imprescindível.

Neste contexto surge a Teoria dos Jogos como balizador dos atos a serem praticados pelos interessados na colaboração premiada. Isto porque, considerando que os sujeitos

⁹⁹ ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Org.). *Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁰⁰ DIDIER, Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm. 18. ed. 2016, p. 108.

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 78-79, v. 1.

envolvidos são, em regra, movidos por impulsos racionais, as diferentes táticas por eles adotadas podem significar jogadas sujas (*doping processual*), que se afastam do perquirido *fair play*.¹⁰²

A materialização do princípio da boa-fé se dá com a compreensão do que Alexandre Morais da Rosa denomina de *blefe, truque e trunfo*.¹⁰³

No ambiente delacional, o *blefe* consistiria na capacidade de o agente demonstrar que possui mais informações do que realmente é capaz de revelar.¹⁰⁴ Pelo lado do investigado/acusado/réu, pode sustentar que possui documentos úteis à persecução penal de terceiro de grande interesse por parte do órgão acusatório, fato que pode levar o *parquet* a aumentar sua oferta (benefícios penais) buscando a troca de informações.

Pelo lado do Ministério Público, há possibilidade de relevar ao potencial colaborador que possui elementos suficientes para decretação de alguma medida cautelar, ou então de que algum familiar também já está sendo investigado, cujo sigilo impede que o causídico do delator acesse os autos. Também pode “vazar” na mídia, de forma proposital, informações de que existem outros potenciais delatores envolvidos, podendo levar o colaborador alvo a buscar com maior celeridade o *parquet* (ainda que esta informação não passe de boato¹⁰⁵), haja vista que diante da concorrência, a concessão de benefícios penais tende a ser menor.

O fato é que, pelo lado do colaborador, a utilização do *blefe* no exemplo dado pode levar à resolução do negócio jurídico firmado entre as partes, já que o art. 4º da Lei nº 12.850 exige que a colaboração seja efetiva.

Talvez surja na análise das táticas utilizadas pelo Ministério Público a maior dificuldade na aplicação da boa-fé. Isto porque, apesar de se revelar extremamente complexa a descoberta de que o órgão acusatório (leia-se, seus membros específicos) se valeu de jogadas sujas para fechamento do acordo de delação premiada, se evidenciada, há o imperativo de que o colaborador estava assistido por defesa técnica¹⁰⁶, tendo o judiciário homologado os acordos para que as provas obtidas a partir deles sejam válidas.

Neste sentido, manifestação do Supremo Tribunal Federal:

A voluntariedade do acordo foi reafirmada pelo colaborador no depoimento já mencionado, prestado judicialmente na presença e com anuência de seus advogados, conforme demonstra a mídia juntada aos autos. À regularidade da

¹⁰² ROSA, Alexandre Morais da. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: Táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: Emodara, 2018, p. 187.

¹⁰³ Ibidem, p. 188.

¹⁰⁴ BÉRNI, Teoria dos Jogos: Jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão, 2004, p. 17.

¹⁰⁵ KAPFERER, Jean-Noel. Boatos: o mais antigo mídia do mundo. Trad. Ivone da Silva Ramos Maya. São Paulo: Forense Universitária, 1993, p. 4.

¹⁰⁶ Art. 4º, §6º da Lei nº 12.850/13 c/c art. 7º, XXI do Estatuto da OAB (lei nº 8.906/94).

documentação apresentada pelo Ministério Público se soma a legitimidade do procedimento adotado, com especial observância da Lei 12.850/2013. Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo.¹⁰⁷

Marcos Santos ainda complementa que, a exemplo do que ocorre com a anuência da Suprema Corte Americana, a tendência é de que os Tribunais pátrios admitam “coerções psicológicas” como estratégia à obtenção de acordo.¹⁰⁸

Surge então a discussão acerca do negócio jurídico celebrado entre as partes, haja vista a incidência de regras apostas no Código Civil¹⁰⁹, havendo clara comunicação entre a boa-fé disposta no CPC e os institutos previstos no diploma de direito material.

Está aberta então a análise acerca dos eventuais defeitos que possam ter maculado o negócio jurídico celebrado (artigos 138 a 165 do Código Civil), sendo este passível de anulação.

Já o *truque* se mostra como tática que dificilmente foge às regras da legalidade, haja vista impor às partes situações que instiguem de maneira lícita o acordo. Exemplo levantado por Alexandre Morais da Rosa¹¹⁰ é a vestimenta, local de negociação e modo de falar com as partes envolvidas, que podem despertar confiança recíproca e favorecer o acordo.

O *trunfo* seria a “ação ou informação capaz de modificar a compreensão, capaz de derrotar a narrativa até então dominante”¹¹¹.

Por parte do vendedor de informações (investigado/acusado/réu), há a carta na manga capaz de atrair maior atenção do órgão investigador, podendo o colaborador aguardar pelo momento certo de divulgação, que em muitos casos, o desespero dos órgãos acusatórios pelo meio de obtenção de prova pode levar a melhores benefícios penais.

Há, porém, que se tomar cuidado com a perda do *timing* de negociação, haja vista que diante da dinamicidade dos jogos e dos múltiplos jogadores, pode surgir outro delator e minar as estratégias originais.

Pelo lado do Ministério Público há sério risco de ofensa à boa-fé processual quando

¹⁰⁷ STF, Petição 5.952, Min. Teori Zavascki.

¹⁰⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017, p. 139/140.

¹⁰⁹ DIDIER JR, Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei n. 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle de Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, vol. 62, out/dez, 2016, p. 23-60.

¹¹⁰ ROSA, Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: Táticas e estratégias do negócio jurídico, 2018, p. 191.

¹¹¹ ROSA, Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: Táticas e estratégias do negócio jurídico, 2018, p. 191.

omitir informações e provas capazes de incriminar de maneira mais gravosa o colaborador. Isto porque o *parquet* ou a polícia judiciária não podem esconder elementos indiciários, já que a norma processual penal permite aos investigados e aos seus defensores o acesso aos autos a eles relevantes.¹¹²

3.1.2 Princípio da cooperação

Apesar de já ter sido previsto no CPC/73 atos que visem à cooperação entre as partes¹¹³, prescreve o art. 6º do CPC/15 que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Isto significa que as normas fundamentais aplicadas ao processo penal devem ser perquiridas de forma solidária por todos os envolvidos no processo.

Sobre o tema, assim se manifesta Arlete Aurelli:

Colaboração entre as partes não significa que uma ajudará a outra no sentido de produzir as provas, cujo ônus caberia a cada qual. Longe disso, o que se quer é que cada parte contribua o máximo possível, produzindo as provas de suas alegações. Exige-se que as partes tenham comportamento ético, que não falseiem a verdade, que não pratiquem atitudes procrastinatórias e temerárias, que ajam com boa-fé, deixando de praticar atos contraditórios, como o *venire contra factum* próprio. Na verdade, o princípio da cooperação está intimamente ligado, garantindo às partes um maior protagonismo na realização do processo, proporcionando a elas oportunidades e participação ativa na solução dos conflitos e efetividade da tutela.¹¹⁴

Trazendo a normativa para o âmbito da colaboração premiada, tem-se o que o órgão acusatório deve, depois de tomadas as devidas providências, tratar o colaborador como elemento essencial para os deslindes das investigações, expondo de maneira clara as consequências de seu auxílio.

Por outro lado, deve o colaborador, por imperativo legal, se abster de fazer reservas

¹¹² Garantia constitucional da ampla defesa (Art. 5º, LV da CRFB/88) reafirmada em Súmula Vinculante nº 14: é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

¹¹³ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

¹¹⁴ AURELLI, Arlete Inês. Normas fundamentais no código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. vol. 271/2017, p. 10.

mentais no momento de entrega da informação, sendo neste aspecto, revelada a vulnerabilidade do delator nas negociações premiais, haja vista que a omissão de determinado meio de obtenção de prova pode infringir cláusulas do acordo, ato este que resultará na revogação dos benefícios concedidos.

Mais uma vez Alexandre Morais da Rosa espousa que nas tratativas de negociação entre as partes, em se considerando que os jogadores envolvidos adotam escolhas racionais e que não estão, a priori, influenciados por jogos ocultos, estas devem compreender que cooperação é sinônimo de ganha/ganha¹¹⁵, não sendo crível que o Ministério Público já venha com uma proposta fechada e inflexível ao colaborador, nem que este almeje sempre, a depender da situação fática, o perdão judicial ou o compromisso do *parquet* em sequer oferecer denúncia.

O que se objetiva com o instituto da colaboração premiada é que ambas as partes saiam satisfeitas, onde o investigado/acusado/réu se vê livre da punição estatal em seu grau máximo e a sociedade, representada pelos órgãos acusatórios, não necessita do itinerário comum do processo penal para resolução do litígio, tendo ainda elementos outros para, quem sabe, desarticular demais líderes de organizações criminosas.

3.1.3 No jogo da colaboração premiada vale tudo?

Conforme exposto em itens retro, a resposta a esta pergunta mostra-se de fácil resolução, não sendo permitido aos jogadores a utilização de qualquer jogada a fim de otimizar os resultados.

Ocorre que seria ingenuidade ignorar a existência de jogadores que buscam burlar as regras impostas pelo sistema para alcançarem resultados previstos pelo próprio sistema.

Conforme já debatido em item 2.1.2, a Teoria dos Jogos pode ser instrumental utilizado também por indivíduos mal-intencionados. A saída é que jogadores que primam pelo *fair play* se adaptem a tal realidade e busquem cada vez mais minar as táticas ilícitas buscadas pelos demais jogadores.

Tal astúcia é necessária porque o campo da prática pode se distanciar, e muito, do campo da teoria. Gregorio Robles aponta que o descumprimento de uma regra procedimental acarreta

¹¹⁵ ROSA, Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: Táticas e estratégias do negócio jurídico, 2018, p. 316.

a não ocorrência do resultado previsto por ela. “Não se produz a ação do jogo nem a ação jurídica.”¹¹⁶

Correspondendo a ausência do resultado esperado com o instituto da nulidade, assim se manifesta o autor:

[...] tanto os jogadores quanto os operadores jurídicos sabem que se não cumprirem os requisitos procedimentais de caráter necessário, seus movimentos não terão nenhum valor lúdico, no caso dos primeiros, nem valor jurídico, no caso dos segundos. O realizado não é uma ação de jogo, nem uma ação jurídica.”¹¹⁷

Ocorre que o próprio autor, nos atos introdutórios de sua obra, ressalva que o Ensaio por ele escrito tem distinção entre os âmbitos ôntico-práticos e âmbitos práticos, afirmando que “o leitor se encontra diante de um Ensaio de Teoria Analítica do Direito [...] a formulação metódica é de um formalismo extremo, que afasta a análise da realidade fática para se aproximar do Direito como uma forma específica de discurso linguístico.”¹¹⁸

Dito isto, o aplicador da Teoria dos Jogos no campo processual pode adotar dois caminhos. O primeiro seria limitar as ações dos jogadores àquelas previstas em lei, se certificando que as táticas utilizadas para alcance do maior benefício possível se embasarão em regras e procedimentos previstos no ordenamento jurídico.

José Augusto de Carvalho, valendo-se de normas que prescrevem o comportamento ético da parte, explica que a inobservância aos preceitos legais poderia levar à invalidade de eventual ato jurídico praticado.¹¹⁹

Ao adotar este caminho o aplicador da Teoria dos Jogos depositará no Poder Judiciário a confiança de cumprir com seu dever Constitucional de zelar pelo sistema normativo legal, coibindo atos que violem o ordenamento jurídico.

Porém, considerando o mundo real, em que o próprio Poder Judiciário acaba corrompendo o sistema legal¹²⁰, tem-se que adotar um modelo de jogo em que são previstas táticas que incluam atos jurídicos ilícitos, apesar de ser necessário um raciocínio mais complexo para prever decisões dos jogadores, certamente aumenta o alcance de melhores *pay-offs* ao usuário.

¹¹⁶ ROBLES, As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito, 2011, p. 180-181.

¹¹⁷ ROBLES, As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito, 2011, p. 181.

¹¹⁸ ROBLES, As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito, 2011, p. 4.

¹¹⁹ CARVALHO, Introdução à Teoria dos Jogos no Direito, p. 5.

¹²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ pune desembargador por venda de sentença em plantão. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87666-cnj-pune-desembargador-por-venda-de-sentenca-em-plantao>. Acesso em 29 de janeiro de 2019.

3.2 O JOGO PROCESSUAL

Os procedimentos postos para desenvoltura do processo penal dependem da participação de vários atores para seu regular desenvolvimento. Delegado de Polícia, Ministério Público, réu, defesa, juiz e demais auxiliares da justiça são essenciais para que o comando constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB/88) seja cumprido com eficácia.

O Direito permite ser comparado com jogos protagonizados por pessoas, em que as partes são os jogadores e o procedimento apto a instrumentalizar a relação jurídico processual se equipara às regras do jogo, sendo o caso concreto posto sob a perspectiva jurídica a única, porém complexa, variável existente, ou seja: cada jogo processual é singular.

Por ser o Direito imerso analogamente aos jogos, deve-se partir da premissa que existem regras a serem seguidas, não podendo ser buscado um objetivo sem observância às garantias construídas pela Constituição Federal e aplicadas ao processo. Estratégias que suprimem ritos processuais sem observar o fim útil do processo, que é elucidar os fatos trazidos ao judiciário, são consideradas ilegais, e, portanto, se afastam do necessário *fair play*.

Cabe ainda, neste momento introdutório da dinâmica processual equiparada a um jogo, deixar claro que o uso da Teoria dos Jogos no processo é apenas mais um instrumento posto à disposição do aplicador do Direito para que possa melhor compreender as relações interpessoais que se desenrolam.

Não se pode concordar com Gustavo de Carvalho ao afirmar que “toda relação jurídica em disputa é um jogo em que, para se alcançar o melhor resultado possível para os envolvidos, deve-se necessariamente pensar à luz da teoria dos jogos”¹²¹.

Isto porque, conforme exposto em item 2.4 do presente trabalho, a aplicação da Teoria dos Jogos visa maximizar os ganhos em determinado jogo, porém, não é garantia de resultado nem o único método existente para que o êxito seja alcançado pelo jogador.

O presente trabalho se limitou a um instrumental, não significando que seja o único posto à disposição das partes e integrantes da lide processual.

3.2.1 O espaço no jogo processual

¹²¹ CARVALHO, A Teoria dos Jogos, o Equilíbrio de Nash e o Código de Processo Civil de 2015, p. 23.

Em todo jogo há um espaço físico que rodeia as ações a serem executadas, “esse espaço pode estar precisamente formalizado através do estabelecimento de limites estritos, de características fixas e invariáveis ou pode ser, pelo contrário, vago em sua delimitação”¹²².

No campo processual, o espaço é definido pelo ordenamento jurídico. No sentido estrito, pode-se analisar o espaço dos próprios autos e, por exemplo, da Vara onde irá se desenrolar a ação, com a realização de oitivas, sustentação oral, etc. No sentido macro, necessário verificar a Comarca em que está inserido o processo, competência territorial em que se define o local onde a causa será julgada.

Tal estudo é relevante a partir do momento em que, por ter o direito diferentes aplicações a partir do modo de pensar do intérprete, verifica-se que matéria de direito pode ser decidida de maneira distinta a depender da região do Órgão que está julgando o processo.

Entendimentos divergentes devem ser levados em consideração pelo jogador. Suponhamos uma situação em que o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo entenda que o princípio da consunção (crime conexo) não deve ser aplicado pelo juiz-presidente após deliberação do júri (crime doloso contra a vida), mas sim deve ser aplicado pelo juiz em decisão de pronúncia, ao término da fase de formação de culpa¹²³.

Na mesma seara, pensemos que o STJ possui entendimento diverso, qual seja, o crime conexo deve ser analisado pelo Conselho de Sentença, em plenário¹²⁴.

No caso hipotético, deveria o advogado, em conjunto com o réu, avaliar se vale a pena ingressar com Recurso em Sentido Estrito caso o juízo de piso ignore a tese de absorção na primeira fase do procedimento do júri.

Caso o intuito seja tão somente postergar a resolução do mérito, talvez valeria a pena ingressar com a irresignação (vide artigos 421 e 584, ambos do CPP, que conferem efeito suspensivo ao RESE interposto em face de decisão de pronúncia). Caso o intuito não seja este e/ou o réu não possua recursos financeiros para bancar um patrocínio perante os Tribunais Superiores, necessário o conhecimento do entendimento aplicado no espaço territorial em que se está inserido, já que não valeria de nada levar o processo até o STJ (análise ampliada do conceito de espaço do jogo).

¹²² ROBLES, As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito, 2011, p. 37.

¹²³ TJ-ES - RSE: 00043832420118080006, Relator: PEDRO VALLS FEU ROSA, Data de Julgamento: 31/05/2017, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/06/2017.

¹²⁴ STJ - AREsp: 1289916 ES 2018/0108000-8, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Publicação: DJ 09/08/2018.

3.2.2 O tempo no jogo processual

Sobre o assunto, Gregório Robles elucida que o jogo possui e prevê lapso temporal em que serão realizadas as ações, estabelecendo uma reação de início/fim ou especificando uma condição em que o jogo se encerrará por ter algum jogador alcançado seu objetivo.¹²⁵

Com essa elucidação, tem-se que o jogo processual possui prazos previamente definidos pelo sistema jurídico, possuindo ainda marcos que estipulam o início e o fim de uma contenda.

Acerca do processo penal, há situações aptas a darem início ao processo, como o oferecimento da denúncia, sendo que o recebimento da exordial acusatória com a consequente citação do réu é situação apta a formar a relação jurídica processual.

Já a sentença condenatória, transitada em julgado, seria marco que daria fim ao processo, tudo conforme ditames do devido processo legal.

A importância de conhecer o itinerário processual ocorre porque aquele que for atuar no processo possui prazos a serem cumpridos, sob pena de preclusão. Da mesma forma, em acordos de colaboração premiada, em muitos casos o processo é suspenso para que cláusulas sejam cumpridas, sendo novamente impostos prazos para que o investigado apresente os elementos que fixou junto ao órgão de acusação.

Ter o controle de tais prazos, em muitas situações, pode ser interessante para o jogador que está participando de algum jogo oculto. Conseguir dilação temporal em eventual processo que responda em liberdade, para que consiga efetivar a evasão de divisas pode ser uma tática utilizada por um réu que nada tem a colaborar com o Ministério Público, valendo-se de informações falsas para angariar a confiança do *parquet*, sendo que ao final do processo, ainda que não seja beneficiado com os prêmios prometidos em acordo de colaboração premiada, poderá ser usufruído por seus familiares os bens adquiridos com produtos de crime, que eventualmente não tenham sido confiscados por ter sido a lavagem de dinheiro (fase da ocultação) executada com sucesso.

Tal situação hipotética leva o Ministério Público a controlar rigorosamente os prazos a serem acordados com o colaborador, para que o tempo não seja fator que prejudique a atuação ministerial.

3.2.3 Os jogadores do processo

¹²⁵ ROBLES, As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito, 2011, p. 40.

No item 2.2 do presente trabalho, ao tratar sobre os elementos necessários para estudo da teoria dos jogos, foram apontados os “agentes”, que seriam os integrantes da interação entre indivíduos .

No campo do processo, necessário que estes jogadores (leia-se, principais jogadores) sejam mais bem delimitados, para que o estudioso da Teoria dos Jogos saiba exatamente com quem irá lidar no decorrer da contenda judicial.

Primeiramente, temos as partes que integram a demanda jurídica, figurando ora como sujeitos ativos ora sujeitos passivos (autor/réu).

3.2.3.1 Investigado/acusado

No campo do processo penal, o sujeito passivo, em regra, é sempre uma pessoa física (sendo a exceção casos em que pessoas jurídicas são acusadas de praticarem crimes ambientais, vide art. 225, §3º da CRFB/88).

Neste campo, necessária a menção do profissional que representa os interesses do réu no processo penal, o advogado.

Especialmente nas negociações envolvendo a colaboração premiada, a presença da defesa técnica é inafastável (art. 4º, §15 da Lei nº 12.850/13).

Questionando o ar de validade que a presença do advogado apresenta num acordo firmado entre investigado e órgão de investigação, Vinicius Vasconcellos exemplifica o profissional que assina o termo de auxílio visando tão somente a “rápida obtenção de honorários ou a redução da carga de trabalho”¹²⁶

Certamente tal aspecto pode ser explorado pelo órgão de investigação que almeja maximizar seus ganhos no fechamento de uma colaboração premiada (*pay-off* consistente no alcance da pena máxima a ser aplicada ao investigado combinado com o maior número de dados entregues capazes de dismantelar os líderes de eventual organização criminosa).

Se valer da ambição do profissional que atua na defesa técnica é tática a ser utilizada. Não se pode esquecer que, em alguns casos, o advogado também pode estar imerso em subjogos, qual seja, querer se ver livre o mais rápido possível de determinado cliente, por ter cobrado honorários aviltantes que não tenham compensado o serviço prestado, dentre outras possibilidades que podem surgir no campo da pragmática.

¹²⁶ VASCONCELLOS, Colaboração premiada no processo penal, 2017, p. 88.

3.2.3.2 Órgão de acusação

Dando sequência, tem-se que o sujeito ativo, titular da ação penal, é o Ministério Público em ações penais de iniciativa pública ou a vítima, em ações penais de iniciativa privada.

Notável que, na maioria dos delitos tipificados em legislação penal pátria, tem-se o Estado contra o cidadão, revelando uma paridade de armas utópica, haja vista que o aparato estatal é indiscutivelmente superior aos mecanismos postos à disposição do réu e de sua defesa técnica (vide item 8).

Em se tratando de acordo de colaboração premiada, é possível que as tratativas com o investigado também partam do Delegado de Polícia, vide entendimento firmado em 20/06/2018 pelo STF na ADI 5.508/DF.¹²⁷

3.2.3.3 Julgador

Por fim, dentre os jogadores adotados por este trabalho para fins de estudo da Teoria dos Jogos, resta o Estado-Juiz como detentor da capacidade de dar o resultado/solução à demanda posta sob seus cuidados.

No processo penal, é função principal do Órgão julgador zelar pela garantia às normas constitucionais (direitos e garantias fundamentais) e infraconstitucionais (procedimento a ser seguido). Consequência de tal zelo será o provimento judicial, com a absolvição, condenação ou outro ato processual que não corresponda a uma ou outra destas possibilidades (suspensão do processo, homologação de acordo de não persecução penal, impedindo a continuidade do feito, etc.).

Em se tratando do instituto da colaboração premiada, verifica-se que a própria Lei nº 12.850/13, em seu art. 4º, §6º, veda a participação do juiz nas tratativas envolvendo os benefícios a serem concedidos e o auxílio a ser prestado pelo investigado. Cabe ao magistrado tão somente o controle do resultado de tal negociação (homologação do acordo firmado entre as partes).

Ponto que merece destaque acerca do julgador no processo penal é quanto às incertezas que permeiam as decisões deste jogador, fator que pode dificultar a leitura das táticas a serem usadas pelos demais jogadores.

¹²⁷ STF. STF decide que delegados de polícia podem firmar acordos de colaboração premiada. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382031>. Acesso em 17 de maio de 2019.

As normas jurídicas são fruto da interpretação humana, e, portanto, não são imunes a imutabilidade no sistema do Direito. Com tal premissa, tem-se que a maior dificuldade do jogador que peticiona em relação ao jogador que decide é a margem de discricionariedade deste.

O sistema legal é cercado de posições divergentes¹²⁸, há doutrina que se debruça sobre determinado tema específico em que o próprio cientista do direito não chega a uma conclusão unânime.

O jogador que for estudar as interpretações dadas ao sistema legal pelo julgador da contenda deve não só se preocupar com o jogador que integra o órgão de primeira instância, mas também verificar as possíveis decisões aplicadas caso o processo continue perante órgãos superiores.

Apesar de ter se formado no ordenamento jurídico uma teoria dos precedentes, em que os magistrados de instâncias inferiores devem seguir decisões que formem precedentes formalmente vinculantes¹²⁹, sabe-se que a minoria das decisões judiciais prolatadas pelos tribunais superiores se enquadram em rol taxativo aposto no art. 927 do CPC¹³⁰, razão pela qual o aplicador da Teoria dos Jogos não pode ficar satisfeito com entendimentos ditos pacíficos na jurisprudência, devendo se atentar ao posicionamento de cada um dos membros que integram a corte que será responsável pela resolução do caso concreto.

3.3 TEORIA DOS JOGOS E PROCESSO PENAL

O estudo da Teoria dos Jogos no processo penal busca elucidar de forma teleológica os atos a serem praticados pelas partes no processo, implicando tais ações em consequências já previstas ou almejadas por cada um dos jogadores, sendo as escolhas no âmbito processual pensadas de forma estratégica e visando sempre a melhor solução fática frente aos interesses particulares.

¹²⁸ LÉDA, Frederico Nepomuceno; FRAZÃO, Victor Enéas Smith; MARQUES, José Cláudio Cabral. O instituto da Delação Premiada no sistema jurídico brasileiro e a sua relação com a Teoria dos Jogos, p. 9. Disponível em: https://www.academia.edu/34968854/Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_%C3%A0_luz_da_teor%C3%A0_dos_jogos_aplicabilidade_no_processo_penal_brasileiro. Acesso em 28 de maio de 2019.

¹²⁹ Conforme teoria desenvolvida por Hermes Zaneti Jr em obra “O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes Normativos Formalmente Vinculantes” (3ª ed. rev. ampl. atual. Bahia: Editora JUSPODVM, 2017), formalmente vinculantes seriam aquelas decisões apostas em rol do art. 927 do CPC.

¹³⁰ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

É dessa relação causa-efeito que se ocupa a Teoria dos Jogos aplicada ao processo penal. Porém, só haveria sentido em hesitar na opção por um ou outro caminho se as penas aplicadas a criminosos em crimes semelhantes causassem temor nos agentes investigados.

Nesta baila, operações anticorrupção ganham relevo, já que integrantes do alto escalão dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e do setor econômico-empresarial do Brasil não possuíam relevante referência histórica de condenados.

Exemplo de tal influência vem de Adhemar Vilani Junior¹³¹, professor do Insper (Ensino Superior em Negócios, Direito e Engenharia), expondo que a condenação de Marcos Valério a 37 anos de prisão no julgamento do “Mensalão” em 2012 (Ação Penal 470/MG) serviu de estímulo para que envolvidos em ilícitos da Petrobras aderissem à delações no contexto da Operação Lava Jato.

4 TÁTICAS A SEREM USADAS

Método utilizado na Teoria dos Jogos para alcançar o melhor resultado possível em jogos onde a cooperação é essencial para tal consequência é o chamado “*tit for tat*”¹³², sendo o famoso toma lá, dá cá, significando que o jogador deve começar cooperando. Caso o outro jogador inicie condutas de trapaça ele deve ser punido na próxima rodada, sendo que a sanção é justamente o primeiro jogador deixar de cooperar com ele.

Notável ainda que o primeiro jogador deve voltar a cooperar assim que o trapaceiro voltar com tal tendência, haja vista que o perdão é parte da estratégia.

Trazendo a tática para o jogo da colaboração premiada, tem-se que, após firmado o acordo, há situações em que o colaborador busca se furtar do compromisso firmado, objetivando, por exemplo, ganhar tempo para praticar novos crimes.

O uso do *tit for tat* em tal caso levaria o Ministério Público, por exemplo, a oferecer denúncia (art. 4º, §3º da Lei nº 12.850/13). Porém, poderia oferecer nova oportunidade ao investigado, situação em que exigiria elementos ainda mais robustos e de imediato.

Ou seja, sendo o investigado um possível detentor de elementos incriminatórios do líder da organização criminosa, o *parquet* oferece a suspensão do processo (que já teria se iniciado

¹³¹ LUPION, Bruno. Como a Teoria dos Jogos explica o comportamento dos delatores da Lava Jato. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/25/Como-a-Teoria-dos-Jogos-explica-o-comportamento-dos-delatores-da-Lava-Jato>. Acesso em 21 de julho de 2018.

¹³² HILLBRECHT, Introdução à Teoria dos Jogos. Uma análise do Comportamento Estratégico para aplicações no Direito, 2011, p. 14.

com o oferecimento da denúncia), desde que o colaborador cumpra de imediato as cláusulas anteriormente impostas.

Segundo Ronald Hillbrecht, a falha do método *tit for tat* ocorre quando, sendo a cooperação o desejo de ambos os jogadores, um erro/acidente cometido por qualquer um deles pode ser entendido pelo adversário como trapaça. Este segundo jogador tende a punir o primeiro não cooperando, caso em que o primeiro jogador também pode interpretar tal conduta como trapaça.¹³³

Em situações assim a cooperação, que seria o método pela qual o melhor resultado para ambos os jogadores seria alcançado, é encerrada.

No caso da colaboração premiada, a demora na entrega do pactuado em acordo pode ter ocorrido por um contratempo do investigado. Porém, Ministério Público pode interpretar como manobra para postergar o oferecimento da denúncia, punindo de imediato o colaborador.

Caso não haja um diálogo entre os tratantes, há o risco do colaborador entender que o Ministério Público já encontrou fonte de prova mais robusta, situação em que o investigado procuraria se blindar das acusações e, portanto, encerrar as tratativas.

Situação que também poderia ser utilizada pelo Ministério Público na obtenção de acordos de colaboração premiada é a propositura de *quantum* da pena que já seria normalmente imposta caso houvesse condenação sem a eventual colaboração do réu.¹³⁴

Também há casos em que o profissional responsável pela persecução penal pode “omitir provas, carregar as tintas em possíveis provas e ameaçar o acusado de uma pena maior se ele não acordar/cooperar”¹³⁵. A discricionariedade do *parquet* e a ausência de parâmetros envolvendo os benefícios já fora abordada por Vinicius Vasconcellos, citando que a abertura interpretativa facilita este tipo de conduta¹³⁶.

Acerca de tal método de negociação, assim já se manifestou John Langbein:

Ameaça-se o réu com uma sanção penal materialmente mais severa se houver o exercício do direito ao julgamento e posterior condenação. Essa diferença no sentenciamento é o que torna a barganha coercitiva. Certamente, há diferença entre ter as costelas quebradas se você não confessar, ou sofrer

¹³³ HILLBRECHT, Introdução à Teoria dos Jogos. Uma análise do Comportamento Estratégico para aplicações no Direito, 2011, p. 15.

¹³⁴ VASCONCELLOS, Colaboração premiada no processo penal, 2017, p. 39.

¹³⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. A aplicação da pena na justiça negocial: a questão da vinculação do juiz aos termos da delação. In: Sentença criminal e aplicação da pena / organizadores, Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. – Salvador: Juspodvm, 2017, p. 69.

¹³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro. São Paulo: Ibccrim, 2015, p. 92.

alguns anos a mais na prisão, mas a distinção é de intensidade, não de natureza. A barganha, como a tortura, é coercitiva.¹³⁷

Conforme já exposto em item 2.1.2, o presente trabalho não objetiva valorar as condutas adotadas por órgãos de investigação ou defesa em táticas envolvendo a negociação premial. Naturalmente, a depender do caso concreto, o exemplo citado poderia revelar certa ambição dos órgãos de investigação, já que visam obter um ganho sem oferecer a respectiva contraprestação, tentando enganar potencial colaborador com promessas enfeitadas, que, efetivamente, não implicam em ganho algum para o colaborador.

Evidentemente, não há se negar um suposto ganho¹³⁸ que a sociedade teria ao ver a pena aplicada integralmente ao investigado e ainda ter recebido elementos de prova aptos a desmantelar a organização criminosa por ele integrada.

Ocorre que tal situação, sendo ou não ética, deve ser analisada detidamente pela defesa do potencial colaborador, senda esta, em tese, capacitada para discernir se eventual proposta é vantajosa ou não.

Ingenuidade é um estado mental que não pode figurar nas mesas de negociação. Situação que também pode ser explorada pelo Ministério Público é a deficiência do defensor. Este pode estar despreparado tecnicamente, ou ter ingressado na defesa do investigado meramente por anseios financeiros ou até mesmo contra os interesses do seu cliente.¹³⁹

Daí a responsabilidade do patrono do investigado em colher a fundo todas as informações necessárias para a consecução da colaboração premiada, encaminhando contrapropostas e, porque não (sentido prático, não necessariamente ético), blefando com o proponente.

Outra tática a ser utilizada tanto por acusação quanto pela defesa é a aproximação com o jogador responsável pelo julgamento do caso em disputa.

Buscar o favorecimento de sua demanda, seja oferecendo vantagem ilícita (crime de corrupção), seja por interesse ou sentimento pessoal (crime de prevaricação) é algo que pode estar nos planos do jogador adversário.

¹³⁷ LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, 1978, p. 12-13. (tradução livre)

¹³⁸ Ganho em sentido estrito, do ponto de vista exclusivo da acusação, haja vista que, se analisada a situação de maneira global, o abuso da força estatal para punir apenas um indivíduo significa prejuízo para toda a sociedade (quando os fins passam a justificar os meios aumenta o risco de violação ao Estado Democrático de Direito).

¹³⁹ VASCONCELLOS, Colaboração premiada no processo penal, 2017, p. 42.

Em junho de 2019 fora noticiado na mídia nacional certa proximidade entre Procuradores da República que atuaram na Força Tarefa da Operação Lava Jato e o então Juiz Federal Sergio Moro.¹⁴⁰

Segundo a reportagem, o site *The Intercept Brasil* teria divulgado mensagens trocadas entre o juiz da causa e o órgão acusador, com teor indicando, em princípio, Sergio Moro como auxiliar dos Procuradores, em termos de investigação.

Sendo os indícios confirmados ou não, fato é que a notícia levanta relevante discussão no presente estudo.

O art. 254, IV do CPP prescreve que o juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes se tiver aconselhado qualquer delas. Já o art. 564 do mesmo diploma legal regra que haverá nulidade no processo no caso de suspeição ou suborno do juiz.

Conforme os institutos estudados pela Teoria dos Jogos até então abordados no presente trabalho, em especial, aquele que indica ser interessante para o jogador prever as jogadas a serem realizadas pelos demais jogadores (item 2.3), necessário apontar, em abstrato, algumas jogadas a serem extraídas do veiculado em mídia nacional.

Sendo interesse do Ministério Público Federal a otimização dos resultados a serem alcançados, ou seja, buscando sempre uma maior pena para os supostos delitos praticados pelos investigados ou sempre um maior número de elementos probatórios em eventual colaboração premiada, ter como aliado o órgão julgador que irá analisar todos os seus pedidos colocaria a investigação em extrema vantagem, se comparada à posição da defesa.

Tem-se então que, apesar de ser conduta ilícita, o conluio entre acusação e juiz certamente contribui para que o *parquet* afigure melhores ganhos em seu jogo.

Após repercussão na mídia, um dos Procuradores envolvidos nos diálogos, Deltan Dallagnol, publicou vídeo em rede social afirmando que, caso a imparcialidade do juiz Sergio Moro tivesse sido quebrada, não teriam sido indeferidos inúmeros pedidos oriundos do MPF, ressaltando ainda que, até então, 54 dos denunciados na Operação Lava Jato foram absolvidos pelo então Juiz Federal Sergio Moro¹⁴¹.

¹⁴⁰ CONSULTOR JURÍDICO. Conversas entre Moro e Dallagnol mostram atuação de ex-juiz como investigador. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/conversas-dallagnol-mostram-moro-atuando-juiz-investigador>. Acesso em 11 de junho de 2019.

¹⁴¹ O GLOBO. Moro e Dallagnol reafirmam imparcialidade da Lava-Jato e condenam invasão de celulares. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-dallagnol-reafirmam-imparcialidade-da-lava-jato-condenam-invasao-de-celulares-23729101>. Acesso em 11 de junho de 2019.

Analisando hipoteticamente a situação retro, seria tática inteligente acordar com o juiz da causa que determinados pedidos devessem ser indeferidos, para que haja um aspecto de imparcialidade na atividade judicante, quando, na verdade, tal tática serve para disfarçar a integração de ambos em um jogo oculto.

A notícia de jogos ocultos integrados por magistrados não é recente. Conforme registros históricos¹⁴², juízes e promotores atuantes durante a Operação *Mani Pulite* (Mãos Limpas) na Itália teriam virado atores políticos.

Exemplo de tal cenário foi o magistrado Antonio di Pietro, “que saiu tão fortalecido da Operação Mãos Limpas perante o clamor popular que o levou, quando no partido ‘Itália Dei Valori’, ao cargo de Ministro do Governo de Centro-Esquerda de Romano Prodi em 1996 e 2006-2008.”¹⁴³

No Brasil, o então juiz que atuou diretamente no julgamento de ações penais oriundas da Operação Lava Jato, Sérgio Moro, foi nomeado Ministro da Justiça e Segurança Pública em 2019¹⁴⁴, cargo político que revela um caminho semelhante ao que fora traçado por di Pietro na Itália.¹⁴⁵

As condutas até então tratadas de forma hipotética também podem ser cometidas por parte do investigado, sendo inúmeras as notícias de que houve quebra da imparcialidade do juízo por vinculação à defesa e ao próprio acusado.¹⁴⁶

A questão fulcral, que é objeto da presente dissertação é: quais as medidas a serem tomadas tanto por acusação quanto pela defesa para evitar que sejam ludibriados por possível subjugado realizado com o órgão julgador?

Naturalmente, já que a análise da presente pesquisa é a pragmática, e como esta pode ser moldada com o estudo teórico dos jogos, não há como negar que a parte que se sentir prejudicada pela atuação criminosa da outra pode também se valer de meios ilícitos para obtenção, às avessas, da paridade de armas (vide item 8).

¹⁴² Empenho do Poder Judiciário italiano durante a década de 90 - materializado por uma série de inquéritos policiais - para combater os atores políticos que insistiam em desvirtuar o papel do Estado perante a sociedade.

¹⁴³ LEMOS, Jordan Tomazelli; ZAGANELLI, Margareth Vetus. Mani pulite, 28 anos depois: considerações sobre a operação anticorrupção que abalou a Itália. Revista Derecho y Cambio Social. N.º 59, ENE-MAR 2020, p. 571.

¹⁴⁴ G1. Sérgio Moro aceita convite de Bolsonaro para ser ministro da Justiça. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/11/01/sergio-moro-aceita-convite-de-bolsonaro-para-ser-ministro-da-justica.ghtml>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

¹⁴⁵ Sérgio Moro, inclusive, já publicou artigo sobre a operação Mãos Limpas: Considerações sobre A Operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n. 26, jul./set. 2004.

¹⁴⁶ STJ. Desembargador é condenado por venda de liminares em plantões judiciais no Ceará. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Desembargador-%C3%A9-condenado-por-venda-de-liminares-em-plant%C3%B5es-judiciais-no-Cear%C3%A1. Acesso em 11 de junho de 2019.

Depreende-se então que a utilização de *hackers* para invadir aparelhos eletrônicos do jogador adversário e encontrar ilícitos por eles praticados é tática que visa anular os feitos destes.

Aparentemente, a fonte *The Intercept Brasil* não foi contratada por condenados da Lava Jato para invadir dados sigilosos de membros da acusação e do órgão julgador. Ocorre que seria ingenuidade considerar que alguém que comete crimes não seria também vítima de crimes.

Já que o jogo processual é de contínua iteração entre as partes, é natural que a acusação tenha em mente que o investigado pode corromper o juiz, ao mesmo tempo que, sabendo de tal expertise da acusação, o investigado busque se blindar dos delitos secundários e, conseqüentemente, tendo a acusação ciência de tal prevenção, busque meios, idôneos ou não, para furar o respectivo bloqueio.

Novamente estaremos diante da regressão infinita “sei que você sabe que eu sei que você sabe...” (vide item 2.1.3). Ocorre que, quanto mais barreiras forem colocadas na descoberta dos ilícitos praticados, evidente que mais difícil será a derrota no jogo oculto.

Calcular riscos é tarefa obrigatória para o jogador que quer maximizar seus ganhos. No exemplo retro, valer-se de profissionais especializados para apagar e ocultar as mensagens trocadas com quem quer que seja é conduta que tende a minimizar as chances de prejuízo.

A utilização do noticiário veiculado em mídia nacional não serve para incentivar o cometimento de ilícitos ou para julgar supostos atos praticados por envolvidos na Operação Lava Jato, mas sim para alertar o jogador que, conforme já exposto em item 2.1.2, o mundo real não observa a licitude prescrita em letra fria da lei, sendo essencial que seja deixada de lado a ingenuidade, buscando o jogador se blindar de qualquer situação que o ponha em desvantagem na partida.

5 ANÁLISE ESTRATÉGICA EM COLABORAÇÕES PREMIADAS

Tanto as Leis nº 9.613/98 e nº 12.850/13, que tratam dos crimes de lavagem de capitais e das organizações criminosas, como a Lei nº 11.343/06, que trata do tráfico ilícito de entorpecentes, possuem dispositivos prevendo benefício penal aos agentes, acusados ou réus, que colaborarem para o deslinde das investigações¹⁴⁷, sendo concedido perdão judicial, redução de pena ou substituição desta por restritivas de direitos caso o colaborador indique com eficácia

¹⁴⁷ E mais recentemente, a Resolução nº 181/2017 do CNMP, que instituiu o acordo de não-persecução penal.

meios de provas aptos a dismantelar eventuais esquemas criminosos, recuperação de ativos financeiros provenientes de atividades ilícitas, dentre outros resultados prescritos em legislação.

Valendo-se da Teoria dos Jogos, a estratégia processual envolvendo a negociação pode ser analisada sob o ângulo do colaborador ou do órgão acusatório, que irão definir, cada um visando interesses próprios, os passos a serem tomados.

Não há se falar em simplicidade na resolução da questão envolvendo a escolha entre colaborar ou não com os órgãos de investigação. A opção pelo instituto da colaboração premiada, a partir da Teoria dos Jogos, não pode se limitar ao seguinte pensamento:

[...] se o Estado não possui a prova que vai ser ofertada de bandeja pelo delator, melhor seria se este calasse em silêncio [...] pois se fosse prova robusta o acordo nem mesmo seria proposto ou aceito pelos órgãos de persecução criminal. [...] considerando-se que os acusados no caso da operação “Lava-Jato” estão participando de um jogo não-cooperativo quando ocorre a oportunidade de acordo de delação premiada, pode-se afirmar que a melhor saída para eles seria o silêncio desde a primeira fase da aludida operação.”¹⁴⁸

Também carece de comprovação empírica e até mesmo teórica a informação de que os melhores advogados criminalistas entendem como melhor estratégia aquela que nega a proposta de colaboração premiada oferecida pelos órgãos de acusação, “uma vez que se o acordo está sendo proposto é porque as autoridades públicas não possuem provas suficientes para a condenação.”¹⁴⁹

Sendo a colaboração de iniciativa dos órgãos de investigação, não necessariamente há fragilidade de provas em relação ao alvo da proposta. Isto ocorre porque o *parquet* ou polícia judiciária podem objetivar não só a persecução penal do investigado, mas também o dismantelamento de toda a cadeia criminosa.

Tem-se então que podem haver elementos suficientes para futura condenação daquele investigado, sendo temerária a afirmação de que a recusa em colaborar com a investigação garantiria o melhor resultado para o investigado, haja vista que os resultados advindos do acordo, na maioria das situações, não se limita/restringe à identificação do *modus operandi* do colaborador.

Há relevância no estudo do tema a partir da consideração de que “a barganha no processo penal se volta para os modos (táticas) pelos quais os sujeitos se comportam e tomam

¹⁴⁸ GOMES, Colaboração Premiada e Teoria dos Jogos com base no equilíbrio de John Nash.

¹⁴⁹ GOMES, Colaboração Premiada e Teoria dos Jogos com base no equilíbrio de John Nash.

suas decisões, cientes das possibilidades, preferências e otimização das recompensas e do afetamento às decisões dos demais.”¹⁵⁰

O art. 4º, §4º, II da Lei nº 12.850/13 traz o melhor resultado possível frente a colaboração premiada, regramdo que, em havendo o efetivo auxílio às autoridades públicas, o Ministério Público pode até deixar de oferecer denúncia se o agente não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar as informações.

Tal dispositivo leva investigados a um dilema a ser resolvido com a defesa: buscar a colaboração com o Ministério Público e sofrer as eventuais consequências extrapenais junto aos agentes delatados (ameaça de morte, etc.) ou manter-se inerte, esperando que coautores ou partícipes ajam da mesma forma.

Exemplo da tomada de decisão ocorreu com o presidente de uma das maiores empreiteiras envolvidas em esquemas de corrupção entre a Petrobras e integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo Federal: Marcelo Odebrecht, que optou por fechar acordo de delação premiada (espécie de colaboração premiada) com as autoridades públicas somente após um ano recluso no sistema carcerário¹⁵¹.

Considerando o exemplo da Operação Lava Jato, em que as autoridades investigadoras buscavam a todo o momento fechar acordos de colaboração, conforme o *Equilíbrio de Nash* (item 2.1.3), a melhor opção para o grupo criminoso envolvido em escândalos da Petrobras seria, a priori, o silêncio, haja vista a ausência de material probatório até então obtido.

Porém, a análise dos envolvidos em investigações difere da presente constatação histórica, haja vista que naquele momento não tinham integral conhecimento dos elementos já em mãos da Polícia Federal e Ministério Público Federal, também não havendo, em tese, comunicação entre eventuais delatores¹⁵², retornando assim ao estado de dúvida e obscuridade do dilema dos prisioneiros¹⁵³ (item 2.1.3).

Segundo informações divulgadas pelo jornal O Globo¹⁵⁴, 140 acordos de colaboração envolvendo condenados investigados pela Operação Lava Jato já resultaram, até setembro de

¹⁵⁰ ROSA, Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico, 2018, p. 21.

¹⁵¹ AÇÃO PENAL Nº 505493288.2016.4.04.7000 (13ª Vara Federal de Curitiba/PR).

¹⁵² Art. 7º da Lei nº 12.850/13: O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

¹⁵³ GOMES, Delação Premiada e a Teoria dos Jogos com base no equilíbrio de John Nash.

¹⁵⁴ SCHMITT, Gustavo; DANTAS, Dimitrius; CARVALHO, Cleide MPF troca delações por 600 anos de perdão. Disponível em <https://extra.globo.com/noticias/brasil/mpf-troca-delacoes-por-600-anos-de-perdao-21569308.html>. Acesso em 21 de julho de 2018.

2017, em uma redução total de 599 anos de pena privativa de liberdade, montante relativo a 32 réus.

Também há a informação do jornal de que já foram previstos para retorno aos cofres públicos mais de dezoito bilhões de reais em pouco mais de três anos da inauguração da Operação Lava Jato, o que indica que as decisões legislativas do Congresso Nacional (criação de leis permitindo a mitigação de penas restritivas de direitos caso seguidas certas exigências que, em última análise, beneficiam a própria sociedade) e jurídicas por parte do Ministério Público Federal, vem dando o resultado esperado, já que além da recuperação de ativos financeiros, líderes de organizações criminosas estão sendo expostos e esquemas delituosos tolhidos.

Alexandre Morais da Rosa¹⁵⁵ esposa que antes do jogador tomar a melhor decisão processual, deve primeiro buscar o maior número de informações sobre o caso penal, verificando como e por quem foram obtidos os elementos probatórios e acessórios constantes no caderno processual ou investigatório, sendo ainda mapeado o padrão tático dos demais jogadores.

Também recomenda seja testada a credibilidade das informações acostadas, não se limitando o jogador à redação de eventual peça processual com base apenas nos documentos já apostos nos autos. Por fim, o agente deve reconhecer que nem sempre o melhor resultado almejado é passível de obtenção, devendo evitar saídas mágicas e se atentar à realidade fática.

As premissas postas, quando aplicadas aos jogos processuais envolvendo as Leis nº 9.613/98, 12.850/13 e 11.343/06, são relevantes para análise da atuação do Ministério Público frente aos acordos firmados com os investigados, devendo as bases da Teoria dos Jogos serem estudadas para que a proposta da presente pesquisa seja exitosa, qual seja, identificação das estratégias traçadas pelos órgãos de acusação/defesa e descrição de eventuais equívocos, sendo proposto o aprimoramento do método adotado em negociações.

6 AMEAÇAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em negociações envolvendo acordos de colaboração premiada, o Ministério Público, valendo-se de sua condição de superioridade ao impor as cláusulas a serem debatidas, pode utilizar táticas pouco convencionais para alcançar seus objetivos.

¹⁵⁵ ROSA, Alexandre Morais da. A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 153.

Apesar de poder invalidar o acordo, ante a necessária homologação do juízo¹⁵⁶, eventual ausência de elemento essencial à validade do termo pode ser ignorada ou passar despercebida pelo Poder Judiciário, situação em que, calculados os riscos, o membro do *parquet* poderia, por exemplo, se valer de coação velada para alcançar seus objetivos.

Situações em que informa falsamente que há outros investigados interessados em colaborar e que a proposta feita deveria ser aceita de imediato, sendo que postergar a decisão geraria por consequência a diminuição dos benefícios propostos, são ameaças possíveis de serem realizadas pelo Ministério Público e que devem ser pensadas racionalmente pelo investigado.

Neste contexto, Thomas Schelling publicou em 1960 a obra *The Strategy of Conflict*, contribuição em que expôs ser possível determinar quais informações e ameaças eram plausíveis ou não¹⁵⁷. Apesar de ter se valido de exemplos da Guerra Fria, em que Estados Unidos e União Soviética disputavam a corrida armamentista e posteriormente buscavam dissuadir a ameaça nuclear, a questão pode ser transplantada ao processo penal.

No caso em questão, o diálogo entre as duas potências era no sentido de encerrar o programa nuclear, da mesma forma em que a consequência pelo descumprimento a tais imposições seria justamente um ataque com bombas de destruição em massa.

O economista estadunidense buscou postular que uma das formas de se deter a ameaça era tornar a resposta a ela imprevisível. Ou seja, a partir do momento em que se cria especulações, sejam elas verdadeiras ou não, de que a resposta a determinada ameaça pode gerar prejuízo maior do que o benefício a ser alcançada pelo agente que ameaça, tem-se uma situação em que este hesitará em cumprir com a promessa.

Ronaldo Fiani, ao tratar sobre o tema, alerta que a avaliação de ser a ameaça crível ou não depende da seguinte análise:

Não é crível, ou seja, não se deve acreditar em uma ameaça que, caso ocorra uma situação em que se faça necessário efetivá-la, não seja do interesse do próprio jogador que fez a ameaça levá-la a cabo. Somente ameaças que, caso tenham de ser efetivadas, sejam do interesse do jogador que ameaçou realmente concretizá-las devem ser levadas a sério.¹⁵⁸

No âmbito da negociação premial, criar um campo de informações, sejam elas falsas ou não, de que o investigado ameaçado pelo Ministério Público é o único que possui meios para

¹⁵⁶ Art. 4º, §8º da Lei nº 12.850/13: O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

¹⁵⁷ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 38.

¹⁵⁸ FIANI, Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais, 2015, p. 234.

obter determinada prova em desfavor de importante membro do alto escalão de determinada empresa pode ser tática relevante para evitar que o *parquet* deixe de negociar ou diminua os benefícios anteriormente propostos.

CAPÍTULO II: O JOGO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

7 COLABORAÇÃO PREMIADA

Conforme já exposto na introdução do presente trabalho, a colaboração premiada surge como instituto que promete (e efetivamente cumpre) acelerar a resolução de determinada contenda criminal.

Não serão tecidas aprofundadas considerações a respeito da legalidade da colaboração premiada perante o sistema constitucional, haja vista que a discussão se afastaria do objeto da presente pesquisa, que é a análise prática do instituto.

Apenas para fins introdutórios, necessário o esclarecimento de que parte da doutrina entende a colaboração premiada como um mecanismo que se afasta do garantismo penal pregado por Luigi Ferrajoli, entendendo que com a adoção da justiça penal negociada os fins justificariam os meios.¹⁵⁹

Ocorre que o instituto que é amplamente aplicado no Brasil, ou seja, que em momento algum fora considerado inconstitucional ou violador de norma federal pelos Tribunais Superiores, encontra na Lei 12.850/13 disposições que resguardam direitos e garantias fundamentais.

Conforme doutrina majoritária sobre o tema:

Deve-se observar que a forma legislada entrega uma margem de segurança bastante razoável para que se exija e fiscalize o respeito, por parte de todas as autoridades, dos princípios constitucionais inerentes à persecução penal.”⁶³ [...] Preservadas as garantias do contraditório, da ampla defesa (inclusive técnica), do direito à não autoincriminação, da imparcialidade do magistrado, da separação das funções de acusador e julgador, da publicidade, enfim, de todos os atributos inerentes à dignidade do acusado, parece a hora de se admitir uma nova roupagem do devido processo legal, capaz de alcançar processos nos quais se desenvolve a figura da colaboração.¹⁶⁰

¹⁵⁹ FREIRE JR, Américo Bedê; DEZAN, Willy Potrich. Delação premiada e direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal a partir da regulamentação constante na Lei 12.850/2013. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017, p. 60.

¹⁶⁰ FREIRE JR; DEZAN, Delação premiada e direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal a partir da regulamentação constante na Lei 12.850/2013, 2017, p. 63-64.

A colaboração premiada integra a chamada justiça criminal negocial, que é definida por Mariana Lauand como resultado da “atividade do imputado que, durante a persecução penal, adota posturas cooperativas com autoridades, em troca de algum benefício legal (garantia de que não será processado criminalmente ou redução de pena).”¹⁶¹

Já Vinicius Vasconcellos define tal instituto como um facilitador, em que: “por meio do incentivo à não resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso.”¹⁶²

As citadas conceituações revelam ter sido a justiça criminal negocial inserida no direito pátrio não como instituto tradicional, mas sim como novidade que busca diminuir os custos que a sociedade (representada pelo Estado) possui com o exercício de seu poder punitivo (vide item 10.1.1.1).

Revela ainda que o Estado não possui, tradicionalmente, recursos suficientes para investigar e eventualmente punir todos os delitos que chegam a seu conhecimento, sendo reiteradamente reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e até mesmo executória (arts. 109 e 110 do Código Penal) nos mais diversos casos que batem à porta do Poder Judiciário (exemplos são casos oriundos do Mensalão)¹⁶³.

Neste sentido Américo Bedê e Willy Potrich defendem que a colaboração premiada é uma resposta à necessária celeridade na persecução penal envolvendo complexas organizações criminosas.¹⁶⁴

A constatação de que fatos criminosos e seus respectivos autores permanecem impunes cria perante a sociedade uma sensação de impotência, fazendo com que o governo aposte em medidas imediatistas, não se preocupando em resolver a causa do problema, que é justamente o sucateamento da estrutura do Poder Judiciário, aliado à ausência de investimento em setores que, comprovadamente, diminuem a incidência de delitos (projetos sociais voltados às crianças, educação de qualidade, etc.)

¹⁶¹ LAUAND, Mariana de Souza Lima. O valor probatório da colaboração processual. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 47.

¹⁶² VASCONCELLOS, Colaboração premiada no processo penal, 2017, 2017, p. 24.

¹⁶³ Vide noticiário nacional, revelando que investigados no Mensalão acabam sendo beneficiados pela prescrição, haja vista a morosidade do Estado em solucionar os processos penais: <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/11/relator-propoe-pena-ja-prescrita-mas-demais-ministros-elevam-punicao.html>; <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1893632-citados-no-mensalao-tucano-se-beneficiam-de-prescricoes.shtml>.

¹⁶⁴ FREIRE JR; DEZAN, Delação premiada e direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal a partir da regulamentação constante na Lei 12.850/2013, 2017, p. 45-46.

Tal imediatismo acarreta ações como o Projeto de Lei Anticrime¹⁶⁵ proposto em 2019 pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, que prevê o aumento temporal dos prazos prescricionais. Claramente voltado para a consequência e não a causa do problema, o projeto de lei demonstra um paliativo que não se mostra crível para verdadeira resposta aos anseios sociais.

Apesar de estar previsto em mais de um diploma legal, sendo aplicado em diversos tipos penais, para o estudo do instituto em questão optou-se pela análise restrita da Lei nº 12.850/13, já que, apesar de envolver o crime de organização criminosa, fora a legislação que mais avançou em termos de procedimento da negociação premial¹⁶⁶, sendo aplicada supletiva e subsidiariamente aos demais crimes que permitem a colaboração com os órgãos de investigação em troca de benefícios na persecução penal.

Restou assentado pelo STF¹⁶⁷ e posteriormente positivado no art. 3-A da Lei nº 12.850/13 que a colaboração premiada é meio de obtenção de prova. O posicionamento da Suprema Corte revela que o instituto em comento é “ferramenta processual orientada para a produção de prova em juízo.”¹⁶⁸

Tal entendimento considera que o parágrafo 14 do art. 4º da Lei nº 12.850/13¹⁶⁹ prevê que o colaborador confesse o crime a ele imputado. Isto porque, os incisos do art. 4º, *caput* permitem que o colaborador se limite, por exemplo, a recuperação (devolução) total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (inciso IV).

Considerando não ser, *a priori*, essa atividade um meio de obtenção de prova, restaria a confissão do colaborador como elemento a configurar a negociação premial como processo probatório.

Sendo a confissão de eventual investigado o único elemento que deve permear toda e qualquer colaboração premiada, verifica-se que a intenção do legislador fora, em princípio, a resolução célere do processo envolvendo o respectivo investigado.

Porém, o que se vê na prática, é que órgãos de investigação dificilmente aceitam tão

¹⁶⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Projeto de Lei Anticrime adequa legislação à realidade atual e torna o cumprimento de penas mais eficiente. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2019.

¹⁶⁶ VASCONCELLOS, Colaboração premiada no processo penal, 2017, p. 16 e 73.

¹⁶⁷ STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel, Min, Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 18 e 23-24.

¹⁶⁸ DIPP, Gilson. A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015, p. 23.

¹⁶⁹ Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

somente a recuperação de ativos ilícitos como elemento apto ao aceite da proposta do colaborador (vide resultados apostos no Capítulo III). Isto porque o instrumento em análise se mostra apto a dismantelar agentes criminosos com maior periculosidade e extensa atuação em organização criminosa, não se contendo a Polícia Judiciária ou o Ministério Público com a resolução dos fatos envolvendo tão somente o colaborador.

Não faz sentido buscar tão somente a recuperação do produto do crime quando já há elementos suficientes para incriminação do colaborador. A não ser que este seja o líder da organização criminosa, a tendência é que seja extraído do acusado elementos que imputem fatos delituosos a terceiros ou que façam cessar determinada atividade criminosa.

Tal conclusão se dá em razão do já exposto em item 2.4, onde os jogadores envolvidos em “jogos de interação repetida” ficam cada vez mais experientes e buscam sempre melhorar o resultado do jogo anterior.

8 JOGADORES EM PÉ DE IGUALDADE: A BUSCA (I)LEGAL PELA PARIDADE DE ARMAS

Tendo sido criada em 2013, a atual legislação que criminaliza as organizações criminosas já pôde ser testada inúmeras vezes pelos servidores públicos que atuam na persecução penal, o que revela, em regra¹⁷⁰, uma maior expertise dos órgãos de investigação se comparados aos causídicos de investigados aptos a ingressarem no jogo da negociação premial.

Como (tentar) superar tal déficit?

É natural que membros do Ministério Público, que já atuam a alguns anos no órgão ou até mesmo novatos que são designados especificamente para atuarem em áreas de combate ao crime organizado já tenham participado de mais negociações premiais do que um advogado em início de carreira (tendo atuado até mesmo mais que advogados experientes), haja vista que a demanda tende a ser maior (proporção) para o membro do *parquet*.

Considerando tal informação, necessário que o profissional que for atuar na defesa de determinado investigado eventualmente sondado para colaborar com a investigação criminal busque acesso não só ao processo que tramita em desfavor de seu cliente, mas também procure conhecer processos pretéritos já findados e que passaram pelas mãos do Promotor de

¹⁷⁰ A regra, que advém do que fora exposto em item 2.4, decorre da repetição e aprimoramento das jogadas, o que por si só não garante exceções, em situações onde o mais qualificado é aquele que não possui tanta experiência.

Justiça/Procurador da República ou do conjunto de servidores que atuam na Comarca em que ocorre a investigação.

Conforme fora exposto em item 2 do presente trabalho, a análise de casos semelhantes leva o jogador que não tenha passado pelas mesmas experiências de jogo de seu oponente a se colocar em pé de igualdade com este.

No caso da colaboração premiada, o estudo de acordos já firmados pelo *parquet* leva a colheita de informações, sendo, na maioria das vezes, possível extrair um padrão de jogo.

Obtém-se, por exemplo, a média de anos concedidos como benefício ao colaborador. Se o crime de corrupção passiva possui pena abstrata que varia de dois a doze anos e se o juízo responsável pelo julgamento da contenda penal possuir média de seis anos de condenação¹⁷¹, não há se falar em vantagem na proposta do *parquet* que prevê oito anos de prisão cumpridos em regime inicial semiaberto.

Ora, primeiramente deve-se verificar se o Ministério Público local costuma oferecer maiores “descontos” na aplicação da pena, para que a defesa do colaborador force o *parquet* a aumentar os benefícios anteriormente oferecidos, até que chegue efetivamente ao seu padrão de resposta.

Por outro lado, necessário que, sendo o *parquet* relutante em oferecer maiores benefícios na aplicação da pena, seja analisada a pena média aplicada pelo juízo da causa, para que o investigado não aceite proposta menos vantajosa do que o enfrentamento da ação penal em seu curso tradicional.

Tal cuidado leva em conta a tendência dos órgãos de investigação em inflarem a suposta pena que seria aplicada ao investigado caso enfrentasse todo o curso processual (conforme exposição em item 6). Necessário que o advogado do colaborador se ponha no mundo real, em que o Ministério Público pode se omitir no exercício de fiscal do ordenamento jurídico (art. 129 da CRFB/88), atuando de forma desproporcional e se ausentando da responsabilidade constitucional de também zelar pelos direitos e garantias constitucionais da pessoa que ele mesmo acusa.

Também fora colocada ao lado da advocacia um importante instrumento que objetiva diminuir a defasagem investigativa entre defesa e órgãos de acusação, a norma criada pelo Conselho Federal da OAB que regulamenta a investigação defensiva.¹⁷²

¹⁷¹ O estudo da casuística não deve se limitar aos órgãos de investigação, devendo também ser estendido às decisões anteriores proferidas pelo juízo em demandas que envolvam os mesmos tipos penais imputados ao potencial colaborador.

¹⁷²Disponível

A norma dispõe em seu art. 1º que investigação defensiva seria toda atividade exercida pelo advogado que de maneira lícita (leia-se: não vedada pela lei), visar a obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

No art. 4º há um rol exemplificativo de atividades destinadas à consecução da investigação defensiva, podendo o advogado proceder a colheita de depoimentos, pesquisar e obter dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, além de realizar reconstituições.

Por fim, o art. 7º da norma dispõe que as atividades descritas no Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades. Verifica-se que a partir de dezembro/2018 a advocacia ganhou instrumento que a permite colher elementos de prova aptos a resguardar seu cliente de acusações presentes ou futuras de órgãos de acusação, sendo imprescindível o estudo da norma para que a defesa possa ser exercida em sua amplitude.

Por outro lado, admitindo a impossibilidade em se negociar em pé de igualdade com o membro do Ministério Público, poderia o suposto criminoso que não vê chances de absolvição e não tem a intenção de largar a vida delituosa, utilizar a colaboração premiada como pretexto para cometimento de novos crimes ou ocultação do produto das atividades ilícitas (subjogos).

Querer ludibriar os órgãos de investigação, apesar de ser atividade arriscada, pode ser levada em consideração na hora da negociação, haja vista que, conforme já exposto na introdução da presente pesquisa, o Estado é incapaz de tutelar e punir todos os crimes cometidos no âmbito de seu território.

Tal constatação revela a chamada cifra negra¹⁷³, que, se utilizada sabiamente em comparação estatística pelos criminosos, pode ser um grande entrave aos órgãos de investigação.

Este tipo de jogada, portanto, que no presente trabalho fora utilizada como exemplo, não havendo pretensão em se esgotar as possibilidades que se passam na mente do investigado, devem ser previstas e colocadas sob observação do *parquet* ou da Polícia Judiciária.

Conforme abordagem feita em item 2.2 da presente pesquisa, o estudo da Teoria dos

https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/O_CONSELHO_FEDERAL_DA_ORDEM_DOS_ADOGADOS.pdf. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

¹⁷³ SANTOS, Juarez Cirino. A Criminologia radical. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2006, p. 13.

Jogos deve levar em conta o comportamento estratégico, devendo o jogador não só pensar em suas ações/consequências, mas também nos *pay-offs* almejados pelos demais jogadores, traçando jogadas que melhor se adequem (otimização do resultado) a mais de um caminho traçado por seu adversário.

No exemplo em análise, valeria a pena investir em interceptação telefônica enquanto as negociações com o eventual investigado estiverem abertas, para que o órgão de investigação se certifique de que o colaborador em potencial não está imerso em subjugos ocultos.

9 PROPOSTA OFERECIDA PELOS ÓRGÃOS DE INVESTIGAÇÃO

Conforme exposição em itens retro, a negociação envolvendo a colaboração premiada envolve uma proposta e uma contraproposta. Em relação aos benefícios oferecidos pelo Ministério Público ou Polícia Judiciária, já se manifestou o STF¹⁷⁴ no sentido de ser possível a flexibilização dos prêmios prescritos no art. 4º, caput, §4º e §5º da Lei nº 12.850/13¹⁷⁵. Tem-se então que, a partir da proposta oferecida pelo órgão de investigação, seja ela qual for, caso cumprida a contraprestação pelo colaborador, passa a ser a promessa realizada um direito subjetivo do investigado, que pode exigir o seu cumprimento.

Com tal introito, cumpre destacar que, a título de exemplo, pode o *parquet* fixar para um grande empresário da construção civil brasileira uma pena pecuniária, isentando o mesmo da pena privativa de liberdade.

Tal proposta seguiria a Teoria Economicista dos delitos e das penas, já tendo sido afirmado por Block e Heineke que “o sistema penal deve, preferencialmente, aplicar penas pecuniárias para aqueles que possam arcar com tal consequência e penas privativas de liberdade para os delinquentes que não dispõem de tais recursos.”¹⁷⁶

Naturalmente, poderia haver maximização dos resultados quando eventual investigado aceitasse a proposta de pena privativa de liberdade a ser cumprida inicialmente em regime fechado cumulada com o pagamento de grande quantia, a título de pena pecuniária. Ocorre

¹⁷⁴ Pet 7.074/DF. Min. Edson Fachin, julgamento em 21, 22, 28 e 29/06/2017. Informativo nº 870.

¹⁷⁵ Tal entendimento poderá ser alterado, haja vista que a partir de janeiro/2020 a Lei nº 12.850/13 passou a reger em seu art. 4º, §7º, II que são nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo.

¹⁷⁶ BLOCK, M. K.; HEINEKE, J. M. A labor theoretic analyses of criminal choice. *American Economic Review*, v. 65, n. 3, 1975, p. 314.

que tal objetivo é utópico e, portanto, surreal. No plano prático, fácil seria perceber que o enfrentamento do regular processo penal é mais vantajoso para o potencial colaborador do que a anuência com os termos propostos pelo órgão de investigação.

Necessário então que, no momento da negociação, seja proposto conscientemente a pena concreta (ou ausência de pena) a ser enfrentada pelo colaborador, evitando que seja realizado um teatro que cumpra apenas a oferta e tentativa de colaboração premiada, sem que efetivamente haja êxito nas tratativas negociais.

Deve-se ainda levar em consideração os custos do Estado com a manutenção de um condenado no sistema prisional (item 10.1.1.1). Cláudio Guimarães¹⁷⁷ já apontou a construção de unidades prisionais e a manutenção de uma população carcerária inativa, que não produz riquezas para o país, como um fator a ser levado em consideração no momento de se adotar a pena privativa de liberdade como melhor solução para o crime.

Um crime de corrupção passiva, que tenha gerado prejuízo ao erário, em que os gastos para construção de determinada obra pública tenham sido três vezes mais caros, talvez devesse levar em consideração, no momento do oferecimento de eventual acordo de colaboração premiada, a indenização aos cofres públicos, para que a sociedade prejudicada não tenha que suportar os danos decorrentes do superfaturamento da obra e ao mesmo tempo bancar a manutenção do envolvido no delito dentro do sistema prisional.

10 A ARTE DA GUERRA, TEORIA DOS JOGOS E COLABORAÇÃO PREMIADA

Optou-se na presente pesquisa pela utilização dos ensinamentos passados por Sun Tzu em obra que ganhou o mundo.¹⁷⁸ O livro “A arte da guerra” é o mais antigo (segundo a humanidade contemporânea) tratado militar.

A escolha pela obra original, sem comentários, se deu em razão de ser necessária uma leitura sem contaminação. Já que não se tem notícia de textos utilizando a colaboração premiada a partir de uma leitura completa da obra de Sun Tzu, a abordagem do livro com exemplos do campo empresarial ou qualquer outro poderiam levar o estudo a interpretações não abordadas nos tópicos da presente dissertação¹⁷⁹.

Assim, as considerações que serão tecidas nos itens que seguem se darão

¹⁷⁷ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Análise crítica às teorias econômicas do direito penal. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 12, 2009, p. 77.

¹⁷⁸ TZU, Sun. A arte da guerra / Sun Tzu; tradução de Sueli Barros Cassal. - Porto Alegre: L&PM, 2006.

¹⁷⁹ Exemplo de obra comentada é de Gary Gagliardi, “A Arte da Guerra - A Arte das Pequenas Empresas - A Estratégia de Sun Tzu para as Pequenas Empresas”. Editora: M. Books, ed. 1, 2008.

exclusivamente pelos conceitos da Teoria dos Jogos e da Colaboração Premiada até então abordados no presente trabalho.

A relevância da análise desta obra frente à aplicação da Teoria dos Jogos no instituto da colaboração premiada se dá em razão de ser natural que as estratégias utilizadas pelos jogadores no processo penal possam se aproximar de verdadeiras guerras processuais, não havendo limite (no plano fenomênico) para a utilização de meios inidôneos para se otimizar os resultados a serem alcançados. A guerra nada mais é do que um grande jogo em níveis extremos.

Necessário a lembrança de que o presente trabalho, apesar de abordar conceitos teóricos, tem por objetivo primordial analisar o campo da pragmática, situação em que a ingenuidade é tratada como falta de preparo para o jogo que está por vir.

Ao abordar o comportamento duvidoso dos jogadores, Alexandre Morais da Rosa assim disserta:

Talvez a assunção alienada da noção de guerra seja verificável quando o jogador, em nome do resultado, aceita mitigar os princípios da própria guerra, uma vez que a necessidade de vitória exclui a legalidade impeditiva do êxito. [...] Esperar equilíbrio moral no jogo negócio da delação é aceitar o processo como elemento de divertimento e passatempo. Os jogadores querem ganhar. Os limites morais podem funcionar, no limite, de cada jogador singularmente, mas não operam de maneira universal. Muitas vezes os acusadores e julgadores (sic) se valem de jargões como: “se não paga por esse, por certo, paga por outro”.¹⁸⁰

O autor, que também é Juiz de Direito do TJSC, revela que a prática pode se afastar do que é ensinado na academia, situação em que o próprio jogador responsável pelas decisões, ou seja, o juiz, pode se afastar das regras processuais penais, julgando o réu conforme seu particular senso de justiça, o que se afasta do devido processo legal.

Ignorar que o investigado por ter cometido certas ações delituosas (que em muitos casos, apesar da conhecida presunção de inocência, tem-se convicção por parte dos órgãos de investigação de que o agente é realmente culpado) pode se valer de ações ilícitas e até criminosas no decorrer da contenda penal é medida temerária por parte do Ministério Público e da Polícia Judiciária, razão pela qual estes órgãos, no estudo das estratégias a serem traçadas, devem monitorar cada passo do potencial colaborador, evitando que este possa utilizar o campo de negociação como um tempo a mais para exaurir suas ações criminosas, dentre outras condutas que indiquem um subjogo integrado pelo acusado.

¹⁸⁰ ROSA, Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico, 2018, p. 87.

Por outro lado, necessário que o investigado/acusado e sua defesa técnica se atentem às condutas duvidosas e até mesmo ilegais praticadas pelos órgãos de investigação. Não raras as vezes tem-se notícia de que provas ilegítimas foram introduzidas no curso da investigação¹⁸¹, devendo o causídico analisar cada detalhe dos elementos colhidos pelos órgãos de persecução penal, para que o seu representado não seja prejudicado por jogadores que atuam afastados do chamado *fair play*.

Ainda sobre a pertinência em se utilizar o livro “A arte da guerra” no presente estudo, Alexandre Morais da Rosa, ao analisar a metaforicamente a colaboração premiada como uma batalha, afirma que “se a negociação para delação é uma ‘guerra’ autorizada pelos Estado [...] os fundamentos da Teoria da Guerra podem ser invocados para se buscar entender a lógica da negociação desde que vinculados à teoria dos jogos”.¹⁸²

Feita esta inserção na importância do estudo dos ensinamentos de Sun Tzu, passemos à análise de sua obra.

10.1 A ARTE DA GUERRA

Sueli Cassal, tradutora da obra utilizada na presente pesquisa, revelou que, segundo a Enciclopédia Britânica, o Tratado Militar escrito por Sun Tzu teria sido usado pelo chinês Mao Tsé-tung na década de 1940, em sua luta contra os japoneses e os chineses nacionalistas¹⁸³.

Segundo o chinês Se-Ma Ts’ien, um dos comentaristas do livro, Sun Tzu, que teria vivido no milênio anterior ao nascimento de Cristo (século 4 a.C)¹⁸⁴, fora questionado pelo rei Tchu acerca da praticidade dos métodos ensinados pelo militar, já que as estratégias traçadas no campo da teoria podem se revelar de difícil execução quando confrontadas com o mundo real.¹⁸⁵

Em item 2.4 deste trabalho, ao serem analisadas as limitações da aplicação da Teoria

¹⁸¹ Exemplo pode ser encontrado em decisão do TRF-4, HC nº 5050595-07.2016.404.0000, Relator: NIVALDO BRUNONI, Data de Julgamento: 08/02/2017, OITAVA TURMA. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=nxkn&hdnRefId=8f3fc27cd6984fd581f602db0d01dcd&selForma=NU&txtValor=50505950720164040000&chMostrarBaixados=1&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=S&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras. Acesso em 29 de maio de 2019.

¹⁸² ROSA, Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico, 2018, p. 83.

¹⁸³ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 5.

¹⁸⁴ TZU, Sun. A arte da guerra: os treze capítulos originais. Adaptação e tradução de André da Silva Bueno. - São Paulo: Jardim dos Livros, 2011, p. 16.

¹⁸⁵ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 7.

dos Jogos, restou claro que a prática se revela imprevisível e em muitos casos de impossível vitória. Ocorre que é justamente a consciência do risco que torna o estrategista mais preparado que os demais jogadores.

Naturalmente, o risco da derrota deve ser levado em conta pelo jogador justamente para que, caso ela venha a ocorrer, seus efeitos/prejuízos sejam minimizados, já que movimentos estratégicos também devem levar em consideração o pior cenário existente, não sendo aconselhável ignorar a eventual expertise do jogador adversário.

O objetivo da análise da presente obra não é comprovar a facticidade ou não dos feitos de Sun Tzu, até porque a sua própria existência é questionada.¹⁸⁶ A razão da análise é a extração de ensinamentos que, se devidamente adaptados e aplicados à colaboração premiada com auxílio da Teoria dos Jogos, pode preparar o jogador para as adversidades que permeiam a contenda judicial.

O que se extrai da obra do chinês, daquilo que será a seguir detalhado, é que a melhor estratégia a ser traçada é aquela que busca a vitória antes mesmo do início da batalha. Também é possível compreender que há maior êxito quando os recursos do oponente ainda restarem generosos, já que a derrota deste sem qualquer insumo não corresponde à maximização dos benefícios possíveis.

A arte da guerra, em síntese, seria o conhecimento perfeito da terra (geografia) e dos homens. Baseado em tal conhecimento o próprio autor afirma que “o general que domina a arte da guerra é o árbitro do destino do povo e dos rumos da vitória.”¹⁸⁷

Valendo-se do que fora exposto até então, tem-se que no campo da negociação premial, essencial que o jogador, em primeiro lugar, conheça todos os elementos de investigação até então colhidos e que possivelmente estejam na iminência de serem descobertos.

Se determinado investigado possui ramificações comerciais que objetivam a lavagem de capitais, não faria sentido imaginar que o Ministério Público, ao desvendar um dos estabelecimentos laranja, já possui informações acerca de todos os demais. Da mesma maneira que seria ingenuidade do investigado imaginar que os demais estabelecimentos até então encobertos estariam para sempre nesta condição.

Por tal razão deve-se conhecer muito bem o terreno em que se está pisando, para que não haja surpresas desagradáveis em processos futuros.

¹⁸⁶ SAWYER, Ralph D. *The Essential Art of War*. Basic Books, 2005. p. 34-35.

¹⁸⁷ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 17.

Exemplo prático de tal despreparo ocorreu em 2018 com Wesley Batista, um dos donos da J&F. Houve pedido da Procuradoria Geral da República pela rescisão dos acordos (com os respectivos benefícios) de colaboração premiada anteriormente negociados, haja vista que Batista teria omitido crime anteriores, sendo os mesmos descobertos após a homologação dos acordos.¹⁸⁸

Na sequência, tem-se que o estrategista deve conhecer muito bem seus adversários, modo de pensar e agir, além de ter em mente a sua formação acadêmica e fatores que o influenciam, tanto positiva como negativamente.

Em item 3.2.3 da presente pesquisa foram apontados os principais atores do jogo processual, sendo indispensável estudar os jogos anteriormente integrados pelos atuais adversários, já que em jogos de interação repetida (item 2.4) é possível que jogadas passadas sejam novamente utilizadas no futuro.

10.1.1 Capítulo I: Da avaliação

No Capítulo I, Sun Tzu aborda cinco fatores que são essenciais para que o Estado em guerra obtenha êxito nos seus objetivos. São eles: a doutrina, o tempo, o espaço, o comando e a disciplina.¹⁸⁹

i) Doutrina: consiste na manutenção da racionalidade, ainda que diante dos infortúnios e da morte. No campo do processo penal, e principalmente no campo da colaboração premiada, manter a prudência, não deixando que as emoções tomem conta das decisões, ainda que em momentos que precedem a prisão, são essenciais para que tudo o que já fora realizado não se perca.

Em item 2.3 já fora explicado que decisão racional é aquela que, almejando o melhor resultado possível para si, há avaliação pelo jogador de todas as consequências de suas escolhas, levando em consideração as escolhas a serem feitas pelos demais jogadores.

Sun Tzu, ao abordar a doutrina, corrobora com a ideia de que escolhas afastadas da lógica estariam destinadas ao fracasso ou contariam tão somente com a sorte em caso de vitória. Conforme já exposto em item 2.1, jogos humanos dependem da intervenção do homem no campo de jogo, não havendo espaço relevante para a álea.

¹⁸⁸ G1. PGR rescinde acordos de delação de Wesley Batista e de Francisco de Assis, da J&F. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/pgr-rescinde-acordos-de-delacao-de-wesley-batista-e-francisco-de-assis-e-silva.ghtml>. Acesso em 31 de maio de 2019.

¹⁸⁹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 12-15.

Assim, trazendo o ensinamento do militar, é possível considerar situações de extrema desvantagem no processo penal, como aquelas em que, apesar de ter sido traçada uma estratégia visando a absolvição do réu, a defesa técnica se vê diante do iminente risco de amargar seu cliente preso.

Em situações onde, findada a instrução probatória, só restando o interrogatório do réu para que o juízo manifeste sua decisão sobre o mérito, reste incontestada a autoria e materialidade imputadas ao acusado, necessário que a defesa técnica seja racional o suficiente para convencer o seu cliente de que confessar o crime ou buscar alternativas para mitigar a punição estatal (colaboração premiada) é a melhor opção frente ao que estaria por vir.

Negar a autoria do crime, pensando em uma incerta absolvição em segunda instância pode levar a defesa ao fracasso. Necessário que tanto advogados quanto representados entendam que, em muitos casos, a condenação não significa derrota, podendo haver êxito na aplicação de uma pena branda, em um regime inicial aberto, etc.

ii) Tempo: sobre este fator, Sun Tzu aponta que se deve atentar para a formação dos elementos naturais, devendo haver apreciação do tempo de interação do que advém da natureza.

Paciência é um predicado que deve permear qualquer jogador. No campo da colaboração premiada, saber o momento adequado para procurar os órgãos de investigação ou para responder a uma proposta é essencial para que o investigado alcance os melhores resultados.

Situações em que é exposto na mídia que determinado agente político é alvo de uma grande operação da Polícia Federal não pode ser um fator que leve o agente imediatamente a procurar o Delegado responsável para fechar acordos. Necessário que haja um estudo aprofundado dos elementos que já estão à disposição da PF, se há outros investigados na iminência de entregarem elementos probatórios, etc.

Caso não haja decretação de prisão temporária (o que poderia mudar os objetivos do investigado), talvez o melhor seria esperar, para que o órgão de investigação se veja atraído pela proposta do investigado em colaborar, quando este órgão não vislumbrar novos meios de obtenção de provas, estando estagnado.

Por outro lado, sob a ótica do Ministério Público ou da Polícia Judiciária, o tempo pode ser fator essencial para que a proposta ofertada pelo investigado seja mais atrativa. Aguardar a conclusão do inquérito policial, tendo elementos para oferecimento da denúncia e para pedido de prisão preventiva pode ser mais persuasivo do que uma simples investigação

em curso.

Em razão de tal contexto, necessário que o órgão de investigação avalie se há urgência na obtenção de elementos probatórios eventualmente oferecidos pelo investigado, não devendo aceitar uma proposta modesta caso haja possibilidade de alcançar maior auxílio por parte do proponente.

iii) Espaço: sobre tal fator, Sun Tzu, se referindo ao conceito físico, defende um estudo do ambiente de batalha, conhecendo todos os detalhes que o guarnecem.

No processo penal, conforme já exposto em item 3.2.1, ter informações acerca das tendências decisórias do juízo em que a causa será julgada é fundamental para que tanto acusação quanto defesa possa traçar as melhores táticas durante a contenda.

Sob a ótica da defesa, saber se as decisões de determinada Comarca (em primeira instância) vão de encontro a entendimentos de Tribunais Superiores (sendo tais entendimentos desfavoráveis ao pleito do réu) e ter ciência da estatística que permeia a recorribilidade do *parquet* pode fazer com que o investigado aceite ou recuse eventual proposta de negociação premial.

Caso a tendência da Promotoria de Justiça que atua em determinada Vara seja de acatar a decisão em primeira instância, talvez recusar um acordo de colaboração premiada proposto por este órgão seja vantajoso, caso o juízo da causa possua posicionamento favorável à defesa, mesmo que decidindo em sentido contrário aos Tribunais Superiores.

Tudo é uma questão de conhecer bem os posicionamentos de todos os jogadores envolvidos no procedimento penal (item 3.2.3), já que os dados concretos são fundamentais para que o plano de jogo possa ser traçado sem que haja grandes surpresas pelo caminho.

iv) Comando: diz Sun Tzu que “o conhecimento de todos os recursos, a coragem, a determinação e o rigor são as qualidades que devem caracterizar aquele que investe a dignidade de general.”¹⁹⁰

Tal trecho pode ser comparado analogamente com o conceito de jogador racional (tópico “iv” do item 2.2). Manter-se determinado em alcançar seus objetivos e não cessar os estudos para compreensão das preferências dos demais jogadores é elemento que deve permear o jogador, sendo o preparo característica que o diferencia dentro do campo de jogo.

v) Disciplina: sobre este fator o militar chinês entende como primordial o conhecimento e respeito às regras internas, devendo ainda “não desdenhar o conhecimento

¹⁹⁰ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 12.

exato e detalhado de todos os fatores que podem intervir, e informar-se de cada um deles em particular.”¹⁹¹

Sobre o último aspecto, a Teoria dos Jogos aponta a análise das preferências de cada um dos jogadores envolvidos (tópico “iv” do item 2.3). Ter em perspectiva as jogadas a serem realizadas pelos adversários, além de evitar ser pego de surpresa com eventuais subjogos integrados pelos demais jogadores, se mostra razoável dentro do jogo dinâmico da colaboração premiada.

Sobre as preferências, o investigado pode traçar um padrão de comportamento do membro do Ministério Público, analisando quais os maiores benefícios já oferecidos pelo Promotor e sob que circunstâncias. Acerca dos subjogos, pode investigar os interesses extraprocessuais do Promotor que eventualmente possam interferir nos jogos, sejam eles políticos, religiosos, dentre outros possíveis.

Sobre as preferências do acusado, órgãos de investigação devem se atentar a possíveis colaborações que o investigado já tenha participado, colhendo informações acerca do cumprimento dos acordos firmados, não se esquecendo do “*tit for tat*” (item 4), já que fechar as portas da negociação para o investigado que já descumpriu acordos de colaboração premiada pode impedir que determinada investigação envolvendo crimes mais graves avance.

A lei nº 12.850/13 não impede a negociação com quem descumpriu termos anteriormente fixados, basta que o *parquet* ou Polícia Judiciária detalhe nas cláusulas do acordo situações prevendo datas para o cumprimento e as consequências para o descumprimento, exigindo, desde já, caução para garantir que a frustração do acordo não acarrete em prejuízo para o Estado (o próprio general Sun Tzu prega que não se deve poupar o desobediente do castigo, desde que necessário¹⁹²).

Em continuidade ao Capítulo I (“Da Avaliação”), Sun Tzu assim expõe:

Aproveita a dissensão entre os inimigos para atrair os descontentes para o teu campo, não regateando promessas, oferendas ou recompensas. Se teus inimigos forem mais poderosos e mais fortes, não os ataques. Evita cuidadosamente o que pode redundar num conflito generalizado. Dissimula sempre, com extremo cuidado, o estado de tuas forças. [...] Finge ser fraco a fim de que teus inimigos, abrindo a porta para a presunção e para o orgulho, venham atacar-te em hora errada, ou sejam surpreendidos e derrotados vergonhosamente. [...] Toda campanha militar repousa na dissimulação. Finge desordem. Jamais deixes de oferecer um engodo ao inimigo, para ludibriá-lo. Simula inferioridade para encorajar sua arrogância. [...] O general deve basear-se em avaliações prévias. Elas apontam para a vitória quando

¹⁹¹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 13.

¹⁹² TZU, A arte da guerra, 2006, p. 13.

demonstram que sua força é superior à do inimigo. Indicam a derrota quando demonstram inferioridade. Com numerosos cálculos, pode-se obter a vitória. Teme quando os cálculos forem escassos. E quão poucas chances de vencer tem aquele que nunca calcula!¹⁹³

Para desfecho do presente capítulo, necessária a análise pontual do que fora colocado pelo general.

Em primeiro lugar, acerca da dissensão entre os inimigos, pode o Ministério Público, no campo da colaboração premiada, convocar a mídia (como já o tem feito¹⁹⁴) para que membros de organização criminosa de sintam pressionados a buscar os órgãos de investigação.

A respeito do exemplo trazido em nota de rodapé, qual seja, MPF utilizando *power point* para demonstrar as supostas ações criminosas do ex-presidente Lula, já fora intentada ação de indenização por danos morais em desfavor do Procurador da República Deltan Dallagnol, demanda esta que até outubro de 2019 encontrava-se em trâmite perante o STJ, já tendo as instâncias inferiores reconhecido que a exposição do ex-presidente não foi um excesso por parte do Ministério Público, sendo um dever do órgão divulgar suas ações.¹⁹⁵

Apesar do até então entendimento exarado pelos Tribunais pátrios, entrou em vigor no final de 2019 a Lei nº 13.869 (art. 13, I e II), considerando abuso de autoridade a submissão de preso ou detento a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei.

Em razão de tal disposição, Polícias Judiciárias de vários Estados da Federação recomendaram que seus integrantes parassem de divulgar fotos e identificação de presos em flagrante¹⁹⁶, visando resguardar a imagem e a presunção de inocência do custodiado.

Apesar da previsão envolvendo investigados presos, o fato é que a exposição de investigados soltos (como ocorreu na época em que o *power point* fora mostrado à mídia), além de eventual constrangimento, pode gerar o medo de que outro membro está na iminência de delatar os demais, podendo gerar uma corrida pela colaboração premiada, levando ainda em consideração o que dispõe o art. 4º, §4º, II da Lei nº 12.850/13, que regra o caso de ser o

¹⁹³ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 14-15.

¹⁹⁴ VEJA. O PowerPoint roubou a cena durante a coletiva da Lava Jato sobre denúncia contra Lula. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/blog/pop/o-powerpoint-roubou-a-cena-durante-a-coletiva-da-lava-jato-sobre-denuncia-contralula/>. Acesso em 09 de junho de 2019.

¹⁹⁵ COELHO, Gabriela. Salomão admite recurso de Lula contra PowerPoint de Dallagnol. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/salomao-admite-recurso-lula-powerpoint-dallagnol>. Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

¹⁹⁶ G1. Polícias param de divulgar nomes e fotos de presos após lei de abuso de autoridade entrar em vigor. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/01/10/policias-param-de-divulgar-nomes-e-fotos-de-presos-apos-lei-de-abuso-de-autoridade-entrar-em-vigor.ghtml>. Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

colaborador o primeiro a prestar efetiva colaboração, podendo até mesmo ser beneficiado com o não oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público, o que já é de grande vantagem em se tratando dos prejuízos decorrentes de figurar como réu em uma ação penal.

No trecho seguinte, ao analisar a força do inimigo, fazendo um transporte ao campo processual, necessário que a defesa técnica admita quando não há tese defensiva que possa negar a autoria e materialidade do crime e quando a punição Estatal é, em termos de probabilidade, certa.

Em razão de tal admissão, aceitar a proposta oferecida pelos órgãos de investigação, a depender do contexto (se o investigado participa ou não de jogos ocultos), pode ser a melhor opção, ainda que o acordo resulte em pena de prisão (sendo esta reduzida proporcionalmente ao auxílio proposto).

Em relação à dissimulação, a tática de enganar membros do Ministério Público não pode ser ignorada por estes. No Capítulo XI Sun Tzu retoma esta ideia, expondo que “o nó das operações militares depende de tua faculdade de simular que acatas o desejo do inimigo.”¹⁹⁷

A participação em jogos ocultos (item 2.4) deve ser levada em consideração quando o *parquet* estiver diante de um colaborador aparentemente disposto a cumprir com as cláusulas estabelecidas. Isto, inclusive, é novamente alertado por Sun Tzu no capítulo IX de sua obra, expondo: “Não dê ouvidos às propostas de paz ou de aliança que os inimigos poderiam te propor. Pode ser um artifício deles.”¹⁹⁸

O monitoramento das atividades praticadas pelo colaborador (tornozeleira eletrônica, interceptação telefônica, etc) enquanto ainda está no prazo para entrega dos elementos prometidos pode ser impeditivo de que este saia exitoso em eventual jogo oculto que integre.

A defesa técnica de eventual investigado também deve se atentar a possíveis condutas duvidosas praticadas pelos órgãos de investigação. “Vazar” na mídia áudios e documentos que indicam que há forte material probatório em desfavor do cliente não deve gerar um alarde e desespero. Necessário um estudo aprofundado do tema, haja vista que a investigação pode especular e fantasiar a realidade que permeia o inquérito (vide item 6), algo que pode ser contornado com a análise aprofundada dos autos.

Finalizando o capítulo, Sun Tzu menciona o cálculo a ser realizado pelo general, antes mesmo de iniciar a guerra. Tal recomendação nada mais é do que o princípio básico que envolve a teoria dos jogos (vide análise introdutória em item 2).

¹⁹⁷ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 70.

¹⁹⁸ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 51.

A teoria em estudo propõe a análise qualificada as informações postas à disposição dos jogadores, devendo o mesmo se conhecer, conhecer as regras do jogo e conhecer as preferências dos demais jogadores.

Com estas informações, inicia-se o planejamento para o jogo que está para se iniciar, sendo as particularidades do caso concreto, que nascem no desenrolar da partida, tendentes a serem resolvidas de maneira mais célere e com melhores escolhas, já que o plano traçado otimiza as táticas a serem utilizadas.

10.1.1.1 O fator econômico como integrante da avaliação inicial

Questão que merece destaque nos atos preparatórios do processo penal é o fator financeiro que permeia as relações de investigado e órgãos de acusação, haja vista que é capaz de influenciar a tomada de decisões dos jogadores envolvidos na colaboração premiada.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a população carcerária do Brasil, em julho de 2019, já ultrapassava 812 mil pessoas, sendo que o país só possui 423.378 vagas em unidades prisionais¹⁹⁹, demonstrando a escassez do Estado em suprir a demanda.

O numerário revela que seria de interesse do Estado, também representado pelo Poder Judiciário, diminuir o número de presos no país, haja vista que o gasto do erário na manutenção de unidades prisionais e de seus internos desgasta as contas públicas. O próprio CNJ informou em 2016 que um preso no Brasil gera um gasto médio de R\$2.400,00 mensais²⁰⁰, significando que o país, atualmente, gasta quase dois bilhões de reais por mês com a estrutura carcerária.

Tem-se então que o instituto da colaboração premiada, se utilizado em larga escala pelos órgãos de investigação, pode resultar na diminuição do número de presos no país, haja vista que, conforme entendimento de Vitor Reginato e José Parré, a concessão de benefícios legais a autores de delitos, desde que seja suficiente para reprimir delitos futuros e sendo cobrada contrapartida vantajosa para a sociedade, pode evitar custos com o encarceramento e ainda gerar ganhos financeiros a partir de eventual prestação pecuniária imputada ao acusado.²⁰¹

¹⁹⁹ G1. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

²⁰⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

²⁰¹ REGINATO; PARRÉ, O INSTITUTO PENAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA E A TEORIA DOS JOGOS, p. 7.

O fato é que, apesar de não haver uma cultura no país de aplicação do instituto da colaboração premiada aos crimes comuns, não é possível ignorar que parte dos órgãos de acusação podem estar movidos pela economia gerada ao Estado.

Essa é a perspectiva do Ministério Público.

Em relação ao investigado, o estudo de tal fator na tomada de suas decisões tem ligação direta com a escolha pelo enfrentamento da ação penal.

Réus que possuem elevado patrimônio são capazes de levar o fator financeiro em consideração no momento de avaliarem os riscos do litígio. Não só a liberdade cerceada pelo risco de pena encarceradora é móvel das ações do acusado, mas também o custo com advogado, repercussão na esfera familiar, profissional (lucros cessantes enquanto perdurar a condição de encarcerado) e empresarial.

Evidente é a ausência de investimento do governo nas Defensorias Públicas. Exemplo é o Estado de São Paulo, que em 2019 contava com cerca de 35% dos profissionais necessários para atender à meta proposta pela Emenda Constitucional 80/14.²⁰²

Isso significa que até mesmo o réu que não tem condições de arcar com advogado particular, se quiser uma melhor estrutura jurídica para atender a seus interesses, deverá recorrer ao profissional privado.

Tem-se então que qualquer acusado, tendo ou não condições financeiras, pode valer-se dos custos para patrocínio de sua defesa para optar ou não pelo acordo de colaboração premiada. Levar o processo até o STJ ou STF pode acarretar ao réu prejuízos maiores do que aqueles advindos de eventual pactuação com a proposta oferecida pelo órgão de acusação.

Colocar a questão financeira em perspectiva no momento de avaliar uma possível colaboração premiada é relevante a partir do momento que o jogador identifica que o seu oponente possui como meta, ainda que indireta, reduzir os custos oriundos da lide judicial. A partir da identificação da preferência dos jogadores adversários é possível traçar estratégias que sejam dominantes (tópico ‘v’ do item 2.2), visando atender ao estudo da economia prevista pelo próprio estrategista.

10.1.2 Capítulo II: Do comando da guerra

²⁰² BARBOSA, Augusto. É preciso um novo olhar social e político sobre a Defensoria Pública de São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-09/augusto-barbosa-preciso-olhar-defensoria-sp>. Acesso em 11 de setembro de 2019.

No Capítulo II Sun Tzu recomenda que “à tua volta haja, em toda parte, provisões para a manutenção do exército. [...] não adies o momento do combate, nem esperes que tuas armas enferrujem e o fio de tuas espadas se embote.”²⁰³

Da leitura inicial do capítulo em questão, transportando os ensinamentos de Sun Tzu para a colaboração premiada, extrai-se que a todo momento o jogador, seja ele investigador ou investigado, deve ter elementos guardados para a hipótese de sua tática/proposta inicial não ser aceita pelo outro jogador.

Sob a perspectiva do órgão de investigação, ter certos indícios do cometimento de ilícitos (já juntados aos autos da investigação) e apresentá-los ao colaborador em potencial, se possível, deve ocorrer enquanto ainda houverem investigações em curso, haja vista que, caso o investigado negue o auxílio em um momento inicial ou barganhe por melhores benefícios penais, poderá o *parquet* apresentar posteriormente os demais elementos colhidos, alcançando assim o êxito.

Por outro lado, caso o colaborador em potencial aceite logo na primeira investida a proposta oferecida, sairá o Ministério Público com o melhor resultado possível, haja vista que teria gastado menos recursos na colheita de indícios que incriminam o colaborador e este teria prestado o máximo de informações pertinentes ao órgão, sem que este tenha oferecido grandes vantagens relacionadas à aplicação da lei penal.

Já sob a perspectiva do investigado, necessário que nunca apresente de uma só vez todas as informações que possui em seu poder, haja vista que fechar um acordo que permita a obtenção de provas incriminando seus parceiros de crime pode gerar consequências extraprocessuais que podem ser mais prejudiciais do que a própria pena de prisão.

Caso o *parquet* não aceite o mínimo possível de elementos a serem informados pelo investigado, aí sim, pode este, avaliando os riscos que corre ao prestar aquelas informações, aumentar a proposta ao órgão de investigação.

A segunda lição extraída da passagem do general se relaciona com o melhor momento para se fechar um acordo de colaboração premiada. Caso o investigado demore nas tratativas com o Ministério Público, pode ser que outro membro da suposta organização criminosa inicie as negociações com o órgão, situação em que este perderia o interesse nas informações trazidas pelo primeiro investigado ou este não poderia se beneficiar do art. 4º, §4º, II da Lei nº 12.850/13.

Em relação ao órgão de investigação, pode ser que o atraso na obtenção de elementos

²⁰³ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 16.

que incriminem determinado líder de organização criminosa faça com que este permaneça em liberdade, havendo o risco de cometimento de novos crimes ou de fuga, evitando eventual e futura aplicação da lei penal.

Exemplo de tal situação seria a tratativa com colaborador em potencial, membro da organização criminosa. Suspeitando que outro agente possa ser o líder de tal organização, o Ministério Público inicia a rodada de negociações, visando obter elementos que confirmem a presunção inicial.

Na sequência, o *parquet* recebe a informação de que o suposto líder está de viagem marcada para o exterior. Neste caso, visando obter o decreto de prisão temporária ou preventiva em desfavor deste, ideal seria que o Ministério Público obtivesse o mais rápido possível elementos que indicassem a autoria do crime, para que o pedido de prisão possuísse embasamento idôneo.

É natural que esta pressa do órgão de investigação pode ser percebida pelo colaborador, situação em que pode exigir maiores benefícios ou, caso esteja participando de um jogo oculto, enrolar ainda mais seus adversários, para que o líder da organização criminosa se veja livre de futuras imputações.

No decorrer do capítulo Sun Tzu faz uma análise do desastre que pode ser uma campanha demorada, tanto para os cofres do Estado, quanto para a reputação daquele que comanda as tropas.²⁰⁴

Uma negociação demorada pode ser trágica, principalmente para o investigado, ante eventual corrida pela colaboração que possa estar ocorrendo.

Neste aspecto, após iniciadas as negociações, notável que o órgão de investigação saia em grande vantagem. E por tal razão deve haver muita astúcia por parte do membro do Ministério Público ou do Delegado de Polícia para que não deixe de passar a segurança necessária para obter os melhores ganhos.

Um negociador que, apresentada a proposta inicial, tende a ir gradativamente diminuindo seus ganhos, atendendo às contrapropostas daquele que está do outro lado da mesa certamente passa a cultivar, ao longo do tempo, fama de que não possui pulso firme, sendo campo de exploração pelos investigados futuros que venham a iniciar tratativas com aquele negociador.

O recuo, principalmente por parte dos órgãos de investigação, deve ser muito bem calculado. Prevenidos de jogos ocultos, o que o *parquet* ou a Polícia Judiciária devem ter

²⁰⁴ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 17.

como premissa é que o potencial colaborador só iniciou as tratativas negociais por temer a aplicação da lei penal, tendo entendido que o órgão possui elementos suficientes para prejudicá-lo criminalmente.

Tal fator deve, portanto, ser explorado pela investigação, tendo em pauta que o colaborador não está nesta condição por eventual sentimento de justiça social, mas sim porque fora pressionado a entregar certas informações em troca de uma pena mais branda ao final da contenda judicial.

Já encerrando os ensinamentos no presente capítulo, Sun Tzu, tratando do contato com os inimigos, assim disserta:

Não percas nenhuma ocasião de importuná-lo. Faz com que ele pereça à míngua. Encontra meios para irritá-lo, para que ele caia em alguma armadilha. Diminui-lhe ao máximo as forças, desorientando-o, dizimando-lhe, de vez em quando, alguns soldados, saqueando seus comboios, seus equipamentos e tudo o que te poderá ser útil.²⁰⁵

Sendo o Direito Penal a *ultima ratio* do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser tratado com seriedade, não havendo espaço para táticas que ignorem as armas a serem utilizadas pelos jogadores.

Aquele que lidera certa associação criminosa, impondo o tráfico de drogas em certa comunidade periférica que não possui a atuação do Estado nas áreas da educação, saúde, segurança e cultura, possivelmente não abrirá mão de condutas criminosas para evitar seu encarceramento.

Corromper a Polícia Civil, responsável pela investigação de seus ilícitos pode ser visto, analogamente, como a retirada de recursos dos inimigos trazida por Sun Tzu.

Da mesma forma, encontrar meios para prender familiares daquele criminoso que se deseja alcançar pode ser tática utilizada pelos órgãos de investigação para minar a atuação do alvo, forçando que este venha a “colaborar” com as investigações.

O objetivo do presente trabalho não é pactuar com condutas criminosas. Ocorre que abordagem de crimes em exemplos é necessária para que tanto acusação quanto defesa se guarneçam de possível ilícitos praticados pelos oponentes, ferindo o Estado Democrático de Direito.

No exemplo dos familiares, é natural que a prisão preventiva de qualquer pessoa deve se basear em elementos mínimos de autoria e materialidade (além do comprovado *periculum libertatis*), não sendo fundamento para o decreto prisional a suposta pressão sofrida pelo líder

²⁰⁵ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 17.

de organização criminosa. Ocorre que este pode sim ser um motivo velado por trás do pedido de prisão e do deferimento da medida em primeira instância.

Questiona-se a sustentação de tal decisão judicial, situação em que, nos órgãos superiores, o decreto baseado exclusivamente no fundamento oculto e inidôneo seria revogado. Ocorre que a simples prisão, mesmo que dure apenas um dia, antes de sua revogação já seria sentida pelo familiar alvo, razão pela qual não há como ignorar arbitrariedades no uso estratégico da colaboração premiada.

10.1.3 Capítulo III: Da arte de vencer sem desembainhar a espada

No capítulo que segue Sun Tzu demonstra que a opção pelo confronto só deve existir quando não houver outra saída. Isto ocorre porque, apesar da vitória, esta possivelmente virá com baixas de ambos os lados. Em uma guerra não há vencedor, há tão somente aquele que sofreu menos prejuízos que o oponente.

Nesta seara, o general ensina que “conservar os domínios e todos os direitos do príncipe que serves deve ser o primeiro de teus cuidados. Só deves ampliá-los, usurpando o território inimigo, quando for imprescindível.”²⁰⁶

No campo do processo penal, difícil é saber quando não é imprescindível avançar sobre os campos do outro polo da relação jurídica.

Sob a perspectiva do réu, uma atitude diferenciada do simples desenrolar dos atos processuais (resistência) só não seria necessária quando houvesse a convicção de que a absolvição por ausência de provas estaria por vir, ou que a pena seria extinta por prescrição da pretensão punitiva estatal. Não sendo este o cenário, como esperar que o *parquet* cumpra com seu papel constitucional na aplicação da lei, sem mover as peças do jogo?

Somente réus que jogam afastados da racionalidade, por algum motivo moral ou insano é que aceitariam de plano as consequências da aplicação penal. Se esta fosse a realidade, a primeira atitude de criminosos ao praticarem delitos seria se entregarem na delegacia.

Ocorre que a prática demonstra um intuito em furta-se da aplicação da lei penal, razão pela qual estudar estratégias que visem impedir eventual sentença condenatória deve ser (e é) o objetivo primordial de toda defesa técnica.

Somente quando há obstáculo no alcance deste primeiro objetivo é que se deve buscar alternativas para diminuir o impacto de eventual sentença condenatória.

²⁰⁶ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 19.

O que vai diferenciar a tática ilícita do chamado *fair play* é até onde o réu e sua defesa técnica estão dispostos a ir para alcançarem o objetivo primário. Esgotados os meios legais para se tentar a absolvição (inserção de provas relativas a eventual álibi, nulidade de determinado procedimento, etc), caberá ao imputado, orientado por sua defesa, escolher se deseja partir para uma tática secundária, minimizando as perdas, ou continuar na busca pela absolvição, desta vez se valendo de outros crimes para se livrar da primeira acusação.

Já sob a perspectiva da acusação, o ponto central de um processo, que o levaria ao combate (saindo da *safe zone* e buscando atacar o inimigo) ocorre, por exemplo, quando vê que todo o trabalho de investigação pode ser desperdiçado (do ponto de vista pragmático)²⁰⁷ ante a iminente absolvição dos réus.

Em junho de 2019 o STJ entendeu haver indícios de que acusados pela morte de centenas de pessoas na “Boate Kiss” teriam agido com conduta subsumida ao dolo eventual, razão pela qual os mesmos deveriam ser pronunciados e conseqüentemente julgados pelo Conselho de Sentença, em plenário do Tribunal do Júri.²⁰⁸

Na situação narrada, pode-se imaginar a hipótese em que o Ministério Público estivesse indignado com decisão do Tribunal de Justiça, que entendeu ter sido a conduta dos denunciados abarcada pelo chamado homicídio culposo. Neste sentido, tendo havido grande repercussão do caso em análise, poderia o *parquet* se valer da mídia para pressionar de alguma forma os Ministros do STJ, para que estes reformassem o Acórdão prolatado em segunda instância.

Notável que uma atitude “pacífica” do órgão de acusação seria a interposição de Recurso Especial, aguardando o desenrolar dos atos processuais até o julgamento de seu pleito. Ocorre que, visando se resguardar de eventual derrota perante a Corte, utilizar o anseio da comunidade de Santa Maria/RS para influenciar na decisão poderia aumentar as chances de provimento do recurso.

A questão abordada no início do Capítulo por Sun Tzu, naturalmente, quando transportada ao processo penal, não indica que, em caso de ser imprescindível o ataque, serão

²⁰⁷ Sob o ponto de vista teórico não haveria desperdício, haja vista que as provas colhidas possuem objetivo de revelar processualmente o que teria ocorrido no contexto fático. A reconstrução da narrativa ministerial, ainda que levem à constatação de que autoria não pode ser imputada aos réus, jamais pode significar um desperdício da colheita probatória, pelo contrário, significa que a justiça conseguiu cumprir com seu papel, aplicando isonomicamente as regras do jogo aos jogadores.

²⁰⁸ STJ. Denunciados por mortes em incêndio na boate Kiss vão a júri popular. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Denunciados-por-mortes-em-inc%C3%AAndio-na-boate-Kiss-v%C3%A3o-a-j%C3%BAri-popular. Acesso em 22 de junho de 2019.

utilizados quaisquer instrumentos para o êxito. O general não prega vitória a todo custo, mas sim inteligência no momento de utilizar as armas, para que não haja um desgaste desnecessário de recursos.

Aplicada à colaboração premiada, a lição do militar pode ser traduzida em situações em que uma das partes negociantes já ofereceu oferta atrativa. Não seria sensato que determinado membro de organização criminosa buscasse uma melhora na oferta do *parquet* em troca de aumentar o número de delatados quando o benefício ofertado pela acusação resulta em poucos meses de pena privativa de liberdade no regime semiaberto.

Deve-se estudar as possíveis consequências extraprocessuais na “entrega” de vários membros da organização criminosa.

Se o colaborador está lidando com criminosos, necessário que coloque na balança o risco que ele e sua família estão correndo. Se enfrentar este risco for menos vantajoso do que alguns meses preso, a escolha mais racional seria aquela em que aceitasse a primeira proposta oferecida pelo órgão de investigação.

Continuando o tratado, Sun Tzu assevera:

Deves almejar como aquilo que há de mais perfeito, conservar intatos os domínios dos inimigos. Só deves destruí-las em caso de extrema necessidade. [...] a melhor política guerreira é tomar um Estado intato; uma política inferior consiste em arruiná-lo. É preferível aprisionar a destruir o exército inimigo; é melhor tomar um batalhão intato do que fulminá-lo. [...] A pior política consiste em atacar as cidades. Apenas consente nisso se não houver outra saída. Pensa no longo tempo necessário para preparar veículos, armas, equipamentos, e para construir rampas ao longo das muralhas.²⁰⁹

Tal passagem revela o ponto fulcral do presente capítulo, que seria vencer a batalha sem derramar uma gota de sangue. Ocorre que, na prática, a consecução desta máxima é de extrema dificuldade.

Numa negociação envolvendo órgão de acusação e investigado, natural que o não cometimento de ilícitos, seja por parte do acusado, seja por parte da acusação, diminui drasticamente os riscos na revogação dos efeitos conseguidos a partir do acordo a ser homologado pelo juízo.

Estudar técnicas de negociação, conhecer as preferências do jogador adversário e ganhar sua confiança (item 12.7) são elementos que reduzem significativamente as ações dentro do jogo da colaboração. Reduzem porque não se ramifica em outros subjogos possivelmente criados para tentar haver êxito no jogo principal.

²⁰⁹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 19-20.

Quando o jogador simplifica suas jogadas, tem a possibilidade de se especializar cada vez mais nelas, otimizando sua execução. Tem-se então que, com mais tempo para estudo das técnicas de negociação, mais tempo para analisar outros acordos de colaboração em que o *parquet*, investigado ou defesa técnica foram protagonistas. O estudo das técnicas para alcançar a simpatia de seu adversário certamente irá favorecer o jogador na colheita de suas jogadas.

Sun Tzu, a mais de dois milênios atrás, quando expôs que “é de suprema importância na guerra atacar a estratégia do inimigo”²¹⁰, apontou o que fora aprofundado no século 20 pela Teoria dos Jogos: a melhor estratégia é aquela que leva em consideração a estratégia do outro jogador (vide tópico ‘ii’ do item 2.2).

O general volta a tal tema no Capítulo XI, quando expõe ser imprescindível o estudo dos planos do Estado inimigo, conhecendo seu contingente, pontos fortes e fracos, não sendo suficiente o domínio do próprio exército, já que o sucesso da empreitada deste depende do conhecimento prévio dos métodos utilizados pelo exército inimigo.²¹¹

Ocorre que Sun Tzu abre os olhos dos *players* quando aponta técnicas para evitar o combate (ao menos direto) com os inimigos.

O general indica táticas como sabotar os planos dos inimigos e semear a discórdia entre o exército adversário.²¹²

No processo penal, conseguir um informante dentro da Polícia Judiciária, do Ministério Público ou do próprio Poder Judiciário pode colocar o investigado em pé de igualdade (item 8), ao menos na fase inquisitorial, com os órgãos de investigação.

Saber antecipadamente que haverá uma interceptação telefônica ou busca e apreensão pode prevenir o suspeito de futuras acusações em decorrência de eventuais descobertas que destas medidas poderiam advir certamente é tática que não pode ser ignorada pelo aplicador da Teoria dos Jogos.²¹³

Informações vazadas colocam em xeque o trabalho de investigação, sendo uma sabotagem aos planos do jogador que acusa.

Em relação à discórdia semeada no exército inimigo, não haveria melhor exemplo para

²¹⁰ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 20.

²¹¹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 69.

²¹² TZU, A arte da guerra, 2006, p. 20.

²¹³ Não raras são as notícias de que agentes “da lei” estão envolvidos em supostas práticas criminosas. Exemplo: G1. Japonês da Federal é preso em Curitiba por facilitar contrabando. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/06/japones-da-federal-e-presos-em-curitiba.html>. Acesso em 22 de junho de 2019.

representar tal ensinamento do que a divulgação perante a mídia nacional de que determinado agente entregou elementos suficientes a dismantelar toda organização criminosa.

Além de gerar apreensão entre os membros do crime organizado, podem render mais elementos de provas nas mãos da investigação, a partir de potenciais colaboradores que batam à porta dos órgãos de persecução penal para fechar algum tipo de benesse em troca de informações.

Talvez o ensinamento mais valioso de Sun Tzu no presente Capítulo seja o que vem a seguir, demonstrando que a inferioridade do exército pode ser superada pela tática de abordagem do inimigo. Diz: “tenta colocar-te a salvo, e evita, se possível, entrar em choque com o adversário. A prudência e a firmeza de um punhado de pessoas pode conseguir extenuar e dominar mesmo um exército numeroso.”²¹⁴

No campo do processo penal é evidente, e só quem não está inserido na prática forense não enxerga, que o réu sempre está em posição de inferioridade em relação ao Estado acusador (vide relatos apontados em item 12.4).

A paridade de armas, formal, jamais poderá ser alcançada num modelo acusatório em que o Estado se encontra num dos polos da relação jurídica.

O simples fato de não haver quaisquer custas²¹⁵ para o Ministério Público para entrar com Recurso Extraordinário já constata tal quadro. O acusado, por outro lado, arcará com os custos de sua defesa, tendo que, fatalmente, dispender altos valores para poder ter ao seu lado um advogado que atue de maneira qualitativa e presencial perante o STF.

Com inferioridade de recursos financeiros, meios para obtenção de provas e informações, necessário que o acusado se valha de recursos que objetivem equilibrar a balança processual.

Em processos mais comuns e menos complexos, seria fácil indicar uma leitura aprofundada dos autos como instrumental para que a defesa se coloque em vantagem sobre o Ministério Público, haja vista que este iria atuar em inúmeras audiências em determinado dia, não tendo tempo para se preparar tão bem quanto o advogado.

Ocorre que tal conduta não é suficiente quando a defesa técnica se vê diante de uma grande operação da Polícia Federal, que fora coordenada pelo Ministério Público Federal, com um grande contingente de pessoal e de recursos.

O simples estudo aprofundado dos autos não consegue superar a expertise de um

²¹⁴ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 22.

²¹⁵ Lato sensu, não se referindo ao preparo recursal, haja vista que este só é cobrado aos litigantes em ação penal de iniciativa privada, vide art. 806, §2º do CPP.

Procurador da República que está atuando desde o início das investigações.

Seria presunção do presente trabalho, e tarefa impossível, apontar todas as soluções postas à disposição das partes no jogo processual penal. Isto ocorre, ainda, porque a Teoria dos Jogos propõe um modelo teórico, que deve ser aplicado a cada caso concreto, analisadas as circunstâncias.

Na situação de paridade de armas em análise, pode-se utilizar como exemplo o Auxílio Direto (art. 30 do CPC²¹⁶):

Apesar de o pedido de cooperação internacional ao Poder Judiciário estrangeiro, no caso do Auxílio Direto, prescindir da análise meritória pelo judiciário do país requerente, não há previsão nos diversos tratados internacionais para que a defesa técnica do investigado ou do réu figure como legitimado para o pleito [...] O referido óbice encontra materialidade no *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT) Brasil/EUA e no protocolo de São Luís, que veda aos particulares, leia-se, pessoas estranhas aos órgãos integrantes do Estado requerente, a solicitação em fase inquisitorial de assistência visando a obtenção de provas.²¹⁷

Apesar de haver discussão por parte dos autores do trecho supra a respeito da violação à ampla defesa do réu, necessário que a realidade seja enfrentada, buscando alternativa para superar eventual violação.

No caso em apreço, já que judicialmente a defesa não conseguiria obter, diretamente, informações de autoridades estrangeiras, interessante seria que o investigado apontasse, por exemplo, os titulares das possíveis contas em que o suposto dinheiro alvo de investigação de evasão de divisas teria passado.

De posse dessa informação, caberia à defesa tentar contato com as pessoas responsáveis e de alguma forma buscar que elas fornecessem elementos que isentassem seu cliente de responsabilidade ou então que elas buscassem apagar qualquer elemento que as ligassem ao investigado.

É natural que o caso concreto iria apontar os caminhos a serem seguidos. O certo é que, diante de qualquer óbice procedimental, como no caso do Auxílio Direto, não pode a parte prejudicada se contentar com o déficit de armas, buscando sempre a compensação por sua

²¹⁶ Art. 30. Além dos casos previstos em tratados de que o Brasil faz parte, o auxílio direto terá os seguintes objetos: I - obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso; II - colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira; III - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

²¹⁷ LEMOS, Jordan Tomazelli; ZEGANELLI, Margareth Vetis. Cooperação Jurídica Internacional: Do Auxílio Direto na Persecução de Crimes de Lavagem de Capitais. Revista Jurídica Cesumar, janeiro/abril 2018, v. 18, n. 1, 97-98.

inferioridade técnica (item 8).

Ao final do Capítulo III, Sun Tzu elenca cinco circunstâncias essenciais para vitória sobre o inimigo²¹⁸. Tais circunstâncias serão transportadas para o jogo processual, servindo a colaboração premiada como campo de batalha:

i) Saber quando combater e quando bater em retirada. - Tal ensinamento revela que tanto órgão de acusação quanto investigado tem que saber o momento certo de fechar o acordo. Prolongar as negociações pode ser prejudicial para o desenrolar das investigações, fazer com que surja um novo colaborador (diminuindo os benefícios ofertados pelo *parquet*) ou favorecer um criminoso participante de jogo oculto.

Da mesma forma, saber quando a oferta gera mais prejuízos do que o enfrentamento do curso processual é essencial para o acerto nas jogadas.

ii) Saber lidar com o pouco e o muito, segundo as circunstâncias. - A questão da escassez de recursos, relacionada principalmente à defesa técnica, já fora abordada no presente capítulo, sendo essencial que o jogador saiba economizar quando possuir aparente abundância de informações (não entregar todos das informações/documentos na primeira proposta diante da acusação) e que saiba investir tudo o que tem numa escassez de recursos, aproveitando as oportunidades antes que as chances de negociação se encerrem.

iii) Compor habilmente suas fileiras. - Sun Tzu elenca a manutenção das tropas como relevante para a vitória. Da mesma forma, tanto Ministério Público quanto Polícia Judiciária devem combater ilícitos dentro do próprio órgão. Informações sigilosas só irão vazar se algum agente da própria investigação pactuar com o adversário.

iv) Preparar-se, prudentemente, para afrontar o inimigo potencial. Não prever, dando como pretexto a inferioridade do adversário, é o maior dos crimes. Estar preparado, independentemente de qualquer contingência, é a maior das virtudes. - Entender que Promotor, Procurador da República ou Delegado são altamente capacitados tecnicamente e possuem estrutura para colheita de informações mais qualificadas do que a defesa é imprescindível para um bom planejamento da estratégia.

Da mesma forma, aceitar que o colaborador em potencial pode estar utilizando das negociações para ganhar tempo em um possível jogo oculto é conduta prudente dos órgãos de investigação, para que não seja surpreendido ao final do acordo com um descumprimento programado.

A protelação do feito, inclusive, é citada por Sun Tzu no Capítulo X de sua obra,

²¹⁸ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 23.

expondo que o general “pode acabar ou prolongar a campanha, segundo julgar mais oportuno para sua glória ou para seus interesses.”²¹⁹

v) Evitar as ingerências do soberano em tudo que executar, para a glória de seus exércitos. - Por fim, advogados de defesa devem entender que possuem autonomia técnica perante seu cliente. Aceitar a manipulação de estratégia processual, sem nenhum fundamento racional é erro que pode minar todo o jogo.

Tal ingerência também deve ser evitada pela investigação, sendo coerente em suas manifestações, não deixando que o apelo midiático (soberania da população) influencie em suas táticas.

10.1.4 Capítulo IV: Da arte de manobrar as tropas

Sun Tzu, tratando dos líderes de tropas, revela:

Antes de iniciarem o combate, asseguravam-se da vitória. [...] A garantia de nos tornarmos invencíveis está em nossas próprias mãos. [...] Eles preveem todas as eventualidades. Conhecem a situação do inimigo, conhecem-lhes as forças, e não ignoram o que podem fazer e até onde podem ir. A vitória é uma decorrência natural desse saber. [...] Por isso, com segurança, ousavam prever a vitória ou a derrota, antes mesmo de terem dado um passo para conquistar a primeira ou evitar a última.²²⁰

Esta premissa vai ao encontro do que fora exposto em tópico ‘i’ do item 2.2, tendo sido demonstrado que um dos elementos essenciais ao estudo da Teoria dos Jogos é o entendimento de que todo jogo é um modelo formal, sendo imprescindível que o jogador conheça bem as regras que será submetido ao iniciar a partida.

No campo da colaboração premiada, conhecer a lei nº 12.850/13, Código Penal, Código de Processo Penal e demais leis extravagantes aplicáveis ao caso concreto é o mínimo que se pode exigir de um jogador preparado.

Fora isto, deve conhecer bem o que a doutrina enquanto ciência do direito interpreta dos dispositivos legais positivados, devendo ainda levar em consideração o que os Tribunais Superiores têm entendido sobre a matéria.

Por outro lado, de nada adianta conhecer o que STF e STJ tem entendido a respeito dos mecanismos postos à disposição da colaboração premiada se não há conhecimento acerca das preferências do órgão de acusação e do juiz que cuidará do processo em primeiro grau de

²¹⁹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 59.

²²⁰ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 24-26.

jurisdição.

O caminho até os órgãos superiores pode ser mais penoso do que o enfrentamento de posições dissonantes em órgãos de primeira instância. Custos financeiros e, eventualmente, o tempo que o cliente está recluso em unidade prisional são fatores que influenciarão na decisão por resistir ao posicionamento dos demais jogadores ou lidar com suas preferências de forma inteligente, objetivando minimizar os prejuízos.

Também fora exposto em item 2.4 que o estudo da Teoria dos Jogos, apesar de visar a otimização dos resultados, não pode garantir o melhor resultado planejado no início da partida, haja vista que a teoria aponta um modelo formal de jogo, que, se aplicado na prática, sofrerá intervenções de variáveis que, antecipadas ou não, poderão alterar o curso da partida.

Neste sentido, Sun Tzu elucida que “conhecer os meios que asseguram a vitória não significa obtê-la.”²²¹

O general, antes de tudo, é um estrategista, e por isto, sendo racional, reconhece os riscos da derrota até mesmo para o mais preparado dos exércitos. O diferencial entre o planejamento de uma interação social (seja ela uma guerra ou um processo judicial) e jogadas sem estudos programadas é que na primeira hipótese há uma projeção dos acontecimentos que estão por vir, situação em que o jogador traça um caminho que o levará a vitória.

Caso o caminho que traçou sofra intervenções no curso da partida, terá condições de reprogramar sua rota, haja vista que ao escolher a estratégia dominante (tópico ‘v’ do item 2.2) levou em consideração outras estratégias que deveriam ser seguidas em caso de situações que prejudiquem o resultado planejado a partir da primeira estratégia (deve pensar sempre num plano B).

No processo penal, a escolha pela colaboração premiada por parte da defesa pode ser decorrência de um fracasso no curso da estratégia dominante, que seria a tese da negativa de autoria delitiva. Pode ocorrer ainda que a escolha da colaboração premiada seja a estratégia escolhida desde a ciência de investigações em desfavor do investigado, situação em que o jogo se restringe às negociações, não ao processo penal como um todo.

Neste caso, a defesa pode, por exemplo, buscar como plano inicial a colaboração em troca de uma pena cumprida desde o início em regime aberto, sendo este o objetivo. Caso verifique que o *parquet* está relutante, oferecendo tão somente o regime semiaberto como inicial ao cumprimento de pena, necessário que a defesa trace uma nova estratégia (de preferência, que já tenha sido programada) para persuadir o Ministério Público a aumentar os benefícios

²²¹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 24.

propostos.

Aumentar a proposta de devolução de ativos ilícitos ou se comprometer a entregar mais documentos que demonstrem a participação de outros agentes na conduta delituosa é algo que não fora inicialmente planejado pelo investigado, mas que, dadas as circunstâncias, fez com que seguisse este rumo.

Ainda neste capítulo, Sun Tzu elenca que o general vitorioso não permite que seus comandados demonstrem “confiança demasiado cega”²²². Isto não contraria o que fora exposto por Sun Tzu no Capítulo I (item 10.1.1), quando afirma ser tática de guerra enganar o adversário.

Demonstrar confiança ao inimigo, ainda que esteja em piores condições bélicas, é tática que pode ser utilizada para evitar o confronto, fabricando situação que gere temor por parte do outro jogador.

Por outro lado, a confiança cega não é o que se deseja demonstrar ao outro, mas sim o que o próprio jogador enxerga de si, ignorando os riscos de qualquer relação interpessoal que esteja permeada por posições antagônicas.

Um investigado que não possui elementos suficientes para convencer o *parquet* a lhe oferecer os melhores benefícios ou um órgão de investigação que não possui indícios de autoria e materialidade suficientes para persuadir o investigado a aceitar eventual proposta oferecida podem, a depender da situação, simular uma confiança, expondo ao outro polo da negociação que possuem mais informações do que realmente carregam.

Isto não significa que o próprio jogador irá acreditar que possui aquelas informações, ignorando situações em que o adversário descubra seus verdadeiros planos.

Manipular informações não significa crer na própria invenção. Quando, eventualmente, a Polícia Civil convoca a imprensa e afirma que já possui informações que a levariam brevemente aos autores de supostos crimes, afirmando que é melhor a apresentação voluntária em Delegacia, pode ser que a investigação sequer possua dados concretos para se chegar a algum agente delituoso.²²³

²²² TZU, A arte da guerra, 2006, p. 26.

²²³ Exemplo foi o que ocorreu durante a paralisação da Polícia Militar, no Estado do Espírito Santo, em fevereiro de 2017. Após várias lojas terem sido saqueadas, órgãos de acusação buscaram a mídia para informar que o trabalho de investigação já havia sido iniciado, ressaltando que a devolução espontânea dos produtos furtados poderia render ao agente a aplicação da minorante do arrependimento posterior (art. 16 do CP). Em seguida, o que se viu foram Delegacias lotadas de produtos anteriormente saqueados. Vide noticiário: FOLHA DE SÃO PAULO. Pessoas devolvem produtos roubados em onda de saques no Espírito Santo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1857440-pessoas-devolvem-produtos-roubados-em-onda-de-saques-no-espírito-santo.shtml>. Acesso em 25 de setembro de 2019.

O ensinamento de Sun Tzu segue o princípio da cautela, sendo necessário um estudo da reação do outro jogador ao receber as informações propositalmente externalizadas pelo aplicador da Teoria dos Jogos.

Ao final do Capítulo, Sun Tzu é categórico ao afirmar que um general “só recolhe os louros da vitória quando a derrota completa do inimigo te colocar em condição de fazê-lo com segurança, vagar e tranquilidade.”²²⁴

Não são poucos os casos de colaboradores que, se esquecendo de que o acordo de colaboração premiada o força a permanecer no jogo (ante a possibilidade de revogação dos benefícios concedidos), descumprem cláusulas firmadas em acordo, prejudicando todas as jogadas até então realizadas.

Conforme exemplo já exposto em item 10.1, em 2018 a Procuradoria Geral da República requereu a resolução dos acordos de colaboração premiada firmados com Wesley Batista, sócio proprietário do grupo J&F.²²⁵ O argumento utilizado pela PGR foi de que os colaboradores omitiram crimes que teriam sido cometidos antes da conclusão das negociações.²²⁶

Apesar de ainda não ter havido a homologação da rescisão pelo STF, haja vista que o procedimento ainda está em curso, com julgamento pautado para 17/06/2020 (Petição 7.0003)²²⁷, resta evidente o risco que o colaborador enfrentou ao omitir informações do órgão de investigação, estando, até então, enfrentando as consequências de sua presunção de vitória.

10.1.5 Capítulo V: Do confronto direto e indireto

No Capítulo V Sun Tzu revela as formas de abordagem do inimigo. Forças diretas, que consistem na distração do adversário, e forças indiretas, que consistem na investida imprevisível, devem ser combinadas para que o ataque ao inimigo seja eficaz.²²⁸

“Ataca em descoberto, mas vence em sigilo.”²²⁹ A premissa de Sun Tzu pode ser facilmente aplicada à colaboração premiada.

²²⁴ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 27.

²²⁵ G1. PGR reforça pedido para que STF confirme a rescisão de acordo de colaboração de Wesley Batista. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/pgr-reforca-pedido-para-que-stf-confirme-a-rescisao-de-acordo-de-colaboracao-de-wesley-batista.ghtml>. Acesso em 25 de junho de 2019.

²²⁶ Manifestação da PGR disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/2/art20180226-15.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2019.

²²⁷ Andamento disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183169>. Acesso em 25 de fevereiro de 2020.

²²⁸ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 28.

²²⁹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 28.

Já fora exposto em item 2.1.1 que jogos sequenciais são aqueles em que as jogadas são realizadas após determinado movimento do jogador adversário. Neste sentido, também fora exposto que é de extrema importância que o negociador tenha estudado acordos anteriormente fechados tanto pelo órgão de acusação quanto pelo investigado, para que tenha um padrão de comportamento já previsto.

O ensinamento de Sun Tzu visa justamente evitar que o adversário construa padrões de comportamento, sendo objetivo blindar o profissional envolvido em colaborações premiadas de estudos de suas preferências.

Ainda que o membro do Ministério Público tenha fechado inúmeros acordos de colaboração, não significa que deva expor o método utilizado para obter os maiores benefícios possíveis para a investigação. Este é o significado de vencer em sigilo.

É natural que o órgão de investigação, provavelmente, não consiga se esquivar do padrão de pena oferecido ao colaborador acusado de determinado crime. Ou seja, eventual colaborador em potencial que tenha estudado acordos firmados anteriormente por aquele jogador saberá identificar até quando pode barganhar a diminuição da pena proposta pelo *parquet*.

Por outro lado, o órgão de investigação, por exemplo, não precisa revelar nos acordos firmados o método utilizado para pressionar o colaborador, por meio de seus familiares, a firmar o negócio jurídico.

Esta é, inclusive, a grande dificuldade existente no estudo da colaboração premiada. Apesar de ter sido exposto em item 7 que a partir da Lei nº 12.850/13 o instituto da colaboração premiada ganhou contornos mais avançados para entendimento da benesse penal, necessário esclarecer que continuou omissa o procedimento envolvendo as negociações que antecipam a assinatura do contrato entre as partes (vide apontamentos na introdução do presente estudo).

A grande vantagem no estudo da Teoria dos Jogos perante a colaboração premiada é que o instituto não possui regramento expresso acerca das negociações/critérios envolvendo os elementos a serem oferecidos pelo investigado e os benefícios a serem garantidos pelos órgãos de investigação.

A palavra expresso foi utilizada em razão de ser extraído do Código Civil (arts. 104 a 184) dispositivos legais que permeiam todos os negócios jurídicos. Sendo a colaboração premiada um negócio jurídico (vide item 7), é natural que o acordo firmado entre as partes deva seguir as disposições gerais envolvendo o contrato.

Ocorre que as particularidades das negociações ou o método utilizado até que o acordo

chegue às mãos do Poder Judiciário não fora previsto em legislação, tanto é que foi necessário que o próprio Ministério Público Federal editasse um Manual²³⁰ e uma Orientação²³¹ para que seus membros adotassem técnicas em comum no momento das negociações.

Tem-se então que o presente trabalho, se comparado ao ensinamento de Sun Tzu de que a vitória ocorre em sigilo, visa colocar à disposição do aplicador da Teoria dos Jogos na colaboração premiada premissas para que se atente à técnicas não reveladas pelo jogador adversário no momento das negociações e para que se guarneça de investidas dos oponentes que objetivem descobrir seus padrões de comportamento, já que a incerteza do outro jogador é uma situação a ser explorada, trazendo grande vantagem ao estrategista.

Na sequência, Sun Tzu explica que os melhores gerais são aqueles que:

[...] não se deixam abater por nenhum acontecimento, por mais desagradável que seja; que nunca agem com precipitação; que se conduzem, mesmo quando surpreendidos, com o sangue-frio que têm habitualmente nas ações meditadas e nos casos previstos antecipadamente, e agem sempre com a rapidez, fruto da habilidade, aliada a uma longa experiência.²³²

Já fora ressaltado em item 2.3, sob orientação de Ronaldo Fiani, que o estudo aprofundado da Teoria dos Jogos, apesar de não ignorar a emoção, deve ter como premissa o fato de que os jogadores envolvidos, se qualificados, farão jogadas racionais no curso da partida.

Quando o chinês explica que o general deve ser frio em seus movimentos, há clara vinculação com a Teoria da Escolha Racional abordada em item 2.3, sendo imprescindível que o jogador, ao contrário de se abater com imprevistos que ocorram na partida, busque rotas alternativas para concretizar a estratégia escolhida ou a mude, aceitando um resultado menos vantajoso, porém, estudando outra estratégia que mitigue os prejuízos que estão por vir.

Sun Tzu dispõe ainda que o melhor comando é aquele que possui a “arte de manipular o deslocamento dos inimigos. [...] manipulam o inimigo sempre que julgarem apropriado.”²³³

No campo da colaboração premiada, estudar as preferências dos jogadores, manipulando informações, pode ser tática utilizada tanto por órgão de investigação quanto por investigado e sua defesa.

²³⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Manual Colaboração Premiada. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>. Acesso em 02 de julho de 2019.

²³¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Orientação Conjunta Nº 1/2018: Acordos de Colaboração Premiada. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em 02 de julho de 2019.

²³² TZU, A arte da guerra, 2006, p. 29.

²³³ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 30.

Saber que o *parquet* está ávido por elementos de prova que indiquem determinado político como líder de organização criminosa (apesar de não ter certeza) pode ser utilizado por um dos membros desta organização, que está sendo investigado, para atrair a atenção da acusação, falseando documentos que revelem a participação do político.

Caso o Ministério Público não se certifique previamente das intenções do colaborador em potencial, pode cair em uma armadilha, deslocando tempo, pessoal e recursos em determinada investigação que não levará a qualquer indício concreto de participação delituosa do alvo.

Sob a perspectiva do órgão de investigação, a manipulação de informações pode partir da colaboração da própria mídia (conforme será abordado em item 10.1.12), que, expondo o investigado em rede nacional, cria no imaginário da população que aquela pessoa já é culpada. A presunção de inocência no processo penal não blindava o investigado do senso comum, podendo, por exemplo, ceifar as chances de candidatura em eleições que estão por vir.

Tal circunstância poderia levar o investigado a uma procura espontânea aos órgãos de investigação para resolver suas pendências legais, ainda que Polícia Judiciária ou Ministério Público não possuam sequer elementos mínimos para oferecimento de denúncia.

Apesar de terem sido expostos exemplos de condutas ilícitas e, apesar de possíveis, talvez raras do ponto de vista prático, a manipulação do adversário também pode ocorrer baseado em condutas completamente lícitas.

Se valer do amorismo do jogador adversário para empurrar acordos que só trazem benefícios reais a um dos jogadores é tática que pode ser explorada sem que haja vício no negócio jurídico por erro (art. 138 do CC²³⁴), já que o defeito no negócio jurídico só ocorre quando o erro é substancial, situação que inexistente em negócios firmados regularmente, sem vícios, porém com um jogador que desconhece os *pay-offs* postos à sua própria disposição.

10.1.6 Capítulo VI: Do cheio e do vazio

No início deste capítulo Sun Tzu recomenda ao militar como melhor estratégia a escolha do campo de batalha (terreno a ser ocupado) antes do inimigo.²³⁵

Tal escolha não pode ser realizada no processo penal, haja vista que a competência

²³⁴ São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

²³⁵ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 31.

territorial é definida pelo lugar da infração (vide arts. 70 e 71, ambos do CPP), respeitando, portanto, o princípio do juiz natural, disposto no art. 5º, XXXVII e LIII da CRFB/88²³⁶.

Acerca do princípio, Uadi Lammêgo Bulos esclarece que se trata de um “juiz pré-constituído por lei, ou seja, constituído antes de o fato ser julgado, para garantir a imparcialidade do magistrado, que não deve saber, de antemão, a causa que lhe será afeta.”²³⁷

Também fora reconhecido pelo STF²³⁸ e STJ²³⁹ que os citados dispositivos constitucionais revelam ainda o princípio do promotor natural.

Não sendo possível escolher o juízo ou a promotoria responsável pela análise do caso concreto, estaria o ensinamento de Sun Tzu desvinculado de aplicação prática no âmbito da colaboração premiada?

A resposta seria sim se houvesse limitação na analogia à competência dos órgãos de jurisdição. Nesse caso, a conceituação aposta em item 3.2.1 (O espaço no jogo processual) serviria de alerta ao jogador, para que se certificasse das preferências dos promotores e juízes responsáveis pela atuação na partida, sem que com isso consiga alterar a competência.

Ocorre que na prática forense é possível identificar situações que poderiam se enquadrar no que fora exposto por Sun Tzu. Exemplo é o ambiente em que serão realizadas as negociações.

Não há na legislação pátria regulamentação acerca do procedimento a ser adotado em negociações envolvendo acordos de colaboração premiada. Neste sentido o MPF (vide item 10.1.5) já editou um Manual e orientações acerca do trâmite a ser adotado.

Ocorre que não fora regrado nem pelo órgão de acusação detalhes envolvendo toda a negociação, não sendo prescrito, por exemplo, o local em que deverão ocorrer as tratativas entre acusação e investigado.

Diante de tal omissão, necessário um estudo pelo jogador acerca do ambiente em que ocorrerão as negociações. Não sendo vedada a realização no ambiente de trabalho da defesa, por que não adotar a sala de reuniões do escritório de advocacia para discussão das propostas?

Provavelmente será mais vantajoso ao investigado que o profissional responsável por sua defesa se sinta, ao menos uma vez, sob o controle da situação e ditando o andamento das

²³⁶ Art. 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

²³⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. – 8. Ed. Ver. E atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 692.

²³⁸ STF - RE: 638757 RS, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/04/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 25-04-2013 PUBLIC 26-04-2013.

²³⁹ STJ - RHC: 50512 CE 2014/0200137-4, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 28/06/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2016.

conversas, já que é ele quem recebe os integrantes da acusação e designa o local em que deverão se acomodar, possuindo o controle total sob o ambiente em que se encontra.

Por outro lado, o membro do *parquet* ou Autoridade Policial, ocasionalmente, podem evitar pressões que normalmente ocorreriam em seu ambiente de trabalho, que é controlado pela estrutural estatal.

Técnicas como esta podem influenciar na recepção das propostas ofertadas por cada jogador.

Da mesma forma, tendo o órgão de acusação exigido que as tratativas negociais ocorressem em seu ambiente controlado, solicitar que a equipe de segurança permaneça ostensivamente nos locais de acesso poderia influenciar no psiquê do colaborador em potencial.

O nível de influência deve ser estudado previamente pelo órgão de acusação, evitando que a tática utilizada tenha efeito contrário naquele alvo.

Segundo estudos psicológicos realizados pelo “Projeto Inocência”, adultos mentalmente capazes podem confessar crimes que não cometeram por influência de fatores como pressão, coerção, medo de violência e ameaça de uma sentença mais dura.²⁴⁰

Tais fatores, se devidamente trabalhados pelo jogador, principalmente aquele que acusa, podem refletir pressões psicológicas que não resultem em eventual anulação do acordo firmado por violação a disposições exigidas pelo Código Civil.²⁴¹

Deve ser visto com ressalva o apontamento de Américo Bedê e Willy Potrich quando sugerem que a regulamentação da colaboração premiada mitiga que inocentes adiram aos termos da acusação e, conseqüentemente, sofram alguma sanção estatal, ainda que mitigada:

Ora, para fornecer tais informações, o agente deve, necessariamente, ter conhecimento a respeito dos fatos criminosos. Por exemplo, em atividades investigativas ligadas à criminalidade organizada, apenas será possível a delação para o colaborador que participe ou tenha já participado de alguma forma das atividades ilícitas investigadas. Ou seja, àquele que não seja inocente.²⁴²

Não são raras as situações em que o investigado tem ciência das atividades delituosas mas não participou dos delitos a ele imputados, seja porque tomou conhecimento por estar inserido no mesmo ambiente de trabalho que colegas criminosos, servindo a que serve de

²⁴⁰ MELO, João Ozorio de. Instituição estuda porque inocentes confessam crimes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-08/instituicao-estuda-porque-pessoas-confessam-crimes-nao-cometeram>. Acesso em 04 de julho de 2019.

²⁴¹ Art. 151 do CC: A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

²⁴² FREIRE JR; DEZAN, Delação premiada e direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal a partir da regulamentação constante na Lei 12.850/2013, 2017, p. 51.

fachada para lavagem de capitais, também possuindo funcionários que não participam do esquema criminoso.

Podem ocorrer ainda situações em que o agente é denunciado por inúmeros delitos, sendo que, efetivamente, só teria participado de crimes acessórios, de menor gravidade. Em situações em que o Ministério Público “infla” a capitulação legal em denúncia, pode-se considerar, em termos, que este agente que eventualmente venha a aderir às cláusulas de colaboração premiada, pelo menos em relação a alguns delitos, seja inocente.

Considerando tal realidade, cabe ao jogador se preparar mentalmente para as investidas do adversário durante a guerra negocial, devendo a defesa técnica alertar seu cliente para pressões veladas, para que o investigado não ceda irracionalmente aos ditames do órgão de acusação.

Seguido com os ensinamentos, Sun Tzu assim disserta:

Quando pretenderes iniciar o combate, se os inimigos permanecerem em suas trincheiras, não os ataques ali, sobretudo se estiverem bem entrincheirados, ou protegidos por fossos profundos ou por muralhas elevadas. Ao contrário, se pensas que não convém travar combate e queres evitá-lo, permanece em tuas trincheiras, preparando-te para responder ao ataque e realizar algumas ofensivas úteis.²⁴³

Esta lição reforça o que fora exposto pelo chinês no Capítulo I (item 10.1.1) quando abordou o estudo do tempo como essencial para o aprimoramento das táticas de guerra.

No campo da colaboração premiada, em analogia à citação retro, o órgão de acusação deve evitar se precipitar em investidas contra o investigado quando não possuir elementos suficientes para sustentar a denúncia até a perquirida condenação.

Sendo viável a colheita de mais elementos de prova, há momentos em que tal busca não deve ser realizada no curso do processo, em instrução criminal, mas sim enquanto na fase inquisitorial, evitando que o investigado tenha acesso à procedimentos de colheita probatória ainda em andamento, blindando, portanto, os agentes de investigação de eventual aliciamento.

Romper “muralhas elevadas” ainda na fase pré-processual, quando não há urgência no oferecimento da denúncia, pode trazer ao órgão de investigação grande tranquilidade no curso processual, havendo nesta fase preocupação tão somente com a confirmação da validade/licitude das provas obtidas.

Com todos os elementos de prova já consolidados, as chances de extrair mais informações qualificadas do investigado em processo de negociação premial tende a aumentar,

²⁴³ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 32.

já que o colaborador em potencial se veria diante de grandes elementos desfavoráveis à sua defesa, não vislumbrando saída que não a colaboração eficaz com o órgão de acusação.

Em relação ao investigado, é possível adotar passagem da obra de Sun Tzu como lição quando diz:

Se o inimigo está longe de ti, procura informar-te, diariamente, do caminho que ele faz. Segue-o passo a passo, embora em aparência permaneças imóvel em teu campo. Perscruta todos os seus atos, embora teus olhos não possam alcançá-lo. Escuta todos os seus discursos, embora não possas ouvi-lo. Sê testemunha de toda a sua conduta. Penetra mesmo no íntimo de seu coração, para ali leres os temores e as esperanças recônditas. Tendo pleno conhecimento de todos os projetos, de todos os movimentos, de todas as ações do inimigo, farás com que, a cada dia, ele venha precisamente onde queres que ele venha.²⁴⁴

Saber se há uma investigação em curso é somente o primeiro passo da preparação do jogador que está no polo oposto à acusação.

Prever os próximos passos e diligências dos órgãos de acusação se mostra relevante tanto para a preparação do processo penal que está por vir quanto para evitar que determinadas informações, se desfavoráveis aos interesses do investigado, cheguem ao conhecimento das autoridades estatais.

Dá a preocupação dos órgãos de investigação em blindar seus agentes do vazamento de informações, evitando que o alvo das diligências saiba das investidas e possa previamente se preparar para as ações.

Ilícitos também são praticados no curso da investigação de outros ilícitos. Não existisse tal realidade não haveria razão para existência da Seção V do Capítulo II da Lei nº 12.850/13 (art. 18 a 21), que dispõe acerca dos crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova.

O ensinamento militar, quando aplicado ao processo penal, poderia revelar crimes passíveis de serem cometidos por quaisquer dos jogadores. Serve a presente passagem de lição ao admirador do *fair play*, para que previna o método utilizado nas investigações de ilícitos cometidos por investigadores ou por investigado, criando uma transparência interna ao próprio órgão, para que nenhuma conduta realizada ou elemento colhido fique à disposição de criminosos, devendo o sigilo das investigações, quando devidamente fundamentado, ser garantido.

Dá o ensinamento de Sun Tzu fazer sentido quando prega que o exército não deve ser muito numeroso, já que é preferível poucos disciplinados, pois o grande quantitativo torna

²⁴⁴ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 33.

demasiadamente árdua a tarefa de controle.²⁴⁵

Escolher com sabedoria os agentes integrantes da operação que investiga certo crime é tarefa essencial para o regular andamento das investigações, devendo Polícia Judiciária e Ministério Público se atentarem para integrantes que fujam ao controle de legalidade dos atos da administração pública (vide nota de rodapé nº 213).

Já finalizando o capítulo, Sun Tzu expõe alguns caminhos a serem seguidos para se obter êxito nas batalhas²⁴⁶:

I. Sonda os planos do inimigo e saberás qual estratégia será coroada de êxito e qual está fadada ao fracasso. II. Perturba o inimigo e faz com que ele revele seus movimentos. III. Descobre a disposição tática do inimigo e faz com que ele exponha seu local de batalha. IV. Coloca-o à prova e descobre onde sua força é pujante e onde é deficiente. V. A suprema tática consiste em dispor as tropas sem forma aparente. Então, os espiões mais penetrantes nada podem farejar, nem os sábios mais experientes poderão fazer planos contra ti. VI. Estabeleço planos para a vitória segundo essas táticas, mas o vulgo tem dificuldades em compreendê-las. Todos são capazes de ver os aspectos exteriores, mas ninguém pode compreender o caminho segundo o qual forjei a vitória. VII. Jamais repitas uma tática vitoriosa, mas responde às circunstâncias segundo uma variedade infinita de métodos.

Os itens I e III dizem respeito às jogadas do adversário.

Já fora exposto no presente estudo que a Teoria dos Jogos leva em consideração a análise dos movimentos a serem realizados por todos os jogadores em campo. Aplicada à colaboração premiada, ter ciência das preferências de cada um dos envolvidos na negociação já é um grande passo para que as previsões aumentem seu grau de confiabilidade.

Saber se o advogado de defesa fechou um contrato que garante os mesmos honorários em caso de acordo de colaboração premiada ou enfrentamento de todo o trâmite processual pode ser vantajoso, caso o órgão de investigação tenha ciência da ambição do causídico e de sua pressa por encerrar imediatamente a prestação dos serviços, havendo tendência em aceitar qualquer oferta trazida às suas mãos.

Os itens II e IV dizem respeito à fragilidade do oponente. No jogo da colaboração premiada tanto acusação quanto defesa deve blindar-se de investidas (tal blindagem é reforçada nos itens V e VI), lícitas ou não, do jogador adversário, que objetiva ganhos diametralmente opostos aos seus.

Descobrir aspectos da personalidade dos jogadores também pode ser vantajoso ao estrategista, ponderando situações reais e se esquivando de meros blefes da outra parte.

²⁴⁵ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 34.

²⁴⁶ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 34.

Por fim, o item VII corresponde ao que fora exposto em item 10.1.5, já que o estrategista que participou de outros jogos anteriormente, apesar de ser revelada sua vitória, não deve revelar os métodos de forma explícita no acordo de colaboração firmado. Isto evita que o jogador adversário construa padrões que inibirão o experiente jogador de jogadas certeiras em partidas futuras.

10.1.7 Capítulo VII: Da arte do confronto

No presente capítulo Sun Tzu, de início, sintetiza o que é necessário ao comandante para que o ataque ao inimigo seja bem sucedido. Esclarece que “deve-se examinar o perto e o longe, as vantagens e as perdas, o trabalho e o repouso, a diligência e a morosidade.”²⁴⁷

Em relação à proximidade e à distância, o autor chinês se refere ao que possui importância para os combatentes. Necessário que o inimigo seja mantido distante do que traz vantagem ao estrategista, bem como que este se aproxime dos instrumentos do adversário que podem ser de interesse para a causa.

Em se tratando de colaboração premiada, não há nada mais vantajoso para aquele que cometeu ilícitos que a ocultação de provas acerca de tais condutas. Esta perspectiva não leva em consideração àqueles investigados que desejam realmente colaborar com as investigações, entregando todos os dados que possuem em troca de se redimirem perante o Estado e a sociedade.

O exemplo que será trazido aqui é daquele investigado que insiste em ocultar atividades criminosas que tenha realmente praticado. A opção por tal contexto ocorre por ser objeto do presente estudo as interações interpessoais que demandam maior raciocínio estratégico para obtenção do melhor resultado. Situações em que o suposto investigado quer colaborar integralmente com o órgão de acusação, revelando todo o esquema delituoso e aceitando qualquer benefício ofertado não demandam uma cognição profunda da Teoria dos Jogos, já que a ausência de resistência ou de objetivos egoístas descaracterizam o jogo que se está abordando no presente trabalho.

Isto ocorre porque até mesmo a cooperação pressupõe que ambas as partes sairão com vantagens próprias da negociação. É uma transação em que ambos os polos da relação jurídica cedem para que ao final haja mais vantagem oriunda do acordo. Quando apenas uma das partes

²⁴⁷ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 37.

cede não há transação, mas sim reconhecimento jurídico do pedido, não sendo este, portanto, o objeto de estudo da presente pesquisa.

Continuando a perspectiva do investigado que possui como sua maior riqueza a ausência de informações por parte do órgão de investigação, manter afastadas as próprias informações que o incriminam ou revelam atividades ilícitas de seus companheiros é um desejo certamente levado em consideração pela acusação no momento de fechar acordos de colaboração premiada, já que nas próprias cláusulas são pactuados termos que implicam na rescisão do resolução em caso de descoberta de novos ilícitos não revelados pelo colaborador.

Acerca da proximidade, em planos teóricos, não haveria bens em posse do Ministério Público ou da Polícia Judiciária que não estivessem ao alcance da defesa técnica, haja vista o teor da Súmula Vinculante 14.²⁴⁸

Ocorre que, na prática, o advogado de defesa enfrenta dificuldade quando o órgão de acusação propositalmente “segura” elementos de prova, não fazendo a juntada nos autos em momento oportuno, justamente para que a defesa não tenha acesso à íntegra do que consta em desfavor de seu cliente.

A proximidade recomendada por Sun Tzu seria útil justamente em tais situações, não sendo raras as investidas do investigado contra os próprios agentes de investigação, para que haja um “vazamento” das informações contingenciadas.

Sob a perspectiva dos órgãos de acusação o mesmo exemplo poderia ser usado, agora sob a análise inversa. A acusação deveria manter distante dos olhos da defesa aqueles elementos que ainda não foram documentados, trabalhando para que a juntada aos autos ocorra o mais tardar possível, quando já houver elementos suficientes para que determinado requerimento ao Poder Judiciário (prisão preventiva, mandado de busca e apreensão, interceptação telefônica, oferecimento da denúncia, dentre outros), possua fundamentação idônea ou justa causa.

Em relação à proximidade, a dificuldade legal, na prática, do investigado se aproximar dos elementos de investigação que ainda estão em curso é maior do que a enfrentada pelo *parquet* em se aproximar das informações que estão em posse do investigado.

A dificuldade legal ocorre porque não há previsão no ordenamento jurídico para que a defesa analise os telefones e computadores dos investigadores para descobrir as linhas de investigação. Por outro lado, os órgãos de investigação possuem respaldo legal para requererem

²⁴⁸ É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

ao juízo diligências que, analisando telefones, computadores e outros instrumentos em posse do investigado, revelem as atividades ilícitas por ele praticadas.

Tem-se então que romper a blindagem que o acusado coloca sobre seu passado ou presente (em caso se crimes permanentes) é tarefa comum a qualquer órgão de investigação, não havendo, neste aspecto, novidade na abordagem de Sun Tzu.

Seguindo os ensinamentos, acerca do elemento surpresa, Sun Tzu diz:

Assim que chegares, não proteles o ataque, sob pretexto de permitir que teus homens descansem. Inimigo surpreendido é inimigo meio vencido. O mesmo não acontece se ele tiver tempo de reagir. Em seguida, talvez ele encontre recursos para escapar ou até para te derrotar.²⁴⁹

Tal tática se mostrou eficaz na Operação Lava Jato²⁵⁰, havendo situações em que o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, em ação conjunta e em procedimentos que corriam em segredo de justiça, conseguiram o deferimento de diversas medidas favoráveis à investigação, cumprindo diversos mandados, até em Estados distintos, no mesmo dia e horário.

A utilização deste método evita que investigados se programem e, sabendo que membros da organização criminosa por eles integrada estão sendo investigados, ocultem ou destruam elementos em sua posse que possam ser desfavoráveis ao esquema criminoso.

O exemplo trazido constata uma posição que já é conhecida no processo penal, a de que o Estado acusador, na prática, está quase sempre em posição de ataque.

O termo prática ocorre porque na teoria, segundo leitura dos arts. 127, *caput* e 129, I e II, ambos da CRFB/88²⁵¹, o Ministério Público é o fiscal do ordenamento jurídico, devendo atuar, até mesmo nas ações penais, como garantidor dos direitos daquele que acusa.

Guilherme Nucci e Eugênio Pacelli afirmam ser o *parquet* uma parte imparcial do processo penal.²⁵²

Fernando Capez elucida que no ordenamento pátrio, em relação à função do Ministério Público no Processo Penal, este funciona como “parte instrumental”, garantindo a legalidade

²⁴⁹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 38.

²⁵⁰ CONGRESSO EM FOCO. Nova fase da Lava Jato cumpre 90 mandados em quatro estados. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/corruptcao/56a-fase-da-lava-jato-cumpre-90-mandados-em-4-estados/>. Acesso em 09 de julho de 2019.

²⁵¹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

²⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. – 10. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 562; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. – 19. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 460.

do procedimento, sob o ângulo estrutural e ao mesmo tempo atuando em interesses de parte, sob a ótica processual.²⁵³

Já Gustavo Badaró entende que o Ministério Público atua parcialmente no exercício da acusação²⁵⁴.

O objetivo do presente trabalho não é entrar no mérito da questão, mas sim reconhecer que na prática é possível que o Ministério Público não exerça a função que lhe compete sob o ângulo estrutural, atuando tão somente com interesses privados do membro ministerial.

Esta realidade, inclusive, é reconhecida por Eugênio Pacelli, quando afirma que a posição essencialmente acusatória do Ministério Público no dia-a-dia forense não descaracteriza a sua posição teórica de imparcialidade, haja vista que “uma coisa é o que é; outra, o que deve ser. O espaço do direito é o da segunda afirmação (o dever ser).²⁵⁵

Feitas tais considerações, a posição de ataque por parte do Ministério Público leva, a priori, ao entendimento de que a citação supra de Sun Tzu só é aplicável a este órgão, haja vista que ao acusado, em posição de defesa, caberia resistir às investidas da acusação.

Tal fato só seria invertido caso o investigado e/ou sua defesa técnica decidissem agir de forma suja no processo penal, cometendo ilícitos para desestruturar as investigações em andamento, corrompendo o órgão julgador, destruindo provas e coagindo testemunhas.

A questão é que, o que fora revelado por Sun Tzu, quando seguido um processo penal sem irregularidades, só se aplica à acusação. Ou seja, só haveria espaço para ataque do réu da ação penal se e quando este resolvesse cometer crimes no curso do procedimento.

Continuando os ensinamentos da “arte do confronto”, Sun Tzu esclarece que no acampamento pode ser impossível que o comandante seja ouvido por toda a tropa, sendo essencial que crie códigos (tambores, estandartes e bandeiras) para que seus comandados recebam o recado.²⁵⁶

Tais códigos, ao mesmo tempo que informam os membros da tropa aliada, “semeiam a dúvida e a perplexidade no seio do inimigo.”²⁵⁷

A referência a códigos, apesar de simples e utilizados na atualidade também por criminosos na perpetuação de suas atividades delituosas, pode ter origem nas guerras travadas na antiguidade.

²⁵³ CAPEZ, Fernando, Curso de processo penal. – 18. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219.

²⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 207.

²⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. – 19. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.

²⁵⁶ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 40.

²⁵⁷ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 40.

Em relação ao período atual, indubitável que agentes que querem se resguardar de futuras investigações criem os mais variados símbolos e codinomes para disfarçar os detalhes e os responsáveis pelas condutas que estão sendo praticadas.

Normalmente, quando as tratativas envolvendo a colaboração premiada se iniciam, já houve uma coleta de informações envolvendo atividades criminosas e, se o órgão de investigação ainda não decifrou os códigos, exige que o colaborador em potencial revele as reais intenções dos comunicados.

Ocorre que é possível se valer de códigos, lícitamente, para que a própria acusação não perca o trunfo do sigilo durante as investigações. Há situações em que agentes em operação, visando evitar que sejam descobertos ou que tenham seus próximos passos seguidos por eventual investigado, podem se valer de linguagem interna.

O campo prático revela que é possível ser um aparelho celular de eventual investigador invadido e rastreado por *crackers*²⁵⁸, sendo viável a tática defensiva dos órgãos de investigação em se valerem de códigos para protegerem investigações ainda em curso.

Ao final do capítulo Sun Tzu revela ser importante o domínio do fator físico e mental para sucesso na empreitada.²⁵⁹

Manter o fator físico rígido depende de saber o momento, principalmente, em que o inimigo está empolgado. Em situações assim o recomendável é se afastar e aguardar o desânimo do inimigo.

No campo negocial, quando o Ministério Público está repleto de informações, não se mostra razoável (é claro que tudo depende da análise do caso concreto), que um investigado feche imediatamente um acordo de colaboração premiada, quando tem a certeza de que é o único que possui as informações de interesse do órgão de investigação.

Aguardar a excitação da investigação diminuir pode ser estratégia que resulte em maiores benefícios, já que, por outro lado, a ânsia por informações mais qualificadas só tende a aumentar.

Em relação ao fator mental Sun Tzu elenca a desordem como elemento a ser provocado para que o adversário pereça em suas ações.

²⁵⁸ Um cracker é um indivíduo que realiza o cracking ou o processo de invadir um computador ou um sistema de rede. [...] Na maioria dos casos, os crackers buscam obter acesso a dados confidenciais, obter aplicativos de software gratuitos ou causar danos maliciosos nos arquivos. (tradução livre) Disponível em: <https://www.techopedia.com/definition/10257/cracker>. Acesso em 10 de julho de 2019.

²⁵⁹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 40.

Em colaborações premiadas, certamente, o agente público responsável pela investigação poderá valer-se do risco ou concretização de prisão como elemento a desestabilizar a consciência do colaborador em potencial.

A escolha por se valer desta pressão com ou sem elementos mínimos para fundamentar futuro decreto prisional é da escolha do profissional, mas que deve ser muito bem antecipada pelo advogado de defesa, para que seu cliente não tome rumos prejudiciais baseados em ameaças infundadas.

10.1.8 Capítulo VIII: Da arte das mudanças

No presente capítulo Sun Tzu elenca algumas situações em que o general deve agir sabiamente, principalmente quando os planos iniciais já não atendem aos objetivos mais exitosos.

De início, é imperativo ao dizer que o comandante deve conhecer com maestria o terreno.²⁶⁰

Em item 3.2.1 do presente trabalho fora exposto que no jogo processual é imprescindível que a parte estude as preferências e forma de atuar dos juízes, promotores e advogados de determinada Comarca.

O campo de análise das posições doutrinárias e jurisprudenciais não deve se limitar às instâncias superiores (STJ ou STF), já que chegar até tais órgãos de cúpula demanda tempo, dinheiro e mais trabalho, devendo tais fatores serem levados em consideração no momento de escolher a estratégia a ser utilizada, que será planejada ainda no início do procedimento penal, em primeira instância.

É este, inclusive, o ensinamento extraído em passagem do livro ora em análise, tendo Sun Tzu explanado:

Antes de pensar em conseguir alguma vantagem, compara-a com o trabalho, a fadiga, as despesas e as perdas humanas e de munições que ela poderá ocasionar. Avalia se poderás conservá-la facilmente. Só depois de ponderar é que te decidirás a aproveitar ou a abandonar tal vantagem, guiando-te por uma sábia prudência.²⁶¹

Outra situação a ser estudada pelo estrategista, desta vez no campo da colaboração premiada, é quanto à forma de negociação do polo adverso. Isso se torna fundamental perante a

²⁶⁰ TZU., A arte da guerra, 2006, p. 42.

²⁶¹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 43.

Lei nº 12.850/13, já que, apesar de prever o instituto da justiça negocial, não esmiúça em detalhes os procedimentos a serem seguidos tanto por órgãos de acusação quanto por defesa até que o contrato pactuado, com suas cláusulas específicas, seja efetivamente assinado.

Essencial o estudo de casos anteriores em que o outro jogador já tenha participado. Buscar um *know-how* com adversários daquele jogador que atualmente joga com ou contra certo ator do processo penal talvez seja o primeiro passo para que seja captado seu *modus operandi*.

Identificar se as ameaças de determinado membro do Ministério Público (vide item 6) são realmente críveis e se eventualmente já foram cumpridas ajuda o investigado e sua defesa a identificarem com maior facilidade se determinada atitude da acusação é ou não um blefe.

Ter um conhecimento acerca da vida acadêmica e profissional do advogado que representa certo investigado em negociações envolvendo colaboração premiada permite minimamente que órgãos de acusação saibam a expertise de seu adversário, se ele é um amador e caiu no caso de “paraquedas” ou se joga como “gente grande”.

Mais à frente, Sun Tzu prega que “morrer pela mão do inimigo lhes parecerá suave em comparação com todos os males que as atormentam”.²⁶²

Nesta passagem o militar se refere a situações em que a derrota no campo de batalha parece inconteste. Ocorre que a rota de fuga se mostra ainda mais perigosa, podendo causar mais sofrimento do que aquele proporcionado pelo inimigo.

Em investigações onde Ministério Público ou Polícia Judiciária já possuem elementos suficientes para um futuro oferecimento de denúncia e, na análise da defesa técnica, a condenação seria quase certa, a escolha a ser tomada pelo investigado que parece ser a mais racional é ajustar termos com a acusação para celebração de acordo de colaboração premiada.

Na análise hipotética do contexto, outra opção seria passar longos anos foragido, até que haja prescrição da pretensão punitiva estatal, ou enfrentar penas privativas de liberdades oriundas de sentença condenatória.

Não possuindo o investigado uma condição financeira extraordinária, se mostra penosa a tarefa de escapar da punição estatal, principalmente em crimes que possuam a pena máxima em abstrato de grande monta, o que acarreta maior prazo prescricional (vide art. 109 do CP).

Tem-se então que, não sendo as consequências extraprocessuais mais penosas para o investigado do que o enfrentamento de pena de prisão, em seu grau máximo, restaria como escolha racional a colaboração com os órgãos de investigação, sendo preferível responder pelos seus atos delituosos do que tentar escapatória em caminhos mais tortuosos.

²⁶² TZU, A arte da guerra, 2006, p. 43.

Conforme já fora exposto em item 10.1.4, o estrategista, apesar de inicialmente planejar sua rota com base em uma estratégia dominante, deve sempre pensar em um caminho alternativo.

Tal situação é ressaltada por Sun Tzu no presente capítulo, afirmando que o general “não deve ater-se a um sistema geral, nem a uma maneira única de comandar. Cada dia, cada ocasião, cada circunstância requer uma aplicação particular dos mesmos princípios.”²⁶³

Tal passagem revela a premissa do capítulo, devendo o general aceitar que mudanças de planos devem fazer parte do próprio planejamento para execução do plano principal.

No âmbito do processo penal, estar a defesa preparada para determinada capitulação legal, prevendo que virá em denúncia, não a isenta da responsabilidade de lidar com eventual excesso por parte do Ministério Público, devendo avaliar as novas circunstâncias postas na mesa, decidindo assim por seguir a estratégia anteriormente planejada ou adaptar as jogadas com base na nova realidade.

Na sequência do capítulo, Sun Tzu elenca algumas ações de suma importância para prejuízo do inimigo. Neste ponto, necessário que o leitor se atente para o contexto em que a obra está inserida. O caráter bélico revela recomendações que, se transportadas ao processo penal, violariam os mais básicos dos direitos das partes em juízo.

Ocorre que, para que o jogador, dotado de boa-fé, possa exercer com tranquilidade suas jogadas no campo processual, deve também se atentar para adversários que jogam sujo, com má-fé, cometendo ilícitos e deturpando a marcha processual.

Com tal precaução no planejamento de suas ações, será capaz de exercer plenamente suas táticas durante uma partida em que todos os jogadores joguem conforme as regras postas, também sendo capaz de evitar ou diminuir consideravelmente os prejuízos advindos de jogadas exercidas por jogadores que buscam a todo o momento infringir as diretrizes do regular prosseguimento da partida.

Sun Tzu recomenda:

Trabalha sem cessar para prejudicar o inimigo. Poderás fazê-lo de diferentes formas, mas eis o que há de essencial neste tópico. Lança mão de tudo para corromper seus melhores homens: oferendas, presentes, afeição, nada omitas. Se preciso for, suborna. Engaja pessoas dignas do campo adversário para praticarem ações vergonhosas e indignas de sua reputação, ações das quais elas se envergonharão quando descobertas, e não deixes de divulgá-las amplamente. Mantém ligações secretas com os elementos mais corruptos do campo inimigo; serve-te deles para alcançar teus fins, agregando outros corrompidos.

²⁶³ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 44.

[...] Eis aproximadamente o que deves fazer, se queres ludibriar, usando habilidade e astúcia.²⁶⁴

Notável que a corrupção ativa (art. 333 do CP) é meio, apesar de inidôneo, plenamente aplicável às negociações envolvendo a colaboração premiada.

Valer-se do poder econômico que o investigado tem para travar investigações é algo que órgãos acusatórios devem prevenir muito bem, blindando seu próprio pessoal contra investidas criminosas do outro polo da negociação.

Em relação à segunda passagem de Sun Tzu, quando afirma ser necessário influenciar na conduta vergonhosa do inimigo, divulgando em seguida suas ações, não é difícil transportar tal situação para o instituto premial.

Conversas informais que membros do Ministério Público, delegados, advogados e investigados travam entre si, ainda que em tom amistoso, sem objetivo ilegal, podem ser utilizadas por um dos presentes em reunião para fabricar situações que colocariam em risco a integridade moral de determinado jogador.

Hipótese é aquela em que certa parte grava a conversa com o jogador, alterando, mais tarde, trechos do diálogo, com edição de áudio. O resultado de tal fraude pode ser uma conversa com sérias tendências antiéticas e até mesmo criminosas, que em muitos casos podem manchar a reputação da vítima, situação em que nem mesmo uma futura descoberta da fraude, com perícia no áudio, pode ser suficiente para apagar, pelo menos do senso comum, a mácula que fora fixada na honra do agente.

Ao final do capítulo, Sun Tzu elenca cinco defeitos que levam o general à derrota.²⁶⁵

O primeiro seria o entusiasmo excessivo, situação em que se tem a perigosa sensação de que já derrotou o inimigo, antes mesmo de pisar no campo de batalha. A frustração decorrente de qualquer imprevisto pode levá-lo à derrocada.

Em investigações contra organizações criminosas, tanto órgãos de acusação devem reconhecer que determinado membro da organização tem muito a contribuir caso negocie termos de colaboração premiada, quanto defesa deve reconhecer que, ainda que os indícios de autoria contra seu clientes sejam escassos, há sempre o risco de enfrentar toda a ação penal, devendo mensurar as possibilidades e potenciais vantagens oriundas da pactuação ou não do contrato envolvendo a justiça negocial.

²⁶⁴ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 45.

²⁶⁵ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 46.

O segundo defeito é aquele que resulta em um zelo excessivo pela vida, onde o general deixa de tomar iniciativas e acaba perdendo oportunidades vantajosas.

Arriscar com sabedoria é o ensinamento que pode ser extraído dos escritos de Sun Tzu. Saber quando recusar uma oferta do *parquet* em termos de colaboração premiada pode resultar num futuro próximo em um aumento dos benefícios oferecidos. Deve-se, neste caso, levar em conta a originalidade e exclusividade da informação a ser prestada pelo colaborador, avaliando se a acusação chegaria a tal informação por outros meios.

Da mesma forma, o órgão de acusação nunca poderá ter a certeza de que o colaborador em potencial está inserido em um jogo oculto, sendo adepto do jogo sujo (vide item 3.1).

Ocorre que em certas ocasiões o recomendável é arriscar, haja vista que a informação em poder do investigado pode ser essencial para o avanço das investigações. É claro que em casos assim o Ministério Público ou Polícia Judiciária devem minorar os riscos de um contrato inadimplido, frustrado.

Se certificar da intenção do colaborador demanda um estudo profundo dos elementos de prova até então colhidos para averiguação de probabilidade do auxílio efetivo, dentre outros fatores que medirão o grau de confiabilidade do investigado.

É difícil acreditar, por exemplo, que um simples laranja em crimes envolvendo a lavagem de capitais e corrupção passiva pode revelar e-mails trocados com um funcionário público do alto escalão (chefe do esquema criminoso, revelando a autoria de escritório²⁶⁶), sendo mais crível a informação de que possui elementos que comprovam a autoria do agente intermediário das condutas ilícitas.

O terceiro defeito seria a cólera, sentimento impulsivo que se sobrepõe à razão. Sun Tzu prega que “se há justas razões para se encolerizar, que o faça, mas não imite a ferocidade do tigre.”²⁶⁷ No Capítulo X Sun Tzu também expõe que a raiva leva a movimentos precipitados, não sendo, nesses casos, possível prever as consequências de tais ações.²⁶⁸

Já fora exposto em item 2.3 que a Teoria dos Jogos baseia seus modelos estratégicos em decisões racionais. Os fatores emocionais, apesar de influenciarem a tomada de decisões de muitos jogadores, não devem prevalecer nas jogadas daquele que busca maximizar seus resultados.

²⁶⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. – 15. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 438.

²⁶⁷ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 47.

²⁶⁸ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 57.

Sun Tzu aborda principalmente a raiva como fator que pode levar o general à derrota. Decisões impensadas serão tomadas e inimigos se valerão de provocações para afastar o comando de seu curso planejado estrategicamente.

No capítulo XI de sua obra, Sun Tzu retoma a questão emocional, expondo: “por mais crítica que seja a situação e as circunstâncias em que te encontrares, não te desespere.”²⁶⁹

Em negociações envolvendo a colaboração premiada, tanto defesa quanto acusação devem se preparar para ataques mentais do polo oposto das tratativas premiaias.

Caso o plano prático reflita o plano teórico, em que as partes, de forma transparente, estão com viés verdadeiramente cooperativo, o jogador não enfrentará maiores dificuldades. Por outro lado, caso se depare com a astúcia de oponentes que buscam a vitória a qualquer custo, independentemente da ética e das regras previamente estabelecidas, certamente manterá a rota que projetou anteriormente, alcançando melhores resultados, se não “cair” em armadilhas mentais dos adversários.

Acerca do quarto defeito, Sun Tzu expõe que o general com excesso de suscetibilidade, buscando reparar sua honra após sofrer a menor das ofensas, está fadado ao fracasso, haja vista o desvio de esforços cuja atenção realmente deveria estar voltada.

No estudo da Teoria dos Jogos, já fora apostado em item 4 do presente trabalho o método *tit for tat*. Ocorre que, conforme ensinamentos do militar, necessário que a resposta à eventuais desonestidades daquele que se propõe inicialmente a colaborar deve ser proporcional aos objetivos finais do jogador.

Caso o melhor resultado dependa exclusivamente da colaboração entre ambas as partes, não se mostra razoável encerrar as negociações a partir de uma pequena falha do polo oposto.

Tal ensinamento pode também ser extraído do art. 184 do CC, sendo prescrito que “respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

Acerca do dispositivo, Carlos Roberto Gonçalves explica que a intenção da previsão legal é conservar o negócio jurídico.²⁷⁰

Isto significa que, por exemplo, sendo verificado pelo MPF um descumprimento de certa cláusula do acordo de colaboração premiada, não deve, automaticamente, pedir a rescisão

²⁶⁹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 66.

²⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1 : parte geral. - 10. ed. - São Paulo : Saraiva, 2012, p. 344.

do negócio jurídico firmado, haja vista que tal pleito só será viável caso a referida cláusula seja imprescindível e substancial à consecução do objeto principal acordado entre as partes.

O quinto defeito do general, nas palavras de Sun Tzu, seria a “complacência ou a compaixão desmedida em relação aos soldados.”²⁷¹ Prega-se punição àqueles que descumprirem as ordens do general.

Na realidade do ordenamento jurídico pátrio, maiores dificuldades não haveriam, haja vista que legislações punitivas tipificam condutas praticadas tanto por agentes privados quanto por funcionários públicos.

Assim, se por exemplo determinado agente da Polícia Federal “vazar” informações de investigação ou procedimento envolvendo a colaboração premiada ainda em sigilo, poderá responder pelo art. 18 da Lei nº 12.850/13²⁷². Por outro lado, caso o próprio “general” ou funcionário público que tome ciência de infração cometida por outro funcionário deixe de levar os fatos às autoridades competentes, poderá ele mesmo ser responsabilizado por condescendência criminosa (art. 320 do CP²⁷³).

10.1.9 Capítulo IX: Da importância da geografia

Sun Tzu prescreve: “antes de ordenar o acampamento, informa-te da posição de teus inimigos. Analisa o terreno e escolhe o mais vantajoso.”²⁷⁴

A premissa básica para que todo advogado, fazendo o papel de defesa, e para que todo membro do Ministério Público, fazendo o papel de acusação, possam atuar da melhor forma possível no processo é estudando detalhadamente os autos.

A defesa que se limita à análise perfunctória da denúncia, sem abrir as mídias que carregam centenas de documentos envolvendo elementos da investigação, com quebras de sigilo telefônico, busca e apreensão, dentre outras investidas dos órgãos de investigação, age de forma extremamente negligente com seu cliente.

²⁷¹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 46.

²⁷² Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

²⁷³ Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

²⁷⁴ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 48.

Não tendo se debruçado sobre os autos, jamais poderá, no início do processo que envolve grande quantitativo de laudas acostadas em mídia, arguir questões preliminares que envolvam, por exemplo, o desentranhamento de provas ilícitas ou até mesmo a rejeição da denúncia por ausência de justa causa, haja vista a aludida ilicitude na colheita probatória.

Não estudar o processo de maneira aprofundada sob a justificativa de que a fase inicial da demanda não requer maiores atenções é erro que pode custar a liberdade do investigado, razão pela qual se certificar de absolutamente todos os elementos desfavoráveis à defesa é medida que se impõe, haja vista que tal conduta permitirá ao causídico construir uma estratégia completa, já antevendo o desfecho da ação penal.

Da mesma forma, o membro do Ministério Público que não se debruça sobre os elementos colhidos em fase inquisitorial corre o risco de oferecer uma denúncia genérica, não individualizando a conduta de todos os denunciados, havendo desperdício de tempo quando o juízo rejeitar a denúncia por sua inépcia (vide art. 395, I do CPP), intimando a acusação para corrigir o equívoco inicial.

Tem-se então que o presente capítulo de Sun Tzu, se importado para o processo penal, esclarece aos jogadores que a colheita de informações por todos os meios possíveis é tática essencial para uma empreitada de sucesso.

É natural que a forma de colheita dos elementos informativos deverá ser realizada em observância aos ditames legais, caso o jogador não queira correr o risco de ver seu trabalho desperdiçado pelas consequências de uma jogada suja na perquirição por conhecimento.

Nesta seara, necessário ainda que o jogador, ciente que suas informações são preciosas também para o adversário, se blinde, inclusive de investidas ilícitas deste, para que o conhecimento esteja reservado tão somente a quem pode beneficiá-lo.

As informações que ora são apresentadas não se relacionam com aquelas que deveriam estar acostadas aos autos, e, portanto, à disposição tanto da acusação quanto da defesa (vide Súmula Vinculante nº 14).

O que se deve preservar é o conhecimento extra autos que são de suma importância para a estratégia de cada um dos envolvidos.

Para a acusação, revelar como chegou informalmente às fontes que o levaram aos indícios mínimos de autoria e materialidade para fundamentar pedido de quebra de sigilo fiscal poderia prejudicar investigações futuras, haja vista que os investigados tampariam a brecha exposta pela acusação.

O exemplo dado não diz respeito à própria fonte, haja vista que é ofensa grave à ampla defesa omitir tal tipo de informação, podendo o jogador se valer do contraditório para opor resistência ao que fora apresentado pela fonte. Diz respeito tão somente ao meio como o órgão de acusação teve conhecimento desta fonte, ou seja, se ela os procurou espontaneamente, se há algum agente infiltrado colhendo informações de testemunhas²⁷⁵, etc.

Já fora conceituado em item 2.1.1 o jogo de informação imperfeita. A Teoria dos Jogos preocupa-se com o “saber” de todos os jogadores presentes. Isto ocorre porque a qualidade da jogada realizada por determinado jogador vai depender, além do que ele sabe, do que ele sabe que o outro sabe.

Valendo-se do general chinês é possível concluir ainda que, não havendo informação completa a respeito dos planos adversários, a cautela é medida que se impõe.²⁷⁶

Isto possui relevância na colaboração premiada, haja vista que o raciocínio retro permite à investigação ou à defesa fazer um prognóstico das jogadas futuras do outro polo da negociação. Com informações qualificadas é possível identificar ações e reações em potencial, a depender de cada movimento realizado.

Na sequência Sun Tzu elenca diversos terrenos e suas particularidades, capazes de colocar todo um exército em vantagem ou em desvantagem.²⁷⁷ De maneira genérica, recomenda: “independentemente de o acampamento ser bom ou ruim, tens que tirar partido do fato. Não fiques ocioso, nem inativo. Decifra todos os movimentos do adversário.”²⁷⁸

No processo penal, a geografia envolvendo a lide diz respeito às circunstâncias, na maioria das vezes extrajudiciais, que envolvem a persecução penal.

Se há noticiário local ou nacional a respeito das investigações, se há influência política durante o trâmite processual, se a família do acusado ou da vítima possuem recursos financeiros, todas estas questões podem modificar a estrutura comportamental dos jogadores envolvidos.

O que se busca com a Teoria dos Jogos é traçar uma estratégia a partir das informações colhidas por cada jogador, ou seja, um modelo de jogo que, em abstrato (vide item 2), é suficiente para prevenir o jogador de quaisquer jogadas dos adversários.

²⁷⁵ Notável que a questão de “espões” pode ocorrer tanto pelo lado da acusação (infiltração de agentes regrada pela lei nº 12.850/13), quanto, de forma ilícita, pelo lado do investigado. Tal atuação já fora prevista por Sun Tzu, quando expôs: “mantém espões ao longo do caminho, inclusive no acampamento inimigo, e até na tenda do general.” TZU, *A arte da guerra*, 2006, p. 50.

²⁷⁶ “Se te informam que os campos estão cobertos de mato alto, acautela-te. Fica vigilante, prevendo alguma emboscada.” TZU, *A arte da guerra*, 2006, p. 50.

²⁷⁷ TZU, *A arte da guerra*, 2006, p. 49-50.

²⁷⁸ TZU, *A arte da guerra*, 2006, p. 50.

Ao final do capítulo, Sun Tzu, acerca da punição de infrações, assim dispõe:

Não mantendo uma disciplina rígida em teu exército, não punindo com rigor a menor infração, em breve deixarás de ser respeitado, teu prestígio se abalará, e os castigos que empregares em seguida, em lugar de coibir os delitos, só servirão para aumentar o número de culpados. Ora, se não és nem temido nem respeitado, se só usufruís de uma frágil autoridade, de que não sabes servir-te sem perigo, como poderás comandar um exército? Como poderás enfrentar os inimigos do Estado? Necessitando punir, age rápido e à medida que as infrações ocorram.²⁷⁹

Já fora exposto em item 3.3 que a condenação de um empresário no “Mensalão” possivelmente teria influenciado no temor de políticos e empresários investigados na Operação “Lava Jato”.

No âmbito da colaboração premiada, certamente o Ministério Público deve levar em consideração os efeitos de eventual condenação nos demais membros da organização criminosa. Evitar pactuar um acordo com membro de pequena relevância na organização, que não auxiliará com informações robustas para a investigação, pode ser tática utilizada para que sua punição sirva de exemplo e atraia delatores no futuro.

Analisando a finalidade das penas, prevista no art. 59 do Código Penal²⁸⁰, Rogério Greco elucida que, em relação à prevenção geral negativa, a pena serviria como fator intimidatório às demais pessoas da sociedade, que vendo seu par ser punido pelo Estado, tendo restrição sobre algum bem precioso, iria refletir acerca dos prejuízos advindos da conduta delituosa.²⁸¹

Ainda sobre a finalidade do dispositivo em comento, parte da doutrina reconhece que a legislação “pressupõe que os criminosos contumazes iriam tomar conhecimento das penas aplicadas por juízes a outros réus”, afetando o comportamento futuro destes.²⁸²

Apesar de haver críticas quanto à esta finalidade, haja vista que o Direito Penal elencaria uma pessoa para servir de exemplo à sociedade, ferindo a dignidade da pessoa humana²⁸³, inegável que o *parquet* pode valer-se de sanções difundidas na mídia para propagar o medo perante integrantes de organização criminosa.

²⁷⁹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 53-54.

²⁸⁰ O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

²⁸¹ GRECO, Curso de Direito Penal, 2013, p. 475-476.

²⁸² CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós; FRITSCH, Laura. Justificando e reestruturando o aumento de pena decorrente do passado criminoso. In: Sentença criminal e aplicação da pena / organizadores, Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. – Salvador: Juspodvm, 2017, p. 279.

²⁸³ HASSEMER, Winfried. Três temas de direito penal. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 34-35.

10.1.10 Capítulo X: Da topografia

No presente capítulo Sun Tzu novamente aborda a temática do terreno, expondo ser necessário o conhecimento aprofundado de todos os locais passíveis de estabelecimento.²⁸⁴

Em se tratando de colaboração premiada, a aplicação prática dos ensinamentos de Sun Tzu, acerca da geografia do local, não tem relevância quando feita analogia com o ambiente das tratativas envolvendo a justiça negocial.

Isto ocorre porque o ambiente das negociações, em regra, será em uma sala fechada, sem maiores complicações, além daquelas já elencadas em item 10.1.6.

Ocorre que na sequência do capítulo há disposições que se casam com o que fora tratado em item 2.2, quando exposto os elementos necessários à compreensão da Teoria dos Jogos.

Sun Tzu esposa:

Se quem comanda os exércitos negligencia conhecer a fundo as tropas que deve levar ao combate e as que deve combater; se não conhece perfeitamente o terreno onde se encontra no momento; nem aquele para onde vai, nem aquele onde se refugiar em caso de revés, nem aquele onde pode simular ir, sem outra intenção senão a de arrastar o inimigo, e se tampouco conhece o terreno onde pode ser forçado a parar, de uma hora para outra; se movimenta seu exército inadvertidamente, se não está informado de todos os movimentos do exército inimigo e dos projetos de seu comandante; [...] tal general será enganado pelos inimigos, que o ludibriarão mediante fugas planejadas, marchas dissimuladas, e por uma série de atos de que o general será a vítima.²⁸⁵

Planejar todos as possíveis jogadas de si e de seu adversário é tarefa imprescindível para aquele que busca maximizar seus ganhos na partida.

No processo penal, o advogado de defesa que, diante do Inquérito Policial ou da própria denúncia, já planeja suas ações com base em eventual sentença condenatória, certamente consegue se esquivar de certos imprevistos no decorrer do procedimento.

A título de exemplo, juntar declaração de boa conduta já na resposta à acusação revela que a defesa se preocupa logo no início da marcha processual com eventual condenação, buscando, desde logo, se resguardar quanto à circunstância judicial relativa à conduta social, que será aferida na primeira fase da dosimetria da pena.

Isto significa que a defesa traça rotas a serem seguidas, havendo sempre rotas alternativas em caso de elementos novos que venham a impedir o êxito na primeira tática adotada.

²⁸⁴ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 55.

²⁸⁵ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 56-57.

Iniciar tratativas visando os benefícios da justiça negocial não impedem que o advogado levante elementos que futuramente poderão culminar com a nulidade do processo penal. Não sendo exitosa a negociação, não haveria óbice para requerer, por exemplo, a rejeição da denúncia por ausência de justa causa ou inépcia da exordial acusatória.

Para que o referido planejamento seja realizado de forma qualificada, necessário ainda que o jogador estude as preferências dos demais integrantes da partida, haja vista que, por exemplo, se basear em acordos de colaboração premiada firmados no âmbito da Operação Lava Jato (Ministério Público Federal) pode levar a equívocos caso esteja diante de Ministério Público Estadual que utilize parâmetros próprios para edição das cláusulas do negócio jurídico.

Acerca da colheita de informações que guarnecem os campos adversários, Sun Tzu rege: “conhece-te a ti mesmo, conhece teu inimigo. Tua vitória jamais correrá risco. Conhece o lugar, conhece o tempo. Então, tua vitória será total.”²⁸⁶

O conhecimento do terreno envolve ainda o conhecimento do campo ocupado pelo inimigo, sendo possível observar seus movimentos e interferir em suas estratégias.²⁸⁷

No embate jurídico entre órgãos de acusação e defesa/investigado, ter conhecimento do método de trabalho de cada um dos envolvidos parece se adequar ao que fora exposto pelo chinês.

Meios ilícitos para se obter o conhecimento do adversário (utilização de *crackers* para invadir sistemas sigilosos, etc) não devem ser ignorados pelos jogadores, buscando, principalmente, se blindarem e blindarem suas dependências físicas e dispositivos eletrônicos de invasões criminosas.

Ocorre que também há maneiras lícitas para identificação das táticas utilizadas pelo polo oposto da negociação premial.

Participar de Congressos e Seminários promovidos pelos órgãos de acusação, em que buscam aprimorar e trocar conhecimentos a respeito das técnicas utilizadas na aplicação da Lei nº 12.850/13 pode ser instrumento útil ao advogado que possui clientes com potencial para realização de colaborações premiadas.

Da mesma forma, estudar documentos elaborados pelos órgãos de acusação (vide item 10.1.5) que tratam do procedimento a ser adotado em negociações envolvendo a colaboração premiada é instrumental necessário à qualificação do profissional.

²⁸⁶ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 60.

²⁸⁷ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 59.

Em se tratando de estudo por parte do órgão de investigação, também não há óbice na investigação dos métodos utilizados por determinado advogado de defesa em acordos anteriormente confeccionados por este.

Apesar de haver sigilo nos termos do acordo firmado, a “fama” e a forma de atuação de determinado profissional costuma ser difundido no âmbito profissional, devendo o Membro do *parquet* ou Delegado se atentarem para as preferências daquele que representa o alvo da investigação.

10.1.11 Capítulo XI: Dos nove tipos de terreno

No Capítulo XI Sun Tzu elenca e conceitua nove tipos de lugares: dispersivos, leves, disputados, de reunião, cheios e unidos, com várias saídas, graves, deteriorados e mortíferos.²⁸⁸

A princípio, o local em que são realizadas as tratativas envolvendo a colaboração premiada, na perspectiva do advogado de defesa, seria classificado por Sun Tzu como terreno grave, haja vista que ocorrem no “interior de Estados inimigos”.²⁸⁹

Já fora exposto em item 10.1.6 que o procedimento da Lei nº 12.850/13 não prevê o local em que devem ocorrer as negociações da justiça negocial, porém, o que se vê na prática é que as reuniões sempre ocorrem na sede do órgão de investigação (item 12.2), sendo justificada a classificação do local como grave, haja vista não possuírem advogado e investigado qualquer ingerência sobre a estrutura física e os funcionários presentes no local das tratativas.

Sobre o terreno em questão, Sun Tzu aconselha:

Se te encontrares em *lugares graves*, domina tudo o que te cerca, não deixes, em tua passagem, de conquistar o menor posto. Sem essa precaução, corres o risco de faltarem os víveres necessários para a manutenção de teu exército, ou de veres o inimigo em teu encalço quando menos pensares, e seres atacado por vários lados ao mesmo tempo. [...] Se travares a guerra em país inimigo, evita dividir tuas tropas, ou melhor, nunca as divida. Que elas estejam sempre reunidas e solidárias. Cuida para que elas sempre estejam em lugares férteis e abundantes.²⁹⁰

A atuação da defesa do investigado em reuniões na sede do Ministério Público ou da Polícia Judiciária certamente não envolve os riscos existentes no campo de batalha, porém, demanda expertise e preparação para que membro do *parquet* ou Delegado não imponham seu modelo negocial, seja ele amistoso ou não (itens 3.1 e 6).

²⁸⁸ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 61.

²⁸⁹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 62.

²⁹⁰ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 63-65.

Sobre ameaças realizadas no campo negocial, Alexandre Morais da Rosa colaciona que não se trata de pressão ou coação capaz de invalidar o negócio jurídico, mas sim de tática utilizada principalmente para confundir o oponente.²⁹¹

O fato é que independentemente de estar ou não no ambiente de trabalho do polo oposto das negociações, é essencial que haja um preparo técnico e mental do advogado e do investido, mantendo a racionalidade necessária para que as escolhas tomadas se pautem em jogadas passadas e em perspectiva, visando sempre o melhor resultado (item 2.3).

Em continuidade ao capítulo, Sun Tzu expõe que em invasões realizadas pelo exército inimigo em terrenos do estrategista, se faz necessário, se possível, socorrer-se à auxílio de aliados.

Em grandes operações, órgãos de investigação buscam deflagrar e cumprir mandados judiciais de forma coordenada²⁹² para que não haja chance de escapatória aos investigados e destruição de provas por demais membros de organizações criminosas.

Isto ocorre justamente para evitar que o ensinamento do chinês seja replicado por criminosos. Aprender material ilícito ou que possa revelar o esquema criminoso de todos os membros da organização criminosa (ao menos os conhecidos) é tática que aumenta a eficácia da operação deflagrada, haja vista que o socorro aliado será escasso.

Ao mesmo tempo em que Sun Tzu aconselha a busca por auxílio de aliados no plano defensivo, também aconselha a soma de esforços em caso de ataque, expondo que Estados exitosos em batalhas não davam ao inimigo chance de se socorrerem aos aliados, os atacando despreparados, antes de reunirem forças. A tática de sitiá-la levava o general a dominá-la.²⁹³

Sob a ótica dos órgãos de investigação, considerando o que fora exposto no item 8 acerca da paridade de armas no processo penal, a celebração de acordos de cooperação técnica entre órgãos do próprio Estado são instrumentos capazes de otimizar os resultados obtidos em investigações.

²⁹¹ ROSA. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico, 2018, p. 192-193.

²⁹² Vide nota de rodapé 250.

²⁹³ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 70.

Exemplo é a Cooperação Técnica firmada em 2010 entre Controladoria-Geral da União e Ministério Público Federal, que tem por objeto o enfrentamento de crimes de corrupção envolvendo recursos federais²⁹⁴, sendo a troca de informações entre tais órgãos instrumental de grande valia para as investigações.

Acerca dos preparativos das tropas, Sun Tzu elucida: “Impede que se espalhem boatos falsos, corta pela raiz queixas e murmúrios, não permitas que se façam augúrios sinistros baseados em algum evento extraordinário.”²⁹⁵

O ensinamento retro pode se amoldar principalmente aos órgãos de investigação e seus respectivos servidores públicos. A tramitação de informações sigilosas entre muitos agentes pode levar a distorções e comunicação com a mídia que, na pior das hipóteses, pode levar o investigado a certificar-se de algo desfavorável a si, podendo o fator surpresa, que antes significava vantagem à investigação, esvair-se.

O trecho que será destacado a seguir demonstra aspecto peculiar na obra de Sun Tzu e que se assemelha muito ao plano teórico que justifica a existência da colaboração premiada como justiça negocial. Assim destaca o chinês:

Alguns soldados do reino de Wu faziam a travessia de um rio ao mesmo tempo que soldados inimigos do reino de Yue. Um vento impetuoso soprou e virou os barcos. Todos teriam perecido, se não tivessem se ajudado mutuamente. Eles esqueceram que eram inimigos; ao contrário, agiram como se fossem amigos ternos e sinceros. Eles se ajudaram, como a mão direita coopera com a esquerda. Recordo esse fato histórico para que entendas que os diferentes destacamentos de teu exército devem se auxiliar mutuamente, mas ainda que é preciso que socorras teus aliados, que socorras inclusive os povos vencidos que necessitarem; pois, se eles se submeteram, é porque não puderam fazer de modo diferente; se o soberano deles te declarou guerra, eles não são culpados. Sê prestativo, chegará a tua vez de ser recompensado.²⁹⁶

Cooperar com o exército inimigo parece destoar de todos os ensinamentos abordados ao longo dos dez capítulos anteriores. Ocorre que, sem adentrar ao mérito da coerência adotada por Sun Tzu, é fato que a cooperação, em determinados contextos, é mais vantajosa para os litigantes do que a busca incessante por vitória em detrimento do polo oposto da relação.

No estudo da Teoria dos Jogos já fora exposto o conceito de jogos cooperativos (item 2.1.1), situação em que a troca de informações e alinhamento de jogadas pelos participantes do

²⁹⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Protocolo de Cooperação Técnica. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/orientacoes-1/publicacoes/publicacoes-diversas/Protocolo%20Cooperacao%20CGU%20e%20MPF.pdf>. Acesso em 09 de agosto de 2019.

²⁹⁵ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 66.

²⁹⁶ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 67.

jogo se mostra razoável para o alcance dos melhores resultados ou, ao menos, para a diminuição dos prejuízos.

Também fora exposto em item 7 que a colaboração premiada integra a chamada justiça criminal negocial.

A justiça criminal negocial implica em uma comunhão de desígnios entre as partes envolvidas (acusação e defesa), caracterizada principalmente pela alteração das posições ocupadas pelos integrantes. O réu sai de sua posição de defesa e passa a auxiliar o órgão de acusação com o seu objetivo, ao mesmo tempo em que o réu assim o faz visando alcançar sua própria meta, qual seja, benefícios penais que não seriam alcançados com um desenvolvimento comum do procedimento penal.²⁹⁷

O exemplo oferecido por Sun Tzu, em que soldados do reino Wu e soldados do reino Yue, ocupando posições antagônicas em batalha, atravessavam um rio, demonstra que em algumas ocasiões, para proteção dos próprios interesses, se faz necessários cooperar com os oponentes na satisfação de suas metas.

Em jogos de soma não zero (item 2.2) os resultados alcançados por certo jogador não significam o prejuízo de forma proporcional do jogador com interesses distintos. Isto abre a possibilidade de cooperação, podendo haver uma melhora nos ganhos de ambas as partes.

Consta ainda em item 7 que a colaboração premiada surge como uma confissão por parte do Estado de que não é capaz de enfrentar e punir todos os crimes praticados em sua jurisdição, não restando alternativa (se quiser enfrentar a macro criminalidade) que não a busca pelo auxílio dos próprios suspeitos de cometerem ilícitos penais.

O Estado coopera com o acusado, oferecendo benefícios penais, enquanto que o investigado também coopera com o Estado, identificando os demais coautores e partícipes da organização criminosa, revelando a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa, prevenindo infrações penais decorrentes das atividades delitivas, recuperando produto ou proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa ou localizando eventual vítima com a sua integridade física preservada (auxílios previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/13).

10.1.12 Capítulo XII: Da pirotecnia

²⁹⁷ VASCONCELLOS. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, 2015, p. 55.

No capítulo que segue Sun Tzu elenca situações em que o fogo pode ser utilizado de forma a prejudicar o adversário. O instrumento de ataque na época em que o general transcreveu suas estratégias de guerra era tão essencial e devastador que mereceu capítulo integral.

Sun Tzu esclarece que há cinco maneiras que combater com fogo: “A primeira consiste em queimar homens; a segunda, em queimar provisões; a terceira, em queimar equipamentos; a quarta, em queimar arsenais e depósitos; a quinta, em utilizar bombas incendiárias.”²⁹⁸

Em analogia envolvendo o processo penal e as influências existentes tanto sobre integrantes dos órgãos de investigação quanto sobre os próprios investigados e sua defesa técnica, optou-se, no presente estudo, por analisar o uso da mídia como instrumento extraprocessual para se alcançar os objetivos pretendidos por cada um dos jogadores.

Assim como o fogo era para Sun Tzu uma poderosa arma, capaz de desestabilizar o exército inimigo, a mídia²⁹⁹, na concepção dos próprios profissionais envolvidos diretamente no jogo da colaboração premiada (vide item 12.3), é fator que tem grande poder de persuasão sobre os jogadores, razão pela qual a sua manipulação pode trazer grandes vantagens àqueles que sabem utiliza-la.

Mais uma vez, necessário o alerta de que as táticas a serem utilizadas e que servem de exemplo no presente trabalho não necessariamente refletem um *fair play*, sendo necessário esclarecer que a Teoria dos Jogos não se preocupa com a valoração das jogadas escolhidas. A valoração deve partir de cada jogador no caso concreto.

Para o presente estudo, eventuais ilícitos apontados como prática útil a determinado jogador não refletem uma exaltação do jogo sujo, mas sim, conforme já fora exposto em item 2.1.2, tem por objetivo que tanto acusação quanto defesa se resguardem, dentro da legalidade, de possíveis trapaças e jogadas sujas de seus oponentes, sendo possível se preparar para eventuais condutas duvidosas através de um contra-ataque (o contra-ataque, desde que pautado na legalidade, é sim objetivo primaz do trabalho em análise).

Ao iniciar suas recomendações acerca do uso do fogo, Sun Tzu expõe ser necessário que o combatente prepare todo o material que servirá como combustível útil, sendo importante ainda conhecer o momento certo para alastrar a queima.³⁰⁰

²⁹⁸ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 72.

²⁹⁹ O uso de tal instrumento não traz elevados riscos a quem contata a imprensa, haja vista previsão do art. 5º, XIV da CRFB/88 que assegura o sigilo da fonte.

³⁰⁰ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 72.

No campo da colaboração premiada, evidente que circundam nas investigações diversas informações, seja de caráter relevante para o processo ou não, haja vista que eventuais interceptações telefônicas ou outros meios de obtenção de prova acabam, não raras as vezes, extraindo elementos da vida pessoal dos investigados que nada se relacionam com as investigações.

A partir dos elementos colhidos nas investigações, órgãos de acusação, quando estão formando sua *opinio delict*, passam a distinguir informações que serão úteis ou não para eventual e futura ação penal.

Ao mesmo tempo que obtém elementos processuais também podem adquirir informações extraprocessuais, que se divulgadas em veículo midiático, podem ou não transformar a opinião pública ou até individual de certos alvos.

Com tal quadro, o uso da mídia como instrumento para consecução dos objetivos dos órgãos de investigação pode ser por estes levada em consideração.

Inclusive, já fora exposto por Alexandre Morais da Rosa que o uso da mídia pelos órgãos de investigação pode servir para isentar a própria investigação de responsabilidade por eventuais irregularidades cometidas durante a persecução penal:

O jogo negocial com a mídia faz com que qualquer acusação de violação de regras por parte dos agentes estatais seja seguida de discursos sobre os êxitos e resultados das operações, buscando mitigar os efeitos das violações em nome do resultado. Prevalece no discurso oficial a lógica dos fins justificam os meios, professando-se um estado de exceção diante do estado de coisas corrupto.³⁰¹

Já fora exposto em nota de rodapé 194 que o *parquet* tem se valido licitamente da mídia para divulgar o resultado de suas investigações.

O contato da sociedade com elementos ainda indiciários pode, ainda que não seja a intenção dos órgãos de investigação, influenciar o juiz natural da causa, haja vista que, por exemplo, a família deste pode travar debates sobre o tema numa mesa de jantar.

Pode influenciar grupos econômicos envolvidos indiretamente com o investigado ou a empresa que este representa, podendo haver variação no valor das ações no mercado imobiliário, bolsa de valores, etc.

Por fim, a divulgação de prévias da ação penal perante a mídia (que atualmente não se limita à televisão, mas também tem a internet como meio inesgotável de alarde), pode influenciar o principal envolvido nas investigações, qual seja, o próprio investigado.

³⁰¹ ROSA, Alexandre Morais da. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico, 2018, p. 235.

A pressão social, familiar, empresarial e/ou política que o alvo de grandes operações pode sofrer com a divulgação de seu nome como suspeito de práticas criminosas pode levar este a grande desestabilização emocional, fator este que, segundo as próprias indicações da Teoria dos Jogos (vide item 2.3), pode colocar o seu adversário em potencial vantagem.

O exemplo trazido em nota de rodapé nº 194 se trata de situação lícita que pode influenciar aspectos extraprocessuais. Evidente que o uso antiético e ilícito da mídia pode tornar ainda mais desproporcional as armas à disposição da acusação ou da defesa, já que a divulgação de boatos e criação de notícias fantasiosas são consequência do uso desenfreado e sem filtro dos meios de comunicação.³⁰²

Sun Tzu, no Capítulo XIII de sua obra, esclarece ser tática a divulgação de notícias falsas a respeito das forças aliadas: “espalhamos rumores tendenciosos, inclusive na corte do soberano inimigo, o qual, acreditando na veracidade dos boatos, toma atitudes condizentes com as falsas informações recebidas.”³⁰³

Evidente que a divulgação de elementos que não correspondam à realidade pode influenciar no poder de decisão do órgão de acusação ou do investigado na análise do instituto da colaboração premiada.

Ainda que a defesa técnica do réu esclareça a este que o *parquet* não tem todos os elementos contrários divulgados na mídia, tendo esta fantasiados e distorcido o contexto fático, as consequências no campo econômico e social já podem ter gerado vasto prejuízo para o investigado, seja em sua vida profissional ou privada.

Isto significa que, ao oferecer proposta de colaboração premiada, pode ter sido influenciado pelas mazelas já sofridas por sua exposição perante a sociedade, objetivando cada vez mais um encurtamento do procedimento criminal, para se ver livre, ainda que não seja responsável por todos os delitos a ele imputado, da repercussão negativa em sentar no banco dos réus.

O art. 18 da Lei nº 12.850/13 é exemplo claro de uso criminoso de informações privilegiadas que podem ser utilizadas em favor daquele que joga sujo³⁰⁴. Caso eventual investigado tenha ciência de que pode ser prejudicado por colaboração de integrante da mesma organização criminosa, seria totalmente crível que se valesse da corrupção dos próprios agentes de investigação para divulgar a identidade de colaborador.

³⁰² ROSA, Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico, 2018, p. 237.

³⁰³ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 76.

³⁰⁴ Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito. Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Sendo divulgado na mídia a referida informação, o próprio colaborador em potencial poderia cessar as tratativas de negociação, haja vista que a ausência de sigilo poderia elevar seu temor em relação aos demais membros da organização criminosa, situação que inibiria seu auxílio às investigações.

Atear fogo, recomendação de Sun Tzu, seria o equivalente a divulgar perante a mídia informações capazes de prejudicar a imagem ou qualquer outro bem posto à disposição do adversário. Já alastrar o fogo, seria a capacidade de repercussão desta informação, considerando ainda o alcance da mídia escolhida, seja social ou não.

Sun Tzu impõe como melhor tática no uso do fogo aquela em que se pretende atacar a favor do vento.³⁰⁵

Acerca do uso da mídia, havendo capacidade de escolha, é mais viável divulgar informações sigilosas em momento oportuno. Caso o investigado já tenha sofrido repercussões negativas com sua divulgação perante a mídia, poderia, caso possua informações com conteúdo, reverter a situação ao divulgar imediatamente informações que colocariam em dúvida a credibilidade das investigações, tendo ou não as informações relação com o caso investigado.

Por outro lado, em se tratando de órgão de investigação ou investigado, seria oportuno aguardar que certo caso de grande repercussão na mídia “esfrie” para que haja a divulgação das informações que irão beneficiar quem as divulgou e/ou prejudicar quem foi divulgado.

Quando há casos de repercussão a nível nacional sendo noticiados por diversos meios de comunicação, gerando grande interesse na sociedade, a informação prestada pelo jogador, de maneira concomitante, pode resultar em simples notas de rodapé ou de breve exposição na mídia, não gerando o efeito esperado.

Tem-se então que a recomendação do general chinês leva em conta principalmente a paciência e estudo das condições adequadas para cada tipo de jogada.

10.1.13 Capítulo XIII: Da arte de semear a discórdia

Sun Tzu destina o último capítulo de seu tratado militar ao que tem de mais subjetivo, imprevisto e variável numa guerra: as pessoas e suas intenções.

Para que haja conhecimento acerca do *modus operandi* do inimigo, Sun Tzu recomenda o auxílio de aliados infiltrados:

³⁰⁵ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 73.

Procura obter todas as informações sobre o inimigo. Informa-te exatamente de todas as suas relações, suas ligações e interesses recíprocos. [...] Não lamentes o dinheiro empregado seja no campo inimigo, para conseguir traidores ou obter conhecimentos exatos [...]. Mantém espiões por toda a parte. Informa-te de tudo, nada negligencias do que descobrires. Mas, tendo descoberto algo, sê extremamente discreto. [...] Se os oficiais inimigos estão em constante desacordo; se desconfianças mútuas, inveja, interesses pessoais os mantêm divididos, poderás facilmente cooptar uma parte deles, pois, por mais virtuosos e mais devotados a seus soberanos, a promessa de vingança, de riquezas ou de postos eminentes bastará para atizar-lhes a cobiça. E quando esta estiver acesa em seus corações, tudo farão para satisfazê-la. [...] Eles se destruirão aos poucos, sem que nenhum deles tome abertamente o teu partido.³⁰⁶

Valer-se de informação privilegiada, obtendo dados sigilosos do adversário, já foi retratado no capítulo anterior, tendo Sun Tzu recomendado a utilização de combustíveis, sendo a notícia qualificada instrumental valioso no contexto do processo penal.

O objeto do presente capítulo, conforme prenúncio do título, é a divisão entre as forças inimigas. Sun Tzu esclarece que “divisão” seria a conquista dos habitantes de cidades, aldeias e arredores que estão sob o domínio do comando inimigo. A conquista de soldados e oficiais do próprio exército inimigo também é fator capaz de desestabilizar as forças em oposição.³⁰⁷

A utilização de infiltrados em território inimigo também é prevista como meio de obtenção de provas na Lei nº 12.850/13 (art. 3º, VII). Ocorre que a análise do chinês, que também pautará o presente item, será na prestação de informações por integrantes originais dos quadros inimigos.

A respeito da conquista de aliados em território inimigo, Sun Tzu, entendendo que “um exército sem agentes secretos é um homem cego e surdo”³⁰⁸, já utilizava a corrupção como meio de alcance dos objetivos, recomendando a distribuição de “dinheiro em abundância, para todos os desertores do campo inimigo.”³⁰⁹

Ocorre que o método ilícito não é o único existente para se obter auxílio de membros integrantes das forças inimigas.

O próprio instituto da colaboração premiada é exemplo de integrantes de organizações criminosas que, buscando benefícios penais em interesse próprio, entregam informações preciosas e, a depender do auxílio prestado, revelam a estrutura e a composição da organização criminosa investigada.

A passagem de Sun Tzu em sua obra é perfeitamente aplicável ao instituto:

³⁰⁶ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 75-77.

³⁰⁷ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 76.

³⁰⁸ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 79.

³⁰⁹ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 77.

Se recompensares aqueles que passaram para teu campo para se livrarem dos justos temores que os agitavam em permanência, e para salvarem a vida; se lhes deres emprego, seus pais, aliados, amigos serão outros súditos que conquistarás para teu príncipe. Se espalhares dinheiro à vontade, se tratares bem a todos, se impedires que teus soldados devastem os lugares por onde passarem, se os povos vencidos não sofrerem nenhum prejuízo, assegura-te que eles já foram conquistados, e a tua boa reputação atrairá mais súditos para teu soberano e mais cidades para seu domínio do que as mais brilhantes vitórias.³¹⁰

A respeito da moral existente na delação premiada (técnica da colaboração que consiste na revelação dos demais membros da organização criminosa)³¹¹, parte da doutrina entende ser um método pela qual o Estado legitima e premia a falta de caráter do investigado, haja vista a situação de traição entre os criminosos, o que, em última análise, estaria violando valores ínsitos à ordem social.³¹²

Renato Brasileiro, discordando do posicionamento retro, elucida ser o instituto da colaboração premiada de grande valia para o sistema acusatório estatal, sendo técnica (traição) institucionalizada sem a qual o desmantelamento de grandes organizações criminosas seria inviável.³¹³

Da mesma forma, esclarecem Américo Bedê e Willy Potrich:

Será que o Estado deve mesmo se preocupar em preservar o comportamento ético entre criminosos? Seria essa uma pauta legítima? Seria um bem fundamental que deveria ser resguardado às custas de todas as mazelas sociais geradas pela criminalidade, especialmente a criminalidade organizada? Parece-nos que não. [...] O raciocínio talvez deva ser o inverso. Resguardado sempre o direito à não autoincriminação, e respeitada sempre a voluntariedade em qualquer conduta do réu no contexto da persecução penal, deve o direito encorajar o réu a colaborar com o Estado, especialmente no tocante aos crimes praticados por organizações criminosas.³¹⁴

Outra parte da doutrina entende como contraditória a menção da ética e da moral no ambiente delituoso, haja vista se valerem os agentes criminosos de condutas totalmente dissonantes com os valores pregados em sociedade.³¹⁵

³¹⁰ TZU, A arte da guerra, 2006, p. 78.

³¹¹ Art. 4º, I e II da Lei nº 12.850/13: 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: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa.

³¹² CARVALHO, Natália Oliveira. A delação premiada no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 101; FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 221.

³¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único / 4. Ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 522.

³¹⁴ FREIRE JR; DEZAN, Delação premiada e direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal a partir da regulamentação constante na Lei 12.850/2013, 2017, p. 53.

³¹⁵ GRANZINOLI, Cassio M. M. A delação premiada. In Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juízes das

Neste sentido, Guilherme Nucci:

No contexto das pessoas de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não se pode dizer o mesmo ao transferir a análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distantes dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais.³¹⁶

O dilema colocado à disposição do investigado é pautado na máxima de que os fins justificariam os meios, ou seja, o ato de entregar às autoridades públicas provas que incriminem antigos comparsas em delitos seria moralmente aceito em razão de duas consequências básicas: o Estado garantiria a punição de outros criminosos e o delator receberia benefícios penais em troca de seu auxílio, o que, apesar de parecer utópico, pode significar o arrependimento no crime, sendo cumprida então a função pedagógica do direito penal.

Apesar de não haver consenso na doutrina, fato é que a delação premiada, sendo ou não ética sob a perspectiva principiológica, é positivada e aplicada no direito pátrio, razão pela qual, assim como a análise pura da Teoria dos Jogos ignora a valoração da escolha dos jogadores, necessário que a técnica seja utilizada a favor dos interesses processuais dos envolvidos.

Tem-se então que a análise do general chinês a respeito dos benefícios advindos da cooperação de integrantes do exército inimigo é plenamente aplicável no âmbito da persecução penal.

Conquistar integrantes de organizações criminosas, oferecendo legitimamente benefícios penais em troca de seu auxílio, é técnica que fundamenta a existência da colaboração premiada, sendo necessário que órgãos de investigação entendam o instituto como mecanismo para maximizar os resultados das investigações, desde que, se possível, não isentem o colaborador da responsabilidade por seus atos delituosos (situação perda/ganho objeto de estudo da Teoria do Jogos).

Uma das lições de Sun Tzu, inclusive, coincide perfeitamente com um dos objetivos da colaboração premiada.

Dispõe o art. 4º, III da Lei nº 12.850/13 que um dos resultados a serem alcançados pela colaboração seria a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa. Já Sun Tzu expõe:

Se souberes infiltrar traidores nas cidades e nos vilarejos inimigos [...].

varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 152.

³¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas - 8. ed. rev., atual. e ampl. – vol. 2 – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 603.

Conhecerás, por seu intermédio, as disposições da maioria em relação a ti. Esses traidores sugerirão a maneira e os meios que deves empregar para conquistar seus mais temíveis compatriotas; e quando chegar o momento de efetuar o cerco, poderás vencer sem dar o assalto, sem desferir nenhum golpe, sem desembainhar a espada. [...]

Vencer a batalha ou evitar um ataque inimigo, resultado esperado pelo general milenar, também foi previsto pelo legislador ao regram o instituto da colaboração premiada, haja vista que o auxílio visando a interrupção de ilícitos praticados pela organização criminosa ganhou disposição em lei.

CAPÍTULO III: PESQUISA EMPÍRICA COM JOGADORES DA COLABORAÇÃO PREMIADA

11 METODOLOGIA UTILIZADA

A pesquisa empírica adotada no presente trabalho consistiu na elaboração de questionário destinado aos profissionais que lidam diretamente com a colaboração premiada (advogados e membros do Ministério Público), extraíndo dos entrevistados as medidas tomadas nos processos de decisão que precedem e determinam o resultado dos benefícios ofertados ao colaborador.

O objetivo da pesquisa de campo realizada era: a) compreender como são realizadas as negociações envolvendo a colaboração premiada; b) compreender as técnicas utilizadas pelos profissionais envolvidos para convencimento dos demais; c) verificar o que poderia ser proporcionado pelos órgãos estatais e/ou entidades de classe (Ordem dos Advogados do Brasil) para que houvesse um aprimoramento das técnicas utilizadas pelos profissionais.

A dinâmica do contato com os profissionais consistiu numa entrevista reservada com 06 (seis) advogados e 03 (três) membros do Ministério Público, todos com atuação na capital do Espírito Santo e que somados já atuaram em 31 (trinta e uma) negociações envolvendo o instituto da colaboração premiada.

Delegados integrantes do Núcleo de Repressão e Combate à Organizações Criminosas (NUROC) não foram entrevistados, haja vista a informação por parte dos Policiais Civis de que a resposta às perguntas poderia ensejar na violação do sigilo de alguns acordos já firmados, optando os profissionais por resguardarem as cláusulas do negócio jurídico.

Em relação aos Delegados da Polícia Federal localizados na Superintendência Regional

do Espírito Santo, fora informado por parte da Comunicação Social do órgão que no segundo semestre de 2019 não havia nenhuma Autoridade Policial lotada no Estado que já tivesse participado de tratativas envolvendo a colaboração premiada, não sendo possível realizar as respectivas entrevistas.

Foram realizadas perguntas envolvendo o instituto da colaboração premiada (vide ANEXO B). O que será divulgado a seguir é o “discurso coletivo”, ou seja, as ideias centrais sobre os objetos desta pesquisa que são compartilhados por várias pessoas de um mesmo grupo.

Fora garantido aos entrevistados o sigilo de sua identificação, razão pela qual não serão divulgados dados relativos à casos concretos em que atuou, local de trabalho ou quaisquer informações ou referências que eventualmente permitam identificar o entrevistado.

Em relação ao risco enfrentado pelo entrevistado, o procedimento de pesquisa adotado consistiu em uma reunião que durou cerca de 60 (sessenta) minutos, situação em que o participante apenas respondia a perguntas realizadas pelo pesquisador, sendo, portanto, classificado no nível mais baixo de risco para o entrevistado, haja vista não haver qualquer procedimento invasivo ou que possa ter causado dor física, excluindo riscos à saúde.

12 DIVULGAÇÃO DOS RESULTADOS

O resultado das entrevistas será divulgado em forma de tópicos, sendo classificado o que fora respondido pelos participantes por assuntos discutidos.

Baseado no que fora perguntado (ANEXO B) é possível identificar questões em comum que foram abrangidas por todos os entrevistados, razão pela qual será possível extrair um discurso coletivo e um discurso particular de cada profissional, ainda que preservada sua identidade.

12.1 A PRISÃO E A COLABORAÇÃO PREMIADA

Das 31 (trinta e uma) tratativas envolvendo a participação dos profissionais entrevistados e o instituto da colaboração premiada, 20 (vinte) contavam com investigados presos ou com mandado de prisão em aberto, representando uma taxa 70% de potenciais colaboradores que já contavam com a prisão decretada pelo Poder Judiciário.

A respeito da colaboração premiada firmada com investigados presos, se faz necessário o apontamento de que parte da doutrina entende não haver livre consentimento na assinatura do

negócio jurídico:

[...] a voluntariedade, requisito para a homologação do acordo de colaboração, não encontra espaço, sequer normativo em termos de uma jurisdição lata, quando presente o cerceamento estatal da liberdade, que, em primeira e última instância, é expressão de um poder capaz de obter a “verdade” (ou qualquer “verdade”) que ao final deseja. [...] entendemos ser incompatível o expediente da prisão provisória (temporária ou preventiva) e a obtenção da “colaboração” em acordos de investigados/as ou réus/rés com liberdade cerceada. [...] O que mais pode ser aterrador, intimidador, opressivo para um investigado/a ou acusado/a em um processo penal (de regra espetacularizado) do que a possibilidade de ver sua liberdade cerceada por mais um dia, um mês (ou vários dias ou meses), caso não se transforme em um/a delator/a?³¹⁷

Apesar de tal posicionamento, fato é que o judiciário brasileiro entende como presente a livre manifestação de vontade do colaboradores presos, só havendo vícios no negócio jurídico firmado em situações onde for verificada, em concreto, decretos prisionais afastados dos requisitos permissivos, caracterizando verdadeira tortura ao investigado.³¹⁸

Na opinião de parte dos advogados entrevistados, apesar de estar regrado a voluntariedade para consecução do acordo de colaboração premiada (arts. 4º e 7º da Lei nº 12.850/13), na prática é a prisão efetivada (e não o seu risco) que impulsiona o “desejo” em auxiliar as autoridades públicas.

Tal relato não pode ser tomado como verdade absoluta, haja vista a taxa de investigados soltos que iniciaram as tratativas com os órgãos de acusação. Ocorre que, para aqueles que estavam presos, inegável que a prisão é fator que provavelmente influenciou na vontade em colaborar com a investigação.

A respeito de previsão expressa no acordo visando a revogação de eventual prisão preventiva, fora relatado por um dos advogados que a negociação a respeito de tal questão ocorre de maneira informal (apesar de ser informado por um dos Promotores entrevistados que há cláusula expressa a respeito do parecer envolvendo a prisão cautelar). Normalmente, ao requerer a revogação da prisão preventiva como um dos benefícios para que o cliente possa colaborar com a investigação, o membro do *parquet* “garante” que após a celebração do acordo irá manifestar-se favoravelmente ao pedido da defesa perante o juiz.

³¹⁷ MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/rés presos/as provisoriamente. In: A delação/colaboração premiada em perspectiva. Organização Soraia da Rosa Mendes. Brasília: IDP, 2016, p. 74, 84 e 85.

³¹⁸ STJ. Colaboração premiada está sendo transformada em plea bargain sem apoio em lei, diz ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Colaboracao-premiada-esta-sendo-transformada-em-plea-bargain-sem-apoio-em-lei--diz-ministro-Nefi-Cordeiro.aspx>. Acesso em 06 de janeiro de 2020.

Os relatos são de que esta “promessa” é cumprida pelo Promotor ou Procurador da República.

Ocorre que a preocupação em tais situações não é com o risco em estar a acusação mentindo, haja vista que a credibilidade destes profissionais também está vinculada à manutenção de sua palavra (manter a fama de bom jogador visando partidas futuras também é essencial para o bom estrategista).

A preocupação é em como estas negociações ocorrem. Se não constam nas cláusulas do acordo de colaboração premiada, é porque o Ministério Público não quer admitir que está utilizando a prisão para “forçar” o auxílio do acusado ou porque não quer abrir precedentes, ou seja, para que em processos futuros o réu que esteja preso não exija a liberdade em troca da colaboração, alegando o princípio da isonomia (alegando que a intenção de colaborar já é suficiente para restarem ausentes os requisitos para manutenção da prisão preventiva).

Também fora relatado por um dos entrevistados que a prisão de corréus tende a influenciar aquele investigado que está respondendo em liberdade, haja vista que o temor por ser o próximo a sofrer constrição de liberdade persiste durante toda a persecução penal.

Isso significa que não só a consecução da prisão afeta o psicológico do colaborador em potencial, mas também a iminência ou “exemplos” próximos de demais integrantes da suposta organização criminosa.

Fora registrado por parte dos entrevistados que a prisão de um agente inserido na alta classe da sociedade, de maneira geral, tende a afetá-lo de maneira mais voraz do que a prisão de um agente que vive à margem da sociedade.

Isso ocorre porque aquele que frequenta a *High Society* possui mais liberdades do que aqueles que possuem baixa renda. O poder econômico pode “comprar” um padrão de liberdade que não pode ser alcançado pela camada pobre da sociedade: viagens internacionais, restaurantes caros, residência com alto conforto, dentre outras situações que tornam a qualidade de vida do rico melhor do que aquela enfrentada pelo pobre.

Por tais fatores, entendem os entrevistados que o político ou empresário que são presos acabam por sofrerem um abalo mais exponencial em seu nível de liberdade.

Fora esse fator, há ainda aquele relativo à estatística de presos que compõem o sistema carcerário brasileiro. Segundo dados do DEPEN, em 2014 75% dos encarcerados tinham como formação máxima o ensino fundamental completo, sendo tal dado um indicador de baixa

renda.³¹⁹

Isso significa que familiares que integram a camada mais pobre da sociedade, estatisticamente, conhecem mais pessoas próximas que integram o já integraram o sistema carcerário do que familiares que integram a camada mais abastarda do país. Isso tende a gerar uma sensação de normalidade na prisão do negro e pobre, enquanto a prisão do branco e rico é visto como algo excepcional.

A respeito do uso da prisão como manobra dos órgãos de acusação para que “forçar” uma colaboração premiada, fora respondido pela maioria dos entrevistados (incluindo os advogados) que não se pode afirmar que o decreto prisional fora manipulado com o objetivo de dar início às tratativas negociais.

Apesar de tal fator, fora ressaltado por um dos entrevistados que no Brasil, em geral, se prende mal. Isto significa que mesmo não tendo o Ministério Público pedido a prisão preventiva ou temporária com objetivo de coagir o investigado, ainda poderão existir prisões arbitrárias que, afastada dos requisitos do art. 312 do CPP, são capazes de influenciar nas decisões do preso, haja vista o “calvário” a ser enfrentado até que um órgão de instância superior relaxe ou revogue a prisão.

12.2 LOCAL EM QUE AS TRATATIVAS OCORRERAM

Todas as negociações envolvendo a colaboração premiada ocorreram na sede do Ministério Público, ora na presença de investigado, advogado e Promotor/Procurador da República, ora na ausência do investigado, apesar de representado por causídico.

A explicação para que as negociações nunca ocorram no escritório do advogado que patrocina o investigado, segundo fora relatado pelos criminalistas (pergunta nº 2 do questionário realizado para a defesa, vide ANEXO B), é de que ainda persiste a cultura por parte dos membros do Ministério Público de que este órgão é hierarquicamente superior à advocacia, apesar do que regra o art. 6º da Lei nº 8.906/94³²⁰.

Também fora relatado que, por estar o Ministério Público em vantagem acusatória (na maioria das vezes são reais os indícios mínimos de autoria e materialidade - lastro mínimo probatório - , estando presente a justa causa para oferecimento de denúncia) pode exigir que o

³¹⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

³²⁰ Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

local em que as tratativas ocorrem seja em ambiente mais confortável/vantajoso para si (que por outro lado é desconfortável para o acusado).

Outra explicação seria a ausência de estrutura nos escritórios de advocacia ou um local mais estruturado na sede do Ministério Público ou Polícia Judiciária, demandando logística mais complexa ter que deslocar equipamentos e servidores até o escritório do advogado que patrocina a causa.

Por parte dos integrantes do Ministério Público a escolha do local fora justificada em razão da imagem que um membro da acusação externaliza ao ingressar no escritório do advogado que patrocina o investigado.

Apesar do alegado agir ético e de maneira lícita, ainda persistiria perante terceiros a desconfiança de eventual corrupção ou promiscuidade entre o órgão público e o suposto autor de delitos. “Não basta ser, tem que parecer”, é o que fora relatado por um Promotor de Justiça. Para evitar que haja futura alegação de parcialidade com determinado acusado, prefere-se que as reuniões ocorram na sede do Ministério Público, local isento e com estrutura para gravação das tratativas.

Também houve relato por alguns profissionais tanto da defesa quanto do *parquet* de que alguns termos e/ou detalhes a respeito das reuniões e cláusulas a serem acordadas foram debatidas diretamente pelos profissionais por meio de telefone, valendo-se de ligações ou mensagens para comunicação entre os negociadores.

Em relação às reuniões que ocorreram de forma presencial, constatou-se que nem todas contaram com instrumentos de gravação audiovisual, sendo extraído, de forma aproximada, que 50% das reuniões contaram com câmeras, enquanto o restante não fora documentado de forma a revelar a integralidade do ocorrido na mesa de negociações.

A partir de 24/12/2019, quando fora publicada a Lei nº 13.964, o procedimento envolvendo a colaboração premiada, previsto na Lei nº 12.850/13 passou a contar com o art. 4º, §13, prescrevendo ser obrigatória a gravação de todas as tratativas envolvendo o instituto.³²¹

A alteração na legislação visa passar mais integridade ao instituto. Sob a perspectiva da Teoria dos Jogos, a obrigatoriedade no registro das reuniões é capaz de, em tese, diminuir a incidência de jogadas sujas por quaisquer das partes, evitando que haja eventual pressão por parte do órgão de acusação (vide item 6 do presente trabalho) ou eventual oferta de vantagem ilícita por parte do investigado.

³²¹ O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador.

Também fora relatada tática peculiar utilizada pelos órgãos de persecução penal durante as tratativas envolvendo a colaboração premiada.

Nas reuniões preliminares, quando são expostos, por parte do *parquet*, os elementos que deseja extrair do colaborador e, por parte do investigado, os elementos que tem a prestar, normalmente o Ministério Público faz algumas perguntas superficiais que, se respondidas pelo advogado de defesa ou pelo investigado, servirão como dicas para que a acusação possa avançar nos atos de investigação.

Tal tática, apesar de não revelar diretamente eventual esquema delituoso integrado pelo colaborador em potencial, pode servir para que o Ministério Público direcione de forma qualificada as investigações envolvendo outros investigados, sendo, portanto, jogada inteligente e que, se devidamente estudada, pode ser conduzida de forma velada e sem que o colaborador em potencial perceba as consequências de sua fala.

Por outro lado, alguns advogados entrevistados, cientes dessa tática, constroem um “antídoto” para este tipo de jogada. O ideal seria fazer negociações tendo em mente situações que ocorreriam caso o acordo não fosse fechado. Isso significa que, ao iniciar as tratativas, tanto advogado quanto colaborador em potencial buscam evitar passar informações que minem a estratégia de defesa a ser utilizada caso as jogadas sejam no sentido de resistência processual (quando a negociação não avança).

O remédio sugerido pelos advogados de defesa vai ao encontro do que fora conceituado em item 2.2 quando houve alusão às estratégias dominantes e às dominadas. Normalmente o jogador, entendendo que há elementos suficientes para a condenação de seu cliente, busca orientá-lo para o possível ajuste de cláusulas da colaboração premiada. Isso não significa que as estratégias dominadas serão descartadas de plano, há sempre um “plano B” a ser construído para o caso de imprevistos no decorrer das reuniões.

12.3 COLABORAÇÃO PREMIADA E A INFLUÊNCIA DA MÍDIA

Segundo os entrevistados, principalmente aqueles que atuam na advocacia defensiva, a exposição do investigado na mídia “destrói a psiquê do cliente” (palavras de um advogado), haja vista que há uma condenação sumária por parte da sociedade. Um dos advogados que já exerce o ofício a quase 40 anos afirmou que a divulgação de informações sem elementos de prova, ou seja, meras suposições, gera a “crucificação dos investigados perante a mídia”.

O mesmo advogado afirmou ainda que a exposição de uma figura conhecida na

sociedade, ainda mais quando os órgãos de investigação já obtiveram elementos robustos de prova em desfavor daquele investigado, se torna um grande evento, assemelhado à exibição de um troféu perante a sociedade. Tal conduta, além de inflar o ego daqueles responsáveis pela investigação, teria o condão de motivar os demais profissionais que integram o Ministério Público ou Polícia Judiciária.

A influência da mídia em casos de grande repercussão afeta de forma mais incisiva o acusado político e/ou com grande poderio econômico. Isto ocorre porque a exposição midiática afeta setores extraprocessuais, como ações de empresas administradas por algum réu, visão que determinado grupo social em que aquele que foi exposto está imerso, pressão sobre familiares que frequentam locais também frequentados pelo investigado, etc.

Apesar de tal influência ser reconhecida pelos próprios entrevistados integrantes do Ministério Público, os mesmos afirmaram que a atuação do advogado de defesa é capaz de mitigar o grau de afetação que a exposição causa ao investigado. Da mesma forma fora exposto por um dos advogados entrevistados que o advogado não deve levar em consideração o que está sendo exposto na mídia, sendo papel do mesmo blindar e preparar cliente e seus familiares para que as decisões tomadas não sejam baseadas em meras especulações.

Isto ocorre porque a defesa técnica, no patrocínio dos interesses daquele que foi exposto na mídia ou daquele que possui ligação com fatos divulgados na imprensa, é capaz de esclarecer ao seu cliente o que realmente integra os autos da investigação do que não passa de mera especulação.

O esclarecimento que o patrono faz ao seu cliente evita que informações desconhecidas possam influenciar negativamente nas decisões adotadas pelo investigado, sendo tal conduta essencial para que não haja escolha baseada em meras emoções, no “calor do momento” (vide item 2.3).

Por outro lado, fora esclarecido durante as entrevistas que a utilização da mídia por parte dos órgãos de investigação nem sempre conduz a resultados positivos para este polo da negociação. Tal pirotecnia (vide item 10.1.12) pode trazer resultados negativos a quem dela se utilizar.

Exemplo dado pelos entrevistados é a situação em que, após o vazamento na mídia de que determinado agente político é exposto como investigado, ao invés de ser alcançado um efeito positivo para a investigação, qual seja, busca pela colaboração premiada, pode haver um efeito negativo, que consiste no temor deste agente em haver novo vazamento de informações, situação em que evita colaborar com a acusação por ter receio de que chegue à mídia que delatou

outro agente, podendo haver retaliações graves por parte deste.

A lição que fica é a de que o sigilo envolvendo as negociações, que decorre de previsão legal³²², caso seja violado, pode trazer consequências que auxiliem os órgãos de investigação em seus objetivos perante a partida ou que os prejudiquem, haja vista a maleabilidade e a ausência de controle depois que a informação chega ao conhecimento de terceiros.

Por tal razão, apesar de ser jogada ilícita e que viola o Estado Democrático de Direito, necessário o discernimento de que até jogadas sujas podem voltar-se contra o jogador que não segue as regras do ordenamento jurídico.

No caso em apreço, aplicável interessante lição, por analogia, do art. 565 do CPP³²³. Caso lido em conjunto com o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza), é possível identificarmos que aquele que joga sujo (de forma dolosa)³²⁴ não pode arguir nulidade por consequências de seus próprios atos que porventura sejam prejudiciais a si.

Sob outra ótica, também fora relatado pelos entrevistados que membros do Poder Judiciário também podem ser influenciados pela mídia, acarretando decisões que fogem à técnica e se aproximam ao clamor social.

Em tal aspecto a tática do advogado que defende o investigado exposto na mídia não deve se limitar a preparação de seu cliente frente a pressão social, mas sim prever comportamentos do jogador responsável pelo julgamento, haja vista que a futura sentença poderá fugir aos parâmetros/padrões anteriormente estudados (estudo das preferências, vide item 3.2.3.3).

A partir da análise de tal circunstância, qual seja, probabilidade de, por exemplo, ser aplicada uma pena acima da média existente para casos análogos já decididos por determinado magistrado, necessário que a defesa avalie o risco em rejeitar eventual proposta oferecida pelo *parquet*, haja vista que a manutenção da lide penal em Tribunais Superiores na tentativa de reverter a valoração da dosimetria da pena pode ter um alto custo ao acusado, devendo sempre ser colocado o prejuízo financeiro e desgaste emocional na contrabalança (vide exposição em item 10.1.1.1).

Também fora relatado um outro lado da pressão que a sociedade exerce sobre os envolvidos na colaboração premiada. Um dos membros do Ministério Público entrevistados

³²² Art. 7º da Lei nº 12.850/13: O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

³²³ Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

³²⁴ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 168.

confessou que há investidas até de vizinhos a respeito de operações em andamento, questionando o porquê de ter representado pela prisão preventiva de determinado empresário que é responsável pelo emprego direto de dezenas de pessoas, fazendo a “máquina” da economia girar.

Fora relatado ainda uma situação em que, ao chegar no restaurante, se deparou com um investigado cujo a prisão temporária tinha findado na semana anterior.

Os exemplos revelam que a preparação psicológica não deve se limitar aos clientes e seus patronos, mas também, como se verá em item 12.7, aos integrantes dos órgãos de acusação, por meio de cursos voltados para o tema.

12.4 PARIDADE DE ARMAS

Para todos os advogados entrevistados, o Ministério Público está em posição de vantagem quando comparado à defesa no processo penal. Isto ocorre porque o Estado tem mais estrutura, bem como, nas palavras de um dos causídicos entrevistados, há certa “promiscuidade entre juiz e promotor”.

Nesta seara, fora relatado que o advogado não possui tanta proximidade com o juiz quanto o membro do Ministério Público, havendo certo corporativismo entre ambos, até porque há casos em que juiz e promotor já atuam juntos há muitos anos, convivendo e sendo colegas diariamente na sala de audiência.

A proximidade ente os servidores do Estado não demanda atos ilegais para que a defesa/investigado já inicie o processo penal em situação de desvantagem. Eventual relação de amizade entre o jogador que acusa e o jogador que julga, pode levar o advogado, sob o ponto de vista argumentativo (princípio da dialeticidade que decorre do contraditório³²⁵), a um déficit se comparado ao Promotor, haja vista que todos são humanos e suscetíveis a influência afetiva.

Outro exemplo que fora relatado por um dos advogados para confirmar a afirmação de que a defesa já inicia o processo penal em desvantagem foi a dificuldade em se pleitear a produção de provas no judiciário. Enquanto o Ministério Público e a Polícia Judiciária dispõem de instrumentos que sequer precisam da autorização do juiz para serem utilizados durante a investigação, a defesa tem que se valer de perícias privadas que oneram o cliente para que haja uma produção probatória favorável.

³²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos Recursos Penais [livro eletrônico]. – 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 66.

A rigor, não há paridade de armas nem mesmo entre os órgãos do próprio Estado, haja vista membros do Ministério Público receberem mais proventos do que membros da Defensoria Pública.³²⁶

Uma forma de superar este déficit, segundo os próprios advogados, seria utilizar a sistemática envolvendo os órgãos de acusação. Advogados costumam atuar no feito do início ao fim, enquanto os membros do Ministério Público só atuam até certa instância, havendo alteração do profissional responsável pelo processo, a depender do grau recursal.

Isto significa que o advogado atuando na defesa tem uma visão mais ampla de todo o processo, a longo prazo, podendo estudar as táticas a serem utilizadas na investigação, primeira instância, segunda instância e em Tribunais Superiores, enquanto que os membros do *parquet*, por possuírem atuação limitada, estariam restritos à táticas de apenas uma etapa da persecução penal.

Outra questão apontada pelos advogados é que a própria sistemática envolvendo a colaboração premiada possui meios para que o déficit existente na balança entre acusação e defesa seja superado: a barganha.

Caso o investigado possua provas (ou diligencie no sentido de encontrá-las) que interessem os órgãos de investigação pode haver certo controle nas cláusulas a serem acordadas, haja vista deter em mãos peça essencial para o avanço da persecução penal em desfavor dos demais membros da organização criminosa.

A opinião baseada em elementos concretos por parte dos advogados entrevistados não encontra concordância com o que fora exposto pelos membros do Ministério Público.

Apesar de reconhecerem que de maneira global o Estado possui mais estrutura do que o investigado, a prática envolvendo a colaboração premiada (não o processo penal como um todo) pode revelar uma vantagem por parte do colaborador.

Isto ocorre em situações envolvendo acusados com elevado poderio econômico, podendo contratar qualificados escritórios de advocacia com ramificações em todo o país. Tal quadro, a depender da Comarca em que a investigação está ocorrendo, pode significar inúmeros advogados negociando com apenas um membro do Ministério Público cercado por seus escassos assessores.

A solução para tal déficit, segundo os entrevistados que atuam em órgãos de acusação, seria, além da qualificação técnica dos profissionais envolvidos, criar uma metodologia de

³²⁶ CONSULTOR JURÍDICO. Defensores dizem ganhar menos que juízes e promotores por protegerem pobres. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-24/defensoria-ganhar-magistratura-mp-protoger-pobres>. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

atuação conjunta entre os órgãos de investigação (força tarefa), para que o Promotor ou Autoridade Policial não se veja isolado perante um grande escritório de advocacia. “Parecer ser” pode superar o “ser” (vide item 10.1.4, quando fora exposto que simular o conhecimento de mais informações do que realmente possui é tática utilizada para persuadir o adversário).

Expôr perante o noticiário que há uma força tarefa investigando determinado esquema criminoso, mesmo que haja apenas um único Promotor por trás da investigação, pode ser uma maneira defensiva visando superar o déficit na paridade de armas, quando há menos agentes investigando o crime do que agentes tentando isentar o investigado da responsabilidade penal.

Também fora relatado por um dos membros do Ministério Público que não há paridade de armas no processo penal, pendendo a balança para o lado do acusado. Isto, segundo o entrevistado, decorre da formação doutrinária dos profissionais atuantes (cultura que condena mais fácil os crimes comuns do que os crimes de colarinho branco) e da legislação que em regra é garantista, beneficiando a impunidade (inúmeras vias recursais e a utilização nos crimes complexos dos mesmos meios de obtenção de provas utilizados em crimes comuns) .

12.5 JOGO SUJO

Fora questionado aos entrevistados se o polo oposto da relação jurídica negocial joga sujo ou se já teve ciência de alguma jogada ilícita por parte de eventual adversário.

Alguns advogados informaram que integrantes dos órgãos de acusação jogam sujo por meio de vazamento seletivo de alguns elementos das investigações para a imprensa.

Divulgar na véspera do cumprimento de um mandado de busca e apreensão que a determinação judicial será cumprida na residência de um político ou grande empresário, visando que uma equipe jornalística faça a cobertura do cumprimento é jogada ilegal, haja vista visar tão somente a exposição do investigado, não havendo relevância alguma para a investigação.

Apesar de relatos da existência de jogadas sujas ou antiéticas por parte de alguns negociantes, fora esclarecido por dois dos três membros do Ministério Público entrevistados que partem do pressuposto de que o colaborador em potencial está de boa-fé, tendo aceitado o início das tratativas com fins meramente colaborativos, visando o alcance dos benefícios a serem propostos pelo *parquet*.

Este pensamento, apesar de ideal sob o ponto de vista teórico, pode gerar prejuízos ao próprio Ministério Público, que pode se ver distante de alcançar as metas traçadas (otimização

dos resultados).

Conforme já exposto em item 3.1, seria ingenuidade partir da premissa de que todos os investigados pelo cometimento de ilícitos, ao ingressarem num procedimento envolvendo a colaboração premiada, teriam como norte auxiliar de forma leal os órgãos de acusação.

Jogadas ilícitas devem ser prevenidas e devidamente punidas em caso de existência. Aquilo que é esperado no plano teórico (*fair play*) não pode impedir que o Ministério Público planeje e busque blindar a partida de jogadas sujas.

Tudo o que fora exposto em item 10 visa alertar as partes de que é possível (vide diversas notícias relatando a sua existência) que alguns dos negociantes presentes na colaboração premiada estejam utilizando o procedimento como instrumento para perpetuação de suas atividades ilícitas, ou então, cometendo delitos nas próprias jogadas envolvendo o instituto.

A leitura da colaboração premiada a partir da obra “A Arte da Guerra” não incentiva o uso de técnicas desleais e que vão de encontro ao Estado Democrático de Direito, ferindo regras processuais e garantias previstas na Constituição Federal. Ao contrário, visa “abrir os olhos” daqueles que participam da justiça penal negociada, para que, de maneira lícita e ética, alcancem os melhores resultados possíveis, blindando o investigado ou o curso da investigação/instrução criminal de ataques ilícitos por parte do adversário.

Já o terceiro membro do Ministério Público entrevistado informou a respeito das jogadas sujas por parte da defesa e acusado, havendo situações em que, por exemplo, o advogado aconselha o cliente a se auto lesionar para macular o auto de prisão em flagrante (no caso, a fraude fora descoberta após registro em interceptação telefônica da conversa entre causídico e acusado).

Também fora questionado aos Membros do Ministério Público o que fazer para evitar que informações sigilosas de investigação ainda em curso possam cair nas mãos dos próprios investigados.

Tal situação revela a outra face da divulgação de informações à terceiros que não integram o procedimento ou processo criminal. Se por um lado a divulgação de dados à mídia pode prejudicar a imagem do investigado, a divulgação de dados sigilosos ao próprio investigado pode enfraquecer os atos e diligências que ainda seriam realizados no curso da investigação.

Ao analisar tal circunstância, um dos Promotores entrevistado respondeu que as investigações são conduzidas por seres humanos (Investigadores, Agentes Penitenciários, Servidores do Ministério Público, Delegados), sendo quase impossível blindar as investigações

de forma integral, nunca havendo vazamentos.

A solução ou então a medida adotada para mitigar estas “falhas” humanas seria a restrição dos dados da investigação ao menor número de agentes públicos possível. Um dos membros do Ministério Público chegou a afirmar que já conduziu tratativas envolvendo a colaboração premiada de forma isolada, só havendo ciência por parte dos demais servidores de seu gabinete quando o acordo fora encaminhado ao juízo para homologação.

Tal tática certamente reduz riscos, devendo também haver registro de todos que acessam eventuais dados sigilosos (armazenamento e acesso por meio de identificação digital, etc), sejam tais dados armazenados em formato físico ou eletrônico. O controle dos servidores que acessam as informações visa alertá-los de que estão sendo monitorados em seus atos, bem como identificar o responsável ou responsáveis pelo vazamento para futura punição pelo próprio Estado (vide, por exemplo, art. 18 da Lei nº 12.850³²⁷).

Ressalvou-se ainda que a atuação isolada possui um revés que fora exposto por outro Promotor entrevistado: as chances de falha aumentam. Ter vários outros profissionais atuando diretamente nas investigações aumenta o campo de conhecimento e preparo para exigências em futuras negociações.

Restaria, neste aspecto, ponderar em cada caso concreto a credibilidade da equipe escolhida para tratar diretamente com a colaboração premiada, visando aumentar a capacidade de cognição (se possível) ao mesmo tempo em que o sigilo possa ser preservado.

12.6 TÁTICAS UTILIZADAS PELOS ENTREVISTADOS

Primeiramente, necessário apontar que o registro realizado no item 10.1.6, de que inocentes podem fechar acordos de colaboração premiada, fora confirmado pelos advogados entrevistados, haja vista que existem situações em que o cliente prefere “pagar” determinada punição de forma antecipada do que enfrentar todo o curso processual para “tentar” alcançar a absolvição ao final da contenda.

O termo “tentar” fora utilizado porque não são raros os casos noticiados na mídia que revelam inocentes que ficaram presos por muitos anos.³²⁸ Tal realidade leva o profissional que está atuando em favor do investigado a ponderar certos riscos, que envolvem não só a liberdade,

³²⁷ Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

³²⁸ DIÁRIO DO PODER. Juiz manda Estado pagar R\$ 3 milhões a inocente preso por estupro por 18 anos. Disponível em: <https://diariodopoder.com.br/juiz-manda-estado-pagar-r-3-milhoes-a-inocente-presos-por-18-anos-por-estupro/>. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

mas também prejuízos financeiros e sociais a serem contabilizados no transcurso da ação penal.

Um dos advogados entrevistados, ao ser questionado a respeito dos atos preparatórios para participação das tratativas envolvendo a colaboração premiada, informou que primeiro é necessário traçar o perfil do cliente que está atendendo.

Caso o patrocinado seja acusado de integrar organização criminosa armada (exemplo são as milícias) a leitura das metas será distinta daquele cliente acusado do cometimento de crimes do colarinho branco (exemplo são os crimes contra a administração pública). Isto ocorre porque, na maioria das vezes, o tempo para o segundo cliente significa dinheiro, de forma direta, não havendo a mesma proporção econômica para os demais criminosos.

O entrevistado revelou ainda que empresários investigados, até pela cultura comercial em que estão inseridos, anseiam por resultado. Isso significa que, sendo avaliado o custo de uma resistência ao processo até a prolação da sentença em Tribunais Superiores, há avaliação da pactuação de cláusulas em colaboração premiada para que a contenda chegue ao fim o mais rápido possível, ainda que haja confissão de crimes que não foram cometidos (na avaliação técnica do causídico) pelo colaborador.

Tal avaliação, segundo o advogado, começa com as seguintes perguntas: i) “Qual a chance de ser condenado e qual o tempo máximo de cadeia?”; ii) Quanto vai me custar o enfrentamento de todo o processo penal, em sua forma clássica?”.

Conforme citado em item 12.3, os reflexos na esfera empresarial ou profissional do acusado que possui amplo poderio econômico são avaliados pelo investigado, significando que a pressa por parte da defesa e seu cliente é fator que pode ser explorado pelos órgãos de acusação.

O fator tempo na esfera processual já foi explorado no item 3.2.2 do presente trabalho, sendo que as estratégias militares transportadas para o campo da colaboração premiada foram expostas em item 10.1.1, quando Sun Tzu entende como essencial que o general saiba agir com paciência em momentos de caos e com agilidade quando o adversário precisar de tempo para se organizar.

Ainda acerca dos atos iniciais na negociação, fora relatado pelos advogados que o profissional atuante na defesa deve criar uma expectativa, uma espécie de isca para os acusadores. Isto ocorre porque é o *parquet* quem deve dizer o que quer do investigado, não este revelar o que tem de forma prévia. Agindo de forma contrária a tal recomendação, a defesa estaria fazendo o papel de acusador, fato este que, segundo um dos advogados entrevistados, deve ser evitado, haja vista que o papel de investigar e colher informações qualificadas ainda é

da acusação, mesmo na existência do termo “colaboração”.

O móvel do auxílio a ser prestado tem que ser os benefícios a serem alcançados pelo cliente, não a condenação dos demais investigados. A existência deste segundo resultado, se houver, deve ser consequência indireta do alcance do primeiro objetivo, nunca o resultado principal a ser buscado pela defesa.

Em relação à atuação do advogado perante as negociações envolvendo a colaboração premiada, houve unanimidade por partes dos entrevistados que atuam na defesa do investigado quanto à “verdade”.

Reiteradas vezes fora afirmado que a verdade é o pressuposto básico do instituto, sendo utilizada como estratégia dominante para se chegar a um bom acordo. Isto ocorre por dois fatores principais:

i) O primeiro seria o risco em ver o acordo rescindido por alegação de falsidade ou fraude na elaboração das cláusulas, podendo as consequências se agravarem (imputação de novos crimes previstos na Lei nº 12.850/13)³²⁹

ii) Outro fator alegado fora o *feeling* ou percepção do membro do Ministério Público ou Delegado de Polícia. Caso o profissional que atua em órgãos de investigação não sinta confiança nas negociações, ou pior, sinta que está sendo enganado, pode recuar nas tratativas, mesmo que não tenha elementos concretos do falso que está sendo levantado.

Todos os atuantes na mesa de negociação são seres humanos, sujeitos a emoções e impulsos. Por mais que estejam em ambiente profissional e na maioria das vezes preparados para as adversidades, houve consenso entre os advogados entrevistados de que é mais fácil ganhar a empatia dos integrantes da acusação quando a verdade é revelada.

Um dos Promotores entrevistados afirmou que o colaborador que entrega informações, abrindo o jogo, sente um alívio após os relatos, tendo o entrevistado presenciado casos em que houve choro de alívio por parte do acusado ao contar a verdade.

A lição que fica a partir de tal constatação é que, apesar de profissionais experientes conseguirem filtrar de maneira qualificada a idoneidade das informações trazidas pelo colaborador, necessário que não “baixem a guarda” ao se depararem com colaboradores em

³²⁹ Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

[...]

Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

prantos, haja vista técnicas de dissimulação que podem estar sendo utilizadas pelo investigado (vide item 10.1.1).

Evitar o “jogo sujo” (item 12.5) não significa revelar todas as informações em posse do investigado. Os advogados entrevistados ressaltaram que aconselham os clientes a jogarem limpo e revelarem a verdade, porém, apenas a verdade requerida pelos órgãos de acusação ou indicada como existente nas investigações.

Revelar todo o esquema delituoso não faz sentido quando o Ministério Público só está atrás da elucidação de parte dos delitos cometidos.

O objetivo da colaboração premiada, ao menos na perspectiva da defesa, é alcançar uma situação (benefícios) que seria inalcançada sem o instituto, ou seja, alcançar uma proposta do *parquet* mais vantajosa do que o possível resultado (revelado na sentença) da ação penal que seguir de maneira tradicional. Isto significa que revelar todos os atos praticados pelo cliente, apontando elementos que levam a investigação a descobrir crimes que sequer imaginavam a existência, pode levar o investigado a uma situação radicalmente pior do que aquela existente em momento anterior ao início das negociações.

A atuação ética apontada pelos advogados entrevistados combina a efetiva colaboração com as autoridades públicas e o real patrocínio dos interesses do cliente.

A tarefa de sair da posição de resistência, que é comum ao processo penal, é complexa e gera oposição no próprio meio jurídico (havendo profissionais que se recusam a atuarem em procedimentos envolvendo a colaboração premiada). Ocorre que, para aqueles que atuam e estão imersos na “guerra negocial”, há apenas uma mitigação ou redução da posição de resistência, havendo a consciência de que continuam como advogados de defesa do investigado, apenas modulando algumas táticas em benefício do próprio cliente.

Também fora relatado pelos entrevistados o que a Teoria dos Jogos recomenda em item 3.2.3.3 do presente trabalho: conhecer as preferências do juiz, jogador responsável pela sentença penal.

Levantar parâmetros a partir da análise de situações análogas decididas pelo mesmo juízo, bem como estudar em detalhes como são aplicadas cada uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (primeira fase da dosimetria da pena) é essencial no momento de avaliar se vale a pena fechar determinado acordo de colaboração premiada.

A respeito das técnicas utilizadas pelos integrantes de órgãos de acusação, fora relatado por um dos entrevistados integrantes do Ministério Público que “entregar” a melhor proposta ao colaborador em potencial não é estratégia dominante. O ideal seria aumentar os benefícios

ao longo das tratativas, para que haja um incentivo ao investigado, devendo este se sentir atraído a levar cada vez mais informações relevantes para a investigação.

Fora revelado ainda que alguns membros do *parquet*, ao avaliarem o teor das informações a serem trazidas pelo investigado, identificam um benefício “justo” a ser concedido. Ocorre que o Promotor ou Procurador da República não raras as vezes buscam minimizar os benefícios a serem concedidos, ficando abaixo até mesmo do justo identificado.

Isto vem ocorrendo em razão da ausência de parâmetros a respeito dos critérios para se estabelecer os benefícios envolvendo a colaboração premiada.

O art. 4º da Lei nº 12.850/13 prevê uma gama de benefícios. Em contrapartida também prevê uma série de contribuições que deverão ser prestadas pelo colaborador. Ocorre que não há uma subsunção da informação prestada ao benefício oferecido³³⁰. Tal lacuna gera uma discricionariedade que torna a balança negocial favorável aos órgãos de acusação (vide item 12.4).

Tal tática utilizada pelo entrevistado decorre do juízo de conveniência existente nos órgãos de acusação. Conforme disposição do próprio Manual de Colaboração Premiada, editado pelo MPF³³¹, o acordo de colaboração premiada não é obrigatório aos entes estatais, sendo, portanto, ato discricionário do acusador, conforme entendimento de parte da doutrina³³².

Há posicionamento dos próprios Procuradores da República neste sentido:

[...] é absolutamente impertinente, impróprio e contrária ao sistema legal (notadamente os princípios que regem um sistema que se queira acusatório) a possibilidade de o juiz (sobretudo antes de iniciada a ação penal) se manifestar sobre eventual proporcionalidade, quantidade ou qualidade das provas prometidas pelo colaborador e os benefícios que lhe são oferecidos no acordo de colaboração.³³³

Apesar de haver doutrina sustentando o direito subjetivo do colaborador em ver o acordo firmado com Ministério Público ou Polícia Judiciária (ao fundamento de que, atendidos os

³³⁰ Nem o Manual da Colaboração Premiada ENCCLA, nem a Orientação Conjunta nº 1/2018, ambas diretrizes editadas pelo Ministério Público Federal, inovaram em disposições acerca dos critérios objetivos e concretos envolvendo a concessão dos benefícios ao colaborador.

³³¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Manual Colaboração Premiada. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>. Acesso em 30 de dezembro de 2019.

³³² COURA; BEDÊ JR. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. 2016, p. 151-152; SOUZA. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? 2016, p. 52; LAUAND. O valor probatório da colaboração processual. 2008, p. 180.

³³³ FISCHER, Douglas. Em busca da aplicação correta e justa das penas perdidas: o caos decorrente de um sistema anacrônico e repetitivo de “precedentes-ementas”. In: Sentença criminal e aplicação da pena / organizadores, Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. – Salvador: Juspodvm, 2017, p. 194.

critérios previstos em lei, estes devem firmar o acordo, evitando assim atos discricionários)³³⁴, o fato é que, na prática, o advogado e seu cliente continuam dependendo da conveniência adotada pelo polo oposto da mesa de negociações, devendo, portanto, se atentarem às técnicas de persuasão e também às técnicas de resistência adotadas pelo próprio acusador.

A criação de critérios para que o órgão de acusação possa oferecer benefícios ao colaborador fora defendida por um dos entrevistados integrantes do Ministério Público.³³⁵ Uma espécie de dosimetria do benefício, fundamentando a escolha do prêmio a ser proposto para o investigado é essencial para que condutas discricionárias não ocorram dentro de um órgão com função constitucional de fiscal do ordenamento jurídico.

Outra tática apontada pelos membros do Ministério Público encontra fundamento no que fora exposto em item 3.2.2 (jogo processual) e 10.1.1 (avaliação de elementos presentes na guerra) da presente pesquisa: o tempo. Saber dosar a quantidade de reuniões necessárias para que um acordo seja firmado, bem como identificar situações em que as tratativas já não avançam é essencial para maximização dos resultados.

Fora relatado em entrevista que ouvir o investigado em um primeiro momento, fazer uma pausa, pesquisar de maneira profunda os elementos que podem ser entregues e marcar uma reunião em nova data é tática relevante nas negociações, já que permite aos membros da acusação um determinado tempo para estudar e aprofundar os elementos inicialmente trazidos pelo colaborador (verificando se as informações são verdadeiras ou não).

A respeito do *timing*, um dos entrevistados afirmou que as tratativas duram de dois a três meses (manifestação de interesse nas negociações até a assinatura das cláusulas no acordo de colaboração premiada).

Por outro lado, também fora revelado que os advogados tentam encurtar este prazo entre uma reunião e outra ou até mesmo forçarem o acordo em uma única reunião, tática utilizada pela defesa para que o “teste” das informações preliminares não ocorra.

12.7 APRIMORANDO AS TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO

³³⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 84-85.

³³⁵ Fora admitido que os parâmetros apostos em item 18 da Orientação Conjunta nº 1/2018, apesar de já representarem um avanço, não são suficientes para evitar atos discricionários, haja vista o emprego de expressões abstratas e facilmente manipuláveis (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Orientação Conjunta Nº 1/2018: Acordos de Colaboração Premiada. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em 30 de dezembro de 2019)

É unanimidade entre os entrevistados que o Bacharel em Direito recém egresso dos bancos da faculdade não possui experiência e técnicas necessárias para o bom desenvolvimento das tratativas envolvendo a colaboração premiada.

A experiência é alcançada ao longo das negociações integradas pelo profissional, trazendo calma e inteligência emocional para o envolvido. Já a técnica na elaboração e convencimento para que a parte adversa aceite as cláusulas impostas só é alcançada a partir da qualificação dos membros do Ministério Público e dos advogados.

Os Promotores de Justiça entrevistados afirmaram que o Ministério Público local proporciona eventos para troca de experiência entre membros integrantes dos órgãos de acusação, proporcionando *workshops* ou visitas técnicas à instituições de outros Estados, para que os profissionais locais possam utilizar aqui as técnicas que vem dando certo em grandes operações nacionais (estudo de casos), bem como possam refutar ou aprimorar técnicas que não resultaram no alcance das metas traçadas.

Fora, inclusive, exposto pelos membros do *parquet* que não raras as vezes estes se deparam com advogados mais preparados e com melhores técnicas de negociações, significando que o exemplo apostado em item 2.4, de que o profissional que atua na acusação tem mais chances de atuar em numerosos casos não é per si suficiente para que esteja mais apto ao jogo da colaboração premiada do que advogados, já que a experiência sem técnica pode levar a reiterados fracassos, mediante a repetição de jogadas prejudiciais à própria estratégia.

Iniciadas as tratativas, fora recomendado pelos entrevistados que atuam na defesa técnica que deve haver, na preparação para as rodadas de negociação, recomendação até da roupa que o cliente irá vestir (caso esteja solto), treinando o investigado para responder as possíveis perguntas que serão realizadas pelos órgãos de acusação.

Conforme exposto em item 10.1.3, quando Sun Tzu expõe métodos inteligentes para vitória na batalha, e, conforme item 12.6, quando os entrevistados revelaram ser imprescindível que o órgão de acusação sinta confiança no que está sendo relatado pelo investigado, necessário que a recomendação dos advogados seja devidamente atendida.

Isto ocorre porque não passará confiança o réu ou investigado que gaguejar durante as respostas, ou então que responda de forma contraditória perguntas seguidas, se esquivando ainda de determinados assuntos.

Preparar o cliente para as adversidades que será submetido é essencial para que as propostas oferecidas pelos órgãos de acusação venham de maneira mais vantajosa possível, refletindo o almejado benefício que fora traçado como meta no início do planejamento das

negociações.

Apenas um dos advogados entrevistados afirmou que o treino ou preparação do cliente para as negociações futuras não é necessário, haja vista que a “verdade” utilizada como estratégia dominante (vide item 12.6) não demanda qualquer preparo.

Tal raciocínio parece estar equivocado frente ao que fora relatado pelos entrevistados nos itens anteriores.

Apesar da recomendação para que o investigado jogue limpo, expondo todos os fatos que têm ciência de maneira transparente, isto não significa que a preparação para o ato deva ser negligenciada. Já fora exposto em item 6 que o Ministério Público pode se valer de táticas nada convencionais, pressionando o investigado para que, apesar de revelar fatos, sem omiti-los, adira a cláusulas que inicialmente não são vantajosas.

A partir da pergunta nº 7 do questionário destinado à acusação (ANEXO B), fora revelado por um dos membros do Ministério Público que adotar uma postura firme e em tom ameaçador de que aquela proposta oferecida é o máximo e que “é pegar ou largar” é tática utilizada pela acusação para convencer o colaborador de que aderir à proposta ofertada é a melhor opção disponível (atual e futura).

Apesar de tal revelação, outros Promotores entrevistados afirmaram que existe um padrão ético na postura do Ministério Público, não forçando o investigado a aceitar a proposta oferecida. Caso não aceite, é decisão conjunta com a defesa que deve ser acatada pela acusação.

Apesar do padrão ético exposto por um dos entrevistados, fato é que exceções podem existir (vide relatos de outro membro do *parquet*), razão pela qual necessário que o preparo do cliente inclua a projeção de resultados, informando até que ponto o benefício oferecido pela acusação é vantajoso frente o enfrentamento da persecução penal.

Em item 10, ao ser exposto situações em que *parquet* ou Polícia Judiciária adotam técnicas vorazes e até mesmo ilícitas, restou claro que não basta o investigado jogar limpo, sem se preocupar com o tipo de jogada que está sendo planejada pelo adversário. Quando acusado se pauta na verdade, desejando colaborar com as investigações, certamente almeja otimizar os benefícios propostos pela acusação, razão pela qual aceitar qualquer jogada destes não se mostra razoável.

CONCLUSÃO

Conforme exposto na Introdução do presente trabalho, a pesquisa em bibliografia cumulada com os relatos obtidos da análise empírica com profissionais atuantes em colaborações premiadas buscou atender aos seguintes questionamentos: i) Como alcançar o melhor resultado se esquivando de jogadas ilícitas dos adversários? ii) Até que ponto os efeitos (sejam benéficos ou prejudiciais) obtidos a partir de jogadas estratégicas se coadunam com o princípio da lealdade processual?

Em ambas as questões o termo “jogadas” deixa claro o instrumento utilizado no trabalho: Teoria dos Jogos. Para alcançar o objetivo que fora traçado se fez necessário, num primeiro momento, explanar os conceitos que envolvem a teoria criada originalmente para atender aos campos da economia e administração, sendo possível em momento posterior apontar os elementos que permitem a vinculação da teoria aos institutos interpretados e aprimorados pela doutrina jurídica.

Na primeira pergunta, sendo conhecidos os principais postulados da Teoria dos Jogos (Capítulo I), se fez necessário no Capítulo II apontar exemplos hipotéticos e reais (extraídos de noticiário) para que o caso sob análise, envolvendo a colaboração premiada, fosse comparado com os ensinamentos trazidos no capítulo anterior.

A utilização de condutas que se afastam e ferem o Estado Democrático de Direito serviu para alertar aqueles envolvidos na colaboração premiada a respeito de jogadas ilícitas, sendo objetivo acadêmico da resolução da questão posta o aprimoramento prático das táticas utilizadas pelos juristas na negociação, evitando, lícitamente, que atitudes ilícitas dos adversários maculem toda a partida.

Fazer uma comparação da negociação envolvendo a colaboração premiada com uma guerra, tendo o trabalho se valido de livro criado a partir de ideias do general chinês Sun Tzu, foi mistura necessária para que os exemplos colacionados chegassem ao extremo da ilegalidade, conduzindo o leitor a situações absurdas do ponto de vista legal, porém plenamente possíveis de serem adotadas no plano fenomênico.

Já o Capítulo III também buscou responder ao primeiro questionamento, porém, a partir de experiências concretas vivenciadas por profissionais que lidam diretamente com a colaboração premiada.

O objetivo da pesquisa não foi apontar soluções que a teoria não previu, criticando a doutrina especializada no tema, mas sim colher elementos visando a distinção entre o que pode

ser utilizado da didática para a prática, bem como apontando elementos que já foram previstos pela teoria mas que precisam de certo aprimoramento, haja vista que só a prática pode revelar o erro ou acerto de determinada previsão abstrata.

Já o segundo questionamento apontado logo na introdução demandou uma análise profunda do conceito de Teoria dos Jogos, sendo explicado em determinados itens a relação entre o instrumental utilizado na presente pesquisa e a licitude das “jogadas”, representada pelo princípio da lealdade processual.

Feito este introito, necessário que sejam elencados os ensinamentos obtidos a partir de cada capítulo, visando apontar os elementos que embasam os resultados alcançados no decorrer da dissertação.

Capítulo I: Teoria dos Jogos e Colaboração Premiada

A Teoria dos Jogos foi conceituada como modelo originado da matemática e economia, buscando por meio de análise combinatória apontar escolhas de integrantes em certa relação interpessoal, considerando ainda que tais agentes também estão levando em consideração as escolhas dos demais participantes, por meio de uma racionalidade estratégica.

Foi possível observar que a Teoria dos Jogos, por ter como ferramenta um modelo abstrato de jogo, não pode garantir sempre o resultado esperado a partir do estudo estratégico das circunstâncias existentes na partida, haja vista que fatores alheios ou internos que não foram considerados podem interferir no resultado. A lição é de que a teoria em estudo é instrumental susceptível a imprevistos, porém, o que ela busca é justamente afastar ao máximo as eventualidades e preparar o jogador para situações de “derrota”, havendo mitigação dos prejuízos sofridos (item 2.4).

Jogos humanos, aqueles em que as pessoas são responsáveis pelos rumos da partida, alterando os resultados sem interferência da sorte ou azar, são os que mais se aproximam da relação jurídica processual, sendo Ministério Público, acusado, defesa e magistrado os principais jogadores dentro da lide penal. O processo penal ainda se amolda aos chamados jogos sequenciais, já que a marcha processual e seu respectivo rito determinam marcos e etapas a serem vencidas sequencialmente pelos participantes.

Na colaboração premiada, apesar de haver circunstâncias em que as jogadas são simultâneas, é possível que o envolvido analise jogos sequenciais anteriormente já integrados pelo polo oposto da negociação, extraindo padrões de comportamento do indivíduo ou órgão.

Classifica-se ainda o instituto como jogo cooperativo, que dependendo das circunstâncias do caso concreto pode revelar-se como jogo não-cooperativo, já que parte ou totalidade dos jogadores pode estar participando de um jogo oculto que atente contra os princípios da colaboração premiada.

Diante disso, os aspectos práticos que se afastam na teoria revelaram que em situações onde as partes não estão cooperando entre si, dentro da colaboração premiada, devem ser levadas em consideração e calculadas por seus participantes, evitando que caiam em armadilhas dos adversários e consequentemente obtenham êxito na estratégia escolhida.

Em item 2.1.2 há um indicativo de como a segunda pergunta do trabalho (relativa às estratégias escolhidas e à lealdade processual a ser observada) será abordada. A Teoria dos Jogos, por valer-se de um modelo abstrato de jogo, não faz juízo de valor entre as condutas/jogadas adotadas pelos participantes. A teoria em si não distingue *jogo sujo* de *fair-play*.

Com tal premissa foi possível observar que a Teoria dos Jogos como instrumental ao instituto da colaboração premiada pode, em tese, beneficiar tanto aqueles que seguem os ditames constitucionais e processuais como aqueles que burlam o sistema legal. Ocorre que também foi concluído que a presente pesquisa, ao apontar métodos ilícitos a serem utilizados pelos jogadores, conseguiu apontar situações aptas a preparar o Estado ou investigado representado por seu advogado de eventuais condutas desleais, afastando, de modo lícito, as jogadas ilícitas, haja vista que o próprio ordenamento jurídico pátrio prevê punições às irregularidades identificadas.

Aos estudar os elementos presentes num jogo (item 2.2), quais sejam, modelo formal de jogo, interações, agente, racionalidade e comportamento estratégico, bem como o espaço, tempo e jogadores do processo (item 3.2), foi possível lançar os elementos que se comunicam com a colaboração premiada, visando responder à primeira pergunta da presente pesquisa. Depreende-se que alcançar o melhor resultado se esquivando de jogadas ilícitas depende primeiro de conhecer as regras, o jogo e os que dele participam. A partir de tal noção é possível delimitar o campo de estudo necessário para traçar a melhor estratégia dentro da negociação.

A partir da análise da lealdade processual frente ao instituto da colaboração premiada (item 3.1), foi possível observar que mesmo não havendo valoração da escolha dos jogadores no estudo analítico da Teoria dos Jogos é necessário seguir uma premissa que permita o uso da teoria como instrumental ao Direito, já que este é dotado de normas que só estão vigentes por

terem sido as condutas nela previstas previamente valoradas pelo legislador, representante da sociedade.

Diante disso, pôde-se verificar a partir da leitura do item 3.1 que o trabalho valorou condutas adotadas pelos participantes do jogo da colaboração premiada justamente para permitir a busca pelo antídoto das jogadas ilícitas (visando responder ao primeiro questionamento).

O processo penal sofre a incidência de normas fundamentais previstas no CPC. Tem-se então que os princípios da boa-fé e da cooperação, ao se inserirem no instituto da colaboração premiada, impedem a homologação de acordos realizados em dissonância com aspectos intrínsecos ao instituto.

Ameaças, engodos, jogadas desleais e demais situações que revelam um jogo não-cooperativo são vedadas pelo direito pátrio e conseqüentemente podem resultar, caso identificadas, na revogação ou não homologação do negócio jurídico firmado entre as partes.

A segunda pergunta que serviu como norte ao presente trabalho já pôde ser parcialmente respondida: o uso da Teoria dos Jogos e o resultado obtido a partir de seus ideais pode sim ferir a lealdade processual. Ocorre que seu uso em observância ao ordenamento jurídico, ou seja, às regras do jogo, permitem que o participante otimize seus resultados de forma lícita, ou seja, atuando em lealdade processual, bem como permite ao mesmo se esquivar e reprimir condutas ilícitas dos demais jogadores, haja vista um estudo prévio das possíveis jogadas lícitas ou não dos adversários.

Táticas utilizadas pelos jogadores (item 4), análise estratégica em colaborações premiadas (item 5) e ameaças do Ministério Público (item 6) foram tópicos finais do primeiro capítulo que apontaram situações hipotéticas e reais noticiadas pela mídia, tendo sido ilustrado os conceitos até então apresentados.

Da análise deste itens foi possível concluir que na colaboração premiada, jogo primordialmente cooperativo, a tática do *tit-for-tat* não pode ser sempre utilizada de forma a encerrar as negociações entre os envolvidos. Eventual “deslize” ou falta de cooperação por parte de algum participante deve ser sancionado na medida certa, que a depender do caso concreto irá resguardar aquele que foi prejudicado de futuras trapaças, bem como permitirá certa aproximação com seu adversário, sendo ressalvado que medidas extremas em caso de inviabilidade de continuação das tratativas podem, em último caso, serem adotadas.

Observou-se no item 5 que os envolvidos na colaboração premiada devem ser tratados como jogadores racionais e visionários do melhor resultado para si. A partir de tal avaliação,

aquele que visa uma negociação segura deve estudar profundamente o processo e planejar uma estratégia dominante que leve em consideração as jogadas racionais a serem realizadas pelos demais jogadores, sempre adotando táticas que minimizem os prejuízos em caso de falha na estratégia escolhida.

Já no item 6 foi possível verificar que ameaças realizadas pelo Ministério Público podem caracterizar situação de eminente ilicitude, passível de revogação de eventual acordo celebrado, bem como podem significar grande vantagem sem sanções para o membro do *parquet*, dependendo do que for apresentado no caso concreto e da expertise dos participantes do jogo em apontarem as irregularidades ou driblarem o jogo ilícito, se valendo de condutas que não ultrapassem o limite da lealdade processual.

Capítulo II: O jogo da Colaboração Premiada

Ao compreender a colaboração premiada como instituto aceito no direito pátrio, sendo exposto que o objetivo do presente trabalho não era apontar o procedimento previsto na Lei nº 12.850/13 como violador ou não de direitos e garantias fundamentais, houve um corte metodológico voltado para questões práticas, sendo relevante para o estudo as situações que poderiam ocorrer após o início das negociações.

A partir de tal abordagem no Capítulo II, foi possível observar que a colaboração premiada, meio de obtenção de prova que surgiu como resposta Estatal ao seu próprio déficit em apurar todos os delitos que chegam ao seu conhecimento, é campo de negociação em que o investigado e seu defensor já ingressam em status inferior ao membro do Ministério Público ou Autoridade Policial, haja vista que a estrutura punitivista do ramo público, de maneira global, possui mais estrutura física e pessoal (servidores) do que eventual acusado de ilícitos.

Diante do que fora concluído, pode-se apontar o estudo de casos anteriormente integrados pelos órgãos de acusação, bem como a utilização da investigação defensiva de maneira planejada, como ferramentas a serem buscadas pelo advogado de defesa para alcançar a paridade de armas e conseqüentemente obter os melhores resultados possíveis dentro do jogo negocial.

Verificou-se a partir do estudo realizado em item 8 que no campo prático os métodos postos à disposição do investigado não se limitam a situações regulares (como àquelas apontadas em parágrafo retro), existindo também situações em que o investigado e seu patrono participam de jogos ocultos, visando ganhar tempo e ludibriar os órgãos de acusação. A partir

de tal consciência, ou seja, de que ilícitos podem ocorrer durante as negociações, a resposta à primeira pergunta pôde ser alcançada, bem como fora revelado os limites da Teoria dos Jogos, problema apontado na segunda pergunta.

Conclui-se então que alcançar o melhor resultado se esquivando de jogadas ilícitas dos adversários depende, redundantemente, que o jogador tenha consciência de que o outro jogador pode agir de má-fé.

A respeito do uso da teoria como instrumental que fere a lealdade processual, foi possível verificar que qualquer relação interpessoal tem um móvel que jamais poderá ser impedido: a quebra de regras de conduta social, moral ou jurídica, ou seja, o jogo sujo. Ocorre que o uso da Teoria dos Jogos no presente trabalho revelou direções para que o aplicador do Direito, ciente de tal premissa, mitigue os efeitos e puna de maneira eficaz aquele que se valeu dos ilícitos.

Diante disso, contata-se que a lealdade processual é princípio que sempre deverá ser observado por quaisquer das partes da relação jurídica. A resposta ao segundo questionamento, em sua forma imperativa será sempre não ser possível utilizar a Teoria dos Jogos de maneira a beneficiar o jogador, mesmo que em violação às garantias materiais e processuais. O uso da Teoria dos Jogos encontra limite nos padrões normativos criados pelo próprio ordenamento jurídico, haja vista a existência de sanções para condutas que destoem do procedimento previsto.

Em resposta ao primeiro questionamento, não seria possível apresentar todas as situações hipotéticas e sua respectiva norma repressora capazes de limitar o comportamento ilegal durante a colaboração premiada. Porém, a partir dos exemplos expostos no decorrer da dissertação foi possível observar que condutas vedadas pelo ordenamento são passíveis de sanções previstas pelo próprio ordenamento, não sendo o uso da Teoria dos Jogos suficiente para afastar essa conclusão.

A partir de tal constatação, pode-se ter como postulado que aquele que objetivar o melhor resultado dentro do jogo da colaboração premiada, deverá seguir os ditames legais, haja vista que os demais jogadores, cientes de probabilidade de ilícitos a serem praticados pelos adversários, utilizarão estratégias racionalmente pensadas para sancionar de maneira exemplar aquele que se valeu de ilícitos. Depreende-se então que o risco de ser punido caso jogue sujo é elevado quando se está diante de jogadores racionais, que da mesma forma podem se valer da Teoria dos Jogos para repreenderem os trapaceiros.

O uso da obra “A Arte da Guerra”, escrita originalmente por Sun Tzu, militar chinês que teria comandado exércitos por volta do século 4 a.C., buscou apontar exemplos extremos e os respectivos ensinamentos oriundos do general em guerra. A radicalização dos exemplos no item 10, bem como as possíveis soluções aos atos que foram analogamente comparados às tratativas envolvendo a colaboração premiada, serviu para ilustrar de maneira contundente os possíveis ilícitos a serem elencados na primeira pergunta, bem como os possíveis lícitos (*fair play*) perquiridos na mesma questão para alcance dos melhores resultados.

A partir do que foi abordado no decorrer do Capítulo II, pode-se adotar as seguintes técnicas como aptas a maximizarem a probabilidade de êxito nos jogadas:

i) Analisar todo o procedimento que embasa a investigação ou denúncia é ponto de partida essencial para àqueles que buscam a melhor estratégia no jogo processual penal (item 10.1.1). De nada adiantaria oferecer inúmeros elementos de prova (desfavoráveis ao colaborador) ao Ministério Público visando um determinado benefício se não houver atenção e ciência de que o *parquet* está mais interessado em fatos praticados por outro investigado. Saber o que move os participantes do jogo também faz parte do planejamento visando a melhor estratégia.

ii) O Ministério Público deve aproveitar o momento certo para oferecer denúncia ou abrir portas de negociação da colaboração premiada (item 10.1.2). Também deve controlar o tempo dispendido com as tratativas, não podendo cair em jogadas mal intencionadas do investigado que só quer ganhar tempo. Da mesma forma a defesa não pode perder tempo com propostas desfavoráveis ou se precipitar com falsas vantagens perante os demais investigados. A busca desesperada pela colaboração premiada, sem um estudo prévio das imputações feitas é fator desfavorável que poderá acarretar piores prejuízos.

iii) A colaboração premiada notadamente é instituto que visa encerrar o processo sem o enfrentamento moroso do Poder Judiciário (item 10.1.3). Ao ser exposto que fora criado com o intuito de agilizar a investigação criminal, pôde-se verificar que, se utilizado de maneira racional pelo Ministério Público, é capaz de diminuir gastos com a máquina estatal, podendo ainda revelar esquemas delituosos que não seriam descobertos nem com o deslinde prolongado da instrução criminal. Sob tal perspectiva, necessário que a defesa compreenda que há vantagem em participar da colaboração premiada, porém, se tal vantagem não se revelar na proposta oferecida pelo *parquet*, necessário o estudo e projeção dos resultados esperados em eventuais sentenças ou Acórdãos condenatórios.

iv) Do que fora exposto em item 10.1.4 é possível compreender que o estudo acerca de padrões em decisões judiciais, em juízos de piso e Tribunais Superiores, é importante método para aceitar ou não o início das tratativas com o polo adversário da contenda penal. Por outro lado, demonstrar confiança de maneira cega é prejudicial ao jogador, devendo o mesmo manipular informações para que aquilo que esteja transparecendo ao adversário revele apenas o que deseja e da forma como deseja, não sendo possível convencer o outro polo das negociações sem que sejam apresentados indícios daquilo que ele tem interesse.

v) Vencer com sigilo ou evitar expor as táticas utilizadas em colaboração anterior exitosa (item 10.1.5) é tática que visa evitar a análise do próprio comportamento pelo adversário. Criar cursos e *workshops* visando o aprimoramento das técnicas pelos órgãos de investigação é essencial. Ocorre que, ao serem abertos ao público externo, podem minar eventual estratégia futura. Não se trata de ilícitos cometidos em segredo, mas sim de aprimorar técnicas que de maneira lícita visam beneficiar a toda a sociedade.

vi) O local em que as tratativas da colaboração premiada devem ocorrer não foram previstos em legislação pátria (item 10.1.6). Diante disso, é essencial que aquele que deseja os melhores resultados promova as negociações em seu local habitual (sede do Ministério Público ou escritório do advogado de defesa). Não sendo possível a escolha do local, se preparar mentalmente e estudar de maneira profunda os autos revela tática que minimiza o impacto em estar num local alheio ao conforto, qual seja, ambiente de trabalho do outro polo da negociação.

vii) Ocultar atividades ilícitas (item 10.1.7) é premissa basilar para qualquer criminoso que busque escapar da aplicação da lei penal. Conclui-se com tal constatação que aqueles que seguem as regras do jogo devem cientificar-se de que estão lidando com potenciais infratores da legislação e isto demandará um cuidado na análise dos dados apontados como indicativos nas tratativas da colaboração, bem como prevenirá o jogador de manipulações oriundas do adversário.

viii) Também foi possível observar da leitura do item 10.1.8 que o planejamento e estudo das possíveis jogadas a serem realizadas pelos demais participantes leva o jogador à escolha de uma estratégia dominante. Ocorre que ter um “plano B” e alterar os rumos das decisões é elemento que deve ser levado em consideração ainda no planejamento e escolha da estratégia dominante. Excessos trazidos pelo Ministério Público em denúncia ou rumos adversos da lide penal devem ser previamente estudados, haja vista que o enfrentamento da contenda até os Tribunais Superiores pode se mostrar mais penoso do que eventual proposta oferecida pelo *parquet*.

ix) Estudar a geografia (item 10.1.9) na colaboração premiada significa se esmiuçar sobre os autos, cada documento ou mídia presente, requerendo perícia que vise desqualificar eventual indício já trazido ao processo, quando presentes elementos de sua inidoneidade. Buscar informações qualificadas no decorrer das tratativas negociais também é imprescindível. Ao ser surpreendido por nova informação trazida por quaisquer das partes, necessária uma pausa para verificar a veracidade da informação, não caindo em possíveis jogos ocultos.

x) A topografia (item 10.1.10) em seu sentido estrito, qual seja, competência para julgamento da ação penal, é previsto em lei e não há campo muito fértil para discussão (apesar de ser possível, em casos concretos, discutir-se o acerto ou não do local em que as investigações se iniciaram). Ocorre que, ao ser constatado que estudo da topografia do próprio processo penal é vasto, conclui-se que o integrante da colaboração premiada, ainda em suas tratativas iniciais, jamais deve abandonar o estudo necessário para eventual enfrentamento regular da ação penal. Caso o acordo entre as partes não seja firmado por qualquer razão, o ideal é ter um plano traçado para a rota alternativa, que termina na sentença ou Acórdão proferido com a absolvição ou condenação sem a aplicação dos benefícios previstos na Lei nº 12.850/13.

xi) O tipo de terreno em que as tratativas envolvendo a colaboração premiada ocorrem também foi abordado em item 10.1.11. Da análise de tal tópico é possível verificar que a cooperação é premissa básica da colaboração premiada, havendo situações que se afastam de tal premissa que demandam uma expertise daquele que não quer ser prejudicado pelo jogo sujo. Constatou-se que o plano teórico, caso aplicado na prática, resultaria em benefícios mútuos aos negociantes, ainda que não necessariamente o melhor benefício possível (vide previsão apontada em item 2.1.3).

Isso reforça o que fora apontado como resposta à segunda pergunta. A Teoria dos Jogos pode conduzir a jogadas ilegais. Ocorre que fora constatado que a cooperação entre as partes no jogo da colaboração premiada levaria ao melhor resultado, haja vista que o ordenamento jurídico não é complacente com jogadas sujas, sendo mais benéfico seguir as regras do jogo (ainda que isso não resulte no melhor resultado prático possível) do que enfrentar as sanções impostas pelo próprio jogo.

xii) Do estudo apostado em item 10.1.12 é possível observar que a mídia tem grande influência nas decisões tomadas tanto por investigado quanto por órgãos de acusação dentro da colaboração premiada. O uso da mídia de maneira desleal, visando o vazamento de informações sigilosas, fere o Estado Democrático de Direito e merece a respectiva reprimenda Estatal. Por outro lado, há situações em que o uso da mídia, apesar de buscar alcançar determinado

resultado, culmina com efeitos adversos (exemplo seria a divulgação de investigados na imprensa visando a busca voluntária dos demais envolvidos aos órgãos de investigação, podendo, na verdade, resultar num afastamento, haja vista o medo de posteriormente haver quebra do sigilo envolvendo as tratativas), revelando que o estudo antes de qualquer tomada de decisão envolvendo a imprensa deve ser realizado de forma detalhada, haja vista a propagação não ser passível de controle pelo agente que a usa.

xiii) A partir do item 10.1.13 foi possível demonstrar que a tratativa com os investigados, se devidamente cautelosa, pode transformar o colaborador em grande aliado, ainda que isto acarrete num cessar de laços com seus antigos parceiros de crime. A delação premiada, instituto abarcado pela colaboração, visa “entregar” demais membros da organização criminosa. A traição legitimada pelo Estado é essencial nesse tipo de acordo, haja vista ser confessado pelo Estado sua incapacidade em apurar determinados ilícitos. Agentes infiltrados também são ferramentas previstas na Lei nº 12.850/13 capazes de revelar parcialmente o que fora ensinado por Sun Tzu, sendo aquele que está dentro da organização criminosa o mais apto a descrever e colher provas essenciais para o deslinde da ação penal.

Capítulo III: Pesquisa empírica com Jogadores da Colaboração Premiada

O último capítulo do trabalho consistiu na divulgação dos relatos de profissionais que atuam diretamente em negociações envolvendo a colaboração premiada. Advogados e membros do Ministério Público Estadual e Federal, atuantes no Espírito Santo, foram entrevistados e abordaram os aspectos práticos das tratativas envolvendo benefícios penais e cooperação com a investigação.

Em análise dos resultados, percebeu-se que a maioria dos investigados que iniciam as negociações envolvendo a colaboração premiada encontram-se com a liberdade cerceada (item 12.1), apesar de não ser um fator impeditivo da homologação do acordo pelo judiciário brasileiro.

Diante do que foi relatado, pode-se concluir que a privação de liberdade é fator que certamente influencia o colaborador em potencial nas suas decisões. Apesar de não ser constatado em julgados o relato de alguns advogados e parte da doutrina, de que o Ministério Público se vale da prisão preventiva para “forçar” o acordo, restou evidente que cláusulas que visam a liberdade do colaborador são atrativos que o *parquet* utiliza para garantir mais e melhores informações do investigado.

Com relação ao local em que as tratativas ocorrem (item 12.2), restou demonstrado que nenhuma tratativa envolvendo a colaboração premiada integrada pelos entrevistados ocorreu no escritório de advocacia do patrono do acusado, tendo as reuniões ocorrido na sede do Ministério Público ou da Polícia Judiciária.

Apesar de não haver unanimidade em relação aos fatores que levaram à escolha do local, foi possível observar que o profissional que integra os órgãos de acusação se sente mais confortável ao negociar em seu local de trabalho, enquanto que o investigado, de certa forma, tende a se sentir intimidado, haja vista a ambientação em que está inserido. Não havendo previsão legal a respeito do local em que as tratativas ocorrem, direcionar a negociação para o próprio local de trabalho certamente é um dos fatores aptos a instruir a primeira pergunta formulada na pesquisa, haja vista que melhores resultados são alcançados em local que seja controlado pelo estrategista.

A mídia influencia negativamente nas decisões que o investigado toma frente ao acordo de colaboração premiada, essa é a opinião da maioria dos advogados entrevistados (item 12.3).

A Lei 13.869/19, que criminaliza o abuso de autoridade, veda em seu art. 13, I e II a exibição de imagem ou outra situação vexatória ao preso (desde que a autoridade o tenha feito mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência). Ocorre que a divulgação na mídia de resultados de investigações, apontando suspeitos preliminares, não configura infração penal, haja vista não restarem presentes os elementos do tipo descrito.

Diante de tais postulados é possível extrair que a mídia, se utilizada de maneira inteligente, pode auxiliar tanto os órgãos de acusação, ao alarmarem os investigados, quanto aos próprios investigados, que poderão utilizar a mídia como direito de resposta, podendo haver, em consequência, pressão da sociedade sobre a investigação e consequentemente um maior controle e transparência, evitando o cometimento de abusos por parte das autoridades públicas.

A paridade de armas, em seu aspecto material, não está presente no processo penal (item 12.4), haja vista que o Estado possui recursos e meios de obtenção de prova mais estruturados do que a maioria dos investigados, havendo ainda certa proximidade (que não significa má-fé) entre Promotoria/Procuradoria e Juízo da causa.

Integrando a resposta da primeira pergunta deste trabalho, a única solução lícita que pode ser adotada pela advocacia para superação do déficit é o estudo aprofundado dos autos pela defesa, havendo projeção dos resultados alcançados na 1ª e 2ª instâncias, bem como nos Tribunais Superiores. Por parte dos Órgãos de investigação, pôde-se concluir que a maneira

mais eficaz para manter a superioridade na investigação seria a união de forças entre os membros da acusação, montando forças-tarefa para operacionalização do trabalho.

Em relação a jogadas ilícitas (item 12.5), tanto advogados quanto membros do Ministério Público afirmaram que há condutas vedadas pelo ordenamento pátrio dentro do processo penal, sendo possível concluir que a premissa adotada por este trabalho, de que a colaboração premiada, na prática, pode tornar-se um jogo não-cooperativo, é verdadeira.

Tal constatação revela um diretivo à segunda pergunta do presente trabalho, de que o alcance aos melhores resultados possíveis pode significar um afastamento da lealdade processual. Ocorre que foi unânime entre os entrevistados que o *fair play* é estratégia dominante dentro da colaboração premiada, haja vista que os riscos existentes na omissão de informações e/ou engodo do adversário são altos e com consequências graves (revogação ou não homologação do acordo celebrado).

Testar informações, verificando se são falsas ou não, dentre outras técnicas, foram apontadas pelos entrevistados como resposta à primeira pergunta da pesquisa, já que existem meios para garantir um bom resultado se esquivando de jogadas ilícitas dos adversários.

Analisar o perfil do cliente (se há consequências econômicas em jogo ou não), mostrar iscas ao órgão de acusação, bem como demonstrar “verdade” na negociação, visando a empatia do polo adversário também foram apontados pelos advogados entrevistados como táticas eficazes na busca pelo melhor resultado (item 12.6).

Por parte dos membros do Ministério Público, oferecer benefícios de maneira gradativa é tática para que o colaborador em potencial entregue mais informações pertinentes, evitando que se contente com a primeira proposta oferecida pelo *parquet* e consequentemente encerre as informações a serem prestadas.

A partir do último item relativo à divulgação da pesquisa (12.7), foi possível observar que os profissionais do ramo jurídico não estão preparados para participarem de colaborações premiadas tão logo alcancem o Grau de Bacharel. Buscar a qualificação em palestras, *workshops* e principalmente estudos de caso com profissionais que já atuaram em negociações é essencial para que o jogador aprimore suas técnicas de negociação e de percepção quanto à prática na partida, já que a teoria, aposta pela legislação que por sua vez é interpretada pela doutrina, não é suficiente para o êxito.

Em conclusão, verifica-se que o presente trabalho buscou apontar por meio de exemplos diversas situações que demandavam pensamento estratégico para sua resolução, sendo revelado

pela doutrina e pelos relatos dos profissionais entrevistados táticas necessárias para tal, estando a resposta do primeiro questionamento construída ao longo de todo o trabalho.

O desenvolvimento de uma resposta baseada em um modelo ou padrão abstrato mostrou-se impossível, haja vista que cada caso concreto (partida), hipotético ou não, demandava uma análise particular, havendo apontamentos de soluções que poderiam não ser compatíveis com outros casos em estudo.

Já em relação aos benefícios alcançados pelo jogador e sua relação com a lealdade processual, objeto da segunda pergunta, verificou-se que o uso da Teoria dos Jogos no campo da colaboração premiada não legitima qualquer conduta, sendo necessária a observância a regras processuais e materiais, haja vista que o melhor resultado só é alcançado se o acordo não for passível de nulidades no futuro, ou seja, seguir as regras do jogo é premissa que antecede a escolha da estratégia dominante.

REFERÊNCIAS

AURELLI, Arlete Inês. **Normas fundamentais no código de processo civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 271/2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais** [livro eletrônico]. – 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BARBOSA, Augusto. **É preciso um novo olhar social e político sobre a Defensoria Pública de São Paulo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-09/augusto-barbosa-preciso-olhar-defensoria-sp>. Acesso em 11 de setembro de 2019.

BÊRNI, Duilio de Avila. **Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão**. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Ed., 2004.

BINMORE, Ken. **Fun and Games**. Lexington, Mass, D. C. Heath, 1992.

BLOCK, M. K.; HEINEKE, J. M. **A labor theoretic analyses of criminal choice**. American Economic Review, v. 65, n. 3, 1975.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. – 8. Ed. Ver. E atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

CÂMARA, Samuel Façanha. **Teoria dos jogos**. [Vitória, ES]: UFES, Núcleo de Educação Aberta e a Distância, 2009.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós; FRITSCH, Laura. **Justificando e reestruturando o aumento de pena decorrente do passado criminoso**. In: Sentença criminal e aplicação da pena / organizadores, Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. – Salvador: Juspodvm, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. – 18. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Gustavo Oliveira Dias de. **A Teoria dos Jogos, o Equilíbrio de Nash e o Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5493/2763>. Acesso em 10 de março de 2019.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à Teoria dos Jogos no Direito**. Revista dos Tribunais Online.

CARVALHO, Natália Oliveira. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

COELHO, Gabriela. **Salomão admite recurso de Lula contra PowerPoint de Dallagnol**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/salomao-admite-recurso-lula-powerpoint-dallagnol>. Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

CONGRESSO EM FOCO. Nova fase da Lava Jato cumpre 90 mandados em quatro estados. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/corruptao/56a-fase-da-lava-jato-cumpre-90-mandados-em-4-estados/>. Acesso em 09 de julho de 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CEJ divulga enunciados da I Jornada de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/cej-divulga-enunciados-da-i-jornada-de-direito-processual-civil>. Acesso em 21 de julho de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ pune desembargador por venda de sentença em plantão**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87666-cnj-pune-desembargador-por-venda-de-sentenca-em-plantao>. Acesso em 29 de janeiro de 2019.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2018.

CONSULTOR JURÍDICO. **Conversas entre Moro e Dallagnol mostram atuação de ex-juiz como investigador**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/conversas-dallagnol-mostram-moro-atuando-juiz-investigador>. Acesso em 11 de junho de 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. **Defensores dizem ganhar menos que juizes e promotores por protegerem pobres**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-24/defensoria-ganhar-magistratura-mp-protoger-pobres>. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. **Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 105, v. 969, jul. 2016.

DIÁRIO DO PODER. **Juiz manda Estado pagar R\$ 3 milhões a inocente preso por estupros por 18 anos**. Disponível em: <https://diariodopoder.com.br/juiz-manda-estado-pagar-r-3-milhoes-a-inocente-presos-por-18-anos-por-estupros/>. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; FANTIN, Iago Abdalla. **NEGOCIAÇÃO NA JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL E O PLEA BARGAINING**. Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte. Volume X, número 2, dezembro de 2017.

DIDIER JR, Fredie; BONFIM, Daniela. **Colaboração Premiada (Lei n. 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle de Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o**

Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, vol. 62, out/dez, 2016.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil.** Salvador: JusPodivm. 18. ed. 2016.

DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei.** Brasília: IDP, 2015.

DIXIT, Avinash; SKEATH, Susan. **Games of Strategy.** 2. ed. Londres: W. W. Norton & Company, 1999.

DOROCINSKI, Guilherme. **Os fundamentos filosóficos do instituto da Delação Premiada.** Revista O Mal-Estar No Direito. Vol. 2. N. 2. Set. 2016.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais.** 4. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FISCHER, Douglas. **Em busca da aplicação correta e justa das penas perdidas: o caos decorrente de um sistema anacrônico e repetitivo de “precedentes-ementas”.** In: Sentença criminal e aplicação da pena / organizadores, Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. – Salvador: Juspodvm, 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. Pessoas devolvem produtos roubados em onda de saques no Espírito Santo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1857440-pessoas-devolvem-produtos-roubados-em-onda-de-saques-no-espírito-santo.shtml>. Acesso em 25 de setembro de 2019.

FREIRE JR, Américo Bedê; DEZAN, Willy Potrich. **Delação premiada e direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal a partir da regulamentação constante na Lei 12.850/2013.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017.

FREIRE, Alexandre; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Art. 15. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

G1. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

G1. Japonês da Federal é preso em Curitiba por facilitar contrabando. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/06/japones-da-federal-e-preso-em-curitiba.html>. Acesso em 22 de junho de 2019.

G1. PGR reforça pedido para que STF confirme a rescisão de acordo de colaboração de Wesley Batista. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/pgr-reforca-pedido-para-que-stf-confirme-a-rescisao-de-acordo-de-colaboracao-de-wesley-batista.ghtml>. Acesso em 25 de junho de 2019.

G1. PGR rescinde acordos de delação de Wesley Batista e de Francisco de Assis, da J&F.

Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/pgr-rescinde-acordos-de-delacao-de-wesley-batista-e-francisco-de-assis-e-silva.ghtml>. Acesso em 31 de maio de 2019.

G1. Polícias param de divulgar nomes e fotos de presos após lei de abuso de autoridade entrar em vigor. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/01/10/policias-param-de-divulgar-nomes-e-fotos-de-presos-apos-lei-de-abuso-de-autoridade-entrar-em-vigor.ghtml>. Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

G1. Sérgio Moro aceita convite de Bolsonaro para ser ministro da Justiça. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/11/01/sergio-moro-aceita-convite-de-bolsonaro-para-ser-ministro-da-justica.ghtml>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

GAGLIARDI, Gary. **A Arte da Guerra - A Arte das Pequenas Empresas - A Estratégia de Sun Tzu para as Pequenas Empresas**. Editora: M. Books, ed. 1, 2008.

GAZETA ONLINE. **Advogadas no ES são investigadas pela polícia por apologia ao crime**. Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/policia/2019/06/advogadas-no-es-sao-investigadas-pela-policia-por-apologia-ao-crime-1014184119.html>. Acesso em 07 de junho de 2019.

GINTIS, Herbert. **Game Theory Envolving: a problem-centered introduction to modeling strategic interaction**, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2000.

GOMES, Christiano Gonzaga. **Colaboração Premiada e Teoria dos Jogos com base no equilíbrio de John Nash**. Disponível em: <http://questaodeinformativo.com/delacao-premiada-e-teoria-dos-jogos-com-base-no-equilibrio-de-john-nash/>. Acesso em 01 de setembro de 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1 : parte geral. - 10. ed. - São Paulo : Saraiva, 2012.

GRANZINOLI, Cassio M. M. **A delação premiada**. In Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 15. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume IV**. 5. ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Análise crítica às teorias econômicas do direito penal**. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 12, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HILBRECHT, Ronald. **Uma introdução à teoria dos jogos**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.), **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011.

HILLBRECHT, Ronald. **Introdução à Teoria dos Jogos. Uma análise do Comportamento Estratégico para aplicações no Direito.** Fevereiro de 2011. Disponível em: <https://nedep.files.wordpress.com/2011/07/introduc3a7c3a3o-c3a0-teoria-dos-jogos-aplicada-ao-direito.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

KAPFERER, Jean-Noel. **Boatos: o mais antigo mídia do mundo.** Trad. Ivone da Silva Ramos Maya. São Paulo: Forense Universitária, 1993.

LANGBEIN, John H. **Torture and plea bargaining.** The University of Chicago Law Review, v. 46, n. 1, 1978

LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LÉDA, Frederico Nepomuceno; FRAZÃO, Victor Enéas Smith; MARQUES, José Cláudio Cabral. **O instituto da Delação Premiada no sistema jurídico brasileiro e a sua relação com a Teoria dos Jogos.** Disponível em: https://www.academia.edu/34968854/Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_%C3%A0_luz_da_teor%C3%A0_dos_jogos_aplicabilidade_no_processo_penal_brasileiro. Acesso em 28 de maio de 2019.

LEMOS, Jordan Tomazelli; ZAGANELLI, Margareth Vetis. **Mani pulite, 28 anos depois: considerações sobre a operação anticorrupção que abalou a Itália.** Revista Derecho y Cambio Social. N.º 59, ENE-MAR 2020.

LEMOS, Jordan Tomazelli; ZEGANELLI, Margareth Vetis. **Cooperação Jurídica Internacional: Do Auxílio Direto na Persecução de Crimes de Lavagem de Capitais.** Revista Jurídica Cesumar, janeiro/abril 2018, v. 18, n. 1.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único / 4.** Ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

LUPION, Bruno. **Como a Teoria dos Jogos explica o comportamento dos delatores da Lava Jato.** Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/25/Como-a-Teoria-dos-Jogos-explica-o-comportamento-dos-delatores-da-Lava-Jato>. Acesso em 21 de julho de 2018.

MELO, João Ozorio de. **Instituição estuda porque inocentes confessam crimes.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-08/instituicao-estuda-porque-pessoas-confessam-crimes-nao-cometeram>. Acesso em 04 de julho de 2019.

MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. **Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/rés presos/as provisoriamente.** In: A delação/colaboração premiada em perspectiva. Organização Soraia da Rosa Mendes. Brasília: IDP, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Projeto de Lei Anticrime adequa legislação à realidade atual e torna o cumprimento de penas mais eficiente. Disponível em:

<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2019.

Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 21 de julho de 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Manual Colaboração Premiada**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>. Acesso em 02 de julho de 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação Conjunta Nº 1/2018: Acordos de Colaboração Premiada**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em 02 de julho de 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Protocolo de Cooperação Técnica**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/orientacoes-1/publicacoes/publicacoes-diversas/Protocolo%20Cooperacao%20CGU%20e%20MPF.pdf>. Acesso em 09 de agosto de 2019.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **A Decisão Racional na Teoria dos Jogos**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

MORO, Sergio. **Considerações sobre A Operação Mani Pulite**. R. CEJ, Brasília, n. 26, jul./set. 2004.

MYERSON, Roger B. **Game Theory: Analysis of Conflict**. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991.

NEUMANN, J. von e O. Morgenstern. **Theory of Games and Economic Behavior**. Princeton University Press, 1944.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas - 8. ed. rev., atual. e ampl. – vol. 2 – Rio de Janeiro: Forense, 2014.**

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal. – 10. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.**

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal. – 19. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.**

O GLOBO. Moro e Dallagnol reafirmam imparcialidade da Lava-Jato e condenam invasão de celulares. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-dallagnol-reafirmam-imparcialidade-da-lava-jato-condenam-invasao-de-celulares-23729101>. Acesso em 11 de junho de 2019.

O GLOBO. **Todas as fases da Operação Lava Jato**. Disponível em <https://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/todas-as-fases-da-operacao-lava-jato.html>.

Acesso em 21 de julho de 2018.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **A Teoria dos Jogos e o Processo de Recuperação de Empresas**. Revista dos Tribunais Online, 2006.

POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

Projeto de Lei Anticrime. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

REGINATO, Vitor Gomes; PARRÉ, José Luiz. **O INSTITUTO PENAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA E A TEORIA DOS JOGOS**. Disponível em: https://www.anpec.org.br/sul/2017/submissao/files_I/i7-2c4611015e9e8cd56793c81ab72f156e.pdf. Acesso em 08 de setembro de 2019.

ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito**. São Paulo: Noeses, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **A aplicação da pena na justiça negocial: a questão da vinculação do juiz aos termos da delação**. In: Sentença criminal e aplicação da pena / organizadores, Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. – Salvador: Juspodvm, 2017.

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

ROSA, Alexandre Morais da. **A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROSETT, Arthur. **Plea bargaining**. *Encyclopedia of the American Constitution*. New York: Macmillan Publishing Company, v. 3, 1986.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia radical**. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017.

SARTINI, Brígida Alexandre; GARBUGIO, Gilmar; BORTOLOSSI, Humberto José; SANTOS, Polyane Alves; BARRETO, Larissa Santana. **Uma Introdução a Teoria dos Jogos**. II Bienal da Sociedade Brasileira de Matemática. Universidade Federal da Bahia, 2004. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em 29 de janeiro de 2019.

SAWYER, Ralph D. **The Essential Art of War**. Basic Books, 2005.

SCHMITT, Gustavo; DANTAS, Dimitrius; CARVALHO, Cleide. **MPF troca delações por 600 anos de perdão**. Disponível em <https://extra.globo.com/noticias/brasil/mpf-troca-delacoes-por-600-anos-de-perdao-21569308.html>. Acesso em 21 de julho de 2018.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVEIRA, Laís M. B. de Azevedo. **Aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-29/lais-silveira-aplicacao-cpc-processo-penal>. Acesso em 21 de julho de 2018.

SOUZA, Mariana M. **Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco?** In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.) A delação/colaboração premiada em perspectiva. Brasília: IDP, 2016.

STF. **STF decide que delegados de polícia podem firmar acordos de colaboração premiada**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382031>. Acesso em 17 de maio de 2019.

STJ. Colaboração premiada está sendo transformada em plea bargain sem apoio em lei, diz ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Colaboracao-premiada-esta-sendo-transformada-em-plea-bargain-sem-apoio-em-lei--diz-ministro-Nefi-Cordeiro.aspx>. Acesso em 06 de janeiro de 2020.

STJ. Denunciados por mortes em incêndio na boate Kiss vão a júri popular. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Denunciados-por-mortes-em-inc%C3%AAndio-na-boate-Kiss-v%C3%A3o-a-j%C3%BAri-popular. Acesso em 22 de junho de 2019.

STJ. Desembargador é condenado por venda de liminares em plantões judiciais no Ceará. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Desembargador-%C3%A9-condenado-por-venda-de-liminares-em-plant%C3%B5es-judiciais-no-Cear%C3%A1. Acesso em 11 de junho de 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

TZU, Sun. **A arte da guerra** / Sun Tzu; tradução de Sueli Barros Cassal. - Porto Alegre: L&PM, 2006.

TZU, Sun. **A arte da guerra: os treze capítulos originais**. Adaptação e tradução de André da Silva Bueno. - São Paulo: Jardim dos Livros, 2011.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro**. São Paulo: Ibccrim, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VEJA. O PowerPoint roubou a cena durante a coletiva da Lava Jato sobre denúncia contra Lula. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/blog/pop/o-powerpoint-roubou-a-cena-durante-a-coletiva-da-lava-jato-sobre-denuncia-contralula/>. Acesso em 09 de junho de 2019.

ZANETI JR., Hermes. **Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal)**. In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. 3ª ed. rev. ampl. atual. Bahia: Editora JUSPODVM, 2017.

ANEXO A – TERMO DE CONSENTIMENTO

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO**DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO ENTREVISTADO**

IDENTIFICAÇÃO: _____.

SEXO: . M F ANO DE NASCIMENTO: _____.

PROFISSÃO: _____.

ENDEREÇO PROFISSIONAL: _____.

TELEFONE: DDD (____) _____.

Dados gerais sobre a pesquisa**1 TÍTULO DO PROTOCOLO DE PESQUISA:**

Colaboração premiada na prática

2 PESQUISADOR RESPONSÁVEL:

Jordan Tomazelli Lemos

Mestrando em Direito Processual pela UFES

3 AVALIAÇÃO DO RISCO DA PESQUISA:

MÍNIMO

4 DURAÇÃO DA PESQUISA:

6 MESES

Objetivo da pesquisa e deste formulário:

Este formulário contém a descrição sucinta do objeto, finalidades e procedimentos referentes à pesquisa acima nominada, além de detalhamentos sobre o modo de sua participação, que deverá ser voluntária e livremente consentida após esclarecimentos por parte do pesquisador. Serão apresentadas duas vias deste documento, ambas de igual conteúdo, sendo que uma ficará com o pesquisado e outra com você. Este procedimento faz parte do protocolo de pesquisa e visa a garantia da observação e o respeito dos procedimentos éticos de pesquisas que envolvem seres humanos.

Essas informações estão sendo fornecidas para sua participação voluntária neste estudo que tem como **objetivos gerais**: 1 - Compreender como são realizadas as negociações envolvendo a colaboração premiada. 2 - Compreender as técnicas utilizadas pelos profissionais envolvidos para convencimento dos demais. 3 - Verificar o que poderia ser proporcionado pelos órgãos estatais e/ou entidades de classe (OAB) para que houvesse um aprimoramento das técnicas utilizadas pelos profissionais. E **objetivo específico**: desenvolver instrumento de coleta quantitativa de dados referentes ao procedimento utilizado na formação dos acordos de colaboração premiada.

Procedimentos:

Você, caso aceite, participará de uma entrevista reservada com o pesquisador, onde serão realizadas algumas perguntas envolvendo o instituto da colaboração premiada. Esta reunião durará cerca de uma hora e, caso haja permissão do entrevistado, será gravada em áudio. As gravações serão utilizadas apenas para fins de análise dos dados nesta pesquisa e serão destruídas após a sua conclusão.

Forma de análise e publicação dos dados:

Esta e outras reuniões, realizadas nos mesmos termos, serão transcritas e seus principais dados serão expostos, sem identificação dos entrevistados, nos resultados da pesquisa a serem colocados na dissertação de mestrado. O que importa para o objeto deste estudo é o “discurso coletivo”, ou seja, as ideias centrais sobre os objetos desta pesquisa que são compartilhados por várias pessoas de um mesmo grupo, e não a opinião individual de qualquer participante sobre assuntos particulares ou estritamente pessoais.

As informações obtidas nesta entrevista serão analisadas em conjunto com outras entrevistas realizadas em procedimentos idênticos.

A divulgação dos resultados se dará na forma de dissertação de mestrado e livro e **em nenhum caso será divulgada qualquer informação que permita identificá-lo.**

Garantia de sigilo:

Os dados coletados nesta entrevista são considerados sigilosos e somente serão acessados na íntegra pelo pesquisador (Jordan Tomazelli Lemos).

Quando da publicação, serão omitidas quaisquer informações ou referências que eventualmente permitam identificar o entrevistado.

Quando do fim da pesquisa (publicação), os dados de áudio, suas transcrições e os registros que permitam identificar os participantes serão destruídos.

Acesso do participante ao pesquisador e aos dados da pesquisa:

Todos os que participam desta pesquisa tem o direito de serem mantidos atualizados sobre os resultados parciais da pesquisa, observado o sigilo com relação aos dados confidenciais (de outros participantes). Os dados podem ser solicitados diretamente ao pesquisador através do e-mail jordan_tl@hotmail.com.

Se você tiver alguma consideração ou dúvida sobre a ética da pesquisa, entre em contato com o Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) pelo telefone: 3335-7211, pelo site: www.ccs.ufes.br/cep ou pelo e-mail: cep@ccs.ufes.br

Riscos:

Este procedimento de pesquisa, que consiste apenas em uma reunião de 60 minutos, é classificado no nível mais baixo de risco para o participante.

Em não havendo qualquer procedimento invasivo ou que possa causar dor física, o procedimento consiste apenas em responder a perguntas formuladas pelo pesquisador, o que exclui riscos à saúde. Caso o participante se sinta em algum momento incomodado com os procedimentos, poderá a qualquer momento, deixar de responder a alguma pergunta ou encerrar sua participação na pesquisa sem nenhum prejuízo.

Da garantia de liberdade:

É garantida a liberdade da retirada de consentimento para a participação nesta pesquisa a qualquer momento e o encerramento da participação na entrevista, sem qualquer prejuízo.

Benefícios para o participante:

Esta pesquisa não traz benefício direto para o participante. Trata-se de estudo sobre o procedimento envolvendo a colaboração premiada que poderá trazer benefícios apenas após o término do trabalho na forma de identificação de melhorias a serem aplicadas para que o acordo firmado entre os negociantes revele uma maior vantagem às partes interessadas.

Despesas e compensações:

Não há despesas pessoais para o participante em qualquer fase do estudo. Também não há compensação financeira relacionada à sua participação.

Consentimento:

Eu, _____, acredito ter sido suficientemente informado a respeito das informações que li ou que foram lidas para mim, descrevendo o estudo “Colaboração premiada na prática”. Eu discuti com o pesquisador Jordan Tomazelli Lemos sobre a minha decisão em participar nesse estudo. Ficaram claros para mim quais são os propósitos do estudo, os procedimentos a serem realizados, seus desconfortos e riscos, as garantias de confidencialidade e de esclarecimentos permanentes. Ficou claro também que minha participação é isenta de despesas. Concordo voluntariamente

em participar deste estudo e poderei retirar o meu consentimento a qualquer momento, antes ou durante o mesmo, sem penalidades ou prejuízo. Assinalo expressamente, abaixo, se autorizo ou não a gravação da entrevista:

AUTORIZA A GRAVAÇÃO DA PESQUISA EM MEIO ELETRÔNICO? (A GRAVAÇÃO É CONSIDERADA CONFIDENCIAL)

() SIM

() NÃO

_____, em ____/____/2019

(local)

(data)

Assinatura do entrevistado ou responsável

(Somente para o responsável do projeto)

Declaro que obtive de forma apropriada e voluntária o Consentimento Livre e Esclarecido deste entrevistado para a participação neste estudo. Neste ato também me comprometo para com o entrevistado em resguardar o sigilo das informações fornecidas nos termos acima expostos.

Jordan Tomazelli Lemos

em ____ / ____ / 2019

ANEXO B - QUESTIONÁRIO

QUESTIONÁRIO ÓRGÃOS DE ACUSAÇÃO:

O objetivo do presente questionário é saber como funciona o processo de negociação na prática. O que o profissional envolvido faz para convencer o outro polo da relação jurídica a aderir aos seus planos? Como obter os melhores resultados possíveis (máximo ganho / mínima entrega)? Como evitar ser enganado pelo outro polo das negociações?

1. Há quanto tempo está no exercício do cargo? De quantas negociações/acordos já participou?

2. Qual o local em que são realizadas as negociações? Já houve negociação acerca dos termos do acordo sem a presença de advogado? Há possibilidade de negociação no escritório do advogado do colaborador? Qual o ambiente das negociações? Há gravação audiovisual das reuniões?

3. Normalmente as propostas partem (iniciativa) do MP/Autoridade Policial ou do investigado?

4. MP/Autoridade Policial pede os tipos de prova (ativos) ou só fixa os benefícios com base no que o investigado se propõe a entregar (passivos)?

5. Das negociações realizadas, haviam mais investigados soltos ou presos? Dos presos, quantos que fecharam acordos conseguiram a soltura imediata (benefícios envolvendo a revogação da prisão preventiva)?

6. A mídia influencia os investigados? Casos de repercussão geram um temor e uma procura por parte dos colaboradores? A exposição do investigado faz ele perceber a seriedade das investigações? Explicar.

7. O que acha necessário para convencer o colaborador de que o benefício proposto é atraente (levando em consideração que a pena em concreto só será aplicada ao final do processo, se houver condenação)? Como se certificar de que o colaborador só possui as informações que diz

que possui? Como se preparar para as negociações?

8. Acha necessário que o Estado forneça cursos de qualificação/capacitação para que o profissional envolvido em colaborações premiadas aprimore a técnica de convencimento através do discurso? Explicar.

9. Como saber se o investigado/potencial colaborador só quer ganhar tempo com as negociações? Como garantir o cumprimento do acordo (fora as sanções previstas nas próprias cláusulas)?

10. Como evitar o vazamento de informações em investigação ainda em andamento? Como blindar os próprios investigadores de investidas criminosas?

11. Existe paridade de armas (em concreto) no processo penal? E na colaboração Premiada? Se há déficit, como ser superado?

12. A defesa ou investigado jogam sujo? Citar exemplos ocorridos em colaborações premiadas.

13. A colaboração premiada é mais utilizada em crimes de colarinho branco (corrupção, lavagem de dinheiro, etc) do que nos demais crimes? Por quê? Falta preparo por parte dos profissionais de defesa envolvidos nos demais crimes? Órgãos de investigação tem menos interesse em fechar acordos?

QUESTIONÁRIO DEFESA:

O objetivo do presente questionário é saber como funciona o processo de negociação na prática. O que o profissional envolvido faz para convencer o outro polo da relação jurídica a aderir aos seus planos? Como obter os melhores resultados possíveis (máximo ganho / mínima entrega)? Como evitar ser enganado pelo outro polo das negociações?

1. Há quanto tempo está na advocacia? De quantas negociações/acordos já participou?

2. Qual o local em que são realizadas as negociações? Já houve negociação acerca dos termos

do acordo sem a presença de advogado? Há possibilidade de negociação no escritório do advogado do colaborador? Qual o ambiente das negociações? Há gravação audiovisual das reuniões?

3. O membro do MP ou Autoridade Policial são receptivos? Explicar

4. Normalmente as propostas partem (iniciativa) do MP/Autoridade Policial ou do investigado?

5. MP/Autoridade Policial pede os tipos de prova (ativos) ou só fixa os benefícios com base no que o investigado se propõe a entregar (passivos)?

6. Das negociações realizadas, haviam mais investigados soltos ou presos? Dos presos, quantos que fecharam acordos conseguiram a soltura imediata (benefícios envolvendo a revogação da prisão preventiva)?

7. A mídia influencia os investigados? Casos de repercussão geram um temor e uma procura por parte dos colaboradores? A exposição do investigado faz ele perceber a seriedade das investigações? Explicar.

8. Como aumentar os benefícios propostos pelos órgãos de investigação? Como convencer o órgão de investigação de que não há mais informações a serem entregues pelo colaborador? Como se preparar ou preparar o cliente para as negociações?

9. Acha necessário que a OAB forneça cursos de qualificação/capacitação para que o advogado envolvido em colaborações premiadas aprimore a técnica de convencimento através do discurso? Explicar.

10. Como saber se o órgão de investigação tem chances de descobrir mais elementos contrários ao cliente (investigações em curso)?

11. Existe paridade de armas (em concreto) no processo penal? E na colaboração Premiada? Se há déficit, como ser superado?

12. Órgãos de investigação jogam sujo? Citar exemplos ocorridos em colaborações premiadas.

13. A colaboração premiada é mais utilizada em crimes de colarinho branco (corrupção, lavagem de dinheiro, etc) do que nos demais crimes? Por quê? Fara preparo por parte dos profissionais de defesa envolvidos nos demais crimes? Órgãos de investigação tem menos interesse em fechar acordos?

14. Estuda acordos fechados anteriormente pelo profissional do órgão de investigação responsável pelas negociações atuais? Busca conhecer as preferências (posições doutrinárias, padrão de sentença, etc) de juiz, promotor ou procurador do processo em que está atuando?