

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
GUILHERME DIEGO RODRIGUES LEAL**

**O PROCESSO PENAL COMO UM JOGO:
uma análise crítica da delação premiada à luz da Teoria dos Jogos**

**Juiz de Fora - MG
2017**

GUILHERME DIEGO RODRIGUES LEAL

**O PROCESSO PENAL COMO UM JOGO:
uma análise crítica da delação premiada à luz da Teoria dos Jogos**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Processual Penal sob orientação do Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues.

**Juiz de Fora - MG
2017**

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME DIEGO RODRIGUES LEAL

**O PROCESSO PENAL COMO UM JOGO:
uma análise crítica da delação premiada à luz da Teoria dos Jogos**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Processual Penal submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora – Faculdade de Direito

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora – Faculdade de Direito

Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora – Faculdade de Direito

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora/MG, 10 de novembro de 2017

Dedico esse trabalho aos meus pais,
razões do meu viver, e ao meu sobrinho
Daniel, inspiração do meu sorrir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, impulsor dos meus sonhos, que me carrega nos braços cotidianamente.

Minha mais sincera gratidão aos meus pais, Rodrigues e Luciana, que apesar de toda dificuldade, sonharam comigo este sonho, mesmo nas horas difíceis, de lágrimas e desânimo. Acreditem: nem mesmo a palavra amor seria suficiente para definir o que sinto. Aos meus irmãos, Katyciane e Paulo, por serem amigos e anjos na minha vida. Sem vocês, essa missão seria impossível e, por isso, essa conquista também é de vocês!

A toda minha família, pelo amor e suporte incondicional, por acreditarem em mim e me darem todo apoio emocional durante esses longos anos de faculdade. Teço uma menção especial aos meus avós, Bárbara e Fábio, que, de onde estão, olham por mim todos os dias.

Aos meus amigos, que me auxiliaram de forma indescritível nesta caminhada, suportando meus desabafos e minhas ausências. Carregarei vocês para sempre comigo. Em especial, não poderia deixar de agradecer aos Promotores da Zoeira, irmãos que a vida me deu e portos seguros em momentos de desilusão e de agonia. Sem dúvida, vocês foram uma das melhores coisas que poderiam me acontecer durante a graduação e, mesmo que a vida nos distancie, só tenho a agradecer a vocês por tudo.

À 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora, notadamente aos do GAJUS (Dra. Marina, Mirtes e Sandra). Obrigado por todos os ensinamentos, todas as correções, todas as risadas e todas as lições de vida. Como é bom se sentir acolhido e amado em um lugar e saibam que, neste amável gabinete, me senti assim.

Ao meu amigo Gustavo Martins, peça fundamental para a conclusão desse trabalho, cujas análises e correções foram essenciais para o resultado final.

Ao ilustre Dr. Alexandre Morais da Rosa, pelos inúmeros esclarecimentos.

Aos ilustres mestres e doutores da Casa de Colucci, bem como aos funcionários, por terem me propiciado momentos tão agradáveis e felizes por estes corredores. Especialmente, aos professores Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes e Leandro Oliveira Silva, por terem aceitado o convite de participarem da banca.

Por fim, mas não menos importante, ao meu grande professor e orientador Luiz Antônio Barroso Rodrigues, exemplo de profissional. Obrigado por todos os ensinamentos ao longo da monitoria de Direito Penal III, pela ajuda com a elaboração deste trabalho e por ter acreditado no meu tema, embarcando na elaboração comigo nesses meses.

“Não torne as coisas piores pensando que dói
mais do que você realmente está sentindo”-
John Boyne

RESUMO

O cerne da presente monografia consiste em analisar o processo penal como um verdadeiro jogo à luz da Teoria dos Jogos, desenvolvida principalmente por John von Neumann, notadamente quanto à Justiça Negociada, cujo maior expoente no ordenamento jurídico brasileiro é a delação premiada, prevista, principalmente, na Lei nº 12.850/2013. O jogo processual penal deve ser visto na modalidade dinâmica, com informações imperfeitas e incompletas, em que se torna crucial, além do conhecimento do direito positivo, a habilidade e o profissionalismo dos jogadores da acusação e da defesa. No campo de batalha, que também são chamados, no linguajar jurídico, de fóruns, os *players* amadores enfrentam dificuldades para sobreviver, não havendo espaço para o direito processual penal estático e imutável previsto no Código de Processo Penal brasileiro de 1941. Cada jogo é um jogo único, sendo influenciado por fatores endoprocessuais, como os desejos pessoais do jogador *lato sensu*, e por agentes externos, entre eles a mídia. Assim, apenas pelo viés real do processo penal é possível entender e realizar as negociações, tendo sempre a consciência de que o melhor para si pode não ser o melhor do ponto de vista coletivo e que há trunfos, blefes e *doping* no âmbito dos jogos. Decifrar e compreender quais são as razões e motivos que levam um acusado a colaborar com o outro jogador em troca dos mais diversos benefícios perpassa conhecimentos da psicologia, que são, em tese, alheios a este trabalho, mas que serão analisados de forma sumária e suficiente, tendo por intento a coercibilidade da proposta oferecida pelo Ministério Público.

Palavras-chave: Teoria dos Jogos. Processo Penal. Delação Premiada.

ABSTRACT

The core of the presente Project consists of analyzing criminal prosecution as a true game in view of the Game Theory, developed mainly by John Neumann, notably as negotiated justice, which the main exponential in the Brazilian legal order is the winning award (plea bargaining), foreseen especially in Law n. 12.850/2013. The criminal prosecution game must be seen in its dynamic modality, with imperfect and incomplete informations, on what becomes necessary, besides of knowledge of positive law, the ability and professionalism of the players of accusation and defense. On the battlerfields, which are called, in legal language, courts, amateurs players face difficulties to survive, where there is no room for static and immutable criminal procedure law, such as the Brazilian code of criminal procedure. Each game is unique, being influenced by endoprocessed features, like personal desires of the lato sensu player, and by external agentes, amongst, the media. Therefor, only by the true bias of criminal prosecution it is possible to understand and perform the negotiations, always with the consciousness that the best for yourself may not be the best by a collective point of view and there are trumps, bluffs and doping in the scope of the games. To decipher and comprehend what are reasons and motivations that lead a defendant on collaborating with the other player in exchange of several benefits passes through knowledges of psychology, which are, in theory, unrelated to this research, although which will be analyzed summarily and sufficiently, focusing on the coercivity of the purpose offered by the state prosecution.

Keywords: Game Theory. Criminal Prosecution. Winning Award (plea bargaining).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 UMA BREVE SÍNTESE DA TEORIA DOS JOGOS E O SEU CONCEITO.....	12
3 TIPOLOGIA DOS JOGOS, SUBSUNÇÃO DO PROCESSO PENAL ENTRE AS CLASSIFICAÇÕES E O JOGO PROCESSUAL EM SI	15
3.1 Quem são os <i>players</i> ?	19
3.2 As regras do jogo.....	21
3.2.1 Norma <i>standard</i> e privilégio	23
3.2.2 <i>Doping</i> processual	24
4 A BARGANHA NO JOGO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	25
4.1 Barganha e delação/colaboração premiada.....	27
4.2 Jogadores, aplicabilidade e requisitos	31
4.3 O dilema do prisioneiro e a delação premiada: delatar ou não delatar?	36
4.4 A coercibilidade da proposta e as medidas cautelares.....	39
5 CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por escopo analisar o processo penal como um jogo à luz da Teoria dos Jogos, com enfoque na Justiça Negociada e destaque na colaboração premiada.

O objetivo central do trabalho é possibilitar uma apreciação do processo penal como um verdadeiro campo de batalha, a partir da análise das regras do jogo e dos jogadores, deixando de lado a compreensão meramente formal do direito processual penal positivo. De mais a mais, tem-se o fito de demonstrar que cada processo é um jogo autônomo, composto de rodadas (subjogos) em que não se sabe de forma prévia qual será o resultado, dependendo da interação dos jogadores no tabuleiro.

A relevância desta análise justifica-se na medida em que há vários direitos processuais penais no ordenamento pátrio, não havendo um processo estático e imutável aplicável a todo o território nacional. Em cada comarca, em cada sala de aula, em cada processo autuado e distribuído há uma interpretação diversa das normas postas, que muda, inclusive, de acordo com as pressões externas e, portanto, necessária se faz a preparação do jogador para enfrentar as mais diversas as situações. Conhecer as regras é necessário, mas não é suficiente para que jogador seja adjetivado como bom, ainda mais quando se trata da Justiça Negociada, em que há pouca regulamentação no ordenamento pátrio, havendo, portanto, uma liberdade substancial por parte dos jogadores na elaboração do acordo.

A metodologia utilizada para o trabalho foi a revisão bibliográfica, com consulta a livros e artigos de vários autores, inclusive, textos com prisma em outras áreas, *v.g.*, a economia. O referencial teórico foi a Teoria dos Jogos, desenvolvida na ilustre obra do jurista Alexandre Morais da Rosa, Guia do processo penal conforme a Teoria dos Jogos, publicado em 2017 pela editora Empório do Direito, sendo o livro mais coeso, denso e crítico sobre o assunto examinado no presente trabalho.

Do ponto de vista estrutural, proceder-se-á, num primeiro momento, à análise histórica e a conceituação da Teoria dos Jogos, que não foi desenvolvida sob a ótica do Direito, devendo, em vista disto, ser revisitada, haja vista a Teoria Geral do Direito.

Posteriormente, será analisado o processo penal como um jogo em si, havendo a subsunção do litígio penal entre as inúmeras categorias de jogos existentes, e definindo quais são as regras, os jogadores e os locais de batalha.

Por fim, estudar-se-á a barganha no âmbito do processo penal, com uma breve análise do direito norte-americano quanto aos acordos no âmbito da justiça penal. Analisar-se-á, criticamente, os motivos que levam o acusado a realizar com o Ministério Público o acordo

de delação, bem como a coercibilidade da proposta, apreciando, entre outros aspectos, a verdadeira voluntariedade na celebração do acordo.

2 UMA BREVE SÍNTESE HISTÓRICA DA TEORIA DOS JOGOS E O SEU CONCEITO

O estudo dos jogos, mesmo que em fase rudimentar, remonta ao século XVII, inicialmente, na seara matemática com a teoria da probabilidade, desenvolvida pelos matemáticos franceses Pierre de Fermat e Blaise Pascal (LEITE, 2016). Posteriormente, no decurso do século XX, o matemático e político francês Félix Édouard Justin Émile Borel, ao analisar o blefe nos jogos de mesa sob a ótica da matemática, desenvolveu a ideia de que um jogador baseia os seus atos no pensamento que ele tem sobre qual será o ato do seu adversário, isto é, eu penso que você pensa que eu penso que você pensa...

O jurista Fábio Portela Lopes de Almeida (2003) conceitua a Teoria dos Jogos como sendo “a análise matemática de qualquer situação que envolva um conflito de interesses, com o fito de descobrir as melhores opções que, dadas certas condições, devem conduzir ao objetivo desejado por um jogador racional”.

Segundo Osborne e Rubinstein (1994 apud TAVARES, 2014, p. 12),

a teoria dos jogos é um conjunto de ferramentas criadas para auxiliar o entendimento dos fenômenos observados quando tomadores de decisão (jogadores) interagem entre si. Partindo do pressuposto de que os tomadores de decisão agem racionalmente na busca de seus objetivos, a teoria dos jogos leva em conta as capacidades, os conhecimentos e as expectativas dos diversos jogadores para criar representações abstratas de uma extensa classe de situações reais.

Para Raul Marinho (2011, p. 215), a teoria analisada no presente trabalho “é um método racional de modelagem dos processos de tomada de decisão, aplicado principalmente em situações em que a tomada de decisão de um agente [...] influência a decisão do outro [...]”. No entanto, qual seria a real serventia da Teoria dos Jogos? O ilustre jurista Alexandre Moraes da Rosa, ao explicitar a ilação do economista carioca Duílio de Avila Bêrni (2004 apud ROSA, 2017, p. 45-46) argui que ela serve “para ajudar um agente que interage com outro agente a quem pode ser atribuída a peculiaridade de agir racionalmente e tomar a melhor decisão nos processos de escolha interdependentes”.

Apesar de sua elementar contribuição para o desenvolvimento da Teoria dos Jogos, o título de pai desta teoria não é dado ao político francês Émile Borel, a julgar por não ter realizado uma análise sistemática da tese, sendo considerado como genitor da teoria, dessarte, o matemático húngaro de origem judaica John von Neumann, que foi o primeiro pesquisador a metodizar com verticalidade o tema. Assim sendo, a Teoria dos Jogos, propriamente dita (SALGADO, 2009), surgiu com a publicação do *The Theory of Games and*

Economic Behavior, de Émile Borel em coautoria com Oskar Morgenstern (LEITE, 2016). Em apertada síntese, Neumann vislumbrava a Teoria dos Jogos sob uma ótica não-cooperativa, em que haviam jogos com soma zero, em que para um jogador ganhar, o outro deveria ser derrotado (ALMEIDA, 2003).

Uma grande revolução no âmbito da teoria em comento veio com o matemático norte-americano John Forbes Nash, aluno de Neumann na Universidade de Princeton, localizada no estado de Nova Jérsei, e pesquisador do instituto RAND (NASSAR, 2002 apud SPENGLER e SPENGLER NETO, 2009). Nash rompeu com a clássica máxima econômica defendida, inclusive, pelo economista britânico Adam Smith, de que a regra básica do mundo é a competição, e que seria possível maximizar os ganhos individuais colaborando com o adversário (ALMEIDA, 2003). Defendia, ainda, que,

em alguns casos, quando cada jogador escolhe racionalmente aquela estratégia que seria a melhor resposta às estratégias dos demais, pode ocorrer que o resultado final para todos os jogadores seja insatisfatório e que, portanto, nem sempre a busca de cada indivíduo pelo melhor para si resulta no melhor para todos (LUNA, 2014, p. 14-15).

No mesmo sentido, Rosa (2013, p. 22) aduz que,

o pressuposto é que o sujeito racional toma (sempre) decisões que lhe são mais favoráveis, egoísticas, ou seja, as que lhe indicam maiores benefícios. Entretanto, nem sempre as decisões aparentemente melhores individualmente o são no contexto de jogos interdependentes [...].

Dessa maneira, infere-se que a Teoria dos Jogos foi elaborada em um ambiente extrajurídico, sendo criada e desenvolvida, a princípio, no âmbito da matemática e das ciências econômicas, possuindo atributos, em sua origem, abaladamente militares, em especial, na Guerra Fria, quando “as estratégias norte-americanas eram constantemente revisadas por aquela instituição [RAND] e, muito provavelmente, o mundo não sucumbiu diante de uma hecatombe nuclear por força da aplicação estratégica e diplomática da teoria dos jogos” (ALMEIDA, 2003).

Outrossim, um recorrente equívoco é tratar a Teoria dos Jogos como se fosse algo uno e indivisível, considerando-se que,

a teoria dos jogos não é uma teoria única, mas um conjunto de teorias. Isso não surpreende. Afinal de contas, um jogo não passa de um modelo de realidade, e esperar que um modelo único pudesse refletir com precisão tipos de atividades tão diversos seria esperar demasiado. Há, porém, certos elementos que se contêm em todos os modelos, e com eles nos

preocuparemos ao discutir os jogos (DAVIS, 1973 apud ROSA, 2017, p. 65).

Por conseguinte, é possível que haja – e há – variações da Teoria dos Jogos, principalmente quando ela é aplicada em ramos externos à matemática. No âmbito do Direito, a teoria vem sendo executada de forma abrangente na seara das soluções consensuais dos conflitos, quais sejam, a conciliação e a mediação, bem como no processo civil, não havendo como esquecer a célebre frase do italiano Piero Calamandrei (2002, p. 191), de que

ninguém se torna hábil enxadrista unicamente por ter decorado um manual com as regras do jogo de xadrez. [...] sem conhecê-las, não se pode jogar; [...], porém, mesmo se conhecendo as regras em teoria, aquilo que mais conta para aprender o jogo é vê-lo funcionando na prática.

Calamandrei (2002), sem sombra de dúvidas, foi um dos primeiros juristas a encarar o processo como um jogo, mesmo que ainda no âmbito do processo civil, podendo sua obra ser considerada algo revolucionário para a época.

3 TIPOLOGIA DOS JOGOS, SUBSUNÇÃO DO PROCESSO PENAL ENTRE AS CLASSIFICAÇÕES E O JOGO PROCESSUAL EM SI

Como dito alhures, a Teoria dos Jogos não se revela como uma tese una, basta ver as infinitudes de jogos, cada um com as suas peculiaridades. Nada obstante, é possível identificar alguns elementos que perpassam todos as modalidades, razão pela qual, foram desenvolvidas pela doutrina classificações aptas a sistematizar o estudo.

O jogo, em si, “é a metáfora da vida” (RETONDAR, 2008 apud ROSA, 2017, p. 49) e possui quatro características fundamentais que são a voluntariedade, as regras, a relação espaço-tempo e a evasão da vida real. Para Rosa (2017, p. 351), “é qualquer relação que dependa das ações interdependentes de múltiplos indivíduos otimizadores. O resultado não é obra divina, nem da pura sorte, mas da dinâmica decorrente da interação entre os jogadores”.

Entre as classificações, tem-se que os jogos podem ser cooperativos/coordenados ou não cooperativos/competitivos. Nestes, os jogadores não atuam ativamente para negociar e coordenar as ações, sabendo da existência do outro jogador/adversário, mas agindo de forma mais independente possível. Por sua vez, naqueles, “os ganhos dos participantes são maiores quando existe uma coordenação em suas estratégias” (LUNA, 2014, p. 25).

Podem ser também de soma zero ou de soma diferente de zero. A definição pode ser extraída do pensamento de David Morton Davis (1973 apud ROSA, 2017, p. 66), sendo que,

a expressão soma zero deriva de jogos de salão, como pôquer, onde não se cria nem se destrói riqueza. Quem quiser ganhar dinheiro terá que ganhá-lo de um outro jogador. Encerrado o jogo a soma dos ganhos é sempre zero. [...]. Esse jogo se distingue de um jogo de soma não-zero [...] no sentido de que [...] ambos os participantes podem ao mesmo tempo perder. Em outras palavras, o que um perde pode não ser o que o outro ganha.

Dito de outra maneira, infere-se que,

um jogo é dito de soma zero quando o ganho de utilidade de um jogador é exatamente contrabalançado pela perda de utilidade do outro jogador. Dessa forma, se os ganhos totais dos jogadores forem somados e as perdas totais subtraídas, o resultado deverá ser zero. Em jogos de soma diferente de zero, os ganhos e perdas totais dos jogadores devem ser necessariamente maiores ou menores que zero (TAVARES, 2014, p. 13)

Quanto à dinamicidade, os jogos podem ser classificados como estáticos, em que cada agente toma a sua decisão apenas uma vez e todos a tomam no mesmo instante, sem que

sejam reveladas as decisões tomadas pelos outros jogadores, ou como dinâmicos ou sequencias, quando um jogador ao tomar a sua decisão já conhece a escolha do seu adversário, isto é, “um agente pode vir a jogar apenas após ter observado a decisão de outros agentes” (SOTOMAYOR; BURGARIN, 2007, p. 3).

No que tange à informação, os jogos podem possuir informações completas ou incompletas. No jogo de informação completa, “um agente dispõe de todas as informações relevantes sobre as características de outros agentes” (SOTOMAYOR; BURGARIN, 2007, p. 4), melhor dizendo, antes mesmo do jogo iniciar, o jogador já possui as devidas e necessárias informações sobre o seu oponente. Noutro giro, “num jogo com informação incompleta um agente pode não saber exatamente quais são as preferências dos outros agentes sobre os possíveis resultados do jogo” (SOTOMAYOR; BURGARIN, 2007, p. 4).

Por fim, alguns autores, tais como Ronaldo Fiani (2009 apud TAVARES, 2014), dividem também os jogos em informação perfeita ou imperfeita, todavia limitam a supramencionada classificação aos jogos dinâmicos ou sequenciais, dado que nos jogos estáticos, as ações de ambos os jogadores são realizadas ao mesmo tempo. Assim, se o hipotético jogador A conhece os movimentos prévios do jogador B, sabendo toda a narrativa do jogo antes mesmo de fazer a sua escolha, estar-se-á diante de um jogo de informação perfeita. Em sentido diametralmente oposto, o jogo é tido como sendo de informação imperfeita, se o jogador A tem que fazer a sua escolha na partida sem conhecer a história do jogo completa até ali.

Feitas tais considerações, que poderiam se alongar entre inúmeras outras classificações realizadas por escritores das mais diversas áreas, passa-se a analisar o processo penal sob a ótica da teoria dos jogos, classificando-o, inicialmente, com fulcro nas opções supramencionadas.

No dizer de Rosa (2017, p. 83), “o processo penal se instaura na modalidade competição (jogo) [...]” e que, de forma geral, “o acusador quer condenar e o defensor absolver” (ROSA, 2017, p. 77), demonstrando, via de regra, o caráter competitivo do processo penal. Para o autor catarinense, a Teoria dos Jogos a ser aplicada no âmbito do processo penal deve ser

a partir da noção de jogos dinâmicos e de informação incompleta [...] pelo qual se precisa entender que tipo de jogador e está enfrentando e qual o julgador a quem se dirige a informação – sempre incompleta – do jogo, bem assim as recompensas, singularizando a partida processual (contexto) (ROSA, 2017, p. 76-77).

Além do mais, na seara do processo penal, não há que se falar em jogo de soma zero, em virtude do almejado, ou seja, as recompensas não são as mesmas, estando de um lado a liberdade e do outro os efeitos penais e, por isso, a perda do jogador-defensor não é igual ao ganho do jogador-acusador.

Por oportuno, apreende-se, ainda, que, além de possuir informações incompletas, o jogo processual penal é assimétrico, não possuindo os jogadores “*ex ante*, todas as informações que comporão o acervo processual ao final da instrução” (ROSA, 2017, p. 304-305), sendo, por conseguinte, imprescindível novas avaliações das táticas empregada, tendo em vista que todas as informações podem até ser antevistas pelos jogadores, mas só acontecerão no desenrolar das partidas, chamadas de subjogos, que são, em suma, as interações em que os jogadores em se comunicam até a tomada da decisão pelo julgador.

O processo penal é visto à luz da teoria dos jogos, como sendo um jogo competitivo, dinâmico e de informação incompleta e assimétrica, em que “os agentes podem esconder as ações e táticas e isso implica que a informação será sempre imperfeita/incompleta.” (ROSA, 2017, p. 50).

Para Gregório Robles (apud ROSA, 2015, p. 23), “o direito é comparável aos jogos já que em ambos aparecem comportamentos de cooperação, competência, luta e conflito, em que o resultado não depende somente da sorte, mas da performance dos jogadores [...]”. Ao se analisar o processo penal sob a ótica da teoria dos jogos, tenta-se enxergar todo o processo do ponto de vista real. Para alguns juristas (ALENCAR; TÁVORA, 2016), o processo pode ser visto no sentido de uma série de procedimentos concatenados a um objetivo final, que é a atuação da jurisdição, que visa “eliminar os conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 317). O processo penal é um jogo institucionalizado pelo Estado, em que os jogadores devem se adaptar as regras e não as criar, e

a ilusão de que os modelos teóricos conseguem reproduzir a maneira ‘como os processos acontecem’, no fundo, ofusca a discussão sobre as ‘condições iniciais’ de cada jogo processual e o risco (conhecido/desconhecido) a incerteza [...] que presidem as táticas e estratégias (ROSA, 2017, p. 40).

Dessa forma, fato é que a lei, por mais pormenorizada que seja, o que não acontece na maioria das vezes, em virtude do atecnicismo habitual do legislador pátrio, não retrata de forma direta o mundo real e concreto, havendo, no jogo, variáveis que não foram

previstas em lei e que são inerentes ao embate, tais como os truques¹ e trunfos² utilizados pelos jogadores no decorrer das partidas (subjogos), sendo o modelo teórico aplicado com inúmeras variáveis jurisdicionais internas e externas. O que a aplicação da Teoria dos Jogos no processo penal busca evitar, então, é a discrepância entre o mapa e o território, conforme a metáfora utilizada pelo argentino Jorge Luis Borges (2002 apud ROSA, 2017).

Evidencia-se, no entanto, que a aplicação da teoria na processualística penal não se dá de forma pura, ganhando os seus conceitos novos sentidos, haja vista as idiossincrasias do Direito e a “complexa interação entre os jogadores e o julgador” (ROSA, 2017, p. 71), não conseguindo a teoria abarcar todas as inúmeras situações e questões complexas que podem vir a ocorrer no jogo. Logo, a Teoria dos Jogos passa, no que chama Rosa (2017, p. 90), por um processo de profanação e adequação, sendo esta em razão das peculiaridades da seara processual penal, e aquela pelo fato da teoria em comento ter sido criada e elaborada a luz da matemática e da economia, para indivíduos otimizadores.

Os indivíduos otimizadores, no âmbito do jogo processual penal, devem ser relativizados, haja vista que, no processo penal, é mais recomendado se utilizar da categoria “sujeito” em vez de indivíduo otimizador, sendo este um sujeito racional em plenitude e o sujeito é algo mais perto do que é real, que, em inúmeras ocasiões, atua sob o domínio de fortes emoções, tais como a raiva, o medo, a paixão etc., não sendo os julgadores, amplamente considerados, seres transcendentais e imunes às cargas emocionais, mas sim jogadores, juízes e partes, influenciados ao tomarem decisões pelas emoções, de forma positiva ou negativa, não havendo que se falar em racionalidade ilimitada. Para Rosa (2017, p. 167), “seria melhor que não tivéssemos as emoções no Direito [...], mas isso seria desconsiderar o sujeito que participa no espaço público [...]. O medo, a repugnância e a surpresa nos acompanharão, ainda que se finja que a razão preside [...]”.

¹ Para Alexandre Morais da Rosa (2017), os truques são considerados como ações que contornam um impasse de maneira mais eficiente, não se confundindo com simplificações abusivas, nem com milagres, no limite do jogo limpo. Falsas perguntas, truques de argumentação e até as vestimentas podem ser objetos de truques. Assim, a apresentação pessoal, a roupa usada, o corte de cabelo, o uso de crachá, a farda do policial testemunhante etc. podem influenciar (e não manipular) a interação processual.

² Nas lições de Rosa (2017), o trunfo é a escolha de argumento matador, de ação ou informação capaz de modificar a compreensão, capaz de derrotar a narrativa até então dominante. Esperar o momento certo para desmarcar uma testemunha, anexar um documento, enfim, aguardar o momento justo. O Estado, como acusador, não deveria esconder informações do defensor, mas a defesa poderá valer-se de postergação das informações relevantes para o fim de usar o elemento surpresa dentro do jogo lícito.

3.1 Quem são os *players*?

Em uma análise *lato sensu*, inúmeros indivíduos, instituições e órgãos podem ser considerados como jogadores internos, por exemplo, os magistrados, os promotores, os procuradores, os defensores, os acusados, as vítimas (sozinhas ou por intermédio do assistente de acusação), e como jogadores externos, tais como, os familiares, a grande mídia, os *lobbys* etc. Apesar disso, em sentido estrito, o julgador não se confunde com os jogadores, possuindo cada qual, lugares estabelecidos e determinados no tabuleiro do processo penal, em que os juízes, desembargadores e ministros são os julgadores e a acusação e a defesa, com o acusado e o assistente de acusação são os *players* propriamente ditos, sendo a imparcialidade cognitiva o critério diferenciador dos julgadores e dos jogadores-parte. Para Rosa (2017, p. 333),

o julgador não pode ter interesse na resolução favorável ou desfavorável a qualquer dos jogadores (acusação ou defesa), mas pode ter interesse na resolução rápida, em diminuir o estoque, em dar uma resposta midiática, melhorar sua reputação, aparecer aos olhos do familiar, Tribunal [...].

Já nos idos de 1950, manifestava-se Calamandrei (2002, p. 193) que “o juiz não é [...] uma daquelas maquinas automáticas as quais basta introduzir de um lado uma moeda para que do outro saia o pacote belamente confeccionado”.

Cada um desses jogadores *lato sensu* não participam do jogo de forma pura e absolutamente imparcial. Se nem o próprio Direito, como idealizado por Hans Kelsen (2012) em sua Teoria Pura do Direito, é inatingível por fatores externos, como a moral, a religião e a ética, muito menos seriam os jogadores, seres humanos racionais, porém influenciados – e não determinados - pela emoção e pelas experiências pretéritas (trajetória de vida e formação teórica). Neste sentido,

embora se tenha regras processuais dispostas na Constituição da República e no Código de Processo Penal, em cada contexto processual individualizado, com seu julgador, jogadores e recompensas, acontecerá um jogo único. As diversas compreensões comporão o fenômeno processual em uma verdadeira fusão de horizontes [...] (ROSA, 2017, p. 306).

Para estabelecer os jogadores diretos/internos do processo, é necessário a análise das regras processuais, a fim de se aferir quais os sujeitos, sejam estatais, sejam privados, participarão do jogo processual. É válido ressaltar que o resultado do jogo é influenciado diretamente pela qualidade dos jogadores, sendo características de um bom jogador, conforme Rosa (2017, p.338-339), a paciência, a capacidade de manter a atenção, a determinação, a

confiança, a competência técnica e teórica, a tenacidade (perseverança), a sensatez e o domínio das emoções.

Por sua vez, entre os jogadores externos, há grupos de pressão, organizados ou não, aptos a atuar para buscar injungir os jogadores, em sentido amplo, a tomar decisões que lhe interessam (ROSA, 2016). Interessante ressaltar que a função de lobista, ainda estigmatizada no Brasil, não é regulamentada no país, em que pese o Projeto de Lei nº 1.202 (BRASIL, 2007), que busca disciplinar a atividade de *lobby* e a atuação dos grupos de pressão ou de interesse e assemelhados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, ter sido aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 07 de dezembro de 2016 e estar pronto para ser apreciado em plenário. Todavia, mesmo não sendo regulamentado, é inegável a influência do *lobby* no jogo processual.

A mídia também atua ativamente como jogadora externa do processo penal, o que pode fazer uma enorme diferença no resultado do jogo. Nos dias atuais, a mídia não faz papel de mero comunicador, sendo uma verdadeira protagonista de conflito, suscitando, incitando e instigando a população através de concepções propagadas em seus mais diversos meios, aproveitando-se do fato de que seguir as regras do jogo democrático não é uma preocupação intrínseca da opinião pública. No entanto, salienta-se que o termo opinião pública deve ser lido com ressalvas, haja vista que “a opinião pública como entidade unitária é, hoje, conceito falso, conceito sem qualquer fundo de realidade” (MIRANDA, 1945 apud ROSA, 2017, p. 343). Nas lições de Rosa (2017, p. 343), “não há controle, até porque os vazamentos [...] tornaram-se táticas, tanto da acusação como da defesa. [...] a mídia deixou de ser um mecanismo de informação para se situar no jogo processual diante da sua capacidade de manipulação”.

Insta salientar que as interações entre os *players* serão consideradas subjogos, desde que eles se comuniquem até a tomada da decisão, mesmo que isso seja anterior à ação penal propriamente dita, como na fase do inquérito judicial, por exemplo, e, ao contrário do que possa parecer no direito processual penal codificado e repetido, as ações e omissões perpetradas pelos jogadores *lato sensu* podem modificar o resultado do jogo. Não se pode prever de antemão quando, como e em qual proporção essas condutas dos jogadores modificarão o resultado, tendo em conta que, “o resultado depende das decisões dos demais jogadores e é de conteúdo variável [...] depende de posições antecedente em relação a noções de Direito, Tipo Penal, Constituição, Princípios, Regras, Norma Jurídica, etc.” (ROSA, 2017, p. 305). Em outras palavras, as normas por possuírem um caráter abstrato e genérico, estão postas, em tese, para todas as situações jurídicas, mas não são, *a priori*, individualizadas, não

possuindo o legislador a onisciência e a onipotência para prever e imaginar todas as possíveis implicações fáticas que ensejariam a aplicação da norma e, por isso, cada jogo será um jogo individualizado, único, em que as partes serão diferentes e as próprias regras dos jogos serão aplicadas conforme a carga prévia de cada participante. Nas lições de Rosa (2017, p. 58), o “processo penal é algo que se compreende artesanalmente, no contexto em que acontece” e, por isso, o “êxito final depende, portanto, da confluência [...] e da força de convencimento com qual as razões feitas valer pelo requerente tenham êxito em suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador” (CALAMANDREI, 2002, p. 192).

3.2 As regras do jogo

Em todos os jogos e, por conseguinte, no processo penal, há regras que são pré-estabelecidas pelo Estado, limitando o tempo e o espaço em que ocorrerá o jogo, respectivamente, da denúncia ao trânsito em julgado e o tribunal onde ocorrerão as batalhas.

Já anunciava Calamandrei (2002) que o fato de o jogador de xadrez conhecer as regras não faz dele um exímio enxadrista, bem como, analogicamente, o fato de o jogador processual conhecer as regras do jogo, não fazem dele um bom jogador do processo penal. Para se ter um bom jogador, é necessário possuir, além do conhecimento técnico e teórico das regras, características como a capacidade de improviso frente às adversidades que podem surgir no decorrer dos subjogos, a habilidade e o *fair play*.

Destaca-se, antes de adentrar nas regras em si, que, apesar das inúmeras menções ao jogo de xadrez com o fito de elucidar o jogo processual penal, “a metáfora do xadrez [...] é insuficiente porque o jogo de xadrez é de informação completa, em face das peças presentes no tabuleiro, sem o passado e o futuro, porque se manifesta no presente” (BECKER, 2012 apud ROSA, 2017, p. 51). Por mais que o xadrez seja um jogo dinâmico, assim como o processo penal, é um jogo de informação completa, indo de encontro do jogo processual penal que, como já explicitado, é de informação incompleta.

É nesse jogo, em meio a tantos holofotes que para a grande mídia impregnada do direito penal populista ocorre a punição do agente que faz mal à sociedade, e é no tribunal, entendido em sentido amplo, que ocorrem as batalhas, momento em que os *players* entram em campo para ganhar, afinal, “ninguém entra, aparentemente, no jogo para perder” (ROSA, 2017, p. 308).

Como não há jogo institucionalizado sem regras, o processo penal possui as suas, mas que, para a incidência “dependem da adesão subjetiva dos jogadores/julgadores, tendo

em vista a questão da lealdade processual. No processo entendido como jogo as regras estabelecem as jogadas ilícitas bem assim regulamentam os comportamentos autorizados, proibidos e obrigatórios” (ROSA, 2017, p. 356-357). As regras estão estabelecidas para serem seguidas, todavia, sabe-se que, no jogo processual, há recompensas que podem ser pessoais e, por isso, é plenamente possível, mas reprovável, que o jogador se utilize de práticas de *doping*. Neste sentido,

a recompensa por resultados, pela exposição midiática, pelo narcisismo dos jogadores, por condenações exemplares, encontra na mídia especializada o incremento de estímulos a praticas dessa ordem, dado que o brilho da vitória se mantem no primeiro momento. O problema subjetivo de se ganhar um jogo sem *fair play* é o de que o charlatão pode ter sua reputação desfeita quando desveladas suas práticas (ROSA, 2017, p. 358).

Uma decorrência dessa adesão individual prévia as regras do jogo de forma a se respeitar a boa-fé, perpassa o direito de mentir. Salienta-se que, para “alguns doutrinadores (...) o acusado possui o direito de mentir, por não existir crime de perjúrio no ordenamento pátrio” (GOMES, 2008 apud LIMA, 2017, p. 73). No entanto, para outros,

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

No mesmo sentido, Rosa (2017, p. 359), explica que,

ganha espaço, dentro do contexto do jogo de boa-fé, a discussão sobre o comportamento processual contraditório [...]. O comportamento processual contraditório pode ser tanto comissivo, como omissivo [...], violadores do dever de boa-fé objetiva, no quadro de expectativas do *fair play* [...].

Exatamente por isso é que não se aceita qualquer comportamento processual, notadamente no que tange a omissão probatória, no excesso de provas impertinentes em nome da ampla defesa etc.

Em decorrência do exposto, vislumbra-se que, no ordenamento jurídico pátrio, as regras do jogo estão espalhadas por inúmeros diplomas normativos, que vão desde a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 até a lei ordinária mais inutilizada.

3.2.1 Norma *standard* e privilégio

Em linhas gerais, há inúmeras classificações para os direitos que são essenciais ao ser humano. O Direito Internacional utiliza livremente as diversas expressões, quais sejam, direitos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem etc. (RAMOS, 2017). A Constituição (BRASIL, 1988) também emprega vários termos envolvendo os direitos dos homens. Para Bobbio (1992 apud BRANCO; MENDES, 2014, p. 139), “a expressão direitos do homem é muito vaga e conduz a definições tautológicas e inúteis”. No entanto, a doutrina do século XXI reconhece que direitos fundamentais seriam os positivados no direito constitucional pátrio, ao passo que direitos humanos seriam os reconhecidos pela ordem internacional, notadamente, através de tratados e convenções. Assim, “os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados, de modo especial nas Constituições do Estados” (QUEIJO, 2012, p. 70).

Apesar de os direitos essenciais ao ser humano não constituírem um rol homogêneo e sofrerem, nos dias que se seguem, uma aplicação exacerbada, há características comuns e, entre elas, tem-se a indisponibilidade, inalienabilidade e a inegociabilidade.

Isto posto, faz-se necessária a diferenciação entre normas do jogo processual e normas regulativas, a fim de se descobrir quais são *standards* do Estado, em que não é possível qualquer transação, e quais são conferidoras de privilégios, sendo passíveis de renúncia por parte do jogador. As normas constitutivas do jogo penal, que se referem aos órgãos, jurisdição etc. são tidas como irrenunciáveis, sendo verdadeiros *standards* do Estado, ao passo que as normas regulativas, relativas ao processo e procedimento em si, autorizam que os jogadores disponham da vontade para obtenção de consensos, conferindo ao jogador direitos disponíveis, passíveis de transação, atuando o Poder Judiciário como mero controlador e homologador (ROSA, 2017).

O questionamento que se impõe é se as normas de direito processual, notadamente a culpa, seriam ou não direitos fundamentais e, por isso, passíveis de negociação. Rosa (2017, p. 311) estabelece que

as normas constitutivas do jogo processual (jurisdição, órgãos, linhas gerais, etc.) não podem ser renunciadas, porque não são privilégios dos jogadores, enquanto as normas regulativas (processo, procedimento, direito subjetivos) autorizam que os jogadores disponham da vontade para obtenção de consensos.

E, por esse motivo, é que as “normas regulativas imputam direitos disponíveis e com juízos de oportunidade/disponibilidade para os jogadores e transformam a atividade jurisdicional em mecanismo de homologação e controle” (ROSA, 2017, p.312).

3.2.2 *Doping* processual

O *doping*³ é aquele elemento/ingrediente/substância necessário para que o atleta obtenha o êxito, de forma fraudulenta e desleal.

Nessa linha de aplicação do processo penal, nem Estado (acusação), nem defesa podem se valer de práticas ilegais ou táticas inescrupulosas a fim de chegar à vitória. Não há dúvidas de que *doping* é fraude processual, ensejando a aplicação do regime das nulidades previsto no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), em virtude do jogo sujo. O jogo processual deve ocorrer à luz da boa-fé (e isso não é algo utópico), o que não quer dizer amizade ou extrema colaboração entre as partes, mas sim que o devido processo legal substancial deve ser levado a sério pelos jogadores.

De mais a mais, destaca-se que há duas espécies de *doping*. Para o Rosa (2017, p. 363), o “*autodoping* se vincula às escolhas táticas dos jogadores processuais, isto é, a escolha por não apresentar uma prova, deixar de formular alguma pergunta [...]”, ao passo que o *heterodoping* é “a inclusão de aspectos externos, como a corrupção, a coação de testemunhas, omissão de provas, utilização de provas ilícitas [...] enfim, para além das jogadas lícitas” (ROSA, 2017, p. 364).

Ocorrendo o *doping* em qualquer de suas modalidades, há nítida ofensa ao devido processo legal substancial, gerando uma afronta ao *fair play* e, mesmo que no final do processo haja a vitória, esta foi maculada pela fraude, havendo manipulação do processo penal, o que culminaria na declaração de nulidade do processo, de uma fase dele ou apenas do ato maculado, a depender do caso concreto.

³ Para o Comitê Olímpico Internacional, é considerado antiético e é proibido, por fraudar a igualdade na competição.

4 A BARGANHA NO JOGO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Um dos princípios mais difundidos e estudados no âmbito da processualística penal brasileira é o da obrigatoriedade da ação penal, na qual os órgãos oficiais incumbidos de promover a ação penal, notadamente o Ministério Público, não podem dela livremente renunciar, não havendo conveniência ou oportunidade no ato de oferecimento da denúncia por parte do *parquet*, desde que estejam presentes os requisitos estabelecidos no ordenamento pátrio para oferecimento da denúncia. Assim, “há um dever de acusação decorrente da lei que se impõe quando houver indícios de materialidade e autoria suficientes da ocorrência da infração penal” (VASCONCELLOS, 2015, p. 36) e todos os fatos que as autoridades públicas tomarem conhecimento deverão ser enquadrados como fatos puníveis, em consonância com o ordenamento jurídico vigente (VASCONCELLOS, 2015). Para Lopes Jr. (2015, p. 198), “o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação [...]”.

Na década de 1990, com a promulgação da Lei nº 9.099 (BRASIL, 1995), a obrigatoriedade da ação penal pública começou a sofrer uma pequena mitigação, seja com o instituto do *suspro*, seja com a transação penal, sendo que ambos não perfazem o conteúdo de análise do presente trabalho.

Em 2013, com a promulgação da Lei nº 12.850 (BRASIL, 2013), houve mais expansão no âmbito da justiça negociada dentro do jogo processual penal. Ao contrário da timidez normativa e espacial dos institutos previstos na Lei nº 9.099 (BRASIL, 1995), a Lei das Organizações Criminosas (BRASIL, 2013) trouxe um verdadeiro amorfismo na seara das delações/colaborações⁴, transformando os juízes e os próprios tribunais em meros homologadores dos acordos realizados entre o Ministério Público e a defesa, nos quais a lei é suplantada pelo pactuado, em um verdadeiro mercado judicial penal

A justiça negociada, que é gênero, não é uma criação do ordenamento jurídico brasileiro. Muito pelo contrário, é algo há anos utilizado entre os norte-americanos, na tradição do *common law*, (VASCONCELLOS, 2015), que almejam acelerar a velocidade na elucidação dos imbróglis processuais, diminuir os custos processuais, bem como simplificar

⁴ A delação premiada foi instituída no ordenamento jurídico pátrio pela Lei dos Crimes Hediondos, nº 8.072/1990, ganhando destaque em outros diplomas, como a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e as relações de consumo, nº 8.137/1990, sendo prevista, posteriormente, pela antiga Lei do Crime Organizado, nº 9.034/1995, que permitia a colaboração espontânea para os crimes praticados em organização criminosa. Em 2006, o instituto foi novamente previsto na Lei de Drogas, nº 11.343/2006. Em que pese todas as leis supramencionadas, sem prejuízo de outras que também preveem o instituto, concorda-se com Silva (2016) no sentido de que a Lei 12.850/2013 é a mais importante legislação que versa sobre o instituto.

os procedimentos judiciais, com a produção de decisões com trânsito em julgado sem a necessidade de julgamentos caros, demorados e custosos⁵. “O efeito da barganha é a redução dos casos penais [...]” (ROSA, 2017, p. 514). Vasconcellos (2015, p. 28), ao trazer a realidade nos Estados Unidos da América⁶, argui que

em termos médios, aponta-se que 90% dos casos de sentença condenatória se fundamentam no reconhecimento da culpabilidade (*guilty plea*), obtido por meio de acordos entre acusação e defesa e, portanto, sem a necessidade de provas incriminatórias sólidas e lícitas [...]. Recentemente, em 2013 [...] quase 97% das condenações do sistema de justiça federal se dão com base em acordos para reconhecimento de culpabilidade.

Deve-se atentar para peculiaridade na delação premiada presente nos sistemas de tradição romano-germânica e nos sistemas fundados no *common law*. Nestes, a delação aparece intimamente ligada e legitimada pelo princípio fundante do sistema, que é a oportunidade, ao passo que naqueles, como no caso do Brasil, a introdução paulatina foi incitada pela necessidade de controle à grave criminalidade, com forte cunho político criminal (PEREIRA, 2013 apud VASCONCELLOS, 2015, p. 115)

Em contraponto ao princípio da obrigatoriedade, há o princípio da oportunidade, que, do ponto de vista restrito, “supõe o ‘reconhecimento ao titular da ação penal da faculdade de dispor, conforme determinadas circunstâncias, de seu exercício, com independência de que se tenha acreditado na existência de um fato punível cometido por um autor determinado’” (AROCA, 2008 apud VASCONCELLOS, 2015, p. 38). Há a autorização, por parte do Estado, ao não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal por parte do Ministério Público, com inúmeros fundamentos, entre eles, critério utilitários, políticos-criminais, econômicos etc. (VASCONCELLOS, 2015). Para Rosa (2017, p. 638), “a disponibilidade da ação penal, no ambiente continental, constitui-se novidade em face da inserção de mecanismos de barganha”.

⁵ Para Silva (2016), o instituto da delação premiada, que nos Estados Unidos da América recebe o nome de *plea bargaining*, é justificado no eficientismo e utilitarismo do sistema punitivo estatal, se dando por meio de negociação entre o membro do Ministério Público e o acusado, antes do julgamento. Uma diferença entre o instituto lá previsto e o positivado no ordenamento jurídico brasileiro, é que lá, o acordo realizado entre acusação e acusado nem sempre precisa de homologação do juiz, dependendo de cada estado

⁶ Em suma, o *plea bargaining* possui natureza tipicamente processual, com a evitação ou concessão advindas do próprio processo. Com base nesse instituto, o acusado pode, com assistência do defensor, confessar a culpa (*plead guilty*), negar a culpa (*not guilty*) ou não se defender (*no contest, nolo contendere*). Quando o acusado confessa e não se defende, é aberto o caminho para a barganha. A inteligente crítica feita por Alexandre Morais da Rosa é que não basta, no jogo da justiça negociada ser inocente. Será preciso ter cartas probatórias defensivas, dentre elas, o alibi, sob pena de com as cartas da acusação, mesmo inocente, ser a confissão e a culpa comportamento adequado.

Salienta-se que não se deve confundir a legalidade com a oportunidade, ao passo que

surgem espaços de negociação em que a lei autoriza que o titular da ação penal possa negociar com o investigado/acusado e seu defensor o enquadramento legal, as penas e o regime do cumprimento. A oportunidade, todavia, deve significar a tomada de decisão sobre cursos de ação, não se confundindo com a plena disponibilidade, incidindo controle jurisdicional dos limites no momento da homologação (ROSA, 2017, p. 517).

Nas lições de Rosa (2017, p. 515), “a barganha [...] é inerente a vida econômica e significa um novo modo de pensar processo penal” e,

define-se a barganha como o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução da pena), negociado e pactuado entre as partes” (VASCONCELLOS, 2015, p. 68).

De mais a mais, “seja explícita, tácita ou algo entre isso, o ponto fundamental é que toda barganha acaba em um reconhecimento de culpabilidade (*guilty plea*) e, então, aborta o julgamento, e todo o reconhecimento de culpabilidade é uma confissão” (MCCOY, 2005 apud VASCONCELLOS, 2015, p. 69).

4.1 Barganha e delação premiada/colaboração premiada

No presente trabalho, parte-se da premissa, para fins didáticos, que as expressões colaboração premiada e delação premiada são sinônimas, em que pese doutrina em sentido diverso. Salienta-se que a Lei nº 12.850 (BRASIL, 2013) optou por utilizar a expressão colaboração premiada, todavia sem prejuízo de que sejam vistas como sinônimas.

O tema está longe de ser pacífico na doutrina pátria, havendo nítido imbróglio hodierno. Para Sanches da Cunha e Batista Pinto (2013, p. 34), “o instituto da colaboração premiada, ainda que contando com nomenclatura diversa, sempre foi objeto de análise pela doutrina, tratado que é como ‘delação premiada (ou premial)’, ‘chamamento de corrêu’, ‘confissão delatária’ [...]”. Nesse mesmo sentido, Meringhi e Alves de Arruda (2013, p. 73), aduzem que “embora a nova lei tenha utilizado a expressão ‘colaboração premiada’, a maior parte da doutrina emprega o termo ‘delação premiada’, que podem ser considerados sinônimos [...]”. Em sentido oposto, Lima (2017, p. 783), argui que a “delação e colaboração premiada não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência.

[...]. A colaboração funciona como gênero, do qual a delação premiada seria espécie”. Para este autor, então, “só há falar em delação se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho” (2017, p. 783). Gomes (2014), vai ao encontro do evidenciado por Lima (2017), e traz que “há diferença sim [...] entre colaboração premiada e delação premiada. Inspirado na doutrina de Vladimir Aras [...] entendemos que a colaboração (gênero) subdivide-se em cinco espécies [...]”⁷.

Feitas tais considerações, tem-se que o instituto da delação/colaboração premiada pode ser incluído dentro do conceito de barganha, sendo uma expressão da justiça negocial positivada no ordenamento pátrio, um verdadeiro negócio jurídico processual, em que

tal mecanismo pressupõe o reconhecimento da culpa (confissão) e, a partir disso, a colaboração à persecução penal criminal estatal, em regra com a incriminação de coautores e o desvelamento de informações importantes para a produção probatória; buscando-se um tratamento mais leniente (em regra, redução da pena) (VASCONCELLOS, 2015, p. 70).

Para Reginato e Parré (2017), “no Brasil, a colaboração premiada já existia em seu período de Império, sendo que as Ordenações Filipinas [...] traziam a possibilidade de conceder perdão a criminosos que colaborassem com a prisão de outros”⁸. Para Camila Alves Silva (2016, p. 12),

a origem histórica da delação premiada remonta à Idade Média [...] era usada para auxiliar no combate ao sincretismo e à heresia na Igreja Católica [...]
Assim, o delator que entregava o herege firmava sua fé e garantia seu *status* perante a sociedade [...].

⁷ Para Luiz Flávio Gomes (2014), as cinco modalidades de colaboração premiada como gênero são: a *delação premiada ou chamamento de corréu*, que é a destinada à identificação dos demais coautores e/ou partícipes da organização criminosa bem como das infrações penais por ela praticadas (artigo 4º, inciso I, da Lei 12.850/13), a *colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização (da burocracia)*, que é a colaboração focada na revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. (artigo 4º, inciso II, da Lei 12.850/13), a *colaboração preventiva*, que tem por escopo prevenir infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (artigo 4º, inciso III, da Lei 12.850/13), a *colaboração para localização e recuperação de ativos*, que almeja à recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (artigo 4º, inciso IV, da Lei 12.850/13) e a *colaboração para libertação de pessoas*, que tem por finalidade a localização da vítima (de um sequestro, por exemplo) com a sua integridade física preservada (artigo 4º, inciso V, da Lei 12.850/13).

⁸ Na história jurídica brasileira recente, Silva (2016, p. 22) traz interessante informação quanto ao primeiro acordo de delação da história, que foi no caso Banestado, considerado um dos maiores esquemas criminosos do Brasil, quando Alberto Youssef comprometeu-se a colaborar e não mais cometer crimes.

Lamy (2014 apud VASCONCELLOS, 2015, p. 111), traz que “a delação premiada é modalidade do denominado direito premial [...] no sentido de oferecer prêmios aos próprios autores, a fim de facilitar o desmantelamento de organizações criminosas”.

No dizer de Vasconcellos (2015, p. 112), “é instituto do Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução, podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios”. Em sentido semelhante, mas com mais enfoque no aspecto probatório e procedimental, Pereira (2013 apud VASCONCELLOS, p. 112), aduz ser uma “técnica de investigação sustentada na cooperação da pessoa suspeita”.

Frisa-se que, para o ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, em brilhante obra sobre o instituto em tela, “a delação premiada é a denominação popular da chamada colaboração premiada instituída pela Lei nº 12.850 [...] e fruto de progressiva formalização pelos magistrados de competência criminal ao longo de vários anos no trato da criminalidade organizada” (DIPP, 2015, p. 9). Para Anselmo (2016 apud ROSA, 2017, p. 527) trata-se de

um meio de obtenção de prova, com a devida regulação em lei, que implica uma confissão que se estende aos coautores e partícipes e tem como pressuposto a renúncia ao direito ao silêncio, implicando, por outro lado, na perspectiva premial, o recebimento de benefícios por parte do Estado.

Nas lições de Moro (2010 apud ROSA, 2017, p. 527) “a delação premiada consiste, em síntese, na utilização de um criminoso como testemunha contra seus cúmplices. Sua colaboração pode ser utilizada para que ele deponha em juízo como testemunha contra seus pares [...]”.

Do ponto de vista Teoria dos Jogos, tem-se que o jogador que adentra na seara da barganha não pode ser amador, sendo de suma importância a capacidade de negociação do *player* e, “embora o jogador-acusador deva jogar limpo, pode acontecer de omitir provas [...] e ameaçar o acusado a uma pena maior se ele não acordar/cooperar” (ROSA, 2017, p. 518). O mundo dos negócios é para quem sabe negociar, e a performance fará toda a diferença. Assim,

a colaboração/delação premiada é o mecanismo pelo qual o Estado autoriza, no jogo processual, por mecanismo da barganha, o estabelecimento de um ‘mercado judicial’, pelo qual o colaborador, assistido por um advogado, negocia com o Delegado de Polícia e/ou Ministério Público, informações capazes de incriminar o agente e carrear elementos probatórios contra terceiros (ROSA, 2017, p. 527).

A doutrina diverge em relação a natureza jurídica da colaboração premiada. Há quem entenda que possui uma natureza dúplice, servindo como prova testemunhal em relação aos que foram delatados e como confissão em relação ao delator (GRINOVER, 2000 apud VASCONCELLOS, 2015). Por outro lado, há juristas aduzindo que não se pode inferir que o delator é uma testemunha, por ser absolutamente interessado no processo, não estando o colaborador qualificado como terceiro alheio ao objeto processual (PEREIRA, 2013 apud VASCONCELLOS, 2015), sendo, portanto, um instituto de natureza *sui generis* (BITTAR, 2011 apud VASCONCELLOS, 2015). Para Lima (2017, p. 801), trata-se de “uma técnica especial de investigação, enfim, um meio de obtenção de prova” e, apesar de não ser enunciada entre as provas expressas no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), “deve ser reconhecida como tal, por servir de instrumento para a formação do convencimento do magistrado” (SILVA, 2016, p. 26).

No jogo dinâmico do processo penal, cada segundo é precioso, em especial, no que tange as delações premiadas e, assim sendo, “deixar para delatar depois pode ser uma tática dominada⁹, já que a potência da novidade pode proporcionar maiores benefícios” (ROSA, 2017, p. 529), havendo, na realidade, até mesmo um tempo certo para trair¹⁰, já que, se houver demora demasiada, as informações fornecidas pelo colaborador podem se tornar irrelevantes. Em outras palavras, quem demora muito a fechar negócio pode ver a informação que valia muito perder preço no Mercado da Delação, sendo que o fator tempo será crucial e, por isso, os jogadores profissionais e especialistas largam com preferência em relação aos demais. Não obstante, quanto ao Ministério Público, “o momento certo de fechar o negócio não depende somente dos delatores/colabores disponíveis, mas também dos que poderão entrar no mercado em curto, médio ou longo prazo” (ROSA, 2017, p. 550). Assim, “uma informação tem seu valor de face potencializado quando nova e relevante. Depois de descoberta, até pode ser interessante para compra por parte do Estado, mas já não valerá a

⁹ Entende-se por estratégia dominante a melhor escolha em face das demais estratégias, independentemente da estratégia dos demais jogadores e por estratégia dominada a pior escolha em face das demais estratégias.

¹⁰ Utiliza-se a expressão **trair** apenas para fomentar, em apertada síntese, a discussão trazida pela doutrina se a delação seria ou não uma afronta à ética e à moral, conforme instigação realizada por Renato Brasileiro de Lima (2017). Parte da doutrina (Natália Oliveira de Carvalho), posiciona-se contrário ao instituto, arguindo que ao preconizar que a tomada de uma postura infame, que é a de trair, pode ser vantajosa para quem pratica, o Estado premia a falta de caráter do codelinqüente, convertendo-se em autentico incentivador. Seria como se o Estado estivesse se valendo da cooperação de um delinqüente, comprada ao preço da sua impunidade, para fazer justiça, indo de encontro à valores indesejáveis à ordem social. A delação é considerada uma traição, sendo os delatores vistos como traidores. Em sentido oposto, há doutrina defendendo o instituto, arguindo que, apesar de ser uma espécie de traição institucionalizada, é um instituto de fundamental importância para o combate à criminalidade, rompendo o silêncio mafioso. Para essa corrente, pelo menos em uma análise sumária para o presente trabalho, preconiza-se muito mais os fins do instituto do que a sua própria natureza jurídica.

mesma coisa do que a informação nova” (ROSA, 2017, p. 549). Ademais, deve-se ter sempre em mente: quem diz faz grande diferença, influenciado no elemento credibilidade, não bastando apenas analisar o que é dito, mas quem diz, seja delator, testemunha etc.¹¹

Insta destacar ainda que há inúmeros jogos processuais paralelos, com inúmeros julgadores, partes, objetos etc. e a cotação do que se é delatado pode despencar na bolsa de valores de uma hora para outra. O valor do conteúdo da delação pode, em menos de um segundo, desvalorizar-se abruptamente, em virtude, por exemplo, dos vazamentos de detalhes da operação.

De mais a mais, é imprescindível que haja uma combinação – *matching* – entre os compradores e vendedores do mercado da barganha, devendo haver interesses convergentes entre os envolvidos, para que haja sucesso nas negociações. Nas lições de Rosa (2017, p. 531),

a teoria dos jogos será fundamental para compreender o mecanismo de maximização de ganhos dos jogadores envolvidos. As decisões estratégicas deveriam atender a estratégia dominante, tendo em vista agentes racionais. Mas nem sempre isso acontece, dada a limitação da racionalidade humana, bem assim a incidência de interesses estranhos à investigação, como interesses partidários, econômicos, ideológicos, religiosos, etc., dos jogadores [...] mesmo que de modo latente [...].

4.2 Jogadores, aplicabilidade e requisitos

Como dito alhures, há jogadores internos e externos no jogo processual. Entre os internos, há os jogadores em sentido estrito e em sentido amplo. Os protagonistas do mercado da barganha são os *players* da acusação, quais sejam, o delegado e promotor/procurador, e da defesa, em que o acusado deverá sempre ser patrocinado por um advogado ou defensor público. Destaca-se também que cada jogo é um jogo, em que pese as regras gerais e abstratas. Quer dizer, principalmente no que tange as delações premiadas, deve estar presente a noção de singularidade do jogo processual. Assim, “a delação/colaboração não é um jogo de normas somente; é um jogo de normas processuais com sentidos atribuídos por pessoas singulares, no tempo e no espaço” (ROSA, 2017, p. 555).

¹¹ Para Sérgio Moro, no prefácio do livro do professor Márcio Adriano Anselmo, “Colaboração Premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro”, os criminosos não se tornam automaticamente confiáveis por terem decidido colaborar com a justiça. O que os move não é, em regra, arrependimento sincero, mas os benefícios que pretendem alcançar. Assim, tudo o que o criminoso disser deverá haver prova de corroboração.

Apesar dos jogos serem singulares, às vezes os jogadores são repetidos, já tendo atuado naquele tribunal com aquele juiz em situações pretéritas. Aliás, isso é bem comum, em virtude da necessidade de verdadeiros especialistas qualificados para atuarem no campo da delação/colaboração premiada e, por essa razão, é possível a diferenciação entre os jogadores conhecidos e desconhecidos, sendo que a reputação dos jogadores faz grande diferença. Por causa disso, os *players* optam por interagir com quem já tiveram experiências positivas, e, nas lições de Rosa (2017, p. 534),

a tendência de jogar com quem age cooperativamente pode ser um ganho para ambos os lados. [...] O novo jogador ou mesmo o jogador que não se confia traz consigo um custo diante da informação assimétrica sobre seu comportamento. Jogar com jogadores conhecidos é dominante.

Quanto aos jogadores externos, apesar de não atuarem ativamente nas delações, agem de forma indireta na criação de circunstâncias favoráveis. Como aduz Marinho (2011 apud ROSA, 2017, p. 535), “nada melhor que um inimigo em comum para unir duas pessoas não necessariamente amigas. Indivíduos que compartilham inimigos tem a inclinação natural a trocar entre si atos altruístas”.

Os jogadores não podem estar ali por coação ou intimidação, estando a validade do jogo relacionada a essa aferição da capacidade de compreensão e deliberação técnica, sendo um dos papéis do juiz, verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade, conforme disposto no artigo 4º, §7º, da Lei nº 12.850 (BRASIL, 2013).

O magistrado é proibido de participar das tratativas, como estabelece o próprio direito positivo, no artigo 4º, §6º, da Lei nº 12.850 (BRASIL, 2013), sendo que, se fosse permitida a atuação do juiz na negociação, haveria a contaminação da vontade, o que obrigaria, de forma coativa e coerciva, o delator a aceitar o acordo, notadamente, quando o julgador estivesse ao encontro do órgão de acusação. Diante disso, o papel do juiz se restringe ao de garantidor da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais do acusado por meio do controle acerca da homologação da colaboração e o magistrado que participa de procedimento de homologação de colaboração premiada não está impedido para futura ação penal, vez que a hipótese não consta do rol taxativo do artigo 252 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Nesse mesmo sentido foi a decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal José Antonio Dias Toffoli, no julgamento do Habeas Corpus 97.553/PR, ocorrido em 16 de junho de 2010 (BRASIL, 2010), assim ementada:

Processual Penal. Habeas Corpus. Impedimento. Imparcialidade do julgador. Intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação premiada. Não configuração das hipóteses taxativas. Inocorrência. Art. 252 do CPP. Precedentes. Ordem Denegada

Com isso, a atuação do magistrado nos casos da delação premiada é inspirada na máxima de Montesquieu dos freios e contrapesos, arraigada em nosso ordenamento jurídico pátrio, possuindo o juiz o papel de controlar, adequar e fiscalizar o acordo de colaboração à lei. Ademais, “a única intromissão facultada ao juiz antes da homologação do acordo [...] seria a realização de uma audiência sigilosa com o colaborador e seu defensor [...] que não tem caráter instrutório, mas meramente fiscalizatório [...]” (TORTATO, 2017, p. 302), sendo uma audiência somente quanto ao aspecto formal do acordo.

Quanto à imparcialidade do magistrado, salienta-se, por oportuno, que o julgador não é neutro, “já que possui suas conotações políticas, religiosas, ideológicas etc., mas deve ser imparcial cognitivamente: afastamento subjetivo dos jogadores e objetivo do caso penal” (ROSA, 2017, p. 615). Em outras palavras, não se busca uma neutralidade, já que isto é impossível, mas sim um afastamento estrutural, um estranhamento em relação ao caso penal em julgamento, funcionando a imparcialidade como um princípio supremo do processo penal

De mais a mais, partindo do pressuposto que a delação premiada é obtida em um mercado de compra e venda de informações, tem-se que, de um lado, há o monopólio do comprador, que é o Estado, via *parquet*, e, do outro, possíveis vendedores de informação, que são os delatores/colaboradores. O preço dessas compras e vendas são fixados em virtude da qualidade e quantidade de informações vendidas, bem como da credibilidade desse material (ROSA, 2017) e, exatamente por isso, “vigora [...] via barganha [...] intenso mecanismo de negociação, em que o objeto é de conteúdo variado, já que o incremento de informações é fornecido pelo colaborador que poderá, mesmo sabendo mais, entregar o suficiente para a obtenção do benefício” (ROSA, 2017, p. 539). Nesse ponto, deve-se ter em mente a possibilidade de o colaborador fazer acordos paralelos com os possíveis delatados, a fim de vender a não entrega de informações relevantes, negociando, o delator, com os delatados, a venda do seu silêncio. Isto pode ocorrer com mais frequência quando o comprador das informações almejar verificar a qualidade do produto a ser adquirido antes de fechar o negócio, já que “o delator pode [...] selecionar os produtos que irá oferecer e, então, cobrar de possíveis ‘comparsas’ o seu silêncio, ou seja, não colocar os fatos e nomes” (ROSA, 2017, p. 554).

Em meio a essa zona cinzenta, frente à “ausência de requisitos seguros e de tradição jurídica para acordos de pena” (ROSA, 2017, p. 536) e ao balizamento normativo facilmente manipulável, haja vista que a “Lei 12.850/2013 não tem suficiência reguladora” (VASCONCELLOS, 2015, p. 16), a realização de um acordo de colaboração premiada deve ser permeada por algumas características procedimentais básicas, elencadas por Vasconcellos (2015), que são o consentimento do réu a partir de vontade livre, esclarecida e consciente¹², a necessidade de lastro probatório para a confirmação da confissão, a imprescindibilidade do acompanhamento de advogado em todos os atos (verdadeiro pressuposto de validade do acordo de colaboração), a postura passiva do julgador (proibido de participar das negociações, sendo mero homologador), a possibilidade de retratação e a vedação da utilização da declaração de culpa em caso de insucesso da negociação¹³. Quanto a isto, prevê a Lei nº 12.850 (BRASIL, 2013), no artigo 4º, §10, que, “as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

Os institutos negociais partem da premissa básica da confissão, havendo necessidade na delação premiada de acontecer a autoincriminação, devendo o delator participar ativamente (obrigação processual do agente) e a colaboração ser eficaz à persecução penal, havendo uma verdadeira renúncia expressa ao direito ao silêncio, com fulcro no artigo 4º, §14, da Lei nº 12.850 (BRASIL, 2013). De acordo com Aranha (2006 apud ROSA, 2017, p. 546), “a delação premiada somente ocorre quando o réu também confessa, porque, se negar a autoria ou atribuí-la a um terceiro, estará escusando-se [...]. O elemento essencial da delação [...] é a confissão do delator”.

Quanto à renúncia ao direito ao silêncio, Vasconcellos (2015, p. 194) aduz que

muito além de uma questão resolvida entre as opções de renunciar ou não aos direitos processuais, ao acusado é ofertada possibilidade de escolha ilusória, ao passo que uma eventual negativa à barganha, com o exercício do direito ao processo, finda por acarretar sanção penal mais gravosa ao réu na (quase certa) possível condenação posterior.

Para Lima (2017, p. 785),

¹² Para Eduardo Araújo da Silva (2014 apud VASCONCELLOS, 2015, p. 120), “A voluntariedade da iniciativa do colaborador é um dos pontos mais sensíveis do instituto no plano prático, ante a real possibilidade de constrangimentos para que haja uma colaboração eficaz. Se são previsíveis ocorrências de excessos para a extração de uma confissão durante as investigações, nada impede que também possam ocorrer na busca de uma colaboração eficiente, o que conduzirá inevitavelmente à ilicitude da prova obtida [...]”

¹³ Para Vinícius Vasconcellos (2015, p. 119), é insuficiente a declaração proferida pelo delator para motivar de forma isolada uma sentença condenatória. Para o autor, “trata-se de posição majoritária, ou até pacífica, da doutrina e da jurisprudência brasileira, ao passo que, semelhantemente à confissão regulamentada pelo Código de Processo Penal, sua valoração não pode ser determinante de modo exclusivo para a resolução do caso, sob pena de retorno a um sistema em que a palavra do acusado se torna ‘rainha das provas’.

a colaboração premiada é plenamente compatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere* [...] desde que não haja nenhuma espécie de coação para obriga-lo a cooperar, com prévia advertência quanto ao direito ao silêncio [...]. Afinal, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados.

[...]

É evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direitos são, por natureza, inalienáveis [...] mas sim em opção pelo seu não exercício, opção esta exercida voluntariamente pelo investigado/acusado.

Nesse mesmo sentido, Queijo (2012, p. 258), aduz que

é inegável que os benefícios legais estimulam a colaboração processual do acusado que comporta, quase sempre, a autoincriminação. Contudo, desde que não haja nenhuma forma de coação para compeli-lo a cooperar e que o acusado seja instruído quanto ao direito ao silêncio, não há violação ao *nemo tenetur se detegere*.

Apesar de o enfoque do presente trabalho não ser a análise minuciosa do direito positivo, mas sim como agir diante do posto à luz da Teoria dos Jogos, tem-se que, conforme a Lei nº 12.850 (BRASIL, 2013), o termo de acordo deverá seguir as formalidades do artigo 6º, sendo distribuído sigilosamente, conforme dispõe o artigo 7º. Ademais, em que pese a supramencionada lei ser referente às organizações criminosas, não há óbices a utilização de tais regramentos às delações premiadas em geral, fruto de uma aplicação analógica, de acordo com o defendido também por Gustavo Badaró (2014 apud VASCONCELLOS, 2015).

Nas lições de Bittar (2011 apud VASCONCELLOS, 2015, p. 123), “no ordenamento brasileiro existem quatro possibilidades de benefícios: 1) não aplicação da pena com perdão judicial; 2) diminuição da punição de um a dois terços; 3) cumprimento inicial em regime aberto; e, 4) substituição por pena restritiva de direitos” e, nos termos da Lei nº 12.850 (BRASIL, 2013), é possível a redução de um a dois terços na pena, o perdão judicial, a conversão em restritiva de direitos, a redução de até a metade ou progressão de regime, se a colaboração for durante a execução e o não oferecimento da denúncia, se antes de propositura da ação penal (artigo 4º). Salienta-se que, “quando o Ministério Público propõe o não processamento de alguém, percebe-se que a colaboração foi a mais completa possível, uma vez que inexistirá sequer um processo criminal pelo o qual o colaborador irá responder” (GOMES, 2017), havendo uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

4.3 O dilema do prisioneiro e a delação premiada: delatar ou não delatar?

Inicialmente, deve-se ter em mente que não é pelo simples fato de haver o acordo de delação premiada que transforma o jogo processual em um jogo cooperativo, fugindo da competitividade intrínseca ao processo penal. O jogo processual, via de regra, permanece competitivo, mesmo havendo um acordo entre acusação e defesa, ainda mais que pode haver durante as tratativas blefes, truques etc.

De mais a mais, nem sempre as melhores decisões individualmente consideradas são as melhores no contexto de jogos interdependentes, a exemplo do processo penal. Isto é, a estratégia dominante, no caso concreto, pode ser menos eficiente e, “no processo em que existam corréus pode não ser a melhor individualmente, devendo-se avaliar a possibilidade de cooperação a todo momento, com resultado melhores” (ROSA, 2015, p. 30).

O dilema do prisioneiro é um dos exemplos mais populares de aplicação prática da teoria analisada ao longo desse trabalho, tendo sido desenvolvido pelo professor da Universidade de Princeton, Albert Tucker (ALMEIDA, 2003), embora tenha sido criado por Merrill Flood e Melvin Dresher, cientistas do supramencionado instituto RAND (ROSA, 2017) e se popularizado por intermédio do economista Albert. W. Trivers (ELIAS; SACOMANO NETO; VITORINO FILHO, 2009). O dilema consiste na seguinte narrativa: dois investigados/acusados são suspeitos de terem violado uma determinada lei em concurso de pessoas e estão presos em locais distintos, não havendo comunicação entre eles. O acusador não possui evidências para que ambos sejam condenados pela autoria do crime e, por isso, propõe um acordo pelo qual,

se um prisioneiro confessar e o outro não, o que confessou será posto em liberdade, enquanto o que ficou calado receberá 12 (doze) anos de prisão. Se os dois confessarem a pena será, para ambos, de 10 (dez) anos. Já se permanecerem, os dois, calados, a pena será de 2 (dois) anos (ROSA, 2017, p. 79).

Rosa (2017, p. 79), traz que, “do ponto de vista racional, a estratégia dominante seria confessar (0 ou 10 anos), enquanto ficar calado (cooperar) pode implicar em 2 (dois) ou 12 (doze) anos de prisão, sendo, portanto, dominada”. No mesmo sentido, Pimentel (2007 apud ROSA, 2017, p. 79), que, em didática e minuciosa análise, aduz que,

qualquer que seja a ação do outro, cada prisioneiro obtém um resultado melhor para si se confessar [...] se não cooperar com seu parceiro. Imaginemos que o prisioneiro A confesse. O prisioneiro B pode confessar e ambos pegam 10 anos de prisão, ou não confessar e pegar 12 anos de prisão; o melhor é confessar. Se A não confessar, B pode confessar e ficar livre ou

não confessar e pegar 2 anos de prisão. Mais uma vez, o melhor é confessar. O que quer que A faça, o melhor resultado individual para B é confessar, isto é, não cooperar e entregar o companheiro. [...]. O que há de paradoxal nesta situação, no entanto, é que ao buscar o maior benefício individual, ambos chegam a um resultado pior do que aquele que teriam obtido se tivessem cooperado. De fato, se ambos confessarem, ambos terão uma pena de 10 anos, e se nenhum dos dois o fizer, terão uma pena de 2 anos. Há um conflito entre o cálculo do benefício individual e o melhor resultado coletivo: se julgarmos que a decisão racional é aquela que leva o maior benefício individual, dois agentes que tomassem suas decisões seguindo um cálculo racional não conseguiriam o melhor resultado [...]"

Assim, quando dois investigados/acusados são presos e possuem a faculdade de delatar, sem saber da decisão do parceiro, acabam realizando a cooperação com a persecução penal, por medo do companheiro fazer o mesmo primeiro. Em outras palavras, mesmo sem haver uma vontade natural e clara de delatar, o réu é pressionado, por fatores intrínsecos e extrínsecos, a atuar desta maneira, por medo de acabar prejudicado se não o fizer e “embora o acordo mais mutuamente benéfico seja os dois ficarem calados, o temor que cada criminoso tem de que o outro encarcerado possa testemunhar tende a fazer com que ambos os delinquentes acabem traindo um ao outro” (GOMES, 2017)¹⁴.

O ato de cooperar ou trair é uma decisão que compete apenas ao indivíduo. Trair é a estratégia dominante, mas, se ambos traírem, ambos se darão mal. Para Marinho (2011 apud ROSA, 2017, p. 80), “se eu achar que meu comparsa pensa exatamente como eu, concluo que ele vai confessar, o que me leva a um beco sem saída. Na prática, eu só posso confessar”. Reitera-se que deixar para delatar depois, pode ser uma estratégia dominada, haja vista que, “os benefícios de uma delação dependem de informação valiosa” (ROSA, 2017, p. 80).

O acordo de colaboração premiada pode ser concretizado em qualquer momento da persecução penal, seja durante a fase preliminar, durante o processo ou, inclusive, na fase de execução, com o cumprimento de pena (VASCONCELLOS, 2015), e o delator terá que assumir as consequências decorrentes do exposto. Não se tratam apenas de consequências diretas, mas também indiretas/externas, que envolvem os familiares, grupos de amizades, mídia, entre outros. Quanto à mídia, tem-se que “na delação premiada [...] pode ser tanto benéfica, quanto maligna, a depender de cada lado” (FALCÃO, 2016) e, por todo o exposto, a

¹⁴ Tal fato pode ser observado, como aduz o promotor de justiça Christiano Gomes (2017), claramente na Operação Lava-Jato, em que os delatores na operação “Lava-Jato” resolvem delatar o mais rápido possível, com o escopo único de impedirem que sejam eles os delatados e recebam a reprimenda mais elevada, enquanto o delator mais célere terá um dos benefícios legais (não oferecimento de denúncia, perdão judicial, diminuição de pena e etc). Em várias situações, pode ser claramente percebido que quando era feita a prisão de dois ou mais empreiteiros de empresas concorrentes, um dos acusados procurava a força-tarefa para fazer a delação premiada antes do outro e obter, assim, o melhor benefício. Isso é uma aplicação clara da “Teoria dos Jogos”, uma vez que ninguém quer pagar para ver se o outro irá delatar ou não o esquema criminoso.

decisão de delatar não é meramente individual, decorrente do âmago do agente, mas vai muito além, gerando inúmeros efeitos à coletividade que tangencia o delator.

Do ponto de vista da Teoria dos Jogos, o momento em que há a mudança, o ponto de virada, entre não delatar e delatar, é visto como a *Proposta Indecente*¹⁵, em que a análise dos benefícios supera os custos oriundos da operação negocial. Quando se há um processo criminal com inúmeros acusados, se todos decidirem ficar em silêncio, o Estado, por intermédio, via de regra, do Ministério Público, terá mais trabalho nas atividades probatórias e, caso consiga provas suficientes aptas a demonstrar a culpa, não distribuirá benefícios a nenhum dos réus. Assim, colaborar ou não, decisão individual, mas com fortes influências externas, depende da crença de que nenhum dos acusados irá se manifestar ativamente, confessando ou delatando. Trata-se de jogar no escuro, haja vista que, o processo penal é um jogo de informações imperfeitas, não havendo elementos suficientes sobre o comportamento dos demais acusados, mostrando-se a confiança, portanto, um favor decisivo sobre delatar ou não, devendo-se ter em mente se todos os acusados sustentarão o silêncio ou se algum dos acusados cederá à *proposta indecente* por parte do Estado.

Dessarte, nas lições de Rosa (2017, p. 549), “a questão básica gira em torno de qual o ponto em que a estratégia cooperar deixa de ser dominada e passa a ser dominante”. Os fatores são os mais diversos, não havendo como, *prima facie*, aduzir quais seriam as variáveis que o agente prestes a delatar levaria em consideração. Tudo dependerá do jogo concreto, sem se perder de vista que, cada jogo é um jogo e, por isso, “depende-se dos contextos e do que, efetivamente, está em jogo no mercado, tanto direta, como indiretamente (ROSA, 2017, p. 549)”. Por isso, “o ponto de virada em que a recompensa deixa de ser dominada e passa a ser dominante depende da função de utilidade. E sempre há um preço? Uma proposta indecente a ser aceita? Disso se faz o processo penal...” (ROSA, 2017, p. 552).

Do ponto de vista legal, são direitos do colaborador, usufruir das medidas protetivas previstas na legislação específica, que é a proteção à testemunha, ter nome, qualificação, imagens e demais informações pessoais preservadas, ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes, participar das audiências sem contato visual com os outros acusados, não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua previa autorização por escrito e cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados, conforme previsto no artigo 5º da Lei nº 12.850 (BRASIL, 2013).

¹⁵ *Indecent Proposal* (Proposta Indecente) é um filme norte-americano de 1993 dirigido pelo cineasta britânico Adrian Lyne.

4.4 A coercibilidade da proposta e as medidas cautelares

Hodiernamente, é incontestável que o Estado necessita de meios alternativos/extraordinários para que a persecução penal seja realizada de forma mais eficaz, para alcançar da melhor maneira possível a verdade processual¹⁶. Como dito alhures, por intermédio da delação, é possível descobertas que o Estado dificilmente conseguiria e, por isso, “é melhor dar benefícios a certo número de agentes menos culpados e assim chegar os principais” (SILVA, 2016, p. 32). Não obstante, “a delação pode ser vista como uma forma de suprir a ineficiência do Estado” (SILVA, 2017, p. 34), que não teve a capacidade para identificar e comprovar a autora e a materialidade dos fatos criminosos. Ademais, “a complacência do Estado para com criminosos que contribuem para o esclarecimento da verdade, traduz a implantação de política criminal que desconsidera a ética e a moralidade de que se deve revestir o ato público” (BARROS, 2012, p. 239), e, entre as críticas feitas que são feitas ao instituto, tem-se a de que o resultado obtido com a delação premiada fere o princípio da proporcionalidade da aplicação da pena, já que corréus que participam dos mesmos delitos, nas mesmas condições, podem receber penas desiguais.

No âmbito da justiça negocial, não basta ser inocente. Será preciso ter cartas probatórias defensivas, sob pena de com as cartas da acusação, mesmo inocente, ser a confissão e a culpa comportamento adequado. E isso deturpa a principal função do processo penal, o que gera críticas em relação ao instituto.

Em uma crítica à aceitação da proposta por parte do acusado, abarcando o assunto da coercibilidade da proposta do Ministério Público, Vasconcellos (2015, p. 165) traz que,

até Joana D’Arc e Galileu Galilei sofreram coações visando à aceitação do consenso em troca de promessa por leniência [...]. O cenário atual de expansão dos espaços de consenso e da necessidade estatal por colaboração do acusado para possibilitar sua persecução penal tem acarretado a recolocação da problemática [...]: ‘esperar passivamente a confirmação da presunção de inocência, ciente dos riscos que isso implica em um meio coercitivo por natureza, ou aceitar uma dessas regras e decidir resolver a questão do modo mais rápido e econômico possível.

A esse poder coercitivo da proposta ofertada pelo Ministério Público, às vezes oriundas de blefes¹⁷, com o argumento de pegar ou largar¹⁸ ou de oferta pública de

¹⁶ Para Barros (2012, p. 28), “a descoberta da verdade é meio e não fim do processo”.

¹⁷ Para Rosa (2017), o blefe é mecanismo de barganha em que o jogador se comporta, de modo aparente, com excesso de confiança diante do valor da aposta. O êxito do mecanismo dependerá muito da reputação do jogador na memória dos jogos anteriores e, no ambiente da barganha, o blefe encontra solo fértil. Salienta-se que há

informações (ROSA, 2017, p. 557), costumam os doutrinadores nomearem de preço do julgamento, pena de julgamento ou tesoura sancionatória (VASCONCELLOS, 2015, p. 167), em que pode haver ameaças de punições mais severas caso o acusado opte pelo silêncio e almeje prosseguir com o julgamento, ao invés de delatar. Nas palavras de Jorge Dias (2011 apud VASCONCELLOS, 2015, p. 167), “os réus que recusam o consenso são considerados incômodos e perturbadores”.

Para Vasconcellos (2015, p. 172), “o mecanismo da barganha possibilita condenações que seriam inviáveis em um julgamento em conformidade com o devido processo penal”, e, sendo assim, vislumbra-se, para o autor, no cenário norte-americano, uma série de negociações *half-loaf*, que significa mais valer um pássaro na mão do que dois voando, em que, quanto maior a dúvida, maior a coação exercida sobre o réu para que renuncie ao julgamento do reconhecimento da culpabilidade. Assim, com a introdução de mecanismos negociais na justiça criminal, há uma “inevitável potencialização de traços autoritários em aspectos fundamentais do processo” (VASCONCELLOS, 2015, p. 175).

Quanto à coercibilidade, relevante discorrer sobre a influência da prisão cautelar na coibição inerente ao acordo. Para Rosa (2017, p. 558), “a escassez de liberdade afeta o modo com que o sujeito manifesta sua vontade [...] um investigado/acusado solto dispõe de liberdade, enquanto o preso anseia por ela” e, por isso, o aceite proferido pelo acusado por ocorrer por intermédio de mecanismos de persuasão decorrente da interação negocial, dentre eles, a prisão para que, de forma indireta, haja a delação. Para Davis (1973 apud ROSA, 2017, p. 564), “pessoas que apostam num ‘ambiente festivo, confuso, quente, úmido, excitante’ [...] comportam-se muito diferentemente de pessoas que apostam no ambiente artificial, isolado, experimental”. Nesse mesmo sentido, aduz Barros (2012, p. 239), que há “o perigo de os agentes estatais utilizarem dos benefícios legais do instituto para pressionar o investigado ou acusado, que geralmente encontra-se fragilizado psicologicamente em razão de sua prisão”.

Em que pese a ausência de aferições objetivas, “a sensação de confinamento, desconforto ambiental e submissão ao regime institucionalizado da prisão altera a capacidade

diferença em blefar com jogadores amadores e profissionais. Enquanto estes antecipam o possível blefe, aqueles, randomizam, jogando com a sorte. Não basta ter boas informações, nem um bom caso, dado que muitas vezes o que importa é a capacidade pessoal de convencimento, de persuasão. O blefe, então, pode ser usado em cada subjogo, desde a negativa de confissão do acusado, arrolar uma testemunha, até as alegações finais.

¹⁸ Trata-se de tática processual denominada ameaça, que não se confunde com pressão ou coação de jogadores. Na ameaça, enquanto tática, o jogador coloca o oponente no dilema de acreditar ou não no ultimato, sendo algo comum ao longo das partidas. A ameaça para que possa ser crível, deve ser possível, dependendo da reputação dos jogadores que fazem a ameaça, da leitura do contexto processual e das recompensas. A comunicação no jogo da delação é condição de possibilidade para o seu êxito.

de apreensão da realidade, além de impor o estigma social da condição de presidiário” (ROSA, 2017, p. 559). Para Calamandrei (2002, p. 203),

o sequestro, de meio cautelar, transformar-se com frequência em meio de coerção psicológica, um meio expedito, poder-se-ia dizer, de agarrar o adversário pela goela [...] serve, ao contrário, para colocar uma das partes em condição de inferioridade, de competi-la a, antes que se decida a lide, pedir mercê por asfixia.

Assim, sob a ótica da Teoria dos Jogos, “a prisão do indiciado/acusado é modalidade de guerra com tática de aniquilação, uma vez que os movimentos da defesa estarão vinculados à soltura” (ROSA, 2017, p. 584), e “pode funcionar como forma de emboscada para delação, não só do agente, mas principalmente de terceiros” (ROSA, 2017, p. 561). De forma consciente, portanto, o Estado utiliza-se de ferramentas legalmente instituídas, ainda que não com o *mens legis*. Em texto publicado na revista *Consultor Jurídico*, Canário (2014) explicita que,

o uso das prisões preventivas como forma de forçar os réus [...] a colaborar com a investigação não é mais segredo. Em pelo menos quatro pareceres em Habeas Corpus, a Procuradoria Regional da República da 4ª Região defende a manutenção das prisões diante da ‘possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal’”.

De mais a mais, as medidas de indisponibilidade patrimonial funcionam como técnica de aniquilamento midiático. Para Lopes Jr. (2012, p. 905),

a pirotecnia das megaoperações policiais, com seus nomes marcantes, para além das sirenes e algemas, consta com esse importante argumento: indisponibilidade patrimonial. Mais do que prender, engessar o patrimônio dos suspeitos passou a ser uma grande notícia [...]. Assim, as medidas assecuratórias estão despertando do repouso dogmático para serem instrumentos de uso e abuso diário

Consequentemente, além de possuir forte apelo midiático, por bloquearem o patrimônio do acusado, afetam, inclusive, no pagamento do defensor e, por isso, estas medidas cautelares, entre elas, o sequestro e a prisão cautelar, figuram como mecanismos de pressão cooperativa, já que a prisão do acusado é modalidade de guerra com tática de aniquilação, os movimentos da defesa estarão vinculados à soltura (ROSA, 2017).

5 CONCLUSÃO

Observou-se, inicialmente, a origem e o conceito da Teoria dos Jogos, perpassando pela questão quanto ao seu desenvolvimento ter se dado em um ambiente extrajurídico, em que há sujeitos otimizadores por excelência. Nesse sentido, conclui-se que para ser aplicada ao direito processual penal, a teoria em comento necessita de uma revisitação, em virtude dos postulados inerentes à Teoria Geral do Direito, passando por um processo de profanação e adaptação.

Tentou demonstra-se como é possível observar o processo penal como um verdadeiro jogo, semelhante, guardada as suas proporções, ao jogo de xadrez, por exemplo. O jogo é uma metáfora da vida e depende das ações inter-relacionadas de múltiplos indivíduos otimizadores, não sendo o resultado obra divina, nem da sorte, mas fruto da dinâmica decorrente da interação entre os jogadores. Entre as características, concluiu que o jogo processual é competitivo, sendo tal competição mitigada, em tese, na Justiça Negociada, dinâmico e de informação incompleta e assimétrica.

De mais a mais, inferiu-se ser plenamente aceitável que cada um dos jogadores *lato sensu* não participam do jogo de forma pura e imparcial. O próprio Direito, como ciência, é atingível por fatores externos, como a moral e a religião, bem como os jogadores, que também são influenciados pela emoção e pelas experiências pretéritas. Quanto às regras do jogo, defendeu-se que o fato de se conhecer todas as regras do jogo não faz do participante um exímio jogador. Destacou-se que é imprescindível o conhecimento destas, mas que isso não basta, sendo necessário que o bom jogador possua capacidade de improviso frente às adversidades que podem surgir no decorrer dos subjogos, habilidade e o *fair play*, estando sujeito ao *doping* processual, que é fraude processual ensejadora de nulidade.

Noutro giro, após breves considerações quanto à introdução da Justiça Negociada no cenário pátrio, com o advento da Lei nº 9.099 (BRASIL, 1995), analisou-se a barganha no âmbito do processo penal, e considerou-se como sinônimo as expressões colaboração premiada e delação premiada, ficando estabelecido que o presente trabalho não se debruçaria sobre a análise minuciosa do direito positivo, mas tão somente analisaria este à luz da Teoria dos Jogos, não havendo críticas quanto à legislação, exceto quanto à parca regulamentação, mas buscando formas de se atuar frente ao posto. Frisou-se também, com a devida relevância, a atuação do magistrado nos acordos, nos quais, via de regra, atua como mero homologador, desempenhando o papel de garantidor da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais do

acusado, no Mercado de Negociações em que o Ministério Público visa comprar informações importantes que dificilmente seriam descobertas sem o auxílio dos traidores, e o acusado almeja os mais diversos benefícios, que variam de uma simples redução do *quantum* da pena, até a não propositura da ação penal por parte do *parquet*.

Posteriormente, aduziu-se que nem sempre as melhores decisões individualmente consideradas são as melhores no contexto de jogos interdependentes, com fulcro no Dilema do Prisioneiro, ponderando-se quanto ao ato de delatar, tendo em consideração o tempo, os benefícios e as vontades dos participantes. Buscou-se investigar, com as devidas limitações, haja vista que cada jogo é único, qual seria a Proposta Indecente e o que faria com que o acusado ou investigado aceitasse a proposta oferecida pela acusação. Se o acusado demorar a delatar, o tempo corre contra ele. Se delata rápido demais, não possui chances de barganhar maiores benefícios. Frente a essa dúvida, arguiu-se quanto à coercibilidade da proposta por parte do Ministério Público, questionando-se quanto à utilização abusiva e ilegal da prisão cautelar como forma de obter a delação e quanto à necessidade, no âmbito da justiça negociada, de não ser simplesmente inocente, mas de ter provas cabais de que é.

A delação premiada é um instituto que veio a acrescentar no ordenamento jurídico pátrio, especialmente quando aplicada às redes de organizações criminosas. Há parca regulamentação sobre o assunto, sendo o esboço normativo pátrio insuficiente para descrever e guiar a aplicação desse importante instituto jurídico. Não obstante, em que pese um silêncio normativo quanto aos inúmeros procedimentos e fases oriundos do acordo, há dúvidas, que poderão ser sanadas e explicitadas em futuros trabalhos, por meio de uma investigação empírica, qualitativa e recortada, quanto à real efetividade de uma legislação mais rígida e delimitada.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. E-book

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. 2. ed. Brasília: Grupos de Pesquisa - Arcos, 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 1941. Código de Processo Penal.

_____. Assembleia Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 9.099**, de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

_____. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.202**, de 2007. Disciplina a atividade de “lobby” e a atuação dos grupos de pressão ou de interesse e assemelhados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B7AEFB93FABDAD05258B90E487A7AF91.proposicoesWebExterno2?codteor=465814&filename=PL+1202/2007>. Acesso em: 05 ago. 2017.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 12.850**, de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC nº 97.553/PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 16 jun. 2010. Brasília, 2010.

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

CANÁRIO, Pedro. **Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar**. Consultor Jurídico. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>>. Acesso em: 24 set. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – lei 12.850/13**. Salvador: Editora Juspodivm. 2013.

DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2015.

ELIAS, Jorge José; SACOMANO NETO, Mário; VITORINO FILHO, Valdir Antônio. Teoria dos Jogos: uma abordagem exploratória. **Revista Conteúdo**, Capivari, v. 2, p.112-129, 2009. Disponível em: <www.conteudo.org.br/index.php/conteudo/article/download/24/16>. Acesso em: 01 ago. 2017.

FALCÃO, Letícia Prazeres. **A interferência midiática e o instituto da delação premiada no direito**. Webartigos. 2016. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-interferencia-midiatica-e-o-instituto-da-delacao-premiada-no-direito/144967>>. Acesso em: 13 out. 2017.

FREITAS, Daniela Borges. **Provas ilícitas e/ou ilegítimas no processo penal**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11336>. Acesso em: 09 set. 2017.

GOMES, Christiano Gonzaga. **Delação premiada e a Teoria dos Jogos com base no equilíbrio de John Nash**. Questão de informativo. 2017. Disponível em: <<http://questaoainformativo.com/delacao-premiada-e-teoria-dos-jogos-com-base-no-equilibrio-de-john-nash/>>. Acesso em: 13 out. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Há diferença entre colaboração e delação premiada?** Jornal Carta Forense. 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/14756>>. Acesso em: 30 set. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Tradução de João Baptista Machado

LEITE, Gisele. **A teoria dos jogos e os métodos de resolução de conflitos no direito processual**. Portal Jurídico Investidura. 2016. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/334898--a-teoria-dos-jogos-e-os-metodos-de-resolucao-de-conflitos-no-direito-processual>. Acesso em: 26 jul. 2017.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUNA, Juliano Antônio Fernandes de. **Teoria dos Jogos e neuroeconomia: de que maneira tomamos decisões**. 2014. 53 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/1357/1/Teoriadosjogoseneuroeconomia_Monografia.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2017.

MARINHO, Raul. **Prática na Teoria: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PARRÉ, José Luiz; REGINATO, Vitor Gomes. **O instituto penal da colaboração premiada e a teoria dos jogos**. Revista da ANPEC – Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia. 2017. Disponível em: <https://www.anpec.org.br/sul/2017/submissao/files_I/i7-2c4611015e9e8cd56793c81ab72f156e.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

_____. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. **Saiba quando jogadores externos influenciam no resultado da decisão**. Consultor Jurídico. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-mai-06/limite-penal-saiba-quando-jogadores-externos-influenciam-resultado-decisao-judicial>>. Acesso em: 13 out. 2017.

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

SALGADO, Priscila Mascarelli. **Conciliação como forma de solução de conflito no Direito**: Teoria dos Jogos aplicada à conciliação trabalhista. 2009. 230 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Estudos Pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8772?locale=pt_BR>. Acesso em: 02 ago. 2017.

SILVA, Camila Alves. **A delação premiada como instrumento de combate ao crime organizado**: uma visão entre a ética e o punitivismo. 2016. 51 f. TCC (graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **A possibilidade do tratamento de conflitos no âmbito do judiciário por meio da teoria dos jogos**. Desenvolvimento em questão, Ijuí, v. 7, n. 13, jan. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/167>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

SOTOMAYOR, Marilda Antônia de Oliveira; BUGARIN, Maurício Soares. **Lições de Teoria dos Jogos**. 2007. Disponível em <<https://bugarinmauricio.files.wordpress.com/2014/03/livrolicoesjogos2013conceitosbc3a1sic os.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

TAVARES, Nathalia de Andrade Veiga. **Possibilidades de Aplicação da Teoria dos Jogos ao Conflito Israelo-Palestino**: uma discussão do conceito de oferta final de arbitragem. 2014. 63 f. TCC (Graduação) - Curso de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <[http://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/677/1/Monografia - Nathalia Tavares.pdf](http://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/677/1/Monografia%20-%20Nathalia%20Tavares.pdf)>. Acesso em: 26 jul. 2017.

TORTATO, Moacir Rogério. O papel do juiz na delação premiada. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-grossense**, Cuiabá, v. 5, 2017.

Disponível em:

<<http://revistaemam.kinghost.net/revista/index.php/unicemam/article/view/575>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça criminal negociada**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IbcCrim, 2015.