

DELAÇÃO PREMIADA E A TEORIA DOS JOGOS COM BASE NO EQUILÍBRIO DE JOHN NASH

Christiano Leonardo Gonzaga Gomes ¹

1. Considerações Iniciais

O tema em epígrafe, qual seja, “Delação Premiada”, tornou-se alvo das mais variadas críticas no mundo jurídico, tanto no aspecto positivo quanto no negativo, muito em função da atuação enérgica da força-tarefa nominada de “Lava-Jato” ².

No presente trabalho, não serão tecidos comentários acerca do acerto ou não da aludida força-tarefa, mas sim os pontos abordados pela defesa e pela acusação para chegarem ao denominador comum, isto é, a delação premiada e os ônus e bônus que as partes terão a partir dela.

Antes de adentrar nos possíveis benefícios que a Lei 12.850/13 possibilita aos acusados, deve ser destacado que colaboração premiada e delação premiada são institutos que se relacionam de gênero para espécie, muito embora sejam tratados pela mídia e até mesmo por pessoas do meio jurídico como se fossem a mesma coisa.

A colaboração premiada pode ocorrer por meio de várias hipóteses, como entrega de contas clandestinas no estrangeiro, identificação dos “laranjas” que movimentam as aludidas contas ou que administram as chamadas *off-shores*³, recuperação total ou parcial do produto obtido por meio das infrações penais praticadas e, a mais utilizada, a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, comumente conhecida na prática pelo nome delação premiada.

¹ Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais; Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia nos cursos jurídicos da Saraiva Aprova, Aprova Concursos, Supremo Concursos, Pro Labore e Fundação Escola Superior do Ministério Público/MG; Professor Licenciado da Faculdade de Direito Milton Campos/MG; Autor das obras Vade Mecum e OAB Esquematizado pela Editora Saraiva; Palestrante; Mestre em Direito; Ex- Defensor Público/MG; Redes Sociais: 1) Instagram: @chrisgonzaga; 2) Facebook (página): @professorgonzagagomes; 3) Twitter e Periscope: @ChristianoProf; 4) You Tube (canal): Christiano Gonzaga

² <http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html>

³ É uma empresa criada em um paraíso fiscal no qual as leis dificultam a punição de crimes e a identificação do dono real da empresa. Embora possa ser utilizada para fins lícitos, é comum o seu uso para propósitos criminosos, caso em que funciona como uma empresa de fachada. Quando criada para fins ilícitos, a offshore será registrada em nome de “laranjas” do país em que é constituída, os quais outorgam procuração ao verdadeiro dono com amplos poderes de gestão da instituição de fachada. Esse verdadeiro dono pode ser, por exemplo, um agente público corrupto que, no momento seguinte, usará a offshore para abrir uma conta em algum outro país, onde esconderá o dinheiro sujo. <http://lavajato.mpf.mp.br/perguntas-e-respostas>

Pela análise feita, o instituto da colaboração premiada pode ser alcançado de várias formas, sendo considerado gênero do qual é espécie a delação premiada, objeto de estudo do presente artigo. Assim, não se deve fazer confusão entre colaboração premiada e delação premiada, uma vez que tecnicamente são institutos distintos, podendo coincidir apenas quando a forma de colaborar for a de identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa.

Para que se chegue a um acordo, é sabido que ambas as partes devem ter benefícios. O Ministério Público ou a Polícia, a depender de quem está propondo o acordo, deve conseguir com a delação premiada encontrar novas provas que, sem a ajuda do colaborador, não seria possível. De outro lado, o colaborador deve aquilatar qual tipo de benefício ele usufruirá, sendo possível desde o não oferecimento de denúncia (melhor dos benefícios) até a diminuição de pena (pior dos benefícios), na forma da Lei 12.850/13, abaixo transcrita no que interessa:

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

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

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 qual o colaborador irá responder. Ora, esse é sim o melhor dos benefícios, muito embora o público em geral pense que o perdão judicial seja o benefício mais almejado. Por meio do perdão judicial, o colaborador será processado, acusado e, ao final, será extinta a sua punibilidade com base no artigo 107, IX, Código Penal, tendo sofrido todas as misérias do Processo Penal, muito bem delineadas no livro de mesmo nome do autor Francesco Carnelutti⁴. Em certos casos, a espada de Dâmocles que acompanha a cabeça de um acusado é um mal muito pior do que a própria sentença condenatória, pois a pessoa fica sob a mira do sistema penal experimentando toda a sorte de desventuras, como intimações por meio de oficial de justiça, audiência de oitiva de testemunhas, interrogatório e etc. Assim, quando não há nem mesmo uma denúncia criminal por parte do titular da ação penal, o colaborador não sofrerá nenhuma mazela processual própria do sistema penal, sendo, então, o melhor benefício que algum colaborador pode obter.

Os demais benefícios previstos no artigo 4º, Lei 12.850/13, são mais voltados para aqueles que colaboram menos ou entregam provas que sejam menos relevantes, ficando ao cargo do Juiz apenas diminuir a reprimenda ou substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, sendo algo não tão almejado pela parte colaboradora.

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

Assim, os benefícios que podem ser concedidos estão elencados na forma acima disposta, devendo ser levado em consideração o caminho a ser percorrido por alguém que opta a fazer jus ao instituto da colaboração premiada, mais precisamente da sua espécie delação premiada.

2. Teoria dos Jogos

A chamada “Teoria dos Jogos” é uma teoria da matemática que analisa a interdependência das decisões tomadas por pessoas que estão relacionando-se por algum motivo. Nessa relação, ambas as partes dependem uma da outra para a tomada de decisão, o que se assemelha muito a um jogo.

Na visão de seus criadores, John Von Neumann e Oscar Morgenstern⁵, a matemática pode ser utilizada para que os jogadores tomem as melhores decisões baseadas no movimento do outro. Em qualquer tomada de decisão haverá a interferência da decisão já tomada pelo outro, o que possibilita uma análise combinatória das várias possibilidades dentro de um jogo. Dessa forma, cada jogador irá escolher a melhor estratégia para vencer o seu adversário, escolhendo a mais eficaz sempre tomando por base o perfil do outro.

A ideia de jogo é interessante quando se estudam cenários de situações em que as pessoas estão relacionando entre si e buscando a melhor tomada de decisão, mas existindo um natural conflito entre elas. Dessa forma, todos os jogadores irão buscar uma solução que otimize os seus ganhos.

Em qualquer situação de conflito, desde um simples jogo de *poker* até mesmo num acordo de delação premiada feito entre colaborador e autoridades públicas (Polícia e Ministério Público), como será analisado posteriormente, haverá um jogo entre as partes, sendo que o movimento de um deles será tomado com base na análise do perfil do outro.

No *poker*, quando um jogador faz uma aposta alta, o outro jogador ou demais jogadores irão analisar tal situação como a de que o apostador tem um jogo bom ou trata-se de mero blefe. Todavia, a aposta alta surtiu nos demais jogadores uma espécie de análise que irá nortear a estratégia para os futuros passos, podendo alguém dobrar a aposta, pagar para ver ou então desistir. Os jogadores irão buscar a solução que mais otimize o seu próprio ganho. Tudo isso é uma análise da Teoria dos Jogos iniciada no campo da matemática e difundida para os demais ramos.

Na famosa “batalha dos sexos”, que se constitui numa simples relação íntima entre homem e mulher, haverá a ideia de jogo. Por tal análise, o homem e a sua mulher desejam sair para passear. O homem prefere assistir a um jogo de futebol enquanto que sua mulher prefere ir ao cinema. Se eles forem juntos para o futebol, então o homem tem satisfação maior do que a mulher. Por outro lado, se eles forem juntos ao cinema, então a mulher tem satisfação maior do que o homem. Finalmente, se eles

⁵ J. von Neumann e O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton University Press, 1944.

saírem sozinhos, então ambos ficam igualmente insatisfeitos. Nessa simples situação, tem-se a ideia de conflito entre os participantes de uma relação social, devendo ser analisada a solução sob o prisma da “Teoria dos Jogos”, em que uma das partes terá que ceder ou então ambas buscam uma outra alternativa como ir num local diferente do cinema e do jogo de futebol.

Nessa sistemática, surge a ideia de jogos de soma zero e jogos de soma diferente de zero. No jogo de soma zero, o benefício total para todos os jogadores, para cada combinação de estratégias, sempre soma zero, ou seja, o jogador que vence sempre ocasiona o prejuízo do outro. O *poker* citado acima exemplifica um jogo de soma zero, porque o vencedor recebe exatamente a soma das perdas de seus oponentes.

Já nos jogos de soma diferente de zero ocorre algo diferente, isso porque algumas saídas têm resultados combinados maior ou menor que zero. Informalmente, em jogos de soma diferente de zero, o ganho de um dos jogadores não necessariamente corresponde à perda dos outros. Se um jogador ganha, o outro nem sempre perdeu, podendo ter ganhado algo também. No caso da delação premiada, pode-se dizer que há um jogo de soma diferente de zero, uma vez que quando as partes resolvem celebrar o acordo ambas estarão perdendo um pouco, ou seja, a acusação estará deixando de processar ou irá sugerir uma pena menor, enquanto que o colaborador estará entregando provas e/ou valores que obteve com a prática da infração penal.

Esse panorama de jogo de soma diferente de zero, no que tange à delação premiada, irá acontecer se o acusado resolver fazer o acordo em que entregará os demais coautores e partícipes, mas antes deve ser analisado o famoso equilíbrio de John Nash, em que serão analisadas as melhores soluções dentro da “Teoria dos Jogos”, mais precisamente no “Dilema dos Prisioneiros”.

3. Equilíbrio de John Nash e o Dilema dos Prisioneiros

Um dos temas mais relevantes que se tem conhecimento nos dias atuais, em se tratando de delação premiada, é sobre o “Dilema dos Prisioneiros”, no qual a figura do delator torna-se tema central para analisar as possíveis estratégias entre todos os jogadores/acusados.

Para que se torne clara a questão, foi feito um estudo que se colocaram dois prisioneiros em celas distintas, ocorrendo a figura de jogo não-cooperativo, pois os prisioneiros não podem comunicar-se, restando impossível saber o que cada um está pensando como estratégia de defesa do outro.

Imagine que dois criminosos tenham sido capturados e ficam presos separadamente para serem interrogados. A eles são oferecidas as seguintes opções: se nenhum testemunhar contra o outro, ambos cumprirão apenas 6 meses de pena. Se os dois traírem e testemunharem, eles serão condenados a três anos. Todavia, se um testemunhar, e o outro não, aquele que testemunhou ficará livre da prisão, enquanto que o outro terá que cumprir uma pena de 10 anos. O dilema do prisioneiro, portanto, é trair ou não trair. 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.

A escolha entre trair ou não trair é a mais difícil de ser feita, uma vez que em jogos onde não se sabe qual será a escolha do outro, em virtude da incomunicabilidade de ambos, a insegurança de que o outro venha a delatar leva à traição imediata de um dos dois. Isso ocorre comumente nos casos da “Lava-Jato”, quando, numa dada operação, várias prisões são efetuadas e os prisioneiros são colocados em celas distintas e incomunicáveis. Surge a dúvida entre delatar e ter o melhor benefício, que no caso acima seria a pena de dez anos para o que optar em ficar calado e liberdade para o delator. O chamado dilema do prisioneiro consiste em analisar se irá trair/delatar antes do outro para ter a sua liberdade garantida ou ficar em silêncio e correr o risco de pegar a pena mais alta.

Na visão de John Nash, ou melhor, no chamado equilíbrio de Nash, todos os jogadores possuem uma estratégia bem definida e não podem modificá-la, independentemente do que aconteça. Isso pode ser aplicado no “Dilema dos Prisioneiros”, em que a melhor saída seria o silêncio de ambas as partes, para que ninguém entregue um ao outro e a pena aplicada para os dois será a menor possível. Pelo equilíbrio de Nash, a melhor estratégia seria o silêncio acerca dos fatos, sem que haja a entrega de um comparsa pelo outro, pois aquele que entregar primeiro gozará do melhor benefício e outro terá a pior reprimenda. Todavia, como ambos estão incomunicáveis, torna-se impossível adivinhar quem fará a confissão ou traição primeiro, podendo ocorrer, ainda, a traição mútua de ambos.

4. Caso “Lava-Jato” e o equilíbrio de Nash

Como foi visto acima, quando dois prisioneiros são colocados em celas distintas e incomunicáveis, o fato de um não saber qual será a estratégia adotada pelo outro gera uma insegurança muito grande em ambas as partes. Sabe-se que a melhor solução seria ambos ficarem em silêncio ou então um dos dois delatar o outro mais rápido. Não obstante, o fato de ser um jogo não-cooperativo entre os jogadores, há um total descontrole de ambas as partes por não saber qual será a estratégia adotada pelo outro para poder haver uma escolha baseada na tomada de decisão prévia de um dos dois. A ideia de ação e reação não existe no dilema do prisioneiros, uma vez que não se sabe qual será a postura do outro. Trata-se de um jogo às escuras.

Com base nessa insegurança 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.

Em que pese tenha sido dito aos quatro cantos que a prisão de muitos acusados foi que forçou várias delações premiadas, uma vez que estando preso e podendo ser solto mediante a identificação de coautores e partícipes o delator aponta os demais acusados para sair da prisão, tal assertiva, ao nosso sentir, é totalmente equivocada.

Ora, o que gera a necessidade de delatar os demais comparsas é a possibilidade de ser delatado e responder por crimes com penas elevadas e sem qualquer benefício, sendo esse o motivo pelo qual a delação é feita, independentemente de o delator estar preso ou não. O fato da prisão é levado em consideração em parte, uma vez que a maioria dos delatores (70%) optaram pelo acordo de delação premiada quando já estavam soltos⁶ para evitar que fossem condenados definitivamente a penas elevadas. Esse percentual demonstra que a opção pelo acordo de colaboração premiada, na modalidade delação premiada, foi feita com base na possibilidade de receber penas bem elevadas e sem qualquer benefício. Em muitos casos, como ocorreu com o acusado Marcelo Odebrecht, mesmo já estando preso há mais de um ano, ele nunca havia pensado em fazer um acordo de delação premiada, o que somente foi feito depois de sopesar os prós e contras com o seu pai⁷ e, possivelmente, ambos enxergaram que muitos outros empreiteiros já estavam soltos e usufruindo de benefícios legais porque já haviam entregado os demais comparsas. Caso ele demorasse mais a optar por uma delação premiada, os benefícios legais seriam cada vez mais escassos, pois pouca prova ele poderia acrescentar na investigação. Percebe-se, então, que o fato de encontrar-se preso há bastante tempo não foi crucial para que ele delatasse, mas sim a possibilidade de ser condenado a penas elevadas pelos mais variados crimes foi que determinou a escolha pelo acordo de delação premiada, sendo que tudo estava caminhando para esse norte.

Analizando-se essa situação de delação premiada para evitar penas elevadas e ausência de benefícios, percebe-se que pelo equilíbrio de Nash a melhor saída ou opção a ser tomada pelos prisioneiros na operação “Lava-Jato” seria a de todos ficarem em silêncio. Ora, se o Ministério Público ou a Polícia está querendo que seja feito um acordo de delação premiada é porque não possui muitas provas para a condenação de outros acusados, sendo que a identificação dos demais coautores e partícipes que não era de conhecimento das autoridades públicas, bem como o reconhecimento de que os próprios delatores participavam do esquema criminoso, permite o robustecimento das provas para a condenação, que antes da delação apresentava-se um pouco fragilizada. O acordo de delação premiada irá facilitar a produção de provas para o processamento do delator e dos delatados. Essa é uma questão lógica e difícil de fugir, pois o acordo entabulado entre as partes beneficia em muito os investigadores que até então possuíam provas com peso menor.

Se a Lei n. 12.850/13, em seu artigo 4º, autoriza a aplicação de benefícios desde que ocorra um ou mais resultados previstos nos incisos de I a V⁸, é porque tais provas não

⁶ <https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoas-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>

⁷ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/06/1783086-em-um-ano-na-prisao-herdeiro-da-odebrecht-passou-por-conversao.shtml>

⁸ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

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

são de conhecimento dos investigadores. Se assim não fosse, inexistiria razão para que se ofertasse o acordo de delação premiada, caso as autoridades públicas tivessem conhecimento de todas essas situações legais. Todavia, não é fácil estar na situação do processado que pode no futuro ser condenado, nem muito usual pagar para ver se as autoridades públicas possuem provas robustas para a condenação. Trata-se de um jogo em que o acusado não sabe quais são as cartas que os investigadores possuem, resolvendo colaborar para obter algum benefício em vez de ficar esperando de forma insegura algum tipo de ataque. O medo de que as autoridades públicas possuam provas robustas contra ele faz com que surja a opção pela delação. Todavia, cumpre ressaltar, esse medo é uma ilusão, pois nenhum membro do Ministério Público ou da Polícia iria aceitar conferir benefícios legais para o acusado se as provas já fossem suficientes para a condenação de toda a organização criminosa. Esse é o ponto que deve ser sopesado, fazendo também parte do jogo, quando alguém for escolher entre delatar ou não.

Percebe-se que há um conjunto de fatores que cria uma insegurança no delator e que faz com que ele delate. Deve ser lembrado que o fato de delatar gera para o delator a presunção de confissão da infração penal na qual ele está colaborando e implica a produção de outras provas que até então os investigadores não conheciam. Foi nessa linha de pensamento que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o acordo de delação premiada constitui um meio de obtenção de prova, ou seja, pode ser utilizado para chegar-se a outros eventos probatórios que não se tinha conhecimento até o momento. Para aclarar a questão, segue acórdão esclarecedor acerca da natureza jurídica do aludido acordo da lavra do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

EMENTA Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas

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

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

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

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

restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada

1. *omissis*

2. *omissis*

3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui **meio de obtenção de prova** (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).

4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “**meio de obtenção de prova**”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração (**HC 127483/STF**).

Cumprido ressaltar, ainda, que o acordo de colaboração premiada, apesar de ser meio de obtenção de prova, não pode ser utilizado unicamente para que o Juiz prolate uma sentença condenatória, ou seja, para que o delatado seja condenado pelos crimes que o delator apontou, importante anotar que outras provas devem ser produzidas para que de fato ocorra a condenação criminal. O acordo de delação premiada por si só não gera a condenação do delatado, sendo essa a disposição legal que rege a utilização da delação premiada como meio de obtenção de prova. Nesse sentido, a Lei 12.850/14, em seu artigo 4º:

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Por todo o exposto acima, fica patente que a delação premiada irá permitir a produção de provas que antes ainda era impossível, demonstrando tal situação a ineficiência estatal para coibir e investigar certos tipos de crimes, fazendo com que o Estado torne-se um aliado do criminoso/delator. Talvez essa seja a maior crítica que muitos opositores dos acordos de delação premiada façam, pois se o Estado não possui a prova que vai ser ofertada de bandeja pelo delator, melhor seria se este ficasse em silêncio e se defendesse daquilo que foi produzido pelo Ministério Público ou Polícia até o momento contra ele, o que pressupõe ser prova mais frágil, pois se fosse prova robusta o acordo nem mesmo seria proposto ou aceito pelos órgãos de persecução criminal.

Apesar de tudo isso que foi destacado acima, ainda assim o número de acusados que desejam fazer a delação premiada é bem maior do que aqueles que preferem ficar em silêncio. Isso se dá por causa do “Dilema dos Prisioneiros”, pois se numa operação prenderem dois executivos importantes de uma empreiteira, sempre haverá a dúvida se o outro irá delatar primeiro ou vai esperar ser delatado. Mesmo sendo orientado por seu advogado a não aceitar qualquer acordo de delação premiada, torna-se muito complexo para o acusado ficar em silêncio, além de saber que o outro pode estar delatando-o e, na próxima etapa, usufruir de benefícios legais que ele não mais poderá ter.

O “Dilema dos Prisioneiros” consiste exatamente nessa escolha entre delatar ou não o outro comparsa, de forma que o delator irá ter para si os benefícios legais. Os advogados criminalistas de ponta no Brasil sabem que a melhor solução é não optar pela delação premiada, uma vez que se o acordo está sendo proposto é porque as autoridades públicas não possuem provas suficientes para a condenação. Todavia, o seu cliente estará sempre com a angústia de que o outro pode estar delatando-o, sendo que não será possível descobrir se o comparsa estará de fato valendo-se ou não dos benefícios legais, haja vista que estão incomunicáveis. Isso porque a situação de delação premiada é uma espécie de jogo não-cooperativo, como já se explicitou acima, não sendo possível a tomada de decisão com base na escolha que o outro fizer, pois esta não será conhecida tão cedo, salvo quando tornar-se pública.

Ademais, para que fique mais angustiante o jogo, todo acordo de delação premiada é feito no mais absoluto sigilo, na forma do que dispõe o artigo 7º, *caput*, Lei 12.850/13, nestes termos:

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

Não sendo possível ao advogado do delatado ter acesso ao que foi entregue pelo delator, torna difícil elaborar uma estratégia se o cliente deve delatar ou não sem saber o que está sendo feita, às vezes, na sala ao lado do mesmo presídio onde ambos os comparsas estão presos. Óbvio que não se deve ser ingênuo a ponto de acreditar que nenhuma delação premiada supostamente sigilosa possa vazar, pois no Brasil tudo é possível e casos semelhantes já ocorreram. Não obstante, tal situação é uma exceção, não devendo o operador do Direito raciocinar como se isso fosse a regra. A regra é

que as delações premiadas são feitas de forma sigilosa, na esteira da disposição legal acima transcrita.

Assim, sendo sigilosa a delação premiada já engendrada pelo órgão de persecução criminal e o delator, o outro parceiro ficará no escuro e angustiado se deve ou não delatar. Caso opte por delatar, ocorre a pontuação máxima pelo membro do Ministério Público ou policial que esteja atuando nesse jogo. O Estado, dessa forma, estará colhendo provas relevantes de ambos os acusados e o benefício nem será tão útil assim, aplicando-se, quiçá, uma mera diminuição de pena para ambos.

Nesse contexto de ideias que o equilíbrio de Nash deve ser utilizado, devendo atentar-se para a melhor solução sob o prisma dos prisioneiros que estão num dilema entre trair/delatar ou não. A melhor solução, então, na visão matemática da teoria dos jogos e com base no equilíbrio de Nash seria a escolha de não delatar e, por consequência, não ajudar o Estado a produzir provas contra si e terceiros. Ora, tal assertiva é a melhor porque ambos terão penas pequenas com base nas poucas provas produzidas até o momento pelos órgãos de investigação ou até mesmo poderão ser absolvidos se as provas forem frágeis a ponto de não serem complementadas na instrução criminal, ocorrendo, ao final, uma sentença de absolvição com base no artigo 386, VII, CPP, não existindo prova suficiente para a condenação.

Em que pese essa seja a melhor solução na visão do equilíbrio de Nash no “Dilema dos Prisioneiros”, em termos de operação “Lava-Jato”, percebe-se que os acusados cada vez mais distanciam-se dessa opção de silêncio absoluto acerca dos autores e partícipes que compõem a organização criminosa, pois o medo e angústia de já estarem sendo delatados fazem com que eles procurem as autoridades públicas e optem pela delação premiada. Em termos de “Lava-Jato”, os personagens desse cenário são pessoas que não estão inseridos exclusivamente no mundo do crime. São pais de família, pessoas que possuem profissão lícita, funcionários públicos e toda gama de cidadãos que, em parte, levam uma vida normal e, na maior parte dos momentos, dentro dos preceitos legais. Em alguns pontos tais pessoas optaram por praticar crimes de colarinho branco e alavancaram os seus lucros, mas não são personagens voltados exclusivamente para a criminalidade.

Por essa razão que inexistente no cenário da operação “Lava-Jato” o silêncio sepulcral dos ambientes mafiosos de outras organizações criminosas de além-mar. Na famosa “Cosa Nostra”, organização criminosa que se iniciou na Itália e alastrou-se para os Estados Unidos, é perfeitamente possível o entendimento de que o equilíbrio de Nash possa ser facilmente alcançado, não havendo traição/delação por parte de nenhum integrante do esquema mafioso. Ora, para deixar claro o que se está dizendo aqui, colaciona-se uma passagem do livro “A História da Máfia”, de Jo Durden Smith, em que se explica o surgimento da expressão “Máfia”, onde se torna intuitivo o porquê de não existir delação premiada em tais ambientes, nesses termos:

“O néofito é levado a um lugar reservado, que poderia ser até a casa de alguém, na presença de três ou mais Homens de Honra da Família. Então o mais velho dos presentes lhe informa o propósito de *questa cosa*- “esta coisa”- é proteger os fracos e eliminar os opressores. Então fura-se o dedo de uma das mãos de quem faz o juramento e deixa-se o sangue

pingar em uma imagem sagrada. Aí a imagem é colocada na sua mão e queimada. Nessa hora o neófito tem de suportar o fogo, passando a imagem sagrada rapidamente de uma mão para a outra até que apague, e jura permanecer fiel aos princípios da *Cosa Nostra* (Nossa Coisa), declarando solenemente: ‘Que a minha carne arda como essa imagem santa se eu for infiel a este juramento’.”⁹

Por essa rápida passagem percebe-se nitidamente que o juramento inicial feito por aquele que ingressa num esquema puramente criminoso evita qualquer delação premiada futura, caso o néofito seja preso ou investigado. O ritual simbólico para ingressar no esquema criminoso tem como tema central a fidelidade à máfia, demonstrando que qualquer traição irá gerar uma reação incandescente por parte dos demais integrantes, ocorrendo em muitos casos a famosa “queima de arquivo”, em que o delator é morto por ter entregado os demais comparsas.

São esses fatores que fazem com que os integrantes da máfia sempre optem pela famosa *omertà*, que no italiano significa “lei do silêncio” ou “cumplicidade tácita”. Esse voto de silêncio pode ser percebido pela passagem acima destacada quando alguém vai ser iniciado nos princípios mafiosos, sendo que quem não silencia será silenciado.

Por isso que num ambiente mafioso é possível alcançar o equilíbrio de Nash, o que não ocorre em casos de empreiteiros que desconhecem os princípios básicos da máfia e optam por delatar o mais rápido possível para ter os benefícios legais. Num esquema puramente mafioso, o delator sabe que poderá até obter bons benefícios legais entregando os demais comparsas, mas, num futuro não distante, será silenciado e pagará a delação com a própria vida ou até mesmo à custa dos seus entes queridos. Por isso que não há benefício legal capaz de resguardar a vida de qualquer delator no cenário da máfia.

Empreiteiros, políticos e empresários que realizam condutas criminosas e integram organizações criminosas não estão fidelizados aos princípios mafiosos. Claro que não se está defendendo nesse pequeno ensaio a *omertà* dos mafiosos, mas apenas demonstrando que na operação “Lava-Jato” o equilíbrio de Nash não será nunca alcançado, sendo corriqueira as delações premiadas praticadas pelos integrantes das organizações criminosas. No presente trabalho analisa-se apenas o porquê de tantas delações premiadas terem sido realizadas no âmbito da operação “Lava-Jato”, sendo o silêncio uma opção raramente escolhida pelos inúmeros criminosos.

É muito diferente o esquema puramente criminoso e aquele parcialmente criminoso. Na máfia o que se busca é a prática inicial de crimes para obter recursos para manter a chamada “Família”. Somente depois que se praticam atos de lavagem de dinheiro para esconder o caráter ilícito e espúrio da vantagem auferida. Inicialmente, o que se quer é a manutenção do esquema puramente criminoso, mas é nesse início que o ritual de fidelização é feito e impede qualquer delação premiada futura, ainda que durante a total legalização do esquema previamente mafioso.

⁹ SMITH, Jo Hurden. *A História da Máfia*. 2015. São Paulo. M. Books do Brasil Editora Ltda. p. 35.

Já nas situações parcialmente criminosas, desde o primeiro momento, praticam-se condutas lícitas, iniciando-se uma sociedade empresária como qualquer outra e com fins puramente legítimos. Somente depois de um tempo é que surge a ideia de praticar crimes para alavancar os ganhos e obter quantias elevadas que poderão dar uma vida luxuosa para os seus integrantes. Todavia, a base de criação dessa segunda forma de organização criminosa é unicamente com propósitos lícitos, não havendo nenhum tipo de acordo ou ritual visando ao silêncio, até porque não se prevê que futuras condutas criminosas serão praticadas, uma vez que elas surgem naturalmente das necessidades diárias dos sócios que buscam ganhos fáceis e exacerbados, acabando por praticarem infrações penais para obtê-los. Então, não há necessidade de amarrar os seus integrantes desde o início numa espécie de “código do silêncio”. Daí ocorrerem tantos acordos de delações premiadas sem que os seus integrantes preocupem-se com a sua integridade física ou de seus familiares.

Isso também ocorre porque o Brasil não é um país tradicional em possuir no seu território organizações criminosas no estilo mafioso. O que se tem na visão tupiniquim é sociedade empresária com fins lícitos que desandou para esquemas criminosos. Os próprios integrantes da organização criminosa gerada no seio de uma empreiteira sabem que “queima de arquivo” e outras práticas espúrias não são tão comuns, o que estimula a escolha pela delação premiada. Claro que em alguns casos pode existir ameaças contra pretensos delatores, mas isso não é o rotineiro, pois todos os delatores da operação “Lava-Jato” estão fora dos presídios e vivos, não se tendo notícia de nenhuma morte.

Alguns adoradores da “Teoria da Conspiração” colocam na conta de esquemas mafiosos certas mortes ocorridas no Brasil, como o caso do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki¹⁰. Inicialmente, o fato de um Ministro que estava em vias de homologar a mais temida delação premiada (Odebrecht) seria motivação por si só idônea para causar a morte do referido Ministro. Entretanto, ousa-se discordar de tal afirmativa, uma vez que a homologação do acordo de delação premiada é ato puramente declaratório e sem qualquer carga decisória relevante.

Pela análise da já citada Lei 12.850/13, o Juiz que for homologar o citado acordo terá que se ater apenas à regularidade, legalidade e voluntariedade¹¹. Ora, qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal, ainda que com posições políticas mais exacerbadas, iria homologar a citada delação premiada que não violasse as premissas legais. Não se trata de julgamento, mas apenas de análise de questões formais. Tendo em vista essas considerações que não se acredita em atitudes mafiosas para assassinar um Ministro do Supremo Tribunal Federal. O Brasil não tem raízes mafiosas como ocorre na Itália, mais precisamente na Sicília, considerada o berço do surgimento da

¹⁰ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/01/1851293-morte-de-teori-zavascki-alimenta-teorias-da-conspiracao-na-internet.shtml>

¹¹ Lei 12. 850/13, art. 4º, § 7º : Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

máfia¹². Neste último, com certeza, muitos crimes foram feitos para encobrir esquemas notadamente mafiosos, como homicídios de juízes e autoridades públicas.

Por todo o exposto que se afirma a impossibilidade de ocorrer o equilíbrio de Nash com a opção pelo silêncio absoluto em esquemas que não são notadamente mafiosos. A simples ocorrência de um sem número de delações premiadas permite a assertiva de que não se está diante de uma estrutura mafiosa de poder nos casos da operação “Lava-Jato”.

5. Considerações finais

Com base em tudo o que foi explicitado acima, considerando-se que os acusados no caso da operação “Lava-Jato” estão participando de um jogo não-cooperativo quando ocorre a oportunidade de acordo de delação premiada, pode-se afirmar que a melhor saída para eles seria o silêncio desde a primeira fase da aludida operação. Se a opção do primeiro investigado fosse a de exercer a *omertà* dos esquemas puramente mafiosos, dificilmente os investigadores teriam chegado a searas de poder tão elevadas que foram capazes de abalar as estruturas da República. Sem tirar o crédito de pessoas tão geniais que atuam na força-tarefa denominada “Lava-Jato”, as quais foram capazes de filtrar e processar informações tão relevantes para combater o câncer que se alastrou no Brasil que é o crime contra a Administração Pública, a delação premiada feita inicialmente foi responsável em desvendar o quebra-cabeça da corrupção praticada há décadas de forma sistemática e por peças do jogo até então desconhecidas dos investigadores.

Todavia, como a organização criminosa que envolve políticos e empreiteiros não foi fundada em rituais rígidos de coibir qualquer tipo de delação, a maioria se viu numa posição de jogo em que deveria agir rápido para salvar a sua pele e obter o melhor benefício. Passou a ser um jogo de estratégia rápida e de movimentos velozes, pois aquele que demorar para fazer a delação premiada estaria correndo sério risco de não obter benefício algum.

Caso o primeiro investigado tivesse optado em não delatar e responder o processo criminal lastreado nas provas obtidas na primeira fase da operação “Lava-Jato”, no máximo teria uma condenação para ele de alguns crimes que não são hediondos, haja vista que nenhum crime investigado na operação “Lava-Jato” está no rol taxativo da Lei 8.072/90, artigo 1º¹³, sendo que, num breve espaço de tempo, após cumprir

¹² SMITH, Jo Hurden. *A História da Máfia*. 2015. São Paulo. M. Books do Brasil Editora Ltda. p. 15.

¹³ Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015)

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência

1/6 ¹⁴(um sexto) da pena, ele teria a progressão de regime fechado para o regime semiaberto. Ademais, como sói acontecer no Brasil, inexistindo local adequado para o cumprimento do regime semiaberto, ele teria que progredir para o aberto, sendo que como também não existe casa do albergado para cumprir este regime, seria aplicada a súmula vinculante número 56 do Supremo Tribunal Federal, podendo o condenado cumprir pena no regime domiciliar, nestes termos:

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Em outras palavras, optando por não delatar, restaria para o primeiro investigado uma reprimenda que dificilmente seria elevada e, num curto período de tempo, ele estaria cumprindo pena na prisão domiciliar. Como não foi isso que ocorreu, havendo uma delação premiada minuciosa, todos os investigados e delatados posteriores viram-se num jogo não-cooperativo em que o mais rápido a aceitar o acordo de delação premiada é que usufruirá dos melhores benefícios, fazendo valer o brocardo popular de que “quem chega primeiro bebe água limpa”.

No caso do Brasil, de fato acontece o “Dilema dos Prisioneiros” já demonstrado acima, pois como já se tem conhecimento de que o primeiro investigado delatou o esquema criminoso, os demais investigados estarão diante de uma escolha cruel entre entregar outras pessoas ou acabar ele próprio sendo entregue e recebendo uma pena elevadíssima. Difícil o prisioneiro fazer valer o equilíbrio de Nash e ficar em silêncio, ainda mais sabendo que outros acordos de delações premiadas já foram assinados, tendo sido quebrado o silêncio acerca do funcionamento da organização criminosa.

dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º)

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, **caput**, e §§ 1º e 2º).

¹⁴ Lei 7.210/84, Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

O fato de o paciente zero não ter ficado em silêncio é que foi o pontapé inicial para que se descobrissem todos os crimes da vasta gama da cadeia criminosa que envolveu funcionários públicos e empreiteiros numa relação promíscua de poder e dinheiro. Sem a delação premiada originária nada disso que se assiste hoje nos jornais estaria acontecendo. Foi como o Pecado Original de Adão e Eva.

Assim, numa análise matemática da teoria dos jogos, com esboço no ponto de equilíbrio de John Nash, a melhor saída para os jogadores que estão sendo investigados é exercer o seu direito constitucional ao silêncio, pois somente dessa forma todos estarão sendo beneficiados de igual modo e sem que apenas um tenha vantagem exacerbada em detrimento do outro. Trata-se de um jogo, como quase tudo na vida, em que cada participante deve saber qual é a melhor forma de realizar jogadas que tragam os melhores benefícios sem prejudicar os demais, lembrando que para tanto ele deve conhecer o tipo de jogo que está participando, qual seja, um jogo não-cooperativo, em que o primeiro movimento falho pode ser fatal para todos.

6. Referências bibliográficas

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REIS, Alexandre Cebrian Araujo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Pedro Lenza (Coord.). *Direito processual penal esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SMITH, Jo Hurden. *A História da Máfia*. 2015. São Paulo. M. Books do Brasil Editora Ltda.

