

## **O JOGO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: O USO DAS PRISÕES CAUTELARES COMO TÁTICA DE OBTENÇÃO DA COLABORAÇÃO A PARTIR DA TEORIA DOS JOGOS**

**Felipe de Miranda Magalhães<sup>1</sup>**

**Prof. Antônio Vieira Alcebíades<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo tem como escopo analisar o uso das prisões cautelares no procedimento para colaboração premiada, sob a perspectiva da teoria dos jogos. De início, discorrerá acerca da Teoria dos Jogos, caminhando pelo seu conceito e esboço histórico, bem como sua comunicação com o Direito, especialmente no que se refere ao Direito Processual Penal. Em seguida, será introduzida a ideia do instituto da colaboração premiada como um negócio jurídico, em particular como uma guerra negocial penal. Por fim, adentrando ao tema central do estudo, analisar-se-á se, a partir da criação do ambiente do Dilema do prisioneiro, as prisões cautelares, como tática de obtenção da delação premiada.

**PALAVRAS CHAVE:** Teoria dos jogos. Delação Premiada. Prisões Cautelares. Tática de guerra. Dilema do Prisioneiro.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como objetivo comprobar el uso de la prisiones cautelares en el procedimiento de la colaboración premiada, en la perspectiva de la teoría de los juegos. De inicio, discurrirá sobre la teoría de los juegos, caminando por su concepto y el esbozo histórico, así como su comunicación con el Derecho, especialmente en relación a Derecho Procesal Penal. En seguida, se introducirá la idea del instituto de la colaboración premiada como un negocio jurídico, en particular, como una guerra de negociación penal. Por último, adentrando

1 Felipe de Miranda Magalhães. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL) Campus Federação. E-mail: [felipemaga13@gmail.com](mailto:felipemaga13@gmail.com). Orientado por Antônio Vieira Alcebíades.

2 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2002). Atualmente é professor de Direito Processual Penal na Universidade Católica do Salvador e professor convidado na Universidade Salvador (Pós Graduação), advogado no escritório Vieira Advocacia Criminal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: processo penal, direito penal, garantismo penal, criminologia e política de drogas.

en el tema central del estudio, se examinará, a partir de la creación del ambiente del Dilema del Prisionero, las prisiones cautelares, como táctica de obtención de la delación premiada.

**Palabras Claves:** Teoria de los juegos. Delacion premiada. Prisiones cautelares. Tácticas de guerra. Dilema del prisionero.

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 TEORIA DOS JOGOS** 2.1 Conceito 2.2 Histórico da teoria dos jogos 2.3 A teoria dos jogos no Direito 2.4 O processo penal de acordo com a Teoria dos jogos **3 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO JOGO NEGOCIAL PENAL** 3.1 Teoria dos jogos e colaboração premiada 3.2 Dilema do prisioneiro **4 MEDIDAS CAUTELARES E TÁTICAS DE GUERRA NA DELAÇÃO PREMIADA** 4.1 Estratégia/Tática de guerra e delação 4.2 As prisões cautelares como mecanismo de obtenção da delação **CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.**

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa acerca aplicação da teoria dos jogos no processo penal, com foco no instituto das prisões cautelares no procedimento para colaboração premiada<sup>3</sup>.

Tem-se como objetivo a observação do processo penal como um jogo, no qual a interação dos participantes é fator determinante para o resultado final, aplicando a teoria aperfeiçoada por John Nash, adaptada para o direito e, posteriormente, para o Processo Penal por Alexandre de Moraes da Rosa.

Aqui, será dado o enfoque ao procedimento de colaboração premiada em que o colaborador foi preso cautelarmente, bem como analisada o uso da referida cautelar como estratégia/tática de obtenção da cooperação.

Primeiramente, será, de forma breve, apresentada a teoria dos jogos, seguida da sua adaptação para o Direito, finalizando com sua aplicação no Direito

3 Embora se reconheça a existência de divergências no que diz respeito à nomenclatura do referido instituto, no presente artigo será adotada a concepção de que “delação premiada” e “colaboração premiada” são sinônimos.

Processual Penal.

Posteriormente, partiremos para explanação do instituto da colaboração premiada, partindo de sua interpretação como um jogo negocial penal, pelo qual as partes barganham a culpa e a redução da resposta estatal.

Por fim, será explorado o uso das prisões cautelares como tática para obter a colaboração premiada, conforme a teoria dos jogos, bem como uma breve observação da utilidade da referida cautelar na operação “Lava Jato”.

No que se refere a metodologia, foi utilizada a revisão bibliográfica, consistindo na leitura de artigos, livros, revistas jurídicas e jurisprudências, bem como materiais teóricos de economia.

O tema em questão foi escolhido haja vista o cenário atual do processo penal brasileiro, no qual o instituto da colaboração premiada tomou conta da mídia por desarticular grandes esquemas de corrupção, resultando na prisão de parlamentares, grandes empresários envolvidos e até o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Cabendo destaque à operação “Lava Jato” e a atuação do Juiz Federal Sérgio Moro, principal magistrado da referida operação.

Neste cenário, o referido mecanismo de justiça negociada traz consigo algumas discussões a respeito de sua legitimidade, especialmente no que se refere aos acordos celebrados com colaboradores em situação de confinamento. Deste modo, surge o questionamento de que se tal acordo preenche os requisitos necessários para sua validade, especialmente ao que se refere à voluntariedade.

Todavia, não obstante a relevância da mencionada problemática, os acordos realizados nestas situações são uma realidade prática no ambiente jurídico nacional, tendo inclusive sua legitimidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>4</sup>.

Assim, nos cabe entender a fundo o mecanismo da colaboração, premiada, bem como a influência das prisões cautelares neste procedimento a fim de saber como lidar diante desta situação.

A teoria dos jogos, por sua vez, oferece o entendimento necessário para realizar tal análise, em particular, sob a perspectiva do “Dilema do Prisioneiro”.

4 No julgamento do Habeas Corpus 127.483-PR, o Relator Min. Dias Toffoli entendeu que “não há correlação lógica entre supressão da liberdade física do agente (critério de *discrimen*) e a vedação ao acordo de colaboração (discriminação decidida em função daquele critério), uma vez que o fator determinante para a colaboração premiada é a liberdade psíquica do imputado” (BRASIL, 2015, p. 22).

## 2 TEORIA DOS JOGOS

Teoria pura da matemática, a Teoria dos Jogos ultrapassa os limites da ciência exata, tornando-se uma ferramenta de análise da ação humana em situações de conflitos sociais, econômicos, políticos e bélicos. A mencionada teoria tem o papel de orientar o agente na escolha da melhor decisão dentro da situação observada (SARTINI et al., 2004).

Todavia para compreender como a teoria dos jogos explica a ação humana no instituto da delação premiada, faz-se necessário uma breve explanação a respeito da referida teoria, caminhando pela definição de jogo e, ainda, sobre a aplicabilidade da teoria dos jogos ao processo penal.

### 2.1 Conceito

Trata-se de teoria matemática criada para análise de fenômenos decorrentes da interação de dois ou mais “agentes de decisão”. Para isso, fornece elementos descritivos da tomada de decisão dos sujeitos de uma determinada relação, cujo resultado depende da concatenação do comportamento de seus interlocutores (SARTINI et al., 2004).

Duilio Bêrni, a respeito da utilidade da teoria dos jogos questiona e responde: “Para 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. Simples, não?” (2004 apud ROSA, 2017, p. 34)

Em outras palavras, a teoria dos jogos auxilia no mecanismo das tomadas de decisões dos protagonistas de um conflito, no qual a recompensa a ser recebida por um jogador está atrelada as decisões dos demais (além das suas). Cabendo ao jogador, dessa forma, levar em consideração o comportamento dos adversários e antecipar suas estratégias e táticas<sup>5</sup>, para conquistar a recompensa esperada.

5 Antecipar, para Alexandre de Moraes da Rosa tem o sentido de “se eu adotar esta tática, acontecerá isto; se adaptar outra tática, complicará nisto. Diante da estratégia eleita, farei isto” (2018, p. 180).

Neste sentido explicam Carlos Águedo Nagel Paiva e André Moreira Cunha:

A Teoria dos Jogos nada mais é do que um sistema de identificação do conjunto das soluções possíveis da interação de agentes racionais e concorrentes que tomam decisões em situações em que o resultado obtido por cada um depende da estratégia adotada pelos demais. Assim, em Economia, a Teoria dos Jogos foi originalmente desenvolvida para a investigação e determinação do equilíbrio em mercados oligopolíticos, onde a presença de um número restrito de competidores determina que cada produtor seja obrigado a levar em consideração as decisões dos demais no momento em que toma suas próprias decisões de produção e precificação (2008 p. 135)

Desse modo, cada jogador, após elencar as estratégias possíveis para o conflito, considerando a antecipação feita com base no comportamento do oponente e peculiaridades do jogo, escolherá a estratégia/tática dominante<sup>6</sup>, deixando o jogador numa posição de vantagem em relação aos demais jogadores, uma vez que supera as eleitas pelos adversários.

O Dilema do Prisioneiro é uma das alegorias quem servem de exemplo da aplicação da teoria dos jogos, neste jogo dois ou mais prisioneiros se encontram num impasse entre cooperar e trair, no qual, a traição é apresentada como a estratégia dominante.

Entretanto, a referida alegoria será estudada, de forma aprofundada, em tópico específico.

## **2.2 Histórico da teoria dos jogos**

O interesse por atividades jocosas acompanha a história da humanidade, na medida em que para Johan Huizinga “é no jogo e pelo jogo que a civilização surge e se desenvolve” (2000, p. 3).

No que se refere ao jogo como objeto de estudo, há registro de que, no século XVIII, James Waldegrave observando o jogo “Ler Her”, demonstrou uma série de estratégias possíveis para alcançar a vitória. Ernst Zermelo, por seu turno, publicou, em 1913, o primeiro teorema matemático relacionado à ideia de uma Teoria geral

6 Para Alexandre de Moraes da Rosa (2017, p. 99), a tática dominante é a que coloca o jogador em condição de vantagem, em relação ao adversário, independentemente da escolha/ação que este realize.

dos Jogos, pelo qual observava que, numa partida de xadrez, pelo menos um jogador tem, pelo menos, uma estratégia que o poderá levá-lo à vitória ou empate (SARTINI et al., 2004).

Entretanto, a origem da Teoria dos Jogos é atribuída a John Von Neumann e de Oskar Morgenstein, que, por meio do livro *Theory of Games and Economic Behavior* (publicado em 1944), o qual é considerado a pedra fundamental da Teoria dos jogos, desenvolveram um instrumento capaz de viabilizar a compreensão do processo de tomada de decisão dentro dos jogos de soma zero (FIANI, 2009, p.35-36).

John Forbes Nash Jr, no entanto, foi o responsável por otimizar a Teoria dos jogos, demonstrando que nem todos os jogos são de soma zero, criando a teoria da barganha e o “equilíbrio de Nash”. Já em 1994, John Nash, John Harsanyi e Reinhard Selten ganharam o prêmio Nobel de Economia pela aplicação da teoria dos jogos a partir da análise das vantagens da colaboração entre adversários em jogos não cooperativos (SARTINI et al., 2004).

Por fim, vale destacar, que devido a sua versatilidade, a teoria dos jogos passou a ser explorada em campos de estudos de diversas naturezas, nos quais a análise do comportamento de seus interlocutores se fazia necessária à observação do conflito.

Exemplo disto é o uso da Teoria dos jogos nos conflitos jurídicos, o que será explanado nos próximos tópicos.

### **2.3 A teoria dos jogos e o Direito**

Derivada da palavra em Latim *jocus*, o jogo pode ser definido como uma atividade física ou intelectual que integra um sistema de regras, determinando um indivíduo vencedor e outro perdedor. Atividade essa que, por sua vez, pode ser executada como forma de entretenimento, diversão, prazer ou competição.

Em outra perspectiva, Johan Huizinga, descreve o jogo como:

uma atividade ou ocupação voluntária, exercida dentro de certos e determinados limites de tempo e de espaço, segundo regras livremente consentidas, mas absolutamente obrigatórias, dotado de

um fim em si mesmo, acompanhado de um sentimento de tensão e de alegria e de uma consciência de ser diferente da vida quotidiana (2000, p. 23).

Assim, é possível compreender que o jogo ultrapassa a ideia de ludicidade, configurando-se como qualquer atividade que possua uma estrutura de espaço, tempo e regras para um fim delimitados.

Ainda de acordo com Johan Huizinga (2000), os jogos compartilham quatro características formais, quais sejam, voluntariedade, regras, relação-espácio-temporal e evasão da vida real. Para ele, qualquer atividade que apresente as mencionadas características, podem ser consideradas como jogo.

O Direito, por outro lado, se aproxima da percepção de jogo a partir da interpretação do processo como uma competição ou guerra, na qual as partes batalham para alcançar a recompensa almejada, que na relação processual é a “decisão favorável”, que sofrerá variações de acordo com o contexto de cada jogo processual (ROSA, 2017, 92).

Nessa linha, Johan Huizinga aduz que:

A competição judicial está sempre submetida a um sistema de regras restritivas que, independentemente das limitações de tempo e lugar, colocam firme e inequivocamente o julgamento no interior do domínio do jogo ordenado e antitético, [...] O julgamento pode ser considerado como um jogo de azar, como uma aposta ou como uma batalha verbal” ( 2000, p.60).

Piero Calamandrei (2000), por seu turno, descreve o processo como “uma série de atos que se entrecruzam e se correspondem, como os movimentos de um jogo: de perguntas e repostas, de réplicas e tréplicas, de ações que provocam reações, suscitando a cada rodada contra-reações”.

Segundo o jurista Italiano, é possível entender o processo como jogo graças ao princípio da “dialeticidade” inerente ao processo. O referido princípio, por seu lado, parte da premissa de que a cada ação realizada por uma parte, abre-se ao adversário uma oportunidade de realizar um movimento em resposta ao que o antecedeu.

Neste cenário, a teoria dos jogos pode ser utilizada como instrumento de leitura do processo como um fenômeno interacional, a partir da observação da

tomada de decisões de seus interlocutores, com base no comportamento dos jogadores e analisando as estratégias e táticas utilizadas (ROSA, 2017, p. 28).

A Teoria dos jogos proporciona, dessa forma, a maximização dos ganhos a partir da interpretação do jogo processual de forma racional<sup>7</sup>, propiciando a escolha de estratégias e táticas, com base na antecipação das ações dos demais jogadores, e projetando a recompensa desejada.

#### **2.4 O processo penal de acordo com teoria dos jogos**

Com a proposta de quebrar o paradigma que gira entorno do estudo do Processo Penal como ele visto nos manuais e cursos convencionais, Alexandre de Moraes da Rosa traz a teoria dos jogos ao Processo Penal com objetivo de interpretar o processo penal como ele realmente é. Desse modo, o processo deixa de ser visto no plano ideal, passando a ter seu funcionamento analisado como ele é no dia a dia dos tribunais.

O jurista Jacinto Coutinho explica que:

O processo penal visto a partir da Teoria dos Jogos aparece, então, como um imenso esforço para puxar a todos para a realidade; e impedir que o imaginário (eis o lugar no qual estão os golpes de linguagem), por si só, estabeleça e faça ser cumprido o sentido que aflora de uma hermenêutica manipuladora; e sempre ideológica, diriam Warat, Coelho e Tércio, para ficar em só três dos grandes. (2017)

Para isso, faz-se necessária a adequação e profanação<sup>8</sup> dos conceitos da Teoria dos jogos ao Direito processual Penal. Dessa maneira, Alexandre de Moraes da Rosa propõe esse diálogo abordando as peculiaridades do Direito dentro das limitações da Teoria dos jogos, a fim de viabilizar o estudo das interações entre os

7 De acordo com Raul Marinho, “Tomando um atalho para não cair novamente no terreno pantanoso das charadas semânticas, proponho entender racional como ‘sensato em termos de uma abordagem eficiente da relação custo/ benefício’, que seria a forma economicamente correta de tomar decisões” (2011, p. 53).

8 Segundo Alexandre de Moraes da Rosa, a adaptação ocorre porque é necessário entender as peculiaridades do Processo Penal, já a profanação porque é uma teoria pensada especialmente para economia/administração/matемática e em relações entre indivíduos maximizadores de ganhos (2017, p. 75)



jogadores e julgadores que compõem a estrutura do Processo Penal.

Aduz Alexandre de Moraes da Rosa que:

A metáfora da teoria dos jogos como instrumento de compreensão do processo penal parte da pressuposição de que o resultado processual não depende exclusivamente da performance de um dos jogadores, mas decorre da interação humana, das táticas e estratégias dominantes/dominadas utilizadas no limite temporal do processo, até porque a valoração do desempenho é feito do lugar do órgão julgador. (2018, p.52)

A Teoria dos Jogos é, então, ferramenta de auxílio na tomada de decisões, através da qual o jogador determinará as estratégias e táticas que serão aplicadas ao caso, a fim de alcançar a decisão favorável. Permite, ainda, a elaboração de expectativas de comportamento estratégico, partindo da premissa de que o adversário adotará ações racionais (ROSA, 2018).

Sua aplicação torna-se necessária, visto que o simples fato de conhecer as regras e normas do processo penal não é suficiente para ser um bom jogador, bem como não se é possível participar do jogo processual sem conhecê-las (CALAMANDREI, 2002).

Assim, o *player* deve entender toda estrutura do jogo processual, que para Alexandre de Moraes da Rosa se divide em três planos paralelos e simultâneos, quais sejam:

- a) o reconhecimento das normas processuais – princípios e regras lançados processualmente por seus jogadores e julgadores;
- b) da teoria da informação probatória e seus fatores de convencimento, ou seja, seus condicionantes internos/externos; e,
- c) da singularidade do processo e seu contexto: o julgador e jogadores, recompensas, táticas e estratégia. (2018)

Por fim, conhecida a estrutura, o jogador, com base na recompensa desejada, traçará sua estratégia levando em consideração as regras do jogo, as características particulares dos oponentes, bem como as condições específicas de cada processo, antecipando o comportamento/pensamento do adversário e atuando de forma para

anular a tática do oponente e maximizar seus ganhos.

### **3 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO JOGO NEGOCIAL PENAL**

Principal ferramenta da atualidade no combate à corrupção, a colaboração premiada pode ser compreendida como o meio de obtenção de prova, por meio do qual o imputado coopera com as investigações, fornecendo informações privilegiadas, em troca da mitigação da resposta estatal à conduta imputada.

Nessa linha, Cibele Benevides Guedes da Fonseca entende que:

A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação que estimula a contribuição feita por um coautor ou partícipe de crime em relação aos demais, mediante o benefício, em regra, de imunidade ou garantia de redução de pena” ( 2017, p. 86).

Tendo em vista seu procedimento diferenciado, a delação premiada traz uma quebra de paradigma no processo penal brasileiro, uma vez que, se afastando da persecução penal comum, na qual o processo é procedimento essencial à aplicação da pena, ingressa no campo operacional inerente aos negócios jurídicos e da sanção negociada (ROSA, 2018).

Isso porque, a colaboração premiada nada mais é do que o negócio jurídico por meio do qual a acusação e defesa ajustam a compra e venda de informações de posse do acusado/investigado. No procedimento para a colaboração, o comprador, interessado em obter informações aptas a imputar responsabilidade ao delator e a terceiros, oferece ao vendedor redução da resposta estatal contra ele ou terceiros - familiares ou pessoa jurídica.

Destarte, o jogo da colaboração premiada movimenta-se de acordo com a lógica econômica do custo/benefício, levando em consideração a recompensa perseguida pelo jogador. Este, por seu turno, pode ser definido como qualquer pessoa que exerça poder negocial, de forma interna – comprador, vendedor e homologador – ou externa – mídia, delatados – (ROSA, 2018, p. 53).

O caráter negocial da colaboração premiada é reconhecido pelo STF como podemos verificar no voto do Ministro Dias Toffoli no julgamento do “HC 127483 PR”, quando argumenta que: “além de meio de obtenção de prova, o acordo de

colaboração premiada enquadra-se na categoria negócio jurídico processual” (BRASIL, 2015).

Na mesma linha, Fonseca (2017, p. 89) ao tratar da colaboração premiada como técnica de negociação argumenta ser “importante reforçar o aspecto de justiça negociada, através do qual a acusação e defesa barganham ganhos e perdas em prol de um ponto ótimo consistente no acordo escrito de colaboração”.

Saliente-se, a propósito, que o procedimento da delação premiada pode ser compreendido como uma guerra negocial, visto que a negociação das informações e recompensas entre a acusação e a defesa ocorre através de batalhas argumentativas. Por meio das quais os interlocutores negociam informações, tendo como força motriz a maximização de seus ganhos.

Ademais, como nos negócios, a interação humana é imprescindível para o desenrolar da Colaboração premiada, mostrando-se, dessa forma, um campo fértil à aplicação da teoria dos jogos. Esta, em contrapartida, serve de arcabouço teórico para análise do comportamento dos interlocutores, que toma como base de estudo a escolha das decisões guiadas pela otimização das recompensas.

### **3.1 Teoria dos jogos e colaboração premiada**

Diante do exposto, a teoria dos jogos pode ser invocada para auxiliar no entendimento da lógica negocial inerente ao procedimento da colaboração premiada, cujo alicerce é a previsão do comportamento dos participantes e, a partir disso, na definição da estratégia dominante, com o objetivo de proporcionar a maximização dos ganhos dos *players*.

Nesse sentido, leciona Alexandre de Moraes da Rosa:

A teoria dos jogos como instrumento de análise da delação premiada parte da pressuposição de que o resultado da negociação depende da interação entre os participantes, ao ponto que a decisão de um interfere na escolha do outro, que interfere no resultado. Dessa forma, o resultado não depende exclusivamente da performance de um dos jogadores, mas decorre da intenção humana, das táticas e estratégias dominantes/dominadas utilizadas no limite temporal do procedimento, mediante a capacidade de convencimento cooperativo (ROSA, 2018, p. 49).

Desse modo, “a teoria dos jogos busca prescrever como deve se comportar um negociador racional em determinado contexto diante das ações dominantes e dominadas”, servindo de mecanismo teórico para modulação das expectativas de comportamento e eleger a tática mais adequada a sua estratégia (ROSA, 2018, p. 72).

Para elucidação do funcionamento do jogo negocial da delação premiada é necessário o estudo do Dilema do prisioneiro, que será pormenorizado no tópico seguinte.

### **3.2 Dilema do prisioneiro**

O dilema do Prisioneiro, Criado por Melvin Dresher e Merrill Flood, otimizado por Albert W. Tucker, é a mais conhecida representação da aplicabilidade da Teoria dos jogos em jogos (não)cooperativos e retrata um cenário de impasse entre a cooperação e traição.

A metáfora em análise é descrita pela situação em que dois suspeitos, “A” e “B”, são acusados pela prática de um crime em concurso de pessoas. Todavia, por ausência de provas suficientes para condená-los, a polícia os prendem em celas distintas, privando-os da troca de informações entre si, e oferecem a eles a possibilidade de confessar a prática do crime e delatar seu colega em troca da liberdade, comportando múltiplas soluções para o jogo.

O resultado do acordo, por sua vez, é condicionado à interação das decisões dos presos, desse modo, havendo a confissão por parte dos dois, ambos serão submetidos a pena de 5 anos. Por outro lado, se um confessar e o outro ficar em silêncio, o que confessou será posto em liberdade, enquanto o outro será submetido a pena de 10 anos. Por fim, se ambos ficarem em silêncio, receberão a pena de 2 anos.

Eis, à vista disso, o dilema: os prisioneiros devem confiar no companheiro e ficar em silêncio ou confessam na ânsia de alcançar a melhor opção? A (des)confiança e incomunicabilidade entre os prisioneiros surge, portanto, como fator determinante na adoção da decisão dominante, pois, por não saber qual opção o companheiro vai escolher, têm-se a traição como a direção racional a ser seguida

(BALDAN, 2006).

Isso porque, dentro das combinações possíveis, trair, “mesmo que o delatado igualmente delate, ambos delatores terão a pena diminuída, daí defluindo que, em qualquer cenário que se projete, o suspeito sempre será beneficiado” (BALDAN, 2006), garantido o melhor resultado individual possível e chegando, dessa forma, no chamado “equilíbrio de nash”<sup>9</sup>.

Contudo, embora a estratégia dominante resulte na escolha do caminho mais seguro e benéfico individualmente, não é a decisão mais eficiente. Note-se que na tentativa de conseguir o melhor resultado individual, os dois podem chegar a uma situação pior do que na hipótese de ocorrer a cooperação, na qual ambos permanecem em silêncio. Pois, na primeira opção, a pena é de 5 anos, já na segunda a pena a ser aplicada seria de 2 anos, alcançando, desse modo, um resultado melhor coletivamente.

Nesse sentido, explica Alexandre de Moraes da Rosa:

Cooperar ou trair é uma decisão individual. Do ponto de vista racional, de quem maximiza as recompensas, trair é a estratégia dominante. O paradoxo é que se os dois espertos agirem de modo racional, ambos se dão mal. Aí entra em questão a confiança e outros fatores que podem gerar escolhas não racionais, mas ganhos relativos. (2017, p. 65)

Nessa senda, o dilema do prisioneiro torna-se caminho necessário para entender a Colaboração premiada à luz da Teoria dos jogos, visto que a dicotomia trair/cooperar é inerente ao procedimento do referido instituo. Especialmente, quando o uso de táticas de guerra são responsáveis por recriar ambiente do Dilema do prisioneiro, e, por conseguinte, promover a colaboração do acusado/investigado.

9 De acordo com Ronaldo Fiani (2009, p.93), o equilíbrio de Nash ocorre quando uma estratégia, numa determinada situação, é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores.

## 4 MEDIDAS CAUTELARES E TÁTICAS DE GUERRA NO PROCEDIMENTO PARA DELAÇÃO PREMIADA

### 4.1 Estratégia/Tática de guerra e delação

A estratégia pode ser definida como a trajetória designada pelo jogador para chegar ao objetivo pretendido, as táticas, por sua vez, são os movimentos feitos pelo jogador em cada momento da partida para cumprir a estratégia eleita, dependendo, portanto do contexto do jogo (ROSA, 2018).

Na colaboração premiada, de outro lado, as táticas trabalham na lógica de desequilibrar e atrair o acusado. Assim, para obter a colaboração premiada, a acusação, eventualmente, utiliza-se de táticas invasivas, que diminuem a resistência do adversário, através do seu desgaste psicológico, e promovem a colaboração do acusado/investigado, extraindo as informações/recompensas desejadas.

Nesse sentido argumenta Alexandre de Moraes da Rosa:

Na lógica da delação premiada, por exemplo, a ideia é desarmar o oponente, transformá-lo, física, psicológica, midiática e materialmente desamparado, tornando-o impotente às possibilidades defensivas de resistência. Com isso quanto mais rápida e violenta for a investida, inclusive com ameaças a terceiros e familiares, melhores os resultados (2018, p. 89).

E arremata, “A rendição do investigado/acusado não é só uma decisão de arrependimento ou confissão e sim, fundamentalmente, de estar encurralado; uma decisão de custo/benefício” (2018, p. 89).

Tal situação, por seu lado, pela ótica da guerra, se assemelha à estratégia militar utilizada pelo exército Nazista conhecida como “*Blitzkrieg*” (guerra-relâmpago), a qual consiste no ataque surpresa e veloz às linhas inimigas, causando medo e confusão, possibilitando alcançar seus objetivos antes que o inimigo possa se defender (VALLE, 2015).

Nesse diapasão, não obstante as medidas cautelares penais, patrimoniais ou pessoais, tenham a finalidade de garantir o normal desenvolvimento do processo,

devendo ser aplicadas quando houver a incidência do *fumus Commissi Delicti e Periculum Libertatis* (LOPES JR., 2016, p. 475), tais instrumentos ganharam uma nova utilidade no ambiente da colaboração premiada.

Nessa perspectiva, algumas práticas comuns ao instituto da colaboração premiada (prisões cautelares, condução coercitiva, bloqueio de patrimônio, ameaças a parentes queridos ou pessoa jurídica, bem como o uso da mídia) aparecem como ferramenta para desestabilizar o investigado, visto que, a partir da lógica relâmpago, é causado um grande desgaste psicológico, reduzindo, diante disso, sua resistência, o tornando mais suscetível à delação.

Nessa linha, Piero Calamandrei entende que:

O sequestro, de meio cautelar, transforma-se, com frequência em meio de coerção psicológica, um meio expedido, poder-se-ia dizer, de agarrar o adversário pela goela, [...] mas serve, ao contrário, para colocar uma das partes em condição de tal inferioridade, de compeli-la, antes que se decida a lide, pedir mercê por asfixia. (2002)

Esta hipótese, por seu turno, manifesta-se, de forma mais evidente, no contexto da aplicação da prisão cautelar, situação na qual a sensação de privação da liberdade pode causar interferência na manifestação de vontade do acautelado, exercendo, assim, a função de compelir o alvo a cooperar.

## **4.2 As prisões cautelares como mecanismo de obtenção da delação**

De acordo com Gustavo Badaró (2015) “prisão é coação, é o que diz a própria Constituição, assegurando o *habeas corpus* para quem sofre coação em sua liberdade de locomoção”, de modo ilegal. Compreende-se, desse modo, que a coercitividade é característica inerente à natureza do instituto da prisão.

No que se refere à prisão cautelar, Luigi Ferrajoli (2014, p. 512) levanta o questionamento se tal medida seria uma “injustiça necessária” ou “apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito a pena exemplar”.

Ainda sobre a condição de inferioridade do investigado, Alexandre de Moraes sustenta que “Criar o clima para deixar o oponente fora do controle e do conforto

usuais é sempre uma vantagem tática. O cenário hostil fomenta a tendência a delatar”.

Assim, diante de seu caráter coercitivo, a prisão temporária configura o cenário adequado para aplicação do dilema do prisioneiro, “especialmente no regime de delações premiadas, já que o manejo de prisões e medidas cautelares procura colocar os investigados/acusados em situação de deficit de informações” (ROSA, 2018, p. 79).

Isso porque, a sensação de confinamento causada pela prisão cautelar pode alterar a capacidade de percepção do acautelado, o qual deixa de analisar a situação de forma racional e passa a enxergar a colaboração como única saída da zona de desconforto, chegando, desse modo, ao ponto de virada<sup>10</sup>.

No olhar de Alexandre de Moraes da Rosa, “A fixação na liberdade modifica a forma com que se estabelece a percepção. O foco deixa de ser racional para se vincular ao sugerido: liberdade por colaboração premiada” (2018, p. 265).

A respeito disso, aduz Porciúncula que “A (humana) tentação de se ver livre de uma situação verdadeiramente degradante faz com que, não raras vezes, o sujeito admita a prática de crimes, inventando fatos e apontando inocentes como culpados” (2017).

Juliano Keller do Valle (2015), por seu turno, entende ser inevitável a comparação do uso de das prisões temporária e preventiva como mecanismo de pressão para a cooperação com a *Blitzkrieg*.

Desse modo, sob a ótica da guerra, a prisão cautelar no procedimento para delação tem o papel de quebrar a guarda do investigado, tendo em vista que o coloca numa zona de desconforto, com a qual não está acostumado, condicionando, assim, a tomada de decisões à liberdade. O que torna tal tática, dessa forma, uma ferramenta de coerção psicológica para obtenção da colaboração premiada.

Por oportuno, no cenário jurídico atual a operação “Lava Jato”<sup>11</sup> representa

10 Momento no qual a proposta dominada torna-se dominante, ou seja, com base no custo-benefício, a estratégia de cooperar (trair) passa a ser a melhor alternativa (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015).

11 A operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro e no Distrito



um grande exemplo do uso de mecanismos de pressão e táticas de emboscada, visto que as prisões cautelares e a mídia tiveram um papel importante em seu desenvolvimento. Isso porque a referida operação utilizou-se da coerção psicológica causada pelas medidas cautelares, bem como o estigma social propagado pela mídia, para obter a cooperação dos investigados/acusados.

Por outro lado, embora há quem afirme que “Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus” apontando que 70% dos acordos foram celebrados com os acusados soltos (DALLAGNOL, 2015), não se pode ignorar que dentro deste número estão incluídos os investigados que cooperaram com medo de serem presos, de serem submetidos às penas altas e destruição moral/patrimonial, bem como sob ameaça a familiares (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2015).

Coadunado a isso está o fato de que o Juiz Sérgio Moro, em seu artigo “Considerações Sobre a operação *Mani Pulite*”<sup>12</sup>, defende que tais medidas são necessárias para conter o ciclo ascendente da corrupção. Isso porque, sob a sua ótica:

A confissão ou delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil[...]. A prisão pré-julgamento é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente em sistemas judiciais morosos (2004).

Cabe, também, destacar o polêmico parecer do Procurador da República Manoel Pastana em Habeas Corpus, no processo da Operação Lava Jato, no qual defende o uso da prisão preventiva, sob o fundamento de que “o passarinho pra cantar precisa estar preso”, se referindo ao fato de que alguém envolvido num esquema de crime de colarinho branco só coopera/delata, sob incentivo, qual seja, o cerceamento da liberdade.

Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal para apurar fatos atribuídos às pessoas com prerrogativa de função (MPF, 2014).

12 Uma das maiores operações anticorrupção da história da Europa, que ajudou a desestruturar esquemas que envolviam o pagamento de propina por empresas privadas, a fim de garantir contratos com estatais e órgãos públicos, bem como o desvio de recursos para o financiamento de campanhas políticas. A referida operação, iniciou-se em 1992, em Milão, e contou com o instituto da delação premiada para esclarecer os esquemas de corrupção em diversas cidades italianas (BANDEIRA, 2016).

## Considerações Finais

A presente pesquisa suscitou o exame das prisões cautelares no procedimento da colaboração premiada a partir da Teoria do Jogos, partindo do ponto de vista de que tal mecanismo é um jogo negocial penal.

Para tanto, a referida teoria, bem como sua adaptação para o Direito Processual Penal foram, brevemente, demonstradas.

Em seguida, foi apresentada a alegoria do “Dilema do Prisioneiro” e sua aplicação no âmbito da Delação Premiada. Introduzindo, ainda, a lógica de guerra, especialmente no que se refere à blitzkrieg, e como ela se aplica ao mencionado instituto. Constatando-se que as medidas cautelares, pessoais ou patrimoniais, ganharam uma nova finalidade no âmbito do processo penal, servindo de ferramentas de desgaste psicológico com a finalidade de extrair do acusado/investigado a recompensa perseguida.

Analisou-se, ainda, que as prisões cautelares servem de instrumento de coerção psicológica para obtenção da colaboração premiada, resultando na recriação do ambiente do “Dilema do Prisioneiro”.

Isso porque, compreende-se que o sentimento de confinamento aniquila a resistência do acusado/investigado e condiciona as suas decisões à liberdade, fazendo com que o acusado/investigado enxergue a colaboração como única forma de se livrar da situação desconfortável que se encontra.

Por fim, observou-se que as prisões cautelares tiveram grande utilidade na operação “Lava Jato”, levando em consideração os pensamentos do Juiz Sérgio Moro, bem como o parecer no representante do Ministério Público Manoel Pestana.

## Bibliografia

BADARÓ, Gustavo. **Quem está preso pode delatar?:** Ainda sobre a delação premiada e o requisito da voluntariedade. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015>>. Acesso em: 22 set. 2018.

BALDAN, Edson Luís. **O Jogo Matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado**. Boletim IBCCRIM, v. 159, p. 4-6, fev, 2006.

BANDEIRA, Luiza. **Operação que inspirou Lava Jato foi fracasso e criou corruptos mais sofisticados, diz pesquisador**. 2016. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316\\_lavajato\\_dois\\_anos\\_entrevista\\_lab](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316_lavajato_dois_anos_entrevista_lab)>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.483/PR**. Pacte: Értion Medeiros Fonseca. Impte: José Luiz Oliveira Lima e outros. Coator: Relator da Pet. 5244 do Supremo Tribunal Federal. Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-021, DIVULG 03-02-2016, PUBLIC. 04-02-2016.

CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Tradução Roberto B. Del Claro. Revista de Direito Processual Civil gênese, Curitiba, ano. 7, n. 23, p.208, Jan/Mar. 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Processo Penal pela Teoria dos Jogos e o respeito às leis**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-02/limite-penal-processo-penal-teoria-jogos-respeito-leis>>. Acesso em: 01 out. 2018.

DALLAGNOL, Deltan. **Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus**. 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/11/17/lavajato-nao-usa-prisoas-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>>. Acesso em: 23 set. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

FIANI, Ronaldo; **Teoria dos Jogos**, Editora campus, 2004.

HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. Trad. João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal** – 13ª ed. - São Paulo:Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 20 nov. 2018

LOPES JUNIOR, Alexaury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada?**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-03/limite-penal-qual-proposta-indecente-torna-viavel-delacao-premiada>>. Acesso em: 20 out. 2018

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

MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a operação mani pulite**. Revista Cej, Brasília, v. 26, p.56-62, jul-set. 2004.

MPF. **Para o cidadão: Caso lava jato**. 2014. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

PAIVA, Carlos Águedo Nagel. **Noções de economia** / Carlos Águedo Nagel Paiva, André Moreira Cunha. — Brasília : Fundação Alexandre de Gusmão, 2008

PORCIÚNCULA, José Carlos. **Inconstitucionalidades e Inconsistências Dogmáticas do Instituto da Delação Premiada (ART. 4º DA LEI 12.850/13)**. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/inconstitucionalidades-e-inconsistencias-dogmaticas-do-instituto-da-delacao-premiada-art-4-da-lei-12-850-13>>. Acesso em: 21 set. 2018.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Para entender a lógica do juiz moro na lava jato**. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/para-entender-a-logica-do-juiz-moro-na-lava-jato>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

ROSA, Alexandre de Moraes da, **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. 2<sup>a</sup>. ed. Florianópolis: Empório Modara, 2017.

SARTINI, Brígida Alexandre et al. **Uma Introdução a Teoria dos Jogos**. In: BIENAL DA SBM, 2., 2004, Salvador. Salvador: Sbm.

VALLE, Juliano Keller do. **Blitzkrieg e Delação Premiada no Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/blitzkrieg-e-delacao-premiada-no-brasil>>. Acesso em: 10 out. 2018.