



DIEGO ALEXANDRE LIRA DO NASCIMENTO

A relação entre o princípio da não autoincriminação e as delações premiadas no âmbito da teoria dos jogos no processo penal

**CURITIBA
2020**

Diego Alexandre Lira do Nascimento

A relação entre o princípio da não autoincriminação e as delações premiadas no âmbito da teoria dos jogos no processo penal

Artigo científico apresentado ao Programa de Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientanda(o): Diego Alexandre Lira do Nascimento

Orientador(a): Paulo Silas Taporoski Filho

**CURITIBA
2020**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo averiguar como se dá a aplicação do direito ao silêncio no âmbito das delações premiadas, levando em consideração a Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal. O artigo se desenvolveu por meio de pesquisas doutrinárias bem como a consultas jurisprudenciais. Conforme se observa, atualmente é grande o número de delações premiadas operadas, principalmente no âmbito da Operação Lava-Jato. Desta maneira, se mostra importante a verificação de como vem se dando a aplicação do devido processo legal bem como da garantia dos direitos fundamentais nessa espécie de direito negocial. Este artigo permitiu constatar que, na maioria dos casos, os direitos e garantias fundamentais vêm sendo observados. No entanto, alguns apontamentos ainda carecem de um tratamento mais acurado.

Palavras-chave: Delação premiada; Direito ao silêncio; Teoria dos Jogos no Processo Penal.

1 Aluno da graduação do curso de Direito no Centro Universitário Internacional - UNINTER

Sumário

Introdução	5
2. Delação premiada	7
3. Teoria dos jogos	12
3.1 A teoria dos jogos aplicada à delação premiada	14
4. A relevância do direito ao silêncio	17
4.1 Constitucionalidade da relativização do direito ao silêncio nas delações premiadas	19
5. <i>Nemo tenetur se detegere</i> e seus efeitos processuais	22
Considerações finais	28
Referências	29

Introdução

Com o crescente número de acordos de colaboração premiada, as delações passaram a ganhar importantíssima relevância no contexto do Processo Penal, mormente no que se refere a Operação Lava-Jato.

Entretanto, com os diversos desdobramentos que a aplicação do acordo de colaboração acabando trazendo, exsurge para os operadores do Direito a missão de aplicar adequadamente um instituto novo no âmbito processual.

Isso implica na utilização de um escorreito cumprimento legal, sob pena de ocorrerem eventualmente diversas nulidades e, assim, o que é trazido para dar uma maior eficiência ao processo como um todo, acaba por onerar ainda mais as partes.

Dentre as diversas peculiaridades a serem consideradas diante de um acordo de colaboração premiada, a estratégia é de suma importância, porquanto a escolha da estratégia correta pode definir os rumos do processo.

E, desta maneira, a Teoria dos Jogos se mostra um instrumento muito efetivo quando utilizado no âmbito das delações. A cada fato, uma nova estratégia, a cada decisão uma repercussão. A ação de um jogador terá o condão de influenciar nas jogadas subsequentes deste “tabuleiro” processual.

Nesse contexto dos jogos processuais, a busca pela verdade vai se desdobrar em colaboração por parte do imputado não podendo se olvidar do primado do devido processo legal. Acrescente-se a isso toda a estrutura de um jogo, na qual, emoções, decisões, vitórias e derrotas atuarão como influenciadores.

O direito a não autoincriminação figura, aparentemente como um paradoxo, porquanto ao celebrar um acordo de delação premiada, o delator automaticamente renunciará seu direito ao silêncio.

Desta maneira, se mostra oportuna uma análise minuciosa procurando averiguar como se dá a aplicação do direito ao silêncio em um acordo de delação premiada, levando-se em consideração a Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal.

O objeto do presente trabalho está assentado sobre a análise das delações premiadas operada sob o aspecto da Teoria dos Jogos, considerando a relativização

do direito a não autoincriminação. Por oportuno, também será feita uma análise mais minudenciada no que se refere ao direito a não autoincriminação.

Resta esclarecer que este trabalho foi construído com o escopo de se analisar como tem se dado a relativização do direito ao silêncio no âmbito das delações premiadas, bem como auferir a força normativa do princípio da não autoincriminação; tudo isso tendo como plano de fundo a Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal.

Diante de tantas mudanças ocorridas ultimamente no âmbito processual, também será abordado, como forma de fundamentar e organizar as ideias aqui propostas, algumas análises conceituais. Ademais, a apresentação de doutrina e jurisprudência também poderá auxiliar na formação de um conhecimento mais sólido.

Como forma de iniciar o tema, é apresentado o instituto da delação premiada, para que as ideias trazidas posteriormente possam ser entendidas sobre o prisma das delações.

Norteando as partes no deslinde processual, a Teoria dos Jogos será tratada desde a sua origem quando aplicada à economia, na qual esta se desenvolveu precipuamente, até a sua aplicação no Processo Penal.

Concatenados os conceitos trazidos pela Delação Premiada e pela Teoria dos Jogos, será apresentado o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Como vão se dar as questões da renúncia à prerrogativa de permanecer calado e a existência ou não de inconstitucionalidade na renúncia de um direito fundamental.

Por fim, o reflexo do direito a não se autoincriminar sendo expresso em outras fases processuais como na fase de investigação e interrogatório, por exemplo.

Assim, este trabalho procura mostrar sua relevância nas questões supracitadas, buscando contribuir para o conhecimento de um instituto de grande relevância no Processo Penal brasileiro.

2. Delação premiada

Embora alguns reconheçam colaboração como sinônimo de delação², a delação premiada deve ser compreendida como espécie do gênero colaboração premiada, porquanto a ação de colaborar não abrange somente o ato de delatar em si, mas também outras formas de colaboração como, por exemplo, na Lei 11.343/2006, a qual prevê que o acusado poderá colaborar identificando os demais coautores ou partícipes.

A delação se traduz por meio da confissão do acusado em um fato criminoso, além de apontar os demais envolvidos na prática criminosa. Badaró ainda denomina o instituto de “chamamento do corrêu” e assim discorre ao conceituá-lo:

“A delação ou chamamento do corrêu, consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação no crime como seu comparsa.” (2018, p. 458)³

Uma das alterações legislativas promovidas no ano de 2019⁴ acrescentou o art.3º-A à Lei de Organização Criminosa. O referido artigo apresenta o conceito de colaboração premiada⁵. Ademais, este dispositivo corroborou o entendimento de que a delação premiada possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova. No entanto, o artigo retrocitado não consegue reproduzir o que a colaboração premiada constitui em sua totalidade. Aury Lopes Jr. em uma observação um pouco mais contundente expõem a delação premiada como uma “traição premiada”⁶.

Não obstante estar em voga atualmente, o chamamento do corrêu não é instituto recente no processo penal brasileiro. Segundo os ensinamentos do Nefi Cordeiro⁷ “em lei, a colaboração premiada está presente no Brasil desde as Ordenações Filipinas” em vigor no período do Brasil-colônia. Ao longo do tempo, o referido instituto foi positivado também na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (7.492/1986); Lei dos Crimes Tributários e Econômicos (8.137/1990); Lei

2 Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci (Organização Criminosa, 4ª Ed., p. 52) adverte: “Embora a lei utilize a expressão *colaboração premiada*, cuida-se na verdade de *delação premiada*”.

3 Badaró, Gustavo Henrique. Processo Penal – 6ª ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

4 Lei 13.964/2019

5 Art. 3º – A: O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

6 Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal – 16ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 449.

7 Cordeiro, Nefi. Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 4.

de Lavagem de Capitais (9.613/1998); Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (9.807/1999); e Lei de Drogas (11.343/2006).

No entanto, o maior destaque às delações, até o advento da lei 12.850/2013, foi conferido pela Lei 8.072/1990 – Lei de Crimes Hediondos. A previsão se encontra no parágrafo único do art. 8º⁸. A mesma lei ainda fez inserir no art. 159 do Código Penal o §4, conferindo redução de pena ao crime de extorsão mediante sequestro cometido em concurso. Neste caso a benesse será concedida àquele que denunciar o crime a autoridade facilitando a libertação do sequestrado.

Salienta-se que este trabalho se desenvolve mais especificamente à delação premiada aplicada sob a égide da Lei de Organização Criminosa (12.850/2013), porquanto esta lei é a que explora a delação de uma forma mais pormenorizada.

É cediço que o instituto da delação premiada tem aplicação em grande escala nos Estados Unidos no sistema denominado *plea bargain*⁹, no qual se inspira a atual justiça negocial brasileira. Todavia, apesar da efetividade apresentada, resta clara a deficiência legislativa no Brasil, porquanto o legislador não previu o fato de que a delação premiada ganharia tamanha proporção e importância figurando em um cenário complexo como o da Operação Lava-Jato. A esse respeito, são oportunas as palavras de Marcelo Costenaro Cavali:

“A colaboração sempre foi tratada como um *meio de obtenção de prova* propiciado pelo colaborador em troca de um *benefício* de caráter processual ou material. Não havia previsão de nenhum acordo a ser firmado pelas partes e homologado pelo juiz: se prestada a colaboração, caberia ao juiz aplicar os benefícios por ocasião da prolação da sentença.” (CAVALI, *et al*, 2017, p. 260)¹⁰

No que se refere à motivação do agente colaborador, não importa qual seja o motivo que o levou a firmar o acordo. Preocupou-se o legislador com a efetividade das informações prestadas, como se depreende da parte final do caput do art. 4º da Lei 12.850/2013¹¹.

Importante notar ainda, que a doutrina divide a colaboração premiada em 4 espécies: delação premiada ou chamamento do corréu: o agente confessa e indica

8 Art. 8º, § único: o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

9 Acordo entre acusação e réu no qual este se declara culpado de algumas ou de todas as acusações em troca de atenuação de pena.

10 Bottini, Pierpaolo Cruz; Moura, Maria Tereza de Assis – coordenação; Vários autores. Colaboração Premiada. 2ª tiragem – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

11 Art. 4º: “... desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:”

outros envolvidos; colaboração para libertação: o colaborador indica a localização da vítima sequestrada, possibilitando a sua libertação; colaboração para localização e recuperação de ativos: o colaborador indica o local do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem de capitais; colaboração preventiva: efetivada com finalidade de se evitar práticas criminosas, bem como para impedir a sua continuidade.¹²

A Lei 13.964/2019 acrescentou novos dispositivos concernentes à colaboração premiada na lei de Organização Criminosa tratando do procedimento a ser desenvolvido. Passaram a vigorar dispositivos relevantes como o art. 3ºB que trata do marco inicial das negociações bem como o marco de confidencialidade que deve ser respeitado¹³.

Outro ponto a ser destacado é a existência de posição minoritária na doutrina que questiona as delações sob o ponto de vista do caráter ético e moral, porquanto o chamamento ao corrêu confronta o valor moral que se consubstancia na não revelação dos segredos do criminoso¹⁴. No entanto, este não é o entendimento predominante na doutrina. Pacelli se refere a esta discussão como “distorções que, se levadas a sério, terminariam por dizimar o conceito de arrependimento ou de consciência moral”. E ainda prossegue:

“A delação, a traição ou qualquer expressão que pretenda traduzir o ato de revelação da estrutura da organização criminosa, de seus autores e o modo de seu funcionamento, ou, ainda, as informações acerca da localização da vítima e do produto ou proveito de ações criminosas, nada disso vai de encontro a qualquer conceito de ética. A menos, é claro, que se passe à ideia de que a ética há de ser determinada pelo grau de lealdade entre partícipes de determinado empreendimento. Mas, aí, afastado de qualquer vinculação à moralidade, referido conceito não servirá para mais nada” (2018, p.850).¹⁵

No que se refere aos possíveis favores a serem conferidos pela colaboração do réu, é importante se atentar ao fato de que eles só poderão ser aplicados quando a delação se mostrar eficaz, ou seja, desde que seja atingido, ao menos, um dos

12 <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/386097341/colaboracao-premiada-aspectos-relevantes-e-legitimidade-do-delegado>

13 Art. 3º-B: O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco da confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

14 Rodriguez, Victor Gabriel. Delação Premiada: limites éticos ao Estado – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 31.

15 Pacelli, Eugênio – Curso de Processo Penal – 22. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2018.

objetivos estabelecidos nos incisos do art. 4º da Lei de Organização Criminosa¹⁶. Isto acaba por ensejar um nexo de causalidade entre a delação apresentada pelo acusado e o resultado obtido. No entanto, os favores a serem conferidos ao delator, como corolário do princípio da legalidade, devem ser conferidos com fundamento legal. A aplicação da proporcionalidade para aplicação de favores extralegais pode não ser o melhor critério a ser seguido, sob pena de se ferir a isonomia conferida a cada cidadão, mormente aos perseguidos em situação similar.¹⁷

O agente colaborador tem direito subjetivo aos benefícios estabelecidos diante da sua delação. Contudo, o emprego do verbo “poderá” empregado no início do art. 4º da lei 12.850/2013 expõe a discricionariedade conferida ao magistrado na concessão do benefício. Esta faculdade deve ser exercida com parcimônia, porquanto, somente do magistrado se poderá esperar a tutela que, em abstrato, a lei promete.¹⁸

No tocante ao momento para que seja celebrado o acordo de colaboração, este poderá ser firmado a qualquer momento. Durante as investigações poderá ser estabelecido por meio da autoridade policial, com manifestação do Ministério Público, ou, dependendo do caso, entre o órgão ministerial e o investigado ou acusado, sendo imprescindível a presença do defensor. Se o acordo ocorrer posteriormente a sentença, a pena poderá¹⁹ ser diminuída até a metade ou admitir-se-á progressão no regime de cumprimento de pena. É necessário, contudo, que as informações a serem prestadas pelo potencial delator, sobretudo após a sentença, se mostrem relevantes às investigações.

O §10 do art. 4º da Lei de Organização Criminosa prevê a possibilidade de retratação das partes. Havendo retratação, o final do referido texto legal veda a utilização das provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador serem utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Badaró chama atenção para o fato de que, lavando-se em conta o art. 200 do Código de Processo Penal²⁰, este deve ser

16 Identificação dos demais coautores e partícipes; revelação da estrutura da organização criminosa; prevenção de infrações penais provenientes das atividades da organização criminosa; recuperação total ou parcial dos produtos ou proveitos do crime; localização da vítima.

17 Cordeiro, Nefi, op. cit., p. 62

18 Calamandrei, Piero - Eles os juízes, vistos por um advogado - introdução de Paolo Barile; tradução de Eduardo Brandão. - 2ª ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 08

19 Aqui novamente exposta a discricionariedade da autoridade judicial citada alhures.

20 Art. 200: a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

considerado lei geral na medida em que a Lei de Organização Criminosa é uma lei especial,

“isso porque a ressalva de que o juiz poderia formar seu convencimento com base na confissão retratada implicava que ela ainda assim poderia ser valorada contrariamente ao acusado, o que está vedado la Lei 12.850/2013.”(2017, p. 465)²¹

É notável a importância da delação premiada, que tem desempenhado papel fundamental principalmente no que se refere a sua aplicação na Operação Lava-Jato, com o escopo de combater a corrupção. De Curitiba, foram expedidos 269 mandados de prisão, 1.196 mandados de busca e apreensões e 159 pessoas foram condenadas até março de 2019²². Contudo não se pode olvidar que, por uma incompletude legislativa e falta de um processo penal preparado para lher dar com a dinâmica das delações premiadas, algumas questões polêmicas foram levantadas. Neste sentido se mostra oportuna a reflexão de Alexandre Moraes da Rosa, Daniel Kessler de Oliveira e Aury Lopes Jr. que afirmam:

“Quando um mesmo indivíduo realiza dezenas de reuniões com os Procuradores da República começa a entender o que efetivamente querem ouvir, isto é, o valor da delação depende do roteiro a ser apresentado pelo delator e, principalmente, dos personagens nele inseridos. Ele, obviamente, busca atender as expectativas criadas para valorizar sua informação e obter o ‘melhor negócio’ possível. Mas isso também dá lugar a falsas imputações”.²³

Isto posto, resta claramente exposta a dinâmica que acabou sendo desenvolvida nas aplicações das diversas delações premiadas. A delação premiada passou a ser estudada também sobre outro viés, o de um jogo processual penal.

3. Teoria dos jogos

Todos, ao longo de sua vida já se depararam, ao menos uma vez, com alguma situação em que deveriam assumir a postura de um jogador. Seja em uma brincadeira de infância, em alguma competição escolar, ou mesmo na vida adulta em um jogo praticado em família, por exemplo. Entretanto, a prática de jogar

21 Badaró, Gustavo Henrique, op. cit., p. 465

22 <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/apos-5-anos-lava-jato-soma-controversias-2294-anos-de-penas-e-159-condenados.shtml>

23 <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo>

também se aplica a situações importantes do nosso cotidiano. Basta observar a atual política brasileira.

Para entender a teoria dos jogos, se faz necessário primeiramente entender o que é um jogo. Neste sentido, é pertinente o magistério de Fiani que afirma:

“[...]sempre que um conjunto de indivíduos, empresas, partidos políticos, etc., estiver envolvido em uma situação de interdependência recíproca, em que as decisões tomadas influenciam-se reciprocamente, pode-se dizer que eles se encontram em um “jogo.” (2015, p. 02)²⁴

Desta forma, é possível constatar que o fundamento do jogo se encontra em uma interdependência recíproca desenvolvida por meio de uma estratégia. Fiani denomina este fenômeno de interação estratégica.²⁵

A Teoria dos Jogos se apresenta sobre diferentes nuances. Em cada modalidade há uma dinâmica a ser observada. Há de se considerar, a posição de cada um dos jogadores, as vantagens e as desvantagens diante de uma ação, a tentativa de previsão de todos os cenários possíveis, e mais que isso:

“Para analisar um jogo são estabelecidas condições específicas que definem como devem ser tomadas as decisões – por exemplo, a ordem em que os jogadores escolhem suas manobras – e medidas utilitárias para os resultados de cada jogador são atribuídas a cada combinação possível de manobras dos jogadores. A análise em si trata de prever se se vai chegar a um acordo ou não e, caso isso aconteça, de que natureza específica será o acordo.”²⁶

Isso revela a importância da estratégia a ser utilizada, pois no cenário desta batalha processual²⁷ “existem cinco coisas que devemos conhecer para prever o desfecho de uma guerra: primeiro, o caminho; segundo, o tempo; terceiro, o terreno; quarto, a liderança e quinto, as regras.”²⁸

Na dinâmica do jogo, também deve ser considerada a forma pela qual o jogo irá se modelar, pois “o importante é que o modelo, na medida em que incorpore os

24 Fiani, Ronaldo – Teoria dos Jogos – 4ª ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

25 Ibid.

26 Bazerman, Max H. - Processo Decisório – tradução: Daniel Vieira – 8ª ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 257.

27 Segundo Alexandre Moraes da Rosa (Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction – 3ª ed., pg. 71): “Se o processo é uma guerra autorizada pelo Estado [...] os fundamentos da Teoria da Guerra podem ser invocados para se buscar entender a lógica do processo penal, desde que vinculados a Teoria dos Jogos.”

28 Sun Tzu – A arte da guerra: os treze capítulos originais – adaptação e tradução de André da Silva Bueno – São Paulo: Jardim dos livros, 2011, p. 27

elementos realmente significativos e sua estrutura seja coerente com a forma pela qual se processa a interação estratégica, sirva como um guia eficiente [...]”²⁹. Neste aspecto, exsurge um quesito fundamental: a recompensa, que na delação premiada pode ser redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituição por pena restritiva de direitos, ou até mesmo a concessão do perdão judicial.³⁰

Dentre as variadas formas de busca pela maneira mais eficaz na participação de um jogo destaca-se a teoria do equilíbrio de Nash, elaborada pelo norte-americano John F. Nash. “Diz-se que uma combinação de estratégias constitui um equilíbrio de Nash quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores”.³¹

Destarte, a referida teoria consiste em encontrar uma estratégia na qual se possa adotar a melhor reação às ações dos demais jogadores, e isso se repete com cada jogador. Por isso a teoria baseada em um equilíbrio.

Amplamente difundida na teoria econômica e financeira, o equilíbrio de Nash encontra aplicação também na teoria dos jogos, sobretudo aplicada ao processo penal porquanto, ao longo da persecução, poderá se apresentar não somente uma aplicação do equilíbrio de Nash aos jogadores, mas várias, a depender do estágio processual. Quando aplicada às delações, a teoria do equilíbrio de Nash fica evidente na medida em que, enquanto o delator busca um favor judicial, o Estado busca uma maior eficiência na responsabilização dos agentes criminosos.

3.1 A teoria dos jogos aplicada à delação premiada

Embora a Teoria dos Jogos tenha sido criada precipuamente para sua utilização no campo da matemática, ela também encontra sua aplicação no processo penal, mormente na dinâmica das delações premiadas. Guardadas as devidas peculiaridades que cada ciência apresenta³², a teoria dos jogos pode ser um importante instrumento no contexto processual penal.

29 Fiani, Ronaldo, op. cit., p. 43

30 Lei 12.850/2013: art. 4º.

31 Fiani, Ronaldo, op. cit., p. 93

32 Nesse sentido, Alexandre Moraes da Rosa (Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction – 3ª ed., pg. 53) aduz: “Daí que a pureza metodológica não pode ser esperada. Há uma *heterodoxia* na pesquisa em *paralaxe*, a saber, que inevitavelmente modifica a perspectiva sobre o mesmo objeto, no caso, o processo penal, via Teoria dos Jogos e da Guerra, tendo por fundamento a necessária interação humana.”

Neste cenário, é de suma importância se atentar às interações desenvolvidas, pois “não se faz processo penal sozinho. Será necessária a interação dos jogadores o tempo todo.”³³ Diante desta interação é possível notar a importância nos argumentos a serem trazidos aos julgadores, pois

“temos que ter em mente que as representações narrativas introduzidas pelas partes são realmente seletivas por natureza: empregam as evidências argumentativamente na medida em que contribuem favoravelmente para o fortalecimento da crença do juiz na versão dos eventos por elas proposta. Desse modo, a seleção já parte do próprio ingresso argumentativo da evidência no processo, o que faz com que ela seja convertida em possível fonte de conhecimento, elemento de convicção que devidamente verificado, pode atingir a condição de prova.”(2013, p. 409)³⁴

Outra temática imprescindível no estudo da Teoria dos Jogos no processo penal, é o dilema prisioneiro. Esta teoria foi criada por Merrill Flood e Melvin Dresher em 1950. O dilema do prisioneiro

“consiste em se propor a investigados/acusados presos no mesmo contexto processual, em situação simétrica (não podem se comunicar ou não possuem mecanismos de forçar a cooperação entre si), 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”(2018,p.68)³⁵

Ao analisar o dilema do prisioneiro fica evidente a relevância dos pontos anteriormente tratados como, por exemplo, a estratégia e a aplicação do equilíbrio de Nash. Deve o acusado/investigado ponderar as implicações de suas ações sobre todos os cenários possíveis junto à análise da recompensa a ser recebida, e ainda tentar prever qual será a estratégia utilizada pelo outro investigado/acusado. Em jogos com mais agentes, essa dinâmica pode se mostrar ainda mais complexa. O jogador terá que minudenciar suas ações diante de cada participante e, deste modo, os resultados possíveis se ampliam exponencialmente.

A volubilidade humana também deve ser considerada por exercer grande influência nas decisões. Momentos de tensão, de vitória, de derrota, de vantagem, e de desvantagem são atinentes a um jogador, não importa qual seja o jogo. Isto se

33 Rosa, Alexandre Morais da – Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction – 3ª ed. ampl. e rev. – Florianópolis: Emais, 2018, p. 59

34 Khaled Jr., Salah H. - A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial – São Paulo: Atlas, 2013.

35 Rosa, Alexandre Morais da, op. cit.

mostra importante na medida em que “só é possível ter a regra do processo quando se sabe quem são os jogadores.”³⁶

No jogo processual o participante deve iniciar sabendo qual o seu objetivo, uma vez que cada jogador poderá estabelecer, segundo seu critério de utilidade, para cada resultado obtido, o momento em que a concretização da sua meta se dará. Dessarte, é imperioso concluir que “as decisões se vinculam às recompensas de cada um dos jogadores”³⁷.

As recompensas, já mencionadas algures, exercem influência sobre todos os aspectos do jogo, visto que a aplicação da teoria dos jogos no processo penal não se presta exclusivamente ao uso defensivo, mas também “podem utilizar-se dela o membro do Ministério Público ou a autoridade policial, por exemplo.”³⁸

Sob a ótica dos órgãos estatais, a teoria dos jogos ganha um viés mais utilitarista. Quanto mais eficaz se mostrar a delação, mais próximo estes órgãos estarão de obter seu intento. No entanto, este cunho utilitarista deve ser empregado com equilíbrio, como argumenta Sandel:

“a vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar os direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais.” (2016, p. 51)³⁹

Embora o jogo processual se revele dinâmico em sua aplicação, também é possível uma análise, mesmo que superficial, *a priori*⁴⁰. Na comunidade de jogadores, já se conhece quem atuará em cada posição, porquanto as normas processuais, e mesmo as constitucionais, instituem a função jurisdicional, a função do órgão ministerial e a função do defensor, por exemplo. Este mecanismo proporciona a cada participante, traçar sua estratégia conhecendo o rumo que suas ações devem tomar. Ao magistrado cabe a função de julgar, ao defensor cabe a função de zelar pelos direitos do seu representado. O que vai dar mobilidade ao jogo

36 Rosa, Alexandre Moraes da – Alexandre Moraes da Rosa e Paulo Silas Filho: Teoria dos Jogos e Processo Penal – live semanal da Apacrimé – Instagram – Acesso em 21 de abril de 2020. 16h00

37 Rosa, Alexandre Moraes da, op. cit., p. 95

38 Rosa, Alexandre Moraes da – Alexandre Moraes da Rosa e Paulo Silas Filho: Teoria dos Jogos e Processo Penal – live semanal da Apacrimé – Instagram – Acesso em 21 de abril de 2020. 16h00

39 Sandel, Michael J. - Justiça: o que é fazer a coisa certa – 20 ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016

40 Para Kant, alguns conhecimentos já existem antes da experiência sensorial, ou seja, *a priori*

são as condições em que ele se desenvolve, o local em que ocorrerá, quem serão os jogadores que entrarão em ação e até mesmo, a época em que o jogo/processo está ocorrendo.

Qualquer jogo, independente do campo onde se aplique, pode ser jogado de forma honesta, respeitando-se minimamente as regras do embate. O valor da vitória pode parecer absoluto frente aos desafios. A esse respeito, elucidativo é o magistério de Alexandre Moraes da Rosa que afirma:

“Ante o sucesso em cada subjogo (etapa do rito processual) a tática eleita pode fazer comparecer prazeres primitivos da satisfação pulsional, especialmente quando se joga a partir de máscaras atribuídas a lugares pré-definidos de lutas inglórias do bem contra o mal e vice-versa. Muitos jogadores se protegerão pela construção de um avatar público capaz de mitigar, quem sabe, as impotências reais” (2018, p. 137)

Nesta toada, sobrevêm a importância de se jogar praticando *fair play*⁴¹, pois “quando se fala em estratégia, há uma limitação ética no que irá se chamar de *fair play*”.⁴² Além de uma norma hipotética fundamental⁴³, ou um *imperativo categórico*⁴⁴, o jogo limpo deve ser seguido efetivamente sob pena de violação de direitos fundamentais.

Em meio a prática da justiça negocial, toda cautela é necessária, uma vez que o Processo Penal restou por se transformar em uma espécie de adjudicação da verdade consensualmente construída.⁴⁵ Neste contexto, a proteção aos direitos do delator deve ser observados da maneira mais acurada possível uma vez que, ao aceitar participar do acordo de delação, o acusado/investigado se obriga a aceitar a relativização de um dos seus direitos, qual seja, o de não se autoincriminar.

41 Expressão comumente utilizada no âmbito desportivo, para incentivar a prática do limpo, jogado honestamente, de forma a zelar pela conduta ética no esporte.

42 Filho, Paulo Silas - Alexandre Moraes da Rosa e Paulo Silas Filho: Teoria dos Jogos e Processo Penal – live semanal da Apacrime – Instagram – Acesso em 21 de abril de 2020. 16h00

43 Conceito desenvolvido por Kelsen no estudo da Teoria do Direito. Para o jurista, a norma hipotética fundamental, no plano lógico-jurídico, parte de uma vontade coletiva não codificada. São ações seguidas logicamente pelas pessoas, sem necessidade de positivação legal.

44 Teoria desenvolvida por Immanuel Kant segundo a qual, nossas ações devem estar pautadas por princípios que, ao nosso ver, poderiam constituir uma lei universal.

45 Lopes Jr., Aury; Rosa, Alexandre Morais da; Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. Delação Premiada no Limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil - Florianópolis: Emais, 2018, p. 33.

4. A relevância do direito ao silêncio

“Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; [...] e todo direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que alguém esteja decidido a mantê-lo com firmeza.”⁴⁶

Inicialmente, cumpre destacar que direito não se confunde com garantia, uma vez que esta é instrumento que assegura o exercício daquele. No esclarecedor magistério de Novelino:

“Os *direitos* podem ser compreendidos como valores que, considerados importantes em uma determinada sociedade, são consagrados expressa ou implicitamente no plano normativo. As *garantias*, apesar de ligadas a um determinado valor, ou a valores indeterminados, possuem um aspecto instrumental. São mecanismos de limitação do poder na defesa dos direitos. Mais que um fim em si mesmas, são instrumentos a serviço de um direito principal, substancial.” (2014, tópico 24.1)⁴⁷

Prescreve a Constituição Federal em seu art. 5º o direito do preso a permanecer calado.⁴⁸ Trata-se de uma inovação em relação as constituições brasileiras pretéritas⁴⁹. Posto como direito fundamental, a inviolabilidade do direito ao silêncio não pode sequer, ser usado como meio apto a prejudicar de qualquer forma o réu⁵⁰.

A aplicação desta garantia deve ser levada em conta por todos os órgãos públicos, seja na fase investigativa ou na fase processual, sob pena de tornar ilícita qualquer prova obtida, como se extrai de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada,

46 Ihering, Rudolf Von - A luta pelo direito – tradução João de Vasconcelos – São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 23

47 Novelino, Marcelo – Manual de Direito Constitucional - 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: MÉTODO, 2014. Tópico 24.1 – Biblioteca virtual Uninter

48 Art. 5º, LXIII: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

49 Novelino, Marcelo, op. cit., Tópico 24.6 – Biblioteca virtual Uninter

50 Neste sentido, os arts. 186 e 478, II do CPP.

clandestinamente ou não (HC 80949, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001)

Desta forma, o instituto em apreço mostra a sua relevantíssima função no meio processual. A observância na aplicação do referido direito, resultante da eficácia irradiante dos direitos fundamentais⁵¹, tem o condão de exercer influência sobre outras garantias, uma vez que “esse direito subjetivo de não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da CF).”⁵²

Da leitura do art. 8, 2, g contido na Convenção Americana de Direitos Humanos⁵³ se extrai a prerrogativa de o *nemo tenetur se detegere* se aplicar tanto a pessoa presa quanto a solta, embora a Constituição Federal mencione apenas o réu preso.

Entretanto, deve se atentar para o fato de que o direito em apreço não pode ser considerado como um direito de mentir, mas sim de uma defesa pessoal negativa.⁵⁴ Neste diapasão, Badaró assevera:

“Não há um direito de mentir para o acusado. Há uma irrelevância jurídica na mentira do acusado, posto que de tal ato não lhe poderão advir consequências negativas. O direito ao silêncio do acusado inclui o direito de apresentar versão para encobrir fatos sobre os quais deseja se calar. Se o acusado atribui a outrem a autoria do crime que lhe é imputado, sabendo ser este inocente, não cometerá o crime de denúncia caluniosa, se o fizer para se defender. Entretanto, se o acusado mentir, para confessar um crime que não cometeu, poderá responder pelo direito de autoacusação falsa (CP, art. 342).” (2018, p. 451)⁵⁵

Desta forma, a mentira trazida pelo acusado, deve ser observada sobre o prisma da finalidade com que foi proferida. Não se pode olvidar de que as alegações trazidas deverão ser confrontadas com os demais elementos existentes no processo

51 Trata-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na qual são estabelecidas diretrizes à atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para que seja assegurada proteção a esses direitos.

52(HC 101.909, rel. min. Ayres Britto, j. 28/02/2012).

53 Artigo 8.Garantias judiciais; 2.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas; g: direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

54 Aury Lopes Jr. (Direito Processual Penal – 15ª ed. - 2018- p. 103) afirma que o acusado, quando exerce seu direito de não colaborar com a investigação estatal, está diante do direito de defesa pessoal negativa.

55 Badaró, Gustavo Henrique, op. cit.

com escopo de se verificar a compatibilidade e concordância dos fatos alegados, conforme previsão art. 197 do CPP.⁵⁶

Com exceção da doutrina voltada aos Direitos Humanos⁵⁷, é cediço que não existe nenhum direito absoluto podendo ocorrer, em alguns casos, a limitação de tais direitos. Destarte, se faz necessária uma análise minuciosa no que se refere a relativização do direito ao silêncio aplicado no âmbito das delações premiadas.

4.1 Constitucionalidade da relativização do direito ao silêncio nas delações premiadas

O art. 4º, §14 da Lei 12.850/2013 prevê: “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.” (Brasil, 2013)

Os direitos fundamentais têm como algumas de suas características a irrenunciabilidade e inalienabilidade. Deste modo, não haveria possibilidade de o indivíduo renunciar seu direito ou negociá-lo. Neste sentido, elucidativo são os ensinamentos de Novellino, que assim afirma:

“Não se deve admitir a renúncia ao núcleo substancial de um direito fundamental, ainda que a limitação voluntária seja válida sob certas condições, sendo necessário verificar na análise da validade do ato a finalidade da renúncia, o direito fundamental concreto a ser preservado e a posição jurídica do titular (livre e autodeterminada). A autolimitação voluntária está sujeita, a qualquer tempo, à revogação. O *não exercício* ou o *uso negativo* de um direito (não participar de uma manifestação, não se filiar a um partido político, não interpor um recurso...) não significa renúncia por parte do titular.” (2014, tópico 21.4)⁵⁸

Desta forma, deve-se analisar a irrenunciabilidade de um direito sobre uma totalidade incluindo fatores para além do simples ato de renúncia. A análise em concreto deverá guiar o operador do Direito na resolução deste aparente conflito.

No que se refere a renúncia do direito ao silêncio no âmbito das delações propriamente ditas, oportuno é o magistério de Nefi Cordeiro, que assevera:

56 Art. 197: O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

57 Parte da doutrina especializada, com fundamento nos arts. IV e V da Declaração Universal de Direitos Humanos, considera a vedação à escravidão, tortura, tratamento cruel, desumano e degradante direitos absolutos.

58 Novellino, Marcelo, op. cit., Tópico 24.1 – Biblioteca virtual Uninter

“Já o silêncio, embora condição para a colaboração, não pode ser compreendido como efetiva renúncia, como impossibilidade de no futuro vir o acusado a buscar se defender com versões diferentes, mesmo falsas – a consequência, se verã, é sobre os efeitos no acordo, e não de impossibilidade de voltar o acusador a usar seu direito constitucional.”(2020, p. 43)⁵⁹

O §3º do art. 3º-C, recentemente incluído na Lei de Organização Criminosa traz o dever de o réu narrar todos os fatos delituosos para o qual concorreu⁶⁰ e, o art. 4º, §10 aduz: “as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

Isto posto, é possível notar a grande influência que a prova testemunhal exerce no processo penal brasileiro⁶¹ uma vez que, a partir da palavra do delator, os coautores do delito também poderão vir a ser investigados. No entanto, havendo retratação do colaborador, as provas oriundas do seu depoimento não são tornadas sem efeito.

Ao interpretar o art. 4º, §14 da Lei de Organização criminosa, o mais adequado é entender a opção do colaborador que, voluntariamente, decide não se utilizar do direito ao silêncio para que possa ser beneficiado de outra forma, seja com perdão judicial ou com redução da pena, por exemplo. A doutrina majoritária tem o entendimento de que o legislador apenas se equivocou ao empregar o termo “renúncia” no artigo da lei. A exemplo do que ocorre quando o acusado decide confessar o crime no seu interrogatório⁶², no caso do colaborador pode ser utilizado o mesmo raciocínio, guardadas as devidas peculiaridades de cada caso.

Assim, nas palavras de Eduardo Araújo da Silva, é possível concluir:

“A exigência de renúncia ao direito ao silêncio, de forma expressa – o que seria até dispensável, pois se ele resolveu colaborar, não permanecerá calado –, tem a finalidade de afastar qualquer dúvida quanto à espontaneidade da colaboração. Não se trata, pois, de violação ao direito

59 Cordeiro, Nefi, op. cit., p. 43

60 Art. 3ºC, §3º: No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.

61 Neste sentido, Aury Lopes Jr. - Youtube: Palavra do Professor - com Aury Lopes Jr. - Provas no Processo Penal. 2014. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=sDLnof8uMrg>. Acesso em 30 de maio de 2020.

62 Art. 190: Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias dos fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.

ao silêncio, assegurado no inciso LXIII do art. 5º da Constituição da República.” (2015, p. 69)⁶³

Sobre a retratação da delação, prevista no já citado §10 do art. 4º da Lei de Organização criminosa, Badaró esclarece: “como a lei prevê que as provas autoincriminatórias não poderão ser utilizadas “exclusivamente” contra o colaborador, o conteúdo da delação poderá ser utilizado em relação aos delatados contra os quais poderão ser valoradas”. E minudencia:

“Como a delação contém uma confissão do delator, a admissão da retratação da delação, pelo menos em relação à autoincriminação do delator, implica que se está diante de regra especial, no caso de crime organizado, em relação ao art. 200 do CPP que prevê: a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”. Isso porque a ressalva de que o juiz poderia formar o seu convencimento com base na confissão retratada implicava que ela ainda assim poderia ser valorada contrariamente ao acusado, o que está vedado na Lei 12.850/2013.” (2018, p. 465)⁶⁴

Ante o exposto, mesmo com a chancela judicial para a correta aplicação da delação do colaborador, é necessário que o Estado, a exemplo do que ocorre na lei de interceptações telefônicas⁶⁵, utilize as delações premiadas como meio subsidiário de investigações. Neste sentido, Nefi Cordeiro adverte sobre a utilização demasiada das delações premiadas restarem por exercer função de o que o autor denomina de “muleta investigatória”:

“Na colaboração premiada já não existem restrições legais, pelo que é ainda maior o risco de vulgarização desse instrumento. Esperava-se nesse instituto obter a colaboração do motorista para perseguir uma quadrilha mafiosa e seu grande chefe, esperava-se beneficiar a secretária para punir os grandes empresários fundadores [...] Ainda se precisará muito caminhar para o uso seletivo da colaboração premiada para que não se confundam ela com acordos de confissão (“guilty plea”), para que se escolham melhor os beneficiários da colaboração e para que o Estado persecutor não se acomode com essa “muleta investigatória”.” (2020, p.34)⁶⁶

63 Silva, Eduardo Araújo da – Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº12.850/2013 - 2ª ed.– São Paulo: Atlas, 2015.

64 Badaró, Gustavo Henrique, op. cit.

65 Lei 9.296/1996. Art. 2º: Não será admitida a interceptação das comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I- não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; II- a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; [...]

66 Cordeiro, Nefi, op. cit.

Diante dessa avidez do Estado pela utilização das delações premiadas e, considerando a Teoria dos Jogos, os aspectos processuais ganham grande importância nos acordos de delação.

5. *Nemo tenetur se detegere* e seus efeitos processuais

Algumas leis trazem em seu conteúdo algumas opções àquele que se dispõe a, de alguma forma, colaborar para o deslinde processual. A própria Lei de Organização Criminosa, citada alhures, traz hipóteses de possibilidade de perdão judicial⁶⁷, por exemplo.

A inovação legislativa trazida pela lei 13.964/2019 no art. 28-A do CPP, também parece caminhar no sentido da pena negociada uma vez que, tratando-se de infração cometida sem violência ou grave ameaça, confessada formal e circunstancialmente, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos, exsurge para o órgão ministerial a possibilidade de propor acordo de não persecução penal.

No entanto:

“A “barganha e a justiça criminal negociada”, como manifestações dos espaços de consenso no Processo Penal, vem (pre) ocupando cada vez mais os estudiosos e os atores judiciários. A tendência de expansão é evidente, resta saber que rumo será tomado, se seguirá o viés de influência do modelo norte-americano da *plea bargaining*; o italiano do *patteggiamento*; o prático-forense alemão (cuja implantação evidenciou o conflito do *law in action* com o *law in books*). (2018, p.25)⁶⁸

Embora cada processo se desenvolva dentro de suas peculiaridades, é cediço que o primado da legalidade e do devido processo legal devem estar umbilicalmente ligados à negociação processual penal, sob pena de se estar diante de uma “execução penal *à la carte*”⁶⁹.

O art. 3º-B da Lei de Organização Criminosa prevê:

“o recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de

67 Lei 12.850/2013. Art. 4, §2º: Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador [...]

68 Lopes Jr., Aury; Rosa, Alexandre Morais da; Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda, op. cit.

69 Expressão utilizada por Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa para designar a falta de regulamentação na negociação das penas negociadas. (Delação Premiada no Limite: a controversa justiça negociada made in Brazil – p. 27)

confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento do sigilo por decisão judicial.”

Sob análise do artigo supracitado, convém destacar a introdução da teoria da *Queen for a day* no que se refere às delações premiadas. Segundo a referida teoria, se por algum motivo o acordo de colaboração não se concretizar por decisão de qualquer das partes envolvidas, nenhuma prova trazida pelo potencial colaborador ao conhecimento do membro do Ministério Público poderá ser utilizado contra o agente. Segundo Masson, deve ser prestigiado o princípio da lealdade⁷⁰.

Dessarte, é possível vislumbrar a força normativa do direito ao silêncio do colaborador mesmo que este, antes disposto a colaborar e até indicando possíveis provas em seu desfavor, resolva não mais participar no auxílio às investigações. Ele não poderá ser prejudicado a partir do momento em que resolve abdicar da possível delação.

Chama atenção a novidade trazida no §17 do art. 4º da Lei de Organização Criminosa, que afirma ser possível a rescisão do acordo em caso de omissão dolosa sobre os fatos objetos da colaboração. A omissão dolosa que segundo o art. 147 do Código Civil se consubstancia no silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

Sabe-se que no processo penal vige o direito a não autoincriminação, e que o acordo de colaboração premiada é celebrado quando há utilidade e interesse públicos. A renúncia do direito ao silêncio tratada anteriormente, exige que o colaborador narre os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação com os fatos investigados (art. 3º-C, § 3º). Desta forma, “cada um deve falar a verdade”. Nesse dever que se enuncia como incondicionado vai-se logo admitir a condição: “se souber a verdade”.⁷¹

Nessa toada, é necessário não deixar a investigação ou instrução caminhar para o desenvolvimento de um direito penal do autor⁷², uma vez que o delator

70 Masson, Cleber. - Youtube: Cleber Masson - Teoria do Queen for a day. 2016. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=jGZuJHtfzmE> Acesso em 16 de junho de 2020.

71 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich – Fenomenologia do Espírito. Tradução: Paulo Meneses; com colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado - 9ª ed.– Petropolis, RJ: Vozes, 2015.

72 Segundo Cleber Masson (Direito Penal: parte geral, arts. 1º a 120, 14 ed., 2020, p.53): “Os tipos penais devem definir fatos, associando-lhes as penas respectivas, e não estereotipar autores em razão de alguma condição específica.”

renuncia o exercício do seu direito ao silêncio e se compromete a cumprir ao menos um dos objetivos previstos em lei para que possa usufruir dos possíveis benefícios.

Ademais, há de se observar que o declínio do colaborador sobre seu direito de permanecer calado não terá o condão de se estender a fatos ou processos não inclusos no acordo de colaboração. Segundo Coutinho (2018, p. 139):

“O Estado não pode praticar ilegalidades, omitir informações desfavoráveis, valer-se de métodos não autorizados em lei, potencializar inescrupulosamente elementos probatórios, mesmo que os agentes pensem que seja por bons motivos, aumentando a capacidade de se obter vitórias processuais.” (apud Moraes da Rosa, 2017, p. 358-62)⁷³

Há de se considerar também, sobretudo no âmbito das organizações criminosas⁷⁴, que o silêncio do colaborador pode, em algumas situações, advir do próprio temor do agente de que advenha algum mal a ele ou a sua família. Neste sentido, as teorias das subculturas⁷⁵ exercem grande influência visto que

“Só aparentemente está a disposição do sujeito escolher o sistema de valores ao qual adere. Em realidade, condições sociais, estruturas e mecanismos de comunicação e de aprendizagem determinam a pertença de indivíduos a subgrupos ou subculturas, e a transmissão aos indivíduos de valores, normas modelos de comportamento e técnicas, mesmo ilegítimos” (2011, p. 75)⁷⁶

Ante o exposto, não se pode olvidar das regras impostas internamente a determinados grupos sociais, nos quais são postos novos valores e normas exercendo, muitas vezes, reflexo nas próprias investigações criminais efetuadas pelo Estado, sobretudo em momentos de delações premiadas.

O *nemo tenetur se detegere*, além de garantir que o imputado não seja prejudicado sob nenhuma hipótese por se omitir, tem o condão de albergar outros aspectos, como se infere do magistério do Aury Lopes Jr.:

“Dessarte, o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa

73 Lopes Jr., Aury; Rosa, Alexandre Moraes da; Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda, op. cit.

74 Algumas organizações criminosas tendem a punir aqueles que, de alguma forma, colaboram nas investigações.

75 Teorias criminológicas do Consenso, oriundas da Escola de Chicago

76 Baratta, Alessandro – Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal – tradução: Juarez Cirino dos Santos – 6ª ed. - 6ª reimpressão - Rio de Janeiro: editora Revan, 2011.

um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência.” (2019, p. 106)⁷⁷

Impende salientar, entre as mudanças trazidas pela Lei 13.964/2019, mais especificamente na 7.210/1984 (LEP) e na Lei 12.037/2009 (Identificação Criminal).

A LEP, em seu art. 9º-A, § 8º menciona: “constitui falta grave, a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético”.

A Lei de Identificação Criminal prevê em seu art. 3º, IV a identificação do acusado quando esta for essencial às investigações policiais podendo haver até a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, podendo o juiz, nestes casos, agir de ofício ou mediante representação do MP ou da autoridade policial.

Segundo Lopes Jr., (2020), a identificação criminal “constitui gênero do qual são espécies a identificação datiloscópica, a identificação fotográfica e a coleta de material genético.”⁷⁸

O primeiro apontamento a respeito dos artigos citados, se refere ao fato de ocorrer ou não a violação do direito a não autoincriminação, diante da obrigação do imputado a ser submetido a coleta de material biológico para perfil genético. Aury Lopes Jr., opinando pela inconstitucionalidade da medida assevera:

“A possibilidade ou não de extração compulsória de material genético divide a doutrina, mas entendemos que é inconstitucional, exatamente por violar o direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).”⁷⁹

A outra celeuma acerca do assunto, reside no fato de o juiz ter a prerrogativa de determinar a identificação criminal de ofício, durante a fase de investigação criminal, em um sistema que veda o direito a não autoincriminação.

Sobre o tema, assim discorre Renato Brasileiro de Lima:

“Esse agir de ofício do juiz competente na fase investigatória revela-se incompatível com a garantia da imparcialidade e com o sistema acusatório. Por isso, o ideal é concluir que, como garante as regras do jogo, o juiz só poderá intervir se for provocado nesse sentido.” (2018, p. 306)⁸⁰

77 Lopes Jr., Aury, op. cit.

78 Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal – 17ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

79 Lopes Jr., Aury. op. cit.

80 Brasileiro de Lima, Renato – Legislação Penal Especial Comentada – Volume único – 6ª ed. - Salvador: Editora Juspodvm.

Desta forma, é possível observar os diversos desdobramentos do princípio da não autoincriminação. Malgrado a delação ser o modo mais evidente de se exercer o *nemo tenetur se detegere*, o imputado também tem o direito a não se autoincriminar não produzindo qualquer tipo de prova contra si mesmo, não podendo ser prejudicado por isso.

No tocante ao modo de utilização do direito ao silêncio pelo acusado, alguns questionamentos podem vir a causar algumas inquietações.

Recentemente houve ampla divulgação, nas redes sociais, de uma audiência de instrução e julgamento, na qual o réu teve a intenção de exercer seu direito ao silêncio. Porém, a sua intenção era permanecer calado somente diante das indagações do MP e da magistrada, enquanto não tinha a intenção de proceder da mesma maneira quanto as inquirições da defesa.

A magistrada considerou o ato do acusado inconstitucional, por ofender o devido processo legal, e o contraditório. Argumentou ainda que a Constituição não faz nenhuma ressalva quanto a opção do réu escolher em qual situação poderá exercer seu direito ao silêncio. Por fim, indeferiu o pleito do réu e de seu defensor alegando que o direito ao silêncio não pode ser exercido parcialmente.

Sobre esta questão é pertinente observar precipuamente a natureza do interrogatório. Nesta senda, oportuno é o magistério de Badaró que assim afirma:

“[...] o interrogatório deve ser visto como ato de defesa e não como um meio de prova, tal qual previsto no CPP. Se o acusado pode se calar não respondendo a nenhuma pergunta, o interrogatório não pode ser visto como um meio de prova, posto que não se destina a fornecer elementos de convicção para o juiz. Eventualmente, ao exercer a sua autodefesa, o acusado poderá fornecer algum elemento de convicção que possa ser considerado pelo juiz na formação de seu convencimento. Não é este, porém, o objetivo do interrogatório.” (2017, p. 451)⁸¹

Destarte, é necessário que haja atenção por parte dos operadores do direito processual penal, para que o modelo inquisitório não figure na fase de instrução processual. A lógica inquisitorial⁸² deve ser superada para que o devido processo legal possa prosperar.

81 Badaró, Gustavo Henrique, op. cit.

82 Neste sentido: Paulo Silas Filho e Khalil Vieira Proença Aquim – Nemo Tenetur se Detegere e o ato de interrogatório em juízo – disponível em <http://www.salacriminal.com/home/nemo-tenetur-se-detegere-e-o-ato-de-interrogatorio-em-juizo>

Assim, de tudo que se disse, considerando o direito a não autoincriminação, sempre sendo aplicado nas melhores estratégias do jogo processual, é possível notar o espargimento do instituto no processo como um todo. Seja na colaboração processual, na produção de provas ou em interrogatórios.

O *nemo tenetur se detegere* deve ser considerado e respeitado por todos os jogadores atuantes no processo desde o surgimento do *fumus commissi delicti*⁸³ até o final da execução penal.

83 Quando há existência de um crime com indícios suficientes de autoria.

Considerações finais

O presente trabalho possibilitou observar como as delações premiadas devem ser tratadas minuciosamente em cada caso. Ademais, muitos pontos ainda merecem um olhar mais atento por parte do operador do Direito.

A Teoria dos Jogos mostra um viés muito importante. Os diversos modos de aplicação da referida teoria, diante de cada caso concreto, conferem ao seu aplicador grande mobilidade para que possa se utilizar desse conhecimentos em diversos ramos e situações.

Quanto a aplicação da teoria supracitada no âmbito processual penal, esta se mostra indubitavelmente útil. A cada ação ou fato ocorrido no processo, pode o jogador processual se readaptar a nova realidade apresentada.

No tocante ao direito ao silêncio, este direito deve ser observado a todo momento, tendo em vista a sua importância para o acusado ou delator. Principalmente os representantes estatais devem se atentar para a correta aplicação do instituto.

A discussão sobre a constitucionalidade do direito a não autoincriminação, embora ainda possa dividir opiniões, parece caminhar no melhor caminho, tanto para o possível delator, quanto para os órgãos encarregados da investigação.

Os efeitos processuais oriundos do direito a não autoincriminação tem a propriedade de se expandir para todos os campos processuais. A doutrina ainda se encontra dividida a respeito de algumas situações trazidas pelo legislador ordinário. Desta forma, a ampla discussão a respeito do tema ainda se mostram pertinentes.

Isto posto, é possível constatar que o *nemo tenetur se detegere*, vem sendo respeitado, no entanto não em sua completude. Há necessidade de que as novidades legislativas vm a ser analisadas sobre o fundamento do princípio em apreço.

As delações premiadas já demonstram algum avanço no tocante a sua regulamentação, no entanto há de se considerar que muito ainda deve ser debatido a respeito do tema.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal** – 6ª ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- BARATTA, Alessandro – **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal** – tradução: Juarez Cirino dos Santos – 6ª ed. - 6ª reimpressão - Rio de Janeiro: editora Revan, 2011.
- BAZERMAN, Max H. - **Processo Decisório** – tradução: Daniel Vieira – 8ª ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014,
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; Moura, Maria Tereza de Assis – coordenação; Vários autores. **Colaboração Premiada**. 2ª tiragem – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689/1941. **Código de Processo Penal**.
- BRASIL. Lei 8.072/1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos**, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.
- BRASIL. Lei 9.296/1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**.
- BRASIL. Lei nº 12.850/2013. **Define Organização Criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal**.
- BRASIL. Lei nº 13.964/2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**.
- BRASILEIRO de Lima, Renato – **Legislação Penal Especial Comentada** – Volume único – 6ª ed. - Salvador: Editora Juspodvm, 2018.
- CALAMANDREI, Piero - **Eles os juízes, vistos por um advogado** - introdução de Paolo Barile; tradução de Eduardo Brandão. - 2ª ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- CARAZZAI, Estelita Hass – **Após 5 anos, Lava Jato soma controvérsias, 2.294 anos de penas e 159 condenados**. Folha de São Paulo 2019 - Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/apos-5-anos-lava-jato-soma-controversias-2294-anos-de-penas-e-159-condenados.shtml>> Acesso em: 28 de mar. De 2020.

Colaboração premiada: aspectos relevantes e legitimidade do Delegado –

Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/386097341/colaboracao-premiada-aspectos-relevantes-e-legitimidade-do-delegado>> Acesso em: 15 de março de 2020

Convenção Americana de Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

CORDEIRO, Nefi - **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles** – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – **Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil** – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Aury Lopes Jr., Alexandre Moraes da Rosa – Florianópolis: Emais, 2018.

FIANI, Ronaldo – **Teoria dos Jogos** – 4ª ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FILHO, Paulo Silas - Alexandre Moraes da Rosa e Paulo Silas Filho: **Teoria dos Jogos e Processo Penal** – live semanal da Apacrimé – Instagram – Acesso em 21 de abril de 2020. 16h00.

FILHO, Paulo Silas - **Nemo Tenetur se Detegere e o ato de interrogatório em juízo:** Paulo Silas Filho e Khalil Vieira Proença Aquim – Sala Criminal, 2020. Disponível em <<http://www.salacriminal.com/home/nemo-tenetur-se-detegere-e-o-ato-de-interrogatorio-em-juizo>> Acesso em: 21 de jun. de 2020.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – **Fenomenologia do Espírito.** Tradução: Paulo Meneses; com colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado - 9ª ed.– Petropolis, RJ: Vozes, 2015.

IHERING, Rudolf Von - **A luta pelo direito** – tradução João de Vasconcelos – São Paulo: Martin Claret, 2009.

KHALED Jr., Salah H. - **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial** – São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal** – 17ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury - Palavra do Professor - com Aury Lopes Jr. - **Provas no Processo Penal** – Youtube, 2014. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=sDLnof8uMrg>> Acesso em 30 de maio de 2020.

LOPES JR. Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da – **O roteiro delatado e o processo penal do espetáculo** – Conjur, 2019. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo>
Acesso em: 25 de mar. De 2020.

MASSON, Cleber – **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)** – v.1 – 14. ed. - São Paulo: Método, 2020.

MASSON, Cleber - Youtube: Cleber Masson - **Teoria do Queen for a day**. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jGZuJHtfzmE>> Acesso em: 16 de junho de 2020.

NOVELINO, Marcelo – **Manual de Direito Constitucional** - 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: MÉTODO, 2014. Tópico 24.1 – Biblioteca virtual Uninter

NUCCI, Guilherme de Souza - **Organização Criminosa** - 4ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio – **Curso de Processo Penal** – 22. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2018.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Delação Premiada: limites éticos ao Estado** – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da – **Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction** – 3ª ed. ampl. e rev. – Florianópolis: Ematis, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da – Alexandre Moraes da Rosa e Paulo Silas Filho: **Teoria dos Jogos e Processo Penal** – live semanal da Apacrime – Instagram – Acesso em 21 de abril de 2020. 16h00

SANDEL, Michael J. - **Justiça: o que é fazer a coisa certa** – 20 ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SILVA, Eduardo Araújo da – **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº12.850/2013** - 2ª ed.– São Paulo: Atlas, 2015.

STF: Jurisprudências – Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>> Acesso em: maio de 2020.

SUN TZU – **A arte da guerra: os treze capítulos originais** – adaptação e tradução de André da Silva Bueno – São Paulo: Jardim dos livros, 2011.