

GLAUCIANE GABRIELE BARBOSA MORAIS

**APLICABILIDADE DA TEORIA DOS JOGOS AO ACORDO DE NÃO
PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO.**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2021

GLAUCIANE GABRIELE BARBOSA MORAIS

**APLICABILIDADE DA TEORIA DOS JOGOS AO ACORDO DE NÃO
PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO.**

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me.Rivaldo Jesus Rodrigues.

ANÁPOLIS – 2021

GLAUCIANE GABRIELE BARBOSA MORAIS

Anápolis, __de _____ de 2021.

Banca Examinadora

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo primordial fazer uma análise sobre a teoria dos jogos, esta que tem a função de analisar a tomada de decisões dos indivíduos envolvidos, e sua possibilidade de aplicação ao acordo de não persecução penal como solução alternativa, seus requisitos e possíveis consequências de sua aplicação, existência e validade. O primeiro capítulo traz o conceito e as origens da teoria dos jogos, e como ocorre sua aplicação. O segundo capítulo traz o que é o acordo de não persecução penal, seus requisitos e efeitos práticos. O terceiro capítulo explica a lógica da teoria dos jogos no jogo processual, trazendo os dilemas do prisioneiro e da ponte como exemplos de aplicação. Por fim, ainda no terceiro capítulo são apresentadas jurisprudências e entendimentos sobre o referido assunto bem como as suas divergências.

Palavras -chave: Acordo de não persecução penal; Teoria dos jogos; Justiça negociada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – “TEORIA DOS JOGOS”	3
1.1-ORIGEM E CONCEITO.	3
1.2- COMPONENTES ELEMENTARES DE UM JOGO.	7
1.3- COMO SÃO CLASSIFICADOS OS JOGOS.	8
1.4- O PROCESSO PENAL COMO UM JOGO	9
CAPÍTULO II- ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	15
2.1- SUBSTITUTIVOS PENAIIS OU SOLUÇÕES ALTERNATIVAS.....	15
2.2- O QUE É O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.	17
2.3- REQUISITOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	17
2.4-EFEITOS PRÁTICOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	20
CAPÍTULO III- APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	24
3.1-A LÓGICA DA TEORIA DOS JOGOS NO JOGO PROCESSUAL.....	24
3.2-ANÁLISE DO DILEMA DO PRISIONEIRO E O DILEMA DA PONTE.....	25
3.3-TEOREMA DE COASE.....	29
3.3 -ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS E SUAS DIVERGÊNCIAS.	31
CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, por meio da utilização do método de compilação, onde foram realizadas diversas pesquisas, utilizando vários autores, bem como artigos presentes na internet expondo a análise da aplicação de uma teoria matemática criada por John Forbes Nash, baseada nas escolhas dos indivíduos, comparando-a aos jogos como xadrez. Aqui abordaremos sua aplicabilidade ao Direito Processual Penal e seus substitutivos penais, mas especificamente no acordo de não persecução penal.

O primeiro capítulo trata da evolução histórica e do conceito da teoria dos jogos. Teoria que trata de cálculos de risco com relação às decisões, pois cada opção escolhida deve ser pensada calculosamente como melhor escolha. A abordagem feita no capítulo inicial esclarece como esta teoria faz essas análises de risco e quais são as classificações por ela utilizadas para que se chegue ao objetivo almejado.

O segundo capítulo aborda o acordo de não persecução penal, também chamado de substitutivo penal, trazido inicialmente pela resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 181 e posteriormente pela lei 13.964/19. Neste capítulo cabe esclarecer qual a função deste acordo, em quais situações ele pode ser aplicado, seus requisitos, bem como seu modo de aplicação e as consequências oriundas de sua realização.

O terceiro capítulo, analisa a possibilidade de aplicação da teoria dos jogos ao acordo de não persecução penal, analisando-o como um jogo, com a finalidade de esclarecer a escolha dos indivíduos de forma a conduzir a tomada de decisões no acordo de não persecução penal para que cada um dos envolvidos consiga alcançar

o objetivo esperado considerando as escolhas dos demais. Contudo, é importante dissertar a fundo sobre a aplicação da teoria dos jogos ao acordo de não persecução penal, vez que este, mesmo que de forma subliminar, ela está presente no cotidiano criminalista de um modo ou outro.

A aplicação da teoria dos jogos ao acordo de não persecução penal foi fruto de abordagem de doutrinadores renomados como Alexandre Morais da Rosa e Guilherme Madeira Dezem. Um tema que traz à tona diversas discussões acerca de constitucionalidade, aplicabilidade, assim como reflexos na seara do Direito Penal e Processual Penal.

CAPÍTULO I – “TEORIA DOS JOGOS”

1.1-Origem e conceito.

A teoria dos jogos, também conhecida como teoria das decisões interdependentes, trata-se de uma teoria em que a matemática é usada para desenvolver cálculos de risco, onde ocorre a análise de situações nas quais as ações de todos os indivíduos envolvidos deverão ser tomadas analisando e projetando as possíveis escolhas e decisões dos demais. Esta teoria é utilizada para se estudar diversos ramos, com aplicação em Economia, Administração, Ciências Sociais entre outras. Ou até mesmo de forma pura, não relacionando-a com quaisquer problemas oriundos de outros ramos (FIANI, 2009).

Olhando retrospectivamente, diversos autores contribuíram para a criação deste método. No entanto a Teoria dos jogos está fortemente ligada ao nome de Jhon von Neumann, que teve sua primeira publicação sobre jogos em 1928, onde demonstrava soluções para jogos de soma zero usando técnicas matemáticas. Essa técnica se mostrou insuficiente como instrumento de análise das interações dos indivíduos, pois se mostraram restritivos. (MONTEIRO,2008).

Em 1944 o alemão Oskar Morgenstern publicou uma análise sobre jogos de soma não zero, além dos de soma zero onde discutiu cooperação, desenvolvimento de etapas sucessivas e coalizão entre jogadores. A partir de 1950, John Forbes Nash trouxe uma noção de equilíbrio que não estava restrita apenas aos jogos de soma zero quando uniu teorias de John Von Neumann e Oskar Morgenstern, esta é baseada nas escolhas dos indivíduos (FIANI, 2009).

Após essa breve apresentação do desenvolvimento e criação da teoria dos jogos, trataremos de definir o que é um jogo. Existem alguns elementos característicos comuns dos jogos, que são respectivamente: Haver um número delimitado de jogadores (todo e qualquer participante do jogo que tem uma conduta condicionada à cada ação dos demais jogadores), sendo dois ou mais, o que dependerá da modalidade jogada; Haver um número de movimentos pré-estabelecido, os movimentos são as opções das ações escolhidas por cada jogador, o conjunto dessas movimentações; Haver uma função de ganhos que trata-se do resultado ganhar, ou seja, obter alguma vantagem, ser o primeiro colocado ou melhor colocado, para isso é necessário determinar as ações articuladamente delimitando de acordo com o perfil de ações e cada resultado que elas proporcionarão. Os movimentos tem resultados que são determinados pelas regras do jogo, esse resultado recebe o nome de jogada. (BALBINOTO NETO, 2006).

A teoria dos jogos faz a distinção entre jogos que são passíveis de cooperação entre os agentes (jogadores) e os não passíveis de cooperação. Nesta teoria cada jogador tem suas estratégias, no momento em que os jogadores escolhem e aplicam as suas estratégias, temos então as situações possíveis de acordo com cada movimento e estratégia utilizada, ela estabelece que há um modelo ideal de comportamento para os agentes jogadores e que esta deve levar em conta o comportamento dos demais agentes em interação. (SPENGLER, 2009).

Independente de cooperação ou certezas sobre o ambiente, a aplicação desta teoria consegue formalizar situações em conflito e trazer possíveis soluções. Basicamente, a teoria baseia-se em uma lógica de conflitos. Devido a isso, estabelece então alguns critérios para a decisão racional dos agentes envolvidos nas situações de competição, onde os agentes têm várias opções e suas escolhas podem resultar positivamente ou negativamente. As opções escolhidas se baseiam em comportamentos racionais de seus adversários sendo, portanto, previsível. Os envolvidos, têm uma relação de interdependência, como já mencionado, o que é uma das bases dessa teoria, vez que, o jogador tende a adequar o seu comportamento de

acordo com o comportamento dos demais integrantes, pois de forma isolada não haveriam resultados relevantes. (MONTEIRO, 2008).

Os jogadores envolvidos tem preferencias com base em seus interesses, matematicamente falando, os jogadores tem uma “Função Utilidade” que atribui um número real (ganho) a cada situação que ocorre durante o jogo. Os jogos contêm alguns elementos básicos, onde há um conjunto de participantes, cada um desse participantes tem um conjunto de opções, essas opções são as denominadas estratégias puras para os jogadores. (SPENGLER, 2009).

De forma a tornar mais compreensível, vejamos um exemplo bastante conhecido: O dilema do prisioneiro, criado por Albert W. Tucker (1950).

Trata-se da seguinte situação: Haviam dois ladrões, Al e Bob, ambos são capturados, acusados de serem autores de um mesmo crime. São presos em duas salas diferentes, separados de forma a não poderem se comunicar, o delegado então faz a seguinte proposta: ambos podem escolher entre confessar e negar o crime. Se nenhum dos dois confessarem, ambos serão condenados à uma pena de 1 (um) ano. Se ambos confessarem terão uma pena de 5 (cinco) anos. No entanto se somente um deles confessar enquanto o outro negar, então, o que confessou será libertado e o outro será condenado a 10 (dez) anos de prisão.

Nesse contexto, para explicar a teoria, tem-se: Al e Bob. As possibilidades de ambos podem ser: confessar, confessar; confessar, negar; negar, confessar e negar, negar. Se Al e Bob confessarem terão 5 (cinco) anos de pena. Caso ambos neguem suas respectivas condenações serão de 1 (um ano), mas caso apenas um confesse e o outro negue o que confessou será libertado e o que negou será condenado à 10 (dez) anos.

Observando bem as vantagens e desvantagens para ambos prisioneiros, poderia ser considerada uma boa escolha se ambos não confessassem, pois cumpririam uma pena de um ano, no entanto, cada prisioneiro deve escolher o que é melhor pra si, principalmente considerando que não conhece a escolha do outro.

Na estratégia do prisioneiro nº 1, vamos considerar que ele seja Al: se o prisioneiro Bob confessar, a melhor escolha de Al é confessar pois caso negue sua pena será de 10 anos, mas confessando juntamente com Bob a pena seria dividida. Caso Bob negue, a melhor escolha de Al será confessar, pois assim sairá livre. Observando isso, percebemos que a melhor estratégia para Al é confessar pois na primeira hipótese ele pegaria 5 anos, na segunda hipótese Al seria liberto. Dessa forma, vemos que independente da escolha de Bob a melhor estratégia para Al seria fazer a confissão, se fosse sob ótica de Bob, a análise seria do mesmo modo. (CAMPOS; CARDOSO, 2015).

O dilema do prisioneiro se trata de um jogo não cooperativo, portanto, a estratégia dominante dos jogadores é a mesma, a solução do jogo trata-se do famoso ótimo de pareto, o equilíbrio da estratégia que seja estritamente dominante, onde uma escolha não é dominada por uma outra. (ISCAL, 2013).

Alguns escritores consideram que a maior parte dos jogos não existe esse tipo de estratégia, portanto, a estratégia que foi selecionada por um jogador é diferente da escolhida pelo outro, essa é uma forma que contém um tipo de equilíbrio mais genérico, não se limitando apenas a uma estratégia, esse é o chamado Equilíbrio de Nash. Celso Ribeiro Campos e Marcelo José Ranieri Cardoso mencionam Pindyck e Rubinfeld. 2015:

Estratégias dominantes: Eu estou fazendo o melhor que posso, independentemente do que você esteja fazendo. Você está fazendo o melhor que pode independentemente do que eu esteja fazendo.

Equilíbrio de Nash: Eu estou fazendo o melhor que posso em função daquilo que você está fazendo. Você está fazendo o melhor que pode

em função daquilo que eu estou fazendo. (Apud, CAMPOS; CARDOSO 2015, p.94).

Eis que estes referidos componentes de um jogo serão melhores trabalhados em um tópico próprio, com intuito de distinguir e separar cada componente elementar de um jogo, seu funcionamento, suas características e a partir das definições a caracterização do jogo e a dominância e qual a melhor escolha para o jogador que irá emprega-la. (ISCAL, 2013).

1.2- Componentes elementares de um jogo.

Um jogo se caracteriza pelas seguintes definições: Estratégia Dominante: Uma estratégia se designará dominante no momento em que ela é a melhor escolha para o jogador, independente da estratégia dos outros envolvidos, isso se aplica a qualquer dos jogadores; Equilíbrio Dominante: O equilíbrio dominante trata-se do momento em que todos os jogadores possuem uma estratégia dominante, é o resultado dessa interação estratégica. Ausência de Equilíbrio: Quando dois jogadores têm duas opções de escolhas estratégicas, no entanto nenhuma delas é dominante, portanto, nenhum poderá escolher independentemente do outro, não existe equilíbrio estratégico, um sempre estará esperando pela atuação do outro. Equilíbrio de Nash ou Equilíbrio não-cooperativo: O equilíbrio de Nash trata-se do resultado da interação dos dois jogadores onde há uma estratégia dominante. (FIANI,2009).

Quando falamos em equilíbrio de Nash os jogadores não poderão melhorar seu resultado baseado na estratégia de outros jogadores. A estratégia tem que ser melhor do que a estratégia que o outro jogador decidiu seguir, ou seja, cada parte escolhe a melhor estratégia para si e não em geral. O jogador deve sempre se lembrar que para estar jogando deve sempre haver interações, agentes, racionalidade e um comportamento estratégico, caso contrário não há que se falar em jogo, pois o jogo é a representação formal que permite análise de diversas situações em que os agentes envolvidos interagem entre si, agindo de forma racional. (ISCAL, 2013).

1.3- Como são classificados os jogos.

Quando se estuda os jogos estratégicos e sua natureza, se faz mister analisar suas características na integralidade para que as classificações e análises aprofundadas de cada jogo, vejamos assim a distinção feita por Carvalho (2007, p.221-223) onde ele distingue os jogos quanto à:

Cooperatividade: Quando se menciona a cooperatividade nos jogos, quer referir-se à capacidade de negociação entre as partes, trata-se de uma espécie de ferramenta, que tem a finalidade de atraparalhar um rival em comum. Há exemplos de alguns jogos não-cooperativos, como por exemplo o xadrez, onde formular um acordo não gerará lucro pra nenhuma das partes. Em contra partida, jogos como Catan, War, Banco Imobiliário entre outros se caracterizam jogos cooperativos, pois jogadores podem se unir para combaterem um possível rival, e ambos terão um lucro com esse tipo de estratégia;

Limitação de Recursos: Os recursos são os objetos de lucro ou de prejuízo, e são fatores importantíssimos para o estudo de um jogo. Para a distinção dos jogos, são classificados como soma não zero, onde é possível lucros ou prejuízos sem oposição da parte rival; e os de soma zero, onde os recursos são escassos e o lucro de um implica no prejuízo da parte adversa;

Limitação por Turnos: Uma coisa de suma importância em um jogo é o fato de observar se o jogo efetivamente termina e em quantos turnos isso acontece, quantas jogadas são necessárias para isso. Esses turnos podem ser estáticos ou dinâmicos, os estáticos são jogos que normalmente se necessita de apenas uma jogada para a decisão do vencedor, já os dinâmicos são jogos onde o número de participações dos envolvidos seja variável;

Ordem de Interações: Na ordem das interações é preciso fazer a distinção entre os simultâneos e os sequenciais, para delinear a estratégia do adversário. Os jogos simultâneos são jogos onde os participantes revelam suas jogadas ao mesmo tempo. Já os sequenciais, são aqueles onde as jogadas de cada um são aplicadas alternadamente, como em alguns jogos de cartas;

Informações Quanto ao Jogo: As informações recebidas quanto ao jogo também são de suma importância, alguns jogos disponibilizam todas as informações necessárias para previsão do resultado, esses são designados jogos de informação completa. Em alguns outros jogos há influências externas, estas que podem alterar o resultado, como possibilidades de blefar em alguns jogos, já esses são designados jogos de informação incompleta;

Previsibilidade do Jogo: Se o jogo oferece uma sequência que permite uma compreensão de seu desenvolvimento desde o começo, nos referimos a esse jogo como de informação perfeita, como pode-se ver no jogo de xadrez, que permite uma grafia exata das regras e jogadas. Se essa estrutura referida não existir esse jogo será considerado de informação imperfeita.

Pode-se identificar e classificar os jogos com um intuito de otimizar seus estudos, e ter uma maior compreensão teoricamente. Uma classificação exemplar de todas as características expostas é o jogo de xadrez que se trata de um jogo não cooperativo, de soma zero, dinâmico, sequencial, de informação completa e perfeita. Toda essa exposição faz-se necessária para a compreensão mais analítica, e seguimento do presente estudo quanto a análise e a aplicação da teoria dos jogos ao acordo de não persecução penal. (CAMPOS; CARDOSO, 2015);

1.4- O Processo Penal como um jogo

Inicialmente se faz mister entender como se destina à apresentação dos elementos básicos da teoria dos jogos e o questionamento sobre a possibilidade e a pertinência de sua utilização como instrumento técnico de monitoramento do grau de

adequação do Processo Penal Brasileiro. É necessário estabelecer que a presente análise não se valerá dos cálculos matemáticos ou algoritmos com relação ao monitoramento da racionalidade na tomada de decisões, muito pelo contrário, valer-se-á da verificação da aplicabilidade dos conceitos e elementos desta teoria, bem como instrumentos e ferramentas técnicas de avaliação processual e a tomada de decisões. (ROSA, 2020.)

Para analisar o processo como um jogo, será antes necessário entender o processo no âmbito Processual Penal. Como menciona Walfredo Cunha Campos:

Direito processual penal é um complexo de princípios e normas que constituem o instrumento técnico necessário à aplicação do Direito Penal, regulamentando o exercício da jurisdição pelo Estado-juiz, por meio do processo, os institutos da ação e da defesa, além da investigação criminal pela polícia judiciária, através de inquérito policial, ou por outro órgão público, também legitimado em lei, a investigar através de procedimentos investigatórios diversos.”(2018, p. 61).

O *jus puniendi* é a pretensão punitiva do Estado, que consistente em exigir, de quem comete um delito, a aplicação de uma sanção penal, com a finalidade primária de alcançar a pacificação social e secundária de proteção à vida, honra, integridade física e patrimonial. (CAMPOS; CARDOSO,2015).

Nesse *jus puniendi* exercido pelo estado em face do indivíduo, existem direitos e garantias que devem ser observados como menciona Simone Silva Prudêncio:

Estão assim dispostos: inciso XI, sobre a inviolabilidade do domicílio; inciso XII, sobre a inviolabilidade de correspondência e de comunicações telefônicas; inciso XIV, sobre o acesso à informação; inciso XXXVII, que inadmite júízo ou tribunal de exceção; inciso XXXVIII, que dispõe sobre a organização do júri; inciso XXXIX, sobre a anterioridade da lei penal; inciso XLV, sobre a intranscendência da pena; inciso XLVI, sobre a individualização da pena; inciso LIII, que garante o processo feito por autoridade competente; inciso LIV, sobre o devido processo legal; inciso LV, sobre o contraditório e a ampla defesa; inciso LVI, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas; inciso LVII, sobre a presunção de inocência; inciso LVIII, sobre a

identificação criminal; inciso LX, sobre a publicidade dos atos em caso de defesa da intimidade; inciso LXI, sobre a prisão em flagrante; inciso LXII, sobre a comunicação da prisão aos familiares e ao juiz; inciso LXIII, sobre os direitos do preso; inciso LXIV, sobre a identificação do responsável pela prisão; inciso LXV, sobre o relaxamento da prisão ilegal; inciso LXVI, sobre a liberdade provisória; inciso LXVIII, sobre o habeas corpus; inciso LXIX, sobre o mandado de segurança e o habeas data na esfera criminal; inciso LXXIV, sobre a assistência jurídica gratuita; inciso LXXV, sobre a indenização, por parte do Estado, pelo erro judiciário; e, finalmente, inciso LXXVII, sobre a gratuidade das ações de habeas corpus, habeas data e outros atos necessários ao exercício da cidadania e LXXVIII, que garante a todos, judicial e administrativamente, a razoável duração do processo. (2010,p.68).

Em uma das várias teorias existentes sobre o garantismo penal, Ferrajoli menciona onze princípios que se fazem necessários para que o sistema penal e a sanção sejam legítimos. As chamadas “garantias penais” são *delito, necessidade de ofensa, lei anterior que a defina, ação, culpabilidade*. Já no tocante a garantias processuais no âmbito penal, são: *jurisdição, ação, prova, contraditório e ampla defesa*. Todos esses princípios fazem parte da responsabilidade penal. (Apud OLIVEIRA, 2017).

No processo penal acusatório o Ministério Público (jogador-acusador), através da chamada ação penal, inicia o processo (jogo). Para que essa ação seja exercida, deve-se observar os critérios iniciais de validade como denúncia apta, condições da ação, justa causa e tipicidade aparente e motivação. No Código Penal Brasileiro, em seu art. 41 estão especificados os requisitos da denúncia, vejamos:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. (1988, online).

A partir da análise desses pressupostos o juiz (jogador-julgador) poderá considerar recebida a denúncia e assim iniciar o processo, que aqui será denominado como jogo. Esse jogo processual tem uma estrutura dividida e três níveis como menciona Alexandre Moraes da Rosa: O das normas processuais; do discurso

processual juntamente com os seus condicionantes internos e externos e o da singularidade do processo (jugador e jogadores). (2013, p.26).

Assim como nos jogos, no processo é necessário que haja uma estratégia, táticas de produção de provas, perguntas entre outras, e saber o momento exato em que se deve aplica-las. O processo penal é dinâmico, as táticas e as estratégias articulam-se durante todo o tempo. Para que essa proposta seja entendida, vamos estabelecer os lugares do jogo: Quem julgará (juízes, desembargadores e ministros); os jogadores (promotor, defesa e acusado); a estratégia de cada jogador; as táticas das jogadas; os ganhos de cada jogador com suas estratégias e táticas. (ROSA, 2020).

Quando não há cooperação entre os jogadores o resultado individual pode ser menos benéfico do que se houvesse a cooperação, portanto, a estratégia dominante é prejudicial. O próprio dilema trabalhado anteriormente deixa claro que o resultado coletivo não perpassa necessariamente de escolhas individuais, mas de interações entre os jogadores. (FIANI, 2009).

A teoria dos jogos será utilizada de forma a realizar análises a partir da noção dos jogos dinâmicos que é classificada como um jogo de soma não-zero, sequencial, dinâmico, não cooperativo e de informação incompleta e imperfeita. Trata-se de um jogo de soma não-zero porque, nos jogos de soma não-zero há a possibilidade de que dois ou mais jogadores simultaneamente ganhem ou percam, como também é possível que o ganho de um não corresponda exatamente à perda do outro (SILVA, 2019).

Pode ocorrer, de fato, o ganho do jogador-acusador, se seu pleito condenatório for acolhido pelo jogador-julgador, no entanto, o jogador-acusado poderá igualmente ser considerado vencedor, se nessa mesma hipótese sua estratégia racional não seja a absolvição, mas sim a diminuição do quantum da pena, e na mesma sentença, o jogador-julgador, apesar de acolher o pleito condenatório,

entender cabível também, mesmo que parcialmente, a tese da defesa sendo ela desclassificação do crime, rejeição de qualificadoras, causas de diminuição de pena e circunstâncias atenuantes, o que resultaria na aplicação de uma pena concreta em seu mínimo legal, resultado este considerado satisfatório para o jogador-acusado.(ROSA, 2013).

O papel do jogador-julgador aqui deve ser de imparcialidade, como prevê a própria constituição, em face aos resultados almejados pelos demais jogadores, ficando ainda mais clara a sua natureza de soma não-zero. O jogador-julgador deve responder adequadamente às demandas que lhe são apresentadas, nesse caso, na área penal. Pelo exposto, nota-se que o resultado objetivado por ele não coincide, nem pode coincidir com os do jogador-acusador e nem com os do jogador-acusado. Os objetivos do jogador-julgador são garantir o devido processo legal e proferir sua sentença ao final baseada nas alegações produzidas e comprovadas por ambas as partes, portanto, como jogador, a estratégia racional se desenvolverá no sentido do garantismo processual, efetivando os seus dois objetivos primários independentemente dos resultados alcançados pelos demais jogadores. outro (SILVA.2021)

Esclarecendo, nesse momento, a modalidade sequencial do processo como um jogo, o movimento dos jogadores é realizado de forma pré-estabelecida, ou seja, os jogadores possuem total conhecimento de todos fatores e ocorrências do ocorrido anteriormente à sua escolha, se de qualquer modo essa ordem sequencial for violada, pode se chegar à nulidade do jogo (processo) e determinar sua retomada do início ou a anulação da jogada feita fora do devido processo (CARVALHO, 2007).

Quanto a sua classificação como dinâmico, pois existem momentos de interação estratégica realizada entre os jogadores, ou seja, dentro da estrutura geral do jogo, podem ser realizadas diversas subjogadas, como define Alexandre Morais da Rosa “[...] ao contrário de uma jogada, a sucessão de estágios faz que a etapa – subjogo – exija constante avaliação das possibilidades e antecipações de sentidos [...] (ROSA, 2013, p. 47).

No tocante a ser considerado um jogo de informação incompleta, se dá, pois, não é possível conhecer o outro jogador caracteristicamente de forma prévia, e nem os possíveis resultados. (CARVALHO, 2007).

Do mesmo modo, deve ser também classificado como de informação imperfeita, justamente pelo fato de que no momento de realizarem suas decisões, não terem o conhecimento completo sobre qual será o comportamento dos demais, bem como ocorrerá o desenvolvimento pleno do jogo. (SILVA, 2019).

Chegando a última forma de classificação, como jogo não cooperativo, os resultados favoráveis ou não, não dependem de compromisso entre os jogadores. No jogo processual, eles são completamente opostos, não havendo qualquer vínculo entre e conseqüentemente os resultados não dependem de colaboração entre os jogadores, mas restringindo apenas à sua própria capacidade estratégica. (CARVALHO, 2007).

As características supramencionadas poder ocorrer variações e serem afastadas a depender da estratégia escolhida pelos jogadores, a teoria dos jogos em momento algum afasta a teoria base do direito, muito pelo contrário, ela auxilia e fornece apoio técnico ao modelo estabelecido adequando o funcionamento processual. (SILVA, 2014).

“Todo o processo em si e a aplicação desta teoria em meio ao processo penal, deve sempre garantir que o jogo ocorra de forma limpa e seja justo alcançando o almejado Estado Democrático de Direito.” (OLIVEIRA, 2017, p.36).

CAPÍTULO II- ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

2.1- Substitutivos penais ou soluções alternativas.

Importante salientar que os institutos negociais também chamados “substitutivos penais” ou “soluções penais alternativas” são medidas que tem a intenção desencarceradora, ou seja, fazer com que o indivíduo pague pelo delito cometido sem que haja o seu encarceramento de fato, evitando assim a morosidade processual, a ocorrência da impunidade, além da economicidade de recursos materiais e humanos. A discussão sobre universalizar as medidas alternativas de pena ocorreu em 1990, no Congresso da Organização das Nações Unidas, onde foram elaboradas as Regras de Tóquio. (CARVALHO, 2010).

Esse acordo, conhecido como Regras de Tóquio, tinha como premissa a promoção do emprego de medidas que não privassem a liberdade, mas substituíssem as penas de detenção. Vê-se um trecho do acordo apresentado por Saulo de Carvalho: “[...] as presentes regras têm por objetivo promover uma maior participação da comunidade na administração da justiça penal e, muito especialmente, no tratamento do delinquente.” (2010, p.25).

No referido acordo, os Estados-Membros deveriam instaurar medidas de cumprimento de pena levando em consideração as necessidades de reabilitação de cada agente, sendo estas, medidas não privativas de liberdade. Podemos mencionar vários dispositivos trazidos pela lei 9.099/94 e 9.714/98 que concretizam o preceito da própria Constituição, como a transação penal, que pode ser proposta pelo Ministério Público, em infrações de menor potencial ofensivo, cuja pena seja inferior a 2 (dois)

anos. Estabeleceu também o direito de suspensão condicional do processo em delitos de médio potencial ofensivo, cuja pena mínima não seja superior à 1 (um) ano. (1995, *online*).

Dados trazidos por Saulo de Carvalho apresentam que “no primeiro ano de vigência da lei 9.099/95, o Ministério da Justiça registrou o cumprimento de 78.612 medidas, entre elas composições civis, transações penais ou suspensões condicionais do processo e 1.692 penas alternativas (restritivas de direitos)”. Os chamados substitutivos penais ou solução alternativa são espécies de mecanismos diversos de efetivação de pena, reduzindo o encarceramento com o uso de políticas alternativas viáveis. (2010, p.25).

O fato de haverem políticas alternativas não implica a dispensabilidade do encarceramento, muito pelo contrário, devido ao encarceramento ser a “última ração”, deve este ser sempre aplicado aos crimes mais gravosos, enquanto crimes menos gravosos, desde que cumpridos os devidos requisitos, sejam punidos com penas adequadas à sua gravidade, equiparadas ao dano causado, de forma que o acusado seja penalizado, e o sistema carcerário não entre em colapso cada vez mais. (ROSA, 2020).

A Transação Penal institucionada na Lei nº 9.099/95 foi influenciada por meio do sistema criminal dos EUA, mais especificamente no *plea nolo contendere* (sem contestação), que pressupõe que ao transacionar crimes de menor potencial ofensivo, sem que seja necessário o devido processo penal clássico. O acusado que confessa o crime, após a negociação, não estaria sujeito aos efeitos civis que esta poderia acarretar, no entanto, afastava-se do conceito americano ao excepcionar os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal apenas nas hipóteses previstas em lei, onde o Ministério Público observará, para que seja realizada a transação, determinadas condições, dentre elas a proibição de propor penas privativas de liberdade (GORDILHO, 2021).

2.2- O que é o acordo de não persecução penal.

Muito embora a maioria das pessoas tenha em mente que o acordo de não persecução penal tenha emergido da lei 13.964/19, aperfeiçoamento da legislação processual penal, conhecido como pacote anticrime, na verdade este instituto foi proposto muito anteriormente a entrada em vigor desta lei, por meio de uma resolução sob nº 181, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 7 (sete) de agosto de 2017, inspirado no *plea bargain* americano, e teve sua publicação em 8 (oito) de setembro do referido ano, onde em seu artigo 18º apresentou a figura do acordo de não persecução penal (GARCIA, 2018).

Este acordo se encaixa nas formas de solução alternativa, onde o Ministério Público pode oferecer um acordo ao acusado para que não seja necessário o prosseguimento processual, fazendo com que o indivíduo pague pelo delito cometido sem que haja o seu encarceramento de fato. Ocorreram algumas alterações e introduções por meio da Resolução sob nº 183/2018, onde dispõe a possibilidade de este ser proposto pelo Ministério Público ao investigado e, caso cumprido acaba por ensejar o arquivamento da investigação. (CABRAL, 2021).

2.3- Requisitos do acordo de não persecução penal.

Para que esse acordo seja realizado há pressupostos indispensáveis, segundo o art. 18 do mencionado diploma, cumpridas as condições acordadas entre o Ministério Público e o agente infrator, dar-se-ia a promoção do arquivamento da investigação criminal. *In verbis*:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (CAVALCANTI, 2018).

I – Reparar o dano ou restituir a coisa a vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público

como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço a comunidade ou a entidades públicas por período correspondente a pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente aquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (GARCIA, 2018).

Por outro lado, há também situações em que este acordo que pode ser celebrado em audiência de custódia, não pode ser efetuado, sendo elas quando:

I – For cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (FERREIRA; SILVA, 2019).

Acordos desse tipo sempre estão submetidos a apreciação judicial, para que o julgador observe se a acusado se encaixa em todas as condições e se o acordo oferecido está à altura do delito cometido e será de fato cumprido em sua totalidade. Este é um acordo que envolve o investigado e o MP, em fase pré-processual. A lei não exige presença e até implicitamente preconiza, à respeito do sistema acusatório, em que o juiz fique ausente das negociações até que seja finalizado. (ROSA,2020).

Observe-se o disposto no § 3º do art. 28-A do CPP: “§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.” (BRASIL, 1941, *online*).

No entanto, estabelece a necessidade de uma audiência para a homologação deste acordo, em que o a magistrado deve verificar sobre a legalidade e a voluntariedade do acordo, inclusive ouvindo o investigado na presença do seu

advogado. “§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.” (GARCIA, 2018).

Feitas essas considerações sobre os requisitos e as vedações da aplicação do acordo, há ainda que se mencionar sobre a necessidade da confissão do acusado para a consecução do acordo, que inclusive foi um dos pontos mais polêmicos, pois essa confissão deve ocorrer de forma circunstanciada, e é um requisito elementar para oferecimento do acordo. No entanto, há fatores que não podem ser ignorados a respeito dessa confissão, pois em caso de descumprimento do acordo entabulado entre as partes, essa confissão poderia ser usada durante a fase de instrução processual, pois conforme art. 28-A da lei 13.964/2019, em seu § 10º sendo “Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.” (CAVALCANTI, 2018).

Rafael Junior Soares; Luiz Antônio Bori e Lucas Andrey Battini mencionam Rômulo de Andrade Moreira, pois ainda que tenha existido a confissão pelo investigado “quando interrogado na audiência de instrução e julgamento, não confirmou a confissão, o Juiz não poderá utilizar aquela confissão anterior como supedâneo para uma sentença condenatória”. (SOARES; BORRI E BATTINI apud MOREIRA, 2020).

Na mesma linha Rogério Sanches Cunha afirmou que:

Apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. (2020, p.129).

Parte da doutrina defende que essa confissão seria meramente processual não podendo ser empregada em demais esfera, e sim apenas para fins de aplicação do acordo, com propósito único de esclarecimento de que o acusado é realmente autor

do delito, mas que mesmo desse modo, não representaria a assunção de culpa. (MARQUES, 2020).

Já no caso de cumprimento da totalidade do acordo o juízo competente decretará a extinção de punibilidade do acusado, conforme §13º preconiza. (BRASIL, 2019, *online*).

2.4-Efeitos práticos do acordo de não persecução penal.

O acordo de não persecução penal, tem natureza jurídica caracterizada por ser um negócio jurídico celebrado entre o Ministério Público e o investigado, é um acordo de vontades onde o investigado concorda com os termos e obrigações propostas pelo titular da ação penal, em troca de que esse não promova uma ação penal contra ele e conseqüentemente a extinção da punibilidade, que vem com o cumprimento integral do acordo celebrado. O Ministério Público só fará a propositura desse acordo, caso exista algum tipo de vantagem para a persecução penal, pois ele abrirá mão dessa persecução de crimes de gravidade menor, priorizando a persecução de fato dos crimes mais graves. (CABRAL, 2021.).

A proposta de acordo, é ainda, uma faculdade do ministério público, que como menciona Renato Brasileiro “se trata de uma discricionariedade ou oportunidade regrada”, há ainda o enunciado 19 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), que preconiza: “A proposta de acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”.

Apesar de ser uma faculdade do ministério público, uma das discussões que envolvem o polêmico tema do Acordo de não persecução penal (ANPP) é sobre ser um “direito subjetivo do investigado ou poder-dever do Ministério Público, onde, estando presentes os requisitos do acordo e, mesmo assim este não sendo oferecido ao investigado, ele passaria a ter uma “faculdade jurídica” como menciona Carlos Velho Mais que: “[...] A partir da norma, o Estado-juiz, como garantidor dos direitos

fundamentais, teria a obrigação de viabilizar este acesso, caso exigido[...]” (2020, p.278).

Sendo assim, não obstante não haver previsão legal no artigo 28-A, que dispões sobre o acordo, seria então possível o requerimento, por parte do investigado e seu representante legal, o oferecimento deste e sua aplicação, o que de certo modo, torna o acordo não mais somente uma faculdade, mas sim como dito pelo próprio Carlos V. Mais, um poder-dever, do Ministério Público. (2020, p. 280).

No caso concreto, esse acordo deve gerar alguns benefícios como a agilização das resoluções nas demandas penais, evitando a persecução penal dando celeridade na resolução de conflitos; a aplicação das finalidades incumbidas nas penas, de prevenir e retribuir; e, talvez, a mais importante para o Ministério Público, que é a existência de uma vantagem probatória caso ocorra o descumprimento do acordo por parte do investigado, como áudios, vídeos e a até a confissão do acusado, já que a própria lei não dispõe sobre a inviabilidade de uso desta confissão posteriormente, em caso de descumprimento. (ROSA, 2013).

No entanto, a doutrina diverge recorrentemente sobre essa utilização, pois, apesar de a lei não discorrer sobre a viabilidade ou inviabilidade do uso dessa confissão, para alguns doutrinadores como Rogério Sanches Cunha, a confissão seria apenas uma “admissão de culpa sem implicações jurídicas” (2020, p.130).

Porém, o ANPP, apesar de ter o intuito de que não ocorra a persecução penal, devido ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, este acordo está sendo oportunizados em processos que já estão em trâmite, desde que antes da sentença, vejamos uma decisão nesse sentido da Justiça do Paraná publicada no diário de justiça:

[...]Partindo da natureza do delito imputado no presente caso e do quantum da pena mínima prevista, vislumbro que o indigitado poderá fazer jus ao benefício do Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A Lei 13.964/2019), motivos pelos quais: a) Determino a suspensão do andamento processual; b) Designo audiência específica para o dia 24/09/2021 às 09:30 horas, a fim de oportunizar ao Ministério Público oferecimento de proposta de acordo, se preenchidos os requisitos

legais; c) Intime-se o acusado, que deverá comparecer ao ato processual acompanhado de seu advogado. Na ausência de patrono constituído, nomeio desde já Defensor Público vinculado a esta Vara Criminal para atuação no feito; d) Homologado o Acordo de Não Persecução Penal, determino que os expedientes voltados à fiscalização e ao cumprimento das medidas sejam autuados em apenso, a partir da juntada de cópia da presente decisão; e) Em caso de homologação do acordo ou verificado o seu descumprimento, certifique-se e voltem os autos conclusos; f) Intime (m)-se o (s) réu (s), bem como todas as testemunhas arrolados pela acusação e defesa. g) Expeça-se o necessário. Santarém/PA, 07 de outubro de 2020. ALEXANDRE RIZZI JUIZ DE DIREITO TITULAR DA 1ª VARA CRIMINAL DE SANTARÉM. (p. 2882, 2020).

Caso essa confissão ocorra em audiência de instrução e julgamento, observados o contraditório e ampla defesa, seria uma confissão válida e, nessa hipótese, caso ocorra descumprimento, não haveriam motivos para que esta confissão não influencie na decisão do magistrado. Há ainda que se mencionar, que aceitando o acordo e descumprindo-o, o investigado não poderá ser beneficiado pela suspensão condicional do processo como menciona o art. 28-A, § 11: O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Com o surgimento desse novo método de solução penal alternativa, surgiram vários questionamentos, principalmente com relação à constitucionalidade da confissão exigida para a homologação do acordo, tanto sob perspectiva do devido processo legal como da presunção de inocência. (CABRAL, 2021.)

No devido processo legal, devem ser observadas diversos requisitos como o tratamento igual conferido às partes envolvidas no processo (art. 5º, I, CPC); a publicidade do processo (art. 5º, LX, CF); a proibição da produção de provas ilícitas (art. 5º, LVI); a imparcialidade do julgador, bem como a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); a motivação das decisões (art. 93, IX); a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), (BRASIL, 1988, *online*).

Todos esses princípios e garantias solidificam o devido processo legal, ou seja, formam um processo legalmente estabelecido, e um dos principais, para a

análise aqui feita é o princípio da não autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare*), este princípio dispõe que ninguém é obrigado a produzir provas contra si. Doutrinadores como Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva, mencionam que:

[...] Lembra-se, ainda, que a presunção de inocência também poderia estar sendo atropelada com o acordo criminal, na medida em que, sem um julgamento ponderado, por meio da dialética contraditória para se chegar a uma solução maturada pelo caminhar dos atos procedimentais, os acordantes partem de uma premissa inicial que retrata o acusado como culpado na adoção do *plead guilty*[...] (2020, online).

Sob ótica da defesa, talvez esse acordo seria, de certo modo, um recurso a mais como estratégia para a escolha mais favorável aos seus interesses. No tocante a efetividade dessas soluções penais alternativas, como podemos chamar o acordo de não persecução penal, conforme menciona Débora Lima Ferreira e Jonatas Roberto Cabral da Silva, vejamos:

Ademais, de acordo com os dados do IPEA17 após decisão definitiva, os apenados reincidentes foram mais condenados a penas privativas de liberdade. Mais de 75% dos casos envolvendo o universo total da pesquisa revelam condenação a penas privativas de liberdade e 8,9% de condenação a penas alternativas. Entre os reincidentes, apenas 6,6% foram condenados a penas alternativas, enquanto 89,3%, a penas privativas de liberdade. Entre os não reincidentes a taxa de condenados a penas privativas de liberdade é um pouco inferior à dos reincidentes, 75,7%, e a taxa de condenados a penas alternativas um pouco superiores a, 9,0% da população. (2019, p.15).

Pode-se notar que as soluções penais alternativas são meios de resolução de conflitos efetivos, que devem ser utilizados tanto para a efetivação do princípio do acesso à justiça, bem como para a redução da superlotação da máquina judiciária e a excessiva “judicialização”. (ROSA, 2013).

CAPÍTULO III- APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.

Uma análise da aplicação da teoria dos jogos no acordo de não persecução penal considerado a situação na qual este se enquadra, sendo então um momento pré-jogo.

3.1-A lógica da teoria dos jogos no jogo processual.

A lógica inerente a esta teoria, já foi e é objeto de estudo e aplicação em diversas outras áreas como já mencionado anteriormente, tal como no acordo de colaboração premiada e entre outros diversos instituídos pela lei 9.099/95.

Essa teoria, como menciona Alexandre Moraes da Rosa: “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” (2020, p.190, apud BERINI, 2004).

A teoria dos jogos no processo, utilizada exclusivamente de forma a realizar uma análise a partir da noção dos jogos dinâmicos, é classificado como um jogo de soma não-zero, sequencial, dinâmico, não cooperativo e de informação incompleta e imperfeita.

São classificados como soma não zero, onde é possível lucros ou prejuízos sem oposição da parte rival. Na ordem das interações entre os simultâneos e os sequenciais. Os jogos sequenciais, são aqueles onde as jogadas de cada um são aplicadas alternadamente, como em alguns jogos de cartas. Uma coisa de suma importância em um jogo é o fato de observar se o jogo efetivamente termina e em

quantos turnos isso acontece, quantas jogadas são necessárias para isso. Esses turnos podem ser estáticos ou dinâmicos, os dinâmicos são jogos onde o número de participações dos envolvidos seja variável e é o utilizado para o jogo processual. (ISCAL, 2013).

Quando se menciona a cooperatividade nos jogos, quer referir-se à capacidade de negociação entre as partes, trata-se de uma espécie de ferramenta, que tem a finalidade de atrapalhar um rival em comum. Há exemplos de alguns jogos não-cooperativos, como por exemplo o xadrez, onde formular um acordo não gerará lucro pra nenhuma das partes. Em contra partida, jogos como Catan, War, Banco Imobiliário entre outros se caracterizam jogos cooperativos, pois jogadores podem se unir para combaterem um possível rival, e ambos terão um lucro com esse tipo de estratégia.

As informações recebidas quanto ao jogo também são de suma importância. Em alguns outros jogos há influências externas, estas que podem alterar o resultado, como possibilidades de blefar em alguns jogos, esses são designados jogos de informação incompleta. Se o jogo oferece uma sequência que permite uma compreensão de seu desenvolvimento desde o começo, nos referimos a esse jogo como de informação perfeita, como pode-se ver no jogo de xadrez, que permite uma grafia exata das regras e jogadas. Se essa estrutura referida não existir esse jogo será considerado de informação imperfeita. (CARVALHO,2007, p.221-223).

3.2-Análise do Dilema do Prisioneiro e o Dilema da ponte.

O acordo de não persecução penal, justamente como seu nome já sugere, é um acordo que tem o intuito de que não haja a persecução penal, ou seja, um acordo feito ao acusado para que não seja necessário e prosseguimento processual, fazendo com que o indivíduo pague pelo delito cometido sem que haja o seu encarceramento de fato. (GARCIA, 2018).

Mas a grande questão é como se daria a aplicação dessa teoria no instituto penal apresentado visto que este ainda é muito recente, e as decisões e aplicações nos casos concretos tem algumas vertentes diferentes Sua classificação seguirá a regra da classificação processual, no entanto, sendo cooperativo. (ISCAL, 2013).

Observa-se o dilema da ponte, para que haja uma melhor compreensão: Suponha-se que você precise atravessar um rio que possui três pontes, não sendo possível atravessá-lo a não ser por estas pontes. A primeira ponte é segura e livre de obstáculos; A segunda ponte está abaixo de um penhasco e às vezes caem grandes pedras nela, e por fim, a terceira ponte, que é habitada por cobras venenosas.

Imagine que a ponte onde caem pedras está à sua frente, a ponte segura está longínqua, sendo necessária uma caminhada demasiada para alcançá-la e a ponte habitada por cobras não seria opção viável. Nessa hipótese apresentada independente de cooperação ou certezas sobre o ambiente, a aplicação da teoria consegue trazer soluções, como andar mais e atravessar de forma segura, já que independe de outros envolvidos. (OLIVEIRA, 2017).

Deixando a situação um pouco mais complicada, vamos imaginar que você seja um fugitivo e o policial que lhe persegue estaria em espreita do outro lado do rio, aguardando sua travessia. Aqui tem-se dois jogadores, o jogador fugitivo, que precisa tentar antecipar o raciocínio do policial, e o policial que precisa fazer o mesmo com relação ao perseguido, ambos com uma finalidade, que será chamado de ganho.

Como mencionado por Laiane Cordeiro de Oliveira:

Do mesmo modo que você pensa qual ponte escolher, seu perseguidor está do outro lado tentando antecipar o seu raciocínio. Talvez escolher a ponte segura seria um erro, uma vez que é exatamente onde ele vai esperá-lo, sua chance de morrer aumenta. Então talvez você devesse correr o risco com as rochas, uma vez que as probabilidades são melhores, mas, se você chegou a essa conclusão, o perseguidor pode ter antecipado isso, e estará esperando por você. (2017, p39).

Os agentes acabam por ter uma relação de interdependência, como já mencionado, o que é uma das premissas dessa teoria, vez que, o jogador tende a adequar o seu comportamento de acordo com o comportamento dos demais integrantes, pois de forma isolada não haveriam resultados relevantes. (MONTEIRO, 2008).

Analisando novamente o dilema do prisioneiro, criado por Albert W. Tucker em 1950, já mencionado anteriormente onde Al e Bob, ambos são capturados, acusados pelo mesmo crime como comparsas. Presos em salas diferentes, separados de forma a não poderem se comunicar, onde lhes são feitas as proposta em que ambos podem escolher entre confessar e negar o crime. Se nenhum dos dois confessarem, ambos serão condenados à uma pena de 1 (um) ano. Se ambos confessarem terão uma pena de 5 (cinco) anos. No entanto se somente um deles confessar enquanto o outro negar, então, o que confessou será libertado e o outro será condenado a 10 (dez) anos de prisão.

Nesse contexto, as possibilidades de ambos podem ser: confessar, confessar; confessar, negar; negar, confessar e negar, negar.

Se ambos confessarem terão 5 (cinco) anos de pena. Caso ambos neguem suas respectivas condenações serão de 1 (um ano), mas caso apenas um confesse e o outro negue o que confessou será libertado e o que negou será condenado à 10 (dez) anos.

Observando bem as vantagens e desvantagens para ambos prisioneiros, poderia ser considerada uma boa escolha se ambos não confessassem, pois cumpririam uma pena de um ano, no entanto, cada prisioneiro deve escolher o que é melhor pra si, principalmente considerando que não conhece a escolha do outro.

Analisando a estratégia do prisioneiro nº 1, vamos considerar que ele seja Al: se o prisioneiro Bob confessar, a melhor escolha de Al é confessar pois caso negue sua pena será de 10 anos, mas confessando juntamente com Bob a pena seria dividida. Caso Bob negue, a melhor escolha de Al será confessar, pois assim sairá

livre. Com tudo, percebe-se que a melhor estratégia para Al é confessar pois na primeira hipótese ele pegaria 5 anos, na segunda hipótese Al seria liberto. Dessa forma, vemos que independente da escolha de Bob a melhor estratégia para Al seria fazer a confissão, se fosse sob ótica de Bob, a análise seria do mesmo modo.

O dilema do prisioneiro se trata de um jogo não cooperativo, portanto, a estratégia dominante dos jogadores é a mesma, nesse caso é possível compreender de forma contundente como se aplica a teoria dos jogos (CAMPOS; CARDOSO, 2015).

No processo não é diferente, da mesma forma como no dilema da ponte ou do prisioneiro, sempre se tem que antecipar os movimentos da outra parte, de forma que sejam maiores as chances de êxito. Quando se trata do jogo processual, inicialmente, temos que situar as fases para melhor compreensão. Havendo justa causa e indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, ressaltando que estamos falando já da fase processual, e não procedimental (inquérito policial), o Ministério Público ou querelante, fará a denúncia ou queixa-crime, afim de que o Estado-juiz exerça seu jus puniendi com relação ao acusado, iniciando assim o processo. (OLIVEIRA, 2011.)

O Acordo de não persecução penal, conforme o art. 28-A da lei 13.964/19, em tese, seria proposto pelo representante do Ministério Público antes do oferecimento da denúncia, não obstante ele estar sendo aplicado em momentos posteriores, já em meio a fase processual, embora a doutrina e a jurisprudência estejam divergindo nesse ponto.

Alexandre Morais da Rosa classifica esta fase como pré-jogo pois ainda não há o oferecimento da denúncia, portanto, não há que e falar em processo, no entanto mesmo nessa fase há protagonismo do jogo, vejamos:

Aparentemente, o jogo somente se inicia com a denúncia. Todavia, reside justamente na atuação do órgão investigador, na maioria das vezes, o ponto de virada das expectativas de comportamento, até porque o conjunto de cartas probatórias da acusação, em geral, é produzido na fase de investigação preliminar. Além disso, há

protagonismo no ambiente da justiça negocial (acordo de não persecução penal/ colaboração premiada) em que o papel do julgador é homologatório. (2020, p.335).

Com o surgimento desse novo método de solução alternativa, surgiram diversos questionamentos, principalmente em relação à constitucionalidade da confissão exigida para a homologação do acordo, tanto sob perspectiva do devido processo legal como da presunção de inocência. No devido processo legal, devem ser observadas diversos requisitos como o tratamento igual conferido às partes envolvidas no processo (art. 5º, I, CPC); a publicidade do processo (art. 5º, LX, CF); a proibição da produção de provas ilícitas (art. 5º, LVI); a imparcialidade do julgador, bem como a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); a motivação das decisões (art. 93, IX); a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), (BRASIL, 1988, *online*).

3.3-Teorema de Coase.

Ronald H. Coase (1960), partindo da análise de *The Economics of Welfare*, escrito por Arthur Cecil Pigou em 1920, apresentou o conhecido como “Teorema de Coase” no *The problem of social cost*.

No entendimento de Coase, não havia, necessariamente, má alocação dos recursos, pois as partes envolvidas poderiam ajustar os seus interesses e dispor sobre os ônus envolvidos. A parte ao qual recairia as externalidades negativas poderia estar ou não disposta a aceitar o ônus que lhe é imposto, desde que fosse compensado suficientemente. Do mesmo modo, a parte ativa, que impunha o ônus à outra, poderia ou não estar disposta a pagar compensação, desde que pudesse exercer a sua atividade, assim, quando as transações ocorrem sem qualquer custo, tanto faz para quem o Direito vai ser adjudicado, uma vez que as decisões judiciais não terão efeito na alocação dos recursos. Contudo, quando os custos das transações forem muito altos, é mister que os direitos das partes estejam bem alinhados, tornando as decisões judiciais essenciais. (BARBOSA, 2019, p. 23-24).

De acordo com o Teorema proposto, a absorção das externalidades será eficiente se realizada por quem possui melhores condições de arcar com os ônus, ao

invés de imputá-las simplesmente a quem deu causa. A análise do Direito a partir da Ciência Econômica, como proposta por Coase, considera a necessidade de se tomar decisões analisando os custos envolvidos por considerar que estas terão consequências. A análise é necessária devido à finitude dos recursos dos quais depende a satisfação dos interesses das pessoas, ou, no dizer dos economistas, devido à sua escassez. O Teorema de Coase mostra que havendo a possibilidade de negociação, com direitos de propriedade assegurados, o resultado será melhor. (BULLARD, 1991)

No presente caso, entendendo ser o direito ao processo propriedade do acusado. Alexandre Morais da Rosa menciona também a aplicação deste teorema:

A partir da aplicação do Teorema de Coase no acordo de não persecução, discute-se: quantas e quais as recompensas do sujeito - acusado/investigado- está disposto a receber para desistir da externalidade (prisão/pena) e quantas ou quais os prêmios legais que o sujeito (Ministério Público) está disposto a oferecer para obter a formação da culpa, projetando a barganha como máxima teórica processual penal. (2020 p.512).

Para que se consiga jogar em uma barganha, a capacidade de negociação deve ser boa. Via de regra o jogador-acusador deve jogar de forma limpa, no entanto, como as barganhas tem resultados bons e eficientes, pode ocorrer omissão probatória, ameaças da aplicação de penas maiores caso o acordo não seja aceito, entre outras diversas. Do mesmo modo, ele pode jogar limpo, devido a gravidade do delito aplicado ser de menor potencial ofensivo, sendo muito moroso movimentar toda máquina judiciária, o que torna a barganha, ainda mais viável.

Todos os envolvidos podem acabar por ter resultados satisfatórios, o jogador-julgador sendo imparcial e a superlotação do poder judiciário, de certo modo pode ser sanada, o jogador-acusador obteve ganhos quando exerceu seu dever/direito de ação e, ainda, que o acusado pagasse pelos delitos cometidos. Igualmente o jogador-acusado pode igualmente considerado vencedor, pois nessa mesma hipótese sua estratégia racional não foi a absolvição, mas sim a diminuição dos efeitos condenatórios de modo que sua pena não fosse mais gravosa. Exatamente por isso, trata-se de um jogo de soma não-zero, pois, nos jogos de soma

não-zero há a possibilidade de que dois ou mais jogadores simultaneamente ganhem ou percam, como também é possível que o ganho de um não corresponda exatamente à perda do outro (SILVA, 2019).

3.3 -Entendimentos jurisprudenciais e suas divergências.

Não obstante o acordo de não persecução penal, ser uma medida que, de acordo com a resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e artigo 28-A da lei 13.964/19 tem o intuito de ser aplicada antes do oferecimento da denúncia, os entendimentos jurisprudenciais tem divergido sobre a matéria.

Conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná, o benefício despenalizador é um direito subjetivo do acusado, e nessas condições, a lei processual penal deve retroagir em seu benefício, nos termos do artigo 5º, LX, da Constituição Federal, o tribunal invocou o princípio da retroatividade da lei mais benéfica. “[...]entende-se que o benefício despenalizador é um direito subjetivo do acusado, e nessas condições, a lei processual penal deve retroagir em seu benefício, nos termos do artigo 5º, LX, da Constituição da República”. (TJ-PR, 2020).

Já o tribunal de justiça do Mato Grosso do Sul entendeu inviável a aplicação do acordo, afirmando ser encargo do Parquet e não de ser direito subjetivo do réu, e também devido o recebimento da denúncia, demonstrando entendimento de inviabilidade de aplicação após instaurado processo como se vê na apelação criminal a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – INCIDÊNCIA DO ACORDO DA NÃO PERSECUÇÃO PENAL – INVIÁVEL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I – A ausência de proposta do acordo da não persecução penal, cujo encargo é do Parquet, desde que preenchidos os requisitos legais, não é um direito subjetivo do réu. Ademais, a denúncia foi recebida antes da vigência da lei em comento e houve o encerramento da instrução criminal. II – Com o parecer, recurso conhecido e desprovido.

(TJ-MS - APR: 00016697320178120005 MS 0001669-73.2017.8.12.0005, Relator: Des. Emerson Cafure, Data de Julgamento: 18/09/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 22/09/2020).

O tribunal de justiça do Distrito Federal entendeu que sua aplicação após instaurada ação penal seria uma afronta a própria natureza de instituto, pois seria prerrogativa do Ministério Público, não podendo assim ser aplicada nessa situação.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP. RETROATIVIDADE DA LEI Nº 13.964/2019. AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECUSA FUNDAMENTADA. PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SISTEMA ACUSATÓRIO PURO. OBJETIVO DO PACOTE ANTICRIME. I - O oferecimento de acordo de não persecução penal após deflagrada a ação penal configura afronta à própria natureza jurídica do instituto, de aplicação de justiça consensual, que objetiva evitar o processo, a estigmatização por ele causada e a onerosa movimentação da máquina judiciária. O ANPP poderá ser oferecido mesmo a fatos praticados antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, contudo, desde que não recebida a denúncia. II - A propositura do acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do acusado, mas prerrogativa do Ministério Público, que pode recusar seu oferecimento, fundamentadamente. III - Diante da recusa do Ministério Público em oferecer o ANPP, confirmada pelo seu órgão superior, deve o feito retomar o andamento regular, não sendo cabível a rejeição da denúncia já recebida, sob pena de violação ao sistema acusatório. IV - Recurso conhecido e provido. (TJ-DF 00118454020178070009 DF 0011845-40.2017.8.07.0009, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Data de Julgamento: 04/03/2021, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 15/03/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

O Tribunal Regional Federal da 4ª região entendeu que a lei nova pode incidir aos casos em andamento, a título de disposição transitória, deu o MM. Juiz ensejo a eventual acordo de não persecução “[...] O ato judicial não excedeu dos limites da normal presidência do processo. Inicialmente o magistrado indagou ao MPF se faria acordo de não persecução penal e, ante a resposta positiva [...]”, muito embora a novel previsão legal preveja a sua entabulação prévia à denúncia, a processo judicial em andamento.

Como se pode ver, os entendimentos jurisprudenciais ainda são muito divergentes com relação à matéria por se tratar de matéria que, muito embora, tenha origem na resolução 181 do CNMP, foi instaurada pela lei 13.964/19, sendo, portanto,

matéria considerada nova, pois essa instauração que tornou mais conhecida essa proposta de resolução alternativa.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi realizar um estudo sobre a possível aplicação da teoria dos jogos, desenvolvida ao longo de anos por diversos matemáticos e estudiosos, especialmente por John Forbes Nash, e sua aplicação ao acordo de não persecução penal.

Com base nos dados coletados por diversos doutrinadores e juristas, é possível apontar algumas considerações. Inicialmente insta ressaltar que esta teoria, aplicada ao momento pré-processual, aqui denominado pré-jogo, tem diversas implicações de suma importância, pois as escolhas realizadas no momento pré-processual serão determinantes para o prosseguimento processual ou até mesmo para que este não ocorra.

As escolhas feitas nesse momento, devem ser minuciosamente pensadas e analisadas de forma que se possa obter melhores resultados, ou seja, minimização de danos ou prejuízos. Juridicamente falando, seria a redução da pena ou até mesmo o desencarceramento.

O jogo processual não pode ser reduzido somente ao processo penal de fato, pois quaisquer escolhas feitas em momentos anteriores implicarão em consequências.

Ao final dessa análise pode-se ver que todos os envolvidos podem ter resultados satisfatórios ao aplicar esta teoria, o jogador-julgador e sua imparcialidade e efetivação do devido processo legal e ainda a superlotação do poder judiciário sendo

sanada, o jogador-acusador pode obter ganhos quando exerce seu dever/direito de ação e, ainda, que o acusado pague pelos delitos cometidos.

Do mesmo modo o jogador-acusado pode ser igualmente considerado vencedor, pois sua estratégia racional poderia ser a absolvição ou a diminuição dos efeitos condenatórios de modo que sua pena não seja mais gravosa.

Os dados aqui apresentados foram fruto de diversas pesquisas sobre a teoria e o acordo de não persecução penal. No processo de realização houveram diversos obstáculos, como ausência de bibliografias nesta área de aplicação especificamente, principalmente por ser um tema recente.

REFERÊNCIAS

BALBINOTTO NETO, Giacomo. **Teoria dos Jogos e Direito**. São Paulo, 2006.

BARBOSA, Reinaldo Denis Viana, **A Teoria Econômica do Crime de Gary Becker e a seletividade do sistema penal**, Florianópolis, 2019.

BIZZOTTO, Alexandre e SILVA, Denival Francisco, **Acordo de não persecução penal**, Editora Dialética, Rio Grande do Sul, 2020.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES Rafael Junior e BATTINI Lucas Andrey, Breves considerações sobre o Acordo de Não Persecução penal, **Revista do Instituto de Ciências Penais**. Volume 5. Londrina, 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal**. Disponível em: <Constituição (planalto.gov.br)>. Acesso em: 10.02.2021.

BRASIL, **Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 fev 2021.

BULLARD, Alfredo, **Ronald Coase y el Sistema Jurídico**, 1991, disponível em: Vista de Ronald Coase y el sistema jurídico: sobre el Nobel de Economía 1991 (up.edu.pe).

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, **Manual do acordo de Não Persecução Penal**, 2ª Edição, JusPodivm, 2021.

CAMPOS, Celso Ribeiro e CARDOSO, Marcelo José Ranieri : **A teoria dos jogos e a mente brilhante de John Nash**, Prometeica. Revista de Filosofía y Ciencias, año IV, N. 10, verano 2015.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à teoria dos jogos no direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 213-234,. 2007.

CARVALHO, Saulo de, Substitutivos Penais na era do grande encarceramento, Centro Acadêmico André da Rocha –**Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS** Porto Alegre, V. 2, N. 2 –2010.

CAVALCANTI, Fernanda Costa Fortes Silveira, **Reflexões Sobre o Acordo de Não Persecução Penal Implementado Pelas Resoluções 181/2017 e 183/2018**, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019**: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Walfredo. **Curso Completo de Processo Penal**, Salvador, Juspodivm, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIANI, Ronaldo, Teoria dos jogos, 4 ed. rev.e atual- Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GARCIA, Emersom, **O Acordo de Não Persecução Penal Passível de Ser Celebrado pelo Ministério Público: Breves Reflexões**, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 68, abr./jun. 2018.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA**, 2009. Disponível no site <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6431> Acesso em 09 de fevereiro de 2021;

ISCAL, Orlando Gomes, **Teoria dos jogos: Algumas noções elementares**, repositório científico, Disponível em: <https://repositorio.ipl.pt/handle/10400.21/2040>.

MAIS, Carlos Velho, O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo, **Revista da Defensoria Pública do Rio grande do Sul**, 2020.

MARQUES, Fernando Tadeu, **Lei anticrime comentada (13.964/2019)** / Fernando Tadeu Marques et al.; coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MONTEIRO, Cláudia Servilha Monteiro, **A decisão racional na teoria dos jogos**, p. 3401, Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/claudia_servilha_monteiro.pdf, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**, Rio de Janeiro, Lumen juris, 2011.

OLIVEIRA, Laiane Cordeiro de, **Delação premiada à luz da teoria dos jogos**, Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB), 2017.

PRUDÊNCIO, Simone Silva, **Garantias Constitucionais e o Processo Penal: Uma visão pelo prisma do devido processo legal**-Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 297-320, jul./dez. 2010

ROSA, Alexandre Morais, **Guia compacto do processo penal conforme teoria dos jogos**, 1ºEd-Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da, **Guia de Processo Penal conforme a teoria dos jogos**, 6º ed. Florianópolis, 2020.

SARTINI, Brígida Alexandre, GARBÚGIO, Gilmar, BORTOLOSSI, Humberto José, SANTOS, Polyane Alves, BARRETO, Larissa Santana, **II Bienal da SBM Universidade Federal da Bahia 25 a 29 de outubro de 2004**.

SILVA, Fernando Laércio Alves da, **Como se joga o processo?;O uso da teoria dos jogos como instrumento de apoio para a reestruturação do processo penal Brasileiro Pós-Constituição Federal de 1988** Disponível em : BOOK-2019-014.pdf (unizar.es), Acessado em 10 de fevereiro de 2021.

SILVA, Mey-Lin Fonseca e REIS, Tâmisson Santos, **A aplicação da teoria dos jogos no direito processual penal**, Instituto Ensinar Brasil. Integrante do Programa Interdisciplinar de Capacitação Discente PICD – 2014.

SILVA, Jonatas Roberto Cabral da e FERREIRA, Débora de Lima, **Actio Revista de Estudos Jurídicos** – N. 29, v. 2 – Julh./Dez. 2019 ISSN 2437-0384 - FACULDADE MARINGÁ - MARINGÁ / PR.

SPENGLER, Fabiana Mrion e SPENGLER, Theobaldo. **A Possibilidade de tratamento de conflitos no âmbito do judiciário por meio da teoria dos jogos**, Ano 7 • n. 13 • jan./jun. • 2009.