

**APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL**

Application of Game Theory in the Criminal Non-Persecution Agreement

Luiz Felipe Valério Firme¹

Faculdade de Ciências da Bahia – Salvador/Bahia

lfvfirm@yaho.com.br

 lattes.cnpq.br/6020018587625994

Indiara Monique Frizon Taparello²

Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – Luís Eduardo Magalhães/Bahia

indy_frizon@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9361698689903128>

RESUMO: O trabalho visa analisar a possibilidade de aplicação da teoria dos jogos no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964/2019. Instituto este que objetiva ampliar a justiça penal consensual e reduzir a quantidade de processos criminais no Brasil. Isto posto, este estudo objetivou propor a criação de matriz estratégica com fundamento na teoria dos jogos, baseado no dilema do prisioneiro, de forma a encontrar as melhores respostas para o conflito. Após a proposição das opções de cada jogador, e das respectivas recompensas, passou-se a aplicar, inicialmente, o método de eliminação iterativa de estratégias estritamente dominadas, haja vista que não há estratégia estritamente dominante. No caso do investigado, eliminou-se a opção [*Não Confessar*], e posteriormente, por esta mesma estratégia, eliminou-se a opção [*Rigorous e Não Conciliador*] do Ministério Público, restando, por fim, para este, apenas a estratégia [*Complacente e Conciliador*]. Não havendo mais dominância entre as opções restantes, constituiu-se assim, um equilíbrio. Desta forma, verificou-se a real viabilidade de aplicação da teoria dos jogos no ANPP, sem a necessidade de utilização do Equilíbrio de Nash, geralmente utilizado quando as estratégias supras são insatisfatórias. Assim, o resultado teórico e provável desta negociação será a realização do ANPP com aplicação de número reduzido de condições ao investigado e com o mínimo de tempo perdido pelo *Parquet* {*poucas condições; 3,0*}, embora aquele viva o dilema de ter que, obrigatoriamente, confessar o crime

1 Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal. Advogado.

2 Especialista em Direito Constitucional Aplicado e Direito Penal. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira (UNIFAAHF). Assessora Técnico-Jurídica na Promotoria de Justiça de Luís Eduardo Magalhães (MP/BA). Professora de Direito Constitucional no Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira (UNIFAAHF).

* **Editora Responsável:** Suellem Aparecida Urnauer. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2628458988920263>.

para ter o benefício e não ser denunciado.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal - ANPP. Dilema do prisioneiro. Equilíbrio de Nash. Estratégia estritamente dominada. Teoria dos jogos.

ABSTRACT: The study aims to analyze the possibility of applying game theory in the criminal non-persecution agreement (CNPA) provided for in art. 28-A, of the Criminal Procedure Code, inserted by Law nº. 13.964/2019. This institute aims to expand consensual criminal justice and reduce the number of criminal cases in Brazil. That said, this study aimed to propose the creation of a strategic matrix based on game theory, based on the prisoner's dilemma, in order to find the best answers to the conflict. After proposing the options for each player, and the respective rewards, the iterative elimination method of strictly dominated strategies was initially applied, given that there is no strictly dominant strategy. In the case of the investigated, the option *{Do not confess}*, and later, by this same strategy, the option was eliminated *{Strict and Non-Conciliating}* of the District Attorney, finally, for this one, only the strategy *{Compliant and Reconciling}*. There being no more dominance among the remaining options, a balance was constituted. In this way, the real viability of applying game theory to the CNPA was verified, without the need to use the Nash Equilibrium, generally used when the above strategies are unsatisfactory. Thus, the theoretical and probable result of this negotiation will be the realization of CNPA with application of a reduced number of conditions to the investigated and with the minimum time lost by the District Attorney [*pouces conditions; 3,0*], although he lives the dilemma of having to confess the crime in order to have the benefit and not be criminally accused.

Keywords: Non-criminal presecution agreement. Prisoner's dilemma. Nash Equilibrium. Strictly dominated strategy. Game theory.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 TEORIA DOS JOGOS; 1.1 BREVE HISTÓRICO; 1.2 DILEMA DO PRISIONEIRO; 1.3 MODALIDADES; 1.4 EQUILÍBRIO DE NASH; 1.5 ELEMENTOS DO JOGO; 1.6 O JOGO; 2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP; 2.1 REQUISITOS; 2.2 JURISPRUDÊNCIA; 3 APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NO ANPP; 3.1 METODOLOGIA; 3.2 RESULTADOS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal é o conjunto de princípios e normas que disciplinam os conflitos penais tanto na fase inquisitorial quanto na processual penal em busca de solução de conflito e restabelecimento da paz social.

E este trabalho tem como objetivo estudar de forma pontual uma destas fases pré-processuais, qual seja, o Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, fase que evitará que o órgão acusador ofereça denúncia em face do investigado, evitando-se assim, uma eventual condenação no futuro, ainda na esfera do Ministério Público, prévio ao

processo criminal.

O ANPP foi introduzido pelo legislador por meio da Lei nº 13.964/2019, conhecida como *Pacote Anticrime*, que buscou aperfeiçoar tanto a legislação penal quanto a processual penal, de forma a introduzir o art. 28-A no Código de Processo Penal (CPP).

Com isso, surgiu a possibilidade de o *Parquet*, de forma bastante pragmática, ágil e eficiente, solucionar o conflito apresentado, de forma definitiva, com a devida chancela da autoridade judicial.

Trata-se de instituto pré-processual que abrangerá os crimes sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos.

Contudo, mister destacar que o ANPP já fora objeto de resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, resoluções nº 181/2017 e 183/2018, que já possibilitavam a oportunidade de negociar a sanção diretamente com o agente.

Desta feita, a inserção do ANPP no CPP vem ao encontro da diminuição das demandas judiciais criminais, e, no mesmo sentido de solucionar conflitos de forma mais célere, diminuindo assim, a sensação de impunidade.

E justamente nesta possibilidade de solucionar o conflito, que as partes envolvidas, investigado e acusador, poderão lançar mão da teoria dos jogos com a finalidade de se buscar a melhor solução para o caso concreto.

Isto posto, este trabalho pretende analisar a possibilidade de aplicação da teoria dos jogos neste novo instituto processual penal e analisar os prováveis resultados com base em estratégias matemáticas previamente definidas assim como no dilema do prisioneiro.

Para isso, deverão ser utilizadas metodologias como a eliminação iterativa de estratégias estritamente dominadas, estratégia estritamente dominante e Equilíbrio de Nash, a fim de, ao final, verificar se é possível constituir um equilíbrio no jogo chamado ANPP.

Para tanto, este estudo foi dividido em três capítulos, sendo que o primeiro abordará a teoria dos jogos, trazendo ainda um breve histórico, o dilema do prisioneiro, tipos de estratégias para escolha do melhor resultado, dentre elas o Equilíbrio de Nash, bem como outras estratégias a serem utilizadas no acordo.

O segundo capítulo busca compreender as características e requisitos do ANPP, assim como, trazer um histórico, críticas, jurisprudência e outras questões

relevantes para o estudo.

Por fim, no terceiro capítulo, será analisada a possibilidade da aplicação ou não da teoria dos jogos no ANPP, por meio de métodos com o fim de criar uma matriz estratégica, com propostas de ações para ambos os jogadores, investigado e Ministério Público, com suas respectivas recompensas, além de buscar encontrar as melhores respostas para o conflito.

1 TEORIA DOS JOGOS

A teoria dos jogos é uma teoria formal, de forma geral, trata-se sobre estratégias em que o jogador deverá adotar em um determinado jogo, seja de negócios, em caso de guerra, soluções de conflitos e outras diversas situações em que houver, ao menos dois jogadores buscando o melhor para si, ou seja, busca conhecer como a interação de indivíduos ou organizações, que agem estrategicamente de acordo com os seus interesses, pode ser estudada objetivamente por meio de métodos matemáticos.

De acordo com Fiani a teoria dos jogos ajuda a entender *teoricamente* o processo de decisão de agentes que interagem entre si, a partir da compreensão da lógica da situação em que estão envolvidos (FIANI, 2006, p. 9).

A outra vantagem é que ajuda a desenvolver a capacidade de raciocinar estrategicamente, explorando as possibilidades de interação dos agentes, possibilidades estas que nem sempre correspondem à intuição (FIANI, 2006, p. 10).

Consoante Fiani, o filósofo austríaco Karl Popper explicava que um dos objetivos da teoria dos jogos é entender a lógica da situação (FIANI, 2006, p. 6), e na opinião deste as ciências sociais deveriam compreender objetivamente a lógica de uma determinada situação de interação entre indivíduos, ou organizações, a partir dos dados objetivos dessa situação, sem analisar a subjetividade dos indivíduos envolvidos, ou seja, sem investigar os sentimentos, expectativas, desejos etc. dos indivíduos que participam das interações. (FIANI, 2006, p. 7).

Ela ainda fornece a linguagem para a descrição de processos de decisão conscientes e objetivos envolvendo mais do que um indivíduo (SARTINI et al, 2004, p. 1), onde é possível analisar probabilidades e o comportamento humano em suas relações negociais, podendo ser utilizados em diversos tipos de acordos, conciliatórios

ou não, onde cada parte busca obter o melhor resultado final para si.

A teoria dos jogos, em razão de diversos desdobramentos de vários autores, tem vários precursores, tendo o matemático francês Antoine Augustin Cournot (1801-1887) como o principal deles (FIANI, 2006, p. 34).

Fiani explica ainda que a teoria dos jogos é aplicada atualmente à economia, administração, direito, ciência política, ciência política, questões de natureza militar e biologia, tendo se tornado um instrumento essencial no estudo de qualquer processo de interação em que os agentes reconheçam que suas decisões se influenciam mutuamente (FIANI, 2006, p. xiii).

Alexandre Morais da Rosa esclarece que a teoria dos jogos procura estabelecer uma interação humana, de forma a otimizar os resultados, desde que os agentes sejam racionais, de forma a buscar a previsão do comportamento do outro, dentro de um jogo ético, e ainda acrescenta que o grande jurista Piero Calamandrei definia o processo como um jogo, que possui regras, jogadores, estratégias, táticas e recompensas (ROSA, 2020, p. 201, 243, 527 e 535).

1.1 BREVE HISTÓRICO

Em sua obra, Poundstone apresenta um breve histórico sobre a teoria dos jogos, informando que John von Neumann (1903-1957), antes de ir para os EUA, em 1938, tinha desenvolvido o *teorema minimax*, no qual demonstrava que jogos de dois jogadores há sempre um curso racional de ação (um jeito ótimo de jogar), desde que os interesses dos jogadores sejam complementares opostos (POUNDSTONE apud PIMENTEL, 2007, p. 60).

E em 1944, juntamente com o economista Oskar Morgenstern, publicou *Theory of Games and Economic Behavior*, obra clássica da fundamentação matemática da economia, que lançou a teoria dos jogos ou da decisão estratégica. Onde o termo jogo indicava uma situação de conflito onde alguém tem que fazer uma escolha, sabendo que outros estão fazendo escolhas também, e o resultado do conflito será determinado de alguma maneira por todas as escolhas feitas.

Com o surgimento da guerra fria e da corrida armamentista ocorrido na década de 50, após a segunda grande guerra mundial, os Estados Unidos contavam com o apoio da *Rand Corporation* (uma organização criada em 1948, financiada por diversos entes,

entre eles o Governo dos Estados Unidos, que oferecia serviços de pesquisa de ciências e análise às Forças Armadas Americanas), que contava com um grupo de mais de 500 cientistas, dentre eles Neumann, para o desenvolvimento de ações militares americana pela teoria dos jogos.

Conquanto, em 1950, Merrill Flood e Melvin Dresher, cientistas da *Rand Corporation*, criaram um jogo simples, mas enganoso, que desafiava parte das bases teóricas da teoria dos jogos. E logo depois, Albert W. Tucker, precisando exemplificar uma situação de conflito, deu a esse jogo o nome de dilema do prisioneiro que, a partir daí, constitui-se em uma referência para estudos em vários campos da ciência e da filosofia (POUNDSTONE apud PIMENTEL, 2007, p. 61).

1.2 DILEMA DO PRISIONEIRO

A teoria dos jogos, consoante visto acima, pode ser utilizada em diversas áreas, no entanto, no Direito, tem-se uma versão clássica conhecida mundialmente pelo dilema do prisioneiro.

Para tanto, uma versão do clássico dilema apresentado por Nozick é a seguinte:

Um delegado oferece a dois prisioneiros que aguardam julgamento as seguintes opções. (A situação é simétrica para os prisioneiros; eles não podem se comunicar para coordenar as ações em resposta à proposta do delegado ou, se puderem, eles não têm nenhum meio para forçar qualquer acordo que possam desejar). a) Se um prisioneiro confessar e o outro não, o primeiro é liberado e o segundo recebe uma pena de 12 anos de prisão; b) Se ambos confessarem, cada um recebe a pena de 10 anos de prisão; c) Se nenhum confessar, cada um recebe uma sentença de 2 anos de prisão (NOZICK apud PIMENTEL, 2007, p. 61).

Quadro 1 - Um dilema de prisioneiro representado em número de anos de prisão (o primeiro número de cada quadrícula corresponde ao Prisioneiro 1).

		Prisioneiro 2	
		<i>Não confessa</i> (coopera com o outro)	<i>Confessa</i> (não coopera com o outro)
Prisioneiro 1	<i>Não confessa</i> (coopera com o outro)	{2, 2}	{12, 0}
	<i>Confessa</i> (não coopera com o outro)	{0, 12}	{10, 10}

Fonte: NOZICK apud PIMENTEL, 2007, p. 61.

Deste modo, verifica-se que a melhor opção para cada prisioneiro,

individualmente, seria não cooperar com o outro, trair, ou seja, *confessar* (delatar o outro), pois deste modo ele teria as situações menos penosas, mesmo sem ter conhecimento de qual seria a atitude do outro jogador (prisioneiro 2).

Pimentel argumenta ainda que o fato paradoxal nesse dilema é que a decisão racional que cada prisioneiro tende a tomar – a de confessar, que é a melhor para cada um individualmente, independentemente da ação presumida do outro – elimina a possibilidade de obterem uma sentença mais favorável para ambos, se escolhessem a opção de não confessar. Esse ato não contradiz qualquer pressuposta da ação racional, mas explicita que nem sempre um cálculo individualmente racional produz um resultado coletivamente desejado (PIMENTEL, 2007, p. 61-62).

Quanto à classificação de jogos, Pimentel explica que tal dilema é, ao mesmo tempo, um jogo de *soma não-zero* e um jogo *não-cooperativo* (PIMENTEL, 2007, p. 66).

Além disso, Rosa reitera que o dilema do prisioneiro traz metáforas mais importantes, e evidencia que a confiança entre eles é ponto importante para uma decisão, diz que, para o melhor resultado, cada jogador deveria confiar totalmente no outro, ficando em silêncio (ROSA, 2020, p. 77).

1.3 MODALIDADES

Os jogos podem ser classificados em de *soma zero* e em jogos de *soma não-zero*. E segundo Pimentel, nos de *soma zero*, o que um jogador ganha é exatamente o mesmo que o outro perde, e nesse caso se pode dizer que os jogadores têm interesses completamente opostos. Nos *jogos de soma não-zero*, ou de *soma variável*, há ganhos e perdas diferenciados, pois os interesses dos jogadores não são completamente opostos, ou seja, existe a possibilidade de cooperação (PIMENTEL, 2007, p. 64).

E quanto ao fator cooperação, pode-se distinguir ainda os *jogos cooperativos* dos *não-cooperativos*. No primeiro caso, há uma teoria dos jogos cooperativos, cujo modelo de análise visa a melhor solução coletiva. A suposição básica nos jogos cooperativos é que, havendo comunicação entre os jogadores e em função da força das promessas que fizerem entre si, é possível obter um compromisso tão firme que leve ao compartilhamento efetivo dos ganhos, como leciona Rasmusen (RASMUSEN apud PIMENTEL, 2007, p. 65).

No que tange ao segundo caso, a teoria dos *jogos não-cooperativos*, baseia-se em jogadores que se empenham em maximizar suas próprias funções de utilidade, sujeitas às restrições dadas. Nessa teoria, há o pressuposto de que todos os jogadores agem racionalmente, isto é, eles escolhem sempre as opções que levam aos melhores resultados para si próprios, ou seja, é adotada uma concepção instrumental de racionalidade: a ação visa um objetivo de maneira consistente, e são escolhidos os melhores meios para tal fim.

Na literatura, destaca-se também o *jogo simultâneo* (FIANI, 2006, p. 9), que são aqueles em que cada jogador ignora as decisões dos demais quando tomará a sua própria decisão, e os jogadores não se preocupam com as consequências futuras de suas escolhas. Neste jogo a estratégia de cada jogador coincide com as ações de que dispõe, uma vez que os jogadores fazem suas escolhas em um único momento.

Por fim, tem-se ainda o *jogo sequencial* (FIANI, 2006, p. 53 e 57) que é aquele em que os jogadores realizam seus movimentos em uma ordem predeterminada. O que acaba por ocorrer nas transações penais. Neste jogo os *players* são capazes de, em algum momento, fazer suas escolhas conhecendo as ações dos demais em etapas anteriores do jogo.

1.4 EQUILÍBRIO DE NASH

Consoante definição de Rosa, é um jogo com jogadores racionais e maximizadores de interesse, a ação de cada um deles será melhor em face da combinação de táticas/estratégias, inexistindo estímulos para mudanças. É possível identificar o Equilíbrio de Nash verificando qual a melhor resposta do jogo diante a estratégia do oponente, em jogos finitos, visualizando os possíveis resultados, a partir de *payoffs* - são recompensas, é o que pretende cada um dos jogadores no jogo penal - (ROSA, 2020, p. 78).

Fiani enuncia 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, ou seja, quando em jogos simultâneos, não é possível identificar estratégias estritamente dominadas, e quando a melhor estratégia de um é a melhor do outro (FIANI, 2006, p. 83).

Fiani ainda acrescenta que a contribuição de Nash foi fundamental para o

desenvolvimento da teoria dos jogos. A partir de sua noção de equilíbrio foi possível estudar uma classe de jogos muito mais ampla do que os jogos de soma zero. Foi possível também demonstrar que, em alguns casos, quando cada jogador escolhe racionalmente aquela estratégia que seria a melhor resposta às estratégias dos demais, pode ocorrer que o resultado para todos os jogadores seja insatisfatório e que, portanto, nem sempre a busca de cada indivíduo pelo melhor para si resulta no melhor para todos (FIANI, 2006, p. 36).

1.5 ELEMENTOS DO JOGO

Em sua obra, Fiani expressa que, antes de tudo, deve-se reconhecer que em várias circunstâncias importantes, na economia e no mundo dos negócios, empresas, governos e consumidores se envolvem em processos de interação estratégica, dizendo que é preciso também saber como modelar esses processos e como analisá-los, procurando determinar as possíveis consequências dessas interações ou, para utilizar a linguagem da teoria dos jogos, os possíveis resultados dos jogos (FIANI, 2006, p. 14).

Frisou ainda que os elementos fundamentais de um jogo são: jogador, ação ou movimento, estratégias possíveis juntamente com seus respectivos conjuntos de informação (FIANI, 2006, p. 47).

Para os jogadores realizarem escolhas, deve-se considerar a hipótese inicial de que os jogadores são racionais. Sendo racionais, os agentes envolvidos no processo de interação estratégica, e não decidem considerando apenas a etapa em que se encontram, mas também todo o desenvolvimento do processo de interação até ali e suas consequências futuras. Portanto, exige que analisem as estratégias dos jogadores (FIANI, 2006, p. 56).

O autor ainda define estratégia como um plano de ações que especifica, para um determinado jogador, que ação tomar em todos os momentos em que ele terá que decidir o que fazer ante um conjunto de estratégias.

Fiani exprime que para o caso de um jogo simultâneo com apenas dois jogadores, é a forma mais conveniente de modelagem, apesar de possuir uma evidente limitação, não são adequados para descrever um processo de interação que se desenrola

em etapas sucessivas, pois neste tipo de interação estratégica supor que cada jogador ignora as decisões dos demais pode não ser a forma mais conveniente de se analisar o que realmente está ocorrendo. Para isso se contou com jogos sequenciais (FIANI, 2006, p. 9).

E para encontrar a melhor estratégia, Pimentel expõe que se precisa entender como os agentes envolvidos em situações de interação estratégica analisam a situação e tomam suas decisões. E para se determinar quais serão os resultados mais prováveis do jogo caso os jogadores ajam racionalmente (PIMENTEL, 2007, p. 79).

Distingue-se ainda que tanto as estratégias de cada jogador quanto suas recompensas que podem adquirir a partir de uma combinação de estratégias, é de conhecimento comum, ou seja, quando todos os jogadores conhecem a informação, todos os jogadores sabem que todos os jogadores conhecem a informação, todos os jogadores sabem que todos os jogadores sabem que todos os jogadores conhecem a informação e assim por diante, até o infinito (PIMENTEL, 2007, p. 56).

Jogos de informação completa, quando as recompensas dos jogadores são de conhecimento comum. Assim, cada jogador sabe exatamente com quem está jogando, pois sabe quais são os objetivos dos outros jogadores (PIMENTEL, 2007, p. 81).

1.6 O JOGO

Realça-se que não é possível tratar de todas as situações de interação estratégica com o mesmo modelo, uma vez que há diferentes tipos de situações de interação e de jogos.

A constituição de um modelo será sempre o primeiro passo da análise, como explica Myerson, a análise de qualquer jogo ou situação de conflito deve se iniciar com a especificação de um modelo que descreva o jogo (MYERSON apud FIANI, 2007, p. 8).

Uma estrutura de modelo que seja simples demais pode forçar a ignorar aspectos vitais dos jogos reais que se deseja estudar. Uma estrutura de modelo excessivamente complicada pode impedir nossa análise, obscurecendo as questões essenciais

Encontrar a melhor maneira de se comportar estrategicamente em uma determinada situação, como se houvesse um *manual* que fornecesse respostas prontas

para qualquer situação de interação estratégica.

As características de um jogo, são situações que envolvam interações entre agentes racionais que se comportam estrategicamente podem ser analisadas formalmente como um jogo. Ou seja, é uma representação que permite a análise das situações em que agentes interagem entre si, agindo racionalmente (FIANI, 2007, p. 9).

Um jogo é um modelo formal, envolve técnicas de descrição e análise, ou seja, que existem regras preestabelecidas para apresentar e estudar.

Uma regra essencial do jogo é a de que racionalidade, que compreende assumir que os agentes são racionais, significa supor que os indivíduos empregam os meios mais adequados aos objetivos que almejam, sejam quais forem esses objetivos. Esta questão é uma das mais complexas no campo das ciências sociais, da psicologia e mesmo da filosofia.

Já o comportamento estratégico, compreende que cada jogador, ao tomar a sua decisão, leva em consideração o fato de que os jogadores interagem entre si, e que, portanto, sua decisão terá consequências sobre os demais jogadores, assim como as decisões dos outros jogadores terão consequências sobre ele.

Importante salientar que isso envolve raciocínios complexos, em que o que um dos jogadores decide depende do que ele acha que os demais farão em resposta às suas ações, o que, por sua vez, dependerá do que os demais jogadores acham que ele fará, e assim por diante.

Se os jogadores se comportam desta maneira, a *teoria da escolha racional* nos informa de que maneira eles farão suas escolhas, entre os diversos objetivos que podem ter em mente. Essa teoria é a base mais usualmente empregada em teoria dos jogos para especificar o que se pode esperar dos jogadores.

Esta teoria busca entender como os jogadores tomam suas decisões em situações de interação estratégica, ou seja, como os jogadores fazem as suas escolhas.

2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como *Pacote Anticrime*, por meio de um projeto de lei elaborado pelo então Ministro da Justiça

Sérgio Moro, de iniciativa da Presidência da República, buscou aperfeiçoar tanto a legislação penal quanto a processual penal de forma bastante relevante e inovadora. E em uma destas alterações, introduziu ao Código de Processual Penal, o art. 28-A, a possibilidade de se realizar um ANPP ainda na esfera do Ministério Público.

O referido artigo prevê que, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente nos incisos do artigo.

Como visto acima, o legislador elencou uma série de requisitos com a finalidade de disciplinar o seu devido uso pelo *Parquet*.

Martinelli releva ainda que, no Pacote Anticrime, havia também a previsão de um novo instituto, muito conhecido no direito estadunidense, o *plea bargain* (é uma barganha - ou negociação - entre o promotor e o réu, no qual é celebrado um acordo em que o réu concorda em confessar a culpa, em troca de uma pena menor do que a que poderia pegar se fosse a julgamento), por meio do art. 395-A, a possibilidade de delação premiada, no entanto tal proposta foi derrotada (BEM; MARTINELLI, 2020, p. 52).

Mister sobressaltar que, embora o ANPP tenha sido importado dos Estados Unidos, tal instituto é ainda muito diverso do *shadow of trail*, muito praticado por lá, que consiste em que o juiz, o promotor e o advogado de defesa agem racionalmente para tentar uma previsão de como será o resultado do julgamento e, a partir daí, fazer barganhas para chegar a um acordo que seja satisfatório para todos os envolvidos (BEM; MARTINELLI, 2020, p. 53).

Saliente-se ainda que este ANPP já é bastante difundido no direito processual penal estrangeiro, especificamente nos Estados Unidos da América, onde o órgão acusador realiza acordos com os supostos criminosos a fim de solucionar os casos de forma bastante célere, de modo que tal demanda não se desdobre em mais um processo criminal.

Porém, o ANPP não surge como uma novidade propriamente dita, eis que desde 2017, via Resolução nº 181, alterada posteriormente pela Resolução nº 183/2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, sendo que o mesmo já

era autorizado e praticado pelo Ministério Público Federal, conforme arrazoa Stein (STEIN, 2020, p. 42).

Contanto que, pouco antes da aprovação do Pacote Anticrime, Castro reverberava da necessidade de uma regulamentação do acordo por via legislativa, o que evitaria alegações de inconstitucionalidade formal do instituto já em atividade no Ministério Público (CASTRO, 2019).

Outrossim, Fideles à época, também trazia tal preocupação, de que a ausência de previsão legal para a implementação do acordo entre o Ministério Público e o investigado divergia opiniões acerca da sua constitucionalidade, principalmente pelo fato do acordo ter um cunho processual, impor obrigações a terceiros, assim como restringir bens e determinar o cumprimento de serviços à comunidade e pagamento de prestação pecuniária sem previsão legal (FIDELIS, 2019, p. 3).

Registre-se que o ANPP não regulamenta regras de procedimento, como o fazem normas processuais, ao contrário, admite a possibilidade de suspender e interromper a pretensão de o Estado punir aquele que incorre na prática do ilícito penal.

Reginaldo Pires de Almeida relata que o ANPP trouxe à legislação penal e processual penal uma ampliação do rol de benefício para ferramentas alternativas diversa da prisão, porém, deve-se observar com cautela a formalização de tal acordo, visto que, poderá sofrer consequências pretendidas distintas em virtude da confissão da prática da infração (ALMEIDA, 2020).

Mister lembrar ainda que, até então, a experiência com acordos se restringem a alguns institutos previstos na Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais, só que tais *acordos* se dão de forma muito rápida, em audiência específica em que o Ministério Público já tem uma proposta pré-pronta e não há espaço para negociação, é um modelo muito singelo.

O ANPP, embora tenha previsão recente na *Lei Anticrime*, é um meio de solução de conflito mais recente que temos no nosso ordenamento jurídico, eis que a Lei nº 9.099/95 já havia trazido em seu corpo outras duas hipóteses em que o acusado teria benefício de institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo (*sursis* processual), previstos nos arts. 76 e 89 da referida lei, respectivamente.

Entretanto, a aplicação de tais benefícios estão limitados em razão da pena mínima em abstrata ao crime, ou seja, em crimes de menor potencial ofensivo, cuja

pena máxima cominada não ultrapasse o patamar de dois anos, e no caso da suspensão condicional do processo, cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano.

No entanto, no caso de transação ou de suspensão condicional do processo, na prática, não há uma interação direta entre os jogadores, são propostas frias lançadas para o acusado, sem margem para uma real negociação conforme trouxe Bem em sua organização (BEM; MARTINELLI, 2020, p. 55).

Ocorria que, antes da Lei nº 9.099/95, o oferecimento da denúncia era obrigatório, e reconhecida que tal modificação foi bastante significativa, mas não englobava crimes bastantes corriqueiros como furto simples e crimes de trânsito que agora foram contemplados pela inovação legislativa.

Então, o ANPP, nasce como mais um instituto próprio da justiça penal negocial, a exemplo de outros supracitados, além da composição civil dos danos e a colaboração premiada em conformidade com Oliveira (OLIVEIRA, 2020).

Desta feita, de forma indireta, o legislador pretende aumentar tanto a eficiência do judiciário quanto do Ministério Público, no que tange aos processos criminais, principalmente sobre aqueles de maior relevância para a sociedade, eis que ambos terão mais tempo para se debruçar sobre os crimes mais graves.

Portanto, uma utilização eficiente e racional do ANPP poderá, de fato, resultar em menor número de processos judiciais criminais e, assim, desafogar as varas com competência criminal, seja de competência dos juizados ou não, e ir ao encontro dos princípios da simplicidade, economia processual e celeridade previstos no art. 62, da Lei nº 9.099/95, e além de objetivar, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e, principalmente, a aplicação de pena ou medidas diversas da privativa de liberdade.

Do mesmo modo, deve-se considerar também, como consequência positiva de uma efetividade real de acordos pré-processuais, o caráter retributivo da pena, qual seja de o investigado cumprir medidas alternativas em substituição a um processo formal em que terá que se defender como réu, e de forma razoável e proporcional ao crime cometido, e, ao mesmo tempo, atende um anseio da sociedade que é diminuir a impunidade, eis que em vários casos, autor do crime tem extinta sua punibilidade em razão da prescrição do crime.

Com esta inovação, o leque de possibilidades fica mais amplo, pois autoriza o membro do Ministério Pública a criar uma espécie de sanção ao investigado, de forma

específica ao crime cometido, deste modo, a criatividade ficará à cargo dos jogadores do ANPP, podendo criar penas *sui generis* de forma a contemplar ainda a satisfação da vítima.

A essência do ANPP está na convergência dos jogadores, em que o Ministério Público buscará evitar a ação penal, a fim de ter um ganho significativo, evitar o nascimento de um novo e fatídico processo criminal, e o investigado de não ser denunciado e no futuro ter extinta sua punibilidade.

Mattos, de forma bastante pragmática, manifesta que mesmo com a previsão de não homologação do ANPP pelo juiz, hipótese que será rara de acontecer, à semelhança do que se dá com as transações penais, que são homologadas indistintamente e com autuados desassistidos pela defesa, o que se visualiza é que o Ministério Público, nos procedimentos de ANPP, passa a ser um gestor político-criminal do processo (MATTOS, 2020, p. 13).

Leniesky assevera que não há dúvida de que o ANPP é mais benéfico do que uma condenação criminal, na medida em que o juízo competente decretará a extinção de punibilidade do agente caso cumpra integralmente a avença (art. 28-A, § 13º, do CPP), porém, a lei exige que o investigado confesse a prática delituosa (LENIESKY, 2020).

Luxdei e Almeida também trazem a mesma preocupação da obrigatoriedade da confissão, dizendo que é necessário se fazer uma análise criteriosa diante da formalização do acordo, em virtude da confissão da prática do delito, com a finalidade de o instituto não ferir o princípio da presunção de inocência (LUXDEI; ALMEIDA, 2020)

Embora a inclusão do ANPP tenha sido bem recebido pelo meio jurídico, David, tece críticas sobre a sua correta aplicação, em razão da incompatibilidade de tal instituto com o sistema acusatório inquisitivo atual previsto em um código desatualizado e defasado, pois críticos declaram que o uso de modelos negociais não se apresenta como uma verdadeira composição entre as partes, pois o poder de coerção do Estado-Administração desequilibra a relação processual e compromete a livre manifestação de vontade do réu, por isso, inexistente acordo de vontades (DAVID, 2020, p. 21).

Conquanto, esclarece David que os ANPP's são medidas aplicadas internacionalmente e que, se aplicadas com segurança, as soluções negociadas na seara penal podem contribuir para a resolução de conflitos, para a redução da morosidade

judicial e para a diminuição do inchaço penitenciário (DAVID, 2020, p. 22).

Há ainda autores como Stein que trazem a questão da presunção de inocência ser incompatível com o ANPP, embora não seja escopo deste estudo, menciona-se a importância de garantir todos os direitos do investigado, de forma a observar atentamente a presunção de inocência em toda persecução penal, desde a fase investigativa até a fase processual criminal (STEIN, 2020, p. 34).

Quanto à aceitação ou não do acordo, deve-se analisar de forma detalhada o máximo de fatores de decisão para a realização de tal acordo, como por exemplo a carga probatória dos jogadores e seus respectivos perfis.

E neste contexto, refere Stein que também é importante questionar o quanto a confissão produzida em um ANPP pode também estar atrelada muito mais a um medo, uma insegurança, quanto aos procedimentos criminais capitaneados pelo Estado (STEIN, 2020, p. 35).

Além do mais, Stein declara ainda que devemos agir com cautela no investimento de uma justiça negocial em âmbito criminal, visto que ainda não conseguimos afirmar o sistema de garantias dentro do próprio ambiente processual penal, com estruturação de um efetivo sistema acusatório. Atropelar direitos fundamentais do acusado a fim de acelerar procedimentos e desafogar a justiça pode ter um preço muito caro ao final de tudo isso (STEIN, 2020, p. 46-47).

Aliás, atualmente, a solução de conflitos por meio de outros meios alternativos e extrajudiciais tem crescido bastante nos últimos anos, em razão de uma série de motivos, dentre os principais, diminuição do custo e em tempo mais rápido.

E o ANPP não é diferente, vem justamente com esta proposta, mas pode-se questionar também se realizar acordos no âmbito criminal seria eficiente, porém, é uma resposta que só teremos com o tempo, após um período de maturação.

De resto, Schelb traz em sua obra uma frase bastante famosa de Washington de Barros Monteiro em que *mais vale um mau acordo que uma boa demanda*, ou seja, há momentos em que é melhor um péssimo acordo do que um excelente processo, eis que, uma vez feito o acordo e cumprida as obrigações, se saberá exatamente o que conseguiu obter (SCHELB, 2016, p. 129).

Já, em relação a um processo judicial, você só tem uma certeza, a data em que o processo é instaurado, ou seja, nunca se saberá quando e nem como ele terminará conforme alega Schelb (SCHELB, 2016, p. 32).

Cialdini traz a ainda a possibilidade de o Ministério Público lançar mão do princípio da escassez, em que poderá inserir na negociação a ideia de que a audiência para celebração de eventual acordo de não persecução seria a única e última oportunidade para o investigado ficar livre de uma eventual ação penal, ou seja, tudo se torna mais valioso quando fica menos disponível (CIALDINI, 2019, p. 235).

2.1 REQUISITOS

Registre-se ainda que todos os requisitos previstos no art. 28-A, CPP devem ser preenchidos a fim de que o investigado possa iniciar uma negociação.

E o requisito inicial compreende ser a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, e posteriormente, já na mesa de negociação com o *Parquet*, é necessário que o investigado confesse formal e circunstancialmente o delito, caso não seja de arquivamento.

O fato de excluir os crimes praticados sem violência ou grave ameaça da possibilidade de acordo, busca não abranger os crimes, em tese, mais graves que contenham em seu tipo penal a conduta criminosa com tal especificidade.

E a questão de ter como parâmetro objetivo a pena mínima em abstrato do tipo penal inferior a 4 (quatro) anos, acabou por abranger um de crimes bastante extenso, crimes estes de bastante incidência como os de furto simples e qualificado, de estelionato, de sequestro e cárcere privado, de associação criminosa, de contrabando, de corrupção, eleitorais, de trânsito, de peculato e de tráfico de drogas privilegiado, que neste caso, serão considerados para o referido cálculo, as causas de aumento e diminuição de pena do caso concreto, assim como ocorrem aos outros institutos como na suspensão condicional do processo, vide Súmula nº 723, do STF:

Súmula 723, do STF. Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

E Súmula nº 243, do STJ:

Súmula 243, do STJ. O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

Alie-se a isso tudo, as palavras de Moreira ao esclarecer que este acordo só poderá ocorrer se não for caso de arquivamento do procedimento obrigatório, pois se não houver justa causa ou faltarem pressupostos processuais ou condições para o exercício da ação penal, deve ser promovido o arquivamento (MOREIRA, 2020).

Por final, vencida a fase de não arquivamento, para ter acesso aos benefícios trazidos pelo ANPP, o investigado deverá confessar, formal e circunstancialmente o crime praticado, ponto bastante crítico e relevante a ser decidido pelo investigado acompanhado de seu defensor, eis que qualquer confissão nesta fase poderá comprometer uma tese defensiva em uma eventual instrução processual criminal, assim como ocorre com as confissões na fase inquisitorial.

Na teoria, quando o Ministério Público realizar um ANPP com o investigado, este se submete a determinadas condições, e no caso de descumprimento, o órgão acusador poderá oferecer denúncia em face do investigado.

Mas imagina-se ainda, o dilema do investigado no caso em que ele não cometeu crime algum. Deveria ele realizar confessar o crime ao qual lhes está sendo imputado a fim de não responder um processo criminal? Ou deverá insistir em sua inocência e enfrentar o famigerado procedimento criminal?

Isso é um grande dilema para a defesa, que ocorrerá na prática.

Necessário frisar ainda que o ANPP se trata de direito subjetivo do investigado, preenchidas as condições, ele terá direito ao acordo, e caso isso não ocorra, poderá recorrer ao chefe do ministério público, nos termos do art. 28, do Código de Processo Penal.

Devidamente cumprido o acordo por parte do investigado, a autoridade judicial declarará extinta sua punibilidade.

Conquanto, a defesa deve sempre estar atenta para o conteúdo do termo de acordo, de forma a confessar em termos mínimos e negociar todas as cláusulas a fim de que não seja prejudicado em uma eventual ação penal em caso de descumprimento.

2.2 JURISPRUDÊNCIA

Um aspecto relevante que as cortes superiores vem decidindo, é quanto à possibilidade de o investigado ter direito ao ANPP mesmo após oferecida a denúncia, em casos que a mesma já havia sido oferecida antes da entrada em vigor da *Lei*

Anticrime, eis que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido, de forma reiterada, no sentido de que o acordo só retroage enquanto não recebida a denúncia, conforme decisão da 5ª Turma no AgRg no REsp 1886717 / PR, sob a relatoria do Ministro Félix Fisher, publicado em 19/10/2020 no DJe:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NORMA DE CUNHO PROCESSUAL. *TEMPUS REGIT ACTUM*. ART. 2º DO CPP. PROCESSO EM FASE RECURSAL. PRECLUSÃO. RÉU CONDENADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - "A Lei nº 13.964/19 (com vigência superveniente a partir de 23.01.2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata, embora sem qualquer tom de retroatividade. Não obstante, já assente nesta eg. Corte que, em geral, a Lei que "[...] compreende normas de cunho processual [...] a sua aplicação é imediata, ainda que em relação a processos já em curso, nos termos do art. 2º do Digesto Processual Penal (princípio do efeito imediato da norma processual penal ou *tempus regit actum*)" (RHC n. 130.175/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 03/09/2020).

II - **Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia** e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, como no presente caso. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso).

Conquanto, mister ainda consignar que o Supremo Tribunal Federal por meio do HC nº 191.464-SC, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso (DJe 18/09/2020), que invocou os precedentes do HC nº 186.289-RS, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA (DJe 01/06/2020), e do ARE nº 1171894-RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 21/02/2020) - externou a impossibilidade de se fazer incidir o ANPP, quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível à impugnação, portanto, vem entendendo pela possibilidade de aplicação da regra nova aos processos em andamento tendo como limite temporal da retroatividade a sentença condenatória, conforme disposto na ementa abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NORMA DE CUNHO PROCESSUAL. *TEMPUS REGIT ACTUM*. ART. 2º DO CPP. PROCESSO EM FASE RECURSAL. PRECLUSÃO. RÉU CONDENADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

3 APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NO ANPP

A priori, verifica-se que a teoria dos jogos é aplicada nos mais diversos ramos

da ciência econômica, biológica e no direito. Como se pode verificar, Rosa argumenta que é possível aplicar tal teoria em todo o processo penal, e no que tange especificamente no ANPP, ele justifica que, apesar de ser uma inovação legal recente, acredita ter uma quantidade enorme de possibilidades criativas que poderão surgir no decorrer de sua utilização, tanto pelos órgãos ministeriais de acusação, quanto pela defesa técnica do investigado (ROSA, 2020, p. 516-517).

Rosa pondera que quando se planeja antes de jogar, pode-se obter um maior êxito e resultados bem mais favoráveis (ROSA, 2020, p. 85), mas para isso, se deve ter um amplo conhecimento de vários elementos, dentro e fora do processo, ou seja, sem preparação e treinamento, o acontecer processual é uma incógnita maior ainda (ROSA, 2020, p. 928).

Rosa alega ainda que no caso no processo penal, a teoria dos jogos pode ser utilizada tanto para fundamentar a estratégia processual quanto como tática específica, possibilitando a antecipação do comportamento entre dominante/dominado (ROSA, 2020, p. 291).

Rosa diz também que estabelecer pontos que o jogador não tem motivos racionais de mudar sua posição é um ponto crucial, ele argumenta que a parte negociante deve ser realista, e não otimista, e que deve se preparar para o jogo do ANPP da melhor forma, a fim de se evitar surpresas. Alerta ainda para que os jogadores ajam sempre com responsabilidade dos atos, deve gerenciar os aspectos emocionais (ROSA, 2020, p. 245).

Os jogadores não devem simplesmente jogar com a sorte, mas devem estabelecer fatores, pois há promotores e juízes engajados e não engajados. De modo que havendo, pois, sobrecarga de acusação, o Ministério Público pode ficar mais sujeito a estabelecer ANPP.

E traçar o perfil do oponente é essencial para que se tenha sucesso na prática da negociação. E Rosa traz em sua obra uma série de perfis de jogadores, inspirado no *poker*, para que as estratégias escolhidas sejam as melhores possíveis, e dentre eles se destacam os seguintes: conservador, temerários, maníacos, agressivos ou passivos, bem como perfis compostos, conservador-passivo (rocha), conservador-agressivo, temerário-passivo, temerário-agressivo e maníaco agressivo ou passivo (ROSA, 2020, p. 234-235).

Rosa, informa ainda sobre as recompensas do jogo que devem ser analisadas

jogo a jogo, pois há jogos de *baixa complexidade*, processos simples com até duas imputações e dois acusados, poucas teses, enquanto que os de *alta complexidade* são aqueles decorrentes de grandes investigações, com muitos investigados, sendo os demais de média complexidade (ROSA, 2020, p. 217).

Registre-se ainda que de forma ampla, no processo penal, teremos ainda muitos outros jogadores como testemunhas, peritos, estagiários, assessores, juízes, delegados e promotores de justiça em outros subjogos.

Rosa, distingue que nem toda interação é possível verificar o Equilíbrio de Nash (ROSA, 2020, p. 292-293), embora na maioria dos jogos se possa estabelecê-lo e aduz ainda que as regras processuais não estão somente no Código, deve-se fazer uma leitura antropológica, conhecer como se realiza as audiências e entender o mapa mental de cada jogador (ROSA, 2020, p. 120, 231).

3.1 METODOLOGIA

Registre-se que para o estudo em comento, deve-se considerar que o investigado, suposto autor do crime, de fato cometeu a conduta delituosa, e tal investigado é primário, requisitos estes previstos no art. 28-A, do CPP, e necessários para ter acesso aos benefícios do ANPP.

Cite-se ainda que todos os atores/jogadores presentes no ANPP deverão jogar de forma ética (*fair play*), embora, joguem pensando no melhor resultado para si, de forma simultânea, sem se importar com os demais jogadores, que é o que de fato ocorre no jogo real. É preciso dominar as regras e entender as diversas possibilidades.

Isto posto, embora a teoria dos jogos, campo da matemática, seja invocada, para fins deste estudo, tal teoria será aplicada no ANPP de forma *adaptada* (quando é preciso realizar ajustes para sua aplicação no processo penal, e mais especificamente no ANPP) e *profanada* (quando a teoria é utilizada para outros ramos diferentes daqueles para os quais a teoria fora criada inicialmente, qual seja no campo da economia/administração e matemática e nas relações entre indivíduos otimizadores, como explana Rosa em sua obra, a fim de que seja possível, dentro da metodologia previamente definida, propor uma matriz próxima da realidade e encontrar as melhores respostas estratégicas desta interação entre os jogadores (ROSA, 2020, p. 224).

Os jogadores neste estudo são o Ministério Público e o investigado, acompanhado de seu patrono, e para a teoria de jogos aplicada, deve-se partir de sujeitos racionais, ou seja, de suposições do que faria o oponente racionalmente de forma a maximizar suas recompensas (ROSA, 2020, p. 206).

Primeiramente, partiu-se para definição das estratégias dos jogadores no ANPP. A proposta se baseou em uma simulação das possibilidades encontradas entre os *players* do ANPP.

Adotou-se a essência do pensamento de Rosa, que definiu estratégias por meio dos perfis dos jogadores (ROSA, 2020, p. 234-235), que neste trabalho são: o membro do Ministério Público e o investigado.

Ele citou haver promotores agressivos, passivos, conservadores, temerários, maníacos aleatórios, dentre outros, no entanto, para se adequar melhor à proposta deste estudo, definiu-se para estudo e avaliação, apenas dois perfis de membros do Ministério Público, quais sejam, rigoroso-não conciliador e complacente-conciliador.

Desta forma, destaca-se que o membro rigoroso-não conciliador está sempre predisposto a não celebrar acordo e objetiva, caso seja efetivado algum, que o oponente (investigado) fique sujeito a muitas condições ou medidas a cumprir.

Já o membro complacente-conciliador, tem sempre um o ânimo de conciliar, eis que obterá ganhos evitando que o inquérito se desdobre em uma ação criminal, é uma pessoa compreensiva e bastante tolerante. E para este, o importante é celebrar um acordo de qualquer forma, mesmo com aplicação de poucas medidas ou condições a cumprir.

E como estratégias do investigado, em busca de táticas mais próximas do real, adotou-se as seguintes: a) não confessar, logo, não aceitar o ANPP; b) Confessar e aceitar o ANPP, mas somente se forem poucas medidas a cumprir e; c) confessar e aceitar o ANPP mesmo que tenha muitas medidas a cumprir; eis que desta forma se consegue abranger as principais possibilidades estratégicas da parte defensiva.

Pois bem, inseridas estas estratégias na matriz, partiu-se então para a proposição das recompensas de cada jogador ao optar por cada estratégia.

Ao se deparar com este elemento, verificou-se que a unidade de recompensa de cada jogador seria diversa, eis que os objetivos dos jogadores no ANPP são divergentes, pois o investigado, *a priori*, não quer ser julgado e nem processado criminalmente, e, *a posteriori*, não quer ser condenado, resultando nas seguintes

recompensas: {pena}, {muitas condições} e {poucas condições}.

Como visto acima, as recompensas sugeridas para o investigado são sempre ruins, ou terá que cumprir uma pena condenatória ou terá que cumprir medidas alternativas, sejam poucas ou muitas.

Já o *Parquet*, de forma bastante tranquila, responsável e equilibrada, busca definir uma sanção ao investigado o mais breve possível com o menor gasto de tempo e energia, para que possa se debruçar em casos considerados mais complexos e relevantes para a sociedade.

Desta forma, definiu-se que a recompensa do órgão ministerial seria o tempo.

E para isto, formulou-se, por estimativa, os quadros abaixo para a definição de um tempo médio que o Ministério Público levaria para cada atividade do órgão acusador nas diversas *fases* do ANPP.

Quadro 2 - Tempo médio gasto (estimado) pelo Ministério Público no ANPP em processo digital.

Atividades do MP no ANPP	Tempo (h)		
	Não confessar	ANPP com poucas medidas	ANPP com muitas medidas
Análise do IP (PJ)	0,25	0,25	0,25
Procedimentos para intimação (secretaria)	0,75	0,75	0,75
Audiência (PJ)	0,25	0,75	1,25
Pedido de homologação do acordo ao judiciário (PJ)	-	0,25	0,25
Notificação da homologação e encaminhamento ao juízo da execução (PJ e secretaria)	-	1,00	1,00
Total	1,25	3,00	3,50

Fonte: Elaborada pelo autor, 2020.

Quadro 3 - Tempo médio gasto (estimado) pelo Ministério Público na persecução penal de crimes sujeitos ao ANPP, em processo digital, desde o recebimento do inquérito policial até a condenação do acusado, sem considerar eventual recurso.

Atividades (com denúncia)	Tempo (h)
ANPP (análise do IP até audiência do ANPP)	1,25
Denúncia (PJ)	2,25
AIJ (PJ)	2,00
Alegações finais (PJ)	2,00
Total	7,50

Fonte: Elaborada pelo autor, 2020.

Estratégias e recompensas devidamente definidas, passou-se para a escolha dos prováveis resultados por meio da utilização das *estratégias estritamente*

dominantes, estritamente dominadas e pelo Equilíbrio de Nash.

O primeiro passo será eliminar as estratégias estritamente dominadas de algum dos jogadores. Importante frisar que, estratégias que não eram estritamente dominadas para um jogador no jogo original podem ir se tornando estritamente dominadas à medida que estratégias estritamente dominadas de outros jogadores são eliminadas.

Após eliminações sucessivas de estratégias estritamente dominadas, caso o jogo não seja solucionável por dominância e não seja constituído um equilíbrio, (FIANI, 2006, p. 88), passar-se-ia para análise do Equilíbrio de Nash até encontrar o seu ponto de equilíbrio.

Deste modo será analisado somente *jogos simultâneos* por acreditar ser o modelo mais adequado à aplicação da teoria dos jogos no ANPP.

Ademais, Blackburn alerta que:

O modelo não pode simplesmente enquadrar os agentes em um sistema de valores que não é o deles, mas sim derivado de uma racionalidade padronizada, pois se os valores reais forem diferentes daqueles que o observador supõe, ou se o jogo empírico for diferente do jogo teórico, as escolhas que o agente fizer parecerão irracionais e as conclusões serão enganosas (BLACKBURN apud PIMENTEL, 2007, p. 71).

Portanto, mister ressaltar que a estratégia a definir deverá considerar o caso concreto, em que a defesa deverá fazer uma leitura mais ampla de todos os fatores, inclusive do perfil do membro do Ministério Público.

Além de que, importante que o *Parquet* atue sempre de forma a buscar o melhor resultado para a sociedade, aquele que seja suficiente para inibir que o investigado volte a delinquir, por meio de sanção adequada e proporcional ao crime cometido.

Esclarece-se ainda que, o fato de o jogador ter conhecimento das estratégias do adversário, não significa que vencerá a partida, mas sim que terá condições de, no momento da negociação, optar pela estratégia mais favorável para si.

Por fim, deve-se sempre lembrar dos ensinamentos de Fiani, que destaca que a teoria dos jogos não pode ser utilizada indiscriminadamente como instrumento de previsão do comportamento de agentes em situações de interação estratégica, nem tampouco como *receita* pronta de como se deve agir em uma situação específica (FIANI, 2006, p. 32).

3.2 RESULTADOS

Após aplicação da metodologia acima, e estruturação da modelagem, resultou-se na matriz do ANPP, com dois jogadores, duas estratégias à disposição do Ministério Público e três estratégias do investigado com seis resultados possíveis, que são pares formados pela combinação destas estratégias.

E essa variabilidade é representada por uma matriz de resultados, forma normal ou estratégica no quadro abaixo.

Quadro 4 - Matriz de possibilidades de ANPP entre o Ministério Público e o investigado e suas respectivas recompensas, baseada na teoria dos jogos.

		Ministério Público (2)	
		<i>Rigoroso e não conciliador</i>	<i>Complacente e conciliador</i>
Investigado + Defensor (1)	<i>Não confessar</i>	{pena; 7,5}	{pena; 7,5}
	<i>Confessar e Aceitar ANPP somente com poucas condições</i>	{pena; 7,5}	{poucas condições; 3,0}
	<i>Confessar e Aceitar ANPP até com muitas condições</i>	{muitas condições; 3,5}	{poucas condições; 3,0}

Fonte: Elaborada pelo autor, 2020.

De início, após aplicar a estratégia estritamente dominada, no caso do investigado, e comparar as estratégias [*Não Confessar*] e [*Confessar e Aceitar ANPP até com muitas condições*], foi possível eliminar [*Não Confessar*] eis que esta é estritamente dominada pela outra, em razão desta ter como recompensa, em qualquer situação, uma pena condenatória no futuro, resultando na seguinte matriz:

Quadro 5 - Matriz de possibilidades de ANPP após a primeira eliminação.

		Ministério Público (2)	
		<i>Rigoroso e não conciliador</i>	<i>Complacente e conciliador</i>
Investigado + Defensor (1)	<i>Não confessar</i>	{pena; 7,5}	{pena; 7,5}
	<i>Confessar e Aceitar ANPP somente com poucas condições</i>	{pena; 7,5}	{poucas condições; 3,0}
	<i>Confessar e Aceitar ANPP até com muitas condições</i>	{muitas condições; 3,5}	{poucas condições; 3,0}

Fonte: Elaborada pelo autor, 2020.

Logo em seguida, após a eliminação supra e, tendo como base o Ministério Público, foi possível eliminar a estratégia [*Rigoroso e Não Conciliador*] em razão desta estratégia ser estritamente dominada pela [*Complacente e Conciliador*] uma vez que aquela estratégia apresenta recompensas piores que a outra, seja qual for a escolha do investigado, ou seja, o Ministério Público sempre terá que reservar um tempo maior para realizar findar o caso.

Quadro 6 - Matriz de possibilidades de ANPP após a segunda eliminação.

		Ministério Público (2)	
		<i>Rigoroso e não conciliador</i>	<i>Complacente e conciliador</i>
Investigado + Defensor (1)	<i>Não confessar</i>	{pena; 7,5}	{pena; 7,5}
	<i>Confessar e Aceitar ANPP somente com poucas condições</i>	{pena; 7,5}	{poucas condições; 3,0}
	<i>Confessar e Aceitar ANPP até com muitas condições</i>	{muitas condições; 3,5}	{poucas condições; 3,0}

Fonte: Elaborada pelo autor, 2020.

Destarte, tendo restado para o Ministério Público apenas a estratégia [*Complacente e Conciliador*] e para o investigado, as estratégias [*Confessar e Aceitar ANPP somente com poucas condições*] e [*Confessar e Aceitar ANPP até com muitas condições*], ambas com recompensas idênticas para ambos os jogadores, e, não havendo mais estratégias dominadas ou dominantes, pode-se assegurar que foi constituído um equilíbrio.

Deste modo, o resultado teórico e provável desta negociação será a realização do ANPP com aplicação de número reduzido de condições ao investigado e com o mínimo de tempo gasto pelo *Parquet*, qual seja, de três horas com as atividades internas do órgão, eis que ambos obterão as melhores recompensas, pois o investigado deverá confessar formal e circunstancialmente o crime, mesmo sujeito a aceitar muitas condições como sanção, e o membro do Ministério Público deverá sempre participar da negociação com *propositum conciliare* (intenção de conciliar), adotando uma postura complacente e conciliadora e, deixando, assim, de oferecer a denúncia em face do investigado.

Assim, o órgão ministerial terá um ganho de tempo para se dedicar a processos mais importantes durante o exercício de sua função, além de conseguir *aplicar* uma sanção mais rápida ao investigado, de forma a diminuir a sensação de impunidade, que frequentemente ocorre com crimes que serão enquadrados pelo art. 28-A, do CPP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste estudo, verificou-se que é perfeitamente possível aplicar a teoria dos jogos no ANPP previsto no art. 28-A, do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019 - *Pacote Anticrime*, porém, de forma *adaptada e profanada*.

Verificou-se ainda que embora seja possível aplicar a teoria dos jogos no ANPP e encontrar seu respectivo equilíbrio, diferentemente do que ocorre no dilema do prisioneiro, tal equilíbrio não ocorre por meio da utilização do Equilíbrio de Nash, que neste estudo foi dispensável em razão de o conflito ter sido solucionado por estratégias estritamente dominadas.

Com um número de apenas dois jogadores, sendo o investigado e o Ministério Público, tendo aceitação das premissas previamente definidas por ambos, e todos se comportando de uma maneira racional e com *fair play*, a teoria dos jogos pode fazer sentido para encontrar as melhores jogadas estratégicas a se fazer no ANPP.

Desta feita, mesmo vislumbrando a real possibilidade de utilização da teoria dos jogos, foi possível verificar que, assim como no dilema do prisioneiro, este jogo do ANPP tem uma falha fundamental, que trabalha na esfera da suposição, e não da realidade, isso devido a sua racionalidade, o que, em tese, poderia ser uma grande

dificuldade para sua aplicação na vida real, todavia, verifica-se também ser possível aplicá-lo de forma analógica.

Concluindo, sugere-se que o modelo aqui proposto possa ainda ser aperfeiçoado em outros estudos com a inclusão de mais fatores ou sob análise de outras estratégias e/ou recompensas, ou até sob a testagem de novos modelos baseados em informação incompleta, como na teoria de *John Harsanyi*, que consiste quando alguns jogadores dispõem de informação privilegiada em relação aos demais sobre algum elemento do jogo.

Outrossim, utilizar a matriz proposta neste estudo para a simulação de jogos em crimes específicos a fim de se aproximar mais da realidade dos fatos.

REFERÊNCIAS

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 1ª Edição - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido Editora, 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1.940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1.941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1.990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>.

BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1.995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>.

BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2.019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>.

BRASIL. *Resolução nº 181*, de 7 de agosto de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>.

BRASIL. *Resolução nº 183*, de 24 de janeiro de 2018 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da

Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 723. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula723/false>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1886717/PR. Relator: Min. Félix Fisher. Julgamento em 06/10/2020. 5ª Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTPAC&docID260670>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Petição no Agravo em Recurso Especial 1664039/PR. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 20/10/2020. 5ª Turma. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ANPP&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 243. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula243.pdf>.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Lara Thais Martins de. *A legalidade do Acordo de Não-Persecução Penal à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro/>>.

CIALDINI, Robert B. *As armas da persuasão: como influenciar e não ser influenciado* [tradução de Ivo Korytowski]; Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

DAVID, Décio Franco. *O futuro exige o novo: o acordo de não persecução penal exige a implementação de um sistema acusatório*. Leonardo Schmitt de Bem; João Paulo Martinelli (org.). Acordo de Não Persecução Penal. 1ª Edição - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido Editora, 2020.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos com aplicações em economia, administração e ciências sociais*. 2ª ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2006.

FIDELES, José Afonso Ramos. *A (in)constitucionalidade do acordo de não persecução penal*. p. 03-21. Caderno de pós-graduação em Direito: prática processual penal e jurisprudência / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/12800/1/E-BOOK%20_%20PR%C3%81TICA%20PROCESSUAL%20PENAL%20E%20JURISPRUD%C3%8ANCIA.pdf>.

LENIESKY, Fabiano. *Acordo de não persecução penal: a (in)constitucionalidade do requisito da confissão*. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11592/Acordo-de-nao-persecucao-penal-a-in-constitucionalidade-do-requisito-da-confissao>>.

LUXDEI, Izaque; ALMEIDA, Reginaldo Pires de. *Lei anticrime e o acordo de não persecução penal*. Disponível em:

<<https://reginaldopiresbsf.jusbrasil.com.br/artigos/859794168/lei-anticrime-e-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DA SILVA, Luís Felipe Sene. *Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal*. Leonardo Schmitt de Bem; João Paulo Martinelli (org.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 1ª Edição - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido Editora, 2020.

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. *O acordo de não persecução penal: uma novidade cansada*. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2020/03/TRINCHEIRA-FEVEREIRO-2019.2.pdf>>.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>.

OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. *Acordo de Não-Persecução Penal – Instrumento da justiça penal negocial*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/84769/o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>.

PIMENTEL, Elson L. A. *Dilema do prisioneiro: uma teoria dos jogos à ética*. Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2007. 152 p.: il. ; - (Stvdivm ; 5).

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2020.

SARTINI, Brígida Alexandre; GARBUGIO, Gilmar; BORTOLOSSI, Humberto José; SANTOS, Polyane Alves e BARRETO, Larissa Santana. *Uma Introdução à Teoria dos Jogos*. II Biental da SBM – Universidade Federal da Bahia – UFBA – 25 a 29 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>>.

SCHELB, Guilherme. *Soluções para conflitos: situações de risco que podem ocorrer com qualquer pessoa, inclusive você*. 1ª Edição. Editora Central Gospel. Rio de Janeiro: 2016.

STEIN, Ana Carolina Filippon. *penal Acordo de não persecução e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial*. Leonardo Schmitt de Bem; João Paulo Martinelli (org.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 1ª Edição - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido Editora, 2020.