

Data de recebimento: 30/05/2016

Data de aceitação: 27/06/2016

## **A TEORIA DOS JOGOS E O DIREITO PENAL**

**Célia Regina Nilander de Sousa<sup>1\*</sup>**

### **Resumo:**

O artigo em tela traz à baila a chamada Teoria dos Jogos, sua relação com o processo penal bem como a mudança de paradigmas que daí decorrem. Abrange também a Justiça Conflitiva e a Justiça Consensuada e, por fim, apresenta tal teoria por via do Direito Comparado.

**Palavras-chave:** Teoria dos Jogos. Justiça Conflitiva. Justiça Consensuada, Direito Comparado.

---

<sup>1</sup> \*Graduada em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes (1998), advogada criminalista com especialização no Tribunal do Juri pela ESA/OAB(2006), pós graduação em Direito Ambiental pelo Senai (2007), Mestre em Direito Penal PUC/SP, Doutoranda em Direito Penal PUC/SP, Psicanalista. Autora dos livros “A Privatização do Sistema Prisional” pela editora Prismas, “A Lei e o Desejo – Interlocução entre o Direito e a Psicanálise” pela editora Novas Edições Acadêmicas e “Execução Penal e Minorias frente aos Direitos Humanos” pela editora Novas Edições Acadêmicas. [celianilander@aasp.org.br](mailto:celianilander@aasp.org.br)

## THE THEORY OF GAMES AND CRIMINAL LAW

### **Summary:**

The article brings to the fore the so-called the Theory of games, its relation to the criminal process as well the shift of paradigm that elapses from it. The article also covers Conflictive Justice and Consensual Justice, and finally presents such a theory through Comparative Law.

**Keywords:** Theory of games. Conflicting Justice. Consensus Justice, Comparative Law.

**Sumário:** 1. A Teoria dos Jogos. 2. A Teoria dos Jogos e o Processo Penal. 3. Teoria dos Jogos e a Mudança de Paradigmas – Da Justiça Conflitiva à Justiça Consensuada. 4. Teoria dos Jogos no Direito Comparado. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

## **1. A Teoria dos Jogos**

Os jogos sempre fizeram parte da evolução humana desde os primórdios, com as primeiras civilizações. Mas apenas em 1920 é que houve interesse por trazer tal maneira de solucionar questões científicas através de um raciocínio lógico, assim como os jogos e o pensamento lógico. Filósofos e matemáticos como Blaise Pascal, Antoine Augustin Cournot, John Von Neumann, John Forbes Nash Jr., dentre muitos outros receberam merecido destaque por suas contribuições<sup>2</sup>

De acordo com Gregório Robles, a teoria dos jogos é uma teoria matemática para fazer, por exemplo, cálculo de risco nas decisões<sup>3</sup>. No Direito é a mesma coisa. Há um espaço no qual há vigência de um ordenamento, um tempo em que há a vigência e todos os elementos internos do ordenamento também têm seu tempo. Há os sujeitos, que são as pessoas e os órgãos do Estado, há procedimentos, uma competição entre os sujeitos e deveres.

Mas foi John F. Nash que o assunto tomou características que servem como parâmetro. Nash ao utilizar as teorias de John Von Neumann e Oskar Morgenstern, conseguiu algo que estes ainda não haviam obtido sucesso, pois Nash aplicou as teorias num sistema no qual não há cooperação entre os jogadores, implicando que cada escolha deve ser pensada como a melhor escolha, implica em dizer que Nash apresentou ao mundo científico o que se

---

<sup>2</sup> ALMEIDA Alessandra Neri de. Teoria dos Jogos: as origens e os fundamentos da teoria dos jogos. UNIMESP - Centro Universitário Metropolitano de São Paulo - Disponível em: <www.Unimesp.com.br> Acesso em 03 de novembro de 2010.

<sup>3</sup> ROBLES, Gregório. As regras do Direito e as regras dos jogos. Editora Noeses. São Paulo, 2011.

denomina de equilíbrio, mudando e transformando a Economia e outras ciências.

A teoria dos jogos, colocando em termos mais simples, consiste numa técnica pela qual é possível que o agente (ou jogador) constata qual é a melhor escolha a ser tomada quando este se encontra numa dada situação, pela qual a sua escolha deverá ser estratégica, mas tendo sempre em mente a base estratégica do outro agente. José Augusto Carvalho explica de forma simplificada:

*“A teoria dos jogos é um método utilizado para representar e compreender as decisões tomadas por agentes que interagem entre si. Também é correto afirmar que, a partir dessa compreensão, constitui um meio para a adoção da melhor escolha nos casos de interação estratégica”.*<sup>4</sup>

A teoria dos jogos é matéria que, em face de suas propriedades matemáticas, possui inúmeras aplicações a questões sociais, políticas e econômicas. Ela confere fundamento matemático aos fenômenos sociais, decorrendo daí o grande interesse em sua utilização, inclusive pelo o próprio Direito.

## **2. A Teoria dos Jogos e o Processo Penal**

No processo penal moderno, objetiva-se principalmente a solução dos conflitos de forma a usar alternativas à pena de prisão e também uma solução de conflitos de forma eficaz ao Estado e ao réu, através de uma justiça consensuada.

Ao proceder ao estudo sobre as formas jurídicas implementadas para a consecução de uma suposta verdade, Foucault procurou demonstrar que certas "formas de verdade" podem ser definidas a partir da própria prática penal, destacando que:

*Ao procurarmos a origem destas formas, vemos que elas nasceram em ligação direta com a formação de um certo número de controles políticos e sociais no momento de formação da sociedade capitalista, no final do século XIX.*<sup>5</sup>

<sup>4</sup> CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à teoria dos jogos no Direito**. In: Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 15, n. 132, p. 213-234, Abril/Junho, 2007.

<sup>5</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

Na atualidade, o processo penal ainda se atém àquela velha construção de um sujeito de conhecimento (juiz) que possibilita o surgimento da verdade, ignorando-se o fato de que esse sujeito possui elementos subjetivos que influenciarão na relação com o objeto e, conseqüentemente na formação da "verdade" que proporcionará um julgamento. As condições políticas e econômicas de existência são responsáveis por esta formação do sujeito do conhecimento e, em decorrência, das próprias relações de verdade, o que nos leva a concluir que as formas jurídicas voltadas para alcançá-la constituem formas de saber; este vinculado a relações de poder e a certos conteúdos do conhecimento preestabelecidos.

Pode-se dizer que o princípio da "verdade real" permite que, em razão da relevância dos interesses tratados no processo criminal, uma busca ampla e muitas vezes irrestrita da verdade possa operar.

Em decorrência deste princípio, criou-se um grande "mal" para o processo e principalmente para a sociedade, que foi a disseminação, cada vez mais intensa, de uma cultura inquisitiva – destacando, nesse contexto, a delação premiada - que acabou atingindo órgãos estatais incumbidos do trabalho da persecução penal. A partir da dispersão desta cultura, estabeleceu-se a crença de que a verdade poderia ser alcançada pelo Estado, fazendo com que essa procura se transformasse na derradeira finalidade do processo criminal. Diante desse quadro, em nome da verdade, poderiam ser justificados facilmente abusos cometidos pelas autoridades na *persucutio criminis*, bem como a concessão de amplos poderes instrutórios aos magistrados.

Nesse diapasão, é importante ressaltar que a renúncia à lógica inquisitiva, para que se possa alcançar um processo realmente comprometido com a justiça e com os direitos dos cidadãos, não implica numa renúncia ao valor verdade. Ao contrário, seriam as garantias penais e processuais penais, com destaque ao princípio da legalidade e do contraditório, instrumentos asseguradores da máxima aproximação da verdade processual.

Aplicando-se a teoria dos Jogos ao Processo Penal, podemos fazer a seguinte correlação: o processo penal é um jogo mediado pelo Estado Juiz em que a fortaleza da inocência, ponto de partida do jogo, é atacado pelo jogador acusador e defendida pelo jogador defensor, sendo que no decorrer as posturas (ativa e passiva) se alternam reciprocamente, devido ao caráter dinâmico do processo, a cada rodada probatória (subjogos) e em face das variáveis cambiantes. O jogador-acusador pretende romper com a fortaleza da inocência, enquanto a defesa sustenta as muralhas.

O processo penal se estrutura como uma atividade em contraditório em que há complexa interação entre os jogadores, regulada por lei, na busca do melhor resultado, a ser decidido pelo órgão julgador. Estabelece-se um ambiente de interdependência em que as jogadas e atitudes modificam o desenrolar do jogo, o qual conta com destreza, capacidade teórica, sorte e contingência. Há ordem nas jogadas e se pode a cada momento buscar a narrativa do jogo até aquele ponto, alterando, mantendo ou revendo as táticas processuais, vinculadas à estratégia.<sup>6</sup>

### **3. Teoria dos Jogos e a Mudança de Paradigmas – Da Justiça Conflitiva à Justiça Consensuada**

Teoria que se constitui num modo de modelar problemas que envolvem dois ou mais tomadores de decisões, a teoria dos jogos pode ser aplicada a institutos despenalizadores, onde as escolhas dos jogadores interessados em maximizar os próprios ganhos interferem ou dependem das opções dos outros indivíduos, como no caso da delação premiada, instituto presente no ordenamento jurídico do nosso país, e que está sendo aplicado aos casos de Crimes Organizados de grande notoriedade da mídia.

Nossas Instituições, a polícia, Ministério Público e Judiciário, estão dando um tratamento matemático às investigações, adotando a teoria dos Jogos de John

---

<sup>6</sup> ROSA, Alexandre Morais da. A teoria dos jogos aplicada ao Processo Penal. 2ª. Edição, São Paulo, 2015.

von Neumann e Oskar Morgenstern, o que torna sua atividade mais científica e menos intuitiva.

Ao oferecer ao réu a possibilidade de redução ou extinção da pena por determinada condição, as autoridades recorrem à teoria dos Jogos, mais especificamente a algo parecido com a problemática do DILEMA DO PRISIONEIRO.

Portanto, quando se fala em teoria dos jogos não se pode passar despercebido o “dilema do prisioneiro”, no qual, dois indivíduos estão sob a guarda da polícia sob o pretexto das provas para assim mantê-los, porém não há provas para incriminá-los.

Desta forma, os dois são postos em salas separadas para que não haja acordos prévios, sem que haja nenhuma comunicação. Este é um típico exemplo de não cooperatividade, isto por não se comunicarem, sem a permissibilidade de obrigatoriedade em acordos. Então oferecem a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: o que vai acontecer? Como o prisioneiro vai reagir?

A posição mais vantajosa para cada acusado, considerando as escolhas dos outros envolvidos é o equilíbrio de Nash, que representa uma situação em que um jogo envolvendo dois ou mais jogadores, nenhum jogador tem a ganhar mudando sua estratégia unilateralmente.

Para melhor compreender esta definição, suponha que há um jogo com “x” participantes. No decorrer deste jogo, cada um dos “x” participantes seleciona sua melhor estratégia, ou seja, aquela que lhe traz o maior benefício. Então, se cada jogador chegar à conclusão que ele não tem como melhorar sua estratégia dadas as estratégias escolhidas pelos “x” adversários (estratégias dos adversários não

podem ser alteradas), então as estratégias escolhidas pelos participantes deste jogo definem um “equilíbrio de Nash”.

#### 4. Teoria dos Jogos no Direito Comparado

O ordenamento jurídico norte-americano e o italiano possuem institutos que, ressalvadas as devidas diferenças, em muito inspiraram outros países a instituírem em seus sistemas jurídicos este método de solução de conflitos.

São eles o *guilty plea* e o *plea bargaining*, característicos do sistema anglo-saxônico e norteamericano, respectivamente, bem como o *nolo contendere*, nascido no ordenamento italiano.

*Guilty plea* de origem Inglesa, é uma forma de defesa perante o juízo na qual o acusado declara sua culpa, isto é, admite o fato a ele atribuído, após negociação com a outra parte. Em contrapartida, o imputado receberá alguma concessão como a redução da pena e, o mais importante, renunciará ao direito de ser processado por um tribunal do júri.

Ocorre, porém, que toda esta negociação ocorre sem que exista ainda o processo, de modo que após a admissão de culpa pelo acusado, imediatamente haverá o julgamento, sem o processo. A finalidade disto é a reduzir o tempo despendido na solução de um conflito, de forma a proporcionar uma resposta mais rápida para o réu e para a sociedade, deixando para julgamento somente aqueles casos realmente complicados.

O *Plea bargaining* de origem americana, a pena ou a tipificação delituosa são negociadas com o acusado. É comumente chamada de “negociação de declaração de culpa”.

Assim é que ocorre uma transação entre acusado e defesa, onde aquele, em troca de alguma benesse, admite sua culpa. Ada Pellegrini nos esclarece o seguinte: “No *plea bargaining* norte-americano há uma ampla possibilidade de transação: sobre os fatos, sobre a qualificação jurídica, sobre as consequências penais e etc. [...] No sistema norte-americano o acordo pode ser feito

extraprocessualmente. No nosso sistema tudo tem que ser celebrado “na presença do juiz”.<sup>7</sup>

No Instituto advindo do sistema jurídico italiano, o acusado não contesta a acusação, mas também não assume a culpa, de modo que não se discute sua responsabilidade.

Seria, em tradução quase literal, “não quero litigar”, isto é, o acusado prefere o acordo ao conflito. “O que bem explica a natureza jurídica da suspensão condicional do processo entre nós, em suma, é o *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência.

A distinção fundamental que existe no direito norte-americano entre o *guilty plea* e o *nolo contendere* reside nos efeitos civis da resposta do acusado: daquele (onde o acusado admite culpa) deriva efeito civil (tem que indenizar); deste não decorre semelhante consequência (a indenização será discutida).<sup>8</sup>

No sistema jurídico brasileiro, os Institutos despenalizadores, como os Juizados Especiais Criminais, previstos no art. 98, I da Constituição, foram criados com a finalidade de obter consensualmente a solução de conflitos penais em casos de certas infrações, realizado através de procedimento oral, o que torna mais célere e simplificado o processo.

A aplicação da lei 9.099/95 visa à aplicação de medidas alternativas que buscam evitar a pena privativa de liberdade, especificamente nas infrações de menor potencial ofensivo.

Cumprido, nesse sentido, transcrever o que esclarece Ada Pellegrini:

*“Convém esclarecer, desde logo, que a lei, no âmbito do Juizado Criminal, ao lado de favorecer a “conciliação”, reservou pouco espaço para a tão difundida “barganha penal”. No que concerne à transação que leva à aplicação imediata da*

---

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995.

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

*pena, não estamos próximos nem do guilty plea (declarar-se culpado) nem do plea bargaining (que permite amplo acordo entre acusador e autor da infração sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena). O Ministério Público, nos termos do art. 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade, “dever agir”), mas sua “proposta”, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre uma privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso dá-se o nome de princípio da discricionariedade regulada ou regrada (ou, ainda, oportunidade regrada). Não é adequada a locução legalidade mitigada.”<sup>9</sup>*

A primeira das medidas despenalizadoras é a da composição civil dos danos. Em sede de audiência preliminar, como se depreende da leitura do art. 72 da lei dos Juizados Especiais Criminais, os JECs, o juiz irá indagar as partes sobre a existência de possível dano civil a ser composto e a possibilidade de conciliação. Assim, autor do fato e vítima terão a oportunidade de realizarem um acordo com vistas ao ressarcimento de eventuais prejuízos gerados em razão da conduta.

Uma vez realizado e homologado tal acordo, em se tratando de ação penal privada ou pública condicionada à representação, importará automaticamente em renúncia ao direito de queixa ou de representação (art. 74, parágrafo único) e, conseqüentemente, culminará na despenalização da conduta do agente, de modo que caso o autor do fato descumpra com o acordado, a vítima poderá ajuizar uma ação de execução para satisfazer direito seu.

Verifica-se que através da utilização deste instituto, a vítima, de um lado, renuncia à instauração de um processo penal, enquanto que o autor do fato, por seu turno, ficará ele incentivado a reparar os danos causados para evitar o processo penal.

---

<sup>9</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Portanto, a obtenção do resultado da composição civil dos danos, dependerá da escolha das partes, trazendo para o processo penal a teoria dos jogos, o qual o acordo privilegia ambas as partes, com a mudança de paradigmas trazendo para o direito penal contemporâneo a Justiça consensuada.

Do mesmo modo, a Transação penal disposta no art. 76 da lei 9.099/95, consiste em concessões mútuas entre as partes, mas ela será dirigida pelo juiz ou conciliador. Pela leitura do art. 76, percebe-se que a proposta de aplicação da pena somente poderá ser feita quando se tratar de representação ou sendo o caso de crime de ação penal pública incondicionada, logo, não é possível, a priori, no caso de queixa crime, e não sendo o caso de arquivamento pelo Ministério Público. Destarte, uma vez sendo aceita a proposta pelo autor da infração, será ainda submetida à apreciação do juiz.

Fazendo um comparativo com o instituto norte americano do *plea bargaining*, no qual também há concessões mútuas, ressalvas devem ser feitas, pois a transação penal encontra limites no sistema jurídico brasileiro: *“Assim, o Ministério Público não pode deixar de oferecer acusação em troca da confissão de um crime menos grave ou da colaboração do suspeito para a descoberta de co-autores, como ocorre no sistema do plea bargaining dos Estados Unidos da América.”*<sup>10</sup>

Vale ressaltar a discussão na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de o autor do fato e o próprio ofendido transacionarem (ação penal privada). Não obstante o disposto no art. 76 da lei dos JECs, muitos entendem que o ofendido, não tendo êxito na composição civil, teria sim interesse em transacionar a aplicação da pena. Consequência disso seria, tal como leciona Ada Pellegrini:

*“...tanto para a ação pública condicionada como para a ação de iniciativa do ofendido, a homologação do acordo civil acarreta a renúncia tácita ao direito de representação ou queixa. Assim, só na hipótese de não terem os partícipes se conciliado quanto aos danos civis, com a correspondente homologação do acordo,*

---

<sup>10</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de

*a audiência de conciliação prosseguirá, com a tentativa de transação penal. No caso de ação de iniciativa pública, ao contrário, a homologação do acordo civil nenhum efeito terá sobre a ação penal.”*<sup>11</sup>

Conclui-se, portanto, o seguinte: no momento da proposta feita pelo Ministério Público/ofendido, o autor do fato deve analisar a viabilidade de homologar a transação, vez que se ele estiver seguro de sua inocência poderá optar por responder ao processo a fim de obter sua absolvição. Pode ainda ponderar os pontos positivos e negativos propostos e ainda assim entender que a via judicial é o caminho mais adequado. Se, porém, ele transaciona, mas tem consciência de que são grandes as chances de surgem provas que constatem que fora de fato ele o autor, realizar a transação de nada adiantará, visto que a homologação desta não obsta o Ministério Público de iniciar a ação penal, culminando, assim, em sua condenação. Portanto, o autor do fato deve analisar minuciosamente qual dos caminhos optará por percorrer, de modo a avaliar se valerá ou não a pena aceitar a proposta.

A Suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da lei 9.099/95, se fundamenta em princípios como o da oportunidade ou discricionariedade regrada, o princípio da autonomia da vontade e o princípio da desnecessidade de prisão. Somente é possível em se tratando de crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, podendo o Ministério Público propor a suspensão do processo por dois a quatro anos, desde que presentes os requisitos do caput deste artigo.

O instituto despenalizador em foco é comumente associado ao instituto italiano do *nolo contendere*. Difere, porém, do *plea bargaining*, pois neste, quando da explanação deste instituto, caracteriza-se ampla possibilidade de transação, vez que se transaciona sobre os fatos, qualificação jurídica, sobre as consequências penais, dentre outros, enquanto que a suspensão condicional do processo tem por objeto imediato exclusivamente o avanço ou não do processo.

---

26.09.1995. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

Os institutos explicitados anteriormente, o acusado possui diversos caminhos a seguir quando da realização da proposta, tendo de eleger a que entender ser a mais adequada para si.

Outro exemplo importante de “acordo” no direito penal, o qual daria ensejo a uma nova forma de justiça consensuada, é Delação Premiada que é alvo de críticas, especialmente pela teoria do Garantismo Penal, com efeito, Luigi Ferrajoli questiona a moralidade da colaboração premiada, percebendo o perigo dos agentes estatais utilizarem os benefícios para pressionar o réu, influenciando seu livre arbítrio, de modo a transformar as delações na linha mestra dos processos, passando-se a negligenciar as demais modalidades probatórias.

Segundo **Hassemer**, os “acordos desformalizam o processo penal, abreviam-no, barateiam-no e expandem a capacidade da justiça penal de processar maior número de casos. Os acordos têm uma penca de princípios constitucionais e processuais fundamentais como inimigos naturais: publicidade das audiências; juiz natural; princípio da Legalidade; Princípio Inquisitório (porque o grande “achado” do acordo consiste exatamente em evitar investigações de outro modo inevitáveis); igualdade de tratamento (porque deve-se proceder de tal modo que o acusado pouco disposto ou pouco capaz de cooperar seja por esta razão mesma tratado com mais rigor)<sup>12</sup>.

**Édson Luiz Baldan**, por seu turno, constata que diante da reinante anomia no que tange o tema, a metodologia de investigação criminal ficará calcada no previsível tripé: *“interceptação telefônica inicial, por prazo indefinido, objetivando a coleta de indício que motivarão o decreto de uma prisão cautelar que, a sua vez, será empregada como instrumento de coação sobre o imputado, instado sem recatos pelos investigadores e acusadores a confessar e delatar, tendo a própria liberdade como objeto de barganha”*<sup>13</sup>, o que na prática, passará muito longe da voluntariedade de que deve se revestir o ato da delação, e se consubstanciar em

<sup>12</sup> HASSEMER, Winfried. Três temas de direito Penal. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

<sup>13</sup> BALDAN, Édson Luís. O Jogo Matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado. In: Boletim IBCCRIM, p 4-6, ano 13, n.159, fevereiro, 2006.

verdadeira “extorsão da prova mediante sequestro do investigado”<sup>14</sup>.

Baldan, somente admite a delação premiada em circunstâncias muito específicas, para salvaguardar a vida de alguém que, por exemplo, tenha sido sequestrado, o que é muito diferente de usá-la como meio de suprir a inércia estatal no seu dever de investigação<sup>15</sup>, como afirma que tem sido feito. Para ele, uma verdadeira investigação deve partir do crime rumo ao criminoso e não o inverso<sup>16</sup>, a fim de não se utilizar do acusado como fonte de prova, transferindo-se do Estado para o imputado a tarefa de reconstruir o evento criminoso, com economia de custos operacionais e de garantias legais.

A admissão da delação premiada como meio de prova com o objetivo de atingir algo idealizado, como por exemplo, a “Paz Social”, a “Segurança Pública”, acaba por provocar o que Baldan chama de “**Desconstrutivismo ético**”, o qual ingressa no mundo do dever ser pela via ou pela reelaboração legislativa ou, pior, pela indevida superação hermenêutica aos comandos normativos vigentes. Essa negociação torna-se menos visível, por isso mais tolerada, se considerada a volatilidade exegética dos princípios (sobretudo os Constitucionais) e a indeterminação semântica dos textos legislativos, cuja inteligência resta prejudicada diante da vagueza e ambiguidade de expressões como, por exemplo, “Dignidade da Pessoa Humana” e “devido processo legal”.<sup>17</sup>

**Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, afirma haver no Brasil uma banalização do Instituto da Delação Premiada, atribuindo sua causa, em parte, ao modelo do neoliberalismo, o qual tem por característica reduzir o papel do Estado na condução dos rumos de um país. Com isso se “minimalizou” o Estado a ponto de não lhe disponibilizar condições para combater a criminalidade atuando dentro dos parâmetros constitucionais.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> idem

<sup>15</sup> idem

<sup>16</sup> BALDAN, Édson Luís. O Jogo Matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado. In: Boletim IBCCRIM, p 4-6, ano 13, n.159, fevereiro, 2006.

<sup>17</sup> idem

<sup>18</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação

Há quem assevere que, ao inserir a colaboração premial no ordenamento jurídico brasileiro, o Estado reconhece sua impotência, tanto para investigar quanto para punir a prática de crimes, necessitando, sobremaneira, da boa vontade do investigado ou acusado em colaborar com a justiça, delatando.

Partindo-se desse entendimento, o Estado estaria falido no cumprimento de um de seus objetivos básicos, qual seja, a segurança pública e por isso, ressalte-se, tão-somente por isso, buscou substituir os meios normais e tradicionais de investigação pela delação premiada.

Nessa diapasão na delação premiada o acusado abandona “voluntariamente” seu estado de sujeito de direito, e passa à condição de objeto da investigação. Uma testemunha, não como outra qualquer uma vez que seu futuro depende da efetivação da sua colaboração, desde que as finalidades constantes no termo de colaboração sejam atingidas.

De acordo com o Garantismo Penal a delação e seu prêmio passam a ser parte do discurso do Estado ineficiente na busca das provas (Polícia e Judiciário) que se entrega ao atalho do caminho fácil da decisão penal condenatória ausente de contraditório, que cerceia a defesa e o devido processo legal.

Não obstante as críticas da delação premiada como Instituto Despenalizador que se assemelha a teoria dos jogos, estas teorias visam demonstrar as causas do crime e o melhor meio de se combater as condutas criminosas.

Nessa perspectiva, o agente deve agir estrategicamente, de modo a eleger o melhor caminho a ser percorrido, tendo em vista os benefícios e os malefícios que decorrerão de sua conduta.

Assim explica Cláudio Guimarães:

---

Premiada. In Boletim IBCCRIM, p. 7-9, ano 13, n.159, fevereiro, 2006, p.9.

*“O comportamento delinquente se assemelha, portanto, a qualquer outro comportamento racionalmente desencadeado no qual o indivíduo, ante uma escolha qualquer, avalia os diferentes custos e benefícios possíveis e previsíveis de sua conduta e atua consciente de suas prováveis consequências. Na medida em que os ganhos superem os custos, a conduta será praticada.”*<sup>19</sup>

De acordo com as teorias economicistas do direito penal, se identificam com os institutos despenalizadores, uma vez que como o que interessa é a redução de custos, acaba-se por desincentivar a imposição de penas privativas de liberdade, e incentivando as penas de multa. Esclarecendo: “A pena de multa chega a ser considerada como um fator que anula os custos sociais carreados pelo delito, haja vista que ao lado de seu baixo custo de imposição e arrecadação, funciona como um compensador para a vítima ou para o resto da sociedade dos prejuízos causados pelo crime, de forma direta se transfere renda do sancionado para aqueles que sofreram tais prejuízos.

Trata-se, portanto, de uma forma, ainda que por motivos econômicos, de despenalizar, mas que igualmente faz com que o agente avalie os benefícios e malefícios daquela conduta. O Estado, pois, abre mão do jus puniendi da pena privativa de liberdade, ao passo que economiza no combate à conduta delituosa, enquanto que o agente, em contrapartida, garante a sua liberdade, mas deverá dar sua contraprestação através da penalidade pecuniária.

## **5. Conclusão**

A teoria dos jogos é importante aliada ao Direito Penal Contemporâneo, justamente para fornecer ao Estado as melhores estratégias, para punição de um fato criminoso, justamente para modificar o quadro atual das penas de prisão, que se mostram ineficazes em relação a reabilitação do criminoso, bem como a todas as questões sociais envolvidas na questão.

---

<sup>19</sup> GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Análise crítica às teorias econômicas do direito penal. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/28066/analise\\_critica\\_teori\\_economicas..](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/28066/analise_critica_teori_economicas..) Acesso em: 14/12/2015.

A busca, portanto, da melhor estratégia, tendo em mente a estratégia do outro, é sempre o melhor caminho para se obter a maximização dos resultados, e é nessa perspectiva que deve se embasar o direito.

A teoria dos Jogos, está inserida no nosso ordenamento através dos institutos despenalizadores que representam, nesse sentido, um exemplo da busca por meios alternativos de solução de conflitos, onde se percebe que a muitas vezes o caminho para a pacificação social se encontra em meios diversos daqueles comuns ao direito penal, que são as penas privativas de liberdade.

Dessa forma, de acordo com a teoria dos Jogos, qualquer que seja a ação do outro, cada “prisioneiro” obtém um resultado melhor para si, e conseqüentemente o melhor resultado coletivo.

## 6. Referências Bibliográficas

ARRUDA, Rejane Alves. **Organização Criminosa. Comentários à Lei 12.850, de 05 de agosto de 2013**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

BALBINOTTO, Giácomo Neto. **Teoria dos Jogos e Direito**. 2006.

BALDAN, Édson Luís. **O Jogo Matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado**. In: Boletim IBCCRIM, p 4-6, ano 13, n.159, fevereiro, 2006.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2008

BITENCOURT, Cesar Roberto e BUSATO, Paulo Cesar. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à teoria dos jogos no Direito**. In: Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 15, n. 132, p. 213-234, Abril/Junho, 2007.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinete Castanho. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada**. In Boletim IBCCRIM, p. 7-9, ano 13, n.159, fevereiro, 2006, p.9.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada: no combate ao crime organizado**. 1.ed. São José do Rio Preto: Lemos E Cruz, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 23º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3 Ed. Porto Alegre: L&PM, 2002

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, vol 2. 8ª edição. Rio de Janeiro: editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)**, in Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 17, nº 77, março/abril de 2009.

ROBLES, Gregório. **As regras do Direito e as regras dos jogos**. Editora Noeses. São Paulo, 2011

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao Processo Penal**. 2ª. Edição, São Paulo, 2015

## INTERNET

ALMEIDA Alecsandra Neri de. **Teoria dos Jogos: as origens e os fundamentos da teoria dos jogos**. UNIMESP - Centro Universitário Metropolitano de São Paulo - Disponível em: <www. Unimesp.com.br> Acesso em 10/08/2015.

BAPTISTA, Bruno de Souza Martins. A inconstitucionalidade da delação premiada no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2507, 13 maio 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14848>. Acesso em: 11/08/2015.