

POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO NA  
APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL  
COM REFERÊNCIAS À TEORIA DOS JOGOS

NEGOTIATION'S POSSIBILITY IN APPLICATION  
OF THE CRIMINAL PENALTY WITH REFERENCES  
TO GAME'S THEORY

**Paulo Rogério Bastos Costa**

paulocosta@mp.sp.gov.br

Mestrando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade  
Católica de São Paulo (PUC-SP)

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

---



## RESUMO

Procura-se analisar o sistema de aplicação da lei penal, bem como efetuar uma referência à teoria dos jogos e a um conceito de negociação e estratégia, com vistas a uma possível negociação na aplicação da sanção penal.

## PALAVRAS-CHAVE

Aplicação da Lei Penal – Sanção Penal – Sistema – Teoria dos Jogos – Negociação

## ABSTRACT

Analyze the Brazilian criminal law enforcement, as well as making a reference to the theory of games and a concept of negotiation and strategy, with a view to a possible negotiation in the application of criminal sanction.

## KEYWORDS

Law Enforcement. Criminal Penalty. System. Game Theory. Negotiation

## SUMÁRIO

Introdução. 1. O sistema de regulamentação para aplicação da sanção. 2. Os agentes no sistema a partir da teoria dos jogos. 3. Negociação e estratégia. 4. Negociação, estratégia e o processo penal. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O estado moderno tem como uma das características fundamentais, que o distingue das demais instituições de uma sociedade, o uso monopolístico da violência, qual seja, é o estado o único ente que pode dela se utilizar de forma autorizada, cujas balizas se encontram na sua regulamentação jurídica, que delimita o uso desta violência a casos previamente por ela prevista.

Entre elas estão as possibilidades de privação da liberdade do indivíduo e da perda de parte de patrimônio do indivíduo mediante regulamentação. O uso desta violência decorreria como consequência de certas condutas consideradas proibidas e seria aplicada por meio de uma regulamentação, veiculada pelas regras processuais e pelas ditas “garantias constitucionais”, ou seja, sob certas condições e observadas as regras impostas, observando-se determinados limites que se quer intransponíveis, ou quase intransponíveis.

Pode-se então analisar mais especificamente esta regulamentação e sua consequente decisão de aplicar ou não esta privação de liberdade e indo mais além, poder-se-ia analisar a existência ou não de possibilidade de negociação na aplicação destas violências.

Saliente-se que este questionamento teve como origem as discussões levantadas por Márcio Pugliesi em sua obra *Teoria do Direito*<sup>1</sup>, e mais especificamente, sua referên-

---

1. Cf. PUGLIESI, Márcio. *Teoria do Direito*. Ed. Saraiva.

cia acerca de um possível plano negocial no Direito Público, especificamente no Direito Penal, que é o veiculador das condutas proibidas passíveis da sanção já referida<sup>2</sup>.

Este artigo procurará, então, esboçar uma análise deste sistema de regulamentação para aplicar estas violências, que doravante serão referidas como “sanções penais”; analisar os participantes deste sistema, a partir da teoria dos jogos<sup>3</sup>; efetuar breve esboço sobre os conceitos de negociação e estratégia para, então, abordar a questão de negociação na aplicação da sanção.

Ter-se-á como pano de fundo a teoria jurídica exposta na obra de Márcio Pugliesi já acima referida.

## 1. O SISTEMA DE REGULAMENTAÇÃO PARA APLICAÇÃO DA SANÇÃO

Procuraram-se formas de se sistematizar o fenômeno jurídico<sup>4</sup> e uma das mais conhecidas tentativas de sistematização e modelização do Direito foram efetuadas pela célebre *Teoria pura do Direito* de Hans Kelsen<sup>5</sup>, considerada o ápice do positivismo jurídico<sup>6</sup>, ainda que esta teoria seja acompanhada de críticas<sup>7</sup>, máxime que procurou uma possível “pureza” deste fenômeno jurídico.

Numa perspectiva mais interdisciplinar, tem-se também a sistematização do Direito, a partir da semiótica, conforme exposto por Clarice von Oertzen de Araújo<sup>8</sup>, observando-se ainda seu estudo aprofundado da denominada incidência da norma<sup>9</sup>.

A presente análise, contudo procura uma abordagem mais próxima da definição exposta por Pugliesi:

(...) Outras definições poderiam ser apresentadas, mas o que interessa reter é que a noção de sistema engloba sempre duas ideias: relação e organização. Num sistema, os seus elementos relacionam-se e, assim, adquirem uma organização, uma totalidade que revela a regra do sistema<sup>10</sup>.

Com efeito, procurar-se-á uma possível modelação do sistema de aplicação da sanção penal, tendo em conta ainda a teoria dos jogos, para que se possa, então, efetuar a sua análise.

2. Neste sentido, PUGLIESI, op. cit., p. 224.

3. Tem-se presente o pensamento de PUGLIESI em que põe a negociação como elemento fundamental em teoria do Direito, possibilitando a otimização das soluções de conflito mediante técnicas de tomada de decisão chamada Pesquisa Operacional, particularmente a teoria dos jogos, cf. PUGLIESI, op. cit., p. 185.

4. Neste sentido: LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no Direito*.

5. Cf. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*.

6. Neste sentido BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. p. 232-233. Bobbio deixa implícita a sua crítica, mormente a ironia que acompanha o reconhecimento deste ápice do positivismo: após, afirma Bobbio, começa a sua decadência, a sua crise.

7. Neste sentido, PUGLIESI, op. cit., p. 110 e seguintes.

8. Cf. ARAUJO, Clarice von Oertzen de. *Semiótica do Direito*.

9. Cf. ARAUJO, Clarice von Oertzen de. *Incidência Jurídica*.

10. Cf. PUGLIESI, op. cit., p. 58.

O sistema<sup>11</sup> de regulamentação para aplicação da sanção é veiculado pelo denominado processo penal, cuja culminância é a decisão definitiva acerca do cabimento ou não da sanção decorrente de conduta considerada proibida.

Assim, para que haja o reconhecimento da sanção há que se determinar previamente quais condutas são proibidas e qual sanção corresponde à violação da proibição; determinar se houve a prática da conduta proibida, bem como quem especificamente a praticou; assegurar que houve observância estrita às regras na apuração da prática da conduta e na determinação de quem a praticou.

O uso monopolístico desta violência exige que seja controlado, como corolário da sua regulamentação e limites. Então, o estado determina *a priori* um só ator vinculado ao próprio estado como agente na deflagração do procedimento, o qual só pode agir sob determinadas condições e cuja conduta é absolutamente regulada pelo próprio estado.

O paciente desta deflagração, por sua vez, também é assegurado que possa contraditar estes procedimentos, mediante outro ator, independente dos demais, e assim também influir para que a aplicação *não* ocorra, bem como assegurar o respeito às regras e aos limites já aludidos.

Há, então, o terceiro ator que, sempre independentemente dos demais, mas também ligado ao estado, fará a análise desta tese e sua contraposta antítese, efetuando a decisão definitiva. Esta decisão está sujeita a graus de controle, a fim de se assegurar o cumprimento dos requisitos acima apontados.

Para se ter acesso aos graus de controle da decisão é necessário que a tese (ou a antítese) tenha sido afastada por um dos julgadores e este afastamento tenha influenciado a decisão final, de tal forma que não se tenha obtido, plena ou parcialmente, aquilo que se almejava.

Este acesso é veiculado pelo sistema como o denominado *princípio da sucumbência*, de forma que o inconformismo da decisão tenha correspondência em uma perda por uma das partes, perda esta que é necessariamente uma vantagem à outra parte.

Este sistema prevê ainda a sua compulsoriedade, ou seja, o órgão que promove a acusação deve assim fazê-lo assim que se constate uma possível conduta proibida; por outro lado a defesa também é compulsória, independentemente da vontade de quem acusado e ainda que este admita a prática da conduta proibida.

Percebe-se que se procura a maior neutralidade possível na aplicação da sanção, ou seja, a busca de um órgão indiferente ao conflito posto (no presente caso entre a tese de acusação e a antítese da defesa), indiferença esta que garantiria a equidistância deste conflito.

Nota-se ainda que a dita acusação e defesa partiriam em igualdade de condições: ambos estão sujeitos às regras do processo penal e ambos teriam acessos iguais na possibilidade de influir na decisão final.

11. Na realidade, trata-se de um subsistema jurídico. Todavia, para melhor clareza, manter-se-á a expressão "sistema".

Todavia, esta igualdade e racionalidade são apenas formais. Evidentemente que se têm outros fatores externos que acabam desigualando esta forma inicial.

De início, resta evidente que aquele que possuir maiores recursos poderá se valer de profissionais que podem influir de forma mais efetiva na decisão final; já aqueles que não possuem tantos recursos acabam não tendo como influir mais decisivamente.

Neste aspecto, mais recentemente, o sistema procura corrigir esta deficiência a partir de profissionais mantidos pelo estado que se encarregam nesta tarefa e podem suprir estas deficiências.

Estas partes podem (aliás, devem) buscar influir na decisão mediante instrumentos, dentre os quais se destaca a denominada *produção de prova* que consiste na demonstração da certeza daquilo que se afirma que se será avaliada de forma racional pelo julgador.

Este sistema está fundado, portanto, no método cartesiano, como deixa claro o instrumento referido, cujo método é denominado, apropriadamente, de *persuasão racional*.

Vale citar o breve resumo do método cartesiano, conforme Pugliesi, que ilustra muito bem a forma como se valorizam as afirmações efetuadas e suas demonstrações:

O método cartesiano poder ser assim resumido: a) nunca aceitar nada como verdadeiro, desde que não seja evidente, para evitar a precipitação e prevenção; b) dividir cada dificuldade em tantas parcelas quanto possível para melhor as resolver; c) conduzir por ordem os pensamentos, dos conhecimentos mais fáceis para os mais difíceis, numa escala ascendente de dificuldade; d) fazer enumerações tão completas e revisões tão gerais que se tenha certeza de nada omitir<sup>12</sup>.

A denominada *persuasão racional* nada mais é que o método cartesiano aplicado para a produção da decisão neste sistema, donde se infere que as intervenções para influir na decisão final só podem ser racionais.

Acrescente-se, também, que a decisão final não pode deixar de analisar nenhuma das questões propostas, sob pena de invalidade, que é, então, referência ao “nada omitir”, como acima referido na citação.

Este sistema procura, basicamente, ter em conta: a igualdade de condições, tanto do órgão que acusa, como aquele que defende; que a decisão seja tão racional quanto possível, para possibilitar seu perfeito entendimento e controle, pois a racionalidade seria atributo de todos na sociedade.

Por fim, cumpre ressaltar que este sistema tem regra peculiar: uma vez iniciada a ação para o processo de análise do cabimento ou não da aplicação da sanção, este prossegue até o seu final, ou seja, até a decisão final aplicando ou não a sanção, não admitindo desistência pelos participantes.

Inclusive, em corolário a esta regra, ainda que a acusação venha a propor a não aplicação da sanção (ou seja, ao final entender que sua acusação não procede), pode o julgador, mesmo assim, aplicar a sanção.

12. op. cit., p. 56, nota de rodapé 97.

Tal regra decorre pela razão de se entender que o estado não poderá transigir ou releva as condutas passíveis de privação da liberdade ou de perda do patrimônio.

Ainda que objeto de críticas tal posição, mormente a hipótese do pedido de absolvição efetuado pelo órgão que acusa, e ainda assim ser possível a aplicação da sanção penal, ela está ainda em vigor.

Fica claro que o sistema tem como objetivo a aplicação da sanção penal em todos os casos previstos em lei. Neste caso, o órgão do estado que acusa é controlado pelo órgão do estado que julga, uma clara superposição de funções que acarretam problemas lógicos ao sistema.

Tentou-se uma matização deste sistema com a possibilidade de transação penal ou suspensão da apuração sob certas condições, mas nestes casos nem há propriamente aplicação deste sistema como concebido, remanescendo a opção para aquele que defende de prosseguir naquele sistema até decisão final.

Observa-se também que esta possibilidade é sempre prévia ao sistema, vale dizer, antes que se comece a sua apuração, pois a partir de seu início, então não é mais possível a transação ou suspensão do processo.

Acrescente-se que haveria uma só possibilidade de matização deste sistema rígido, a partir da denominada delação premiada, que consiste na redução de pena, a partir da confissão, em casos muito especiais. Todavia, esta via é combatida como regra inadmissível<sup>13</sup>, recaindo-se novamente na resistência já referida.

## 2. OS AGENTES NO SISTEMA A PARTIR DA TEORIA DOS JOGOS

A aproximação da teoria dos jogos junto ao Direito não constitui nenhuma novidade, mormente quando se leva em conta que o campo jurídico toma decisões coercitivas, pela participação de agentes, muitas vezes negociada.

Estas relações são bem postas por Eduardo Ángel Russo:

La relazione tra la teoria giuridica e la teoria dei giochi non costituisce, in senso stretto, un punto di vista originale o nuovo. Sin dall'antichità si è cercato di considerare il diritto e altri complessi di relazioni sociali, del tipo di quelli che possono essere analizzati dalla sociologia, dalla politica, dall'economia ecc., come un gioco, dando a questa parola un significato più ampio di quello relativo ai passatempi o ai divertimenti infantili o sociali<sup>14</sup>

13. Quando se tem em perspectiva o debate a partir do sistema constitucional.

14. RUSSO, Eduardo Ángel. *Il terzo scacchiere Una approssimazione alle teorie dello Stato e del Diritto a partire dalla Teoria dei giochi*, p. 51. "A relação entre a teoria jurídica e a teoria dos jogos não constitui, em sentido estrito, um ponto de vista original o novo. Desde a antiguidade, procurou-se considerar o direito e outros complexos de relações sociais, do tipo daqueles que podem ser analisados pela sociologia, pela política, pela economia, etc., como um jogo, dando a esta palavra um significado mais amplo daquele relativo aos passatempos ou aos divertimentos infantis ou sociais" [Tradução livre deste autor do artigo].

Ainda que este autor seja cético com um encaixe quase perfeito entre a teoria dos jogos e o sistema de decisão acima exposto<sup>15</sup>, pode-se, entretanto, utilizá-la, sabendo-se que se esta apenas construindo um possível modelo, e assim, excluindo-o *a priori* de outras questões externas.

Pondera-se que a objeção de Russo está ligada à questão ética que dificulta a aplicação da teoria dos jogos, como se pode inferir, quando este autor afirma que uma visão idílica do Direito como uma espécie de jogo de xadrez, com sua igualdade e transparência, só seria possivelmente idealmente, já que revoluções, ineficácia do sistema, objeção de consciência e direitos humanos não encontram explicações neste modo ideal<sup>16</sup>.

Todavia, abstrai-se das questões éticas para que se possa analisar a participação de acusação e defesa como ela ocorre efetivamente em termos de sistema, quando se tem em mente que estas participações são racionais e direcionadas para a obtenção da maior vantagem possível, que no caso do sistema de aplicação da sanção penal, é o acolhimento da tese exposta. Portanto, tem-se uma preocupação do sistema como ele é não como ele deveria ser, ou seja, analisar-se-á o sistema pela perspectiva descritiva em detrimento de uma visão prescritiva do sistema.

No mesmo sentido acima, afirma Schumpeter referindo-se à economia:

Una breve osservazione può ancora una volta essere fatta a proposito dell'etica. Senza alcun pregiudizio per il ruolo che i motivi etici hanno nell'attività economica dell'uomo, la circostanza che al giorno d'oggi l'etica prescrive e non descrive ci deve impedire di introdurla in una disciplina esatta.<sup>17</sup>

Ainda que Schumpeter esteja claramente se referindo à economia, observa-se, contudo, que a metodologia de se priorizar a descrição do objeto para a sua análise, é perfeitamente aplicável ao sistema jurídico, sobretudo para entendê-lo como este sistema funciona, para depois buscar eventuais correções neste sistema.

Sob este aspecto, então, pode-se utilizar a teoria dos jogos, sobretudo nos conflitos como o da aplicação da sanção penal<sup>18</sup>, ou seja, em lides processuais, com a vantagem já referida, a despeito da resistência de Russo, justamente para poder possibilitar a análise de como este sistema funciona.

Tem-se, igualmente, o objetivo de analisar a questão da negociação na aplicação da sanção penal pelo sistema, enquanto sistema composto efetivamente pelas

15. Cf. op. cit, p. 54, onde faz referência especialmente ao processo, tomado no presente artigo como sistema, em que seria apenas aparente comparar as partes como jogadores, a lei como as regras do jogo e o juiz como o árbitro.

16. Cf. Russo, op. cit., p. 70, incluindo-se ainda sua referência a Joseph Raz, cf. p. 71.

17. Cf. SCHUMPETER, Joseph Alois, *L'essenza e i principi dell'economia teorica*. p. 438. "Uma breve observação pode ainda uma vez ser feita a propósito da ética. Sem prejuízo algum do papel que os motivos éticos têm na atividade econômica do homem, a circunstância que nos dias de hoje a ética prescreve e não descreve, nos deve impedir de introduzi-la em uma disciplina exata". [Tradução livre do autor deste artigo].

18. Mormente que a teoria dos jogos pode ser vista como extensão da teoria da decisão cf. MYERSON, Roger. *Game Theory*. p. 5.

partes [os jogadores], pelo julgador [o árbitro] e pelas normas estatais que o regem [as regras], excluindo a análise de como estas normas são produzidas e as influências na sua produção.

Inicialmente, expor-se-á brevemente alguns tópicos da teoria dos jogos para então tentar visualizar um possível modelo dentro desta teoria para o sistema acima esboçado.

Eduardo Ángel Russo assim define o que vem a ser a denominada “teoria dos jogos” com base em outros dois autores, quais sejam, Steven J. Brams e D. Marc Kligour:

La teoria dei giochi – dicono Brams e Marc Kligour – è una teoria matematica di selezione razionale della strategia utilizzata per analizzare le migliori opzioni in situazioni di decisione autonome, nelle quali il risultato dipende della scelta di due o più attori o giocatori, e ciascun giocatore ha le proprie preferenze riguardo a tutti i risultati possibili<sup>19</sup>.

Assim, têm-se os jogadores, os quais tomam decisões racionais<sup>20</sup> para obter o máximo de ganho possível (em inglês *pay-off*), sendo que se pode então acrescentar um árbitro cujas decisões serão racionais.

Russo esclarece que se exige a simetria externa para se saber quem está ou não no modelo a ser efetuado.

Quanto à simetria externa, assim Russo a define expõe suas consequências:

Coloro che stanno “dentro o “fuori” dei modelli matematici richiedono, in primo luogo, il presupposto della simmetria esterna, la quale obbliga ad accettare che nessuna variabile esteriore possa incidere sullo sviluppo e sul risultato del gioco. I “giocatori” sono pezzi intercambiabili – non necessariamente identici – definiti da una razionalità e valutazione comune. Non solo non si presuppone che i giocatori non presentino differenze tra di loro – come se si trattasse di due meccanismi costruiti in serie – , ma al contrario le differenze sono una giustificazione del gioco, che si avvia a stabilire come vincitore il giocatore che sviluppa una migliore strategia di gioco. La maggiore idoneità o abilità di un giocatore si determina nello sviluppo del gioco e si materializza nel risultato finale.<sup>21</sup>

19. Cf. op. cit. p. 54. “A teoria dos jogos – dizem Brahms e Marc Kligour – é uma teoria matemática de seleção racional da estratégia utilizada para analisar as melhores opções em situações de decisão autônoma, nas quais o resultado depende da escolha de dois ou mais atores ou jogadores, e cada um dos jogadores tem as próprias preferências referidas a todos os resultados possíveis.” [Tradução livre do autor deste artigo].

20. A questão da decisão racional é amplamente defendida conforme Tsebelis, *Jogos Ocultos*, em especial seu capítulo justamente denominado *Em defesa do enfoque da escolha racional*.

21. Cf. Russo, op. cit. p. 65/66. “Aqueles que estão “dentro” ou “fora” dos modelos matemáticos requerem, em primeiro lugar, o presuposto da *simetria externa*, a qual obriga de aceitar que nenhuma variável exterior possa incidir sobre desenvolvimento e sobre resultado do jogo. Os “jogadores” são peças intercambiáveis – não necessariamente idênticas – definidas por uma racionalidade e valoração comum. Não só não se pressupõe que os jogadores não apresentem diferenças entre eles –, mas ao contrário as diferenças são uma justificação do jogo, que se funda em estabelecer como vencedor o jogador que desenvolva uma melhor estratégia de jogo. A maior idoneidade ou habilidade de um jogador determina-se no desenvolvimento do jogo e materializa-se no resultado final” [Tradução livre do autor deste artigo].

Tem-se ainda a questão dos jogos de soma zero e os jogos de soma variável (ou seja, em termos matemáticos, diferente de zero).

Estes jogos podem ser estáticos com informações completas ou incompletas ou jogos dinâmicos com informações completas ou incompletas<sup>22</sup>.

Russo<sup>23</sup> define como jogos estáticos são aqueles em que os participantes tomam decisões simultaneamente e não se tem conhecimento das opções do outro jogador, sendo denominado estático, por que a decisão de um jogador não influencia na decisão do outro.

Será ainda de informação completa se já houver ciência prévia do ganho ou da perda; e incompleto se não houver esta ciência prévia.

Russo dá como exemplo de jogo estático e completo o denominado *dilema do prisioneiro* que Pugliesi, com base em N. Vorobyev o expõe assim:

Dois bandidos (jogadores I e II), culpados de um sério crime, estão sob prisão preventiva. Cada um deles pode confessar ou negar. Se ambos confessam serão encarcerados, com redução de pena pela atenuante da confissão (sentença = 8 anos). Se ambos persistirem em negar o crime, então, por falta de provas, serão condenados exclusivamente pelo uso ilegal de armas (sentença = 1 ano). Se um confessa e outro não, segundo as leis do estado, um sairá livre e o outro receberá a punição toda pelo crime (sentença = 10 anos). Neste jogo, cada um dos jogadores só dispõe de duas estratégias: confessar (C) ou negar (N) e, em consequência, o número total de situações é de 4. (...) <sup>24</sup>.

Russo define então os jogos dinâmicos como aqueles que se realizam vários movimentos sucessivos entre os participantes, e assim, pode-se acrescentar, os jogadores têm acesso a decisões prévias do outro; logo se influenciam mutuamente na tomada da decisão de movimento.

No que tange a estratégia, Russo observa que sua escolha pelos jogadores está em função dos movimentos precedentes e também prevendo o possível movimento do oponente, citando o exemplo do jogo de xadrez.

Como corolário, jogo dinâmico com informação completa é aquele que se tem ciência prévia da perda e do ganho; já o jogo dinâmico com informação incompleta não se tem esta prévia ciência. Russo cita como exemplo de jogo dinâmico com informação incompleta os jogos de bolsa de valores.

Tendo-se como premissa que os jogadores sempre pretendem vencer, Russo define como jogos de soma zero aquele onde o vencedor leva o prêmio (ou seja, o denominado *pay-off*) com a perda do outro jogador; já o jogo de soma variável (ou seja, diferente de zero) o vencedor leva o prêmio independentemente da perda do outro jogador.

22 Esta classificação foi exposta por RUSSO, que está baseada em Robert Gibbons, cf. op. cit., p. 56 e nota de rodapé 6.

23. Cf. op. cit p. 56

24. Cf. PUGLIESI, op. cit., p. 205/206.

Pode-se também acrescentar, como consequência do exposto, jogos cooperativos e jogos não cooperativos<sup>25</sup>.

Têm-se ainda jogos fortes, em que a participação é compulsória e jogos fracos, em que esta participação é opcional<sup>26</sup>.

Por fim, para os fins da presente análise, têm-se os jogos determinados, em que há uma melhor maneira de jogar, como, por exemplo, o jogo de xadrez; e jogos indeterminados, em que não há a melhor maneira de jogar, como, por exemplo, o poker<sup>27</sup>.

Com estas premissas, pode-se então procurar uma possível modelização em termos de teoria dos jogos, em relação à participação no sistema de aplicação da sanção.

Assim, tome-se este sistema de aplicação de sanção como um jogo, com pelo menos dois participantes, em que um promove a acusação e o outro promove a defesa, cuja recompensa (o *pay-off*) é ter sua tese acolhida, ao final, pelo julgador, qual seja a condenação, no caso do jogador pela acusação e a absolvição, no caso do jogador pela defesa.

Portanto, pode-se afirmar que é um jogo dinâmico, pois os participantes (jogadores) efetuam movimentos sucessivos, e assim, têm prévia ciência do movimento um do outro, influenciando na estratégia a ser adotada.

Também é um jogo de informação completa, pois já se sabe de antemão qual será o prêmio no caso de vencê-lo; qual seja o acolhimento da sua tese pelo julgador. Assim, tem-se a condenação, no caso de quem acusa; a absolvição no caso de quem defende<sup>28</sup>.

Observa-se ainda que é um jogo de soma zero em que o prêmio de um participante importa necessariamente na perda do outro participante, ou seja, o acolhimento da defesa importa na perda da acusação e vice-versa.

Mesmo no acolhimento parcial da defesa ou da acusação, ocorrem as perdas e ganhos recíprocos, de tal forma que o ganho parcial de um dos participantes corresponderá à perda parcial do outro participante.

Em consequência, nota-se que se trata de jogo não cooperativo.

Pode-se também afirmar que é um jogo forte, pois a participação no sistema de aplicação de sanção é compulsória para os jogadores, como já se aludiu no item 2.

Por fim, observa-se que é um jogo indeterminado, e assim o é, justamente pela sua previsão de livre produção de teses e livre produção na demonstração destas.

Todavia, há que se matizar: pelo lado da acusação, há previsão de limitações na acusação, ou seja, as teses apresentadas pela acusação guardam estrita correspondência às condutas previamente previstas em lei como proibidas, e se praticadas,

25. Neste sentido, BÊRNI, Duilio de Avila. *Teoria dos jogos. Jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão*. p. 17/18

26. Cf. BÊRNI, op. cit., p. 20/21

27. Cf. BÊRNI, op. cit., p. 20/21

28. É claro que a condenação é variável conforme a gravidade da conduta proibida, mas esta graduação é sempre previamente prevista e graduada conforme os elementos produzidos até a decisão final. O que se tem em vista é a natureza do prêmio: ou seja, o acolhimento da tese exposta pelo participante (jogador) pelo julgador, como já exposto.

permitem a formulação da tese de acusação. Há ainda a limitação na demonstração da tese de acusação, veiculada pelas expressões *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*.

Pondere-se, contudo, que se observarmos pelo ângulo do método racional, então tais limites, na realidade, cingem-se à verificação racional da transposição ou não destes limites, fator este que nos remete aos limites da própria teoria dos jogos: a racionalidade da tomada de movimento no jogo, para o maior ganho possível.

Assim, para a acusação não há qualquer ganho em acusar um inocente, e assim, o jogo nem sequer começa, pois racionalmente não há nenhum sentido em acusar uma pessoa que se sabe previamente inocente, pois o órgão de acusação só pode agir [e começar o jogo] quando persuadido racionalmente da culpa da pessoa, mediante demonstração racional, a que se denomina provas da existência dos fatos proibidos e de sua autoria pela pessoa a que se acusa.

### 3. NEGOCIAÇÃO E ESTRATÉGIA

Pode-se afirmar que há um conflito entre aquele que acusa e aquele que se defende, pois buscam o acolhimento de sua tese pelo julgador, em detrimento necessário do seu oponente.

Se há então um conflito, conforme PUGLIESI, pode-se, então, conectar uma ideia de negociação conforme se observa:

Os estados conflitivos associam-se aos conceitos de negociação e estratégia, posto que tais estados podem ser tidos como patológicos/patógenos e a atitude pragmática corresponde ao seu tratamento, ou, então, como fato consumado ensejando uma pragmática humana a seu respeito mediante a negociação; as políticas decorrentes de decisões que fixam estratégias; e a busca de meios que evitem a formação de novos estados conflitivos<sup>29</sup>.

Mais adiante, então, PUGLIESI matiza a questão do conflito:

Acresce ressaltar, ademais, que a simples afirmativa da existência do conflito e a indicação de que os atores visam para cada um o mesmo objetivo (vencer, por exemplo), não implicam afirmar a inexistência de objetivos comuns em que convirjam sem conflito e inclusive interajam solidariamente, exceto no tipo puro de conflito, aquele em que os interesses dos antagonistas sejam completamente opostos e inconciliáveis (...) <sup>30</sup>.

Em seguida, PUGLIESI refere-se então à negociação, que, implicitamente, pode-se tomar como um possível conceito desta: “(...) *Nos demais casos ocorre a **negociação**, em que se buscam concessões mútuas ou, pelo menos, condutas não mutuamente prejudiciais relativamente a fins (...)*” <sup>31</sup>.

Concatenada com tal ideia, PUGLIESI, então define o *poder negocial*:

29. Cf. PUGLIESI, op. cit., p. 187.

30. Cf. PUGLIESI, op. cit., p. 190.

31. Cf. PUGLIESI, op. cit., p. 190. Grifo consta do original.

(...) o que se designa por poder negocial consiste, basicamente, em fixar as posições não desejadas como sendo as mais favoráveis a obter para a parte contrária, em outras palavras, transformar aquilo que se deseja em a mais vantajosa concessão a ser feita pela parte contrária, de tal modo que, se possível, esta o faça de boa mente. (...)

Com base em tais ideias, pode-se então esboçar que negociação é a tomada de posições em que se pretende levar a concessões mútuas, pondo-se um possível fim ao conflito, mas procurando a posição mais vantajosa, ao menos a de menor prejuízo.

E a negociação em si consistirá basicamente em levar a parte contrária em ceder em sua posição, qual seja, tomar decisões tais que levem o oponente a decidir ser mais vantajosa uma cessão de sua posição inicial, a fim de se obter uma vantagem desejada.

Ou ainda em induzir o oponente ao ponto de que a vantagem que se persegue seria ainda a melhor cessão possível, situação que poderia pôr fim ao conflito.

Quanto à estratégia, observa-se a seguinte passagem em PUGLIESI: “A otimização de condutas exitosas num conflito pode ser vista como um conjunto de ações que conduzam à obtenção de um determinado objetivo, objeto do conflito. O conhecimento desse conjunto de ações (estratégia do conflito) tem interesse por algumas razões (...)”<sup>32</sup>.

Pode-se deduzir, então, que estratégia é o conjunto de ações que possam levar à obtenção de um dado objetivo, qual seja, o conjunto de ações que levem o adversário a ceder e entender que esta cessão seria a sua posição mais vantajosa.

#### 4. NEGOCIAÇÃO, ESTRATÉGIA E O PROCESSO PENAL

Com todas as premissas levantadas, procura-se então, tentar uma possível resposta a seguinte indagação formulada por Pugliesi: “não estaria o plano negocial completamente aberto, vez que a sentença dependerá da produção de provas e da formação de um estado de conhecimento do juiz capaz de fazê-lo decidir-se por alguma pena?”<sup>33</sup>

Tem-se que esta possibilidade de negociação será mínima, pois o sistema de aplicação da lei penal é rígido, com previsão para todos os movimentos dos participantes, chegando mesmo a dificultar tal negociação, como se percebe na possibilidade da decisão final ser proferida independentemente da vontade dos participantes, ou mesmo contrária a uma tese comum ente acusação e defesa, observados os limites racionais.

Neste sentido, tem-se que o conflito a ser solucionado pelo sistema jurídico de aplicação da lei penal será mais próximo daquele expresso por Tércio Ferraz Junior como *conflito institucionalizado*<sup>34</sup> e sua decorrente esquematização, situação esta que quase impede uma negociação, pois nesta forma de conflito, não haveria o que propriamente ceder.

32. Cf. PUGLIESI op. cit., p. 188

33. Cf. PUGLIESI, op. cit., p. 224.

34. Cf. FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do Direito*, p. 285.

Infere-se que neste sistema de aplicação da lei penal não haverá muito espaço para alguma cessão mútua, pois o jogo é desenhado de tal forma que a impedir estas cessões, mediante a definição detalhada de cada parte e de seus movimentos, bem como compreendê-las de forma estanque cada uma destas partes, de tal forma que só possa influir o julgador da causa (que é livre para decidir, observada a racionalidade), mas não o adversário a ceder.

Pondere-se, contudo, que este seja um de seus grande problemas do sistema de processo penal atualmente adotado: a praticamente inexistência de possibilidade de negociação entre as partes, e em consequência, não é possível a matização de ganhos e perdas, e assim, este sistema leva a extremos de ganhar [ou perder] tudo.

Assim, a indagação formulada por Pugliese leva certamente ao corolário de se cogitar na possibilidade concreta de negociação na aplicação da sanção penal pelos participantes, que poderiam mais livremente avaliar suas estratégias, tornando mais flexível o sistema de aplicação da lei penal, em benefício dos próprios participantes do jogo.

Aliás, o sistema de aplicação de lei penal deixaria de ser jogo de soma zero para jogo de soma variável, ilustrando matematicamente o problema do sistema de aplicação de lei penal acima aludido. Mais ainda, em alguns momentos, tornar-se-ia um jogo cooperativo.

Ter-se-ia, em relação ao jogador que inicia o jogo, ou seja, o estado pela sua instituição Ministério Público<sup>35</sup> que este poderia negociar a aplicação de uma sanção penal mais leve, tendo por estratégia procurar que seu oponente revele ou confesse fatos, ou entregue documentos, ou ainda outra forma de colaboração que possam auxiliar em jogos mais importantes, notadamente quando se tem em mente processos com pluralidade de agentes e que envolvam interesses mais relevantes, relevância esta em função do maior prejuízo causado à coletividade.

Ter-se-ia em relação, ao jogador que se defende, que este poderia negociar uma sanção penal bem mais leve, ou mesmo ainda a sua absolvição, tendo por estratégia a promessa de confissão ou revelação de fatos importantes de que tem conhecimento, entrega de documentos ou ainda outra forma de colaboração que possam tornar a sanção penal mais leve, ou mesmo evitar a privação de sua liberdade, ou ainda, a sua própria absolvição, situações estas que garantem ainda mais a preservação da liberdade individual.

Observa-se que os jogadores poderiam, então, influenciar muito mais na decisão final do jogo e este poderia ser cooperativo, situação esta que reduziria o conflito institucionalizado referido por Tercio, como se aludiu acima.

Como corolário haveria uma ganho muito apreciável ao sistema de aplicação da lei penal, mormente pela ótica de sua eficiência, já que os jogadores poderiam ser cooperativos, aumentando a possibilidade de jogos mais relevantes para

---

35. Ainda que haja a exceção da denominada "ação penal privada", esta hipótese é muito matizada, pois prevê fases de conciliação entre os particulares envolvidos e grande controle pelo Ministério Público, que pode interferir nas estratégias do acusador particular [o querelante], e assim, esta hipótese pouco influi na análise ora feita.

o jogador que acusa, como também a maior redução de possibilidade de sofrer a sanção penal para o jogador que se defende.

Evidentemente, não será em todas as hipóteses que se poderia ter a possibilidade de negociação. Dependendo do ganho pretendido pelo jogador que acusa, como para o jogador que se defende, haverá hipóteses em que esta negociação não será cogitada pelos jogadores; todavia haverá hipóteses em que a negociação poderá ser cogitada como melhor opção de estratégia, em função do ganho que se pretende obter, ou ainda, do ganho que se pode obter com menos custo, ainda que se sofra algumas perdas.

## CONCLUSÃO

Pode-se, então, analisar uma possível negociação no âmbito da aplicação da sanção penal.

Observou-se que no sistema de aplicação da sanção, há rígidas regras para a sua participação, a fim de que se obtenha uma decisão final a mais dita "imparcial" possível, ou em termos do método cartesiano que este sistema utiliza, da forma mais racional possível.

Se há racionalidade nesta decisão, que é tomada pela participação na forma também racional, então será possível uma análise pela teoria dos jogos.

Pela teoria dos jogos, ou seja, uma das possíveis teorias sobre a decisão, tem-se que se pode admitir este sistema como um jogo com, no mínimo, dois participantes (jogadores) um que promove a acusação, sob certas regras e limites, e outro que promove a sua defesa, na qual ambos buscam o acolhimento de sua tese, ou seja, a condenação para o primeiro; a absolvição para o segundo.

Como também já acima se definiu, trata-se de um jogo soma zero, pois o acolhimento da condenação pelo julgador pressupõe logicamente no afastamento da antítese da defesa, e vice-versa. Mesmo em acolhimento parcial, assim mesmo haverá um *pay-off* de um dos participantes em necessário prejuízo do outro.

Esta situação é claramente verificada com o denominado *princípio da sucumbência*, como acima já exposto, em que o interesse em revisar em superior instância uma decisão depende uma perda pelo sucumbente que traz uma vantagem ao sucumbido.

Este jogo é considerado forte, pois os participantes são compulsórios, como se verifica na análise do sistema, que impõe obrigatoriedade de acusar e obrigatoriedade de defender; e é indeterminado, em corolário à sua racionalidade, expresso pelo denominado *princípio da persuasão racional*.

Conquanto haja rígidos limites para os movimentos iniciais da acusação, pode-se entender que não há acusação de um presumível inocente, pois esta situação não é racionalmente aceitável a quem acusa, e assim, não se pode falar em qualquer *pay-off* desta situação<sup>36</sup>.

36. É claro que se tem em mente aquela acusação que se sabe desde o início que se trata de um inocente, seja por que não praticou a conduta, seja por que sua conduta, ainda que reprovável, não possui previsão de sanção penal.

Em questões estratégicas, este sistema prevê a sua mais ampla utilização, mas dentro de sua própria posição e para influir o julgador já que as movimentações são rígidas e quase todas previamente previstas com conteúdo obediente à racionalidade, mas visando ao julgador, não ao oponente.

De tal análise infere-se que há mínimo espaço para negociação, pois o sistema não permite concessões mútuas ou outras formas de se fixar posições menos vantajosas a fim de se influir na decisão do outro: o sistema prevê rígidas movimentações, ainda que seu conteúdo seja livre e direciona para influenciar o julgador [árbitro], não para que a parte contrária ceda.

Este sistema chega a dificultar qualquer possibilidade de negociação: impõe que a acusação prossiga, independentemente da vontade do participante, e da mesma forma, impõe o prosseguimento da defesa, ainda que se confesse, pois o sistema entende nociva qualquer negociação para a obtenção de uma vantagem mais reduzida.

Pode-se exemplificar, inclusive, pela tentativa de um espaço negocial decorrente da introdução da denominada *transação penal* e da *suspensão condicional do processo*, onde se permitiria concessões mútuas para uma possível decisão.

Todavia, aquilo que se introduziu pela porta, acabou saindo pela janela: este espaço é só sempre prévio ao próprio jogo; não impede, aliás, sempre o reforça que pode haver várias hipóteses em que deve haver o jogo, e partir daí, não se pode mais falar em concessão mútua; a previsão desta possibilidade é reduzida e até hoje há vários debates acerca da possibilidade do julgador interferir nesta negociação, mas agora a impondo cogentemente: ou seja, uma negação desta possibilidade de negociação<sup>37</sup>.

Embora realmente a decisão do julgador seja efetivamente influenciada pela produção das provas, ou seja, das teses e das suas demonstrações, observa-se que o sistema não permite, ao menos formalmente, negociação, eis que os participantes têm seus movimentos previstos rigidamente e o jogo prossegue independentemente da vontade dos participantes, cuja decisão final também independe destas vontades, desde que observada a racionalidade na análise das teses apresentadas.

Neste sentido, o espaço de negociação estaria fora das regras deste. Este aspecto, realmente pode ser tomado como uma contradição do sistema, pois o espaço negocial acaba por existir<sup>38</sup>, mas é negada a sua validade dentro do sistema, estando assim fora do jogo, como acima exposto.

Esta contradição acaba por enfraquecer o sistema: embora não permita a negociação, o jogo advindo deste sistema abre possibilidades para a negociação, pois é possível o pay-off parcial e as ações de estratégias são amplas, sendo ainda um jogo forte, que incentivaria a negociação.

Logo, acaba havendo alguma negociação, mas fora do sistema de aplicação da sanção penal, pois, contraditoriamente, este sistema resiste a qualquer negociação.

37. Ou seja, reforça que toda a movimentação e estratégia sejam direcionadas ao julgador.

38. Neste sentido, PUGLIESI, op. cit., p. 222 e seguintes conforme tópico 7 Direito Público e negociação.

Portanto, a possibilidade negocial, sob o prisma do sistema de aplicação penal, é mínima em decorrência das regras postas para a aplicação deste sistema, inferindo-se, portanto que este sistema tem por inegociáveis as questões ligadas à liberdade e à perda de patrimônio, pelo menos no campo de sua aplicação pelo estado, entendendo que somente o seu órgão julgador, e de forma cogente, poderá delas dispor.

Neste sentido, um possível campo negocial, no sentido acima exposto, sempre lhe seria externo, ou seja, somente pelas modificações legislativas das condutas tidas como proibidas, ou ainda de forma sub-reptícia, sob o ponto de vista do sistema de aplicação de sanção penal.

Assim, haveria ganhos efetivos de eficiência ao sistema de aplicação da lei penal se houver previsão expressa pelo sistema de possibilidades de negociação, permissão legal de utilização de estratégias, em função do ganho que se pretende ou se pode obter, seja para quem promove a acusação, seja para aquele que se defende desta.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. *Incidência Jurídica. Teoria e Crítica*. São Paulo: Noeses, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BÊRNI, Duilio de Ávila. *Teoria dos jogos, jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão*. Rio de Janeiro: Reichmann & Afonso, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1979.
- FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do Direito. Técnica. Decisão. Dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1994.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MYERSON, Roger B. *Game Theory. Analysis of conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- PUGLIESI, Marcio. *Teoria do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RUSSO, Eduardo Ángel. *Il terzo scacchiere. Una approssimazione alle teorie dello Stato e del Diritto a partire dalla Teoria dei giochi*. Padova: Cedam, 2003.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *L'essenza e i principi dell'economia teorica*. Roma: Laterza, 1982.
- TSEBELIS, George. *Jogos Oculatos. Escolha racional no campo da política comparada* Edusp, 1998.

Submetido: 30/10/2012

Aceite: 20/11/2012