

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ÁCHELLA EDNÊZ INOJOSA DE OLIVEIRA

A NOVA DINÂMICA DE COMPREENSÃO DO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO VIA TEORIA DOS JOGOS

SOUSA

2016

ÁCHELLA EDNÊZ INOJOSA DE OLIVEIRA

A NOVA DINÂMICA DE COMPREENSÃO DO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO VIA TEORIA DOS JOGOS

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Osmando Formiga Ney.

SOUSA

2016

ÁCHELLA EDNÊZ INOJOSA DE OLIVEIRA

A NOVA DINÂMICA DE COMPREENSÃO DO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO VIA TEORIA DOS JOGOS

Monografia apresentada ao curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Osmando Formiga Ney.

Data da Aprovação: 18 de Maio de 2016.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Osmando Formiga Ney.

Examinador: Professora

Examinador: Professor

*“Não importa onde você parou...
Em que momento da vida você cansou...
O que importa é que sempre é possível e necessário “recomeçar”.
Recomeçar é dar uma nova chance a si mesmo...
É renovar as esperanças na vida e, o mais importante...
Acreditar em você de novo.
Sofreu muito neste período?
Foi aprendido...
Chorou muito?
Foi limpeza da alma...
Ficou com raiva das pessoas?
Foi para perdoá-las um dia...
Sentiu-se só por diversas vezes?
É porque fechaste as portas até para os anjos...
Acreditou em tudo que estava perdido?
Era o início de tua melhora...
Onde você quer chegar?
Ir alto?
Sonhe alto...
Queira o melhor do melhor...
Se pensarmos pequeno...
Coisas pequenas teremos...
Mas se desejarmos fortemente o melhor e
Principalmente lutarmos pelo melhor...
O melhor vai se instalar em nossa vida.”*

Paulo R. Gaefke

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus. Ele sabe por quê... Se os agradecimentos fossem limitados a um, seriam para ele. Toda honra e glória a Deus!

Aos meus pais, Francisco e Ednêz, pelo apoio e por acreditarem em mim. À minha mãe, uma das melhores declarações de amor que já encontrei: “É somente nas misteriosas equações do amor que qualquer lógica ou razão pode ser encontrada. Você é a razão de eu estar aqui hoje, você é a razão de eu existir, você é todas as minhas razões.”

Aos meus avós maternos, Francisca e Pedro, que me proporcionaram ternas palavras de incentivo nos momentos em que me dirigi até eles e que me despenderam tanto cuidado.

Ao meu tio, Pedro Inojosa, por seu apreço para comigo.

Aos amigos que se fizeram presentes durante essa jornada, alguns à distância, até mesmo àqueles que estiveram só de passagem. A uma amiga em especial, Débora Dhyellen, em quem descobri um coração bonito, pela parceria e lealdade de sempre.

Ao Pastor Wellington Tavares que, mesmo em circunstâncias peculiares, me dedicou seu tempo em longas conversas.

Aos professores Ozael da Costa Fernandes e Lourdinha Mesquita, por sua disponibilidade e cortesia.

Ao meu orientador, Osmando Formiga Ney, que aceitou generosamente a tarefa da orientação, pela confiança em mim depositada.

Aos meus colegas de sala.

A todos que estiveram comigo durante esses anos de graduação.

Obrigada!

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é propor uma dissidência ao saber assentado em premissas incontestáveis. Uma abordagem que versa sobre a Teoria dos Jogos, ramo da Teoria da Decisão, que possui aplicabilidade prática em diversos campos do conhecimento humano, também no Direito Processual Penal, de modo a efetuar uma (re)leitura da noção de processo. Nesse sentido, trabalha-se a noção de processo como guerra, onde se evidencia a realidade de que aquele que melhor aproveita as chances e liberta-se de cargas processuais ou reduz os riscos seria aquele que vence o jogo. Para que isso ocorra o jogador deve ter conhecimento da existência de alguns fatores, do aspecto psicológico do processo, que colaboram para que obtenha a decisão favorável, dentro das regras do jogo. O processo penal conforme a Constituição clama pela concretização do sistema acusatório no Brasil, de modo a promover o atendimento das garantias constitucionais pela primazia do devido processo legal substancial. Para tanto, utiliza-se como método de abordagem o indutivo, em razão de partir da análise dos fatores que levam à decisão favorável para concluir pela aplicabilidade da teoria ao direito processual brasileiro. No que tange ao método de procedimento, é utilizado o hermenêutico, pois se apresenta o processo como jogo na busca por ampliar criativamente suas possibilidades de compreensão. Por fim, como técnicas de pesquisa são utilizados documentos e bibliografias. Verifica-se que cada jogo processual é único e que para o processo penal inexistente receita de sucesso, a preparação conduz ao sucesso, mas o elemento surpresa pode se fazer presente através das rodadas (subjogos).

Palavras-chave: Devido Processo Legal Substancial; Direito Processual Penal; Teoria dos Jogos.

ABSTRACT

This research objectives to propose a dissidence to learn seated on incontrovertible premises. An approach which verses about the Games Theory, branch of Decision Theory, which has practical applicability in many fields of human knowledge, also in Processual Penal Right, in order to make a (re) reading of the notion of process. In this sense, it works to the notion of process as war, where is highlighted the reality that the one that best takes advantage of the chances and frees up procedural loads, or reduce the risks, would be the one that wins the game. For this, the player must be aware of some factors, the psychological aspect of the process, which cooperate to obtain a favorable decision, inside the rules of the game. The Penal Process, according to the Constitution, claims to the concretization of accusatory system in Brazil, to promote the fulfillment of constitutional guarantees the primacy of substantial due legal process. For that, we used the inductive approach method, because of the analysis of the factors that lead to favorable decision to complete the applicability of the theory to the Brazilian procedural law. Regarding the procedure method, it was used the hermeneutic, since it presents the process like a game on searches to amply creatively the comprehension possibilities. In the end, as techniques of research, were used documents and bibliography. It was verified that every procedural game is unique and to the penal process doesn't exist a success formula, the preparation leads to the success, but the surprise element can be present through the subgames.

Keywords: Substantial Due Process of Law. Criminal Procedural Law. Game Theory.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

JECrins - Juizados Especiais Criminais

LC - Lei Complementar

MP - Ministério Público

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TEORIA DOS JOGOS	13
2.1 DEUS NÃO JOGA DADOS	14
2.2 PERGUNTAS QUE PRECISAM DE RESPOSTAS: QUE É JOGO? QUE É ESTRATÉGIA? QUE É ESTRATÉGIA ESTRITAMENTE DOMINANTE? O QUE SE ENTENDE POR EQUILÍBRIO DE NASH?	16
2.3 COMO SE MODELA UM JOGO.....	18
2.4 COMO SE JOGA UM JOGO.....	21
2.4.1 Estratégias estritamente dominadas	21
2.4.2 Método da Eliminação iterativa de estratégias estritamente dominadas	22
2.5 ALGUNS JOGOS QUE O LEITOR PRECISA CONHECER	25
2.5.1 O Dilema dos Prisioneiros: um equilíbrio de Nash	26
2.5.2 O Jogo de Caça ao Cervo: mais do que um equilíbrio de Nash	28
2.5.3 O Jogo da Batalha dos Sexos	30
2.5.4 Sem contar com: um caso em que não há equilíbrio de Nash	31
2.6 CLASSIFICAÇÃO DOS DIVERSOS TIPOS POSSÍVEIS DE JOGOS.....	31
2.7 APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA: O PROCESSO PENAL (PARTE I).....	34
2.7.1 Conceitos importantes da teoria dos jogos processuais	34
3 APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA: O PROCESSO PENAL (PARTE II)	36
3.1 OS SISTEMAS ACUSATÓRIO VERSUS INQUISITÓRIO.....	38
3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL	40
3.3 UM INSTRUMENTO DA FASE PRÉ-JOGO: O INQUÉRITO POLICIAL.....	41
3.4 AS REGRAS DO JOGO PROCESSUAL.....	43
3.4.1 Jurisdição	43
<i>3.4.1.1 Breves considerações acerca da competência em matéria penal</i>	44
3.4.2 Ação Penal	46
3.4.3 Processo	49
<i>3.4.3.1 Procedimentos do Código de Processo Penal</i>	50
<i>3.4.3.1.1 Rito comum</i>	50

3.4.3.1.2 Rito especial: O Tribunal do Júri.....	53
3.5 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	55
3.5.1 Subjogo probatório.....	55
3.5.1.1 <i>O abandono da verdade real</i>	56
3.5.2 Classificação das provas e prova ilícita	57
3.5.3 Das provas em espécie	58
3.6 DECISÃO PENAL.....	60
3.7 DOS RECURSOS	62
4 A BUSCA PELA DECISÃO FAVORÁVEL	63
4.1 O FATOR SAFIYA.....	63
4.2 OS SISTEMAS DE JULGAMENTO S1 E S2.....	64
4.2.1 O Efeito Halo.....	66
4.2.2 Os Fatores Glicose e Fadiga.....	68
4.3 A INFLUÊNCIA DO INCONSCIENTE E A PSICANÁLISE	69
4.4 NO PRINCÍPIO ERA A INOCÊNCIA	74
4.4.1 Por que escrever narrativas?.....	74
4.4.2 A presunção de inocência.....	76
4.5 OUTRO CONDICIONANTE: O FATOR MÍDIA	78
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa fornecer elementos mínimos para uma leitura do processo penal brasileiro via teoria dos jogos a partir da visão em paralaxe, dialogando, assim, com outras áreas. Não é como se a abordagem fosse novidade, pois há muito se fala em teoria dos jogos e nos benefícios que o raciocínio estratégico pode proporcionar.

Se precisa de tudo. Da legalidade, mas devemos considerar qualquer acusação uma denúncia? Será que a distinção entre os lugares da acusação e da defesa se dá por simples definições teóricas? É preciso estar atento para discernir essas circunstâncias, para perceber, por exemplo, se o julgador não quer ser um jogador na partida, havendo violação entre os lugares, já que estes possuem funções diversas. Depende do ser humano que ocupa o lugar, não é mesmo?

O objetivo do trabalho é propor uma dissidência ao saber assentado em premissas incontestáveis, romper com a visão idealizada do processo penal regular. É preciso duvidar do que se vê, do que se diz, é trabalhoso acreditar em alguém que afirma algo com certeza absoluta. Assim, é preciso superar o Direito esquematizado e começar a pensar, ciente de suas limitações, sabendo que precisa de preparação, paciência, estratégia e tática. Afinal, nem tudo se aprende decorando. Assim, será possível talvez possuir expectativas realizáveis de comportamento por parte do julgador e jogador, mitigar as surpresas.

A metodologia utilizada tem caráter exploratório, visto que, além de explicar a realidade do processo via teoria dos jogos, tende a expô-la considerando a conjuntura econômica, social e política. Por sua vez, apresenta natureza qualitativa, pois não há labor com dados. Sobre a metodologia de abordagem, tem conteúdo indutivo, em razão de partir da análise dos fatores que levam à decisão favorável, meta do jogo processual, para concluir pela aplicabilidade da teoria ao direito processual penal brasileiro ao tempo em que se demonstra em que moldes se dá essa aplicação.

Já em relação à metodologia de procedimento, é utilizado o hermenêutico, em razão de se atribuir nova interpretação do processo, buscando torna-la consciente e, assim, alicerçar a compreensão sobre o processo penal. Por fim, as técnicas de pesquisa foram nomeadamente inscritas sobre instrumentos documentais e bibliográficos.

No primeiro capítulo, é introduzida a teoria dos jogos, uma descrição informal da teoria. Considera-se que articular discurso com consistência lógica é necessário para que o leitor apreenda a proposta do trabalho e tenha contato com os conceitos e noções importantes

relacionados ao tema. São expostos os conceitos de jogo, estratégia, estratégia estritamente dominante e equilíbrio de Nash. Também é possível descobrir como se analisa um jogo e conhecer alguns tipos de jogos clássicos na literatura de jogos, dentre eles o dilema dos prisioneiros. O capítulo também foi escolhido para trazer conceitos importantes da teoria dos jogos processuais, por ser eminentemente uma introdução a todo o trabalho.

No segundo capítulo, se procede à análise do processo penal de modo a refletir acerca dos moldes em que vem sendo exercido, problematizando os fundamentos teóricos em que o processo penal se sustenta, apresentados muitas vezes sob o aspecto de saber instituído nos manuais de Direito Processual Penal. Trata-se do dilema entre os sistemas processuais penais inquisitório e acusatório e devido processo legal substancial; é trabalhado o inquérito policial, um dos instrumentos da fase pré-jogo, de investigação preliminar; e discutidos a estrutura e funcionamento do jogo processual através dos procedimentos contemplados no sistema processual penal brasileiro, que compõem as regras formais do jogo. Antes são estudados Jurisdição, Ação e Processo, tríade sobre a qual está erguido o Direito Processual Penal. Logo depois são apresentadas as provas, o meio através do qual se faz a reconstrução do crime, fato passado. Neste ponto é discutido o problema da verdade no processo penal. Em seguida, ocupa-se da decisão judicial e sua necessária motivação e dos recursos e ações de impugnação.

Em sequência, o terceiro e último capítulo, é dedicado ao comento de alguns fatores que interferem sobremaneira na busca da decisão favorável dentro das regras do jogo, que é a meta do jogo processual. As noções apresentadas são flexíveis e aplicáveis conforme o contexto. São estudados a influência do inconsciente e da psicanálise no jogo processual e debatida a presunção de inocência ou de não culpabilidade, que se considera ser o início de toda a história processual.

2 TEORIA DOS JOGOS

Algumas histórias impressionam, ainda por cima quando baseadas em fatos reais. Assim é a biografia do matemático norte-americano John Forbes Nash Jr. (1928-2015), retratada no filme *Uma Mente Brilhante*¹. Singular, envolve seus sonhos, persistência, o tormento da esquizofrenia e demonstra a importância do afeto como força propulsora dos projetos humanos.

FIANI (2009, p. 36):

A contribuição de John 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 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 final 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.

John Nash foi um dos responsáveis pelo desenvolvimento da Teoria dos Jogos juntamente com o economista húngaro John C. Harsanyi (1920-2000) e Reinhard Selten (1930-), matemático e economista alemão. Graças aos seus intentos foram premiados com o Nobel de Economia em 1994.

A partir dos artigos de John Harsanyi os economistas puderam trabalhar a assimetria de informação no jogo, aquela situação em que alguns jogadores possuem informação privilegiada em relação aos demais acerca de algum elemento importante. Reinhard Selten, por sua vez, trouxe um refinamento da noção de equilíbrio, mais restritiva do que o equilíbrio de Nash, conhecido como “equilíbrio perfeito em subjogos”.

Como precursores são apontados o matemático francês Antoine Augustin Cournot (1801-1877), em torno de quem existe certa discussão quanto a ser considerado fundador da teoria; o alemão Ernst Friedrich Ferdinand Zermelo (1871-1953), seus estudos desencadearam no que hoje se compreende como método da indução reversa; Félix Edouard Justin Emile Borel (1871-1956), o primeiro a trazer o conceito moderno de estratégia e John Von Neumann (1903-1957), destaque em Teoria dos Jogos, publicou em 1944 “The Theory of Games and

¹ A Beautiful Mind - Direção: Ron Howard. EUA, Universal Pictures, 2001. 135min.

Economic Behavior” em coautoria com Oskar Morgenstern (1902-1977), livro com enfoque em jogos de soma zero.

Registrem-se, ainda, as contribuições de Robert J. Aumann e Thomas C. Schelling, que em meio à guerra fria publicou “The Strategy of Conflict” (1960), que dentre outras colaborações, inclusive relacionadas ao momento crítico por que passavam Estados Unidos e ex União Soviética, trata da ideia de ponto focal, em linhas gerais, um elemento que se destaca em um contexto e que permite a coordenação de decisões por parte dos jogadores de modo à obtenção de um resultado melhor para todos, mesmo sem a possibilidade de os indivíduos se comunicarem. É o que ocorre, por exemplo, quando empresários acabam por realizar suas reuniões em um único clube, aumentando suas chances de sucesso, todavia tendo vários outros locais onde poderiam se encontrar.

Não diferente de um jogo de xadrez, as ações de cada indivíduo em um jogo afetam os demais e normalmente é preciso antecipar quais seriam as reações do outro jogador no momento de tomar uma decisão. Assim ocorrem as interações estratégicas.

Com aplicações em Administração, Economia, Ciências Sociais, enquanto fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas, a Teoria dos Jogos, esse ramo da Teoria da Decisão, pode ser aplicada ao Direito, notadamente ao Direito Processual Penal, às situações em que agentes racionais interagem entre si estrategicamente.

2.1 DEUS NÃO JOGA DADOS²

Quem não gostaria de ter receitas prontas, um guia que auxiliasse na tomada de decisões? Seria ótimo, não é mesmo? Infelizmente a vida não veio com manual de instruções, apesar de existirem, conforme a crença religiosa de cada um (ou descrença, mesmo assim a religião tem um papel de destaque na cultura ocidental e isso não pode ser desconsiderado), orientações em livros sagrados, por exemplo, que podem ser muito úteis como se verificará adiante com o Fator Safiya, o caso da nigeriana Safiya Hussaini Tungar Tudu. Não é assunto para agora. E o que dizer dos conselhos que sua mãe nunca lhe deu? Há quem lide também com o acaso, acompanhe o horóscopo diariamente, enfim, não há nada pronto e o homem por

² Atribuído a Albert Einstein.

ser esse ser tão único, um a um, possui seu modo de visualizar o processo de tomada de decisão.

Estudam-se, pois, jogos de estratégia. Fique claro que um jogo é uma representação do processo de interação estratégica que está acontecendo, de modo que a teoria em comento não se presta ao papel de “receita pronta”, até porque muitos elementos podem interferir na realidade, contudo desenvolver a capacidade de raciocinar estrategicamente é uma imposição para o homem que compreende que, em dadas situações, sua decisão e a dos demais agentes envolvidos se influenciam mutuamente.

Conhecer os possíveis desdobramentos de uma situação de interação estratégica pode auxiliar o indivíduo na maximização de seus ganhos e na compreensão daquilo que ocorre ao seu redor, por isso a importância de compreender a teoria dos jogos, um subsídio para aqueles que querem distinguir o que há por trás de suas decisões, as causas e os efeitos. Como bem disse Lewis Carroll em Alice no País das Maravilhas “Se você não sabe onde quer ir, qualquer caminho serve.”

O fato é que limitadas ao relógio as pessoas tomam todo tipo de decisões influenciadas por seus preconceitos, suas convicções e podem galgar serem bem sucedidas em seus planos ou amontoar desacertos. O certo é que todos querem o mesmo: fazer melhores escolhas, lembrando que a sorte nem sempre é uma aliada nesse sentido. Sorte mesmo é descobrir ponderadamente o melhor dentre todos os caminhos possíveis. Para tanto, o indivíduo tem que se conhecer e conhecer o outro jogador (se possível) e saber que suas crenças influenciam seus desejos e vice-versa.

As crenças, entendidas como o que o indivíduo espera que o outro faça, afetam os desejos do indivíduo com expectativas, do mesmo modo os desejos podem prevalecer sobre as crenças. E isso é válido para todos os jogadores.

2.2 PERGUNTAS QUE PRECISAM DE RESPOSTAS: QUE É JOGO? QUE É ESTRATÉGIA? QUE É ESTRATÉGIA ESTRITAMENTE DOMINANTE? O QUE SE ENTENDE POR EQUILÍBRIO DE NASH?

Analise a tabela abaixo, que apresenta o jogo Cooperação inevitável:

Forma normal do jogo **Cooperação inevitável**³:

Estratégias e Jogadores		Dino	
		Espaço	Terra
Bina	Espaço	10; 10	9; 1
	Terra	1; 9	0; 0

Recompensas de Bina e Dino, respectivamente, cotadas em unidades de bem-estar (ou dinheiro).

Verifica-se que tanto Bina quanto Dino possuem duas estratégias - Espaço e Terra - e que suas recompensas variam conforme a estratégia que adotarem, bem como o fato de existir interdependência entre as escolhas dos jogadores, de modo que se Bina escolhe Espaço e Dino escolhe Espaço, cada um recebe 10 Bd; se Bina escolhe Espaço e Dino escolhe Terra, Bina recebe 9 Bd ao passo que Dino recebe apenas 1 Bd. No caso de Bina optar por Terra e Dino por Espaço, Dino é quem recebe 9 Bd como recompensa e Bina apenas 1 Bd. No quarto e último quadrante, se Bina decide por Terra e Dino por Terra, ambos restam sem nenhuma recompensa {0 ; 0}.

FERNANDEZ E BÊRNI (2014, p. 14-15) esclarecem:

Digamos saber que a diferença de qualidade na hospedagem fornecida por esses ambientes de lazer não é assim tão acentuada, portanto, parece evidente que, se somos convidados a passar as férias no, digamos, Hotel Espaço Natureba, então ganhamos 10 Bd para isso, ou seja, 10 unidades de Bem-estar ou simplesmente sua correspondência em dinheiro. Jamais cogitaremos trocar esse convite por um que nos leve à Fazenda Terra Poeirenta, que nos recompensará com apenas 1 Bd ou nada. Mais ainda, sabemos que ambos os jogadores tentarão evitar a fazenda, sob o

³ Planilha retirada do livro Teoria dos Jogos: - Crenças, Desejos, Escolhas.

risco de, se o outro também a escolher, ambos passarem fevereiro em casa, solitários e acalorados.

Introduzidas as noções de jogadores (Bina e Dino), estratégias (Espaço e Terra) e recompensas ((prêmios, pay-offs, no caso oito (as duas estratégias de Bina associadas às duas de Dino totalizam quatro e essas quatro estratégias de Bina associadas às quatro de Dino totalizam oito)) e diante do que foi dito, qual seria o melhor plano de ação a ser adotado por Bina? E por Dino? Resta claro que escolher Espaço é o melhor para ambos os jogadores.

Walter J. Wessels (2003, apud Henry Paulo Dias, 2004, p. 50) define Teoria dos Jogos como o “Estudo de como as pessoas se comportam em situações nas quais as ações de um participante afetam as ações dos outros”.

Pois bem. Um jogo pode ser definido como um modelo formal, onde ocorrem interações entre agentes racionais que se comportam estrategicamente. A racionalidade, nesse caso, diz respeito a que a pessoa que está decidindo escolherá o melhor para si. Nesse jogo em específico, o agente conhece todas as estratégias e todas as recompensas do outro jogador, isto é, todas as condições em que se dará a sua decisão.

Situações que envolvem interação estratégica estão em todos os lugares, como no momento em que uma empresa está decidindo se constrói uma nova fábrica em um mercado desconhecido, levando em conta que já existem empresas instaladas naquele mercado. Estas, por outro lado, sabendo da possibilidade de instalação de uma nova fábrica na região por uma empresa concorrente podem, por exemplo, adotar medidas contra a empresa iniciante naquele mercado.

No jogo da Cooperação inevitável, acima representado, foram identificadas duas estratégias, isto é, um plano composto por duas ações a serem utilizadas pelos jogadores para alcançar seu objetivo comum, qual seja, o de passar as férias em um lugar que não o que viviam. Nele, a estratégia Espaço é estritamente dominante em relação à estratégia Terra, pois garante uma recompensa melhor, independentemente do que o outro jogador venha a escolher.

Brena Paula Magno Fernandez e Duilio de Avila Bêrni fazem referência ao método ou-ou-ou para identificação da estratégia estritamente dominante, de modo que é preferível 10 Bd ou 9 Bd a 1 Bd ou nada, onde 10 Bd ou 9 Bd representam a estratégia Espaço e 1 Bd ou nada representam a estratégia Terra.

Quando ambos os jogadores decidem pelo primeiro quadrante {10; 10} identifica-se que cada jogador adotou um curso de ação que é a melhor resposta que pode dar ao curso de

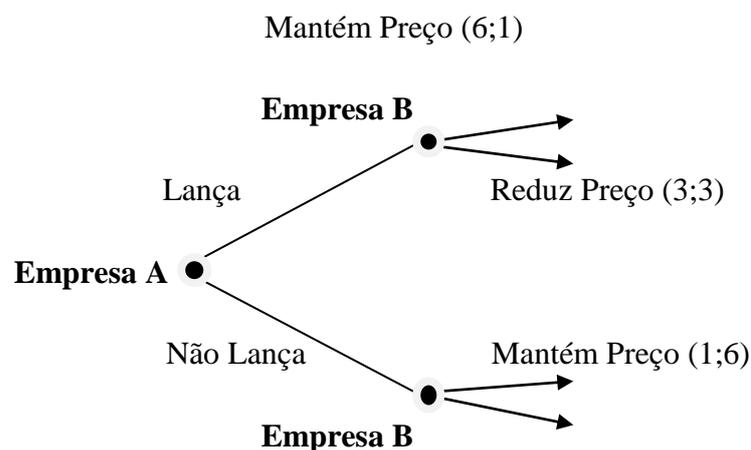
ação do outro jogador, ou seja, há uma solução de equilíbrio no jogo. E há a esperança de que se tiverem de decidir novamente, isso se mantenha no futuro, ou seja, presume-se que ambos voltem a escolher o hotel como destino de férias em detrimento da fazenda. Isto é o que se entende por equilíbrio de Nash.

Note que o jogo foi solucionado, houve racionalização sobre as ações dos jogadores, que podiam levá-los a exercer tal ou qual escolha, determinada por suas crenças, que moldam seus desejos. É de “cooperação inevitável” porque Bina só maximiza sua própria recompensa se cooperar (Espaço - coopera/ Terra - não coopera) e o mesmo se aplica a Dino.

2.3 COMO SE MODELA UM JOGO

Distinguem-se jogos simultâneos (estáticos) e sequenciais (dinâmicos). Estáticos são aqueles em que cada jogador ignora as decisões dos demais quando toma sua decisão. Normalmente são apresentados através da forma estratégica ou normal, vista anteriormente com o jogo Cooperação Inevitável. Nos jogos dinâmicos, por sua vez, o processo de interação estratégica se dá em etapas sucessivas, ou seja, se tomam decisões tendo conhecimento do que os outros jogadores já decidiram, sabendo que adotaram tal ou qual curso de ação.

Acompanhe a forma estendida a seguir, onde a Empresa A decide antes se lança ou não um novo produto no mercado de cosméticos e a Empresa B decide se mantém ou reduz o preço de seu produto concorrente.



Reduz Preço (1;5)

Vantagem Competitiva

Recompensas das Empresas A e B, respectivamente, cotadas em milhões de reais.

DIAS (2004, p. 51) questiona-se: “Como podem ser representados os jogos? Os jogos sequenciais são representados por meio de gráficos, chamados de árvore de decisão, ou também “forma extensiva”. Esta representação é um diagrama onde se demonstra o(s) jogador(s); a(s) ação(ões) e os resultados possíveis (...)”

Acima está, então, uma árvore de jogos, onde cada nó representa uma etapa do jogo em que um dos jogadores toma sua decisão e onde cada ramo representa uma escolha possível para o jogador a partir de seu nó. Veja que dois ramos saem do nó inicial e que representam para a empresa A as opções lançar e não lançar o novo produto. O ramo que representa a opção lançar leva a um nó que pertence à Empresa B, ou seja, trata-se de um nó sucessor e dele partem dois ramos, que, por seu turno, representam suas duas escolhas possíveis: manter ou reduzir o preço de seu produto concorrente.

O mesmo raciocínio se aplica ao ramo que representa a opção não lançar (deserção da Empresa A). Leva a um nó sucessor que pertence à Empresa B, do qual partem dois ramos que representam as duas escolhas possíveis para a empresa. Lembrando que estes dois ramos que partem do nó sucessor desembocam nos nós terminais com as recompensas de cada jogador, de modo que ali o jogo acaba.

Da análise do jogo da Vantagem Competitiva, verifica-se inicialmente que a Empresa A decide primeiro se vai introduzir seu novo produto no mercado de cosméticos. Ou seja, a partir da decisão dela a Empresa B tomará sua decisão. Desse modo, caso a Empresa A opte por lançar o novo produto: a Empresa B pode manter o preço do seu, de modo que a Empresa A recebe 6 milhões de reais, ao passo que a Empresa B vê seus lucros caírem para 1 milhão de reais. Por outro lado, se a Empresa B reduz o preço de seu produto, cada uma delas recebe 3 milhões de reais, há uma resposta da Empresa B à Empresa A, de modo que disputam cada uma seu lugar no mercado.

Na hipótese de a Empresa A decidir por não lançar o novo produto: a Empresa B pode igualmente manter o preço do seu ou reduzi-lo, de modo que a Empresa A recebe apenas 1 milhão de reais em qualquer dos dois casos, pois não lançou o produto e os lucros afetados

com a decisão da Empresa B são apenas os seus. Ela pode auferir 5 ou 6 milhões de reais, respectivamente, se reduzir ou mantiver o preço de seu produto que já está no mercado.

Fique claro que, como dito, normalmente jogos simultâneos são descritos através da forma estratégica, mas um não é sinônimo do outro, do mesmo modo para os jogos sequenciais, eles não são sinônimos de forma estendida, sendo possível representar jogos simultâneos na forma estendida e jogos sequenciais na forma normal.

Desse modo, acompanhe a forma normal a seguir que descreve o Jogo da Vantagem Competitiva, acima descrito na forma estendida.

Vantagem Competitiva

Empresa A	Empresa B			
	Reduz Preço, Reduz Preço	Reduz Preço, Mantém Preço	Mantém Preço, Reduz Preço	Mantém Preço, Mantém Preço
Lança	3; 3	3; 3	6; 1	6; 1
Não Lança	1; 5	1; 6	1; 5	1; 6

Recompensas das Empresas A e B, respectivamente, cotadas em milhões de reais.

Observe as linhas e colunas da tabela. Note que ao invés de uma ação por coluna, existem duas, ao passo que nas linhas há uma opção em cada, apenas. Isto ocorre porque em um jogo dinâmico o jogador tem que definir nas suas estratégias uma ação para cada situação em que tenha que decidir, pois faz escolhas em situações diferentes, de acordo com o que o outro jogador decidiu.

Realizando a leitura da primeira coluna da tabela, veja que caso a Empresa A lance seu novo produto, a Empresa B reduz o preço de seu produto concorrente; caso a Empresa A não lance, a Empresa B reduz o preço de seu produto concorrente. E assim são lidas todas as outras colunas.

Repare também que as recompensas dos jogadores se repetem duas vezes. Isto se deve ao fato de o segundo componente do par de ações em cada coluna se tornar desnecessário para definir o resultado. Atente para a terceira coluna da tabela. É a seguinte situação: caso a

Empresa A lance seu novo produto, a Empresa B mantém o preço de seu produto concorrente, recebendo 01 milhão de reais, enquanto a Empresa A recebe 6 milhões {6; 1}. A mesma leitura é feita na quarta coluna, pois nesta a Empresa B também mantém o preço caso a Empresa A lance seu novo produto {6; 1}. Assim, as recompensas são as mesmas.

2.4 COMO SE JOGA UM JOGO

2.4.1 Estratégias estritamente dominadas

Um jogador racional sabe que dada estratégia é mais interessante de ser utilizada do que outras, pois traz melhores resultados, não importa o que os demais jogadores façam, sendo assim, a adota no jogo.

Tome o jogo da Vantagem Competitiva (atualizado) como um jogo simultâneo, imaginando a seguinte situação de interação estratégica: a empresa Minha Bela Dama, apesar de consolidada há muito no mercado de cosméticos, pela primeira vez está analisando a ideia de lançar uma linha de produtos voltada à cosmética de tratamento para competir com os produtos já existentes da empresa Bonequinha de Luxo. Esta, por seu lado, tem de decidir se mantém ou reduz o preço dos produtos de sua linha.

Vantagem Competitiva

Minha Bela Dama	Bonequinha de Luxo	
	Manter Preço	Reduzir Preço
Lançar	6; 1	3; 3
Não Lançar	1; 6	1; 5

Recompensas de Minha Bela Dama e Bonequinha de Luxo, respectivamente, cotadas em milhões de reais.

Como se vê, para a empresa Minha Bela Dama é sempre melhor lançar a linha de produtos. Perceba que seus lucros são de 6 milhões e 3 milhões de reais se lançar a linha e a empresa Bonequinha de Luxo mantiver ou reduzir os preços de seus produtos, respectivamente, e de 1 milhão de reais se não lançar em ambos os casos (manter ou reduzir preços no caso da empresa Bonequinha de Luxo).

Na linguagem utilizada em Teoria dos Jogos se diz que a estratégia {Lançar} é uma estratégia dominante e que a estratégia {Não Lançar} é uma estratégia dominada. Isto para o jogador Minha Bela Dama. É possível ir mais além e afirmar que a estratégia {Lançar} é estritamente dominante em relação à estratégia {Não Lançar}, por serem as recompensas da estratégia {Lançar} estritamente maiores do que as da estratégia {Não Lançar}.

2.4.2 Método da Eliminação iterativa de estratégias estritamente dominadas

Reformulando o exemplo anterior, considere que as Empresas Minha Bela Dama e Bonequinha de Luxo são, na verdade, marcas de maquiagem que ingressaram no Brasil para atingir o objetivo de ampliar sua distribuição internacional através da inauguração de inúmeras lojas próprias ao redor do mundo.

Assim sendo, tomando ainda o jogo da Vantagem Competitiva como um jogo simultâneo, considere o seguinte: a empresa Minha Bela Dama pela primeira vez está analisando a ideia de lançar uma linha de produtos voltada à cosmética de tratamento com suporte de empresários e maquiadores brasileiros para competir no país com os produtos da empresa Bonequinha de Luxo, atraindo consumidores com suas linhas especiais. Possui também a opção de importar os produtos, eliminando a possibilidade de maiores gastos. Já a empresa Bonequinha de Luxo tem de decidir se lança um novo produto em sua linha já existente a fim de empolgar os consumidores ou se mantém ou reduz o preço de seus produtos. Acompanhe:

Vantagem Competitiva

Minha Bela Dama	Bonequinha de Luxo		
	Lançar Novo Produto	Manter Preço	Reduzir Preço
Lançar	1; 4	6; 1	3; 3
Importar	4; 2	2; 1	4; 3
Não Lançar	1; 3	1; 6	1; 5

Recompensas de Minha Bela Dama e Bonequinha de Luxo, respectivamente, cotadas em milhões de reais.

Perceba que para a empresa Bonequinha de Luxo, a estratégia {Lançar Novo Produto} é a melhor opção se a empresa Minha Bela Dama lançar sua linha de cosméticos de tratamento no país. {Reduzir Preço} é a melhor alternativa se ela resolver importar e {Manter Preço} é a melhor opção se ela opta por não lançar sua linha no Brasil, de modo que não há estratégia estritamente dominante para a empresa Bonequinha de Luxo.

No que se refere à empresa Minha Bela Dama, também não possui estratégia estritamente dominante, mas a estratégia {Não Lançar} sempre representa uma alternativa pior (recompensa de 1 milhão reais) do que {Importar}, independentemente do que o outro jogador, a empresa Bonequinha de Luxo, faça, ou seja, {Não Lançar} é estritamente dominada por {Importar} e por isso pode ser eliminada da tabela. Nestes termos, {Não Lançar} nunca será a melhor resposta para o jogador Minha Bela Dama. Ademais, nenhuma outra estratégia desta empresa pode ser eliminada, ao menos por enquanto.

Atenda que a hipótese é a de que cada jogador é racional, sabe que os outros jogadores são racionais e cada um deles sabe que os outros sabem que ele sabe que os outros jogadores são racionais, infinitamente, ou seja, a racionalidade dos jogadores é de conhecimento comum. Dessa forma, a hipótese adotada para obter a solução do jogo por meio do método em debate é a de conhecimento comum da racionalidade (CCR).

Nesse sentido, a estratégia {Não Lançar} não é uma estratégia racionalizável. Em outras palavras, levando em consideração a hipótese de conhecimento comum da racionalidade (CCR) não há nada que o jogador Bonequinha de Luxo faça que justifique o fato de a empresa Minha Bela Dama adotar a estratégia {Não Lançar}.

Recorde que a estratégia foi eliminada da tabela, de modo que resultou no seguinte:

Vantagem Competitiva

Minha Bela Dama	Bonequinha de Luxo		
	Lançar Novo Produto	Manter Preço	Reduzir Preço
Lançar	1; 4	6; 1	3; 3
Importar	4; 2	2; 1	4; 3

Recompensas de Minha Bela Dama e Bonequinha de Luxo, respectivamente, cotadas em milhões de reais.

Agora é preciso analisar as alternativas da empresa Bonequinha de Luxo. Após eliminar a estratégia {Não Lançar} da empresa Minha Bela Dama, está claro que {Manter Preço} é estritamente dominada por {Lançar Novo Produto}, bem como por {Reduzir Preço}, de modo que a estratégia {Manter Preço} pode ser eliminada da tabela. Não há nenhuma outra estratégia da empresa Bonequinha de Luxo que possa ser eliminada no momento.

Vantagem Competitiva

Minha Bela Dama	Bonequinha de Luxo	
	Lançar Novo Produto	Reduzir Preço
Lançar	1; 4	3; 3
Importar	4; 2	4; 3

Recompensas de Minha Bela Dama e Bonequinha de Luxo, respectivamente, cotadas em milhões de reais.

Após eliminar a estratégia {Manter Preço}, verifica-se que para a empresa Minha Bela Dama a estratégia {Lançar} tornou-se estritamente dominada por {Importar}, com recompensas de 4 milhões de reais. Pode, pois, ser eliminada da tabela.

Vantagem Competitiva

Minha Bela Dama	Bonequinha de Luxo	
	Lançar Novo Produto	Reduzir Preço
Importar	4; 2	4; 3

Recompensas de Minha Bela Dama e Bonequinha de Luxo, respectivamente, cotadas em milhões de reais.

O resultado: Este é um jogo solucionável por dominância. Levando em conta que restou a estratégia {Importar} para a empresa Minha Bela Dama, a estratégia {Lançar Novo Produto} é estritamente dominada pela estratégia {Reduzir Preço} para a empresa Bonequinha de Luxo, sendo seu lucro de 3 milhões de reais, ao passo que {Lançar Novo Produto} traz lucro de 2 milhões de reais. (Importar; Reduzir Preço) representa, então, um equilíbrio em estratégias estritamente dominantes.

Veja que o método da eliminação iterativa de estratégias estritamente dominadas constitui o método mais simples para fins de determinar o resultado de um jogo simultâneo. Outrossim, possui uma limitação: nem todos os jogos possuem estratégias estritamente dominadas. Há, todavia, um conceito mais geral (abrange tanto jogos que possuem estratégias estritamente dominadas quanto jogos em que não é possível identificá-las) para solucionar jogos simultâneos: o equilíbrio de Nash.

2.5 ALGUNS JOGOS QUE O LEITOR PRECISA CONHECER

Alguns tipos de jogos pré-concebidos, tidos como clássicos em teoria dos jogos servem como auxílio na análise de interações estratégicas. Citem-se o Dilema do Prisioneiro,

o Jogo de Caça ao Cervo e a Batalha dos sexos, que respectivamente, correspondem a: preponderação do interesse individual sobre o coletivo, um problema de falta de coordenação entre a ação dos decisores e um obstáculo à coordenação com várias opções.

2.5.1 O Dilema dos Prisioneiros: um equilíbrio de Nash

Cuida-se do dilema dos prisioneiros, um tipo de jogo muito popular, que contrapõe cooperação a interesse próprio. Um jogo simultâneo, de modo que os jogadores desconhecem as escolhas dos demais no momento em que realizam as suas escolhas.

Considere que dois prisioneiros (P1 e P2) estão negociando com a polícia. Devem decidir se confessam ou não confessam o cometimento de um crime, após terem sido encontrados nas imediações do local onde este ocorreu. Leve em conta que estão separados, cada um em uma cela, de modo que não há qualquer comunicação entre eles.

A proposta da polícia a cada um deles é a seguinte: se P1 confessar o crime e P2 não confessar, P1 será liberado em razão de sua cooperação, enquanto P2 ficará 06 anos na prisão; se ao contrário, P1 não confessar e P2 confessar, será ele a responder 06 anos na prisão, enquanto P2 ficará em liberdade. Caso ambos confessem, ambos respondem 04 anos na prisão e, por último, embora a polícia não os intere, se nenhum deles confessa, serão liberados após 03 anos.

Para a pergunta: Será que algum dos prisioneiros confessará? Alguém até poderia perguntar se a teoria dos jogos faz um elogio ao egoísmo. A resposta seria não. As ações são apresentadas como se fossem reais, mas não precisam ser. A teoria não pode ser julgada por supor as ações dos jogadores e é, em sua essência, uma teoria matemática. Quão imensurável seria a distância entre o mundo dos entes e relações ideais e o mundo físico!

Acompanhe a forma estratégica abaixo, que apresenta as recompensas dos jogadores:

Dilema dos Prisioneiros

P1	P2	
	Confessa	Não Confessa
Confessa	4 ; 4	0 ; 6
Não Confessa	6 ; 0	3 ; 3

Recompensas de P1 e P2, respectivamente, cotadas em anos de prisão.

Conforme se depreende, a melhor resposta que qualquer um deles pode adotar com consequências benéficas para ambos seria não confessar, pois cada um ficaria apenas 03 anos na prisão. Por outro lado, pensando egoisticamente, sabendo que se confessar poderá ser colocado em liberdade, cada um deles, obviamente, optará por confessar. Contudo, atente-se para o fato de que se ambos resolverem confessar, permanecem 04 anos na prisão, ou seja, na busca do melhor para si mesmos, os jogadores podem acabar prejudicando-se mutuamente.

Em outras palavras, $\{\{Confessa\} \times \{Confessa\}\}$ é uma estratégia dominante e um Equilíbrio de Nash, pois confessar seria a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, levando em consideração que eles não podem se comunicar, e isso é verdade para todos os jogadores.

Se os jogadores tivessem conhecimento de que não confessando ambos responderiam por 03 anos, de fato, a estratégia $\{\{Não Confessa\} \times \{Não Confessa\}\}$ seria a melhor resposta, isto supondo que existe ética entre eles e a possibilidade de estabelecerem compromissos. Pode acontecer, entretanto, de existir confiança entre eles e, mesmo assim, um optar por trair o outro. A situação seria obviamente melhor para eles se pudessem também se comunicar, mas ainda assim existe o risco de um delatar o outro.

Sobre racionalidade, verifica-se que não é possível afirmar que todo indivíduo racional se porta de forma egoísta, isso é generalizar. Racionalidade não é sinônimo de motivação egoísta, não significa dizer que o jogador pensa apenas no melhor para si e não se importa com a satisfação dos demais.

Dentro do panorama a ser abordado nos capítulos que se seguem, esse jogo demonstra que no processo penal a estratégia dominante é prejudicial. Que não se pode

começar/permanecer em um jogo somente por meio de julgamentos racionais. É preciso avaliar as consequências das consequências, de modo que a não-cooperação entre os jogadores pode levar a um julgamento pior individualmente falando.

Conforme explicam FERNANDEZ E BERNI (2014, p. 71):

A estratégia dominante tem um raciocínio que é essencialmente do agente consigo mesmo: se, para ele, uma estratégia é melhor que a outra, independentemente do que o outro jogador escolha, então ele próprio escolhe esta estratégia. Por contraste, no equilíbrio de Nash, o agente faz o melhor para si levando em consideração o que o outro está fazendo. Se o outro também estiver fazendo o melhor que pode para si, então eles estão em uma situação que tende a se perpetuar, caso o jogo seja repetido.

O Dilema dos prisioneiros é mesmo um clássico. Está-se diante de um jogo onde há a coexistência de uma estratégia dominante e de um equilíbrio de Nash. Há um equilíbrio de Nash porque P1 está adotando a melhor resposta ao que P2 está fazendo. A recíproca é verdadeira.

Com esse jogo também é possível abordar um conceito igualmente importante ao de equilíbrio, o conceito de eficiência, formulado por Pareto (1848-1923), economista italiano. Nesse caso em específico, se diz que {{Não confessa}, {Não confessa}} é eficiente para Pareto, porque todos os ganhos possíveis foram obtidos sem infligir perda a ninguém, ao passo que {{Confessa}, {Confessa}} é ineficiente para Pareto. Nenhum dos prisioneiros pode melhorar sua situação sem que a do outro piore e vice-versa.

Nota-se, portanto, que o método de Equilíbrio de Nash pode afastar o jogo de um Ótimo de Pareto. Em termos de ganhos sociais, {{Não Confessa}, {Não Confessa}} seria uma solução eficiente no sentido de que faria com que os prisioneiros passassem pouco tempo na prisão, isto do ponto de vista da penosa situação do sistema carcerário brasileiro, representaria um auxílio na redução dos gastos do Estado (apesar de não parecerem suficientes), fazendo com que voltasse seu olhar para outras questões.

2.5.2 O Jogo de Caça ao Cervo: mais do que um equilíbrio de Nash

Certo dia, pensando o caçador A em aventurar-se na caça, convida o caçador B a acompanhá-lo neste intento, combinando o seguinte: “- Sairemos os dois por caminhos

diferentes nessa floresta com o objetivo de caçar cervo, mas sabendo que existem muitas lebres no local e que representam uma opção de caça. Lembre que estamos participando de um torneio e receberemos recompensas em razão da escolha por este ou aquele animal.”

Caça ao Cervo

Caçador A	Caçador B	
	Cervo	Lebre
Cervo	4 ; 4	0 ; 2
Lebre	2 ; 0	2 ; 2

Recompensas dos Caçadores A e B, respectivamente, cotadas em dinheiro.

Da análise da forma estratégica acima, percebe-se um problema de falta de coordenação, pois por mais que caçar cervo seja o inicialmente acordado, qualquer dos jogadores pode optar por caçar lebre, fazendo com que aquele que caçou cervo fique em desvantagem, não obtendo nenhuma recompensa. Se ambos cumprem o combinado e caçam cervo, recebem as mesmas recompensas $\{4; 4\}$, sendo esta a opção mais vantajosa. Em contraste, se descumprem o acordo, recebem recompensas menores, visualizadas no quarto e último quadrante $\{2; 2\}$.

No presente caso apresentam-se dois equilíbrios de Nash, no primeiro e último quadrantes acima, pois racionalizando as ações dos jogadores, percebe-se que se o caçador A caça Lebre, o melhor para o caçador B é também caçar Lebre. A alternativa $\{\{\text{Cervo}\} \times \{\text{Lebre}\}\}$ é prejudicial a um dos jogadores, àquele que caçar Cervo enquanto o outro caça Lebre $\{0; 2\}$ ou $\{2; 0\}$. Demonstra-se, portanto, o primeiro equilíbrio. O segundo se daria no caso de ambos cumprirem com o acordo e caçarem Cervo $\{4; 4\}$.

2.5.3 O Jogo da Batalha dos Sexos

Um casal de namorados adora estar juntos, contudo em um determinado domingo tiveram que realizar a difícil escolha de ir a um show de um artista reconhecido, de quem Ele é muito fã ou ir à igreja que Ela frequenta. Acontece que estão impossibilitados de se comunicar e terão de coordenar suas decisões para atingir o fim de passar a noite juntos.

Ele prefere ir à igreja com ela a ter que ir ao show sozinho, da mesma forma Ela prefere ir ao show com ele a ter que ir à igreja sozinha.

A Batalha dos Sexos

Ela	Ele	
	Igreja	Show
Igreja	3 ; 2	2 ; 2
Show	2 ; 2	2 ; 3

Recompensas dos jogadores Ela e Ele, respectivamente, cotadas em unidades de satisfação pessoal.

Da observação da forma estratégica acima nota-se que existem novamente dois equilíbrios de Nash, presentes no primeiro e quarto quadrantes do jogo, pois os jogadores adotam a melhor resposta que poderiam dar à ação do outro, considerando o fato de prezarem por estar no mesmo local e espera-se que se tiverem de voltar a optar entre uma ou outra alternativa, as escolhas sejam as mesmas. Ocorre que o casal quer usufruir da companhia um do outro e isto só acontece quando ambos vão à igreja ou ao show, sendo que como Ela tem preferência pela Igreja, acaba tendo satisfação maior em ir até o local {3; 2} e ele, é claro, em ir ao show do artista de quem é fã {2; 3}.

2.5.4 Sem contar com: um caso em que não há equilíbrio de Nash

Uma partida de Par ou ímpar⁴

Jogadores e Estratégias		Dino	
		Par	Ímpar
Bina	Par	1; -1	-1; 1
	Ímpar	-1; 1	1; -1

Recompensas de Bina e Dino, respectivamente, cotadas em unidades de bem-estar (ou dinheiro).

Bina e Dino estão de volta! Desta vez em um jogo de soma zero, onde se um jogador ganha certa recompensa o outro necessariamente perde esse valor. Perceba que se ambos os aventureiros optam por par, o resultado é Par e Bina ganha 1 Bd ao passo que Dino perde esse mesmo valor. Se Bina joga par e Dino ímpar, a resposta é ímpar e Bina perde 1 Bd ao passo que Dino ganha 1 Bd. No terceiro quadrante da tabela, por sua vez, Bina joga ímpar e Dino par, de modo que o resultado é par e Dino recebe 1 Bd, enquanto Bina perde 1 Bd. No quarto quadrante ímpar e ímpar fazem com que Bina saia vitoriosa.

O que se quer dizer é que não há combinação de estratégias que atenda às condições do conceito de equilíbrio de Nash. Não há como visualizar o conceito de melhor resposta. Entende-se que é um jogo de conflito permanente, representa situações em que não há possibilidade de os jogadores se conformarem com uma dada combinação de estratégias.

2.6 CLASSIFICAÇÃO DOS DIVERSOS TIPOS POSSÍVEIS DE JOGOS

É constante na literatura a classificação dos jogos em estáticos de informação completa e incompleta e dinâmicos de informação completa e incompleta. O leitor certamente já consegue distinguir entre jogos estáticos e dinâmicos, pois ambos foram introduzidos ao longo do texto, de modo que se diz que um jogo é estático quando os jogadores decidem

⁴ Planilha retirada do livro Teoria dos Jogos: - Crenças, Desejos, Escolhas.

simultaneamente, ao mesmo tempo, ignorando o que o outro decidiu e sem se preocupar, portanto, com as consequências futuras de sua escolha e dinâmicos quando a situação é inversa, há uma ordem predeterminada em que os jogadores tomam suas decisões.

Antes de mais nada, dizer que a exposição que acontecerá nas páginas que se iniciarão ao fim desse capítulo introdutório levam em consideração o processo penal como um jogo dinâmico e de informação incompleta. Isso mesmo: a teoria na prática! Dinâmico porque, como dito, a interação entre os jogadores se processa sucessivamente, se decide depois de conhecer a decisão do outro e isto envolve avaliar que possíveis consequências teria a decisão, a possibilidade de retaliação pelo outro jogador, enfim, e cuidando que há um terceiro imparcial no jogo, o julgador. Ótimo! E o que significa dizer que o jogo é de informação incompleta?

Quando todos os jogadores tem conhecimento de todas as informações contidas na matriz de recompensas se diz que o jogo é de informação completa, ao passo que quando pelo menos um jogador não tem conhecimento de uma parte das informações relevantes se está diante de um jogo de informação incompleta. Por este modelo, no processo penal, que acontece em rodadas (subjogos) é preciso captar o outro jogador, conhecer o julgador para ter sucesso na partida.

FIGUEIREDO (1994, p.4) ensina:

Em relação aos lances ou movimentos, um jogo pode ser de informação perfeita e de informação imperfeita. Um jogo é de informação perfeita se a cada movimento todos os jogadores conhecem as escolhas feitas nos movimentos anteriores. Caso esta condição não ocorra, o jogo é de informação imperfeita.

Se diz que um jogo é de informação perfeita quando os jogadores compartilham toda a informação relevante do jogo, sabem com quem estão jogando, seus pay-offs, *no caso de um jogo dinâmico, o que o outro escolheu*. É de informação imperfeita quando pelo menos um dos jogadores não sabe como o outro se comportou no passado, de modo que todo jogo estático é também um jogo com informação imperfeita.

Atente para o seguinte: os conceitos de informação completa e incompleta não se misturam com os de informação perfeita e imperfeita. Conhecer as estratégias e recompensas dos demais jogadores não significa dizer que suas ações sejam conhecidas.

Há também os jogos ditos simétricos e assimétricos. Simétricos, quando invertendo-se as estratégias dos jogadores, suas recompensas também se invertem. Assimétricos quando

algum fator impedir que isto ocorra, por exemplo, diferenças na quantidade de informação disponível para cada jogador.

Veja que até agora foram exibidos jogos estáticos de informação completa (Dilema dos Prisioneiros, Caça ao Cervo). Na tentativa de subsidiar uma muito breve introdução à teoria dos jogos, refina-se a abordagem com um jogo estático de informação incompleta, o jogo das Direções. Acompanhe a forma normal a seguir:

Direções⁵

Jogadores e estratégias		Dino	
		Esquerda	Direita
Bina	Alto	3; 3	1; X
	Baixo	1; 3	3; X

Recompensas de Bina e Dino, respectivamente, cotadas em unidades de bem-estar ou dinheiro.

Esse caso remete ao Teorema de Bayes, que permite realizar o cálculo de probabilidade de um evento condicionado à ocorrência de outro, levando em consideração a informação disponível. Desse modo, considere o conceito de equilíbrio de Nash bayesiano, segundo o qual a estratégia de um jogador depende apenas do seu tipo, não dos tipos dos demais jogadores. Como se vê, parte da matriz de recompensas é desconhecida por parte de Bina: ela desconhece as recompensas de Dino se ele jogar Direita.

O que sabe é que se Dino jogar Esquerda sua melhor opção é jogar Alto e que se ele jogar Direita, sua melhor escolha é jogar Baixo. Também sabe que há a possibilidade de X ser inferior a 3 Bd, o que fará com que Dino opte por Esquerda. Ela faz, naturalmente, uma estimativa do valor de X (distribuição de probabilidades). Considera, por exemplo, que está no intervalo (0-3), com iguais probabilidades. Tendo X um valor esperado de 1,5, e fazendo uma pequena correção, segundo explica B. Lions (1992, apud Brena Paula Magno Fernandez e Duilio de Avila Bêni, 2014, p. 86): “(...) Bina pode pensar que, em média, é mais provável que Dino escolha *Esquerda*, de sorte que ela dá sua melhor resposta escolhendo *Alto*”.

⁵ Planilha retirada do livro Teoria dos Jogos: - Crenças, Desejos, Escolhas.

Anote que para cada tipo de jogo há uma solução de equilíbrio. Para jogos estáticos de informação completa, o equilíbrio de Nash. Para jogos estáticos de informação incompleta, o equilíbrio de Nash bayesiano. Para jogos dinâmicos de informação completa e incompleta, por sua vez, o equilíbrio perfeito de subjogo e o equilíbrio bayesiano perfeito, respectivamente.

Feita essa observação, por fim, vale reforçar que a teoria é um ramo da matemática aplicada. E por isso, talvez, quem acredite ser até desnecessário trazer à luz os conceitos ora trazidos, destacados daquele algo por vezes claro, por vezes vago, que é a matemática, como disse Lakatos (1922-1974). A percepção do autor, no entanto, é a de que era preciso uma introdução, uma descrição informal da teoria dos jogos para melhor visualizar a proposta do presente trabalho.

2.7 APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA: O PROCESSO PENAL (PARTE I)

2.7.1 Conceitos importantes da teoria dos jogos processuais

A partir da pesquisa em paralaxe, que transforma a perspectiva sobre o mesmo objeto, como ensina Alexandre Morais da Rosa apoiado em Slavoj Zizek, autor de *A Visão em Paralaxe*, busca-se compreender o processo penal via teoria dos jogos em uma abordagem voltada à realidade, sem desprezar a ideia de que o que há é um jogo de guerra processual.

Para bem compreender essa abordagem, alguns conceitos são muito importantes. Dessa maneira, 1- jogo processual é a atividade firme no respeito ao contraditório, às condições ideais de fala e oitiva da outra parte, regulada por lei e que busca o melhor resultado, a ser definido pelo julgador, de modo que os jogadores interagem entre si, cientes de que suas decisões interferem umas nas outras.

2 - Subjogo diz respeito às muitas etapas em que se desenvolve o jogo processual, etapas autônomas, como é o subjogo probatório, por exemplo.

3 - Jogos repetidos são aqueles em que jogadores e julgador estão cientes de que jogarão outras partidas processuais juntos, pois partilham a mesma unidade jurisdicional. Assim, a chance de cooperação é maior, salvo se já houver hostilidade entre eles.

4 - Jogadores são os participantes diretos do jogo processual: acusação e assistente de acusação e defensor e acusado. O julgador, por outro lado, é o juiz, desembargador, ministro, que tem a obrigação de garantir o cumprimento das regras do jogo, proferindo decisão ao final deste.

5 - Estratégia, por sua vez, diz respeito a um planejamento realizado pelo jogador para maximizar seus *payoffs*, suas recompensas no jogo. Pode ser dominante ou dominada, nos mesmos termos vistos anteriormente quando se apresentou a teoria dos jogos, ou seja, dominante é a estratégia que ocasiona maiores retornos, é a melhor estratégia, independentemente do que o outro jogador possa vir a escolher e dominada, o inverso.

6 - A tática concerne ao conjunto de ações vinculadas à estratégia, que visam cumpri-la, fazendo com que o jogador se movimente com destreza (ou não) no jogo processual. A título de exemplo, o modo como se seleciona perguntas durante a audiência pode ser uma tática.

7 - A noção de equilíbrio de Nash, já trabalhada, informa que se os jogadores são racionais, ou seja, buscam maximizar a utilidade do processo, apesar de que “no decorrer do jogo as micro-decisões acontecem e elas não são todas da ordem do racional”, explica Alexandre Morais da Rosa (2014, p.28), a ação de cada um deles representa a melhor resposta à ação do outro, havendo expectativa de que isso não mude.

Por fim, vislumbra-se necessário fazer referência às regras do jogo processual. Devem ser buscadas em suas fontes, a Constituição de 1988, as convenções de direitos humanos, código de processo penal e legislação.

Há consenso, todavia, no sentido de que as normas de processo penal no Brasil são um caos, pois o que parece é que para cada unidade jurisdicional há um processo penal diferente. Assim, deve haver estudo prévio ao jogo processual, no sentido de conhecer as variáveis, o perfil dos julgadores e jogadores. É preciso, em outras palavras, haver estudo antecedente para descobrir como se joga na unidade jurisdicional respectiva, no cotidiano das violações diárias, inserir-se naquele lugar maravilhoso do processo como fazem todos os outros jogadores para participar, para que o discurso do indivíduo possa ser reconhecido.

3 APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA: O PROCESSO PENAL (PARTE II)

No que tange ao processo penal, a aplicação da teoria dos jogos se dá de modo a garantir o *fair play*, ou seja, o jogo limpo, um processo justo, que respeite as regras do jogo e tire da letra morta do papel a essência do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, as garantias presentes na Constituição devem ser consideradas em relação, por exemplo, à aplicação da lei penal propriamente dita, mas tanto o CP quanto o CPP são documentos editados durante o Estado Novo. Assim, o Direito e o Processo Penal passam por déficit hermenêutico apesar da Constituição de 1988.

Luigi Ferrajoli (2012, p. 56):

(...) Comporta, em síntese, o reconhecimento de uma normatividade forte das Constituições rígidas, em razão da qual, estabelecido constitucionalmente um direito fundamental, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir - no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introdução mediante legislação ordinária - o dever a ele correspondente, que compete à esfera pública. (...) Devemos, em suma, reconhecer que a Constituição é um projeto normativo em grande parte não realizado; e que é da mais plena concretização, sempre parcial e imperfeita, da sua normatividade que depende o futuro da democracia.

Passado o período de ditadura (1964-1985), a partir da redemocratização do país com a eleição do ex-presidente Fernando Collor de Melo, a atitude das instituições jurídicas foi repudiar atos de força, de exceção. Havia uma tendência natural de preservação das garantias constitucionais (vida, liberdade, propriedade, liberdade de crença, consciência, etc.) em detrimento das normas infraconstitucionais.

Necessário que o sistema acusatório seja consagrado no país, trazendo consigo a observância de garantias como o contraditório, a ampla defesa, a primazia do devido processo legal substancial. Tendo como base a Teoria Garantista, naquilo que é pertinente, e compreendidas sob a ótica da teoria dos jogos a visualização do processo como procedimento em contraditório contribui para tornar legítima a aplicação do Direito e romper de uma vez por todas com as mazelas do autoritarismo decorrente de um passado antidemocrático, que não respeitava os direitos e garantias historicamente reconhecidos.

Fala-se, ainda, em “jogo de guerra processual”. Ensina James Goldschmidt (1936, apud Aury Lopes Júnior, 2012, p. 101):

(...) quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde.

O pensamento de Goldschmidt aponta a incerteza que existe na atividade processual. Não é possível descobrir, até momento oportuno, se a sentença será favorável ou desfavorável, por exemplo, sendo necessário que o jogador seja impulsionado pela vitória, mas não pela vitória a qualquer custo, conformada na ideia de que os fins justificam os meios.

O jogador tem que lutar, antes de mais nada, pelo respeito às regras do jogo, procurar fazer boas escolhas, produzir elementos de convicção para um julgamento favorável a seu interesse, todos cientes de que a carga probatória fica a cabo do jogador acusador e que a defesa deve lidar com o risco. Ao réu não cabe provar nada, acobertado que é pela presunção de inocência.

Alexandre Morais da Rosa (2015, p. 35-36) esclarece:

O processo judicial possui a tendência de ficar intenso e o momento de produção probatória encontra seu ápice. O atrito como a forma de dificuldades de informação faz com que a prova seja sempre uma exceção e, como tal, inserida numa lógica singular, sem universalismos. **Deve-se, pois, (i) dominar a teoria processual e de direito penal; (ii) ter-se experiência de jogo (de combate) ou treinamento e; (iii) entender o caráter cambiante do jogo e das sucessivas rodadas (subjogos).** (grifei)

O jogo acontece através de rodadas, uma delas, cuja menção vem a calhar por ser tática processual muito útil à acusação, é o subjogo da prisão e das cautelares (segundo o CPC, sequestro de bens, sequestro de bens imóveis, hipoteca legal de bens imóveis, arresto prévio de bens imóveis e arresto de bens móveis).

A pressão pela liberdade faz com que os movimentos da defesa consistam em promover a soltura do indivíduo, que ainda é investigado/acusado. Sobre as prisões cautelares, indaga-se: onde fica a presunção de inocência? É necessário lembrar que são excepcionais, servem ao processo, para garantia da prova e aplicação da lei penal.

O fato é que a prisão cautelar está prevista no ordenamento jurídico e sua decretação ou manutenção deve obedecer a certos requisitos legais. A este respeito, a redação do art. 312, *caput*, CPP, que dispõe: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (...)”

A redação do artigo permaneceu inalterada com a reforma promovida em 2011 e como se vê há ausência de objetividade em termos como “garantia da ordem pública”, “da ordem econômica”. Fala-se, então, que prisões preventivas decretadas com fundamento nesses conceitos, por demais vagos, não seriam cautelares, mas substancialmente inconstitucionais.

No mais, há de existir o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, categorias próprias do processo penal, respectivamente, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e perigo que decorra do estado de liberdade do acusado. Não basta para decretação das cautelares pessoais fazer referência ao clamor público, à intranquilidade social e ao aumento da criminalidade, tampouco a gravidade do delito para demonstrar a sua necessidade, como explicou o desembargador Amilton Bueno de Carvalho, relator, na Apelação Criminal nº 70006140693.

O subjogo das medidas assecuratórias também pode ser utilizado como estratégia pelo jogador-acusador, pois expõe o acusado e seu defensor à mídia ao passo que o acusado fica impedido de dispor de seu patrimônio. Servem à constituição da prova e/ou aos interesses econômicos da vítima.

Outrossim, pelo ângulo da constituição da prova, a busca e apreensão poderia muito bem ter sido incluída no rol das medidas cautelares, mas o CPP a inseriu no campo das provas, que serão discutidas adiante.

As cautelares reais exigem também a demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para sua decretação. Requisitos que, quando trata-se de medidas cautelares patrimoniais, podem ser evocados pelos termos do processo civil. Portanto, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

3.1 OS SISTEMAS ACUSATÓRIO VERSUS INQUISITÓRIO

A fim de compreender as origens do sistema inquisitório, é possível observar a forte influência exercida pela Igreja Católica na Europa, principalmente sobre a legislação da época (entre os séculos XII e XV), evidenciando-se, assim, a égide de um sistema eminentemente inquisitório.

A Igreja Católica, em seu apogeu, adotou práticas inquisitoriais, de modo que apesar de dizer que tratava-se de julgamento, cerceava para toda a população o direito de defesa.

Cite-se como exemplo a Santa Inquisição, onde mulheres eram queimadas vivas aos olhos de todos, onde segundo Felipe Martins Pinto (2010, p. 191):

Sob o pálio de combater o diabo e as suas diversas manifestações, a Igreja operou um combate, não só aos maniqueístas, valdistas e cátaros, mas uma batalha irrestrita e intolerante à diversidade de opiniões e de crenças, enfim, às diferenças. Assim, imprimiu-se uma perseguição a judeus, moriscos, feiticeiras, pensadores livres e místicos.

Nesse período não havia separação entre religião, moral e Direito. Assim, dogmas e argumentos de origem divina interferiam na estrutura jurídica e política do Estado. A Inquisição não tratava-se, portanto, de um simples tribunal político.

Nesse sentido, acerca das características do sistema inquisitório, tem-se que: há um julgador permanente, que abarcava as funções de juiz, acusador, além de investigar; desigualdade entre acusação e defesa; procedimento de investigação sigiloso, secreto e escrito; sem contraditório e ampla defesa; prova legalmente tarifada, onde havia a sobreposição de uma prova em relação à outra; a sentença não fazia coisa julgada e a prisão preventiva era a regra.

Por outro lado, tem-se o sistema acusatório, que passada a idade média, em meados do final do século XVIII, reassumiu seu lugar com adaptações, regulando o processo penal. Sabe-se que antes disso chegou a vigorar em Roma e na Grécia Antiga. Entre suas características está a de o magistrado ser um árbitro sem iniciativa investigatória, o processo ser oral, público e contraditório, a análise da prova se dar com base na livre convicção, a sentença fazer coisa julgada e a liberdade do indivíduo ser a regra, ou seja, são modelos diametralmente opostos.

A Constituição de 1988 resguarda o princípio acusatório, sendo um modelo indicador de como deve ser levado a cabo o processo penal. Apesar do comando constitucional, há resquícios do modelo inquisitório, herança de séculos passados. Um exemplo disso é a manutenção da busca pela verdade real pelo magistrado, que dispense dos meios necessários e legais, solicitando diligências, para alcançar a “verdade” dos fatos.

Há quem afirme que o sistema vigente no Brasil seria o misto, por guardar características dos dois sistemas, inquisitório e acusatório, e por defenderem que não existe um sistema puro. Contudo, não há um terceiro sistema, pela ausência de um significante, como explica Felipe Vaz de Queiroz em Atividade (ana) Crônica do Juiz no Processo Penal Brasileiro.

Reiterando o que foi afirmado e na tentativa de superar o dilema entre sistema acusatório e inquisitório, Juan Montero Aroca (1997, apud Alexandre Morais da Rosa, 2014, p. 53) argumenta que:

(...) não há sentido em se invocar conceitos do passado para dar sentido ao presente, no contexto dos sistemas processuais penais, justamente porque a estrutura de pensar se modificou em face do monopólio jurisdicional e constitucional. Isso implica, assim, na necessidade de realinhar a noção a partir da leitura dos documentos de Direitos humanos (Declarações e pactos internacionais) e a Constituição da República. Manter-se a noção histórica somente ajuda a obscurecer, confundir e impedir a leitura constitucionalmente adequada dos lugares e funções do e no processo penal, especialmente quando adotada a teoria dos jogos.

Dessa forma, não se deve fazer a leitura isolada dos dispositivos constitucionais para descobrir sob a égide de que sistema encontra-se o Brasil, mas sim uma avaliação conjunta das decisões das Cortes estrangeiras e documentos internacionais.

3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

A Carta Magna da Inglaterra de 1215, vigente no Reinado de John de Anjou, chamado João “sem-terra” deu origem ao devido processo legal. Com ele, houve o reconhecimento de que o rei não tinha poderes absolutos. Deste momento em diante, o devido processo legal teve sua inserção nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

No Brasil, o princípio veio expresso a partir da Constituição de 1988, em seu art. 5º, LIV “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, estando implícito nas Constituições anteriores segundo parte da doutrina.

Resta assegurado a todos, portanto, a garantia de não ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem observar um contraditório não somente formal, mas substancial, segundo a forma prescrita em lei.

O STF, em habeas corpus, de nº 94.016-SP manifestou-se da seguinte forma acerca da aplicação do *due process of law*:

O exame da cláusula referente ao ‘due process of law’ permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as

seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ‘ex post facto’; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de ‘participação ativa’ nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.

Assim, para instrumentalizar o devido processo legal, aplicando o princípio da proporcionalidade, recorre-se à necessidade, adequação e razoabilidade. Esta última, no sentido de buscar resguardar os direitos do indivíduo no momento do delito, no momento do processo e quando da execução da pena e não somente almejar a defesa social.

Com relação ainda, à necessidade e à adequação, por necessidade se entende que o Estado deve intervir minimamente na esfera privada, e por adequação, a relação a ser respeitada entre meio e fim para obtenção do fim almejado. É o que ocorre com a prisão cautelar, por exemplo, pois não se justifica manter um indivíduo preso, se ao final ele não for responder por uma pena privativa de liberdade.

3.3 UM INSTRUMENTO DA FASE PRÉ-JOGO: O INQUÉRITO POLICIAL

Antes de iniciar a partida processual, é necessário um procedimento responsável por investigar o fato delituoso, encontrar indícios de autoria e materialidade. O inquérito é um procedimento administrativo, não jurisdicional, eminentemente inquisitorial e que tem como objetivo extrair do indivíduo a realidade dos fatos. Frise-se que relativamente à lei nº 9.099/95 não se falar em inquérito policial, mas em termo circunstanciado.

O Código de Processo Penal, em seu art. 5º, II, aduz que:

Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

O inquérito policial, pois, tem início com o indiciamento. Havendo indicativos, ele é obrigatório e tem as seguintes consequências: o interrogatório, pregressamento, aliás, passível

de análise dentro da perspectiva atual do Direito Processual Penal Brasileiro, identificação criminal, acesso às informações já coletadas, via defesa técnica. Com a impetração de habeas corpus, todavia, é possível buscar o desindiciamento.

Com relação à publicidade do ocorrido nas investigações tem-se que, de acordo com a súmula vinculante nº 14, STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

No que atine ao arquivamento, ele não pode ser feito pela autoridade policial ao seu bel-prazer, exige, primeiramente, que os autos sejam remetidos ao Ministério Público para que este decida ou não pelo oferecimento da denúncia, a não ser que determine a devolução dos autos à autoridade policial para a realização de diligências extras. Feito isto, caso seja imprescindível, pode também o Ministério Público decidir pelo seu arquivamento, contudo surgindo novos elementos, provas, poderá optar por reabrir o procedimento.

A autoridade policial, quando do inquérito, deve obedecer ao disposto no art. 6º, CPP, estando impedida de realizar interceptação telefônica e quebra de sigilo fiscal/bancário, por exemplo, pois são medidas que estão a ela restritas, dada a reserva de jurisdição.

Ademais, o indiciado deve ser advertido de seu direito ao silêncio, a chamada Advertência de Miranda, de modo que o indivíduo tem a possibilidade consultar-se com um defensor e deve ser advertido de seu direito de não se autoincriminar.

Com relação ao prazo para encerrar as investigações, este é de 10 dias se estiver o indivíduo preso e de 30 dias se estiver solto, podendo ser prorrogado. Já o prazo, quando as investigações estão a cargo da Polícia Federal, é de 15 dias, prorrogável por igual período. No caso da Lei de Drogas, em específico, o prazo é de 30 dias para preso e 90 dias para o indivíduo solto.

Nesse contexto, saliente-se que a competência para investigar é da Polícia Judiciária, (Polícia Civil ou Polícia Federal), que atua através da figura do Delegado de Polícia ou Delegado Federal, e é formada por agentes e investigadores. Detalhe importante é o de que o Ministério Público, apesar de existir quem pense o contrário, não pode investigar, pois a Constituição, em seu art. 129, VI e VII, a LC 75/93, em seu art. 8º e a Lei 8.625/ 93, no art. 26, atribuem ao Ministério Público a função de jogador, titular da ação penal, e não de investigador, exceto quando o investigado for membro do Ministério Público.

Por fim, ressalte-se que não é possível justificar uma condenação apenas com base no inquérito policial, pois o procedimento não observa o art. 5º, incisos LIII, LIV, LV e LVI da Constituição, tampouco o art. 93, IX, CF. Também não observa o art. 8º da CADH.

3.4 AS REGRAS DO JOGO PROCESSUAL

3.4.1 Jurisdição

Dentro dessa perspectiva do processo como jogo, necessário reavaliar o lugar da Jurisdição, da ação e do processo no âmbito do Direito Processual Penal.

Nesse sentido, Ferrajoli, em sua teoria do garantismo penal, elenca *onze princípios* necessários para a legitimação do sistema penal e da sanção. Estão classificados segundo critérios penais e processuais penais. As garantias penais são *delito, lei, necessidade, ofensa, ação e culpabilidade* e as garantias processuais penais: *jurisdição, ação, prova e defesa*. Esses princípios juntos constituem condição da responsabilidade penal.

Sobre o assunto, Aury Lopes Jr. (2012, p. 445-446) explica:

Assim, pensamos que jurisdição é um direito fundamental, tanto que ao tratarmos dos princípios/garantias do processo penal, o primeiro a ser analisado é exatamente esse: a garantia da jurisdição. Ou seja, o direito fundamental de ser julgado por um juiz, natural (cuja competência está prefixada em lei), imparcial e no prazo razoável. É nessa dimensão que a jurisdição deve ser tratada, como direito fundamental, e não apenas como um poder-dever do Estado.

O juiz, nesse diapasão, é responsável pela regularidade na produção dos significantes probatórios e pela expedição, em nome do Estado, da decisão penal, respeitando o *devido processo legal substancial*.

A jurisdição possui seus próprios princípios informadores, quais sejam, princípio do juiz natural, da imparcialidade, da indeclinabilidade e da inércia da jurisdição.

O juiz natural consiste no direito que todo cidadão possui de saber qual é o seu juiz, ou seja, quem é a autoridade que irá julgá-lo caso pratique uma conduta definida como crime. É uma garantia definida no momento do cometimento do fato delituoso, pois a definição

posterior ao fato de quem seria o juiz da causa afetaria outra garantia do magistrado, a da imparcialidade. O princípio é verdadeiro pressuposto para a existência da figura do juiz.

Acerca do princípio da imparcialidade, observe o art. 156, I e II, CPP:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A imparcialidade leva em consideração o juiz como um ser com emoções, de modo que estas podem afetar o ato de julgar, afetar sua neutralidade. Nesse sentido, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz (produção de prova de ofício), por exemplo, viola a garantia da imparcialidade.

Fala-se em um juiz natural e imparcial, que também não pode declinar do dever de julgar. Há uma exclusividade do poder de “dizer o Direito”, de modo que a decisão judicial não pode ser delegada a um terceiro.

Do mesmo modo, esse juiz não pode atuar de ofício (*ne procedat iudex ex officio*), é preciso que haja invocação do poder exercido pelo juiz através da queixa-crime, se a iniciativa da ação penal for privada ou da denúncia, nos delitos em que a ação penal é de iniciativa pública.

3.4.1.1 Breves considerações acerca da competência em matéria penal

A jurisdição é una, mas obviamente um único juiz não pode ficar responsável por todos os processos. Assim, foram estabelecidos critérios legais de competência em matéria penal, de modo a obter-se o melhor provimento da prestação jurisdicional.

O Código de Processo Penal disciplina a matéria em seu art. 69:

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional: I - o lugar da infração; II - o domicílio ou residência do réu; III - a natureza da infração; IV - a distribuição; V - a conexão ou continência; VI - a prevenção; VII - a prerrogativa de função.

A fixação da competência se dá em face da pessoa, matéria e lugar e as possíveis justiças competentes são: Justiça Militar (Federal ou Estadual); Justiça Eleitoral; Justiça Comum (Federal ou Estadual); JECrins (Federal ou Estadual).

A este respeito, Maria Lúcia Karam (2005, apud Alexandre Morais da Rosa, 2014, p. 131) explica:

(...) conforme Lopes Jr., pode-se fazer 3 (três) perguntas em série: **a) Qual é a Justiça e o órgão competente?** a1) Justiças Especiais: Militar (Federal ou Estadual) ou Eleitoral; a2) Justiças Comuns: Federal ou Estadual. **b) Qual é o foro competente?** (CPP, arts. 70, 71, 88 a 90); **c) Qual é a vara ou juízo?** (quando mais de um juiz for competente, normalmente por prevenção ou distribuição). Diante da imputação apresentada cabe perfilhar o seguinte trajeto: a) É crime militar? Se sim: a1) Federal ou Estadual? Se sim: a2) Qual órgão competente? (STM, Tribunais Militares ou Auditorias Militares). Se não: b) É crime eleitoral? Se sim: b1) Qual o órgão competente? (TSE, TRE ou Zona Eleitoral). Se não: c) Justiça Comum: c1) Justiça Federal (TRF, Júri, Vara ou Juizado Especial); c2) Justiça Estadual (TJs, Júri, Vara ou Juizado Especial). (grifei)

A pretensão é a de que após responder a essas perguntas se obtenha o juiz ou tribunal competente para o julgamento do processo. Há de se atentar, também, para a possibilidade de conexão ou continência. Ademais, é preciso conhecer a competência das Justiças (Especiais e Comuns).

Da compreensão da jurisdição enquanto direito fundamental do indivíduo, discussão apropriada a esse trabalho surge em torno da importação para o processo penal de critérios civis de fixação de competência. Assim, se distingue competência absoluta e relativa no processo penal, como se estivesse no manejo do processo civil.

O correto, para afirmação do modelo processual acusatório, seria a compreensão de que a competência é sempre absoluta (aversão à ideia de que a competência em razão do lugar é relativa), isto levando em consideração a garantia universal do juiz natural, as regras previamente estabelecidas. Filia-se aos que defendem que a jurisdição é improrrogável.

Efetuadas essas considerações, a atenção se volta ao estudo da ação penal, componente que é da tríade sobre a qual está o Direito Processual Penal Brasileiro: jurisdição, ação e processo.

3.4.2 Ação Penal

Registre-se que a noção de processo penal acusatório antecede o conceito de ação penal. Quer se dizer que a ação se realiza no sistema acusatório, de modo que o Ministério Público através dela começa a guerra.

O exercício da ação penal obedece ao concurso dos critérios de denúncia/queixa apta, pressupostos e condição da ação e análise de sua justa causa e a tipicidade aparente. Acompanha-se o entendimento, ainda, de que é necessário, para o recebimento da ação penal, que haja motivação, ou seja, que haja fundamentação, por exemplo, no preenchimento das condições da ação.

Quanto ao primeiro critério acima elencado - denúncia/queixa apta -, o art. 41, CPP aduz que “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Nesse sentido também o art. 44 do CPP, explica que precisa ser assinada pelo Ministério Público ou pelo advogado com poderes para tanto.

Já na denúncia é necessário escrever narrativas, pois ela deve responder a perguntas tais como “quem é o acusado?”, “que condutas são imputadas?”, “onde?”, “quando?”, “com que meios?”

Desse modo, a denúncia deve trazer toda a descrição do fato delituoso, todos os pormenores, sendo o mais precisa possível, pois é a narrativa de um evento passado que veio a conhecimento dos jogadores e do julgador. Só assim é possível a realização do contraditório, por meio da acusação de uma conduta específica no tempo e no espaço.

No que se refere às condições da ação penal, segue-se a abordagem de Aury Lopes Jr., que as busca dentro do próprio processo penal, atendendo à sua especificidade: prática de fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta, legitimidade das partes e justa causa.

Considerando a primeira condição, prática de fato aparentemente criminoso, - *fumus commissi delicti* - se elementos indicarem que o acusado agiu amparado por uma causa excludente de ilicitude, com base no art. 395, II, CPP, a denúncia ou queixa deve ser rejeitada. Ocorrendo de o convencimento do juiz se dar após a resposta do acusado, com fulcro no art. 397, CPP, a decisão será a de absolvição sumária.

A punibilidade concreta refere-se à situação em que deve o juiz rejeitar a denúncia ou queixa também quando houver causa da extinção da punibilidade como a prescrição, decadência ou renúncia nos crimes de ação privada, nos termos do art. 107, IV e V, CPP. Do mesmo modo, a absolvição sumária fica reservada à hipótese em que a resposta escrita do acusado é recebida após o recebimento da denúncia.

Sobre a legitimidade das partes, nos processos em que a ação é de iniciativa pública, o pólo ativo é ocupado pelo *Parquet*, como assim é o comando do art. 129, I, CF. Já nos casos em que a ação penal é de iniciativa privada, esse espaço é ocupado pela vítima ou seu representante legal, isto nos termos dos arts. 30 e 31, CPP. Essa situação é decorrência da divisão entre as esferas pública e privada no tratamento da ação penal.

O pólo passivo é ocupado pelo autor do delito, proveniente da prática de fato definido como crime, lembrando que o menor de 18 anos não pode ocupar o pólo passivo da ação, tampouco importa que esteja emancipado, sendo para o Processo Penal parte ilegítima por ser inimputável segundo as regras de direito penal.

O direito de acusar, quer esteja nas mãos do Ministério Público, quer esteja nas mãos do particular, não pode ser usado levemente, de modo que deve haver justa causa para o exercício da ação penal. Quer se dizer, deve existir uma causa jurídica e fática que justifique a acusação.

A justa causa, obedecendo à classificação do autor, está relacionada a dois fatores: existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade e controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal. A acusação deve apresentar, indiscutivelmente, os lastros de autoria e materialidade, que apontem a ocorrência do delito e de modo que se estabeleça a segura suspeita de quem seja seu autor. Além disso, segundo o Direito Penal Mínimo, não é possível tutelar todo tipo de situação que vá de encontro à proteção da esfera privada do indivíduo, pois nem todos os bens são considerados relevantes e dignos de serem penalmente tutelados.

Existem, ainda, dentro dessa classificação, outras condições da ação penal, ditas específicas por alguns autores, quais sejam: condições de procedibilidade - representação e requisição do Ministro da Justiça -, outras exigidas pela lei penal ou processual penal, poderes especiais e menção ao fato criminoso na procuração que outorga poderes para ajuizar queixa-crime, de acordo com o art. 44 CPP; a entrada do agente em território nacional, nos casos de extraterritorialidade da lei penal, para atender a exigência do art. 7º do CP; o trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento no crime do art. 236, parágrafo único, CP e

prévia autorização da Câmara dos Deputados nos crimes praticados pelo Presidente ou Vice da República, bem como pelos Ministros de Estado, de acordo com o art. 51, I, CF.

Nesse contexto, acerca da ação penal, indispensável abordar a sua classificação, que se dá de modo a considerar a legitimidade para ingresso, podendo ser pública, condicionada ou incondicionada e privada.

O código, no tipo penal, não traz expressamente os casos em que a ação penal será de iniciativa pública, pois em regra, se não vier expresso - “somente se procede mediante queixa” - será de iniciativa pública e incondicionada, a cargo do Ministério Público. Existem casos em que o Ministério Público age, porém se procede mediante a representação do ofendido, a título de exemplo o que está previsto no art. 147, CP, que traz o crime de ameaça e expressamente aduz em seu parágrafo único - “Somente se procede mediante representação” - . Além da representação do ofendido, existe a hipótese em que se exige a requisição do Ministro da Justiça, como prevê o art. 145, parágrafo único, CP, no caso de calúnia, injúria ou difamação praticados contra o Presidente da República (crimes previstos nos arts. 138, 139 e 140, CP).

A ação penal de iniciativa pública, condicionada ou incondicionada, orienta-se pelos princípios da oficialidade ou investidura, obrigatoriedade (ou legalidade), indisponibilidade, indivisibilidade e intranscendência, que informam, respectivamente: a ação penal de iniciativa pública fica a cargo do MP, somente ele pode exercê-la; o *Parquet* tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação, acima elencadas; não pode o MP dispor da ação penal, ou seja, uma vez proposta não cabe desistência; indivisível, pois havendo mais de um réu, a ação deverá ser proposta contra todos, não sendo permitida a “eleição” de réus; por fim, a ação não pode passar da pessoa do imputado.

Como implícito acima, existem momentos em que o código prevê no próprio tipo penal que a ação deverá ser de iniciativa privada, onde se procede mediante queixa-crime do próprio ofendido ou seu representante legal (sendo o ofendido menor ou incapaz), exerce, pois, como faz o Ministério Público no caso de ação penal pública, o direito de titular da ação penal. É como se ele detivesse um direito próprio de acusar.

A ação penal privada, que se norteia pelos princípios da oportunidade e conveniência, disponibilidade e indivisibilidade, se subdivide em categorias próprias ou espécies de ação penal privada, podendo ser: originária ou comum, que é a ação penal privada propriamente dita, a ser ajuizada no prazo decadencial de seis meses; personalíssima, categoria que subsiste para o tratamento de um único crime, o previsto no art. 236, CP - induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento -. Conforme afirma o parágrafo único deste artigo, o ajuizamento

da ação fica a cargo exclusivamente da vítima, o contraente enganado. Com sua morte, extingue-se, assim, a punibilidade e a ação penal, por isso personalíssima.

Tem-se, ainda, a ação penal subsidiária da pública, prevista no art. 5º, LIX, CF, bem como nos arts. 29, CPP e 100, § 3º, CP, a hipótese em que a vítima, diante da inércia ou omissão do Ministério Público em propor a ação penal pública dentro do prazo legal, fica legitimada (legitimação extraordinária) a tomar as rédeas mediante uma “queixa substitutiva”.

3.4.3 Processo

De início, registre-se que há duas espécies de processo penal, de conhecimento e de execução. Ademais, processo e procedimento são conceitos diferentes. Aury Lopes Jr. (2012, p. 923) ensina:

O primeiro (processo) remete à existência de uma pretensão acusatória deduzida em juízo, frente a um órgão jurisdicional, estabelecendo situações jurídico-processuais dinâmicas, que dão origem a expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas, pelas quais as partes atravessam rumo a uma sentença favorável (ou desfavorável, conforme o aproveitamento das chances e liberação ou não de cargas e assunção de riscos).

Noutra dimensão, por procedimento entende-se o lado formal da atuação judicial, o conjunto de normas reguladoras do processo ou ainda o caminho (*iter*) ou itinerário que percorrem a pretensão acusatória e a resistência defensiva, a fim de que obtenham a satisfação do órgão jurisdicional.

Como se vê, é por meio do procedimento que o processo se realiza. O CPP estabelece o comum (ordinário, sumário e sumaríssimo) e o especial (júri, honra, propriedade imaterial, crimes de responsabilidade dos funcionários públicos).

Para efeito desse estudo será abordado o procedimento comum em sua totalidade e o especial, especificamente, no que tange ao júri, por ser o mais corriqueiro do dia a dia da prática processual penal.

3.4.3.1 Procedimentos do Código de Processo Penal

Conforme lição de Aury Lopes Júnior, sobre o rito comum tem-se o procedimento ordinário para os crimes cuja pena máxima cominada seja igual ou superior a 04 anos (arts. 395 a 405, CPP); o sumário para aqueles cuja pena máxima cominada for inferior a 04 anos e superior a 02 anos (arts. 531 a 538, CPP) e sumaríssimo para crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima for igual ou inferior a 02 anos. Este está previsto no diploma processual penal, mas sua disciplina se dá através da Lei nº 9.099/95 (arts. 77 a 83). Lembre-se que a mesma lei prevê os institutos da composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo.

Compondo o rito especial têm-se os crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (arts. 513 a 518, CPP); os crimes contra a honra (arts. 519 a 523, CPP); crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524 a 530-I, CPP e Lei nº 9.279/96) e o rito dos crimes da competência do júri (arts. 406 a 497, CPP).

Existem, ainda, fora do CPP, ritos especiais, para Crimes falimentares (Lei nº 11.101), Lavagem de dinheiro (segue o rito ordinário, mas respeita a Lei nº 9.613 naquilo que ela observa), Eleitorais (lei nº 4737/65), Competência originária (Lei nº 8.658/93, que alude à Lei nº 8.038), Drogas (Lei nº 11.343).

3.4.3.1.1 Rito comum

O procedimento comum ordinário é aquele cujas disposições são aplicadas a todos os processos, salvo disposição em contrário e serve supletivamente aos procedimentos sumário e sumaríssimo. Tem início com a apresentação da denúncia ou queixa apta (o recebimento da denúncia é imediato e posteriormente se dá o contraditório) e podem ser arroladas neste momento 08 testemunhas, no máximo.

Após, a acusação é recebida ou rejeitada, total ou parcialmente, pelo julgador, que fixa seus limites e determina a citação do acusado para que este apresente resposta escrita no prazo de 10 dias. Caso o acusado não a apresente, o juiz nomeia defensor. Não reconhecida a

absolvição sumária pela ausência de uma das situações do art. 397, CPP, ele designa audiência de instrução e julgamento no prazo de 60 dias.

Sobre a resposta escrita, é o momento em que a defesa se movimenta para articular sua estratégia e tática defensiva. É possível suscitar preliminares, arrolar as testemunhas, no máximo 08, juntar documentos, requerer perícias, dentre outros. Também apresentar as exceções de suspeição, incompetência de juízo, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada.

Em audiência ocorre a coleta da prova oral, na seguinte ordem: declarações do ofendido, inquirição das testemunhas de acusação e defesa, esclarecimentos dos peritos (depende de requerimento das partes, conforme preceitua o art. 400, § 2º, CPP; observa-se o que consta no art. 159, § 5º, CPP) e reconhecimento de pessoas e coisas e interrogatório do acusado. Importante lembrar que testemunhas ou informantes residentes fora da comarca são ouvidas por carta precatória ou rogatória e que a oitiva de testemunha pode ser realizada através de recursos tecnológicos como a videoconferência.

Feito isso, abre-se aos jogadores a possibilidade de requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução, conforme redação do art. 402, CPP. Seguem-se as alegações finais orais (se não forem requeridas diligências) por 20 minutos, prorrogáveis por mais 10, respectivamente, pela acusação e pela defesa e a seguir é proferida sentença.

Se forem requeridas diligências, a audiência é concluída sem as alegações. São feitas por memoriais, no prazo de 05 dias, tendo o juiz 10 dias para proferir sentença. É preciso, todavia, ter cautela nesse momento para não requerer ao julgador, por exemplo, providências que teriam sido dos próprios jogadores se eles as tivessem tomado. Quase sempre o que é certo e o que é fácil não coincidem e, no final, os payoffs de optar pelo correto compensam sempre mais.

O art. 403, § 3º, CPP dispõe ainda que “o juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.”

No que se refere ao procedimento sumário, segundo o art. 531, CPP:

Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos

peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.

Em regra, os atos são os mesmos. A diferença consiste em que a audiência deve acontecer no prazo de 30 dias e o número máximo de testemunhas a serem ouvidas é de 05. Ademais, esse rito só pode ser utilizado quando não for oportuno o sumaríssimo, ou seja, a pena tem que ser inferior a 04 e superior a 02 anos. Se a pena cominada for inferior a 02 anos, segue-se o rito aplicado aos JECrins.

O procedimento sumaríssimo, por sua vez, tem início com a audiência de conciliação, podendo ocorrer composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo (arts. 74 e 75, 76 e 89, respectivamente, da lei nº 9.099/95).

A composição dos danos civis, que pode anteceder a fase processual ou ocorrer na audiência preliminar, diz respeito a um acordo entre imputado e vítima com o escopo de reparar os danos advindos do delito e gera um título executivo judicial. Não obstante, a decisão homologatória garante o acordo, mas é irrecorrível, isto na justiça civil. Na justiça criminal, no entanto, tem o efeito de promover a extinção da punibilidade pela renúncia do direito de queixa ou de representação. Assim, não se instaura o processo-crime ou é extinto, se for realizada na audiência preliminar.

Quanto à transação penal, é direito público subjetivo do réu que depende de proposta do MP, que oferece pena antecipada, de multa ou restritiva de direitos. Importante ressaltar que o Ministério Público apenas verifica se estão preenchidos os requisitos para ofertar transação penal e estando preenchidos, o faz, mas não tem poder para decidir sobre o cabimento ou não da transação.

Preenchidas as condições e sendo a proposta efetivada, o juiz homologa o acordo, cabendo recurso, a apelação. Não havendo homologação, situação extraordinária, é possível utilizar-se do Mandado de Segurança ou da Correição Parcial, até mesmo do habeas corpus, pois a não homologação implicaria um processo criminal.

No caso de não se efetivada a transação, o feito segue o rito sumaríssimo. Mencione-se que assim como a composição dos danos civis, a transação penal não está mais adstrita ao Juizado Especial Criminal.

No que toca à suspensão condicional do processo, o instituto se aplica aos delitos em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. Nesse caso, o MP quando do oferecimento da denúncia pode propor (o que não significa que seja uma faculdade do acusador) a suspensão do processo pelo período de 02 a 04 anos, desde que cumpridas

algumas condições, como não se ausentar da comarca onde reside sem autorização, reparar o dano causado e comparecer mensalmente para justificar suas atividades.

Passado o período de provas, o magistrado declara extinta a punibilidade e, conseqüentemente, o processo. Entretanto, se o indivíduo não cumpre as obrigações impostas, o processo volta a tramitar de onde parou.

A este respeito, a súmula 723, STF, que dispõe: “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.”

Assim também pontua o STJ, na súmula 243, de modo que é entendimento cristalizado que o aumento decorrente da continuidade afasta a incidência da suspensão condicional do processo.

Se preciso a instrução, é ofertada denúncia, sendo a infração penal de iniciativa pública, e o autor é citado. É designada audiência de instrução e julgamento e nela o juiz verifica se já foi realizada tentativa de conciliação e transação penal. Se não, ele as propõe.

É oferecida defesa preliminar. Recebida a peça acusatória, dá-se a efetivação da instrução, com a coleta da prova oral (vítima, testemunhas da acusação, defesa e interrogatório). Há debate oral após o interrogatório do réu (primeiramente a acusação e após, a defesa) e a sentença, que dispensa o relatório, é prolatada em audiência. Dela cabem embargos declaratórios e/ou apelação.

Necessário citar o art. 394, CPP, que em seu § 5º, dispõe: “Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.”

3.4.3.1.2 Rito especial: O Tribunal do Júri

No que concerne ao Júri, está previsto no art. 5º, XXXVIII, CF, que apresenta os princípios pelos quais se orienta o Tribunal do Júri e disciplinado nos arts. 406 a 497, CPP em duas fases, quais sejam, instrução preliminar e julgamento em plenário. Ademais, o art. 74, CPP, define sua competência:

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri. § 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. § 2º Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada. § 3º Se o juiz da pronúncia desclassificar a infração para outra atribuída à competência de juiz singular, observar-se-á o disposto no art. 410; mas, se a desclassificação for feita pelo próprio Tribunal do Júri, a seu presidente caberá proferir a sentença (art. 492, § 2º).

É sabido que a competência é definida de forma taxativa. Os delitos todos mencionados são dolosos contra a vida, mas isso não impede que outros como roubo, latrocínio, tráfico de drogas, etc. sejam julgados pelo Tribunal do Júri, desde que conexo com um crime doloso contra a vida.

Sendo o procedimento bifásico, diz-se que a primeira fase (de competência do juiz de direito) é o liame entre o recebimento da denúncia ou queixa e a decisão de pronúncia. Nela, é apresentada, além da denúncia, citação, defesa preliminar, vistas ao MP, audiência e decisão, logo após, tomada pelo juiz presidente do Júri, que pode ser de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação. Antes do plenário, existe a possibilidade de se arrolar testemunhas, no máximo, 05 testemunhas. Assim, a segunda fase tem início com a confirmação da pronúncia e continua até a decisão do julgamento realizado no plenário do Tribunal do Júri (composição: 07 jurados).

No que é relativo à pronúncia, representa o acolhimento, por parte do magistrado, da pretensão acusatória, determinando que o réu seja submetido a julgamento pelo Júri. É uma decisão interlocutória mista, não terminativa, que deve respeitar o art. 381, CPP e o recurso a ser utilizado para ir de encontro à decisão é o recurso em sentido estrito, conforme a redação do art. 581, CPP. Não produz coisa julgada material e como toda decisão judicial deve ser fundamentada, tomando o julgador o cuidado de não induzir a julgamento prévio os jurados.

Concluída a instrução em plenário, onde verifica-se o protagonismo das partes e não do presidente, que tem papel notadamente secundário, têm início os debates, de modo que é dado ao jogador-acusador e, logo depois, ao jogador-defensor o tempo de 01 hora e 30 minutos para narrarem suas teses. Após, é concedida 01 hora de réplica ao jogador-acusador e outro tanto à tréplica pelo jogador-defensor.

Detalhe de suma importância é o de que se a acusação não utilizar-se da réplica, não haverá tréplica pela defesa. Pode ocorrer de o Ministério Público perceber que o outro jogador “não disse tudo o que tinha a dizer”. Assim, acredita-se que a defesa deve tentar ao máximo

narrar sua tese na primeira fase dos debates, deixando para o final o que for de conteúdo complementar, os acréscimos, o arremate.

Terminados os debates, o juiz presidente pergunta aos jurados se estão aptos a julgar ou precisam aclarar sua visão, procedendo o julgador, deste modo, a sanar as eventuais dúvidas, porém com bastante cautela em suas elucidações. Em seguida, são formuladas as perguntas e proferida a votação. Por fim, chega-se ao momento em que o magistrado profere a sentença limitado, pois, ao que foi decidido pelo conselho de sentença e observando os arts. 492 e 493, CPP.

Inevitável um breve comentário, visto que o autor questiona não a existência, mas a maneira como o Júri é estruturado no Brasil, já que tem a pretensão de ser o mais democrático possível, se é que se pode falar assim, mas falando claramente. O ponto é que o modo como se enxerga o Tribunal do Júri precisa ser modificado, devido a aspectos relacionados, por exemplo, à independência dos jurados, que estão muito mais suscetíveis que os juízes profissionais à influência política, econômica, etc. e à falta de conhecimento do Direito pelos juízes leigos, e não somente, desconhecimento do processo também, que chega até eles através da leitura de peças em plenário, como cita Fairen Guillen (1997, apud Aury Lopes Jr., 2012, p. 1.050): *“um juez lego, ignorante de la Ley, no puede aplicar un texto de la Ley porque no la conoce.”*

A sabedoria do homem inculto em determinados assuntos não pode jamais ser desprezada, mas não se pode manipular esse argumento a fim de justificar o injustificável. O mesmo se pretende fazendo referência ao princípio da soberania do Júri, por exemplo. Acomodar-se não pode ser uma opção, para a democracia nada mais saudável que a (re)leitura das instituições jurídicas visando seu aperfeiçoamento.

3.5 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

3.5.1 Subjogo probatório

O jogador acusador possui um único objetivo desde o ponto de partida da ação penal: a vitória, que para ele vem através da condenação. O jogador defensor também tem essa expectativa, sendo que através da absolvição, extinção da punibilidade, pena reduzida.

Nesse sentido, CALAMANDREI (2002, p. 194):

Cada movimento de uma parte cria para o adversário uma série de possibilidades, das quais pode dar-se que tenha êxito, habilmente desembaraçando-se, em tirar vantagem contrariamente àquilo que seu antagonista supunha. Nisto consiste a tática processual, confiada à sagacidade e ao senso de responsabilidade de qualquer litigante; aqui é onde está a habilidade do jogo. Qualquer competidor antes de dar um passo, deve procurar prever, mediante um atento estudo, não só a situação jurídica, mas outrossim a psicológica, tanto do adversário quanto do juiz, e com quais razões o antagonista responderá ao seu movimento.

Como se sabe, a acusação larga na frente, possui o ônus da prova, enquanto a defesa fica à espera, por trás da muralha da presunção de inocência. A despeito disso, não pode demonstrar postura passiva, ignorando a lógica da guerra que está incutida no jogo processual penal. A dinâmica probatória envolve a organização da estratégia e táticas de resistência pela defesa, que deve atuar nos campos da coerência e da completude das jogadas em face da imputação.

Dessa lógica, a busca pela verdade real do e no processo penal é, segundo Alexandre Morais da Rosa, uma forma ingênua de atuação. A seguir, serão traçadas algumas considerações acerca do mito da verdade real. Mito, sim, pois como revela Khaled Jr. determina um modelo de comportamento ao passo que viabiliza legitimação para o poder de determinado grupo social. É como se houvesse uma visão do sagrado sobre a pessoa do juiz.

3.5.1.1 O abandono da verdade real

Não há informação perfeita no processo penal como pretendem alguns, ambientados na cultura inquisitória. A verdade real é útil a acusadores e julgadores que precisam de consciência tranquila ou é engendrada para manter os cidadãos crentes na ideia de que essa tal verdade pode ser obtida? O que pensar dessa busca quando existem tantas ilações imanentes à prova (a testemunha pode não comparecer, morrer, o laudo não ter sido feito, etc)?

Thums (2006, apud Salah H. Khaled Jr., 2013, p. 484) dilucida: “o juiz necessita convencer o jurisdicionado de que o Estado é capaz de dar uma resposta baseada na verdade, que deve ser aceita como dogma.”

Ora, não é possível construir um processo penal conforme a Constituição conduzindo-o por meio de embustes. A sentença pode até corresponder ao que realmente ocorreu, mas não se pode atribuir ao processo penal a missão de encontrar a verdade, afinal ela está no todo e não é possível ter acesso ao todo, visto que o debate se dá no presente sobre fatos acontecidos no passado. Assim, a verdade não é fundante no sistema acusatório, é contingencial.

É necessário romper com as amarras do passado, com a figura do juiz inquisidor, gestor da prova, substituindo-o pelo juiz que julga com tranquilidade, a partir da prova produzida no processo e que está predisposto a absolver, sem culpa, por exigência da presunção de inocência.

Assim, é possível deixar para trás a epistemologia inquisitória que visa à persecução do inimigo, aquele que é privado de seus direitos individuais, nas lições de Raúl Zaffaroni (2007, p. 18): “(...) um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (...) lhe sejam reconhecidos.”

O que se quer dizer é que a figura do juiz atualmente é a de garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado, que a visão deste como não-membro, ditada pelo Direito Penal do Inimigo, foi superada. O julgador é um espectador que deve ser convencido, capturado em sua psique. Para tanto, via teoria dos jogos, é preciso conhecê-lo, descobrir em qual tradição se insere, suas opções ideológicas e trajetória individual, lembrando que diversos fatores podem estar presentes no julgamento (Safiya, Halo, Glicose, etc.), como será visto adiante.

3.5.2 Classificação das provas e prova ilícita

Distingue-se prova ilegítima e prova ilícita, espécies do gênero prova ilegal. A prova ilegítima ocorre quando alguma regra de direito processual penal é infringida durante o processo para a produção de uma prova, por exemplo, uma prova produzida sem contraditório e ampla defesa.

Já a prova ilícita, eivada de um vício material, não processual, ocorre quando se desrespeita direito fundamental previsto na Constituição como o direito à intimidade, vida privada. É o que ocorre quando se dá a quebra de sigilo fiscal/bancário, sem obedecer à reserva de jurisdição.

Outra distinção importante é a de que as provas ilícitas não podem ser repetidas e devem ser desentranhadas dos autos e destruídas, enquanto as provas ilegítimas, por serem eivadas de vício processual, podem ser repetidas, tendo validade se assim ocorrer.

Nesse intérim, as provas derivadas das ilícitas, pelo princípio da contaminação, serão também desentranhadas do processo. Exemplo comum é o de objeto do crime obtido a partir da interceptação telefônica ilegal. Por ser um ato derivado do outro, ilícito, assim também o é.

Existem outras classificações de prova (direta x indireta; plena x indiciária; real x pessoal; etc.). Destarte, podem ser classificadas em: testemunhal, documental e material. No que diz respeito ao interrogatório, ao estatuto do ofendido, reconhecimento de pessoas e coisas e acareação, possuem regime especial e devem ser atendidos os requisitos legais.

3.5.3 Das provas em espécie

O código de processo penal enumera suas espécies de prova. Atualmente, devido ao livre convencimento motivado, que superou a prova tarifada, há entendimento de que não existe hierarquia entre as provas, todas tendo o mesmo valor diante do magistrado. Ademais, o CPP, em sua exposição de motivos deixa claro que não há prova com valor maior do que o de outra normalmente produzida no processo.

A prova pericial é caracterizada pela figura do perito, auxiliar da justiça, que possui conhecimento técnico em área específica e atua de modo a levantar material probatório, o laudo pericial. Ou seja, o perito não é sujeito da prova, mas opera na provisão da prova ao juiz. Atente-se para o fato de que a prova pericial não é considerada isoladamente, pois demonstra apenas uma parte do que pode ser apreendido com o conjunto de atos probatórios.

O interrogatório realizado na fase processual, por sua vez, em muito se diferencia daquele realizado sem o atendimento do contraditório, na fase pré-jogo, por meio do inquérito policial, sendo que o que deve ser valorado pelo juiz é o interrogatório realizado em juízo. Fala-se até mesmo em abandono ao produzido na primeira fase.

No momento do interrogatório deve, imprescindivelmente, estar presente o advogado, que pode adotar postura participativa, e o indivíduo deve ser cientificado de seu direito ao silêncio, de modo a não produzir prova contra si mesmo. Ademais, deve ser ato espontâneo, livre de qualquer pressão. O procedimento deve estar submetido, ainda, a toda uma série de regras de lealdade processual.

Acerca da confissão, que era tida como a “rainha das provas” no modelo inquisitorial, entende-se que é tão relativa quanto as outras provas, não mais se sobrepondo às demais. Confessar o cometimento de um crime não significa uma afirmação de culpabilidade. O indivíduo pode muito bem confessar um crime, por exemplo, para encobrir a culpa de outrem.

Não mais se considera a confissão fora do juízo. No mais, apesar de ser divisível e retratável, se a pessoa confessa a autoria do delito perante a autoridade policial e vem a se retratar em juízo não existiu confissão alguma.

A confissão representa para o magistrado uma forma de punir sem culpa. Ou seja, se o conjunto probatório apreendido indica que a pessoa a quem é imputada a conduta a realizou, fica mais fácil para o julgador emitir um juízo de condenação, pois houve confissão, que ponderada com as demais provas corroboraram para tal decisão.

No que se refere às perguntas ao ofendido, ele não presta o compromisso de dizer a verdade como acontece com as testemunhas, em regra. Ademais, pode responder pelo crime de denunciação caluniosa. Sua presença é indispensável, podendo ser conduzido coercitivamente a juízo. Além disso, por óbvio, apenas a palavra da vítima a respeito de como ocorreram os fatos não é suficiente para justificar uma sentença, devendo ser observado todo o conjunto probatório.

A prova testemunhal, umas das mais utilizadas na seara processual, é também umas das mais frágeis no sentido de que as testemunhas são passíveis, por exemplo, de falsas memórias devido ao espaço-tempo entre o fato delituoso e o testemunho em juízo. Seus principais caracteres são: oralidade, objetividade e retrospectividade.

Ainda a este respeito, no momento da audiência, quando as testemunhas são de acusação, a acusação faz as perguntas anteriormente à defesa e o inverso se verifica quando as testemunhas são arroladas pela defesa. O juiz, nesse caso, tem direito a fazer suas perguntas de forma apenas a complementar a inquirição.

As testemunhas prestam o compromisso de dizer a verdade, o que não significa que o farão. Nesse seguimento, o art. 208, CPP, determina que não prestam o compromisso de dizer a verdade as meras testemunhas informantes, os doentes e os deficientes mentais, ainda os menores de 14 anos, as pessoas a que se refere o art. 206, CPP. Suas declarações, portanto,

possuem menor credibilidade se comparadas às daquelas testemunhas que prestaram o compromisso previsto no art. 203, CPP.

No que atine à prova documental, assim como a prova testemunhal, é corriqueira no processo penal. Para o direito processual penal documentos são aqueles escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. Também há a possibilidade de juntada de fitas em áudio, vídeos, fotografias, tecidos e objetos móveis que tenham uma função probatória.

Os documentos podem ser juntados até o fim da instrução, em regra, e quando um documento é juntado por um jogador, o outro tem que tomar conhecimento dele e manifestar-se no prazo de 05 dias (analogia ao CPC), que pode ser aumentado. É inviável a juntada de documentos após a sentença, pois dessa forma haveria supressão de um grau de jurisdição, mas isso não impede que seja produzida a prova para posterior utilização em sede de revisão criminal (art. 621, II, CPP).

A busca e apreensão, referida anteriormente quando de breve exposição acerca do subjuço da prisão e das cautelares, é discutida pelo processo penal entre as provas em espécie. A busca visa encontrar pessoas ou coisas, ou seja, é um meio de obtenção de prova. Já a apreensão destina-se à garantia da prova e, dependendo do caso, à restituição do bem à vítima, ou seja, possui uma faceta de medida assecuratória.

Quanto ao momento em que pode ocorrer, tanto a busca quanto a apreensão podem dar-se quando do inquérito ou no decorrer do processo e até mesmo, em caráter excepcional, no momento da execução da pena.

Sobre a prova indiciária, o art. 239, CPP, informa que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

Os indícios podem até ocasionar uma prisão cautelar, como pretendem alguns, mas jamais podem servir como justificativa para uma sentença penal condenatória. Isto porque os indícios não possuem a mesma força das provas, são menos confiáveis e assim devem ser tomados pelo magistrado. Dizendo de outra forma, têm caráter coadjuvante no momento da valoração das provas.

3.6 DECISÃO PENAL

Cyro Marcos da Silva (2003, apud Alexandre Morais da Rosa, 2004, p. 375):

Então, o juiz pensa existir porque julga. Mas, julgar implica pensar. Pensar faz arriscar, enganar-se. Enganar-se abala certezas. Certezas abaladas, até então são protetoras, trazem sofrimentos. Começa, agora, a aparecer um juiz não mais apenas como aquele que julga e pensa, mas como sujeito do engano, da certeza abalada, do sofrimento.

Dada ao autor a tarefa de redigir uma sentença, sem mergulhar pormenorizadamente no que consistia proferir uma decisão em matéria penal, para elaboração desse trabalho, foi necessário utilizar-se de princípios que norteiam o sistema inquisitório. Assim, a valoração da prova não se deu da melhor maneira possível, pois o inquérito policial foi colocado na balança juntamente com as provas colhidas na fase processual e a tendência era que tivessem o mesmo peso, fossem equivalentes.

Desse modo, notou-se que a tarefa de emitir um juízo de condenação ou de absolvição não é das mais fáceis, do mesmo modo para um juiz com apego àquilo que se aprende na trajetória acadêmica e até mesmo como magistrado, está o seu pensamento, muitas vezes, impregnado de conceitos do passado, devido a uma construção histórica eminentemente inquisitorial.

No que atine aos aspectos formais, acerca dos requisitos da decisão penal: deve conter relatório, motivação e dispositivo. A estrutura é essa independentemente de ser a sentença condenatória ou absolutória e em ambos os casos, deverá o juiz analisar todas as teses da acusação e da defesa, sob pena de assim não o fazendo, gerar uma sentença nula. Nela também deve haver correspondência entre a acusação e o dispositivo.

Destarte, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, obviamente, pois o jurisdicionado deve ter conhecimento do que levou o julgador a optar por aquele posicionamento. Para mais, o processo não pode ser apenas um espaço de exercício de poder. Nesse viés, não se justifica a verdade real figurando como protagonista no cenário processual, visto que o problema não é encontrar um lugar para a verdade, o problema é a verdade em si.

Segundo Alexandre Morais da Rosa (2004, p. 381):

A 'verdade processual', pois, não é espelho da realidade e a atividade recognitiva avivada no Processo Penal é um mecanismo de 'bricolage singular', entendido, como em francês, como *fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito*.

A partir da noção de que o juiz tem sua própria percepção do mundo, é um ser com pré-conceitos e subjetividades inerentes a todo indivíduo, um ser que sente, a decisão penal

seria, da reunião desses fatores, uma verdadeira bricolage de significantes, de modo que, em termos simplórios, o magistrado tem que buscar fazer tudo que estiver ao seu alcance para proferir a decisão penal, respeitando os ônus das partes. Isto não significa que ele pode dizer o que bem entende, longe disso. Há, pois, a produção de significantes (informações) e é por meio do encadeamento destes que é possível verificar a legitimidade democrática da decisão.

3.7 DOS RECURSOS

Nesse contexto, levando em consideração a falibilidade humana e a inconformidade do prejudicado e sendo o recurso o instrumento através do qual a parte solicita a modificação (no todo ou em parte) ou a anulação de uma decisão judicial que ainda não transitou em julgado, ao final da partida cabe recurso ao órgão com competência de segundo grau. No caso do juízo comum, aos tribunais e dos juizados especiais, às turmas recursais. Já quando o processo é de competência originária dos tribunais, o regime é diferenciado.

Dentre as espécies de recursos: O recurso em sentido estrito está previsto no art. 581, CPP e somente pode ser interposto nos casos taxativamente previstos neste artigo ou, excepcionalmente, em leis especiais. A apelação, no que lhe concerne, depara-se com a previsão legal de suas hipóteses de cabimento no art. 593, CPP, e pode ser interposta por termo nos autos ou por petição. Como se sabe, também podem ser movidos recursos aos Tribunais Superiores. Ao STJ, Recurso Especial (casos de cabimento: art. 105, III, CF) e ao STF, recurso extraordinário (casos de cabimento: art. 102, III, CF).

Na busca pela complementação do julgado, servem os embargos de declaração. Os embargos infringentes, por seu turno, apenas são cabíveis se o que se deseja é impugnar uma decisão não unânime que partiu de um tribunal no julgamento de apelação, recurso em sentido estrito ou agravo de execução. Também é exclusivo da defesa. Já a carta testemunhal, recurso subsidiário, dar-se, segundo o art. 639, CPP, da decisão que denegar o recurso e da que, admitindo-o, obsta sua expedição e seguimento ao juízo *ad quem*. Ademais, a redação do artigo refere-se aos recursos em sentido estrito e ao agravo em execução.

Existem também ações impugnativas autônomas, que não se submetem aos requisitos recursais e não exigem uma decisão não transitada em julgado, quais sejam, o mandado de segurança, habeas corpus e a revisão criminal.

4 A BUSCA PELA DECISÃO FAVORÁVEL

O jogo processual busca, no final das contas, uma decisão favorável, dentro das regras do jogo. Nesse sentido, defesa e acusação, se movimentam na investigação do que o outro jogador pode vir a fazer, que estratégias pode adotar e, assim, decidirem eles também, conhecida a decisão dos demais, que caminho percorrer para obter vitória através do convencimento do julgador, do Estado-juiz, único capaz de oferecer o *payoff* final que os jogadores esperam.

4.1 O FATOR SAFIYA

Safiya Hussaini Tungar Tudu, nascida na Nigéria, vive sob a égide da religião mulçumana, acabou por se envolver com um homem daquela região e engravidou. Ocorre que as leis mulçumanas consideram a relação de Safiya adultério e o correto, segundo a *Sharia*, lei draconiana em vigor desde 1999 em algumas regiões da Nigéria, seria condenar Safiya ao apedrejamento. Esse tipo de sanção causou comoção internacional porque violava as normas de Direitos Humanos, das Mulheres, as normas de todo o ordenamento ocidental. A pressão internacional pelo evento foi significativa.

Os fatos comprovados eram os de que Safiya havia sido casada, estava divorciada há menos de três anos e teria tido um relacionamento com Yacubu, do qual restou grávida e nascendo posteriormente Adama.

Desse modo, levada a julgamento naquele país, não havia dúvidas de que Safiya seria condenada, já que a religião e a lei se misturam. Ocorre que o advogado responsável pelo último recurso, Abdulkadir Imam Ibrahim, sabendo das peculiaridades da aplicação da lei no local, que os magistrados responsáveis pelo julgamento de Safiya não considerariam nenhum dos argumentos baseados em Direitos Humanos, entendeu por bem fundamentar a defesa justamente nas leis locais, ou seja, no Alcorão, livro sagrado dos mulçumanos.

Como ninguém faria objeção ao que o profeta Maomé disse, encontrou o advogado no livro um capítulo (*sura*), que afirma que o sêmen do homem pode permanecer inativo no ventre da mulher por três anos antes de despertar, encontrar o óvulo e gerar uma criança, o

que desafia as leis biológicas, parece não fazer sentido. Ocorre que convencer o julgador, na maioria dos casos, não faz sentido racional.

Os magistrados acolheram a hipótese trazida pela defesa e entenderam que Safiya era inocente das acusações que lhe eram imputadas, sendo a criança fruto do relacionamento anterior com seu último marido e não com Yacubu, até porque este negou qualquer envolvimento com ela. Isso é uma mentira, todos sabem, mas para conseguir alcançar a absolvição, uma decisão favorável, principalmente, para evitar uma sanção descomedida foi necessário se valer dessa artimanha.

Desse caso, conclui-se que nem sempre a tarefa de convencer o magistrado se dá nos moldes do que se considera racional, como dito, bem como que muitas vezes, isso envolve levar em consideração o que o julgador quer ouvir (argumento dentro do seu modelo de decisão), que os fundamentos são culturais e às vezes acontecem jogadas de sorte.

4.2 OS SISTEMAS DE JULGAMENTO S1 E S2

As pessoas possuem formas diferentes de tomar decisões. Muitas vezes apelam para saídas mais rápidas, tomam decisões sem ponderação, sem racionalizar minimamente quais são as consequências de suas ações. Outras, optam por buscar as causas de suas escolhas e que efeitos poderão decorrer delas. Têm-se, então, dois sistemas (não ditos) de julgamento humano, denominados S1 e S2. Nas palavras de Daniel Kahneman, autor de “Rápido e devagar: duas formas de pensar” (2012, p. 29):

Quando pensamos em nós mesmos, nos identificamos com o Sistema 2, o eu consciente, raciocinador, que tem crenças, faz escolhas e decide o que pensar e o que fazer a respeito de algo. Embora o Sistema 2 acredite estar onde a ação acontece, é o automático Sistema 1 o herói deste livro. Descrevo o Sistema 1 como originando sem esforço as impressões e sensações que são as principais fontes das crenças explícitas e escolhas deliberadas do Sistema 2. As operações automáticas do Sistema 1 geram padrões de ideias surpreendentemente complexos, mas apenas o Sistema 2, mais lento, pode construir pensamentos em séries ordenadas de passos. Também descrevo circunstâncias em que o Sistema 2 assume o controle, dominando os irrefreáveis impulsos e associações do Sistema 1. (...)

Não se nega que em determinadas situações tomar decisões rapidamente pode ser uma excelente escolha, mas o contrário também se verifica, por exemplo, quando no momento da

audiência, onde existem tantos atritos advindos das próprias “meias verdades” trazidas pelas partes, que na maioria das vezes possuem interesses divergentes, a defesa, que podendo ter estudado melhor as perguntas a serem feitas à testemunha, ou por descuido, acaba fazendo perguntas mal elaboradas, feitas ali, naquele momento.

Não se quer dizer que os jogadores não façam perguntas que induzem a testemunha a uma resposta diversa da que pretendia, intencionalmente. As ditas perguntas sugestionáveis e que dando azo ao *dopping* processual, não seriam necessariamente uma forma de atuar do Sistema S1.

Fala-se, então, em superar a mesmice através de outros campos de conhecimento, que não o Direito, permitindo que teorias interdisciplinares possam trazer luz sobre temas ainda não totalmente explorados na seara jurídica, como os fatores que interferem na decisão penal. Desse modo, chama-se Nassim Nicholas Taleb e seu trabalho desenvolvido em “A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável” para, juntamente com Kahneman auxiliarem no esclarecimento do que ocorre, além do que se conhece de maneira trivial no processo penal.

O Direito não lida com exatidão. No processo penal não se tem certeza de nada, não é possível prever com segurança, por exemplo, a decisão a ser proferida ao final do jogo. Claro que nada impede o jogador de ao longo das rodadas (subjogos), fazer suas apostas dos moldes em que será proferida a sentença, mas como se disse, não há segurança a este respeito. Nesse viés, o cisne negro, um evento imprevisível, bem reflete o modo como se dá a cognição do processo via teoria dos jogos.

Kahneman (2012, p. 103):

O grande comediante Danny Kaye tinha uma frase que nunca saiu de minha cabeça desde a adolescência. Falando de uma mulher de quem não gosta, ele diz: “Sua posição favorita é ao lado dela mesma e seu esporte favorito é o salto para as conclusões.”* A frase veio à tona, eu me lembro, na conversa inicial com Amos Tversky sobre a racionalidade das intuições estatísticas, e hoje acredito que ela fornece uma descrição apropriada de como funciona o Sistema 1. Tirar conclusões precipitadas é eficaz se há grande probabilidade de que as conclusões estejam corretas e se o custo de um ocasional erro for aceitável, e se o “pulo” poupa grande tempo e esforço. Pular para as conclusões é arriscado quando a situação é pouco familiar, existe muita coisa em jogo e não há tempo para reunir mais informação. Essas são as circunstâncias em que erros intuitivos são prováveis, os quais podem ser evitados com uma intervenção deliberada do Sistema 2.

Nesse ínterim, a razão nem sempre comanda a tomada de decisões, muitas vezes os indivíduos agem também intuitivamente, da prática reiterada de determinadas ações e devem estar atentos a possíveis erros intuitivos. Um jogador defensor experiente, que já consegue

estipular as possíveis estratégias a serem utilizadas pelo jogador acusador, diante dos mais diferentes casos penais, possui senso acurado, pode estar mais propenso a vitórias do que um jogador iniciante, mas isso não significa que assim ocorra, talvez sendo útil permitir que o Sistema 2 controle os impulsos do Sistema 1. A questão é que a intuição não é de forma alguma desprezível no processo penal.

Outra dimensão importante de compreensão do Sistema 1 é a de que ele toma sua decisão e não se mantém inteirado das alternativas que abandona, nem ao menos toma conhecimento de que haviam alternativas a serem apreciadas, já a incerteza e a dúvida fazem parte do Sistema 2.

Julgadores são, como todas as pessoas, influenciáveis em maior ou menor grau. Desse modo, é preciso uma estratégia elaborada e táticas consistentes, ligadas à estratégia, que façam como que o julgador volte seu olhar para aquilo que o jogador, acusação ou defesa, aponta, para o discurso que enuncia.

A título de exemplo, o caso em que o magistrado, diante apenas das primeiras impressões do acusado, seu defensor, imprime a estes um juízo antecipado de valor e já decide, com base no Sistema S1, que o indivíduo é culpado ou não do cometimento de dada infração. Não é a toa que se diz que a primeira impressão é a que fica. Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa (2014, p. 81) explica que: “(...) a maioria das impressões, intuições, vieses e pensamentos que acontecem no decorrer de um processo penal não são escolhidos racionalmente, eles aparecem em nossas cabeças, pois operam silenciosamente.”

4.2.1 O Efeito Halo

Daniel Kahneman (2012, p. 107):

Se você gosta da política do presidente, provavelmente gosta da voz dele e também de sua aparência. A tendência a gostar (ou desgostar) de tudo que diz respeito a uma pessoa – incluindo coisas que você não observou – é conhecida como efeito halo. O termo tem sido utilizado pela psicologia há um século, mas não entrou em amplo uso na linguagem cotidiana.

O homem termina por ser o mais complexo entre os seres vivos, justamente por ser a ele possível elaborar juízos de valor. Considerando que as decisões humanas se revestem de

racionalidade, encobrendo outros fatores, ditos não-rationais, entende-se o efeito halo. Kahneman esclarece que a sequência em que observamos as características de um indivíduo muitas vezes é estabelecida pelo acaso. Essa sequência interessa porque o efeito halo faz com que as primeiras impressões tenham um peso maior de modo que as informações subsequentes chegam a ser em grande parte desconsideradas.

Ademais, Piero Calamandrei, em artigo intitulado “O processo como jogo” (2002, p. 191), afirma:

(...) ninguém se torna hábil enxadrista unicamente por ter decorado um manual com as regras do jogo de xadrez. É verdade que, sem conhecê-las, não se pode jogar; assim como sem conhecer à perfeição as normas do código de processo civil não se pode dar início a um processo (a menos que se siga o método de certos advogados que conheço, que continuam a ofender-se com o desonrado código de processo civil em vigor, porque teimam em querer servir-se dele sem nunca tê-lo lido).

Imagine alguém aprendendo a tocar flauta. Não se aprende a tocar um instrumento somente lendo livros ou assistindo a aulas. É preciso prática, é preciso tocar flauta. O mesmo acontece com relação ao processo penal, não se aprende a jogar sem praticar.

Conhecer as regras da partida, portanto, é essencial, não se joga sem saber como jogar, que instrumentos estão a sua disposição, para que servem, mas se apegar somente a eles, rejeitando a existência de inúmeras outras peças que podem ser utilizadas no tabuleiro é ser desprevenido, é não desejar, com toda a força de vontade possível atingir aquilo que se pretende.

Mais uma vez, Calamandrei (2002, p. 206):

São por isto maus psicólogos (e portanto maus jogadores da partida judiciária) aqueles advogados os quais, não sabendo renunciar o gosto de colocar em operação o seu exasperante virtuosismo profissional ou de ostentar em audiência a sua superioridade professoral, não se apercebem que deste modo prestam um mau serviço ao seu cliente, porque indis põem o juiz e o colocam, sem que ele mesmo se dê conta, a considerar sobre má luz todas as razões, mesmo que sérias e fundadas, que vêm daquela parte (por isto, os clientes, quando escolhessem um defensor para si, fariam bem em ter cuidado não somente com aqueles muito ardilosos, mas também com aqueles muito valorosos!).”

Como em muitas áreas da vida, no processo penal a primeira impressão pode ser a que fique, ou seja, não adianta ir à audiência ou ao Tribunal do Júri sem estar atento à vestimenta, à boa educação e à informação adequada para se portar de modo a conseguir a simpatia do magistrado, mas sem exageros, sem passar a imagem de ser superior aos outros jogadores ou

ao próprio magistrado, afinal, é preciso se adequar às peculiaridades do trato de uns para com os outros no processo penal.

Concorda-se que tipo de avaliação do outro é um erro advindo do sistema de julgamento S1, discutido anteriormente, pois por óbvio não se pretende que o magistrado conceda uma decisão favorável somente com base na impressão que qualquer dos jogadores tenha passado, seja de um promotor ou advogado desleixado, despreocupado com a aparência e com má reputação, seja de um indivíduo em qualquer dessas duas posições e com características diametralmente opostas. Lembrando que não somente eles têm de passar pelo crivo do juiz, mas a vítima, o acusado, as testemunhas.

Quer se dizer que como a grande maioria das pessoas, discorda-se do erro que o sistema S1 pretende perpetrar, mas como as pessoas não são iguais, não se pode desconsiderar essas peculiaridades no trato do processo penal. Antes pecar por excesso do que pela omissão não atingir o objetivo que se pretendia no jogo. Como bem afirma Alexandre Morais da Rosa (2014, p. 88): “talvez o trabalho seja de buscar mecanismos para mitigar esse efeito halo, das impressões, especialmente no processo penal em que há liberdade e vidas em jogo.”

4.2.2 Os Fatores Glicose e Fadiga

Outro fator importante no manejo do processo penal é o fator glicose, como sustenta Kahneman (2012, p. 58): “A melhor explicação possível dos dados é uma má notícia: juízes cansados e com fome tendem a incorrer na mais fácil posição default de negar os pedidos de condicional. Tanto o cansaço como a fome provavelmente desempenham um papel.”

Quando crianças, as pessoas tem o costume de levar aos professores maçãs como forma de conquistar o carinho deles. Sabe-se que isso não é garantia de nada, mas fazendo com que a taxa de glicose deles suba, ou seja, com que estejam satisfeitos, fica bem mais fácil conquistá-los, conseguindo deles um comportamento mais favorável.

O cansaço também pode determinar o modo como o indivíduo se porta nas suas relações diárias. Não é diferente para o juiz, que ao realizar atividade mental gasta muita energia. Da prática reiterada de redigir sentenças acaba decidindo mais rápido, visando, talvez, simplesmente terminar o trabalho daquele dia e descansar em casa.

SANDEL (2014, p.251), explicando o caso do carrinho de golfe de Casey Martin:

Alguns dos maiores nomes do golfe depuseram no caso. Arnold Palmer, Jack Nicklaus e Ken Venturi apoiaram a proibição aos carrinhos. Eles argumentaram que **a fadiga é um fator importante em um campeonato de golfe** e que usar o carrinho em vez de andar daria uma vantagem injusta a Martin. (grifei)

Acordar cedo, passar o dia todo na unidade jurisdicional, faz com que a capacidade cognitiva seja afetada. A ordem das audiências, os efeitos que as audiências anteriores causaram, podem alterar a atitude do juiz. Colheita de depoimentos, por exemplo, podem fazer com que o julgador profira decisões em situações de conflito.

Ou seja, o jogador deve considerar esses fatores (que podem parecer acessórios, mas no decorrer do jogo processual podem ser determinantes) no momento, por exemplo, de decidir se deve fazer longas alegações finais orais ou não. Talvez não seja o caso, sabendo que isto incomodará o juiz, diminuindo as chances de obter uma decisão favorável com ele fatigado e/ou com baixa taxa de glicose.

4.3 A INFLUÊNCIA DO INCONSCIENTE E A PSICANÁLISE

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1988, apud Lídia Reis de Almeida Prado, 2013, p. 28):

O Direito é um universo multifacetado e, por isso, exige de quem quiser explorá-lo sem unilateralismo, além da experiência e do conhecimento técnico, a disponibilidade para o exame das suas influências psíquicas, sociais, econômicas, religiosas e históricas. Outras abordagens, numa perspectiva filosófica ressaltam a inclusão dos fenômenos jurídicos no mundo da justiça, havendo aquelas que se ocupam em estudá-los sob a ótica dos conceitos.

Entretanto, embora os fatores psicológicos devam ser considerados pelo Direito, não se pode encará-lo somente sob essa ótica. O fenômeno jurídico, dada sua natureza normativa, transcende os referenciais da psicologia e das tantas outras áreas do conhecimento humano.

Lídia Reis de Almeida Prado, a partir de Freud, explica que a consciência é, em grande parte, controlada por forças ocultas e desconhecidas. Freud ensina que o psíquico divide-se em um psíquico consciente e um psíquico inconsciente e que esta é a premissa fundamental da psicanálise. O fato é que aquilo que se passa fora da consciência não pode ser apreendido de

forma completa, mas sabe-se que ela não é a essência da vida psíquica. A razão, portanto, não é tão poderosa quanto se acredita.

Fala-se, assim, da prestação jurisdicional sob o ponto de vista do esforço do juiz para expor certas características psíquicas que são comumente atribuídas apenas às mulheres, quando se sabe que são pertinentes a ambos os sexos: intuição, espontaneidade, sentimento, criatividade.

No início, o homem era um ser andrógino. No livro do Gênesis, Adão abarcava, no sentido psíquico, o feminino e o masculino. Esta ideia é defendida pelo cristianismo, para citar um exemplo. A compreensão é a de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, assim sendo, Deus, que é a origem de tudo, o perfeito arranjo de todas as coisas, possui o sentimento e o pensamento presentes nele. O homem também os possui, mas com o tempo, o feminino adoeceu, promovendo a separação, o mesmo homem não soube lidar com as nuances de sua psique, e não somente. Daí a dificuldade do julgador, ainda atual, de exprimir o feminino, pois a construção se deu de modo que ele ficou mais adstrito às mulheres, que acabaram ficando com as características mais emotivas.

Diz-se que o feminino adoeceu porque a mulher também foi sujeitada em relação ao homem na cultura ocidental, houve verdadeira repressão ao feminino perpetrada pela Inquisição, a caça às bruxas, realiza pela Igreja Católica. Pouco a pouco, todavia, apesar dos intentos em sentido contrário, as mulheres conquistaram seu lugar na sociedade, notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial.

A partir disso, aparentemente o arquétipo da *anima* (a lacuna feminina no psiquismo do homem, segundo James Hillman, para quem a função de julgar é feminina) foi dando espaço para o homem que passou a engatinhar rumo à apreensão de atributos psicológicos até ali entendidos como sendo apenas femininos.

Lídia Reis de Almeida Prado (2013, p. 120):

Também a *anima*, arquétipo do feminino, tem essa natureza furtiva, característica dos elementos do inconsciente. Como a justiça, a *anima* “foge” de seus perseguidores entre os quais os juízes, à medida que se aproximam. Como a justiça, a *anima* se esconde, exigindo deles a capacidade de rastrear além de pertinácia no esforço de contatá-la e de integrar a consciência e seus predicados (em especial, a abertura para o outro, vendo-o como realmente é).

Isto posto, acredita-se que, no que se refere ao juiz, é fundamental que seja um perseguidor da *anima* para que a lacuna existente em seu psiquismo possa ser preenchida e assim, ele alcance o outro. O mesmo proceder para alcançar a justiça, fim do Direito, que não

deve ser perseguida somente pelo julgador, mas pelos jogadores do jogo processual penal, exigindo-se fardo, astúcia, habilidade para que esse empreendimento traga bons resultados.

Nesse sentido, para os julgadores e jogadores, talvez mais para os julgadores, é preciso, além de dominar o Direito, que a pessoa se conheça, tenha interesse pelo outro, vontade de trabalhar e humildade para saber que os prazeres existem, mas que ocupa o lugar que ocupa para servir.

Um magistrado com complexo de salvador ou de divindade, contudo, como muitos deles, por si mesmos, já acreditam ser, ainda hoje em dia, não pode ser ignorado no jogo processual. Como são as palavras! O que se quer dizer é que, considerando que cada juiz é único, esse dado não deve passar despercebido pelos jogadores, pois possui suas implicações.

Para exemplificar a ode a si mesmo, realizada pelo juiz, cita-se a “Prece de um juiz”, de autoria do magistrado aposentado e escritor João Alfredo de Medeiros Vieira, encontrada em Carvalho (2002, p. 5):

Senhor! Eu sou o único ser na Terra a quem Tu deste uma parcela de Tua onipotência: o poder de condenar ou absolver meus semelhantes. Diante de mim as pessoas se inclinam; à minha voz acorrem, à minha palavra obedecem, ao meu mandado se entregam... Ao meu aceno as portas das prisões se fecham... Quão pesado e terrível é o fardo que puseste em meus ombros!... E quando um dia, finalmente, eu sucumbir e já então como réu comparecer à Tua Augusta Presença para o último juízo, olha compassivo para mim. Dita, Senhor, a Tua sentença. Julgá-me como um Deus. Eu julguei como homem.

Ainda que se coloque diante de Deus como humano, o juiz acredita (e esta crença não vem de um “lugar nenhum”, como se verá a seguir) ser encarregado por Deus de uma missão digna de um Deus. Ainda por cima assume o papel de inquisidor na gestão da prova e deseja encontrar a verdade fora dos autos. Como poderia ser pior? Não se deve nem perguntar.

Lênio Streck (2013, p. 3) informa que Honoré Daumier (1808-1879), um dos mestres da litografia, escreveu como legenda da terceira de quatro gravuras intituladas *La comédie humaine*, publicadas em 1843 no *Le Charivari*, periódico parisiense, o seguinte, e que aqui cabe perfeitamente: “Eu preciso de grande eloquência diante de um juiz tão altamente colocado, tão familiarizado com toda forma e conteúdo, e que, por sua posição, estará sempre no topo da humanidade.”

De outro ponto de vista, o modo como se dá o tratamento aos juízes pelo povo, pelos jogadores, colabora para reforçar seu lugar de escolhido entre tantos, de ser especial. É sabido que juízes de segunda instância podem se considerar acima de juízes de primeira instância,

que existem aqueles que se posicionam de modo a intimidar testemunhas, até mesmo advogados, chegando a ser temidos. Como é possível confundir respeito com adoração? O quanto pode ser prejudicial à sociedade esse tipo de atitude? Manipulação, decisões que não surgem, pessoas às portas dos Fóruns à procura do juiz, constrangimento. Sem generalizar.

No que se refere ao domínio que a figura do juiz exerce sobre a sociedade, necessário expor seu caráter histórico, a fim de bem compreender que a ideia de juiz ou a profissão sempre esteve presente na vida dos diferentes povos, constituindo-se, pois, em um arquétipo, que se manifesta quando o juiz adentra ao recinto do tribunal, tido como um lugar sagrado, com suas vestes talantes, influenciando o inconsciente dos presentes e o próprio.

Para exemplificar essa evolução, como explica Lídia Reis de Almeida Prado (2013, p. 56-57):

Na mitologia grega surge a figura de Zeus, que muitos apontam como sendo o primeiro juiz. Age várias vezes como árbitro, principalmente na Ilíada, mas sua atuação oscila conforme as próprias referências, agindo então como déspota. É capaz de tudo: das mentiras às ameaças amedrontadoras, desafiando, pela violência do discurso, até os imortais. Era comum utilizar o raio, como aconteceu com o médico Asclépio, filho de Apolo, que, por atingir tamanha excelência na arte de curar, começou, segundo o julgamento do senhor do Olimpo, a ameaçar a ordem do mundo. Quando prometeu furtou, para dar aos mortais uma centelha do fogo celeste - elemento que, para Junito de Sousa Brandão, simboliza a inteligência, privilégio dos deuses - Zeus resolveu puni-lo com severidade: consoante a Teogonia, Prometeu foi acorrentado e uma águia lhe devorava, durante o dia, o fígado que, à noite, voltava a crescer.

Com a mitologia grega, inicia-se a história da magistratura e concomitantemente passa a ser construída a imagem arquetípica do juiz. Inicialmente, os conflitos são resolvidos através da autotutela e da autocomposição de direitos.

O juiz já foi rei; em Roma, o poder de julgar era atribuído ao rei, aos cônsules e aos pretores, nesta ordem; durante a Idade Média, no período feudal, com o aumento do poder da Igreja Católica e com as alianças entre os senhores feudais em torno do soberano, foram criados os primeiros tribunais eclesiásticos independentes do tribunal do rei, que já surgiram revestidos de corporativismo.

Na França, somente com a Constituição de 1814, os juízes passaram a ser nomeados pelo presidente, tornando-se vitalícios, o que representou um avanço, dado que a magistratura já havia sido privilégio da nobreza durante o Antigo Regime (séculos XVII e XVIII). Atualmente, são recrutados e realizam um curso de formação humanística, para depois serem

submetidos a uma prova. A instituição mudou tanto na França quanto em outros países, e hoje os juízes passam a concorrer ao cargo por meio de concurso público ou por eleição.

Trazendo para o Brasil essa análise histórica, tem-se que a Constituição de 1967 trouxe a avaliação de títulos, juntamente com a admissão através de provas. Com a Constituição de 1988, ao lado das provas e títulos, foram introduzidos cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados.

Lídia Reis de Almeida Prado (2013, p. 63):

O ato de julgar implica a projeção, entendida como um mecanismo inconsciente, por intermédio do qual alguém tira de si e coloca no mundo externo (em outro, ou em alguma coisa) os próprios sentimentos, desejos e demais atributos tidos como indesejáveis. Essa ligação entre julgamento e projeção, traz um complicador, a formação da sombra. Por isso, creio ser importante que o juiz – mais talvez do que qualquer outro profissional – entre em contato com seus conteúdos sombrios, trazendo-os à consciência. Dessa forma, poderá talvez projetá-los menos. Isso ocorrerá se buscar entender o significado desse possível infrator que – como todo ser humano – tem dentro de si, reconhecendo-o como tal.

O ato de projeção realizado pelo juiz pode influenciar na decisão que toma. Sem contar que no mundo jurídico existe disputa, revanchismo, inveja, corrupção, etc. e isso pode ser levado em consideração pelo magistrado.

“O juiz reage arquetipicamente àquele que está sendo julgado”, afirma Lídia Prado (2013, p. 60). O arquétipo do juiz possui um aspecto bipolar e ele pode acabar por reprimir um dos polos desse arquétipo, relegando-o ao inconsciente. Desse modo, pode projetá-lo sobre o indivíduo que está sendo julgado, sem perceber que o mal está nele e isso torna-se mais evidente com o isolamento e autoritarismo de alguns juízes.

Diz-se que o julgador reage arquetipicamente também em função de uma imagem construída ao longo do tempo, mas a análise não enxerga somente isso. Em alguns casos, há um recolhimento para dentro de si mesmo realizado pelo juiz, como se ele não aguentasse a tensão que os dois arquétipos geram e tivesse de reter um. Isso não é por acaso, os arquétipos existem em razão da própria função que se exerce.

Carl Jung, em *O homem e seus símbolos*, ([s. d.] apud Lídia Reis de Almeida Prado, 2013, p. 35-36):

(...) À medida que aumenta o conhecimento científico diminui o grau de humanização do nosso mundo. O homem sente-se isolado no cosmos porque, já não estando envolvido com a natureza, perdeu a sua identificação emocional inconsciente com os fenômenos naturais, que, por sua vez, perderam, aos poucos, as

suas implicações simbólicas. O trovão já não é a voz de um deus irado, nem o raio o seu projétil vingador. Nenhum rio abriga mais um espírito, nenhuma árvore é o princípio de vida do homem, serpente alguma encarna a sabedoria e nenhuma caverna é habitada por demônios. Pedras, plantas e animais já não têm vozes para falar ao homem e o homem não se dirige mais a eles, na presunção de que possam entendê-lo. Acabou-se o seu contato com a natureza, e com ele foi-se também a profunda energia emocional, que esta conexão simbólica alimentava.

O domínio das técnicas, das teorias, é fundamental. Os participantes do jogo processual que o digam. Não obstante, em contato com o homem, o juiz ou qualquer outro que se pretenda em um lugar mais alto que o do próprio homem, na acepção mais pura do termo, que ele não deixa de ser, precisa se colocar como seu semelhante, na busca de compreendê-lo, tentando resgatar o que resta do contato com seu lado emocional, isto considerando que não pode mais retornar ao seu estágio inicial, em que não estava tão relegado ao império da ciência.

4.4 NO PRINCÍPIO ERA A INOCÊNCIA

4.4.1 Por que escrever narrativas?

O que está por trás das narrativas das partes, das testemunhas? O juiz produz uma decisão ao final do jogo e só? Será? Nesse enfoque, Direito e literatura, juntos, podem promover o aperfeiçoamento das narrativas do e pelo processo penal, visto que toda a informação possível é bem-vinda ao cenário do jogo, mas mais importante é o modo como ela se apresenta perante o julgador.

Para capturar a psique do magistrado, obtendo sucesso na partida, é preciso saber, antes de mais nada, contar histórias. Não tem força o fato contado sem paixão, não causa comoção ou convence quem quer que seja, principalmente no processo penal, onde são cometidos crimes sob a justificativa da emoção, crimes passionais, que afetam invasivamente bens jurídicos tão importantes quanto a vida, a integridade física, moral e psicológica da pessoa.

Nesse sentido, da noção de que nem sempre se tem conhecimento do que a história contada quer dizer de fato, considerando que ficção e realidade estão relacionadas

intimamente, cabe a quem ouve a atenção necessária para descobrir quanto de realidade existe na ficção ou quanto de ficção existe na realidade (este último, no caso do processo penal).

Esse é o ponto de partida da abordagem feita em Direito e Literatura, que conta com alguns dos grandes pensadores desse tempo, obra que serve para ilustrar a importância de escrever narrativas no processo penal.

Conta, dentre outras, a história de Pinóquio, a história de um boneco de madeira que tinha a pretensão de se tornar um menino, obra que compõe o quadro da literatura infanto-juvenil como “As aventuras de Pinóquio”, escrita por Carlo Collodi ao final do século XIX.

André Karam Trindade e Henriete Karam (2013, p. 17), elucidam:

As leituras de matriz historicista põem em evidência o contexto da época em que a obra foi escrita, enfocando seu caráter de sátira política, de denúncia das mazelas sociais e de problematização do sistema educacional italiano.

A história acabou por tornar-se um eficaz mito educativo, que evidencia o sistema político italiano enfrentando uma crise de decomposição. Em “As Aventuras de Pinóquio” se ouve um eco da crítica ao costume parlamentar e ao ceticismo político da época.

Como se vê, quase sempre existe algo escondido por trás das narrativas, e esse algo pode compreender várias matrizes diferentes. Assim também o é em juízo, no processo penal, onde as testemunhas trazem suas versões dos fatos, envoltos por narrativas fragmentadas, dado que os fatos são gravados na mente e não se sabe a que armadilhas esta está vulnerável. Além disso, os fatos podem ser aumentados ou reduzidos, ou simplesmente serem retirados do discurso. Em outras palavras, existe o problema de a informação ser incompleta e o jogo, dinâmico e ainda que não se possa abarcar a totalidade da informação, essas nuances precisam ser conhecidas tanto pelo jogador quanto pelo julgador.

Para outro exemplo, agora sob o ponto de vista do julgador, é possível visualizar uma paridade entre sua postura enquanto magistrado e a história de Robinson Crusoe, um aventureiro que por volta dos dezoito anos lança-se em viagens marítimas e sofre um naufrágio em uma delas, sendo o único sobrevivente de uma ilha deserta, a Ilha do Desespero.

Jânia Maria Lopes Saldanha (2013, p. 62):

Afirma-se que o autor, por intermédio da obra, pretendeu superar o dilema puritano e ambivalente da época, demarcado pelo paradoxo entre a prosperidade econômica e a religiosidade virtuosa. O personagem Crusoe seria a demonstração de que uma só pessoa pode perfeitamente reunir as duas virtudes: o relato da vida de Crusoe na Ilha do Desespero, no Pacífico, mostrará que a aquisição da propriedade acaba por

constituir-se numa predestinação à salvação, numa aproximação da providência divina, e que enriquecer é um dever. **Para que isso aconteça, Crusoe rompe os laços familiares, deixa para trás a sociedade em que vivia, renega o vaticínio do pai e sai pelo mundo. O naufrágio e a ilha deserta são o cenário imaginário que simboliza o nascimento de um novo sujeito.** (grifei)

Detida a análise acerca dos significados da história de Crusoe, é possível refletir acerca desse contexto em que ele se encontra. Remete à realidade em que se encontra o juiz, o modo como se supõe que ele vive, se relacione com os outros em sociedade. Também é possível extrair a partir dessa narrativa a figura do magistrado náufrago, único habitante da Ilha do Desespero, predestinado a decidir o caso penal (como considera por vezes o próprio magistrado) e a reconhecer a verdade de uma das partes, acusação ou defesa.

Evidente a aproximação entre Direito e Literatura, a oportunidade de construção de excelentes narrativas no jogo processual penal, bem como, em outra abordagem, de enfrentar o exorcismo da realidade, provocado pelo positivismo jurídico.

Ademais, outro aporte pode ser feito: o jogador não pode deixar claro durante o jogo processual penal ou mesmo fora dele o que acha do próprio jogo processual, deve se envolver com o outro jogador e com o julgador na realidade paralela em que estão contidos. É o conto, a mágica, as máscaras e a ideia de que para estar ali e ter vez e voz é preciso saber se inserir naquele cenário.

4.4.2 A presunção de inocência

Santo Agostinho, em Confissões (2002, p.130-131):

Alípio, pois, passeava diante do tribunal, sozinho, com as tábuas e o estilete, quando um jovem estudante, o verdadeiro ladrão, levando escondido um machado, sem que Alípio o percebesse, entrou pelas grades que rodeiam a rua dos banqueiros, e se pôs a cortar o seu chumbo. Ao ruído dos golpes, os banqueiros que estavam embaixo alvoroçaram-se, e chamaram gente para prender o ladrão, fosse quem fosse. Mas este, ouvindo o vozerio, fugiu depressa, abandonando o machado para não ser preso com ele. Ora, Alípio, que não o vira entrar, viu sair e fugir precipitadamente. Curioso, porém, saber a causa, entrou no lugar. Encontrou o machado e se pôs, admirado, a examiná-lo. Bem nessa hora chegam os guardas dos banqueiros, e o surpreenderam sozinho, empunhando o machado, a cujos golpes, alarmados, haviam acudido. Prendem-no, levam-no, e gloriam-se diante dos inquilinos do fato por ter apanhado o ladrão em flagrante, e já o iam entregar aos rigores da justiça.

Alípio é um homem que presenciou um assalto e por conta de sua curiosidade foi confundido com um ladrão, sendo preso em flagrante. Após relatar este fato, indaga-se: onde fica a presunção de inocência na prisão em flagrante, quando é tão tendente a fabricar o engano? Com a prisão em flagrante, o que se visualiza é uma presunção de inocência inautêntica herdada do sistema inquisitório. Ademais, esta modalidade de prisão só deve ser utilizada em caso de extrema necessidade (CPP, art. 282, § 6º), buscando-se evitar os abusos.

De todo modo se quer dizer que a prisão em flagrante não justifica a ideia de que o indivíduo é culpado, pois ele sempre será tido como inocente até que fique cabalmente comprovado ser ele o autor do crime. No caso de Alípio, a prisão decorreu de um infortúnio, uma vez que ele estava na hora e lugar errados. A solução seria, então, levar a sério a presunção de inocência até o final do processo, quando fosse reconhecido o equívoco e evidenciada sua inocência através da utilização do contraditório e da ampla defesa.

Da perspectiva do direito penal mínimo, a atuação do Estado se daria de forma correta quando um inocente não fosse responsabilizado criminalmente à custa da incerteza de que ocasionalmente algum culpado ficasse ileso das penas da lei quando deveria receber a punição correspondente ao seu delito. Ou seja, apesar da previsão legal do tipo penal incriminador, há necessidade de comprovação da conduta para que se possa impor uma sanção.

FOUCAULT (2013, p. 93) pondera que “Como uma verdade matemática, a verdade do crime só poderá ser admitida uma vez inteiramente comprovada. Segue-se que, até a demonstração final de seu crime, o acusado deve ser reputado inocente (...)”.

A própria Constituição de 1988, no art. 5º, inciso LVII, dispõe que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Por esse ângulo, muitas vezes acontece também de o indivíduo, na condição de investigado ser antecipadamente considerado culpado como se já tivesse sido atendido o devido processo legal substancial, que é a única garantia à defesa efetiva.

Entretanto, como leciona L. A. Becker (2012, p. 24), a entronização da presunção de inocência “(...) fez justiça na maioria dos casos, mas sua aplicação às vezes cega e irrefletida também soltou até mesmo réus confessos em casos famosos e emblemáticos. Especialmente os réus ricos, que podem contratar os melhores criminalistas do país.”

Finalizando, assim como a garantia da presunção de inocência pode ser fundamental para beneficiar Alípio, que é inocente, pode, por outro lado, ser empregada para conceder a liberdade a pecadores, a quem possui poder econômico suficiente para manipula-la.

4.5 OUTRO CONDICIONANTE: O FATOR MÍDIA

A mídia exerce considerável influência sobre os conceitos e comportamentos presentes na sociedade. O papel da mídia é importantíssimo enquanto instrumento utilizado para informar, para trazer às claras conteúdos de interesse público, bem como para entreter. Assim, existe uma mídia focada em cada público específico, de crianças a idosos, pessoas interessadas em acompanhar o funcionamento do governo, etc..

Do mesmo modo, existe uma mídia voltada ao crime, a ganhar dinheiro com o crime, como se fosse mercadoria a ser vendida. E o crime gera lucros! A televisão, enquanto meio de comunicação, mas não somente ela, atualmente é utilizada para expor criminosos, o que também é sua função, mas tudo depende do modo como a informação é abordada. É importante que se perceba que as informações manipuladas causam medo e sensação de insegurança nas pessoas, dando origem a inimigos imaginários, o que na verdade é manipulação dos sentimentos delas, que acreditam piamente naquilo que se ouve e se vê.

Marin (2002 apud Alexandre Morais da Rosa 2014):

A sociedade contemporânea, apesar de abolir no discurso oficial a violência, ao expor tantas imagens violentas, siderando o olhar de todos, contribui para ativar mecanismos de cisão do Eu que, ao mesmo tempo se vê, critica e goza com a violência, nega-a.

Ademais, de certa maneira, determinados comportamentos são apreendidos e imitados pelas pessoas, influenciadas pela mídia, que realiza o que se poderia chamar de linchamento simbólico, externando ódio e vingança contra os criminosos. Isso incita nas pessoas até mais violência e a vontade de fazer “justiça com as próprias mãos”, pois o que se demonstra, muitas vezes, é a ineficiência do Judiciário, do sistema em promover a punição.

A população geralmente não sabe ou não procura saber o que há por trás do discurso midiático e sensacionalista. É um espiral de manipulação, onde a mídia pode se apresentar também como uma marionete, comandada pelo governo ou por setores com poder econômico, e isso acaba alcançando a população.

BOURDIEU (1997, p.74):

E a mesma busca do sensacional, portanto do sucesso comercial, pode também levar a selecionar variedades que, abandonadas às construções selvagens da demagogia

(espontânea ou calculada), podem despertar um imenso interesse ao adular as pulsões e as paixões mais elementares (com casos como os raptos de crianças e os escândalos capazes de suscitar a indignação popular), ou mesmo formas de mobilização puramente sentimentais e caritativas ou, igualmente passionais, porém agressivas e próximas do linchamento simbólico, com os assassinos de crianças ou os incidentes associados à grupos estigmatizados.

Acerca disso, a dignidade da pessoa humana se encontra ultrajada, quando deveria ser garantida por ser princípio elementar do Estado Democrático de Direito, constante da Constituição.

Pessoas não são coisas, portanto tem que ser tratadas como são, pessoas, sejam ou não infratores. É preciso humanizar o conjunto dos meios de comunicação, abandonar o Direito Penal do Inimigo, que propaga um perigosismo generalizado, onde praticamente tudo é uma questão de defesa social.

Peter Sloterdijk (2000 apud Alexandre Morais da Rosa, 2014, p. 145) relembra o passado para explicar o presente, nas seguintes palavras:

Durante a época do Império [Romano], a provisão de fascínios bestializadores para as massas romanas havia se tornado uma técnica de dominação indispensável, rotineiramente aprimorada, e que, graças à fórmula ‘pão e circo’ de Juvenal, persiste até hoje na memória.

A política de “pão e circo” fazia com que o povo não estivesse atento ao que acontecia, fosse subjugado pelos governantes, em termos bem simples: com a barriga cheia e a aparência de alegria, quem vai se importar com os problemas da nação?

A mídia chama Narciso e seu egoísmo, de achar que não é bonito o que não é espelho à cena quando enuncia seu discurso de ódio diante das câmeras. O ser humano, que tem seu instinto de sobrevivência aguçado, torna-se “Narciso” quando se depara com o sofrimento do outro e pensa estar ileso, que o que aconteceu com o outro jamais vai atingi-lo, até que aconteça.

O homem muitas vezes individualista, não o deveria, já que está fadado a viver em coletividade e dentro dessa perspectiva, deve se abrir ao todo, estar ciente que as atitudes humanas afetam umas às outras. Partindo da teoria do caos, o bater de asas de uma borboleta poderia influenciar o resultado natural das coisas e provocar efeitos do outro lado do mundo, o que é conhecido como efeito borboleta.

Essa análise possui reflexos no jogo processual penal, de modo que jogadores e julgadores têm que ter bastante cuidado com o modo como procedem no jogo, especialmente

quando também são afetados pela mídia, pelos detentores do poder econômico, por ameaças e pressões por parte de criminosos e pela sociedade, respectivamente. Essas influências também não podem impedir o exercício de suas profissões, do contrário, o objetivo desses setores estaria alcançado e, aí sim, em risco não somente essa nova proposta de compreensão do processo como jogo, mas do processo penal nos moldes em que vem sendo exercido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É científico o que é discutível. Nesse sentido, a aposta do presente trabalho se deu em dois sentidos, na construção de um sistema Constitucional de processo penal baseado no devido processo legal substancial e na singularidade do jogo processual, de modo a reconhecer que cada jogo processual é único.

O processo penal como procedimento em contraditório, que obedece ao devido processo legal substancial, é aquele que preza pelo fortalecimento da presunção de inocência para verificar o que é suficiente para uma condenação.

Disso decorre, inclusive, pelo seu nível de observância, a qualidade do sistema processual, já que a presunção de inocência está consagrada na Constituição de 1988.

O arremate se dá pelo seguinte: o modelo constitucional brasileiro não admite que se imponha pena sem que se tenha cometido um delito, tipificado em lei, que apresente lesividade, sem que seja comprovada a imputabilidade e culpabilidade do autor. Assim, deve ser levada ao julgador a prova empírica em processo contraditório, com amplitude de defesa, público e mediante o procedimento estabelecido em lei, que são as regras formais do jogo, de observância obrigatória. Diante disso, ao julgador é dada a missão de por fim ao caso penal através da decisão judicial, isto sem entregar-se à ilusão de buscar a verdade fora dos autos.

Nessa perspectiva, verifica-se que diante do *in dubio pro reo*, a carga da prova fica, em sua totalidade, nas mãos do jogador acusador (se move primeiro no jogo, estabelecendo os limites da acusação), cabendo ao jogador defensor lidar com o risco. Do mesmo modo, necessário frear a publicidade abusiva e a estigmatização (que ocorre cedo ou tarde, mas se há de ocorrer, que não seja precoce) do réu, que deve ter sua imagem, dignidade, protegidas.

Se diz que cada jogo processual é único não somente porque se desenvolve de forma diferente em cada unidade jurisdicional, devido a impossibilidade de um só conjunto de regras serem aplicadas da mesma maneira, mas porque ainda que se reconheça a estratégia do outro jogador e que já se tenha lidado com um caso parecido, o jogo não se repete, é um evento singular, irrepetível.

Além disso, há déficit hermenêutico nos campos de Direito e Processo Penal no Brasil, de modo que é preciso realizar o ajuste de suas funções para dar azo a um processo penal conforme a Constituição.

Nesse ínterim, a teoria dos jogos é aplicada ao processo penal a partir do Garantismo enquanto ferramenta teórica destacada em face da Constituição de 1988.

É uma teoria que possibilita ao indivíduo o desenvolvimento do raciocínio estratégico, auxiliando-o em seu processo de tomada de decisões, no processo penal como na vida.

Entende-se que o acontecimento decisão judicial é premido por diversos fatores além do racional, que influenciam o ato de tomada de decisão pelo juiz: Safiya, Halo, Glicose e Fadiga, a influência do inconsciente, entre outros. O erro está em presumir que o ato da decisão judicial é meramente fruto da razão, em separar o corpo da mente. Desse modo, não se fala em racionalidade sem sentimento, há parcela de subjetividade no ato decisório e isto não pode ser desconsiderado.

Os jogadores, por sua vez, para a tomada de suas decisões, deve considerar que seus desejos moldam suas crenças e vice-versa, buscar o maior número de informações sobre o caso penal, informar-se sobre que policiais participaram do flagrante, investigação, suas condutas, conhecer as testemunhas, acusado e o outro jogador, o julgador, verificar a quantidade de processos naquela unidade jurisdicional, etc., mantendo-os ao alcance racional; também manter a atualização e recapitulação das informações obtidas e testar a sua veracidade, pensar que existem informações omitidas, perceber que nem todas lhe são favoráveis e se desprender da noção de que existem saídas mágicas, deve estar ciente de que a vitória também depende dele e dos meios empregados para consegui-la. Preparação e treinamento são fundamentais, muitas vezes perde-se pela inação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexandre Morais da Rosa ... [et al]; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck, André Karam Trindade. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BÊRNI, Duilio de Ávila e FERNANDEZ, Brena Paula Magno. **Teoria dos Jogos: crenças, desejos, escolhas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05.04.16.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 94.016-SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>> Acesso em: 04.04.16.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 05.04.16.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. In: Bonato, Gilson. (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Clássicos do Direito Processual Civil. Roberto B. Del Claro. Gênesis - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba. n. 23. Janeiro/Março de 2002.

DIAS, Henry Paulo. **Teoria dos Jogos**. Global Manager. Revista do Curso de Administração da Faculdade da Serra Gaúcha Ano 4 – Número 6 - Junho de 2004. Disponível em: <ojs.fsg.br/index.php/global/article/download/503/400>. Acesso em: 31.03.16.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 6. reimp.

FIGUEIREDO, Reginaldo Santana. **Teoria dos jogos: conceitos, formalização matemática e aplicação à distribuição de custo conjunto.** Gestão & Produção. Vol.1. N.3. São Carlos. Dez. 1994. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/gp/v1n3/a05v1n3.pdf>>. Acesso em: 02.03.16.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar.** Tradução Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

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

L. A. Becker, organizador; [L. A. Becker ... [et al.]. **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Constituição Federal Anotada e Comentada: doutrina e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PINTO, Felipe Martins. **A inquisição e o sistema inquisitório.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 56, jan./jun. 2010.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolagem de significantes.** Curitiba: 2004. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0%20-%202004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10.04.16.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANDEL, MICHAEL J. **Justiça - o que é fazer a coisa certa.** Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões.** Trad. J. Oliveira Santos. São Paulo: Martin Claret, 2002.

TRINDADE, André Karam, KARAM, Henriete. **As desventuras de Pinóquio: o processo de humanização, à submissão à lei e a adesão ao pacto social.** In: Streck, Lênio Luiz, Trindade, André Karam (Organizadores.). *Direito e Literatura.* São Paulo: Atlas, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.