



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

LUÍS CARLOS CHRISTÓFORI

O TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS

BACHARELADO

EM

DIREITO

CARATINGA – MG

2018

LUÍS CARLOS CHRISTÓFORI

O TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Luiz Eduardo Moura Gomes.

CARATINGA - MG

2018



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

FORMULÁRIO 9

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

TERMO DE APROVAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado O Tribunal do Júri sob a ótica da teoria dos jogos, elaborado pelo Luis Carlos Christófori foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 05 de Setembro 2018

Prof. Luiz Eduardo Moura

Prof. Almir Braga Lugon

Prof. Ivan Lopes Sales

AGRADECIMENTOS

OBRIGADO DEUS! Frase singular que traduz o plural de minhas vitórias, que sempre será proferida e sempre será escrita pela pena que me foi colocada nas mãos. É por Ele que agora tenho a oportunidade de poder agradecer àqueles que direta ou indiretamente fizeram e ainda fazem parte desta minha trajetória de vida e de mais uma conquista acadêmica. A minha família que muito me incentivou: minha esposa Eliana e meus filhos Emanuel e Valentina, que comigo caminharam lado a lado nestes anos de estudo; a minha mãe Margarida e ao meu pai Norival (este *in memoriam*) que me ensinaram a ser paciente e confiar sempre. Aos meus irmãos Cristina e Norival Jr., e a minha sobrinha Sabrina, pessoas que sempre me impulsionaram. Agradeço, ainda, aos meus amigos do Ministério Público, comarca de Caratinga, pelo estímulo recebido e, de modo especial, a amiga Laura Tassar que muito me apoiou nesse trabalho monográfico.

OBRIGADO DEUS!

“Mesmo se o nosso homem exterior se vai arruinando, o nosso homem interior, pelo contrário, vai se renovando a cada dia.” (2Cor 4,16)

“Não, o júri não é encenação teatral que acaricia o ego de atores frustrados. Como disse Edilson Mougnot Bonfim, se é teatro, não o é de falsa encenação; jamais de hipocrisia, nunca de mercancia. Teatro? Somente na acepção saudável da palavra, quando competentes humanos vivam necessários papéis porque neles legalmente investidos” (D’ANGELO & D’ANGELO *apud* BONFIM, 2008, p.136)

RESUMO

O processo penal enquanto dinâmico e singularizado carece de ferramentas analíticas capazes de proporcionar os planos de ação adequados para se jogar o jogo processual. No Direito Processual Penal como em outras áreas do direito, existe uma pluralidade normativa que torna o jogo complexo e dinâmico ao mesmo tempo. Em meio ao ritual processual do júri desde a formação da culpa, avaliação da admissibilidade da acusação e pronúncia e, por fim, a sessão plenária faz-se necessário conhecer os jogadores processuais. Trata-se de uma tarefa que vai além de identificar a função de cada ente no processo, mas, sobretudo realizar um estudo acerca da estratégia, da árvore de decisão que cada jogador empregará para a consecução dos resultados. O cenário do jogo processual, aqui escolhido, foi o Tribunal do Júri. O grande mérito do estudo recai em demonstrar que a Teoria dos Jogos pode ser o instrumento norteador a implicar nas decisões a serem tomadas no processo. No plenário do júri, constitui importante recurso a ser empregado durante as falas. Busca-se demonstrar, dessa forma, que a Teoria dos Jogos é baseada na tomada de decisão a partir da análise prévia do modo como os jogadores se posicionam quando imbuídos em uma batalha processual. O presente trabalho, ao abordar a verdade real, ancorou-se na visão de alguns autores de que tal recurso nada mais é do que uma ilusão. E assim a informação perfeita não existe no Processo Penal. Diante desse cenário, quais os benefícios a Teoria dos Jogos pode trazer para a justiça? A resposta ancora-se na possibilidade de se construir uma estrutura teórico-formal e como aplicá-la para se chegar a um resultado no processo judicial. Essa passagem exigirá que se constitua um lugar ético de responsabilidade do sujeito para a sua efetivação. O perigo reside no fato de se manipular o jogo, viciando-o. É preciso se valer da ética, seja na esfera formal ou material, evitando a manipulação. No jogo processual as rodadas são diferentes, onde cada processo é singular. Para tanto, manter a reputação de se jogar bem, jogar limpo (*fair play*) ou ser astuto para se defender do jogo sujo (*doping*), é um desafio que o operador do Direito tem de superar a qualquer custo, para o qual a Teoria dos Jogos mostra-se como importante recurso.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Tribunal do Júri; Verdade Real; Teoria dos Jogos.

ABSTRACT

The criminal process as dynamic and singularizado lacks analytical tools capable of providing adequate action plans to play the game of procedure. In the criminal procedural law as in other areas of law, there is a plurality of norms that makes the game complex and dynamic at the same time. In the midst of the procedural ritual of the jury since the formation of the guilt, assessment of the admissibility of the complaint and pronouncement, and finally the plenary session it is necessary to know the procedural players. It is a task that goes beyond identifying the function of each loved in the process, but mainly to carry out a study about the strategy, the decision tree that each player will employ to achieve the results. The scenario of the game procedure chosen here, was the court of the Jury. The great merit of the study lies in demonstrating that the theory of games can be the guiding instrument to involve in decisions to be taken in the process. In the plenary of the jury, constitutes an important resource to be used during the speech. It seeks to demonstrate that the Theory of Games is based on decision-making from the prior analysis of how the players themselves when imbued in a battle of the procedure. The present study, addressing the real truth, anchored in the vision of some authors that this feature is nothing more than an illusion. And so the perfect information does not exist in criminal proceedings. Given this scenario, what benefits the theory of games can bring to justice? The answer is anchored in the possibility of constructing a theoretical structure formal and how to apply it to achieve a result in the judicial process. This passage will require that constitutes a place of ethical responsibility of the subject for its realization. The danger lies in the fact that manipulate the game, addicting. You must avail themselves of ethics, whether in formal or material sphere, avoiding the manipulation. In the procedural game rounds are different, where each case is unique. To do so, to maintain the reputation of playing well, play clean (fair play) or be crafty to defend themselves from the dirty game (doping), is a challenge that the operator has the right to overcome at any cost, for which the theory of games shows how important resource.

Key Words: Criminal Procedural Law; Court of the Jury; Real Truth; Theory of Games.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I – TEORIA DOS JOGOS	14
1.1. O surgimento da teoria dos jogos	14
1.2. A teoria dos jogos e o Direito	15
1.3. A busca da recompensa no Processo Penal (<i>payoffs</i>)	17
1.4. A verdade real, como ilusão da informação perfeita no Processo Penal	18
CAPÍTULO II – O JÚRI E A TEORIA DOS JOGOS (INTERDISCIPLINARIDADE) .	21
2.1. As árvores de decisão no Plenário do Júri	21
2.2. O blefe, o truque, e o trunfo aplicados ao Plenário do Júri	22
2.2.1. O blefe	23
2.2.2. O truque	23
2.2.3. O trunfo	24
2.3. A metodologia a se adotar ao jogar no Tribunal do Júri	25
CAPÍTULO III – O TRIBUNAL DO JÚRI E OS JOGADORES DO PROCESSO	29
3.1. O Tribunal do Júri.....	29
3.2. O Advogado	30
3.3. O Ministério Público	33
3.4. O Juiz.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	41

INTRODUÇÃO

É sabido que o Direito é um instrumento de efetivação da justiça que tem como objetivo o alcance do restabelecimento da harmonia social. Para tanto, é um instrumento de interferência direta nas condutas humanas. Trata-se de um conjunto de normas que visa garantir o bem estar e a paz social ao promover o que se denomina justiça social.

Dentro da esfera Penal, como em outras áreas do Direito, o Estado detém a prerrogativa do direito/dever de punir. Para tanto, faz-se necessário ancorar-se na legislação material.

No campo do Direito Penal, observado o preceito fundamental de não haver crime sem prévia lei definidora e nem pena sem lei que previamente a comine, a entidade estatal tem o dever de garantir a estabilidade social ao resguardar os bens jurídicos tutelados por este direito. Diante disso, tem-se o Direito Penal que, segundo KHALED JR¹ “é formado por um conjunto de regras e princípios que integram um campo específico do ordenamento jurídico, dedicado à tutela dos bens jurídicos mais relevantes de uma sociedade”. Esse direito, de acordo com NUCCI² somente se consolida no Estado Democrático de Direito, por meio de normas estabelecidas, cujo objetivo consiste no cerceamento dos abusos que o Estado possa cometer. Está-se diante do Direito Processual Penal que, com o seu bojo de normas jurídicas, busca regular a forma, os meios e os órgãos que o Estado constitui para punir. Ainda, na melhor visão de NUCCI:

O direito processual penal constitui o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular a persecução penal do Estado, através de seus órgãos constituídos, para que se possa aplicar a norma penal, realizando-se a pretensão punitiva no caso concreto.³

Partindo-se do pressuposto de que paralelo à verdade processual está o princípio da busca pela verdade real, como marco teórico do presente trabalho

¹ KHALED JR., Salah H. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7411>. Acesso em abr 2018.

² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.71

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.73

monográfico, pretende-se dissertar acerca de algumas indagações dentre as quais ALEXANDRE MORAIS DA ROSA em sua obra *A Teoria dos Jogos e Processo Penal, a short introduction* expõe:

Como posso saber se minha estratégia (o que pretendo como o jogo processual) está adequada com a minha tática (ação ou comportamento processual intermediário), em face das recompensas dos demais jogadores? Como devo me comportar em um processo penal cada vez mais complexo, multidimensional, cheio de ambigüidade e incerteza? Até que ponto posso realizar e esperar um comportamento racional ou irracional? Quais as pistas externas para leitura adequada do jogo processual singular, ou seja, o jogo que estou atuando? A partir dessas perguntas, pretendo caminhar na introdução da Teoria dos Jogos ao processo penal. Quem sabepossamos nos situar melhor em um ambiente de incerteza, de escolhas (ir)racionais cada vez mais presentes e que modifiquem a possibilidade de leitura do design do jogo processual penal.⁴

Diante de tantos questionamentos, o presente projeto pretende problematizar/indagar acerca da possibilidade de haver o êxito dos jogadores em confirmar ou superar a verdade da prova, na sessão do Tribunal do Júri. Daí, se constituir um modelo contextual de modo a entender a dinâmica, quais as expectativas de comportamento. As regras processuais devem ser seguidas e mudá-las não procede, porém, enquanto jogadores se valendo, assim, da Teoria dos Jogos, a postura pode ser reinventada e saber articular as informações é decisivo.

⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *Teoria dos Jogos e Processo Penal, a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p.37

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O objetivo do presente trabalho é apresentar o rito processual penal, restrito ao julgamento do Tribunal do Júri sob o prisma da Teoria dos Jogos. Ciente de que nos jogos processuais a ação humana se erige como destaque, e que os atores desses jogos precisam se adaptar às regras já normatizadas e não as criar pretende-se, de forma sucinta, introduzir a temática proposta em um nível tangencial.

Dentro dessa perspectiva do Direito Processo Penal, tem-se dentre os procedimentos, o Tribunal do Júri o qual, na definição de NUCCI, se refere a um sistema bifásico que diz respeito ao direito e garantia humana fundamental:

inserido como tal no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, deve ser compreendido como o direito do povo de participar diretamente das decisões do Poder Judiciário e a garantia ao devido processo legal para que os acusados da prática de crimes dolosos contra a vida sejam julgados pelo juiz natural, constitucionalmente estabelecido.⁵

Também, na definição de BONFIM, observa-se que o Tribunal do Júri:

Trata-se de órgão colegiado e heterogêneo, composto por um juiz de direito e por juízes de fato, escolhidos dentre as pessoas do povo, com funções diversas. A palavra “jurado” provém do juramento que se faz, isto é, o compromisso de ser definido como órgão leigo do Poder Judiciário, investido da função de julgar no órgão colegiado denominado Júri.⁶

Superada a definição daquilo que se convencionou como Tribunal do Júri dentro dos procedimentos do crime, cabe destacar os sujeitos desse procedimento bem como o papel que cada um desempenha neste cenário que passará a ser entendido como um jogo, um embate entre acusação e defesa, onde o juiz, acolhendo o veredicto dos jurados irá proferir uma sentença final. Para bem entender esse jogo busquemos nas palavras de ALEXANDRE MORAIS DA ROSA a compreensão de que:

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.805

⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 10 ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 707

O processo penal é o uso do confronto em contraditório para garantia da Democracia. É o palco onde acontece a guerra de informações, estratégias e táticas com o fim de vencer o jogo. (...) daí a formação de padrões táticos que podem não funcionar pela ausência de cuidado com as informações preliminares e as possibilidades probatórias. É o meio pelo qual o Estado sustenta o monopólio da força e justifica a aplicação da pena. Significa a estratégia para se evitar os combates reais, substituídos pela metáfora de guerra: jogo processual, no qual as táticas de cada batalha (subjogos) se apresentam.⁷

Considerando os sujeitos desse jogo e a sua complexidade pode-se compreender o jogo processual no Tribunal do Júri a partir da Teoria dos Jogos. Daí a necessidade de se expor a relevância da Teoria dos Jogos na compreensão da interação dos envolvidos no processo penal, de modo mais restrito ao Tribunal do Júri. Assim sendo, inicia-se a partir de uma abordagem acerca das possíveis aplicabilidades no estudo do direito de modo a apresentar a Teoria dos Jogos em sua origem e desenvolvimento a partir de uma visão tático/estrategista e mostrar como os protagonistas internos e externos envolvidos no julgamento em questão buscam atingir seus objetivos ao lançar mão dos artifícios previstos no ordenamento jurídico. Diante dessa perspectiva surge a Teoria dos Jogos, estudada por ALEXANDRE MORAIS DA ROSA:

em que a fortaleza da inocência, ponto de partida do jogo, é atacada pelo jogador acusador e defendida pelo jogador defensor, sendo que no decorrer as posturas (ativa e passiva) se alternam reciprocamente, devido ao caráter dinâmico do processo, a cada rodada probatória (subjogos) e em face das variáveis cambiantes.⁸

Diante do que se pretende estudar é possível, ainda, acrescentar no bojo desse estudo, o princípio da busca da verdade real. Embora seja muito polêmico na doutrina é pacífico na jurisprudência. Está inserido no Código de Processo Penal podendo ser visualizado em alguns de seus dispositivos, como nos artigos 147 e 209:

Art. 147. O juiz poderá, de ofício, proceder a verificação da falsidade.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 27

⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 28

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.⁹

É importante ressaltar que o juiz e o promotor, ainda que imbuídos na efetivação da verdade processual, buscam, não obstante, alcançar a verdade real. Este princípio pode ser compreendido a partir da produção de provas de ofício por parte do juiz e, até mesmo, a requerimento do Ministério Público. Nesse sentido, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, destaca com muita propriedade quando expõe sobre a verdade real, entendida como princípio orientador do Processo Penal:

O Ministério Público é o titular da ação penal, detentor da opinio delicti e a quem compete avaliar se o acervo probatório produzido, até o momento, é suficiente para a instauração do processo penal. Se não for, poderá a prova ser produzida e complementada durante a instrução processual, caminhando-se na busca da verdade real, princípio orientador do processo penal.¹⁰

Segundo MORAES¹¹ ao citar a obra de JOHAN HUIZINGA – Homo Ludens – “pode-se dizer que é no jogo que a civilização surge e desenvolve com quatro características formais: (a) voluntariedade; (b) regras; (c) relação espaço-temporal; e (d) evasão da vida real.” Dessa forma, no plano do existir, está o sujeito exposto a acontecimentos que o podem levar a uma disputa judicial e, assim, tornar-se parte em um processo penal onde pessoas/partes serão envolvidas em uma lide.

Dentro dessa perspectiva chama-se atenção para o fato de que “no processo penal, em que o jogo é institucionalizado pelo Estado, a sorte possui lugar e deve ser considerada na elaboração da estratégia e das táticas no decorrer da partida”.¹² Tem-se como um nítido exemplo de ganho o momento em que se realiza a distribuição e/ou prevenção do processo, onde a distribuição em muitas vezes pode mudar a expectativa do resultado, pois, correrá o jogo processual sob a presidência de um jogador/julgador, aqui a figura do juiz que, com sua forma de ver e aplicar o direito exigirá das partes estratégias e táticas condizentes.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 29/03/2018.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. INQ 4023 AP, 23/8/2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4023&classe=Inq&origem=AP&rcurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso jun de 2018.

¹¹ ROSA, Alexandre Moraes da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p.36

¹² ROSA, Alexandre Moraes da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p.37

Joga-se com a norma. Seja na seara cível ou penal; processual penal ou civil; extravagante ou especial. Para DWORKIN,¹³ “as normas operam de uma forma de “tudo ou nada”, no raciocínio daqueles que as aplicam; isto é, se uma norma é válida e aplicável a determinado caso particular, ela conseqüentemente “exige”, isto é, determina conclusivamente, o resultado ou desenlace jurídico do caso. Os princípios jurídicos é que irão nortear a atuação dos jogadores dentro da dinâmica processual.

Dentro da dinâmica processual “a disputa sobre a verificação da conduta imputada se consolida como objeto do jogo processual, tendo-se a decisão favorável como resultado verificável da vitória”.¹⁴

É a partir das árvores de decisão, da busca da melhor estratégia, emprego da melhor tática, dos blefes, da aplicabilidade da norma, do contraditório e da ampla defesa que o jogo ganhará contorno, forma e amplitude. Todos esses fatores, cerceados pela ética, terão como deslinde do jogo processual o julgamento realizado pelos juízes de fato (jurados), cuja sentença será prolatada pelo juiz de direito (juiz togado) em conformidade com o veredicto.

¹³ HART, H.L.A., 1907-1992. O conceito de direito / H.L.A Hart; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF), p. 336

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p.162

CAPÍTULO I – TEORIA DOS JOGOS

A Teoria dos Jogos vem apresentar uma nova dinâmica que torna possível uma melhor compreensão do Processo Penal, pois pode ser empregada para fundamentar a estratégia processual, bem como a tática que se pretende empregar.

Embora seja uma teoria efetivada em meados da década de 40, a Teoria dos Jogos ganha sua aplicabilidade nas ciências jurídicas. Aqui, de um modo mais peculiar no Direito Processual Penal com enfoque no Tribunal do Júri.

1.1. O surgimento da teoria dos jogos

Na melhor definição de SARTINI¹⁵ a “teoria dos jogos é uma teoria matemática criada para se modelar fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais ‘agentes de decisão’ interagem entre si”. Também, CARVALHO, no mesmo sentido afirma:

A teoria dos jogos é um método utilizado para representar e compreender as decisões tomadas por agentes que interagem entre si. Também é correto afirmar que, a partir dessa compreensão, constitui um meio para a adoção da melhor escolha nos casos de interação estratégica.¹⁶

Diante dessas definições é possível compreender que, por meio da Teoria dos Jogos, as pessoas envolvidas no processo tendem a lançar mão das estratégias proporcionadas por esse fenômeno com vistas a estabelecer uma melhor tomada de decisão a partir das interações inerentes ao Processo Penal.

Ainda, atinando à origem da teoria dos jogos, para FRANCISCHINI:

Há um consenso de que, apesar de terem havido matemáticos que trataram da teoria antes, foi **John von Neumann** que, em 1928, demonstrando a teoria do jogo finito de soma zero entre duas pessoas com solução possível em estratégia mista, traçou a **Teoria dos Jogos** como a conhecemos. (Grifos do autor)¹⁷

¹⁵ SARTINI, Brígida Alexandre e outros. **Uma Introdução à Teoria dos Jogos**. II Bienal da SBM. Universidade Federal da Bahia, out. 2004, p. 01. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁶ CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à Teoria dos Jogos no Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 59. Abr-Jun/2007. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro, 2007, p. 213

¹⁷ FRANCISCHINI, Nadialice. **A Teoria dos Jogos e a Ciências Jurídicas**. Revista de Direito. Disponível em: <<http://revistadireito.com/a-teoria-dos-jogos-e-a-ciencias-juridicas/>> Acesso em 24 out. 2018

Contudo, de acordo com ZUGMAN, John von Neumann, decepcionou-se com seus estudos matemáticos ao constatar que:

o ser humano desafiava as leis da racionalidade ao competir, cooperar, fazer coligações e até agir contra seu próprio interesse na certeza de estar fazendo a coisa certa, reagindo uns aos outros, aos seus ambientes e a informações que podem ou não estar corretas”. E em 1944, juntamente com Oskar Morgenstein, publicou o livro “Theory of Games and Economic Behavior” onde propôs que trabalhar o “o mundo social a partir de modelos baseados em jogos de estratégia.¹⁸

Em meio a essa busca, eis que em 1950 surge neste cenário a figura de John Forbes Nash Júnior que coroou de modo definitivo a teoria dos jogos. SARTINI defendeu que John Nash, ganhador do Prêmio Nobel de 1994:

provou a existência de um equilíbrio de estratégias mistas para jogos não-cooperativos, denominado equilíbrio de Nash, e sugeriu uma abordagem de estudo de jogos cooperativos a partir de sua redução para a forma não-cooperativa.¹⁹

E, assim, a Teoria dos Jogos ganha a seara do Direito como se observará a seguir.

1.2. A teoria dos jogos e o Direito

Ciente de que as relações jurídicas delineiam o tipo de jogo é possível concluir que “o Direito somente existe porque há conflito entre as pessoas, caso contrário, não haveria a necessidade de tribunais e de um poder judiciário para solucionar e dizer a quem assiste razão”.²⁰ E, ainda, citando FRANCISCHINI:

O jogo assim, nada mais é do que o dilema, o conflito, que os jogadores colocam para si mesmo ou para outros e dos quais demandam as soluções,

¹⁸ ZUGMAN, Fábio. Teoria dos Jogos – Uma introdução à disciplina que vê a vida como uma seqüência de jogos. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13139,51045-Teoria+dos+Jogos+Uma+introducao+a+disciplina+que+ve+a+vida>>. Acesso em 31 jan. 2018.

¹⁹ SARTINI, Brígida Alexandre e outros. **Uma Introdução à Teoria dos Jogos**. II Bienal da SBM. Universidade Federal da Bahia, out. 2004, p. 04. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

²⁰ FRANCISCHINI, Nadialice. A Teoria dos Jogos e a Ciências Jurídicas. Revista de Direito. Disponível em: <<http://revistadireito.com/a-teoria-dos-jogos-e-a-ciencias-juridicas/>> Acesso em 24 out. 2018

baseadas em um **conjunto de estratégias**. Existem tantos jogos quanto existem conflitos que possam ser solucionados por meio de estratégias. (Grifos do autor) ²¹

É possível depreender, dessa forma, que os jogos significam os processos. Os processos, por sua vez são singulares, embora existam outros que possam versar sobre um mesmo crime. Daí se valer da estratégia que possibilite dar a melhor resposta em face às circunstâncias do jogo em questão.

No Processo Penal, o que está em voga são a liberdade e os efeitos penais. Uma vez que o processo tem como objetivo a decisão favorável, faz-se necessário utilizar-se de táticas que proporcionarão a otimização das estratégias que serão empregadas. Segundo ROSA:

No caso do processo penal, a teoria dos jogos pode ser utilizada tanto para fundamentar a estratégia processual quanto como tática específica, possibilitando a antecipação do comportamento entre dominante/dominado.²²

Destarte, sendo o processo singular e único a partir do seu contexto, a estratégia a se empregar deve ir ao encontro da situação específica no certame processual, pois, “a estratégia ou a tática utilizada em um processo anterior podem ser inservíveis no processo seguinte”. ²³

ROSA²⁴, ao citar BIERMAN e FERNANDEZ destaca “que o jogo processual depende de uma complexa interação entre os jogadores e o julgador”. Tal interação se dá continuamente, ao passo que nos processos de ação penal pública incondicionada, e de modo mais restrito aos casos de crimes dolosos contra a vida, compete ao Ministério Público oferecer a denúncia, ao juiz recebê-la ou rejeitá-la, ao advogado promover a defesa do acusado, ou assistir a acusação se utilizando de todos os meios de provas e recursos permitidos em direito. Assim, nessa fase processual, os comportamentos se coadunam no tempo e no espaço para se atingir

²¹ FRANCISCHINI, Nadialice. A Teoria dos Jogos e a Ciências Jurídicas. Revista de Direito. Disponível em: <<http://revistadireito.com/a-teoria-dos-jogos-e-a-ciencias-juridicas/>> Acesso em 24 out. 2018

²² ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p.54

²³ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p.54

²⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p.55 In: BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. Teoria dos Jogos. Trad. Arkete Simille Marques. São Paulo: Person Prentice Hall, 2011, p. 4

a decisão favorável que poderá ser a pronúncia, a impronúncia, a desclassificação ou, ainda, a absolvição sumária.

Nota-se que a decisão favorável consiste naquela que se perseguiu ao longo do processo, onde a condenação em plenário poderá não ser uma derrota quando o advogado de defesa buscou que a pena cominada fosse a mínima. De outro modo, o Ministério Público pode se considerar derrotado ao perceber que houve uma condenação com pena mínima cominada. Desse modo, “as táticas não excluem a cooperação para manutenção de uma vitória parcial, melhor que a derrota”.²⁵

1.3. A busca da recompensa no Processo Penal (*payoffs*)

O jogo processual é orientado pela incerteza onde os detalhes podem modificar o resultado. Por isso é de extremada importância atentar para o fato de que o emprego de uma estratégia bem elaborada pode ser sucumbido por um simples detalhe.

O jogo jurídico envolve as entidades já elencadas nesse trabalho, onde se considera as partes como jogadores. E no embate processual os jogadores são a acusação, a defesa e o julgador; onde a acusação tem o seu principal representante o Ministério Público podendo ser, ainda, um advogado assistente de acusação; a defesa representada por um advogado constituído ou Defensor Público e, por fim o juiz a quem compete decidir o resultado final do jogo após analisar provas e argumentos no processo. O vínculo que existe entre o jogador e a causa defendida pode ser objetivo ou subjetivo e, segundo ROSA:

no caso do processo penal o jogador-acusador possui o dever legal de antecipar às informações que pretende trazer ao jogo, enquanto o jogador-defensor organiza a estratégia e táticas a partir dos movimentos do jogador-acusador.²⁶

Na melhor definição de ROSA o processo penal é um jogo assimétrico de informações que se justifica ao se estabelecer a dinâmica ataque-defesa. Assim sendo, faz-se necessário analisar as possibilidades, esperar o melhor momento para

²⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p.70

²⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 26

atacar, alterar as possibilidades probatórias com o foco nas melhores oportunidades, pois:

A instabilidade de cada rodada do jogo processual exige jogadores atentos ao lance do oponente, bem assim a antecipação da antecipação das possíveis jogadas. A incerteza aqui é inerente ao jogo processual e os cálculos permanentes. A informação é sempre parcial e vindoura. Depende das rodadas (subjogos). Ao final haverá a oportunidade das alegações finais, claro, mas isso não impede a existência de surpresas. Aliás, a surpresa, o benefício do terreno (conhecer o lugar e o julgador onde a partida se desenrola) e o ataque convergente (focado nos tipos penais objeto da ação penal) se constituem como elementos necessários à compreensão do fenômeno processual.²⁷

Como bem pontua ROSA conhecer o lugar e o julgador prefigura importante fator para a estratégia e tática a ser empregada. Uma vez que no jogo processual cada jogador poderá ter a pretensão de ganhar, perder, ou ser indiferente; o juiz/julgador pode de igual forma desejar condenar, absolver ou ficar indiferente, onde:

A Lei dos Retornos Decrescentes demonstra que talvez ganhar a condenação seja mais importante do que uma pena grande, a qual pode ser negociada. Assim é que, por exemplo, o jogador da defesa poderá, diante da informação/prova capaz de indicar a condenação, barganhar uma pena menor, enquanto o jogador de acusação terá a obtenção de sua recompensa maior (condenação)²⁸

Esses fatores concorrem para o resultado útil do processo, qual seja: positivo, negativo ou indiferente. Estipula-se para esse resultado, quando positivo ou negativo, a compensação parcial que se dá em forma do instrumento da barganha.

²⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 26

²⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p. 84 e 85

1.4. A verdade real, como ilusão da informação perfeita no Processo Penal

A verdade real, ilusão da informação perfeita no Processo Penal. Tal é o posicionamento do magistrado ALEXANDRE MORAIS DA ROSA²⁹ o qual afirma “para que se possa tomar a melhor decisão no processo penal deveria ser possível obter-se toda a informação da conduta imputada.” MALATESTA³⁰ concebe que “é na consideração da verdade objetiva e da convicção subjetiva que encontraremos os princípios supremos da prova em geral”.

Embora o Código de Processo Penal³¹ abone ao julgador a produção de provas de ofício, ROSA entende que:

A produção das informações relevantes, para efeito da decisão, é função dos jogadores, descabendo qualquer atribuição ao julgador. (...) O processo precisa ser entendido como o mecanismo apto a inserção **da informação no campo da decisão judicial**. (grifo do autor)³²

O julgador, na melhor concepção de ROSA³³, é considerado o gestor da prova, cuja prerrogativa é concorrer para que a prova leve à “Verdade Verdadeira”.

O meio pelo qual a informação entra no processo é a prova, cujo regime se dá em determinados momentos, quais sejam: o requerimento, o deferimento, a produção e a valoração. Tais momentos sempre apresentam a possibilidade de perda, sem exceção, pois, podem ocorrer eventualidades como não comparecimento ou morte de testemunha; imagens registradas que se perdem; laudos não realizados etc.

Esses percalços muito contribuem para impedir que a informação seja perfeita. Daí compreender o porquê da verdade real ser vista por ROSA como ilusória. E, ainda, para esse autor o processo penal por suas testemunhas, laudos,

²⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 94

³⁰ MALATESTA, Nicola Frei. A lógica das provas. 2ª ed. Ed. Bookseller, Campinas/SP, 2001, p.91

³¹ BRASIL, Decreto-Lei nº 3689, de 3 outubro de 1941, art. 156 p. 364 In: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel/Anne Joyce Angher, organização. 24. Ed. – São Paulo: Rideel, 2017. (Série Vade Mecum)

³² ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 94

³³ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 94

material probatório não reproduzem o passado, (a conduta sempre se deu ontem...)³⁴

Ainda sobre a prova para se atingir a verdade, e considerando ser o processo dinâmico e de informação incompleta vejamos a definição que ROSA faz acerca das provas a partir de situações que a maculam:

A **proibição de prova ilícita decorre do devido processo legal substancial**. Distingue-se: a) **illegítima** a que viola norma processual (p.ex. CPP, arts. 207; 210, 212); e b) **ilícita** a que viola a norma material (p. ex. Interceptação Telefônica ilegal). Entretanto, a distinção não deve operar para salvar a prova, dado que a **nulidade contamina a informação**, nos termos do Art. 5º, LVI, da CR: **são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos**. O CPP indica como ilícitas as derivadas, ressalvando as sem nexo de causalidade ou de fonte independente (art. 157). (Grifos do autor)³⁵

Aos envolvidos no processo, aqui de modo mais restrito, os jogadores como Ministério Público e Advogados exige-se uma revisão das estratégias a cada subjogo probatório, pois, com o andamento processual as provas suscitadas se aproximam mais da comprovação do juiz/julgador.

É nesse contexto que a Teoria dos Jogos se efetiva. Para tanto, faz-se necessário traçar o perfil do juiz/julgador atentando, assim, para as decisões anteriores, a filiação teórica suas expectativas de comportamento, pois, de acordo com ROSA³⁶, “é preciso saber qual a tradição em que o julgador se insere, quais suas opções ideológicas e trajetória individual (...) A vitória no **jogo processual** depende da manifestação do Estado Juiz.” (Grifo do autor). É ele, o Juiz, o indivíduo que, no processo, é responsável por garantir que as regras sejam cumpridas; é o jogador a decidir o resultado final do jogo após ter analisado o conjunto de provas probatórias e argumentos que o processo permitiu ao longo de seu curso.

³⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 94

³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 96

³⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 95

CAPÍTULO II – O JÚRI E A TEORIA DOS JOGOS (INTERDISCIPLINARIDADE)

O presente estudo caminha para o que se pretendeu como trabalho monográfico. Será exposto neste capítulo a aplicabilidade da Teoria dos Jogos a partir de suas táticas ou estratégias, vista de outro ângulo. O lugar em que o jogo tem a sua continuidade agora é outro, pois, nesta etapa do jogo, não há mais dúvidas quanto à autoria e materialidade do delito. Está-se diante do Tribunal do Júri e D'ANGELO & D'ANGELO, se valendo dos ensinamentos de BONFIM assim se posiciona quanto a esse instrumento de que se vale o Estado:

Não, o júri não é encenação teatral que acaricia o ego de atores frustrados. Como disse Edilson Mougenot Bonfim, se é teatro, não o é de falsa encenação; jamais de hipocrisia, nunca de mercancia. Teatro? Somente na acepção saudável da palavra, quando competentes humanos vivam necessários papéis porque neles legalmente investidos.³⁷

Assim, no Tribunal do Júri, é onde reaparecerão as possibilidades das pressões e das emoções no jogo processual que agora ocorrerá em plenário.

2.1. As árvores de decisão no Plenário do Júri

As árvores de decisão podem ser compreendidas a partir de mapas de possíveis resultados de uma série de escolhas relacionadas³⁸. E assim, podem ser apontadas em três fases. A primeira diz respeito às probabilidades, a segunda à decisão e, por fim, o desfecho. A construção dessas árvores para serem utilizadas no Plenário do Júri pode trazer grandes benefícios ao jogador, pois, irá possibilitar obter respostas rápidas e antecipação de comportamentos em circunstâncias do jogo, refletindo sempre um ganho.

³⁷ D'ANGELO, Suzi & D'ANGELO, Élcio. O advogado, o promotor e o juiz no tribunal do júri sob a égide da Lei n.º 11.689/08/ Suzi D'Angelo e Élcio D'Angelo – Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2008, p. 137. In: BONFIM, Edilson Mougenot. Júri – Do Inquérito ao Plenário. 3ª ed. São Paulo, editora Saraiva, 1999.

³⁸ O que é um diagrama de árvore de decisão? Disponível em <https://www.lucidchart.com/pages/pt/o-que-e-arvore-de-decisao> Acesso em 29 out 2018

ROSA³⁹ chama a atenção para que se eleja a ação dominante/dominada uma vez que, aquilo que os jogadores possuem são expectativas de comportamento dominantes e dominados e, a tática dominada é aquela que deixa o jogador em situação de vantagem, não interessando o que o outro faça. Por isso, FAUSTO entende que o Tribunal do Júri possui regras constitutivas que instauram a própria possibilidade do jogo. Contudo,

a condenação ou absolvição dependem de outro fator: não apenas conhecer as regras do jogo, mas, além disso, saber atuar, saber usá-las com destreza. Trata-se, pois, de entender o mundo do júri de dentro pra fora, de sua prática para suas regras e sua relação com a sociedade.⁴⁰

E, ainda, de acordo com FAUSTO, em um Tribunal do Júri diante dos jurados a defesa entende que:

Todos os artifícios legais são legítimos para convencê-los de que, por exemplo, apesar do homicídio, o réu deveria ser privilegiado com o § 1º do Art. 121 do Código Penal. Claro, a eficácia depende de um discurso convincente e contundente que faça o júri crer nesta possibilidade.⁴¹

2.2. O blefe, o truque, e o trunfo aplicados ao Plenário do Júri

No Tribunal do Júri, como em qualquer modalidade processual, a incerteza é que orientará o jogo. Em contrapartida, o detalhe poderá modificar o resultado. Diante dessa assertiva, faz-se necessário que o foco do jogador em Plenário seja sempre a exploração dos pontos fracos da sustentação do outro jogador, pois, ao enfraquecer a sustentação do adversário obtém-se um melhor convencimento dos jurados.

Dessa forma, surgem as possibilidades do blefe, do truque, e do trunfo como formas de comunicação no jogo processual onde “a escolha tática pressupõe que sejamos capazes de estabelecer quais as opções do jogador em dado contexto”.⁴²

³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p. 99

⁴⁰ FAUSTO, Antônio Simon Bruno Franchetto. História, Criminologia e Teatro no Tribunal do Júri. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2016, p.9 Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27878/27878.PDF>> Acesso 29 out 2018.

⁴¹ FAUSTO, Antônio Simon Bruno Franchetto. História, Criminologia e Teatro no Tribunal do Júri. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2016, p.5 Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27878/27878.PDF>> Acesso 29 out 2018.

⁴² ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p. 101

2.2.1. O blefe

No Plenário do Júri o jogador poderá se valer do mecanismo da barganha, o blefe. Não que advogados, defensores e promotores estejam ali para enganar, iludir os jurados; mas trata-se de um recurso em que a “carga argumentativa deve ser explorada com mais veemência, transformando os discursos em verdadeiros encantamentos, capazes de impressionar e comover o corpo de jurados”.⁴³

A estratégia (significando o uso dos resultados no objetivo do jogo) e as táticas (significando o plano de ação que responde às reações dos jogadores) levam-nos a compreender que o blefe vincula-se à imagem pessoal do jogador, de sua reputação como jogador e daquilo que se almeja do jogo⁴⁴, de modo a levar o réu a uma condenação, ou a uma absolvição pelo corpo de jurados.

2.2.2. O truque

É sabido que o Direito é fomentado pela discussão, sugestões e negociações, o que reforça a sua característica retórica. O truque, no limite do jogo limpo, é considerado como ações que podem contornar um impasse de modo mais eficiente. Contudo, é importante também ter domínio do truque sujo, pois, quando o jogador se vê diante de uma jogada ilícita para manipular ou influenciar os jurados em plenário terá como replicar de modo a desconstruir a argumentação viciada do adversário. E, segundo ROSA,⁴⁵ “dominar essa modalidade de *doping*, torna o jogador/julgador mais habilitado (...) Nos julgamentos em plenário, com jurados, os truques retóricos e estéticos são decisivos” e complementando com o posicionamento de FAUSTO:

A parte denominada argumentativa na Retórica é, justamente, a Dialética, já que por ser de caráter especulativo, que tange ao estudo dos argumentos e não à sua aceitabilidade (função Retórica), ela deve se restringir a

⁴³ FAUSTO, Antônio Simon Bruno Franchetto. História, Criminologia e Teatro no Tribunal do Júri. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2016, p.40 Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27878/27878.PDF>> Acesso 29 out 2018.

⁴⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p. 102

⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p. 104

solucionar as divergências a partir das regras e disputas já regulamentadas.⁴⁶

Ainda, dentro daquilo que se convencionou como o *fair play* no jogo processual, os truques podem e devem ser aplicados em plenário, ou em outra situação processual onde, através de posturas e apresentação pessoal dos envolvidos no plenário (réu, testemunha) se perceberá uma influência da interação processual, diferindo-se, assim, do que poderia ser considerada manipulação.

Percebe-se, dessa forma, o emprego da linguagem corporal como tática de jogo podendo essa linguagem ser verbal e não-verbal.

Vejamos o que CUNHA afirma acerca da linguagem verbal e não-verbal empregadas no Plenário do Tribunal do Júri:

Existe uma linguagem verbal e outra não-verbal, ambas utilizadas pelas partes como força retórica perante os julgamentos do Tribunal do Júri, e a farda do réu, ao criar imagem de seriedade, traz um desequilíbrio neste discurso. A visão que se tem do réu, garboso em seu uniforme, é um instrumento que reforça a linguagem não-verbal transmitida aos jurados, fazendo-os crer que se trata de um cidadão honesto e trabalhador, que agiu para defender a sociedade.⁴⁷

Destarte, através da tática fundada na heurística pode-se traçar o mapa mental dos jurados, das variáveis incidentes em suas capacidades cognitivas, a fim de se obter o convencimento deles na hora de votarem os quesitos.

2.2.3. O trunfo

O trunfo diz respeito ao fato da escolha de argumento capaz de aplacar a narrativa dominante do jogador. No Plenário do Júri é importante estar atento ao fato da inquirição das testemunhas, pois, como observa FAUSTO:

Durante o momento em que há a inquirição das testemunhas, por exemplo, é essencial a observação de quais perguntas e respostas realmente chamaram a atenção dos jurados. A maximização do contato visual com

⁴⁶ FAUSTO, Antônio Simon Bruno Franchetto. História, Criminologia e Teatro no Tribunal do Júri. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2016, p.40 Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27878/27878.PDF>> Acesso 29 out 2018.

⁴⁷ CUNHA, André Luiz Bogada. Réu PM pode comparecer fardado a seu julgamento no Plenário do Tribunal do Júri? Jornal Carta Forense. 02 jul. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reu-pm-pode-comparecer-fardado-a-seu-julgamento-no-plenario-do-tribunal-do-juri/11499> Acesso 30 out 2018.

aqueles que serão os destinatários da palavra decisória, permitindo uma melhor percepção dos aspectos não-verbais da interação em cena, deve possibilitar uma avaliação mais específica sobre quais elementos persuasivos serão mais potentes que outros.⁴⁸

As informações passadas pelas testemunhas em plenário ao serem utilizadas nos debates pelos jogadores servirão de referências. Trata-se de esperar o momento oportuno para que o jogador em Plenário apresente em sua fala, réplica e/ou tréplica a sua expressão; que demonstrará as expectativas de comportamento e a possibilidade de encaixe certo, na hora certa, do seu argumento “matador”⁴⁹, podendo ser baseado naquele documento juntado de última hora respeitado, é claro, as regras processuais ou ainda, no depoimento daquela testemunha arrolada no momento crucial do processo.

Os subjogos podem ser entendidos no Plenário como as etapas do ritual do Júri. Nesse sentido, como exemplos de subjogos têm-se os debates nos momentos das falas, das réplicas e das tréplicas. Daí, a importância de se posicionar de modo articulado observando as ações que se coordenam dentro de cada subjogo, de modo a convergir os argumentos para o convencimento dos jurados.

E, assim, em plenário os trunfos argumentativos poderão fazer toda a diferença.

2.3. A metodologia a se adotar ao jogar no Tribunal do Júri

Como já defendido ao longo desse trabalho acadêmico, o Processo Penal é dinâmico e, por isso, deve-se utilizar o arsenal de técnicas nos momentos oportunos de cada subjogo. Para ROSA:

A possibilidade de que os demais jogadores tenham atitudes diversas em face do mesmo dispositivo processual deve ser levada a sério. O jogo, assim, é qualquer relação que dependa das ações interdependente de múltiplos indivíduos otimizadores. (...) A tomada de decisão dos jogadores – o fator humano – será decisiva para o resultado. Reside na possibilidade/capacidade de antecipar o que estão pensando os demais jogadores (em fase de suas recompensas). (...) A capacidade de antecipar tendencialmente o curso de ação tático/estratégico do outro jogador será

⁴⁸ FAUSTO, Antônio Simon Bruno Franchetto. História, Criminologia e Teatro no Tribunal do Júri. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2016, p.41 Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27878/27878.PDF>> Acesso 29 out 2018.

⁴⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p. 105

uma das ferramentas de trabalho. Enquanto a estratégia é a descrição de todas as ações táticas nos subjogos, a tática é a realização do curso de ação em cada subjogo.⁵⁰

Destarte, na interação do plenário os jogadores precisam se armar de modo a optar pela melhor estratégia aplicando a melhor tática. O que se busca nesse embate é a efetivação da justiça. Contudo, a justiça se mostra por uma dupla ótica, seja pelo viés subjetivo, seja pelo objetivo. De um lado o jogador, atuando na defesa pretende provar que o réu agiu impelido por motivo de relevante valor social ou moral⁵¹, procurando convencer os jurados de que foi justo o seu ato e que o praticou fora de sua sã faculdade racional. Pode-se entender que, a justiça aqui defendida é aquela (subjetiva) em que se vislumbra que o autor é, de fato, vítima de toda uma situação.

Em contrapartida, o jogador acusador, neste caso o Ministério Público, podendo ser acompanhado pelo assistente de acusação, postula a efetivação da justiça (objetiva), onde os valores da sociedade se sobrepõem como o direito à vida e a sua preservação como bem jurídico tutelado pelo Estado; não importando, assim, as circunstâncias, mas, o ato/fato de atentado contra a vida alheia.

Nesse jogo de argumentos é preciso que se obtenha o maior número de informações acerca dos jogadores. É necessário observar a sua fala, estudar os seus posicionamentos e, ainda, o espaço-temporal em que se dá o jogo, pois, está-se diante de um Plenário do Júri, onde os juízes/jurados não usam toga.

A partir dessa postura é possível “antecipar os efeitos de argumentos jurídicos, perguntas às testemunhas/informantes, capacidade de cooptação do julgador, enfim, joga-se durante todo o tempo no processo penal”.⁵²

É a partir dessa visão que, para ROSA⁵³, se opera a noção de equilíbrio proposta por John Nash, consistente em descobrir qual a melhor resposta do jogador diante da estratégia do oponente. Assim é possível questionar sobre a previsão do

⁵⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p. 127

⁵¹ BRASIL, Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 121, §1º, p. 329. In: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel/Anne Joyce Angher, organização. 24. Ed. – São Paulo: Rideel, 2017. (Série Vade Mecum)

⁵² ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p. 128

⁵³ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p. 128

resultado de um jogo processual e, ao mesmo tempo, se o resultado será adequado em face daquilo que se pretende. Está-se diante da busca pela recompensa.

A forma como os jogadores fazem a leitura do jogo poderá alterar os critérios de decisão, porque antecipam o que se deveria fazer a seguir. É fundamental que se saiba os caminhos nos subjogos que se seguirão. Em determinada situação o jogador poderá ver-se diante de uma defesa impossível dada a atrocidade do crime cometido pelo agente. Contudo, o que se pretende é buscar argumentos que sopesem na hora de o juiz togado aplicar a pena, vez que os quesitos apontarão para a uma inevitável condenação.

Assim sendo, um pode ganhar quando todos não saiam perdendo. Em outras palavras: a sociedade vê efetivada a justiça, quando condenado o autor de um crime que atentou contra a vida de outrem; ao passo que para o acusado a justiça se efetivou em sua justa medida cominando a pena a um patamar (mínimo ou reduzido) a que se pretendeu o jogador que pleiteou a sua defesa.

Ainda sobre o Plenário do Júri, referindo-se de modo mais preciso ao julgamento de um crime de grande repercussão social, cometido com extremada crueldade poderíamos fazer uma comparativa da decisão penal como bricolage aplicada ao Tribunal do Júri. Utilizar-se do jogo de palavras em uma Sessão Plenária, compilando argumentos diversos até se chegar ao argumento almejado. Eis uma forma introdutória daquilo que se pode convencionar o termo bricolage.

ROSA expõe que através da visão literária:

é possível enganar a língua readequando os significantes, trabalho típico de 'bricoler' (...) Esse desvio se faz pelo jogo de palavras em que a língua é o teatro, exercitando-se com saber e sabor, o trabalho de deslocamento de significantes; de suspensão de significância, de deslizamentos, isto é, bricolagem.⁵⁴

Tendo a linguagem como teatro, no Júri popular, essa teatralidade torna-se essencial, "mesmo que a *ratio decidendi* dos jurados esteja vinculada às provas dos autos, sendo de alguma forma ligada aos fatos que realmente aconteceram"⁵⁵.

E, também, corroborando esse entendimento FAUSTO⁵⁶, referindo-se a BALANDIER afirma existir a "linguagem do poder" em que a aplicabilidade imediata

⁵⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 98

⁵⁵ FAUSTO, Antônio Simon Bruno Franchetto. História, Criminologia e Teatro no Tribunal do Júri. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2016, p.35 Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27878/27878.PDF>> Acesso 29 out 2018.

do resultado quanto a uma punição ao dano social causado por um homicídio deve considerar, no momento do julgamento, valores sociais relevantes como os princípios morais do homem de bem, a degradação humana a que se chegou a sociedade, o retrocesso social dentre outros.

⁵⁶ FAUSTO, Antônio Simon Bruno Franchetto. História, Criminologia e Teatro no Tribunal do Júri. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2016, p.35 In. BALANDIER, Georges. O poder em cena. Tradução por Luiz Tupy Caldas de Moura. Brasília: UNB, 1982. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27878/27878.PDF>> Acesso 29 out 2018.

CAPÍTULO III – O TRIBUNAL DO JÚRI E OS JOGADORES DO PROCESSO

O júri está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII e consiste em um direito fundamental, onde o indivíduo será julgado por seus pares ao cometer crimes dolosos contra a vida:

Art. 5º, XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
 a) a plenitude de defesa;
 b) o sigilo das votações;
 c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;⁵⁷

Contudo faz-se necessário descobrir os atores dessa empreitada processual que tem início com o agente incurso no artigo 121 do Código Penal⁵⁸, quando se tratar de atentado doloso contra a vida de outrem. Tem-se, assim, o Ministério Público como titular da ação penal; a Defensoria Pública atendendo aos hipossuficientes conforme o preceito constitucional previsto no artigo 5º, LXXIV; os advogados consagrados como classe indispensável à administração da justiça; a figura do Juiz de Direito a que lhe compete conduzir o processo.

Assim sendo, uma vez que se estabeleçam os lugares do jogo com seus respectivos protagonistas, faz-se necessária uma breve conceituação do Tribunal do Júri e, também, conhecer um pouco de cada um de seus jogadores.

3.1. O Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri surgiu no Brasil por meio do decreto imperial em 18 de junho de 1822. Foi criado, primeiramente, para julgar os crimes de imprensa e, até os dias de hoje, permanece para os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida. Possui prerrogativas constitucionais desde a Constituição de 1824 até a atual, excepcionando à de 1937.⁵⁹

⁵⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, inciso XXXVIII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 29 set 2018

⁵⁸ BRASIL, Decreto-Lei nº 2848, de 7 dezembro de 1941, art. 121 p. 328 In: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel/Anne Joyce Angher, organização. 24. Ed. – São Paulo: Rideel, 2017. (Série Vade Mecum)

⁵⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 12 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 715

Conforme define BONFIM⁶⁰, o Tribunal do Júri é um “órgão colegiado e heterogêneo, composto por um juiz de direito e por juízes de fato, escolhido dentre as pessoas do povo, com funções diversas”. Em 2008 o júri sofreu reforma a partir da Lei 11.689 de 9 de junho do referido ano. O motivo da reforma justificou-se pelo fato de o procedimento ser antigo carecendo, pois, de uma legislação atual condizente com os anseios de um processo penal moderno.

Trata-se de um procedimento bifásico, vez que compreende uma fase preliminar seguida de uma fase definitiva. No que concerne à fase preparatória julga-se a denúncia, podendo configurar o juízo de admissibilidade da acusação. Dentro dessa primeira fase poderá o processo atingir às seguintes possibilidades: Pronúncia quando o juiz se convencer da existência do crime e de seu indício suficiente de autoria; Impronúncia, caso o juiz não se convença; Desclassificação, quando o juiz não se convença de ter havido crime doloso contra a vida, remetendo ao juízo competente para julgar crime diverso do referido na lei; por fim, a Absolvição Sumária, que ocorre quando a) estiver provada a inexistência do fato, b) quando se provar que o acusado não é autor ou partícipe do crime, c) o fato não constituir crime, e d) quando se provar a causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Na segunda fase será julgada a causa, momento em que será transferido aos jurados examinar a procedência ou não da pretensão acusatória. Conforme preceitua BONFIM⁶¹, “o *judicium accusationis* tem como marco inicial o recebimento da denúncia e termina com a decisão da pronúncia.” Por outro lado, o *judicium causae* terá seu começo quando preclusa a decisão de pronúncia e seu fecho depois das alegações finais ao ser votado os questionários e prolatada a sentença.

Ao leitor desse trabalho aconselha-se, para um estudo mais apurado sobre o Tribunal do Júri, uma leitura dos referentes apontados nas referências bibliográficas.

3.2. O Advogado

Passando adiante, tem-se a figura do advogado e, seja ele o profissional liberal ou o Defensor Público, tamanha é a responsabilidade desse operador do

⁶⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 12 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 715

⁶¹ BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 12 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 721

direito a quem a Constituição reservou artigos específicos para demonstrar o seu papel dentro do Direito:

O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.⁶²

Igualmente, o Ministro Ilmar Galvão pontuou com muita primazia ao descrever a figura do advogado na relação processual em que:

A presença do Advogado no processo constitui fator inequívoco de observância e respeito às liberdades públicas e aos direitos constitucionalmente assegurados às pessoas. É ele instrumento poderoso de concretização das garantias instituídas pela ordem jurídica.⁶³

Superada a exposição da importância do advogado em um processo, aqui mais especificamente no Processo Penal, passemos para as posturas a serem tomadas por esses jogadores quando inseridos neste universo de possibilidades jurídicas, cujos objetivos é a vitória. Destaca-se, contudo, que nem sempre perde aquele que não atinge a absolvição de seu cliente.

A Teoria dos Jogos considera o jogo como um modelo formal onde se utiliza as técnicas de descrição e análise. Para tanto, faz-se imprescindível que se descreva todas as ações que possam ser executadas pelo advogado, seja ele um defensor ou assistente de acusação. Recorrendo, mais uma vez, à já citada passagem da obra de ROSA A Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction* que assim expõe:

Como posso saber se minha estratégia (o que pretendo como o jogo processual) está adequada com a minha tática (ação ou comportamento processual intermediário), em face das recompensas dos demais jogadores? Como devo me comportar em um processo penal cada vez mais complexo, multidimensional, cheio de ambigüidade e incerteza? Até que ponto posso realizar e esperar um comportamento racional ou irracional?

⁶² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Arts 133; 134. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 29 set 2018

⁶³ STF – 1ª T. – Petição n. 1.127-9/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 1º de abril de 1996, p. 9.817.

Quais as pistas externas para leitura adequada do jogo processual singular, ou seja, o jogo que estou atuando? A partir dessas perguntas, pretendo caminhar na introdução da Teoria dos Jogos ao processo penal. Quem sabe possamos nos situar melhor em um ambiente de incerteza, de escolhas (ir)racionais cada vez mais presentes e que modifiquem a possibilidade de leitura do design do jogo processual penal.⁶⁴

Nota-se que o autor leva o advogado a se indagar diante da causa a que se está inserido. A estratégia é algo de extremada relevância, assim como a tática; pois, diante de um jogo é preciso definir o que se deseja conquistar e, ao mesmo tempo, como se posicionar para a conquista do que se deseja ciente de que todos os envolvidos buscam a vitória.

As respostas para estas indagações propostas por ROSA poderão ser encontradas a partir do estudo que o advogado faz sobre cada ponto do processo. É preciso conhecer o Juiz do processo, o seu modo de condução do processo, as suas convicções e a forma como aplica as suas sentenças. Também é necessário conhecer as jogadas da acusação, quais as posturas e posicionamentos do Promotor de Justiça, como se comportam as testemunhas na audiência e, ainda, como se apresentam em termos de traje. Tudo isso é relevante e conta como orientação estratégica.

A partir desses olhares é possível que o advogado trace a sua árvore de decisão que permitirá que se faça um mapa dos possíveis resultados de uma série de escolhas relacionadas. Trata-se de um jogo, onde quem mover as peças com mais cautela, com mais astúcia se valendo da melhor estratégia e empregando a melhor tática vencerá a causa.

Não se pode falar de postura do advogado sem esquecer-se da ética. A ética deve cercear toda a ação humana e, por isso, atinge o arcabouço teórico da advocacia. Conforme KOEHLER⁶⁵ ao definir ética pontuou ser uma palavra que vem do termo grego *ethos* “que significa virtude, caráter, mas hodiernamente, ela também se distingue pelo seu caráter crítico e reflexivo na sistematização dos valores e das normas, servindo como guia para a humanidade, na busca da justiça”. E, ainda, ancorados nas palavras de D’ANGELO & D’ANGELO tem-se que:

⁶⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos Jogos e Processo Penal, *a short introduction*. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017, p.11

⁶⁵ KOEHLER, Pe. H. (S.J). “Dicionário Escolar Latino-Português”, edição da Livraria Globo, 3ª edição, 1948, Porto Alegre, RS, p. 284

O advogado escorreito é aquele que reconhece, protege, garante e respeita seu cliente, seus pares, bem como qualquer ser humano sob a égide da ética, pois o respeito ao próximo é elementar de qualquer conduta desejável de qualquer ser pensante, principalmente quando se está inserido num contexto do Estado de Direito, ainda que não Democrático.⁶⁶

Diante daquilo que se propõe o advogado enquanto aplicador do direito deve-se “buscar a melhor exegese positivada a fim de aplicá-la ao caso concreto, não podendo relegar os princípios éticos explícitos ou implícitos”.⁶⁷

3.3. O Ministério Público

Dentre as diversas áreas de atuação do Ministério Público, o presente trabalho expõe o campo da atuação processual penal deste órgão de execução de um modo mais restrito ao Tribunal do Júri.

Contudo, cabe apresentar alguns aspectos relevantes deste órgão e suas atribuições.

Conforme preceitua a Constituição Federal de 1988:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos Interesses sociais e individuais indisponíveis.⁶⁸

De acordo com MAZZILLI⁶⁹ “na Constituição Federal de 1988, o Ministério Público alcançou a privatividade na promoção da ação penal pública, detendo em mãos uma parcela da soberania estatal.” Ainda pontuando MAZZILLI⁷⁰, o Ministério Público é parte processual, formal ou instrumental no processo penal, iniciando a ação penal, produzindo provas, debatendo a causa ou recorrendo. É, também, imparcial e como traço característico de imparcialidade está a moralidade, pois, atua com objetividade e serenidade na fiscalização da lei, não mantendo interesse material fora do processo contraposto ao interesse do réu. E, assim, mesmo quando

⁶⁶ D’ANGELO, Suzi & D’ANGELO, Élcio. O advogado, o promotor e o juiz no tribunal do júri sob a égide da Lei n.º 11.689/08/ Suzi D’Angelo e Élcio D’Anglo – Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2008, p. 51

⁶⁷ D’ANGELO, Suzi & D’ANGELO, Élcio. O advogado, o promotor e o juiz no tribunal do júri sob a égide da Lei n.º 11.689/08/ Suzi D’Angelo e Élcio D’Anglo – Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2008, p. 57

⁶⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 127. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 29 set 2018

⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público / Hugo Nigro Mazzilli. 8 ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 289

⁷⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público / Hugo Nigro Mazzilli. 8 ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 294

pede a absolvição do réu não deixa de ser parte, pois, continua tendo o ônus e faculdades processuais, o que o permite influir no curso do processo.

Muito se tem discutido sobre o fato de o Ministério Público ser acusador ou defensor. Para esse questionamento TOURINHO FILHO se posiciona afirmando:

Desarrazoada é, pois, a opinião daqueles que entendem que a função do Ministério Público é a de acusar sempre, embora não convencido da responsabilidade do réu. Com efeito. Não tendo o Estado maior interesse na acusação que na defesa, devendo o Ministério Público observar os deveres de lealdade e objetividade em relação com a verdade e a Justiça, sua atuação deve desenvolver-se com a máxima equanimidade.⁷¹

Dessa forma, acima do conceito de acusador o Ministério Público pode ser visto como um órgão que observa os fatos e, a partir deles, chega a um convencimento para, então, pedir a condenação ou absolvição.

Vejamos o posicionamento que D'ANGELO & D'ANGELO mantém acerca da pessoa do Promotor de Justiça perante o Tribunal do Júri:

A sociedade espera do membro do Ministério Público, vez que é este que está investido por disposição constitucional como sendo aquele que proporá, de forma incondicional, a ação penal contra aquele que cometeu crime contra via, de forma intencional, contra seu semelhante, uma atuação que venha ao encontro dos desejos da sociedade, os quais estão acima de quaisquer interesses jurídicos, econômicos ou políticos, porquanto no Tribunal do Júri o que deve imperar é a simbiose perfeita entre a razão e a emoção.⁷²

Entende-se que o Promotor de Justiça é aquele que, como todo cidadão, está inserido em uma sociedade. E, como tal, é impelido a vivenciar as vicissitudes porque passam as pessoas que compõem o meio social ao seu redor. Sejam as alegrias, sejam os percalços, ele não pode ficar alheio. E, na melhor visão de D'ANGELO & D'ANGELO:

perante o Tribunal do Júri o que mais importa para a sociedade não é ter um excelente operador do direito, mas um cidadão que deve ter como meta a tão sonhada justiça dos homens. O Promotor de Justiça perante o Tribunal do Júri possui um diferencial, vez que não deve se circunscrever ao léxico jurídico, sob pena de ser um repetidor mecanizado de leis e pensamentos enfadonhos e prolixos.⁷³

⁷¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. Vol. 2, São Paulo, 1998, p.352

⁷² D'ANGELO, Suzi & D'ANGELO, Élcio. O advogado, o promotor e o juiz no tribunal do júri sob a égide da Lei n.º 11.689/08/ Suzi D'Angelo e Élcio D'Anglo – Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2008, p. 94

⁷³ D'ANGELO, Suzi & D'ANGELO, Élcio. O advogado, o promotor e o juiz no tribunal do júri sob a égide da Lei n.º 11.689/08/ Suzi D'Angelo e Élcio D'Anglo – Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2008, p. 95

Expõe, ainda, com muita propriedade D'ANGELO & D'ANGELO⁷⁴ a postura do Promotor no plenário. Pois, diante de juízes não tocados é preciso ter certo grau de sensibilidade pautado “pela reta-razão e pela oblíqua-emoção” ao passo que o Promotor de Justiça, conhecedor das normas, não se deve olvidar dos sentimentos e das paixões humanas, flexibilizadas conforme o caso concreto que se aflora.

3.4. O Juiz

O Juiz de direito ou juiz togado em linhas diretas e objetivas pode ser considerado o magistrado que julga, em uma comarca, segundo as provas nos autos. Compreende-se que é o juiz competente de acordo com as regras gerais e abstratas previamente estabelecidas. Dessa forma, está-se diante de uma garantia fundamental⁷⁵, onde ninguém será processado senão pela autoridade competente.

Convalidando essa passagem direcionada para o processo que versa sobre crime doloso contra a vida, D'ANGELO & D'ANGELO reforça que o juiz é aquele que:

tem o poder-dever e o dever-poder de pronunciar, impronunciar, desclassificar e, até mesmo, absolver o réu após exaurirem todas as provas e os meios para se chegar à verdade real, sob pena de estar condenando um inocente, ou absolvendo um culpado.⁷⁶

É o juiz quem preside o tribunal do Júri e, como tal, conduz o plenário. Este ofício diz respeito à presidência dos trabalhos que serão apresentados, interpretados e questionados pelos envolvidos, quais sejam: advogados, promotores de justiça, defensores públicos, estagiários, réus, testemunhas e jurados.

Essa tarefa do juiz não se exaure nessas atividades, pois, é ele a autoridade que aplicará a pena ao réu caso este venha a ser condenado. Neste momento o magistrado se vale do poder estatal que lhe foi conferido para, então, invocar as normas prescritas no ordenamento jurídico; é o momento em que se verifica o

⁷⁴ D'ANGELO, Suzi & D'ANGELO, Élcio. O advogado, o promotor e o juiz no tribunal do júri sob a égide da Lei n.º 11.689/08/ Suzi D'Angelo e Élcio D'Anglo – Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2008, p. 95

⁷⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, inciso XXXVII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 29 set 2018

⁷⁶ D'ANGELO, Suzi & D'ANGELO, Élcio. O advogado, o promotor e o juiz no tribunal do júri sob a égide da Lei n.º 11.689/08/ Suzi D'Angelo e Élcio D'Anglo – Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2008, p. 111

discernimento do juiz para efetivar a decisão que os jurados tomaram, haja vista que não bastaria um juízo competente, objetivamente capaz, mas também, seria necessário um juízo imparcial, subjetivamente capaz que não pode “olvidar dos princípios da dignidade humana, da solidariedade, do respeito à vida do semelhante, além dos princípios implícitos, cujo representante maior é o da proporcionalidade”.⁷⁷

Dito isto, cabe ressaltar que, ao juiz não compete se intitular legislador de modo a inovar o sistema jurídico posto. Pois, se assim o fizer estará ferindo o princípio da independência e harmonia dos Poderes prefigurados na Constituição⁷⁸, comprometendo, assim, o princípio da segurança jurídica.

A Constituição de 1988⁷⁹, em seu artigo 1º, Parágrafo único dispõe que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Ora, na melhor visão de D’ANGELO & D’ANGELO:

Destarte, não sendo os juízes eleitos pelo povo, por conseguinte, deverão atender aos ditames da lei, dentro dos limites estabelecidos pelos legisladores constituintes e ordinários” (...) Assim sendo, não vemos razões para que o juiz inove o sistema jurídico, mesmo porque não é de sua competência legislar, mas tão-somente aplicar a lei, invocando, se preciso for, por exemplo, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para sentenciar o condenado pelo corpo de jurados no Tribunal do Júri, vez que estará atendendo ao princípio da soberania dos veredictos (CF/88, artigo 5º, XXXVIII, “c”), bem como aos fins sociais (LICC, Decreto-lei n. 4.657/42, art. 5º)⁸⁰

Trata-se de uma tarefa que vai além de identificar a função de cada ente no processo, mas, sobretudo realizar um estudo acerca da estratégia, da árvore de decisão que cada jogador empregará para a consecução dos resultados.

⁷⁷ D’ANGELO, Suzi & D’ANGELO, Élcio. O advogado, o promotor e o juiz no tribunal do júri sob a égide da Lei n.º 11.689/08/ Suzi D’Angelo e Élcio D’Anglo – Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2008, p. 95

⁷⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 29 set 2018

⁷⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. artigo 1º, Parágrafo único . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 29 set 2018

⁸⁰ D’ANGELO, Suzi & D’ANGELO, Élcio. O advogado, o promotor e o juiz no tribunal do júri sob a égide da Lei n.º 11.689/08/ Suzi D’Angelo e Élcio D’Anglo – Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2008, p. 108,109

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo ocupou-se em demonstrar que o Processo Penal enquanto dinâmico e singularizado carece de ferramentas analíticas capazes de proporcionar os planos de ação adequados para se jogar o jogo processual. Esta dinamicidade do processo penal exige que se busque elaborar um plano de ação para que se possa jogar com êxito. Daí se pensar na teoria dos jogos.

Diante daquilo que fora exposto, chega-se a conclusão que a teoria dos jogos busca estabelecer nas interações humanas, ou entre instituições, qual seria o comportamento de um agente racional ao partir do pressuposto de que almeja algo. A partir de então, surgem categorias articuladas capazes de construir expectativas de comportamento em qualquer interação que pode se dar no ambiente de interesse do jogo do processo judicial.

Foi observado, ainda, que em qualquer relação prefiguram a existência dos jogadores onde se veem as pessoas do juiz, do advogado, do promotor, do assistente de acusação e dos jurados. Cada um com sua peculiaridade, com seu propósito, com seu modo de jogar, de se interagir no jogo processual. Está-se diante dos jogadores diretos. Existem, também, as figuras das testemunhas, dos parentes, da mídia, os chamados grupos de pressão. Consideremos estes como sendo os jogadores indiretos

Constatou-se que os planos de ação, por sua vez, consistem em empregar os meios que viabilizam capitalizar os ganhos no embate processual, ou seja, os caminhos a serem percorridos, a construção das árvores de decisão, o estudo do cenário do jogo. Em outras palavras, faz-se necessário ter a informação qualificada acerca dos jogadores a fim de que se obtenha uma argumentação factível.

A abordagem que se fará durante o jogo processual depende da recompensa no processo que nem sempre é tão somente financeira, mas, significa também o que se quer no processo: quer ganhar uma condenação maior, uma condenação menor, que o acusado seja solto, que seja absolvido? Então se estabelece o que se quer ao final do jogo e aí se concebem táticas de jogo que representam as ações individuais para se obter o resultado pretendido.

O cenário do jogo processual, aqui escolhido, foi o Tribunal do Júri. O grande mérito do estudo recaiu em demonstrar que a Teoria dos Jogos pode ser o

instrumento norteador a implicar nas decisões a serem tomadas no processo. No plenário do júri, constitui importante recurso a ser empregado durante as falas.

Buscou-se demonstrar, dessa forma, que a teoria dos jogos é baseada na tomada de decisão a partir da análise prévia do modo como os jogadores se posicionam quando imbuídos em uma batalha processual. Joga-se no processo, fundamentalmente, com a informação sob o prisma de dois mecanismos quais sejam: qualidade e quantidade da informação.

Diante do que fora exposto pode-se levantar alguns questionamentos acerca da teoria dos jogos no Processo Penal, com ênfase ao Tribunal do Júri.

O presente trabalho, ao abordar a verdade real, ancorou-se na visão de alguns autores de que tal recurso nada mais é do que uma ilusão. E assim a informação perfeita não existe no Processo Penal. Contudo, é inegável que o Processo Penal tenha como objetivo chegar à verdade dos fatos para então, o Estado/juiz aplicar a devida punição e responder à sociedade que clama por justiça.

A decisão de pronúncia é o limite da acusação estando estritamente vinculada à denúncia. Ainda que existam resquícios de incerteza por parte do magistrado acerca da autoria, deve ele estar ancorado na veemente probabilidade de o acusado ser o autor do fato. Dessa forma, quando o Juiz pronuncia o acusado significa afirmar que este magistrado está admitindo que o fato em apreciação constitua crime, o qual terá o Tribunal do Júri por competente para o julgamento.

Diante desse cenário, quais os benefícios a Teoria dos Jogos pode trazer para a justiça? A resposta ancora-se na possibilidade de se construir uma estrutura teórico-formal e, também, ao seu modo de aplicá-la para se chegar a um resultado no processo judicial. Contudo, essa passagem exigirá que se constitua um lugar ético de responsabilidade do sujeito para a sua efetivação. O perigo reside no fato de se manipular o jogo, viciando-o.

Destarte, a Teoria dos Jogos se preocupa em demonstrar que tem jogadores jogando mesmo que não se deem conta disso e, então, quem joga sem ter o conhecimento prévio necessário, poderá ser manipulado pelo seu oponente. Daí se entende a estrutura e, sabendo jogar com ela, torna-se possível atuar de maneira ética e saber quando o adversário procura manipular seu oponente. Existem várias possibilidades de manipulação e de argumentação que são possíveis no processo, aqui mais específico no Plenário do Júri.

Entender essas possibilidades é compreender aonde o outro quer chegar e então ser capaz de atuar de maneira contingente para de fato contornar a manipulação. E, assim, ao se antecipar as jogadas não significa que a Teoria dos Jogos está sendo utilizada para manipular, mas, para que se tenha um desenho do que seja uma estratégia de comportamento dominante e de comportamento dominado.

É preciso se valer da ética, seja na esfera formal ou material, evitando a manipulação. A ideia de manipulação é uma ideia de rompimento com o *fair play*, ou seja, o jogo limpo. Muito se discute entre autores a noção de *doping*, significando alguma tática que seja artificial capaz de manipular aquele jogador que tem o poder de decidir. Importante destacar que a manipulação pode ser antecipada pela Teoria dos Jogos e, através da Teoria dos Jogos, atinge-se o limite ético evitando, por conseguinte, o *doping* processual.

E, por fim, cabe expor sobre como se deve aplicar hoje a Teoria dos Jogos enquanto operador do Direito. Pode-se convencionar-se que essa teoria é um mecanismo que veio para demarcar o seu espaço dentro do Direito. E para aquele que pretende tornar-se um operador do Direito Processual Penal deve ter a consciência de que, no Processo Penal ou em qualquer área do Direito, é preciso ser um bom jogador. Para tanto, é primordial que se dedique a leituras e estudos de livros que tratam de assuntos pertinentes a Processo Penal, Teoria do Crime, jogos dentre outros.

O diferencial está em se empenhar por ser um grande jogador conhecedor das regras e possibilidades de cada jogo. Ainda que a Carta Maior e o Código de Processo Penal disponham sobre as regras processuais para cada processo específico, quando alguém se vir diante de uma atuação em Plenário do Júri na condição de advogado, por exemplo, é preciso saber que o se passa com o juiz, o promotor; os jurados do Conselho de Sentença; sobre o que estão pensando; quais suas convicções enquanto autoridades judiciárias constituídas pelo Estado. E, a partir disso, ter um modelo contextual de modo a entender a dinâmica, quais as expectativas de comportamento.

As regras processuais devem ser seguidas e mudá-las não procede, porém, a postura pode ser reinventada e saber articular as informações é decisivo. Os jogos são repetidos, pois, sempre haverá audiências e sessões plenárias. Contudo, as rodadas são diferentes, onde cada processo é singular.

Manter a reputação de se jogar bem, jogar limpo (*fair play*) ou ser astuto para se defender do jogo sujo (*doping*), é um desafio que o operador do Direito tem que buscar a qualquer custo, para o qual a Teoria dos Jogos mostra-se como importante recurso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 10 ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 12 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29/03/2018.

BRASIL. **Lei nº 11.689 de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, Relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/l11689.htm. Acesso em 29/03/2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941 – Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 29/03/2018.

BRASIL. Superior Tribuna Federal. INQ 4023 AP, 23/8/2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4023&classe=lnq&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso jun de 2018.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3689, de 3 outubro de 1941, p. 364/402** In: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel/Anne Joyce Angher, organização. 24. Ed. – São Paulo: Rideel, 2017. (Série Vade Mecum)

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2848, de 7 dezembro de 1941, p. 321/346** In: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel/Anne Joyce Angher, organização. 24. Ed. – São Paulo: Rideel, 2017. (Série Vade Mecum)

CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à Teoria dos Jogos no Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 59. Abr-Jun/2007. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro, 2007.

CUNHA, André Luiz Bogada. Réu PM pode comparecer fardado a seu julgamento no Plenário do Tribunal do Júri? **Jornal Carta Forense**. 02 jul. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reu-pm-pode-comparecer-fardado-a-seu-julgamento-no-plenario-do-tribunal-do-juri/11499> Acesso 30 out 2018.

D'ANGELO, Suzi & D'ANGELO, Élcio. **O advogado, o promotor e o juiz no tribunal do júri sob a égide da Lei nº 11.689/08** / Suzi D'Angelo e Élcio D'Angelo. Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2008.

FAUSTO, Antônio Simon Bruno Franchetto. **História, Criminologia e Teatro no Tribunal do Júri**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2016.

Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27878/27878.PDF>> Acesso 29 out 2018.

FRANCISCHINI, Nadialice. **A Teoria dos Jogos e a Ciências Jurídicas**. Revista de Direito. Disponível em: <<http://revistadireito.com/a-teoria-dos-jogos-e-a-ciencias-juridicas/>> Acesso em 24 out. 2018

HART, H.L.A, 1907-1992. **O conceito de direito / H.L.A Hart**; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF)

KHALED JR., Salah H.. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7411>. Acesso em abr 2018.

KOEHLER, Pe. H. (S.J). “Dicionário Escolar Latino-Português”, edição da Livraria Globo, 3ª edição, 1948, Porto Alegre, RS.

MALATESTA, Nicola Frei. **A lógica das provas**. 2ª ed. Ed. Bookseller, Campinas/SP, 2001, p.91

MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público / Hugo Nigro Mazzilli. 8 ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

O que é um diagrama de árvore de decisão? Disponível em <https://www.lucidchart.com/pages/pt/o-que-e-arvore-de-decisao> Acesso em 29 out 2018

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos Jogos e Processo Penal, a short introduction**. 2 ed. ampl. e rev. Florianópolis, Empório Modara, 2017.

SARTINI, Brígida Alexandre e outros. **Uma Introdução à Teoria dos Jogos**. II Bienal da SBM. Universidade Federal da Bahia, out. 2004. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 2, São Paulo, 1998.

ZUGMAN, Fábio. Teoria dos Jogos – **Uma introdução à disciplina que vê a vida como uma sequência de jogos**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13139,51045-Teoria+dos+Jogos+Uma+introducao+a+disciplina+que+ve+a+vida>>. Acesso em 31 jan. 2018.