



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR - UCSAL
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

IGOR LUIZ SANTANA GORDILHO LEITE

**UMA FACTUAL PERSPECTIVA DO PROCESSO PENAL:
A ATUAÇÃO HUMANA E SUA SUBJETIVIDADE À LUZ DA TEORIA
DOS JOGOS.**

SALVADOR
2018

IGOR LUIZ SANTANA GORDILHO LEITE

**UMA FACTUAL PERSPECTIVA DO PROCESSO PENAL:
A ATUAÇÃO HUMANA E SUA SUBJETIVIDADE À LUZ DA TEORIA
DOS JOGOS.**

Monografia apresentada para a
conclusão do curso de Direito, da
Universidade Católica do Salvador –
UCSal.

Orientador: Prof. Fábio Moreira
Ramiro

SALVADOR
2018

IGOR LUIZ SANTANA GORDILHO LEITE

**UMA FACTUAL PERSPECTIVA DO PROCESSO PENAL:
A ATUAÇÃO HUMANA E SUA SUBJETIVIDADE À LUZ DA TEORIA
DOS JOGOS.**

Relatório final, apresentado a Universidade Católica do Salvador, - UCSal, como parte das exigências para a obtenção do título de bacharel de Direito.

Salvador, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador: Fábio Moreira Ramiro

Prof. Leonardo Ribeiro Bacellar da Silva

Prof.^a Nívea da Silva Gonçalves Pereira

Aos meus pais e meu irmão, pelo amor incondicional, e a minha amada pelo apoio constante.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus que por Seu Infinito Amor me deu força e disposição para superar todos obstáculos. Agradeço também a minha família, especialmente a minha mãe Letícia, que sempre será minha eterna professora, não hesitando em ajudar e trabalhar constantemente para o meu desenvolvimento, de forma essencial em todo este trabalho; ao meu pai, Helson; ao meu irmão, Diego; e minha amada Paula que, nos momentos difíceis, me incentivaram e me apoiaram.

Agradeço a minha chefe, orientadora, coordenadora, amiga Amanda Oliveira, a qual não mediu esforços para mais uma das minhas ideias e desafios; ao meu orientador, professor Fábio Moreira Ramiro, pela disposição a mim dispensada, bem como, ainda, pelo auxílio e estímulo durante este trabalho.

Agradeço aos professores desta Universidade que contribuíram para um melhor aprendizado durante toda a extensão do curso. Agradeço também a minha Instituição, a UCSAL, por ter me dado à chance e todas as ferramentas que permitiram chegar hoje ao final desse ciclo de maneira satisfatória.

Agradeço a todos os meus amigos que de alguma forma contribuíram pelo meu êxito.

Enfim, toda a minha gratidão a todos que estiveram ao meu lado, contribuindo direta e indiretamente no desenvolvimento deste trabalho.

“O sucesso nasce do querer”.

(José de Alencar)

RESUMO

O Processo Penal compreendido como um jogo, em que há jogadores e juízes, está cada vez mais em evidência quando observados os fatores para esta compreensão. Desta forma, é nítida a presença da Teoria dos Jogos na aplicação do Direito Penal e Processual Penal, fazendo com que o processo se torne um campo de batalha no qual as partes (jogadores) buscam a vitória revestida de justiça. O Jogo Processual Penal deve ser analisado de forma dinâmica, com informações incompletas e imperfeitas, o que torna decisivo não só a técnica e domínio do Direito Positivo, mas, também, habilidades peculiares ao jogo processual penal dos jogadores de acusação e de defesa. Contudo, a fomentação pelo êxito no processo, desperta preocupações em relação as regras do jogo e seus *dopings* processuais, podendo atingir o *fair play* (jogo limpo). O poder da mente humana no (in)consciente dos jogadores e julgador se aflora para uma inquisição parcial do caso criminal, bem como formas mais simples, rápidas e fáceis (*Sistema I*) de pensar e resolver questões no jogo, explicados pela psicanálise, pode não ser o ideal. Assim, o jogo processual penal pode acarretar uma possibilidade de relativizar alguns princípios, como da imparcialidade e neutralidade no Direito Penal, devida a influências naturais humanas (ou não) e trazer à baila o real sentido da verdade sob sua perspectiva factual.

Palavras-chave: Teoria dos Jogos; Processo Penal; Imparcialidade; Vitória Penal.

ABSTRACT

The Criminal Process is understood as a game, where there are players and even judges, is increasingly in evidence, when observed the factors for this understanding. In this way, the presence of the Game Theory in the application of Criminal Law and Criminal Procedure is clear, causing the process to become a battlefield where the parties (players) seek justice clad victory. The criminal procedural game must be analyzed dynamically, with incomplete and imperfect information, which makes decisive not only the technique and domain of positive law, but also, peculiar abilities to the criminal procedural game of the prosecution and defense players. However, fostering success in the process raises concerns about the rules of the game and its procedural dopings, and can achieve fair play. The power of the human mind in the (un) conscious of the players and the judge is raised for a partial inquisition of the criminal case, as well as simpler, quicker and easier ways (System 1) to think and solve questions in the game, explained by psychoanalysis, not be ideal. Thus, the criminal procedural game may entail a possibility to relativize some principles, such as impartiality and neutrality in criminal law, due to human natural influences (or not) and to bring to the baila the real sense of truth, under its factual perspective.

Keywords: Game Theory; Criminal Proceedings; Impartiality; Criminal Victory.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A TEORIA DOS JOGOS APLICADA AO PROCESSO PENAL	12
2.1 Breve histórico	12
2.2 O conceito da teoria dos jogos no processo penal	13
2.2.1 Quem são os <i>players</i>	16
2.2.2 Regras e dinâmica do jogo	17
2.2.3 Doping processual	19
3. OBJETIVO DO JOGO.	22
3.1 Justiça em segundo plano	23
3.2 Os sistemas penais e o mito da Verdade-Real	26
4. INFLUÊNCIAS INTRÍSECAS AO JOGO	31
4.1 Fatores externos e naturais do julgamento	31
4.1.1 O (in)consciente e a psicanálise	33
4.1.2 O Direito Penal Midiático e sua rentabilidade	36
4.2 Imparcialidade e Neutralidade no Processo Penal	39
5. O JOGO EM PRÁTICA	42
5.1 Caso Eloá	42
5.2 Julgamento de Lula no STF	46
5.3 Síntese analítica dos jogos	51
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como finalidade analisar e demonstrar o processo penal como um jogo à luz da Teoria dos Jogos, bem como o verdadeiro objetivo dos jogadores (partes processuais) em lograr êxito mitigando a busca pela genuína Justiça, evidenciando um processo atuado por seres humanos passíveis de influências internas e externas.

Contudo, o fator para isso não é algo muito simples, sendo de uma enorme complexidade. O desequilíbrio no processo penal torna a Justiça gradativamente mais distante do resultado final. A importância desta análise é exatamente demonstrar a realidade da prática judiciária e os verdadeiros elementos influenciadores do jogo processual, bem como desmistificar a possibilidade de princípios absolutos pairando sobre as decisões criminais.

Para essa compreensão, faz-se necessário adentrar no campo da psicanálise a fim de compreender melhor o ato decisório e o estado psíquico do julgador e dos demais jogadores, reconhecendo a intervenção do inconsciente do juiz no momento de sua decisão dentro de um processo.

Toda essa presente pesquisa gira em torno da interferência externa ao processo, como a mídia e a pressão popular; e interna, como o (in)consciente, principalmente do julgador, sob a perspectiva de comportamentos subjetivos na medida em que são sujeitos racionais. O questionável, portanto, é de que forma e até onde todas essas interferências influenciam e podem alterar o processo penal visto como um jogo.

O objetivo do trabalho é demonstrar que a Teoria dos Jogos é cada vez mais visível no processo penal sob a perspectiva da busca, egoisticamente, do triunfo nas batalhas processuais, bem como as interferências possíveis na prática penal. A preocupação em aplicar a técnica do Direito e suas normas literais/formais, tanto quanto seguir princípios garantidores de um jogo limpo (*fair play*) em busca da Justiça é abrandada por uma fomentação no desejo de vitória e uma subjetividade das ações e comportamentos humanos.

A intenção da pesquisa é expor esse processo penal realístico, o que não se restringe e limita a ideologias e crenças teóricas imagináveis e filosóficas. Fala-se de algo que já ocorre no cenário jurídico atual, contudo, nem todos estão preparados e cientes de que é preciso entender e compreender esse jogo para obter resultados satisfatórios.

A metodologia utilizada para a monografia foi a revisão bibliográfica de diversos autores e artigos da área do Direito e, inclusive, outros campos de estudo, como a psicanálise, filosofia e economia. O principal autor e referencial teórico foi Alexandre Morais da Rosa em

sua ilustre obra “A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal”, sendo o livro mais completo, crítico e coeso, sobre o assunto examinado, no presente trabalho.

Na perspectiva estrutural da presente, primordialmente, será abordada uma análise histórica e conceitual da Teoria dos Jogos demonstrando seu surgimento, o qual não foi na área do Direito. Em seguida, aplicar-se-á ao processo penal trabalhando o jogo processual, evidenciando as regras, aspectos e alguns termos referentes as batalhas.

Nesse viés, será analisado todo o jogo processual sob a perspectiva de seu objetivo principal, bem como a distância desse objetivo relacionada a Justiça. Para essa compreensão, será realizado um exame do sistema penal brasileiro atual e o mito da verdade real. Em seguida, adentra-se no campo do comportamento humano, seu (in)consciente e o entendimento das influências e interferências relativas ao processo penal, fazendo alusão aos princípios da imparcialidade e neutralidade. Por fim, a presente pesquisa apresentará dois casos de grande repercussão, o que proporcionará a aplicação e análise de todo o exposto.

Esta pesquisa tem o intuito de contribuir com novas formas de enxergar o direito penal e, com isso, elaborar novas estratégias de atuação. Ela se baseia em uma teoria comprovada por diversos juristas, assim como evidenciada em dois casos, para realizar uma análise e apontar algumas reflexões para melhorar os desempenhos dos jogadores no processo penal tradicionalmente aplicado ao longo dos anos. Ainda que seja necessário aprofundar ulteriormente o tema, abordando mais casos práticos e os resultados obtidos com as inovações trazidas pelas regras do jogo, espera-se aqui promover um debate argumentado sobre a possibilidade de uma nova forma de pensar o processo penal.

2. A TEORIA DOS JOGOS APLICADA AO PROCESSO PENAL

2.1 Breve histórico

A Teoria dos Jogos teve sua concepção no campo da Matemática e das Ciências Econômicas, no período do século XX, em especial após a Primeira Guerra Mundial. Seu objeto de estudo é o conflito que, para a teoria, pode ser entendido como a situação na qual duas pessoas tem que desenvolver estratégias para maximizar seus ganhos, de acordo com certas regras preestabelecidas.

A teoria ganhou amplitude suficiente com a publicação da obra *The Theory of Games and Economic Behavior* (MORGENSTERN; NEUMANN, 1944). Em suma, Neumann vislumbrava a Teoria dos Jogos sob uma ótica não-cooperativa, em que haviam jogos com soma zero, que para um jogador ganhar o outro deveria ser derrotado.

A partir de então, nesse viés, o matemático norte-americano, John Forbes Nash Júnior, aluno de Neumann na Universidade de Princeton, em Nova Jérsei, revolucionou a teoria, provando que um jogo de estratégias mistas e não cooperativo possui um estado de equilíbrio, mesmo quando o lucro de um dos jogadores não depende do prejuízo do outro. Em outras palavras, Nash superou o entendimento clássico econômico defendido, de que a regra fundamental do mundo é a competição, desvendando ser possível potencializar os ganhos individuais colaborando com o adversário. Nesse sentido, o estudo de John Nash foi fundamental para uma análise da teoria além da restritiva ideia de soma zero. Por esse ângulo, foi possível certificar 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 (LUNA, 2014, p. 12-13).

Com base nessas premissas, os cientistas políticos desenvolveram um método de mensuração das ações-reações em ambientes críticos e perceberam que, ao mesmo tempo que conseguiam prever estratégias financeiras, mecanismos naturais poderiam ser explicados por tal teoria.

Desta forma, Teoria dos Jogos passou a ser pensada por outros estudiosos e autores das diversas áreas de conhecimento, como a área jurídica do Direito. Assim, ainda fora do Brasil, o jurista italiano Piero Calamandrei definiu o processo como um jogo: com regras, jogadores, estratégias, táticas, recompensas e até um juiz. Segundo Calamandrei, “o advogado

deve sugerir por forma tão discreta os argumentos que lhe dão razão, que deixe ao juiz a convicção de que foi ele próprio quem os descobriu”.

O pensamento do italiano reforça a ideia de que durante o andamento de um processo, os envolvidos são obrigados a elaborar um plano de jogo e mover suas peças estrategicamente para alcançar o objetivo traçado. Afinal, como o próprio operador do Direito afirmava, apenas “decorar as regras do xadrez não torna ninguém enxadrista”.

Este plano de jogo pode ser feito às cegas, ou seja, sem levar em consideração a tática e os movimentos da parte contrária, mas a forma mais eficiente de se estabelecer uma estratégia de defesa ou de acusação é prevendo as prováveis ações do oponente e de cada envolvido na esfera processual. Assim, a teoria aplicada ao Direito busca explicar como pessoas envolvidas num mesmo contexto tomam decisões a partir de um conjunto de estímulos.

A Teoria dos Jogos não pretende resolver todos os problemas ou tipos de conflitos, porém fornece subsídios para uma melhor compreensão e soluções em circunstâncias menos previstas. Ademais, um equívoco grandioso é pensar a Teoria dos Jogos como algo indivisível e uno, tendo em vista que:

A teoria dos jogos não é uma teoria única, mas um conjunto de teorias. Isso não surpreende. Afinal de contas, um jogo não passa de um modelo de realidade, e esperar que um modelo único pudesse refletir com precisão tipos de atividades tão diversos seria esperar demasiado. Há, porém, certos elementos que se contêm em todos os modelos, e com eles nos preocuparemos ao discutir os jogos (DAVIS, 1973 apud ROSA, 2017).

A partir dos estudos de Piero, sem dúvidas, a teoria une a labuta judiciária à realidade, impedindo que o imaginário, mundo estritamente ideológico, ensinados em livros e manuais do Direito, por si só, continue revestindo o processo factual e causando surpresas quando desmascarado para o mundo palpável.

2.2 O conceito da teoria dos jogos no processo penal

O processo penal na perspectiva da teoria se desenvolve exatamente como um jogo, em que as regras são impostas pelo Estado e sustentadas pelo magistrado, ocorrendo, inclusive, limitação de espaço e tempo. Não há um jogo individual, sendo necessária a participação mínima dos jogadores (acusação e defesa) e do julgador imparcial (juiz), instaurando-se modalidade de competição, nos quais protagonizam a guerra em busca da vitória.

Nesse sentido, ocorre uma nova dinâmica de compreensão do processo penal, do qual as normas processuais ganham sentido naturais, ou espontâneos, muitas vezes até por fatores externos. A teoria dos jogos propicia a formulação de expectativas de comportamento estratégico, tendo em vista que o objetivo do processo é a decisão favorável e, portanto, essa é a estratégia dos jogadores, em que serão manejadas táticas para obter de forma mais ágil e eficiente o êxito.

O jogo processual é dividido em partes, chamado de subjogos, como em uma guerra feita de várias batalhas. Cada rodada probatória faz-se necessária revisitar as táticas e estratégias para aquele subjogo, logicamente, convergindo para a grande vitória ao final do jogo, a sentença favorável.

O dinamismo da persecução penal pode ser analisada sob a perspectiva das diversas possibilidades que se insurgem no decorrer do jogo, como de vitória, empate ou derrota. De alguma maneira o jogo processual penal dá ordem parcial ao caos, estipulando o local do jogo, seus limites, regras, jogadores e julgadores (ROSA, 2015, p. 24).

A Teoria dos Jogos evidencia diferentes versões do processo penal, isto é, de acordo com Alexandre Morais da Rosa, “em cada sala de aula, comarca, unidade, Tribunal e eventual composição dos órgãos julgadores, as normas mudam, os sentidos migram”.

Logicamente, as regras deveriam ser compartilhadas para que em todas as circunstâncias aplicar-se-á o mesmo processo penal. Para melhor entendimento dessa realidade, utilizaremos como referência o jogo de xadrez. Em todo e qualquer lugar do mundo o xadrez é jogado da mesma maneira, pois as regras são compartilhadas. O peão terá as mesmas possibilidades em cima do tabuleiro, bem como o cavalo, bispo, rei, entre outras peças. Ou seja, o jogador de xadrez pode jogar com qualquer adversário em qualquer lugar do mundo, mesmo não sabendo seu idioma. No processo penal, a dificuldade de compartilhamento de regras torna o jogo mais complexo, tendo em vista que antes do jogo, para se obter o êxito, é necessário conhecer os jogadores e julgador da partida, para então saber quais regras serão aplicadas.

Desta forma, a priori, as regras processuais apresentam uma universalidade, cuja efetivação no Direito Penal nem sempre é alcançada, tendo em vista que as contingências podem modificar por diversos fatores (internos e externos) que veremos mais adiante.

Conforme a teoria, o processo penal assume uma noção de jogo dinâmico de informação incompleta, por isso que é preciso entender com qual jogador se joga e qual julgador a quem se destina a informação do jogo. Embora se tenham regras processuais dispostas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, em cada processo

individualizado, com seu julgador e seus jogadores, acontecerá jogo único (ROSA, 2013, p. 24).

Logicamente, o acusador quer condenar e o defensor absolver, mas nem sempre, de acordo com a complexidade do processo penal visto como um verdadeiro jogo, essa será a motivação dos jogadores, tendo em vista um conjunto de contingências do mundo da vida, isto é, o processo pode ser utilizado como outras formas de recompensas e finalidades. A análise das consequências das ações de cada jogador, ou seja, ganhos e perdas previsíveis, é chamado de *playoff*.

O jogo processual tem seu início com a fortaleza da inocência, isto é, o princípio da presunção de não culpabilidade como ponto de partida, o qual é atacado pelo jogador-acusador, enquanto o jogador-defensor luta para sustentar seu forte da inocência.

Diante da teoria, há uma crítica na forma de como é passado o princípio do devido processo legal, presente na Constituição Federativa da República de 1988. O conteúdo deste é discutido, pelo menos, desde a Inglaterra de João Sem Terra (1215)¹, portanto, não se trata de significante desprovido de história e tradição. Logo, parece abusivo e até ingênuo, como fazem, de regra, os manuais de direito constitucional e processo penal, ao apontar simplesmente que o *devido processo legal é o procedimento estatal para restrição de direitos*. (ROSA, 2015, p. 61).

O que deve-se entender é que não se trata de uma mera formalidade procedimental, nem uma fórmula desprovida de conteúdo democrático. Vejamos a Terceira Carta Confirmatória de Henrique III:

“nenhum homem livre será detido ou aprisionado ou despojado de seus meios de vida, de suas liberdades, nem de suas usanças livres, nem banido ou exilado, nem de modo algum molestado, e nós também não o atacaremos nem mandaremos alguém ataca-lo, exceto pelo lícito julgamento de seus pares ou pelo direito da terra.”

Nesta linha, desde o ano de 1610, já era possível compreender a importância da garantia de vida, propriedade e liberdade. É exatamente a partir disso que se deve entender a extensão do devido processo legal substancial. Isto é, para operacionalizá-lo se recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o qual estará sempre entrelaçado nos campos individuais da vida, propriedade e liberdade. Desta maneira, não se admite aplicação da proporcionalidade contra o indivíduo em nome do coletivo, ou seja, no processo penal, de

¹ Período histórico da criação da Magna Carta. João Sem Terra sucedeu o rei Ricardo Coração de Leão e, era conhecido por este nome devido não ter herdado terras quando da morte de seu pai, Henrique II.

acordo com o princípio da legalidade a aplicação deve ser favorável ao acusado e em hipótese alguma em nome da coletividade.

Assim, os Princípios Constitucionais convertem-se para uma verdadeira possibilidade, através deles, dos juízes buscarem “justiça”, abrindo espaço para um decisionismo judicial travestido sob as vestes do politicamente correto. Com os Princípios Constitucionais, o julgador consegue fazer quase tudo o que quiser. Desta forma, frisa-se mais um vez que, a utilização da proporcionalidade não pode acontecer contra o indivíduo.

Aplicar a proporcionalidade demanda necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito). Por necessidade compreende-se a vedação do excesso na intromissão do Estado, ou seja, se prioriza uma mínima intervenção e busca de alternativas menos gravosas, a qual violará menos os Direitos Fundamentais. A adequação se caracteriza por uma conexão lógica entre meio e fim, ou seja, o meio escolhido deve contribuir para a obtenção do resultado pretendido. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito refere-se ao custo-benefício da medida imposta, isto é, analisar-se quais princípios estão em jogo e qual será mais interessante no caso concreto.

Portanto, para Rosa (2015, p. 66) a ampliação das garantias contra o arbítrio do Estado é decorrência da compreensão autêntica do devido processo legal substancial. Faz parte do alargamento da tutela da vida, propriedade e liberdade vinculados à tradição democrática.

Assim, a Teoria dos Jogos aplicada ao processo penal, se baseia na necessidade do entendimento mais completo e extensivo de certos princípios e teorias processuais penais, para dominar a dinamicidade do jogo e elaborar melhores estratégias e táticas, conhecendo seu oponente e estabelecendo expectativas de comportamento.

2.2.1 Quem são os *players*

Como já dito alhures, somente com relação interpessoal dos envolvidos é que se há instaurado um jogo processual penal, isto é, não existe formas de processo penal individual, não podendo estudar isoladamente os jogadores e julgadores. Sabe-se que a distinção entre os lugares não ocorre por simples definição teórica, tendo em vista que é necessário que os sujeitos se sintam e comportem-se como titular dos respectivos lugares, não podendo se confundir as funções de cada lugar.

Os jogadores (*lato sensu*) internos do jogo processual penal podem ser considerados diversos sujeitos, também chamados de jogadores diretos. Em suma, são aqueles os quais por convenção do jogo tem funções próprias e legítimas, como por exemplo os magistrados, os

promotores, procuradores, defensores, acusados, vítimas, assistente de acusação, entre outros; de um outro lado, há a participação de jogadores externos ou indiretos, como familiares, a mídia, os *lobbys* etc., os quais formam grupos de pressão para além dos autos.

Contudo, de acordo com Alexandre Morais da Rosa, compreende-se como *players* de forma mais limitada o binômio acusação e defesa; e os julgadores são os juízes, desembargadores e ministros, sendo a imparcialidade cognitiva o critério diferenciador dos julgadores e dos jogadores-parte (ROSA, 2013).

Possível se faz perceber quando há jogadores profissionais e jogadores amadores dentro do jogo processual. O Estado obtém seus jogadores profissionais, como sendo o Ministério Público, como jogador-acusador e a Defensoria Pública, ocupando a função de jogador-defensor.

Como em uma partida de futebol ou qualquer outro esporte temos a divisão das categorias: infantil, juvenil, amador, profissional e sênior. Dessa forma, no campo processual não é diferente. Nota-se que em diversas comarcas do Brasil, desprovidas de Defensoria, não incomum, os jogadores que adentram no processo para defender são advogados em início de carreira, o que pode-se, aqui, relacionar com as categorias supraditas, analisando o tempo da carreira, experiência e sua qualidade técnica adequada a cada estágio profissional. Assim, ocorre a possibilidade, quase que certa, de colocar o jogo em um desnível e influenciar significativamente o resultado da partida.

Desta maneira, ocorre a violação do devido processo legal substancial quando há uma desigualdade material entre os jogadores, na medida em que advém a desproporcionalidade de categorias entre jogador-acusador e jogador-defensor. De tal modo, não há que se observar tão somente a defesa formal, mas também é preciso que ela seja material², para que o jogo seja tecnicamente equilibrado, estando os jogadores em uma mesma categoria, e, assim, não haja prejuízo aos envolvidos (acusado ou vítima) por conta da desigualdade técnica profissional dos jogadores-acusador e defensor. Ademais, pode-se afirmar que garantindo um equilíbrio técnico dos jogadores, aproxima o processo penal de um jogo limpo e justo.

2.2.2 Regras e dinâmica do jogo

² Súmula STF nº 523: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Conforme dito até o momento, as ações praticadas dentro do jogo processual pelos diversos sujeitos envolvidos nele, não são todas rigorosamente vinculadas e preestabelecidas no direito processual. Nesse sentido, as regras propriamente jurídicas, constituem, no processo, uma espécie de moldura, dentro da qual pode pairar o poder dispositivo das partes: somente pela observância destas regras marginais a atividade das partes é juridicamente vinculada, porém, nos espaços em branco é atividade essencialmente livre (CALAMANDREI, 2002, p. 196).

Exatamente por conta desses espaços em brancos que preocupa o desenrolar do jogo processual, tendo em vista que o jogador pode utilizar-se de jogadas ilícitas e injustas para obter sua recompensa final, qual seja a vitória. Contudo, é preciso manter o *fair play* (jogo limpo) e evitar o doping processual (o que será detalhado no próximo capítulo), para que então se aproxime a decisão final da Justiça.

Conforme ensinado por Rosa, o jogo processual tem suas regras divididas em de estrutura, as quais definirão quem são os jogadores e julgadores, bem como o lugar e o tempo da partida; e funcionamento, que fundamenta-se no sentido de fazer o jogo acontecer.

No processo penal o jogador-acusador inicia a dinâmica probatória, dando um ponta pé inicial na guerra, obtendo o dever legal de antecipar as informações que pretende trazer ao jogo, enquanto que o jogador-defensor organiza as estratégias e táticas a partir dos movimentos do jogador-acusador. Desta maneira, de acordo com a Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal, a partir de cada ação surgem 3 (três) possibilidades de movimentos táticos: a) silêncio/inação; b) contra-ataque; c) tangência/derivação.

Certo que a presunção de inocência representa a muralha inicial a ser quebrada pelo jogador-acusador, em que para sua vitória requer a condenação; por outro lado, a vitória pretendida para o jogador-defensor é representada pela absolvição, extinção da punibilidade ou pena reduzida. Como nos jogos de guerra, a função deste é evitar a tomada do forte, qual seja, manter firme a presunção de inocência, impedindo sua tomada dos domínios.

A incerteza impera nos jogos processuais, devendo os jogadores a todo momento calcular custos-benefícios de cada jogada. Não se trata de um protocolo linear, as informações são assimétricas. A acusação como primeiro ataque deve esperar a contraofensiva, ou seja, em outras palavras de guerra, a tomada do forte do jogador oponente é a meta.

É comum no processo penal que se exija ao acusado a comprovação de seu álibi. Contudo, a ausência probatória do acusado gera um confirmador da culpa (inconsciente?), sendo confundida a ausência de confirmação de álibi com a evidência de culpabilidade.

Logicamente, que isso não deveria existir, por força do princípio da presunção da não culpabilidade. Assim, percebe-se que:

Os problemas processuais são tratados de maneira diversa da apresentada pela teoria do processo. É no jogo que acontecem os sentidos. Mesmo quando não ditos (ROSA, 2015, p. 122).

Nesse sentido, é de se compreender que, mesmo não seguida extremamente à risca, e deixando suas lacunas, as regras explícitas na teoria processual penal são essenciais para dar início e guiar um jogo mais próximo possível da Justiça entre todos os envolvidos. A definição do lugar do julgador por sorteio, a diferenciação de cada função dos jogadores dentro do jogo, a fixação do local da batalha processual e os princípios norteadores, como por exemplo, o da não culpabilidade, são algumas das regras concretas ensinadas nos manuais de direito para que o jogo possa percorrer o caminho justo. Contudo, de fato, podem ganhar sentidos distintos a depender de qual jogo se joga e quem participa dessa batalha.

2.2.3 Doping processual

*Doping*³ processual é a utilização de práticas ilegais ou táticas negligentes para se alcançar a vitória; é fraude, um jogo sujo. Para melhor compreensão, pode-se comparar com noções de nulidades processuais penais, a qual precisa ser feita algumas considerações, tendo em vista sua origem conceitual vinda do Processo Civil.

A noção de nulidade dentro do Código de Processo Penal passa a ser confuso e ultrapassado, tendo em vista que adota a compreensão mitológica da verdade substancial (art. 566 CPP⁴), e, ainda, contém diversos dispositivos revogados em outros locais do próprio Código. A percepção das nulidades processuais nesse contexto lendário e ainda sobre o viés da ausência de prejuízo, conforme ditado no art. 563 do CPP⁵, é incompatível com o devido processo legal substancial, na medida em que todas as hipóteses de violação deste serão declaradas nulas, tendo em vista a ideia do *doping*, para então garantir o *fair play* processual.

Doutrinariamente, o *doping* se divide em autodoping, isto é, remete as próprias escolhas (táticas) do jogador, quando deixa de apresentar uma prova ou por não fazer uma

³ Para o comitê Olímpico Internacional, é considerado antiético e é proibido, por fraudar a igualdade na competição.

⁴ Art. 566 CPP – Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

⁵ Art.563 CPP – Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

pergunta específica a testemunha; e o heterodoping, que se relaciona com os fatores externos do jogo, como a corrupção, coação de testemunhas, omissão de provas, utilização de ilícitas, entre outras. Em suma, tudo aquilo que não seja lícito.

É preciso entender que o desenvolver do jogo processual prevalece sobre o resultado, podendo ocorrer situações de violação do devido processo legal substancial, gerando a violação do *fair play*. Nesse viés, a teoria de nulidade presente nos Códigos não compreende essa dinâmica, que mesmo com uma vitória processual, o que se tem é fraude. Por isso, faz-se necessário o entendimento da metáfora do *doping* para superar o modo de concepção da teoria.

Como inteligentemente explicado por Alexandre da Rosa, 2013: “se ganham fraudando, cabe a lembrança de que quem fraudar aceita que o outro fraude e mais: joga sujo sempre, ainda que com boas intenções...”

Importante ressaltar, que a nulidade somente é reconhecida no processo mediante a declaração desta por meio do juiz, tendo em vista sua função de garantir o seguimento das regras, ou seja, se o julgador não visualizar ou se convencer da existência de uma nulidade, nada poderá ser feito e o jogo segue normalmente. Em outras palavras, a existência do *doping* processual, inferindo no *fair play*, somente é reconhecida se o julgador entender a sua existência, obtendo, assim, a possibilidade de um jogo sujo ser tolerado e o processo transcorrer.

A noção de ausência de prejuízo prende-se a uma teoria civilista, a qual não deveria fazer parte no processo penal (nem em qualquer outro processo), devido a uma possibilidade de um jogo viciado. O Estado impõe regras para manter um jogo limpo, de maneira que o julgador assuma totalmente a sua posição de imparcialidade e neutralidade, contudo deixa brechas para que esta imparcialidade possa ser relativizada, como a teoria da ausência de prejuízo⁶. Mediante esta, observa-se o resultado da jogada ilegal. Ora, se as regras do jogo podem ser desconsideradas por não atingirem o resultado prejudicial, para que existem? Importante mencionar que toda a valoração desta teoria é realizada pelo julgador, podendo ele entender ou não um resultado prejudicial. Daí que muitos jogadores arriscam ações, mesmo sabendo serem ilegais, pois podem passar despercebidas ou até mesmo serem desconsideradas. Desta forma, não é prudente dizermos que neste jogo processual fora obedecido o *fair play*, ou seja, não se faz acertado afirmar um jogo limpo, sem fraudes.

⁶ A teoria da ausência de prejuízo trata da vinculação da decretação de nulidade com a análise do dano causado às partes. Isto é, somente deve falar-se em nulidade quando esta resultar em prejuízo à alguma das partes.

Cumprer ressaltar sobre a vulnerabilidade do entendimento da teoria de ausência de prejuízo, conforme entendimento de Antonio Tovo Loureiro⁷, que profere: “a falha deste raciocínio é que não há previsão explícita de quais atributos a violação deve possuir para que seja digna de nulidade absoluta”.

De acordo com todo o exposto neste capítulo, a Teoria do Jogos faz surgir base para a compreensão de um processo penal mais realístico e menos utópico, sendo o sistema penal movido e composto por humanos, o qual faz-se necessário entender seu comportamento.

⁷ LOUREIRO, Antônio Carlos Tovo. Nulidades e limitação do poder de punir: análise de discurso de acórdãos do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul. 2008. 13 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

3. OBJETIVO DO JOGO.

Em todo e qualquer jogo, o qual não seja solitário, a ideia de ganhar é estreitamente relacionada com o objetivo desejado que o jogador atinge. Para Huizinga⁸ ganhar significa manifestar sua superioridade num determinado jogo. Ainda nos ensinamentos do historiador, o homem possui um instinto natural de competição somado ao desejo de poder ou de dominação. Contudo, o mais importante no jogo é o desejo de ser melhor que os outros, caracterizando, assim, o principal objetivo do jogo: ganhar. Desta forma, nem sempre o êxito pode significar algo visível e aparente para os espectadores do jogo, como por exemplo, faz-se possível notar, tão somente, esta finalidade no jogo de xadrez, conforme explanado:

O exemplo mais puro de uma vitória que não implica nada visível ou aproveitável, a não ser o simples fato de ganhar, é a que temos no caso do jogo de xadrez. (HUIZINGA, 2000. p. 40)

Indiscutível, portanto, que os jogos ocorrem “por” alguma coisa, não sendo diferente o jogo processual penal, em que a vitória, por muitas vezes, vai para além do processo penal. Desta maneira, o significado de vitória para cada jogador (o que significa vencer/ganhar) pode ser completamente diferente do que se imagina em um processo ideal, em que a busca pela Justiça deveria ser o objetivo. Para Rosa, saber qual o êxito que os jogadores pretendem no processo penal é necessário entender quais as estratégias destes: se para o jogador-defensor é a absolvição, a extinção da punibilidade ou a pena reduzida; e se para o jogador-acusador é a condenação.

Conforme já visto alhures, o resultado do jogo processual depende da atuação dos jogadores dentro das regras. Nesse sentido, diante da perspectiva da teoria das nulidades, pode-se afirmar que não seguir regra, ou seja, realizar um jogo sujo, a decisão que decreta nulidade pode ser considerada como uma vitória para outra parte. Destarte que, se tratando de dever jurisdicional, o objetivo maior é (deveria ser) a busca pela Justiça.

Nesta esteira, o processo penal parte de interesses e análises de custos e benefícios individuais, não levando em consideração as consequências das consequências, a saber, as externalidades e prejuízos individuais (dos demais jogadores) e à coletividade (ROSA, 2015).

Certo que, o sujeito racional sempre tomará decisões que lhe seja mais favorável, ou seja, que lhe indique maiores benefícios. Assim, nota-se uma total falta de cooperação entre os jogadores, levando um resultado pior individualmente do que se fosse o contrário. Imagina-se que dois criminosos foram presos e colocados em celas diferentes. Por falta de

⁸ HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens*. 4ª ed. São Paulo, 2000. p. 40.

provas, a polícia resolve fazer o mesmo acordo aos dois, sem que um pudesse conversar ou saber da escolha do outro. Se um dos criminosos confessar e o outro permanecer em silêncio, o que confessou será libertado e o que permaneceu em silêncio será condenado por 10 (dez) anos; se ambos ficarem em silêncio a condenação será de 1 (um) ano para cada; e se os dois confessarem, cada um será condenado por 5 (cinco) anos. Este teste é chamado pela Teoria dos Jogos de “Dilema do Prisioneiro”.

Neste “Dilema” é possível perceber que no final das contas há duas opções para cada: cooperar ou trair. Para o criminoso, a melhor opção sempre será a menor condenação possível. Portanto, como sujeito racional, percebe-se que diante às possibilidades, a traição é a melhor saída, tendo em vista que, o que um dos criminosos escolher (colaborar ou trair), a combinação com a outra escolha, para que a condenação seja menor, será a traição.

Assim, conforme demonstrado pelo “Dilema do Prisioneiro”, o favorecimento individual sempre será vencedor, tendo em vista que os sujeitos racionais tendem a se beneficiar, almejando o seu livramento de qualquer perigo e a sua compensação. Desta forma, deve-se compreender que a vitória para os jogadores no jogo processual penal é a meta, o objetivo maior, a qual será realizada uma incansável busca para alcançar e recompensar toda a batalha.

3.1 Justiça em segundo plano

Primordialmente, cabe fazer uma breve análise do que venha a ser a Justiça em sua essência. A partir do século XIII surgiu na Língua Portuguesa a palavra Justiça, cujo significado é de caráter ou de algo que está em consenso com o que é justo e correto. A Justiça não é apenas uma virtude pessoal que tenha início e fim no indivíduo, mas, ao contrário, ela se relaciona com as relações humanas em geral.

Contudo, para os filósofos grego há divergências no entendimento sobre a Justiça. Para Platão, a Justiça é definida como uma virtude subjetiva, sendo esta um caminho a um bem estar, felicidade e saúde da alma, do indivíduo e do Estado, ou seja, para o filósofo, os conceitos de felicidade e Justiça caminham juntos. Segundo seu pensamento, não existe uma definição concreta para a Justiça, sendo envolvida por todo comportamento humano, assumindo um caráter antropológico. Para Aristóteles, o conceito de Justiça se relaciona muito com a equidade, usando-a, no caso concreto, como uma forma de se fazer o justo. Percebe-se desde logo uma definição axiológica, tendo em vista ser uma qualidade atribuída a uma conduta ou a uma norma.

Nesse viés, Aristóteles afirma haver duas formas distintas de Justiça, sendo ela como virtude completa e a outra como virtude ao lado das outras. Podemos dizer que a Justiça como virtude completa é aquela retratada pela Lei, pois esta, de forma bem elaborada é justa e direciona a conduta dos homens à prática de atos virtuosos. Desta forma, o homem que obedece a Lei é justo e virtuoso. Assim, conforme essa forma de Justiça, todas as outras virtudes estão englobadas. Nesse sentido:

E a lei determina que pratiquemos tanto os atos de um homem corajoso (isto é, que não desertemos de nosso posto, nem fuçamos, nem abandonemos nossas armas), quanto os atos de um homem temperante (isto é, que não cometamos adultério nem nos entreguemos à luxúria), e as de um homem calmo (isto é, não agridamos nem caluniemos ninguém); e assim por diante com respeito às outras virtudes, prescrevendo certos atos e condenando outros⁹.

Desta maneira, a partir deste conceito de Aristóteles faz-se possível a relação direta da Justiça com o Direito, tendo em vista a nítida correlação com a legalidade. Contudo, embora pareça que a teoria aristotélica se relacione com o cego e exclusivo cumprimento da Lei, a Justiça está na disposição de modo interior e imutável do indivíduo, acarretando-o a cumprir seus deveres legais, gerando um cidadão virtuoso pela prática de atos voluntários.

Neste viés, para que a Lei seja justa, o legislador precisa conhecer e estudar as virtudes para ter a capacidade suficiente de elaborar as Leis que conduzam os cidadãos à virtude completa.

O Direito, por sua vez, para Pontes de Miranda, é a regra de adaptação social, não sendo o Estado quem cria o Direito. Ele é descoberto, revelado, na realidade social. Nesse sentido, entende-se que uma ordem jurídica é injusta pelo fato de a linguagem humana ser imperfeita para reproduzir a realidade. Ou seja, o problema se evidencia na produção das normas, no processo legislativo, resultando a injustiça no plano político do Direito.

Cumpra mencionar e explicar a história de Safiya Hussaini Tungar Tudu, a qual deu origem ao chamado fator Safiya por Alexandre da Rosa.

Safiya foi uma nigeriana que nasceu e cresceu em uma comunidade regida pela religião muçulmana, em que as mulheres são inferiorizadas. Casou-se a primeira das quatro vezes com 13 anos de idade, em que os maridos eram casados com múltiplas esposas. A nigeriana Safiya foi repudiada e desprezada pelos maridos, e após o último repúdio, voltou a viver com seus pais em sua vila, cuidando de seus filhos.

⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002a.

Nesse momento, se apaixonou por um homem chamado Yacubu com o qual manteve quatro encontros amorosos, restando em gravidez. Os encontros não eram legítimos para a Lei Sharia (Lei draconiana e em vigor desde 1999 em algumas regiões de Nigéria), significando adultério, tendo em vista que Yacubu não a quis como mulher. Estando Safiya grávida e sem marido, o que a aguardava era a pena de apedrejamento. Denunciada por seu irmão, membro convertido do novo regime, Yacubu disse que nem sequer conhecia a denunciada. Lembrando que, naquelas circunstâncias, o depoimento de um homem prevalecia contra o de uma mulher.

Nesse diapasão, Safiya acaba sendo processada e condenada, e o seu caso gerou comoção internacional, especialmente porque violava as normas de Direitos Humanos, das Mulheres, enfim, todo o ordenamento ocidental. Ocorre que, para os magistrados responsáveis pelo julgamento, pouco importavam a comoção internacional e normas de Direitos Humanos e afins, já que o que prevalecia no ambiente forense da Nigéria era o Livro Sagrado, como fonte do Direito.

Os fatos comprovados eram que Safiya havia sido casada anteriormente e que estava divorciada há menos de três anos quando manteve relações sexuais com outro homem, e engravidado. Diante do quadro comprobatório, em sede de último recurso, o advogado da nigeriana, Adbulkadir Imam Ibrahim lançou a tese defensiva com um argumento religioso irrefutável: *“O que o profeta Maomé disse no Alcorão ninguém pode fazer objeção. E no livro Sagrado há uma sura¹⁰ em que afirma: o sêmen do homem pode permanecer inativo no ventre da mulher por três anos antes de despertar, encontrar o óvulo e gerar uma criança”*. Os magistrados acolheram e absolveram a nigeriana, sob o argumento de que a criança pode não ter sido concebida com Yacubu (até porque ele negara conhecê-la), e sim do último marido que tivera a menos de 3 (três) anos. Embora não pudesse comprovar sua paternidade, também não se podia excluir.

Veja que, para um sujeito racional é impossível o sêmen durar 3 (três) anos no ventre de uma mulher e causar sua gestação. Ora, isso viola as regras biológicas e não faz o menor sentido. Contudo, o foco e objetivo maior deste jogo processual não era a realização da Justiça ou seguimento da norma cabível e sim a vitória, absolvendo a nigeriana e a libertando do apedrejamento. Nota-se que o advogado defensor somente veio a conseguir o êxito em último recurso, quando não mais olhou para o caminho estritamente da Justiça e da Lei, alterando seu foco e buscando táticas. O fator Sofiya corrobora com a tese de que uma estratégia

¹⁰ Nome dado ao capítulo do Alcorão.

histórica/religiosa argumentativa e conhecer seu julgador, suas crenças e suas ideologias, podem determinar o resultado e alcançar a vitória.

Nesse passo, compreende-se que nem sempre há Justiça na aplicação da Lei, ou seja, nem sempre o processo é conduzido de forma justa. Analisando o processo penal como um jogo, portanto, nota-se que a vitória é a meta almejada pelos jogadores, mesmo que, na grande maioria das vezes, não seja a forma de efetivação da Justiça.

3.2 Os sistemas penais e o mito da Verdade-Real

Discorrer e entender melhor sobre a tão falada verdade-real no processo penal remete, anteriormente, a um breve conhecimento do sistema penal brasileiro. O século XVIII foi um grande marco de transformações e inovações no Direito Penal, especificamente devido ao espírito reformador iluminista, que contribuiu para que fossem feitas algumas reformas no sistema inquisitório. Gradativamente o Direito Penal moderno foi sendo caracterizado por uma intervenção limitada e restrita, fazendo-se surgir seus fundamentos e principais princípios.

Carvalho ressalva que:

O projeto de racionalização da justiça penal advém, portanto, da enunciação do princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, scripta et scripta*), do estabelecimento de critérios de razoabilidade e proporcionalidade às penas e, sobretudo, da visualização de aparelho processual baseado em estrutura acusatória na qual as figuras de juiz e acusador sejam distanciadas, ao réu seja garantida ampla defesa, e mecanismos de controle e valoração da prova e do raciocínio do juiz sejam ativados para resguardar as partes.¹¹

Nesse sentido, o crime passou a ser visto como a quebra da lei, da lei civil explicitamente constituída dentro de uma sociedade pelo domínio legislativo do poder político.

Foi com a chegada da modernidade que o sistema inquisitório¹² começou a ser superado por um modelo acusatório. Para Khaled, este é, portanto, um novo momento de abertura, no qual se abria a possibilidade de produção de uma verdade dialógica, na qual somente poderia ser condenado quem tivesse a sua culpa provada em um procedimento

¹¹ CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinaridade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). Sistema penal e violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 28.

¹² Para Cordero o modelo inquisitório se desenvolveu para atender aos interesses da Igreja e de quem comandava a sociedade, em face da expansão econômica, exigindo que o poder repressivo fosse centralizado, com atuação ex officio, independente da manifestação do lesionado.

obedecido pelo contraditório, marcado pela separação das funções de acusar e julgar e pela gestão da prova nas mãos das partes (Khaled, 2013).

Em 1808, constituído o Código Francês, o qual recebeu o nome de Código de Instrução Criminal, deixou claro que a instrução seria realizada por um juiz instrutor, passando, portanto, a reproduzir o papel do juiz inquisidor. Assim, neste período, inaugurou o chamado sistema misto, dividindo o processo em duas fases: a primeira prevalecia o sistema inquisitivo, caracterizado pela escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade; e a segunda, dos debates, com tendência do sistema acusatório, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase.¹³

No Brasil, o sistema penal adotado pela Constituição Federativa de 1988 é o acusatório, não sendo mencionado na Carta Magna um sistema misto, caracterizado pela separação formal entre as funções de acusar, julgar e defender. Contudo, não afasta a possibilidade de iniciativa probatória do julgador, sem acarretar qualquer violação à imparcialidade. É a partir desta função iniciativa do juiz que surgem diversos debates entre doutrinadores brasileiros.

Para Melchior e Amaral, “não se trata de argumentar pela consolidação de um ‘sistema puro’, mas de fixar um núcleo que permita qualificar um processo penal como democrático, isto é, um sistema penal construído a partir do princípio acusatório, a considerar como disse Rui Cunha Martins, que a acusatoriedade é o modo instrumental de garantir a democraticidade do sistema”.

Partindo da premissa que a função do processo penal busca a reconstituição de um fato delituoso é possível afirmar que o princípio imperador do sistema processual é determinado pelo método acerca da produção das provas. Nesse sentido, o cerne para diferenciação da dicotomia acusatório/inquisitório seria a gestão probatória.

Assim, o que há no processo penal brasileiro de hoje é um sistema caracterizado pelos traços de ambos modelos, na medida em que de um lado restringe o poder às partes delimitando ao julgador o papel de espectador; e de outro colocando nas mãos do juiz a gestão das provas, autorizando sua iniciativa para produção das informações imprescindíveis a sua futura decisão fundamentada. Essa combinação de sistemas ainda é chamado e criticado por alguns doutrinadores: o sistema misto.

¹³ Ferrajoli, 2002. p. 454.

Ademais, chamar de misto não soa mais apropriado para essa fusão de características de ambos os sistemas. De acordo com Rosa, a Constituição não é um documento coeso e produto de um sujeito (coletivo) pensante, e sim resultado possível da convergência de fatores políticos, econômicos e sociais marcado no tempo. Buscar pela leitura isolada dos dispositivos a definição de qual sistema (acusatório ou inquisitório) teria sido acolhido é irrelevante (ROSA, 2015).

Para o posicionamento clássico, o fato da iniciativa probatória conferida ao juiz não relaciona-se com o regramento meramente processual. Nesse sentido:

Havendo separação de funções, sendo a acusação conferida a uma pessoa distinta do julgador, que terá a missão exclusiva de julgar, sendo-lhe vedado exercer conjuntamente a acusação, ter ou não este juiz poderes instrutórios é algo que não diz respeito com a essência do sistema (BADARÓ, 2003).

Partindo dos ensinamentos supra, os poderes instrutórios atribuídos ao juiz tem relação com a função social do processo, obtendo um caráter público, sendo justificado por uma incansável busca pela verdade. Em outras palavras, a pretensa busca pela verdade autoriza a ação ativa do julgador. Nesse viés, o sistema inquisidor, nas palavras de Lopes Jr., faz “nascer a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação ‘detentor da verdade de um crime’, e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extraí-la a qualquer custo. Recordemos que a intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter ‘absoluto’”. (LOPES JR., 2012, p. 136).

Entender qual sistema penal e como ele é abordado, na prática processual, é fundamental para o jogo sob a perspectiva de compreender a dinâmica processual e os limites impostos aos jogadores, permitindo-lhes criar melhores estratégias e táticas, levando em consideração a expectativa de comportamento dos envolvidos, sabendo que o magistrado, *v.g.*, pode ser mais tendencioso às forças inquisitivas ou acusatórias. Daí, pode-se estabelecer uma melhor forma de jogar dentro do sistema mais adotado pelo julgador e, assim, se aproximar do êxito.

Contudo, nesse passo, surge outra grande discussão no processo: a existência ou não da verdade-real. Certo que o processo penal funciona de forma retrospectiva, ou seja, o fato já ocorreu e o jogo processual se insere na tentativa de projetar um evento pretérito, através, tão somente, da narrativa. O crime sempre será um fato no passado e contado no presente, sendo este fenômeno chamado por Alexandre da Rosa de paradoxo da reconstrução.

Desta maneira, é humanamente impossível a reconstrução do passado. Supondo que houve um determinado crime de homicídio, quem diria que o fato criminoso existiu não poderá estar presente, logo quem fará é a autoridade. Desta forma, comprovado o fato judicialmente, confirma (no presente) o magistrado que o discurso sobre o fato no pretérito se verificou. Ou seja, o que se confirma é a narrativa sobre os fatos e não o fato em si.

Percebe-se que paira sobre o processo penal a impossibilidade de ter acesso aos fatos sobreposta e confortada pela possibilidade sobre a narrativa construída a partir e sobre eles. Entretanto, a reconstrução de qualquer fato se perde no tempo, é imperfeita, mínima e modificada, fica desse modo, presa à memória do narrador (LIMA, 2010). Portanto, há chances dos relatos serem modificados, complementados, suturados ou até extintos pela memória humana que pode sempre trair.

Nesse sentido, busca-se a informação perfeita, chamada de verdade real, tendo as provas como principal fonte de obtenção, como visto alhures, sendo a principal fundamentação e justificativa para uma herança do modelo inquisitório. No entanto, a utopia da informação perfeita é um mito, uma conjectura ideológica que serve para acalmar a consciência de acusadores e julgadores. Nesse viés, Rosa ensina que em todos os momentos do regime de prova (requerimento, deferimento, produção e valoração) há possibilidades de perdas (*gaps*). A testemunha pode não comparecer, morrer, a filmagem não funcionar, o laudo não ter sido feito, etc., ou seja, todas essas possibilidades relativas à prova impedem a informação perfeita (ROSA, 2015).

Noutro giro, em uma reflexão sobre o funcionamento do mito a partir da filosofia grega, Platão constituiu o mito como veículo de afirmações falsas. O filósofo ainda relacionou o mito ao conjunto de benefícios distribuídos para membros de uma determinada sociedade, afirmando, assim, que os governantes obtinham o direito de mentir pelo bem comum. Portanto, percebe-se um nascituro relacionamento entre o mito e o poder. Nesse sentido:

O mito da busca da verdade correspondente é, dessa forma, um elemento de conformação de um modelo processual penal inquisitório e autoritário, incompatível com um Estado Democrático de Direito, porém útil e a partir desse desumano utilitarismo tudo se justifica. Daí a persistência de boa parte da doutrina em garantir a sua sobrevivência, apesar da contradição que representa – ou talvez até por causa dela –, uma vez que permanece legitimando o poder autoritário do Estado em um contexto democrático-constitucional que exige, ao contrário, a contenção do poder de tal Estado. (KHALED JR., 2013. p. 484-485).

Nota-se que tudo faz perfeito sentido quando se fala no modelo atual com as características do modelo inquisitivo. Ainda de acordo com Khaled, a permanência do mito

guarda relação com um estatuto de poder, na medida em que a utopia da busca pela verdade-real resguarda a infalibilidade do juiz e o irrelevante limite ao seu poder.

Essa mesma utopia possibilita aos jogadores demonstrarem a justiça como objetivo, acalentando a sociedade com a noção de bem comum e ocultando o interesse real: vencer o jogo. Além disso, ela justifica a utilização das regras do jogo a seu favor, inclusive com relativizações, demonstrando a vulnerabilidade do sistema penal teórico.

4. INFLUÊNCIAS INTRÍSECAS AO JOGO

4.1 Fatores externos e naturais do julgamento

De acordo com os manuais de processo penal, as decisões realizadas pelo julgador dentro do processo penal devem ser norteadas, dentre outros princípios, pela imparcialidade e neutralidade. Contudo, na perspectiva de um direito real com atos praticados por seres racionais, assim como a decisão final pelo juiz, não é possível haver um julgamento estritamente imparcial e neutro, por diversos fatores, tanto naturais cognitivos, relacionada a psique humana, quanto as influências do mundo externo, fora do processo.

A decisão judicial que resolve o mérito no processo penal, chamada de sentença, não é um ato de conhecimento, mas de compreensão, em que o juiz ao decidir a causa, produz uma sentença com base nas garantias legais, buscando se aproximar do resultado mais perfeito possível, ou seja, mais associado da verdade processual.

Não há uma sentença perfeita no mundo da prática processual, tendo em vista que o julgador se vincula aos elementos e informações pertencentes ao processo. A decisão nascida do jogo processual equipara-se como um evento semântico, o qual o julgador realiza o exercício de ajustamento de informações, contendo uma certa congruência narrativa. Essa atividade artística interpretativa pressupõe habilidades de todos os jogadores do jogo processual com a linguagem, sendo esta uma poderosa ferramenta de poder. As informações podem ser readequadas e vistas de outras formas, somente através da visão literária. Portanto, é por essa razão, também, que não há como se chegar a verdade real no jogo processual, tendo em vista que a realidade (pluridimensional) e a linguagem (unidimensional) são corpos que jamais se encontram (ROSA, 2015).

Ferrajoli considera ser necessário que o julgador não tenha interesse acusatório, ou seja, as funções não se misturam entre acusador, defensor e julgador, principalmente na atividade simultânea das funções de acusador e julgador, como inversamente ocorre no rito inquisitório e, ainda que ambigualmente, no misto. Somente deste modo o processo pode preservar caráter “cognitivo” ou, nas palavras de Beccaria, “informativo”, afastando a ideia do processo ofensivo em que o juiz torna-se inimigo do réu.

Nesse contexto, é possível fazer um questionamento como e de onde se inicia (ou deveria iniciar) a inocência no processo penal. Há, portanto, uma breve história narrada por Santo Agostinho e transcrita por Alexandre da Rosa em uma de suas obras, a qual confessa Agostinho: “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 alvoraçaram-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, admirando, a examiná-lo. Bem nessa hora chegam os guardas dos banqueiros, e o surpreendem sozinho, empunhando o machado, a cujos golpes alarmados, haviam acudidos. 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”¹⁴.

Diante da confissão de Santo Agostinho, examina-se, portanto, a presunção de inocência em caso de prisão em flagrante. Explicar, pois, onde está o processo penal e a presunção de não culpabilidade neste caso de flagrante é um pouco complexo. De qualquer forma, vale algumas reflexões. A prisão cautelar se mantém em caso de extrema necessidade, conforme artigo 282, §6º do CPP, devendo sempre prevalecer o *favor libertatis*, fazendo com que a liberdade do indivíduo seja regra e a sua privação a exceção. Pois bem, vale lembrar que o direito ao devido processo legal substancial é a única garantia à defesa efetiva (ROSA, 2015, p. 102). Desta forma, mesmo ocorrendo prisão em flagrante o acusado deve iniciar o jogo absolvido, o que permite concluir o início de todo jogo processual a partir do princípio da não culpabilidade, garantindo o caráter cognitivo e informativo para a função do julgador.

Contudo, toda essa dogmática ensinada nos manuais e fielmente defendidas pelos vendados estudos teóricos, sendo estritamente alinhados aos princípios e diretrizes do direito cego, se distancia da realidade jurídica e de tudo que ocorre nos jogos processuais penais. Essa cegueira se dá pelo simples fato de não considerar que os operadores deste direito são humanos e é preciso compreender, portanto, a mente e seu comportamento, a qual não há um padrão que se aplica a todos. Como já dito nesta pesquisa, o julgador é ser humano com crenças, ideologias, problemas etc. Nesse sentido, Cirino dos Santos escreve: “absolver ou condenar acusados criminais não são decisões neutras, regidas pela dogmática como critério de racionalidade, mas exercício de poder seletivo orientado pela ideologia penal, quase sempre ativada por estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais, por sua vez desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização etc. Conhecer as premissas ideológicas do poder punitivo é condição para reduzir a repressão

¹⁴ Santo Agostinho. Confissões. Trad J. Oliveira Santos. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 130-131.

seletiva do Direito Penal, mediante prática judicial comprometida com o valor superior da democracia”.

O aparelho visual do ser humano, segundo neurocientistas, não enxergam a realidade em si e promove uma série de interferências das quais o resultado é uma redução de complexidade que chamamos de percepção. Com isso, superada a ilusão de enxergamos estritamente a realidade de tudo que vemos, a mente humana tem a capacidade de completar as lacunas existentes à enxergar algo. Por isso, muitas vezes uma testemunha, mesmo não estando no momento da conduta criminosa, consegue narrar como se estivesse no local. Entender, assim, os fatores influenciadores da mente humana na perspectiva do jogo processual é fundamental para saber operar o real direito e, talvez, chegar a verdadeira Justiça, pois, como já explanado anteriormente, esse objetivo nem sempre é o mais definido pelos jogadores e pode ter conceitos diferentes para cada um deles.

4.1.1 O (in)consciente e a psicanálise

A psicanálise adentra ao processo penal para desempenhar uma importante missão, que é compreendermos melhor o ato decisório e o estado psíquico do julgador. É necessário reconhecer a intervenção do inconsciente no momento de sua decisão dentro de um processo.

Miranda Coutinho, citada por Alexandre Morais da Rosa, registra que “não tem sentido manter uma venda nos olhos para fazer de conta que o problema não existe”. Assim, é preciso expor que a eterna batalha entre o bem e o mal ainda perdura, sendo pano de fundo inconsciente das práticas penais, cuja abjuração não é, definitivamente, simples, principalmente pelo *locus* que a *Instituição* aponta ao um-juiz, portador da palavra Divina, um Semideus. (ROSA, 2015, p. 93)

Desta maneira, a consciência plena nas decisões judiciais é ilusória, fazendo surgir a influência de um inconsciente sobre o pensamento cognitivo do julgador. Ainda de acordo com o autor Miranda Coutinho, “acidentes desagradáveis (acidentes de trânsito onde não se tem culpa e se sai ferido, portando cicatrizes para o resto da vida ou perdendo pessoa íntima, querida; casa arrombada por ladrão; sequestro para fins de extorsão; violências sexuais; experiência com familiar toxicômano, fatos externos os mais variados), levam ao inconsciente um traço negativo que, de retorno ao consciente tende a involuntariamente ser projetado às outras pessoas”.

É nesse sentido que se revela o inconsciente o qual precisa ser compreendido, levado em consideração e não vedado e escondido por trás da imparcialidade e neutralidade que o

jugador deve ter. O juiz não é um sujeito singular e universal, podendo, portanto, ter suas próprias sombras e neuroses, utilizando sua projeção como um dos mecanismos de defesa do eu, contudo, podendo incidir isso em julgamento.

Neste contexto, Prado (2003) assevera:

“O ato de julgar implica projeção, entendido 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 de 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”.

Nesse viés, faz-se importante mencionar a teoria da perspectiva desenvolvida por Daniel Kahneman e Amos Tversky, os quais não são autores do Direito, porém, têm uma enorme influência e *insights* relevantes para o entendimento da mente humana na atividade jurisdicional realizada pelo julgador, ou seja, explicam como a mente do julgador trabalha para chegar na decisão. A teoria da perspectiva, pensada e aplicada ao Direito, busca estudar o comportamento humano frente ao processo de tomada de decisão, evidenciando os julgamentos por intuição, afastando a ideia de que sempre a razão preside a tomada de decisões. A primeira decisão é sempre mais complicada, no entanto, diante dos diversos julgamentos diários e repetitivos, cria-se um mecanismo de facilitação do processo de tomada de decisão.

Interessante destacar um caso citado por Kahneman, escrito por Gary Klein, que conta sobre um bombeiro que, ao chegar em uma casa em chamas, percebe que há algo errado e mesmo sem refletir, determinou a evacuação, evitando com isso a morte dos bombeiros, dado que o chão desabou. Entrevistado posteriormente, o bombeiro comandante afirmou que era sexto sentido. Kahneman chama este sexto sentido (intuição) de perícia intuitiva, que decorre da prática daquela tarefa realizada várias vezes pelo indivíduo, desenvolvendo sua capacidade de reconhecimento de forma diferenciada de um indivíduo que nunca presenciou aquelas circunstâncias ou não tanto quanto aquele. Desta mesma forma, podemos citar os policiais que sentem uma situação diferenciada e agem com sua abordagem; ou até mesmo o enxadrista, que enxerga o tabuleiro de forma altamente diferenciada do que qualquer outra pessoa. Desta forma, podemos concluir que esta perícia intuitiva é adquirida e desenvolve-se conforme o tempo de adaptação e reconhecimento dos elementos familiares em dada situação, respondendo de forma acertada com afastamento do risco.

Nesse contexto, para facilitar as tomadas de decisões, mitigando os esforços da cognição e a complexidade do ambiente forense surgem atalhos, denominados pela psicologia cognitiva de *heurística*, também criada por Daniel Kahneman e Amos Tversky, fazendo-se possível compreender melhor a questão da intuição. Os autores utilizaram para sua pesquisa sobre a decisão humana, em que buscaram fundamentos mais próximos da realidade de como acontecem as decisões. Como exemplo, podem-se citar as Súmulas ou Enunciados dos Tribunais, os quais economizam recursos cognitivos e formam um conjunto de respostas prontas, sem reflexão. Transformam-se em verdadeiros provérbios jurídicos, de formato curto, simples, direto e alienante. De qualquer forma, diminuem o esforço cognitivo e valorizam o conforto jurisdicional. (ROSA, 2015)

As impressões, intuições e pensamento que ocorrem durante o processo penal não são selecionados racionalmente, eles aparecem nas cabeças e operam de modo silencioso. Desta forma é que se pretende demonstrar que se pode está errado mesmo quando convencido do contrário. A compreensão das regras de *heurística* permite entender o mecanismo de substituição do pensamento complexo, partindo do pressuposto que refletir e julgar exige tempo e a estrutura de decisão precisa de resultados. Desta forma, troca-se o pensamento complicado, lento, trabalhoso e reflexivo, por respostas prontas, fáceis, menos complexas e mais rápidas de resultados. Nesse viés, Kahneman cita a existência de dois sistemas de pensamento: o primeiro rápido (sistema 1), operando de forma automática, rápida, sem esforço e controle cognitivo; e o segundo devagar (sistema 2), o qual exige mais esforços, concentração, tempo e atividades mentais mais complexas.

Desta maneira, a capacidade do indivíduo de uma percepção diferenciada de determinadas circunstâncias, por experiências repetitivas, está intimamente ligada com o primeiro sistema de pensamento, o qual se adapta no reconhecimento de padrões de comportamento e a resposta fica armazenada na memória, com acesso praticamente automático e sem esforço.

Para Alexandre Morais da Rosa, cada vez que o sujeito se especializa numa tarefa determinada, o Sistema 2 diminui a atuação, dado que a atenção é tida como um custo a mais. O conforto cognitivo preside a ação humana.

Como cediço, todos os seres humanos são sujeitos capazes de fixar um prévio conceito do que vê. Isto se dá pela expectativa de comportamento do outro e/ou até mesmo o próprio e, claro, mais uma prova da atuação do primeiro sistema cognitivo, qual seja, o mais rápido. É nessa perspectiva que o preconceito é inerente a todo indivíduo, o que muda é o fato de conceituar certo ou errado, o que só será descoberto no final de toda análise com a maior

proximidade da imparcialidade e neutralidade, isto, se o próprio ser julgador se permitir a realizá-la.

Incontestável, portanto, é o fato da primeira avaliação do acusado, do defensor ou da testemunha, o que pode consistir na possibilidade de contaminação do julgamento. Nem um pouco distante do significado objetivo deste fenômeno, Rosa chamou esta inicial impressão de *Efeito Halo*¹⁵. Nesse sentido profere que:

“A simpatia ou antipatia ocasionados no decorrer da instrução processual podem gerar expectativas de comportamento e decisórias. Isso é um erro de avaliação sustentado pelo Sistema 1” (ROSA, 2015).

É nesse viés que se faz necessário levar a sério o princípio da não culpabilidade, evitando, por exemplo, prisões cautelares como objeto de condenação antecipada (ou provisória) da lide. Ademais, na prática processual penal é cada vez mais corriqueira a praxe de analisar os antecedentes do acusado, em caso de dúvida, o que acaba deixando mais claro todas as ideias trazidas neste capítulo. A fomentação criminológica de defesa social dos indivíduos é cada vez mais aparente, tendo em vista, a partir do inconsciente, se julga o acusado e não a hipotética conduta. Desta maneira, deve-se observar com mais cuidado e atenção as fundamentações e motivos para decretação de prisão cautelar.

4.1.2 O Direito Penal Midiático e sua rentabilidade

O Direito e o Processo Penal passaram a integrar um grande sistema garantidor de estabilidade econômica no Estado moderno, passando o crime como componente da realidade a ser um mero elemento contábil. De fato, o delito transformou-se em um produto, surgindo não mais interesse no sujeito delinquente, mas sim na estrutura econômica. Não se trata de recuperar, nem de punir, mas monitorar. A intervenção busca manter as regras do jogo formal do mercado, pouco importando o que se passa com os sujeitos. Eles são convocados a fazer a máquina funcionar (ROSA, 2015).

Interessante para compreensão, fazer uma pequena metáfora do direito penal com a paixão nacional incontestável que é o futebol para os brasileiros, sendo este mais que um esporte, uma máquina de socialização de pessoas. O tema preenche diversos espaços e diferentes ciclos sociais, dos mais ricos aos mais pobres, sempre haverá um “entendedor de futebol” como se técnico fosse. Neste contexto, ao lado da paixão futebolística (e da inegável

¹⁵ É um termo que significa o hábito de julgar e tirar conclusões a partir de uma única característica, formulando um estereótipo global sobre as pessoas.

lucratividade do esporte), o crime e a criminalidade são igualmente vendidos como produtos rentáveis, fomentando um alarmismo injustificado em matéria de segurança, o que conduz a sociedade a exigir a intervenção das instâncias de controle social na solução de conflitos (SOUZA; OLIVEIRA, 2015).

Assim, como no futebol, percebe-se sujeitos discutindo Direito e Processo Penal como especialistas fossem, em qualquer local, tempo e circunstância. Seja na mesa de um bar, encontro casual ou redes sociais. Este fenômeno de expansão de debates sobre Direito Penal com os novos “penalistas” foi chamado de futebolização do Direito Penal¹⁶.

O processo penal se transformou em um grande palco para o espetáculo da punição, perfeito para o seu populismo, causando mais interferência desequilibrante no jogo processual, temperado pelo pânico. Nesse sentido, de acordo com Rosa, a demanda populista por segurança acaba alimentando justamente a insegurança. Fato é que, a todo tempo, a sociedade é levada a acreditar que a melhor forma de combater o criminoso é com um maior rigor punitivo, sendo a melhor opção para reduzir o problema da criminalidade.

A mídia é um dos maiores disseminadores dessa ideologia de medo e insegurança, fazendo-se como grande entendedor do Direito Penal. Nesse sentido, Zaffaroni explica que:

“A criminologia midiática não tem limites, que ela vai num crescendo infinito e acaba clamando pelo inadmissível: pena de morte, expulsão de todos os imigrantes, demolição dos bairros pobres, deslocamento de população, castração dos estupradores, legalização da tortura, redução da obra pública à construção de cadeias, supressão de todas as garantias penais e processuais, destituição de juízes”

Certo que, com base na história de séculos passados, o ser humano possui uma natureza vingativa de retribuir o mal sofrido. Não obstante, como cediço, havia a aplicação da Justiça dos homens, fundada na Lei do Talião (olho por olho e dente por dente). Desta maneira, o mercado midiático acaba por se aproveitar desta fraqueza humana para conseguir lucro e público. De fato, o crime atrai a atenção.

Nesse sentido:

“É necessário superar o que se pode chamar de Processo Penal do Espetáculo, movido pela junção equivocada e iludida de esforços. De um lado a Esquerda Punitiva e de outro a Direita de sempre, defendendo cinicamente os valores como representação de toda a sociedade. O resultado disto é a evidência de uma vontade de punir que precisa, sempre, de novos protagonistas. O produto do crime interessa, ainda mais quando um graúdo passa a ser o acusado, pois relegitima todo o Sistema.” (ROSA, 2015).

¹⁶ SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *A futebolização do Direito Penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 269, p. 8, 2015.

Os crimes dolosos contra a vida geram comoção social, principalmente quando o meio empregado é cruel ou impossibilitou a defesa da vítima, e, sobretudo, se a vítima for criança, idoso ou deficiente físico. Ou seja, quanto mais frágil a vítima, mais empatia por parte da opinião pública, e, portanto, mais explorado pelo mercado midiático o caso será.

De fato, a mídia possui um relevante papel social, na medida em que cumpre sua função investigativa e informativa. Porém, não há como ignorar a influência em certas questões criminais com pré-julgamento dos envolvidos.

Cléber Oliveira expõe que

(...) o mal causado pela imprensa quando esta se descarta da sua função informativa e passa a agir como controladora dos juízes, vigiando suas decisões e sem conhecer as razões de direito que as motivaram, divulga-se sob forma de questionamento, inculcando na consciência da sociedade menos informada a ideia de que a Justiça estaria a atender os interesses dos poderosos. (OLIVEIRA, 2003, p.25)

O efeito causado por uma mídia irresponsável que pré-julga sem a devida apuração dos fatos, e sem o devido entendimento do direito ali evocado pelo julgador do caso, apenas preocupando-se com o “furo de reportagem”¹⁷ é a responsabilização excessiva do Direito Penal para com todas as delinquências sofridas na sociedade, influenciando, não somente o imaginário social, mas também o Poder Legislativo, que edita leis mais severas; o Poder Executivo, que desenvolve políticas públicas voltadas para a repressão; e o Poder Judiciário que aplica penas mais duras. Desta forma, a pressão midiática faz com que esses poderes encontrem respostas imediatas e na maioria das vezes ineficazes para reduzir os crimes. São medidas tomadas para conter os ânimos da população e minimizar a ideia da “impunidade social”, ou seja, vende-se insegurança para obter uma falsa sensação de segurança.

Inegável, pois, que a pressão midiática acaba por influenciar fortemente o processo penal, muitas vezes por não entenderem e conhecerem do Direito Penal. A exemplo disso, o sistema penal brasileiro adota a teoria finalista¹⁸ da ação, a qual se prioriza a análise e valorização da conduta e não do resultado. Porém, a imprensa, em contrapartida, exalta a análise do resultado, desprezando por completo a intenção do agente. Ora, nesse viés, uma decisão absolutória representa no imaginário social um sentimento de impunidade.

¹⁷ Furo é o jargão no meio jornalístico para a informação publicada antes dos concorrentes ter acesso.

¹⁸ Trata-se da análise do crime sob a perspectiva de uma atividade humana, ou seja, estuda e examina-se toda a conduta anterior do sujeito delinquente.

Mais a mais, o processo de decisão do julgador é algo que possui inúmeras variáveis que podem ser completamente independentes da opinião pública e da mídia, tornando um mecanismo muito complexo. Além da carga valorativa e da visão de mundo, que todas as pessoas carregam consigo, os juízes possuem um papel social como aplicadores do direito e representantes diretos da Justiça, devendo levar em consideração as normas vigentes, estando vinculados, também, ao posicionamento dos Tribunais, aos precedentes julgados e, como estão em um Estado Democrático de Direito, aos preceitos da Carta Magna.

Contudo, de fato os anseios da opinião pública e da mídia podem influenciar em uma decisão do julgador, na medida em que, este, como ser socialmente contextualizado que é, não está imune a esta interferência, devendo reconhecer que, de qualquer forma, esse tipo de influência existe e sempre existirá. Ademais, os juízes são personalidades subjetivas e complexas, arraigadas de valores, princípios e visões de mundo, que ante a uma interferência externa como, por exemplo, as pressões da mídia e da opinião pública, produzirão uma reação, imprevisível *a priori*, que não pode ser entendida de maneira determinista.

Nesse contexto, Sérgio Habib afirma que a neutralidade é incompatível com a natureza humana, repleta de pessoalidade. No mesmo sentido, Zaffaroni (1995, p.93) explica que inexistente um juiz ideologicamente purificado, pois a produção ideológica destes juízes apenas produzem juízes mais arbitrários, pois não há maior arbitrariedade do que daqueles que acreditam realmente que são objetivos e imparciais. Ou seja, o julgador que pensa ser completamente imparcial termina por ser um juiz arbitrário, pois esta simples afirmação, por si só, já é uma arbitrariedade.

4.2 Imparcialidade e Neutralidade no Processo Penal

Cabe cometer um pequeno apanhado histórico para compreender de onde surge e o que se entende sobre imparcialidade no dever jurisdicional. Ao falar em Justiça, vem à tona a imagem da balança nas mãos de uma deusa. *Iustitia*, deusa romana, insurge com os olhos vendados, cujo significado é a representação do tratamento isonômico às partes, impedindo de visualizar os sujeitos envolvidos no conflito.

Desta maneira, é possível perceber a essência do surgimento do princípio da imparcialidade, representado pela venda nos olhos do símbolo representativo da Justiça, sendo dois valores intimamente conectados. A doutrina revela a imparcialidade como elemento estrutural do processo, indispensável à jurisdição.

Conforme profere Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini e Cândido Rangel:

a imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial; e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.¹⁹

A imparcialidade pode ser entendida como uma forma de afastar o processo penal inquisitório, afastando a prática do exercício de investigação ou instrução processual do julgador, tendo em vista que tal atividade incumbe somente aos jogadores.

Alguns doutrinadores trabalham a noção de imparcialidade como um valor interno do processo, essencial, que direciona toda a atividade processual, principalmente no momento de decisão, onde deve-se conduzir como terceiro não interessado acima dos interesses em conflito. Essa compreensão como valor é associada ao desenvolvimento do modo racional de se pensar o direito no Estado moderno, ensejando em uma regra central ou fundamental de uma ética sob a perspectiva do respeito às pessoas em função de sua igualdade.

Nesta ótica, a imparcialidade é concebida como uma regra básica de tratamento que tem por pressuposto a noção de igualdade, integrando, ao lado das ideias de Justiça, certeza e equidade, o grupo de valores jurídicos²⁰.

Assim, a imparcialidade pode ser vista como uma forma procedimental, fazendo desenvolver a atividade jurisdicional e sendo condição para a realização dos outros valores, aproximando a ação do devido processo legal, sendo, ainda, qualidade essencial para a efetiva realização da Justiça.

Para Trujillo, imparcial é o juiz objetivo, desapaixonado, que não favorece, por interesse ou simpatia, a nenhuma das partes. Desta maneira, pode-se perceber nitidamente no conceito da imparcialidade a presença da razão como essência, restando claro que a subjetividade é suficiente para adulterar a realidade, o que deve ser, portanto, evitado.

Certo que, alguns autores confundem e utilizam a neutralidade e imparcialidade como sinônimos, porém, cumpre destacar que no ato de julgar são institutos distintos. No dever jurisdicional, a neutralidade remete ao pensamento de Hans Kelsen, o qual culminou a Teoria Pura do Direito, comprimindo a noção do Direito, exclusivamente, à norma jurídica. A pretensão de Kelsen era assegurar a objetividade, autonomia e a própria neutralidade, afastando influências sociológicas e filosóficas da aplicação e operação do Direito, desprezando todo e qualquer sentido do jusnaturalismo. Para esta teoria impera a noção do

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1955, p. 52.

²⁰ TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad*. México: UNAM, 2007.

Direito Positivo, resumindo o dever de Justiça a aplicação nua e crua da norma jurídica em cada caso concreto.

Para Lúcia Prado, esta ideia da Teoria Pura do Direito se relaciona com a noção de um “magistrado formalista, exageradamente preso às leis e afastado dos desejos da comunidade e das características de seu próprio psiquismo”.²¹

Nesse sentido, a distância da subjetividade impera na ideia de julgador neutro em seu ato decisório, fazendo o juiz se despir de qualquer convicção própria e se respaldar, apenas, por critérios extraídos das normas jurídicas.

Contudo, o axioma da neutralidade fora logo criticado pelos doutrinadores, tendo em vista, segundo Prado, estar afastando o objetivo principal das decisões judiciais: a realização da Justiça. É preciso compreender que o julgador é uma pessoa física, com CPF, endereço, família e problemas, assim como qualquer outra pessoa no universo; como um ser humano, possui ideologias, crenças, preferências etc. Assim:

absolver ou condenar acusados criminais não são decisões neutras, regidas pela dogmática como critério de racionalidade, mas exercício de poder seletivo orientado pela ideologia penal, quase sempre ativada por estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais, por sua vez desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização etc. Conhecer as premissas ideológicas do poder punitivo é condição para reduzir a repressão seletiva do Direito Penal, mediante prática judicial comprometida com o valor superior da democracia. (CIRINO DOS SANTOS. 2008. p. vi-vii)

De fato, os dois conceitos podem se misturar, todavia, a imparcialidade está mais atrelada ao seguimento da norma processual sem interação com as partes envolvidas, ou seja, remetendo a noção das vendas da deusa *iustitia*, enquanto que, a neutralidade se refere a visão geral de mundo do magistrado, como ser humano, cidadão e pertencente a um meio social. Para Capelleti, a imparcialidade é um dado objetivo de ordem processual, relacionado à condição do *juiz-homem-individual*, e a neutralidade é um dado subjetivo relacionado ao *juiz-cidadão-social*.

Mais a mais, a imparcialidade e neutralidade fazem parte das regras do jogo processual penal, mas como já explanado, não há evidências reais e absolutas de que esses princípios não sejam relativizados conforme o desenrolar do jogo, tendo em vista serem regras “obedecidas” por julgadores humanos dotados de valores próprios.

²¹ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção*. 3ª ed. Campinas: Millenium, 2005.

5. O JOGO EM PRÁTICA

Esse capítulo terá como objetivo trazer alguns casos que seja possível visualizar o processo penal demonstrado nessa pesquisa sob a perspectiva real do jogo processual, sofrendo interferências e relativizando princípios, bem como, assim, apresentando a aplicação de toda a teoria explanada.

5.1 Caso Eloá

O primeiro caso que merece ser trazido é o “Caso Eloá”, que foi um dos casos de maior repercussão midiática do Brasil nos últimos tempos. Além da cobertura completa do crime e de suas repercussões processuais, findando com o julgamento do réu, houve momentos em que a mídia efetivamente participou da cena do crime. Conforme ficará demonstrado adiante, este foi mais um caso em que a mídia extrapolou os limites da ética jornalista.

Em 13 de outubro de 2008, inconformado com o fim do namoro com Eloá Cristina Pimentel, de 15 anos, Lindemberg Alves Fernandes, na época com 22 anos, invadiu o apartamento da jovem e a fez refém, juntamente com uma amiga, Nayara Rodrigues da Silva, e outros dois colegas. A polícia foi acionada e cercou o local. No mesmo dia os dois colegas foram liberados, mas Eloá e sua amiga permaneceram em cativeiro. Durante toda a ação do crime, jornalistas, policiais e populares permaneceram em frente do prédio de Eloá acompanhando o desenrolar dos fatos. As emissoras de televisão cobriram o sequestro em tempo integral, acampando nos arredores do apartamento.

Nessa vereda, Nayara foi libertada no dia 14 de outubro, mas retornou ao apartamento de Eloá na manhã do dia 15, permanecendo em cativeiro, por solicitação da polícia para poder ajudar nas negociações, ficando ao lado de sua amiga. Um pouco mais das 18h do dia 17 de outubro, ou seja, após mais de 100 horas de cárcere privado, policiais do Grupo de Ações Táticas Especiais (GATE), em uma ação desastrosa, invadiram o apartamento de Eloá, resultando em tiros de Lindemberg contra as vítimas. Eloá foi atingida na virilha e na cabeça, produzindo o seu óbito e Nayara foi alvejada com um tiro no rosto. Lindemberg foi preso, no próprio local, sem ferimentos.

Importante ressaltar que a cobertura da mídia foi implacável durante os 5 dias de sequestro, sendo o sequestrador entrevistado ao vivo pela apresentadora Sônia Abrão²², no programa “A tarde é sua, da Rede TV!”, interferindo diretamente nas negociações. A TV Globo também usou do artifício e a repórter Zelda Mello entrevistou Lindemberg por telefone, para o “SPTV”.

O julgamento de Lindemberg durou quatro dias. Ele foi considerado culpado em todos os crimes imputados, sendo um homicídio, duas tentativas de homicídio, cinco cárceres privados e quatro disparos de arma de fogo, fazendo proceder uma pena total de noventa e oito anos e dez meses de prisão pela juíza Milena Dias. A sentença foi transmitida ao vivo por diversas redes de televisão, como a Rede Globo, Rede Record e a Band News. A mídia se fez tão presente no caso, que a estratégia da defesa foi dividir a culpa entre o despreparo da polícia e o cenário criado pela mídia. Observa-se o jogo processual de estratégias e táticas como demonstrado neste trabalho. O jogador-defensor precisava não só se preocupar com o fato delituoso e buscar meios para abrandar a conduta, mas também com a influência midiática do caso, podendo até mesmo usá-la a seu favor, como o fez. Tanto foi assim que das catorze testemunhas convocadas pela defesa, seis eram jornalistas.

Inegável que o mercado midiático interferiu significativamente neste caso, principalmente quando ocorreu as entrevistas ao vivo enquanto o crime ocorria. Ora, não se pode deixar de mencionar o fato estranho do contato direto com o sequestrador pelas vias de um programa de televisão, assim como o programa que realizou a entrevista, que tem em média 2 pontos de IBOPE, registrar um pico de 5 pontos durante o contato com o sequestrador Lindemberg. Chama-se atenção para a incapacidade que houve do Estado, que ali estava representado pelos policiais, o qual deveria proteger a área do sequestro e evitar o acesso de pessoas externas ao telefone do sequestrador.

Sobre essa questão, de fácil compreensão e concordância, vê-se que um contato direto com o sequestrador, pela mesma linha utilizada pelos policiais comprometeu expressivamente as negociações e trabalho dos especialistas, tendo em vista que impediu que a operação prosseguisse, pois, importante frisar, este era o único contato da polícia com o sequestrador. Tanto é assim que o Ministério Público Federal de São Paulo moveu uma ação civil pública contra a apresentadora Sônia Abrão, sob o argumento que as entrevistas interferiram na atividade policial em curso e colocaram a vida das vítimas e dos envolvidos na operação em risco.

²² Vídeo disponível em: http://www.youtube.com/watch?v=9_gSLc0oCic. Acesso em 09 de novembro de 2018.

Ato contínuo, vale analisar cuidadosamente a sentença exarada pela Juíza Milena Dias, trazendo alguns aspectos importantes que revelam, a partir do seu discurso, sua postura, valores e concepções.

O primeiro aspecto que podemos citar, diz respeito ao suposto “fetichismo”, que conforme a magistrada, faz com que juízes apliquem a pena no mínimo legal. Em sua visão, a sociedade anseia pela libertação deste vício. Vejamos:

A sociedade, atualmente, espera que o juiz se liberte do fetichismo da pena mínima, de modo a ajustar o quantum da sanção e a sua modalidade de acordo com a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias do crime, bem como o comportamento da vítima (SENTENÇA DO PROCESSO Nº 554.01.2008.038755-7- VARA DO JÚRI/EXECUÇÕES DO FORO DE SANTO ANDRÉ- SP).

Milena Dias destacou também que as entrevista conedidas por Lindemberg a alguns veículos de comunicação evidenciaram um comportamento audacioso e frio.

Durante a barbárie, o réu deu-se ao trabalho de, por telefone, dar entrevistas a apresentadores de televisão, reforçando, assim, seu comportamento audacioso e frieza assustadores. Lindemberg Alves Fernandes chegou a pendurar uma camiseta de time de futebol na janela da residência invadida. (SENTENÇA DO PROCESSO Nº 554.01.2008.038755-7- VARA DO JÚRI/EXECUÇÕES DO FORO DE SANTO ANDRÉ- SP).

A juíza aplicou a pena base no parâmetro máximo para todos os delitos, considerando

(...) a culpabilidade, a personalidade do réu, seus egoísticos e abjetos motivos, as circunstâncias e nefastas consequências do crime impõem a esta a Julgadora, para a correta reprovação e prevenção de outros crimes, a fixação da pena, na primeira fase de aplicação, em seu patamar máximo cominada para cada delito. (SENTENÇA DO PROCESSO Nº 554.01.2008.038755-7- VARA DO JÚRI/EXECUÇÕES DO FORO DE SANTO ANDRÉ- SP).

Nota-se que a magistrada, ao aplicar para todos os crimes a pena base no patamar máximo, feriu o princípio da individualização da pena, tendo em vista que cada crime deveria ser avaliado separadamente na medida de sua culpabilidade. Importante mencionar também, que houve um “equivoco” na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal²³, na medida que para o patamar máximo da pena base, todas as circunstâncias judiciais teriam que ser desfavoráveis.

²³ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)

Ocorre que, no caso concreto, o réu era primário e possuía bons antecedentes, inclusive sendo confirmada a sua boa conduta por diversas testemunhas. Percebe-se, ainda, que na fixação da pena base, a Juíza *a quo* levou em consideração a motivação do crime quando afirma “seus egoísticos e abjetos motivos”, entretando o homicídio já havia sido qualificado com base no motivo torpe e no recurso que dificultou a defesa da vítima. Ou seja, há o cometimento de *bis in idem*²⁴, ferindo, assim, mais um princípio do Direito Penal.

Com relação a tentativa de homicídio do policial militar, a Juíza monocrática aplicou uma pena de dez anos, sendo esta uma pena significativamente alta, tendo em vista que não infligiu lesões corporais na vítima, conforme atestado pela própria magistrada quando diz: “uma vez que a vítima não sofreu lesão corporal”. Ato seguinte a dosagem da pena, a magistrada aplicou o disposto no art. 69 do Código Penal, o qual corresponde ao concurso material de crimes²⁵.

Em sede de recurso, a 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo proveu parcialmente o recurso interposto pela defesa de Lindemberg, reduzindo a pena de noventa e oito anos e dez meses de reclusão e pagamento de mil trezentos e vinte dias-multa, para trinta e nove anos e três meses de reclusão e dezesseis dias-multa, no piso legal, mantendo no mais a sentença de piso, adequando-a aos parâmetros legais e constitucionais.

Importante trazer um trecho da decisão do Desembargador Pedro Menin, que ponderou sobre a relação entre a mídia e o julgamento final:

A função da mídia é sem dúvida, uma demonstração do Estado Democrático de Direito, mas que deve ser neutralizada, pelo Julgador, quando da aplicação da pena, principalmente nos casos que tratam de crimes contra a vida, já que os Jurados são pessoas leigas do universo jurídico, principalmente no que toca as regras da aplicação de pena, matéria afeta ao Juiz Presidente da Sessão Plenária de Julgamento. (ACÓRDÃO DA APELAÇÃO nº 9000016-07.2008.8.26.0554. de Justiça do Estado de São Paulo. 16ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Pedro Menin. Dj 4 de junho de 2013).

Ademais, o Desembargador, em seu voto, avaliou que no caso em tela deveria ser aplicada a continuidade delitiva, com base no art. 71 do Código Penal, já que os crimes foram praticados em um mesmo contexto fático, em iguais circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e em um curto espaço de tempo.

²⁴ Uma mesma circunstância foi valorada mais de uma vez na dosimetria da pena, sendo o réu penalizado duas vezes pelo mesmo fato.

²⁵ Ocorre quando há duas ou mais condutas (comissivas ou omissivas) que resultam em dois ou mais crimes, idênticos ou não. Nesse caso as penas são somadas de acordo com o sistema da cumulatividade.

Desta forma, pode-se perceber a força da influência externa causada no processo penal, principalmente nos casos em que o mercado midiático atua de forma incisiva e descontrolada. Nota-se também que em processos de competência do Tribunal do Júri, em que os jurados não possuem conhecimentos técnicos jurídicos, a mídia faz parte, significativamente, da consciência desses julgadores. É nesse contexto que o magistrado precisa estar totalmente ciente do jogo processual e se despir de todas as influências externas causadas.

No caso Eloá é possível compreender toda a carga do jogo processual penal no (in)consciente da magistrada. Importante lembrar que a vítima era menor, com apenas 15 anos de idade, o que fomenta mais ainda toda a comoção social.

A mídia com seu cenário de terror e pânico, excita a sociedade e cria expectativas de uma punição severa. Daí se utiliza o Sistema 1, concebido por Kahneman, o qual foi citado no capítulo 4 desta pesquisa, ferindo claramente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, no momento da aplicação da pena pela tentativa de homicídio em face do policial militar e fixando a pena base em seu patamar máximo para todos os crimes, golpeando o princípio da individualização da pena, em que, conforme o art. 59 do Código Penal, não havia possibilidades da pena base dos crimes imputados ao réu serem fixados no patamar máximo.

Necesário, ainda, chamar atenção da ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, o qual foi claramente demonstrado em sentença.

Desta maneira, percebemos que no jogo processual, de fato, as influências externas e internas tornam os julgadores ainda mais distantes da imparcialidade e neutralidade, criando possibilidades, ainda, da relativização de outros princípios processuais penais e constitucionais.

5.2 Julgamento de Lula no STF

Um caso que marcou o cenário jurídico e político brasileiro na atualidade foi o processo movido contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, resultado de uma das maiores investigações na modernidade: Operação Lava-Jato.

O ex-presidente foi denunciado no ano de 2016 pelo Procurador da República, Deltan Dallagnol, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, e ainda na mesma oportunidade, acusado de chefiar todo o esquema de corrupção na Petrobrás. Em sede de investigação, foi apurado, segundo os investigadores, que Lula teria sido beneficiado com o

repassse de R\$3,7 milhões em propina, sendo uma parte desse pagamento realizado por meio de um triplex no Guarujá/SP, sob a permuta de conceder proveitos ao grupo da empreiteira OAS em contratos com a Petrobrás.

A saber, em momento anterior a denúncia, nos exatos dia 04/03/2016, foi solicitado condução coercitiva para o ex-presidente depor na Polícia Federal, autorizado pelo Magistrado Sérgio Moro, responsável pela operação. Nessa ocasião, a defesa questionou as interceptações telefônicas ocorridas no escritório de um dos advogados de Lula, Dr. Roberto Teixeira, que acabaram sendo anuladas como prova.

Após iniciada a ação penal em face do ex-presidente Lula, o empresário Léo Pinheiro, ex-presidente da OAS, que estava mantido preso na carceragem da Polícia Federal em Curitiba por outras ações, presta depoimento afirmando que havia reservado o triplex para Lula.

No ano de 2017, um mês depois do depoimento supracitado, Lula fica à frente do Magistrado Sérgio Moro pela primeira vez e, em audiência que durou cinco horas, afirmou que nunca ocupou o triplex no Guarujá/SP e nem existia a intenção de adquiri-lo, negando ser o dono. A defesa de Lula, por sua vez, ratificou todo o alegado, demonstrando não haver nenhum documento que comprovasse o depoimento do empresário Léo Pinheiro de que o imóvel era de propriedade de Lula.

Ato contínuo, após a audiência, o ex-presidente Lula foi até uma praça, onde se reunia cerca de cinco mil²⁶ admiradores que se manifestavam em seu apoio, subiu no palco e, com um microfone na mão, proferiu algumas palavras com seus simpatizantes.

Pois bem, em meio a diversas discussões acerca da condução das investigações e da ação penal contra Lula, sobre ilegalidades de decisões, provas, imparcialidade do magistrado, perseguição política e outras celeumas, em 12/07/2017, o Juíz Sérgio Moro proferiu sentença penal condenatória em face do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, condenando-o a nove anos e seis meses de prisão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Em verdade, a decisão do Juíz Sérgio Moro sofreu críticas, como também foi objeto valioso e muito rendável para o mercado midiático, haja vista tratar-se de um ex-presidente, fundador de um dos maiores partidos da história brasileira, tendo exercido oito anos de mandatos diretos, referência da esquerda em toda a América Latina e sendo considerado um semi-deus por seus fiés e milhões de seguidores.

²⁶ Fonte: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/05/politica/1522917041_563602.html.

Ato contínuo, o Ministério Público Federal recorre da sentença de piso pleiteando aumento de pena, bem como, com base nas discussões supracitadas, os advogados de defesa também apelam à segunda instância da Justiça Federal, (Tribunal Regional da 4ª Região-TRF4), com sede em Porto Alegre e, em 2018, a 8ª Turma do TRF4, por unanimidade, nega os pedidos da defesa e acolhe os pedidos da acusação, majorando a condenação do ex-presidente para doze anos e um mês de reclusão, em regime fechado, expedindo mandado de prisão contra o réu, para o devido cumprimento.

Dessa forma, a defesa do ex-mandatário impetra um pedido de habeas corpus para tentar impedir sua privação à liberdade, o qual foi rejeitado, por unanimidade, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O caso chegou, portanto, ao Supremo Tribunal Federal, com base na violação a Constituição Federativa. O STF entendeu que a prisão era devida e Luiz Inácio Lula da Silva foi preso e permanece até os dias atuais na carceragem da Polícia Federal, localizada em Curitiba.

Nesse contexto, o Brasil presenciou um momento de tensão política que provocou uma enorme polarização na sociedade e aflorou a violência em todo o país. A imprensa não sossegou até o final do caso, ou, na verdade, até surgir outro caos político: as eleições de 2018. Fato é, que novamente a pressão midiática permaneceu ativa no processo penal.

A celeuma maior causada no caso de Lula foi a prisão decretada em Segunda Instância, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não cabe nesta pesquisa discutir o mérito e nem analisar o lastro comprobatório no processo e sua instrução, mas sim trazer os fatos ocorridos nesta causídica penal, analisando de acordo com o nosso ordenamento jurídico vigente, sob a perspectiva de possíveis influências externas ao processo, fazendo existir a surgência, mínima que seja (ou não), da relativização desse ordenamento, principalmente, como será demonstrado claramente, em relação aos Princípios Constitucionais.

Com, tão somente, intento de contextualizar, portanto, insurge ressaltar que no ano de 2009, fora julgado pelo Supremo Tribunal Federal o habeas corpus nº 84.078-7 (relator o Ministro Eros Grau) em que o impetrado versava sobre a execução antecipada da pena. Vale frisar que o remédio constitucional supra foi impetrado por um réu, cidadão “comum”, isto é, sem fama ou reconhecimento público.

Aberta a sessão de votos no plenário do STF, o Ministro relator Eros Grau iniciou seu voto trazendo o artigo 637 do Código de Processo Penal²⁷ – decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941 - o qual pronuncia que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e após arazoados pelo recorrido, seguirá execução da sentença em primeira instância. Em contraponto, o Ministro explanou a Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – que condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme seus artigos 105²⁸ e 147²⁹. Finalizando suas citações iniciais do ordenamento jurídico, trouxe o artigo 5^a, inciso LVII da Constituição Federal de 1988³⁰, o qual trata da presunção de não culpabilidade.

Percebe-se, pois, que a Lei de Execução Penal é adequada à ordem constitucional vigente, tendo em vista que sobrepõe-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal, na medida em que esta é pertencente ao ano de 1941.

Graus, ainda proferiu:

“Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado – e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena – anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (...) lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor – apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.”

Após todo o devido desenrolar, a sessão plenária foi encerrada, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, que, por maioria dos votos, deferiu o habeas corpus, nos termos do relator, declarando o STF, então, a repugnância ao cumprimento de pena sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Noutro giro, no ano de 2016, em julgamento ao habeas corpus de nº 126.292, obtendo como Ministro relator Teori Zavascki, o entendimento do plenário foi completamente oposto.

²⁷ Art. 637 - O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

²⁸ Art. 105 - Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

²⁹ Art. 147 - Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

³⁰ Art. 5º, LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em suma, o relator admite a relativização da presunção de inocência, tendo em vista que a culpabilidade já teria sido estabelecida quando realizada o duplo grau de jurisdição.

Em desdobramento da tese supradita, o que se tem é que para o juiz de primeiro grau que profere uma sentença penal condenatória, a culpa do réu é cravada, ficando superada a presunção de inocência. Contudo, este juízo de culpa não é definitivo, e o acusado tem seu direito de uma reanálise da sua culpa pelo Tribunal respectivo. Assim, ratificada pelo Tribunal Regional a sentença do juízo *a quo*, a culpa é confirmada e resulta no exautimento do exame sobre os fatos e provas da causa. Isto é, ressalvada a hipótese de revisão criminal, não há outra possibilidade de se discutir culpabilidade, fatos e provas. Conforme o próprio Ministro Teori Zavascki, os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória.

De fato, temos duas posições extremas, na medida em que de um lado externaliza-se ser um desafio a Constituição caso a Corte entenda ser legal a execução da pena após decisão de segunda instância e, do outro, a garantia da possibilidade desta execução provisória, relativizando o princípio Constitucional expresso, tendo em vista o exaurimento da análise fática-probatória.

Ora, o que interessa trazer para este trabalho é o fato de que, antes de 2009³¹ já se discutia esse tema, porém, nenhuma Lei foi alterada e nenhuma Emenda Constitucional fora sequer pensada/projetada. Ademais, não há previsão legal para o reconhecimento desta “nova” modalidade de prisão em segunda instância.

De fato, em síntese, trata-se de um afronto a teoria processual penal e Constitucional, não em relação ao que resultou disto (prisão em segunda instância; relativização da presunção de inocência etc.), mas sob a perspectiva do judiciário legislar através de uma criação meramente jurisprudencial, no invento de uma nova modalidade de prisão, o que acaba por relativizar, também, um dos principais e mais importantes princípios Constitucionais, o da legalidade³².

³¹ HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 1997; HC 72.366, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 1999; HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 1995.

³² O princípio da legalidade é composto do princípio da reserva legal e da anterioridade. O princípio da reserva legal, sobretudo, define que as sanções penais somente podem ser editadas pelo poder Legislativo, o que, assim, garante a divisão dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e deve ser levado a sério. É claramente vedado ao judiciário elaborar uma nova Lei, mesmo esta sendo concretizada somente na prática processual, não estando intitulada como Lei propriamente dita, ou seja, não estando explícita no texto do Código Processual. Com isso, o judiciário não pode ser legitimado a produção de uma nova modalidade de privação à liberdade.

Seria um processo penal de conveniência? Isto é, ficando o assunto visivelmente à deriva, abre-se possibilidades para atender aos dois lados extremistas, dependendo, portanto, apenas da decisão do plenário do Superior Tribunal Federal.

Importante frisar que há de se compreender que existe probabilidade de uma enorme influência política-partidária, mesmo que inconscientemente, conforme já demonstrado neste trabalho, em relação aos Ministros da Suprema Corte, tendo em vista que são inseridos no STF por escolha do Estado, indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal³³. Não há como não considerar esse fato após toda explanação nesta presente pesquisa, lembrando, pois, que trata-se de Ministros humanos, com valores, crenças ideológicas e políticas.

Pois bem, aqui resta demonstrado que as regras do jogo são distribuídas conforme seus jogadores. Esse é o jogo processual penal, o qual abarca influências diversas do mundo jurídico ensinado em manuais teórico, que necessita de táticas e estratégias muito bem elaboradas para, então, conseguir jogar um jogo equilibrado e chegar ao êxito.

5.3 Síntese analítica dos jogos

Esta parte do trabalho, tem como finalidade evidenciar as principais influências e características do jogo processual penal. Primordialmente, tratando-se do caso Eloá, cumpre estabelecer que a análise aqui pretendida é a do julgamento de Lindemberg, e não a ação penal por completo. Possível perceber que o objetivo deste jogo para todos os jogadores foi a vitória (conforme geralmente acontece em todos os jogos), porém, como explicado nesta pesquisa, há diferentes conceitos de vitória, a depender do jogador em questão.

Importante consignar, que é extremamente possível o objetivo de vitória da julgadora Milena Dias em condenar o acusado Lindemberg, haja vista todas as influências naturais possíveis evidenciarem tal conclusão. A juíza é mulher, com 38 anos de idade, obtendo em seu (in)consciente a concepção de que homens como o réu, ciumentos ao extremo, acabam por restringir suas parceiras e podar sua liberdade, o que gera um desejo, frisa-se, (in)consciente, de desforra e retaliação a esses sujeitos. Ademais, há de se levar em consideração ainda, a possível existência de filhas e entes familiares do sexo feminino e da mesma faixa etária da vítima Eloá.

É importante também destacar, que o júri deste caso foi o primeiro de grande repercussão da Magistrada, o que a fez perder peso e ficar sem fome, conforme declaração da

³³ Art. 101 da Constituição Federal.

mesma³⁴, o que gera o fator fadiga, diminuindo sua capacidade reflexiva e imparcial, além de comprovar a interferência desse julgamento na sua vida.

Mais a mais, importante mencionar que a promotora do caso também esteve sujeita a todas as interferências internas/naturais advindo do seu (in)consciente. Contudo, não está limitada aos mesmos princípios que a julgadora, tendo em vista que são pessoas distintas, com históricos de vida distintos.

Cumprido ressaltar, que não se pode dispensar a possibilidade, ainda, da defensora de Lindemberg ter sofrido as mesmas influências, contudo, na medida em que fora fortemente julgada pela sociedade e pela mídia por ter aceitado o caso, tendo em vista, além das interferências supraditas, estar defendendo, na visão da sociedade, um assassino repugnante. De acordo com matérias jornalísticas, chegou ao ponto da promotora fazer uma declaração pedindo para não confundirem o réu com sua advogada, que estava apenas cumprindo seu dever profissional.

Quanto as possíveis influências externas ao processo, já citadas, como a mídia e a pressão popular, nota-se que a pressão midiática, nesse caso, foi utilizada como estratégia da jogadora-defensora, na medida em que fez as atenções se voltarem para sua forma de atuação e polêmicas dos supostos insultos à Magistrada. A advogada de defesa declarou que a Juíza precisava voltar a estudar, e foi muito criticada pelas roupas utilizadas no júri (decotes), bem como apelidada de Amy Winehouse (cantora inglesa), pela sua aparência física³⁵. Bem assim, a atenção foi tão grande que a defensora “ganhou” uma matéria no site “O Globo” intitulada de “Advogada de Lindemberg, Ana Lúcia Assad roubou a cena no júri”. Desta forma, reduziu a pressão da mídia no sentido de condenar o seu cliente e fomentar o terrorismo popular da aversão e ódio contra o réu. Outra provável estratégia realizada pela advogada Ana Lúcia, foi o fato de agir sozinha no Tribunal, sem realizar parceria com nenhum escritório ou outro advogado, atuando no júri com apenas duas estagiárias de Direito e, em contrapartida, o jogador-acusador com quinze assistentes de acusação. Dessa maneira, almejou-se passar uma sensação de maior vulnerabilidade para os jurados e uma forma de provocar a compaixão e dó da desproporcional quantidade de jogadores (15 contra 1).

Importante ressaltar o fato visível do descumprimento do devido processo legal, tanto pela juíza, quanto pela acusação. Conforme dito alhures, a juíza Milena Dias violou claramente o procedimento do processo penal, na medida em que equivocou-se na aplicação

³⁴ Matéria completa disponível em < <https://www.dgabc.com.br/Noticia/21840/caso-elo-foi-o-mais-exaustivo-diz-juiza>>.

³⁵ Matéria completa disponível em < <https://oglobo.globo.com/brasil/advogada-de-lindemberg-ana-lucia-assad-roubou-cena-no-juri-3997863>>.

do artigo 59 do Código Penal na fixação da pena base, o que corrobora com as interferências (in)consciente explicadas anteriormente neste caso concreto. Inquestionável que o acusado não obtinha antecedentes criminais e sua conduta, até então, eram positivas, sendo confirmada por testemunhas e, ainda, o emprego do artigo mencionado deve ser feito em cada crime separadamente, o que não foi realizado, violando o princípio da individualização da pena. Nesse passo, tais fatos levam a impossibilidade da fixação da pena base em seu patamar máximo, resultando em uma dosimetria de pena equivocada. Há de se mencionar, também, o cometimento de *bis in idem*, isto é, punir o acusado pelo mesmo fato duas vezes, na medida em que levou em consideração os motivos (“egoísticos” e “abjetos”) do crime, já sendo o homicídio qualificado por motivo torpe.

Desta maneira, não há como negar a possibilidade das interferências internas e externas trazidas no caso concreto, convergirem para uma pena mais dura ao réu, influenciando diretamente no processo penal, ferindo importantes princípios penais e constitucionais, como o devido processo legal, *non bis in idem* e individualização da pena.

Em se tratando do outro jogo trazido neste trabalho, o caso Lula no STF, faz-se possível perceber, também, algumas características da batalha processual penal. Importante ressaltar, portanto, *a priori*, as influências externas prováveis ocorridas neste processo penal.

No período de instauração da operação Lava-Jato, o Brasil passava (e passa) por um momento político extremamente delicado e crítico, o que fez concluir que o cenário político atual brasileiro foi (é) uma imaginável interferência externa sofrida em todo processo iniciado pela operação, ou seja, a fomentação e o desejo de ir em busca da descoberta, bem como a extinção da corrupção, se tornou o maior objetivo tanto para quem acusava/acusa, quanto para quem julgava/julga.

Nesse passo, sem tanta surpresa, a mídia obteve uma enorme parcela de influência e interferência no caso Lula, como de praxe, semeando o terrorismo popular em cada passo da operação Lava-Jato, fazendo surgir diversas manifestações violentas e sensação de insegurança e descontrole em todo o país.

Assim, no caso concreto, há de se levar muito em consideração a ideologia política do julgador Sérgio Moro, a qual, conforme já devidamente explicado em toda esta pesquisa, seu desvestir é algo complexo e demonstravelmente próximo do impossível, tendo em vista o comportamento e atuação humana. Logicamente, o objetivo desta pesquisa não é adentrar em qual é a ideologia política adotada pelo Magistrado, e sim, evidenciar, independentemente de ser simpatizante ou não do acusado, a dificuldade de despir-se de suas crenças, fazendo-as serem possíveis influências no processo penal, mesmo que de forma (in)consciente.

De acordo com elementos já demonstrados anteriormente, os princípios da imparcialidade e neutralidade não possuem caráter absoluto, o que, desta forma, faz-se a crença política uma grande possível interferência interna no jogo aplicado ao caso Lula.

Outra possível influência interna que impescinde evidenciar é o fato do marketing pessoal para os jogadores do caso. Em consequência da grande mídia atuando sobre este jogo, era possível entrevistas em jornais diários de jogadores-acusadores e jogadores-defensores, o que resulta, como um caso de enorme repercussão, tanto no cenário jurídico, quanto no político, maior visibilidade pessoal-profissional dos jogadores envolvidos.

Portanto, de acordo com o exposto, pode-se claramente concluir que o julgador do caso Lula, o Juiz Sérgio Moro, desejou como objetivo a vitória, no sentido de extinguir a corrupção que arruinava/arruina o Brasil.

Por conseguinte, há de se evidenciar um doping processual ocorrido neste jogo, o que feriu o *fair play*. O doping ocorreu com a divulgação da interceptação telefônica entre Lula e Dilma, presidente da República à época, que posteriormente foi julgado pelo STF como ilegal e retirado do processo (falta de competência o material por envolver presidente). Ocorre que, o Juiz atingiu sua finalidade/objetivo ao mostrar para a sociedade a corrupção entre os envolvidos, ou evidenciá-la e causar repugnância e pressão social. Daí nota-se que não se pode excluir a possibilidade do julgador jogar o jogo para alcançar seu objetivo, sua vitória, se alinhando com toda lógica construída nesse trabalho.

Por fim, cabe trazer a baila a estratégia utilizada em julgamento perante ao plenário do STF. A todo tempo, o jogador-defensor que sempre se manifestava nas redes midiáticas e atuava diretamente no caso, era o advogado Cristiano Zanin Martins, de 41 anos de idade, formado desde o ano de 1999 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, especialista em Direito Processual Civil e sócio do escritório Teixeira, Martins & Advogados, em que o advogado Roberto Teixeira, compadre do ex-presidente Lula, faz parte do quadro societário. Ocorre que, para a sustentação oral do *habeas corpus* preventivo impetrado em favor de Lula, foi utilizado outro jogador-defensor, o advogado José Roberto Batochio, de 73 anos de idade na época da sustentação, formado desde o ano de 1967 pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e mestre em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade de São Paulo.

Ora, inevitável fazer comparações e levar em consideração tal estratégia adotada pela defesa do ex-presidente. Nota-se que a presença e a figura do advogado José Roberto, de 73 anos de idade, transmite uma maior experiência, credibilidade, respeito e maior sensação de conhecimento técnico e prático, diante dos Ministros do STF. É nítido que escalar um jogador

com tais características completamente opostas ao advogado de praxe, fora uma jogada realizada para alcançar a vitória daquela batalha.

Portanto, fica assim demonstrado algumas características e teorias explicitadas nesta presente pesquisa, na perspectiva do jogo processual penal, como as influências internas e externas, relativização de princípios, doping processual, estratégias e objetivos. Desta forma, comprovado está que o processo penal na prática é mais do que próximo de um jogo, senão, o jogo propriamente dito.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa tem o intuito de apresentar a aplicabilidade da Teoria dos Jogos no Processo Penal, contribuindo para uma nova visão da compreensão e interpretação de como as ações são tomadas. O estudo demonstra e analisa os principais fatores internos e externos existentes no âmbito do jogo penal, aplicando-os em dois casos reais e práticos.

A Teoria dos Jogos, a qual é fundamental para compreensão de todo o sistema penal de uma maneira mais factual e verídica trata o processo penal como um jogo em seu sentido metafórico, utilizando-se de todas as estruturas de um verdadeiro campo de batalha, o que de fato, ficou demonstrado não estar distante e incompreensível esse entendimento, e que, por isso, acaba causando um desconforto pela forma realista dissecada na pesquisa, tendo em vista tratar-se de uma intensa dinamicidade do jogo processual.

Diante de todo o exposto neste trabalho, nota-se que o Processo Penal passa a ser visto de uma maneira diferenciada do que é ensinado e doutrinado nos manuais de direito, sobretudo, sob a perspectiva da desconstrução de um Processo Penal do conforto, tendo em vista ser um processo mais realístico, demonstrando o que ocorre na verdadeira prática penal.

Desta forma é certo que o processo penal sofre influências externas, como a pressão midiática e popular, assim como naturais/internas originadas das crenças, ideologias, valores, personalidade, temperamento, humor etc. Conclui-se, portanto, que o processo penal compreendido sob a perspectiva deste trabalho, evidencia que essas interferências resultam na relativização de alguns princípios conforme a psique de cada envolvido e o andamento do jogo, de acordo com o objetivo, sendo a vitória um dos principais.

Nesse passo, a decisão judicial que resolve o mérito no processo penal, chamada de sentença, não é um ato de conhecimento, mas de compreensão, em que o juiz, ao decidir a causa, produz uma sentença com base nas garantias legais, buscando se aproximar do resultado mais perfeito possível, ou seja, mais associado da verdade processual. Contudo, como já visto, a sentença perfeita não é algo do mundo da prática processual. O julgador se vincula aos elementos e informações pertencentes ao processo, bem como as influências externas e de formação pessoal, como já discutidas. Desta maneira, é ingênuo dizer que a decisão é um ato lógico e acreditar que o juiz decide por matérias lógicas. O magistrado não decide de forma objetiva. Por trás do ato decisório existe um ser humano com suas próprias ideologias e crenças.

É certo que, diante de toda essa compreensão, os jogadores precisam conhecer e se preparar para esse processo penal, não bastando a ingenuidade teórica do direito processual;

deve-se entender e estudar o comportamento humano, para, assim, obter melhor resultado no jogo processual e admitir que trata-se de fatores que ultrapassam os aspectos puramente racionais do Direito e do Processo Penal, influenciando, ou até mesmo determinando, o resultado final do jogo.

Noutro giro, nota-se que o objetivo e meta pela Justiça no processo penal está cada vez mais mitigada, tendo em vista que a vitória dentro do jogo deixa de ser um final justo, para ser um final esperado. Em suma, os jogadores iniciam a guerra em busca de sua recompensa e gloriar-se do êxito, não por ter realizado a Justiça, e sim por alcançar o sabor da vitória em face do jogador oposto. Vencer o jogo se torna o principal objetivo no processo penal.

Não temos na presente pesquisa o intuito de esgotar o tema, haja vista as inúmeras influências internas e externas que podem afetar o jogo penal, bem como diversas interpretações dessas influências em cada jogador, não sendo possível mitigar cada situação em um trabalho de conclusão de curso. Assim, não se faz possível trazer a verdade real e absoluta e sim, apresentar uma versão da análise dos casos apresentados, compreendendo o processo penal como um jogo em duas situações distintas e demonstrando que ele pode ser aplicado em diversas outras, com diversos fatores de influência e interferência.

Por fim, a maior reflexão, não desprezando as demais deste trabalho, é entender que todo o Processo Penal é movido, sustentado e atuado por seres humanos, que, nesta condição, precisa ser conhecida a sua psique por todos que se envolvem no campo do Judiciário e se propõe a jogar, respeitando e considerando o devido processo legal e as normas constitucionais, sempre sob a perspectiva de que todo o ordenamento jurídico é movido pela mente humana.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo H. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL, Da Agência. **Relembre as fases do processo que levou à ordem de prisão de Lula**. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-04/relembre-fases-do-processo-que-levou-ordem-de-prisao-de-lula>>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

BRASIL, Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC nº 84.078-7 Minas Gerais. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 fev. 2009. Brasília, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC nº 126.292 São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 fev. 2016. Brasília, 2016.

CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Tradução: Roberto B. Del Claro. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: Gênese, v. 23. p. 191-209, jan/mar. 2002.

COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. **O processo penal pela Teoria dos Jogos e o respeito às leis**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-02/limite-penal-processo-penal-teoria-jogos-respeito-leis>>. Acesso em 06 de outubro de 2018.

D' AGOSTINO, Rosanne. **Júri do caso Eloá tem duelo entre mulheres**. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/02/juri-do-caso-elo-a-tem-duelo-entre-mulheres.html>>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

FAYET, Fábio Agne; POLL, Roberta Eggert. **Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 645-667, mai./ago. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Viviane de Andrade. **Aspectos fundamentais da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4724, 7 jun. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49444>>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

GLOBO, G1 SP. **“Foi um júri exaustivo pelo tempo que durou”, diz a juíza do caso Eloá**. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/02/foi-um-juri-exaustivo-pelo-tempo-que-durou-diz-juiza-do-caso-elo.html>>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

GRANCONATO, Elaine. **Caso Eloá foi o mais exaustivo, diz juíza**. 2012. Disponível em: <<https://www.dgabc.com.br/Noticia/21840/caso-elo-foi-o-mais-exaustivo-diz-juiza>>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

HABIB, Sérgio. **A difícil arte de julgar**. Revista Jurídica Consulex- Ano XIII- Nº 296, maio/2009.

HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

LIMA, Leonardo B. de. **(Des)Construção do Mito da “Verdade Real” e o Papel do Magistrado no Processo Penal Enquanto Instrumento Constitucional**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, São Paulo, v. 3, n. 1, 2010.

LUNA, Juliano A. F. De. **Teoria dos Jogos e Neuroeconomia: de que maneira tomamos decisões**. 2014. 50f. Dissertação de bacharelado – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

MAFRA, Francisco. **O Direito e a Justiça**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=870>. Acesso em 21 de outubro de 2018.

MARINI, Bruno. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo.** 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9708/o-principio-da-proporcionalidade-como-instrumento-de-protecao-do-cidadao-e-da-sociedade-frente-ao-autoritarismo>>. Acesso em 08 de outubro de 2018.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias.** São Paulo: Atlas. 2014.

MELCHIORETTO, Albio Fabian. **Definição do Conceito de Justiça em Platão.** 2008. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/definicao-do-conceito-de-justica-em-platao/5636>>. Acesso em 21 de outubro de 2018.

MONTEIRO, André; BEDINELLI, Talita; PAGNAN, Rogério. **Dias em apartamento foram de horror, diz juíza em sentença.** 2012. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/02/1049920-dias-em-apartamento-foram-de-horror-diz-juiza-em-sentenca.shtml>>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PAÍS, El. **A cronologia da investigação que levou Lula à prisão.** 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/05/politica/1522917041_563602.html>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição.** Revista Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 39, n. 1, p. 116-120, jan./jun. 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Prisão preventiva, prisão-pena e antecipação da pena: o caso “Lula”.** 2018. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/preventiva-prisao-pena/>>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial.** 4. ed. Campinas: Millennium Editora, 2003.

RAMALHO, Renan. **Teori anula escuta de Lula e Dilma e envia para Moro caso de sítio e tríplex.** 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava->

jato/noticia/2016/06/teori-manda-para-moro-investigacoes-sobre-sitio-e-triplex-atribuidos-lula.html>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

_____. **Moro pede desculpas ao STF por ‘polêmicas’ sobre grampos de Lula.** 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/03/moro-pede-desculpas-ao-stf-por-polemica-envolvendo-grampo-de-lula.html>>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

_____. **A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. **Saiba quando jogadores externos influenciam no resultado da decisão.** 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-mai-06/limite-penal-saiba-quando-jogadores-externos-influenciam-resultado-decisao-judicial>>. Acesso em 06 de outubro de 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SENA, Jaqueline S. B. **O Dogma Da Neutralidade Na Prestação Jurisdicional: Uma Abordagem Jusfilosófica A Partir Do Pensamento De Luis Alberto Warat.** 2010. 125f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

SILVA, Evander de Oliveira. **A Magna Carta de João Sem-Terra e o devido processo legal.** 2014. Disponível em: <<https://evanderoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/152036542/a-magna-carta-de-joao-sem-terra-e-o-devido-processo-legal>> acesso em 08/10/2018>. Acesso em 08 de outubro de 2018.

SILVA, Pedro Wellington da. **O problema de prender antes de acabar o processo.** 2018. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/prender-antes-processo/>>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

SILVA, Beclaute Oliveira. **Direito e Justiça: uma relação tormentosa, mas necessária.** 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9466/direito-e-justica>>. Acesso em 21 de outubro de 2018.

SILVA, Douglas A. **Direito X Justiça: aspectos da concepção social de Justiça**. 2013. Disponível em: <<https://doglassilva.jusbrasil.com.br/artigos/113728391/direito-x-justica>>. Acesso em 21 de outubro de 2018.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A futebolização do Direito Penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 269, p. 8, 2015.

VOITCH, Guilherme. **Advogada de Lindemberg, Ana Lúcia Assad roubou a cena no júri**. 2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/advogada-de-lindemberg-ana-lucia-assad-roubou-cena-no-juri-3997863>>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.