



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

JOANNE VIRGÍNIA DO NASCIMENTO GÓIS PONTES

**SINESTESIA JURÍDICA: [IM]PARCIALIDADE E MANIPULAÇÃO NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

GUARABIRA

2019

JOANNE VIRGÍNIA DO NASCIMENTO GÓIS PONTES

**SINESTESIA JURÍDICA: [IM]PARCIALIDADE E MANIPULAÇÃO NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientadora: Prof. Ma. Isabella Arruda Pimentel

Coorientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

GUARABIRA

2019

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

P813s Pontes, Joanne Virginia do Nascimento Gois.
Sinestesia jurídica [manuscrito] : [im]parcialidade e manipulação no processo penal brasileiro / Joanne Virginia do Nascimento Gois Pontes. - 2019.
25 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades , 2019.
"Orientação : Profa. Ma. Isabella Arruda Pimentel , Coordenação do Curso de Direito - CH."
"Coorientação: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa , UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina"
1. Processo Penal. 2. Teoria dos Jogos. 3. Dissonância Cognitiva. 4. Imparcialidade. I. Título
21. ed. CDD 345

JOANNE VIRGÍNIA DO NASCIMENTO GÓIS PONTES

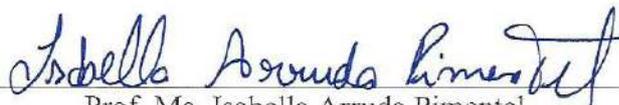
SINESTESIA JURÍDICA: [IM]PARCIALIDADE E MANIPULAÇÃO NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
apresentado a/ao Coordenação /Departamento
do Curso de Direito da Universidade Estadual
da Paraíba, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharela em Direito.

Área de concentração: Direito Processual
Penal

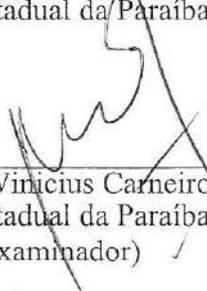
Aprovada em: 25/11/2019.

BANCA EXAMINADORA

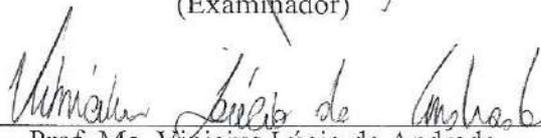


Prof. Ma. Isabella Arruda Pimentel
(Orientadora)

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Mário Vinícius Carneiro Medeiros
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)
(Examinador)



Prof. Me. Vinícius Lúcio de Andrade
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)
(Examinador)

À minha incrível Mãe e amiga, merece toda
minha gratidão.

Ao meu avô João Virgínio do Nascimento
(*in memoriam*).

À Maria Zélia Santos, parte de toda minha
trajetória (*in memoriam*), DEDICO.

“Não há trajeto reflexivo quando o ponto de chegada já está dado”.

Alexandre Morais da Rosa (2019)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	9
2.1. Teoria dos Jogos.....	13
2.2. Teoria dos jogos no processo penal.....	15
2.3. A Aplicabilidade da Teoria da Dissonância Cognitiva.....	17
3. A QUESTÃO DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR E A DECISÃO JUDICIAL.....	18
3.1. Julgador provocado: dissonância cognitiva [re]velada.....	19
3.2. A defesa como ela é ou deveria ser: dissonância cognitiva pressuposta.....	20
4. ENTRAVE PARA A CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO.....	22
5. APONTAMENTOS FINAIS.....	23
REFERÊNCIAS.....	26

SINESTESIA JURÍDICA: [IM]PARCIALIDADE E MANIPULAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Joanne Virgínia do Nascimento Góis Pontes¹

RESUMO

O presente estudo visa analisar a questão da imparcialidade do juiz no processo penal. Para tanto, servimos dos aportes teóricos da teoria da dissonância cognitiva (Leon Festinger, Ruiz Ritter) e da teoria dos jogos (John Von Neumann, Oskar Morgenstern, John Nash, Alexandre Morais da Rosa), investigando-se os motivos pelos quais, presume-se que o processo penal pode ser considerado um jogo e o porquê se questionar a efetiva imparcialidade do juiz no sistema processual penal. Este trabalho objetiva compreender o dilema que se insurge ao tratar da possibilidade da existência de um Juiz das Garantias, considerando a possibilidade de vislumbrar-se consumir um processo penal democrático consonante a Constituição Federal de 1988. Por meio do método indutivo e exame bibliográfico de estudos relacionados ao tema, fez-se uma abordagem interseccional e jurídica, a qual, demonstra que a pesquisa se configura na busca da importância da discussão do tema e do reconhecimento das interferências das relações dissonantes e consonantes entre os sujeitos processuais, bem como o olhar estratégico que pode ser alcançado no processo penal brasileiro com a teoria dos jogos.

Palavras-Chave: Processo Penal. Teoria dos Jogos. Dissonância Cognitiva. Imparcialidade.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the issue of the judge's impartiality in criminal proceedings. To this end, we use the theoretical contributions of cognitive dissonance theory (Leon Festinger, Ruiz Ritter) and game theory (John Von Neumann, Oskar Morgenstern, John Nash, Alexandre Morais da Rosa), investigating the reasons why it is assumed that criminal proceedings can be considered a game and why question the effective impartiality of the judge in the criminal justice system. This study aims to understand the dilemma when dealing with the possibility of the existence of a Judge of Guarantees, considering the possibility of seeing a democratic criminal process in accordance with the Federal Constitution of 1988. Through the inductive method and bibliographical examination of studies related to the theme, an intersectional and legal approach was made, which demonstrates that the research is configured in the search for the importance of the discussion of the theme and the recognition of the interference of dissonant relations and consonant among the procedural subjects, as well as strategic look that can be achieved in the Brazilian criminal process with game theory.

Keywords: Criminal Procedure. Game Theory. Cognitive Dissonance. Impartiality.

¹ Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba - Campus III.
Email: joannegois@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O processo penal compreende uma complexa identidade dogmática e axiológica que se desenvolve diariamente no universo jurídico brasileiro. Observá-lo através de intersecções oriundas das Ciências Exatas e da Psicologia é um desafio provocativo, que se faz presente na investigação de pontos determinantes sobre o papel do julgador e do caminho percorrido, em busca da resolução de embates, os quais, a liberdade do indivíduo está em jogo.

No item 2, a partir da exposição dos sistemas processuais, que são conjuntos de métodos de atuação no processo penal, é possível compreender as características de cada um e assim, garantir um ponto de partida e visão acerca das nuances processuais que se integram ao longo das décadas no processo penal brasileiro.

Trazendo uma perspectiva fora do padrão formal do estudo jurídico, abordaremos no item 2.1 conhecimento estratégico da Teoria dos Jogos, criada por John Von Neumann e Oskar Morgenstern, em especial, acerca do Equilíbrio de Nash, que leva o mesmo nome de seu criador, John Nash e as táticas desenvolvidas conforme regras de ganhos e perdas, resultantes das escolhas dos indivíduos, participantes de uma disputa ou desafio.

No entanto, neste trabalho, através do olhar do autor Alexandre Morais da Rosa, o processo penal será considerado conforme a Teoria dos Jogos. Veremos que o processo pode ser [re]conhecido como jogo, onde as partes podem ser jogadores e regras, estratégias, truques e táticas podem fazer parte do dia a dia do universo do processo penal (item 2.2).

Além da perspectiva supracitada, compreenderemos no item 3, o fenômeno conhecido como Dissonância Cognitiva, proveniente da psicologia social de Leon Festinger, aplicada ao processo penal, sob o ponto de vista de Ruiz Ritter, ao tratar acerca da repercussão dessa, com o exercício da imparcialidade do julgador (juiz).

A simbiose entre a teoria dos jogos e a teoria da dissonância cognitiva, trouxe compreensões que serão observadas na prática jurisdicional do magistrado (item 3.1), bem como do jogador-defensivo (item 3.2). Tais termos se tornarão claros no decorrer da leitura, visto que são nomenclaturas que facilitam a interpretação da teoria dos jogos no processo penal e assim, imprescindíveis na compreensão das possíveis analogias apresentadas.

O percurso desenvolvido a partir das teorias dispostas, tem como propósito demonstrar a influência dessas, na decisão judicial e no empenho em produzir um processo penal mais competitivo do que “pré-determinado”, pelo que se pode nomear de regras do jogo, para além do campo formal da prática processual penal.

Deste modo, compreender os sentimentos consonantes e dissonantes provocados no julgador, norteiam a consolidação – ou não – da imparcialidade do juiz, levando ao questionamento da inserção de um juiz garantidor, com o intuito de conferir a oportunidade de um processo penal mais democrático (item 4).

A metodologia a ser aplicada será a lógico dedutiva, partindo da análise da legislação pertinente, em especial, o Código Processual Penal Brasileiro, o exame da produção doutrinária e mais especificamente, estudos relacionados ao tema.

Sendo assim, esse trabalho se propõe a realizar uma análise das teorias citadas, contextualizando e revelando possibilidades de interpretação, que possuem lógica e sentido no universo jurídico.

2 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A construção do processo penal no Brasil foi historicamente concretizada numa perspectiva inquisitorial e autoritária. Desde a elaboração do código de processo penal e a sua aplicação, nota-se um caminho percorrido baseado numa visão de presunção de culpabilidade, como expõe Eugenio Pacelli (2017) sobre a percepção que Vincenzo

Manzini trazia acerca do processo penal. Para Manzini, como seria possível presumir a inocência daquele que está sendo acusado?

O código de processo penal brasileiro, foi baseado no código italiano de 1930, conhecido como código Rocco. A lógica autoritária, e por vezes, com conotação fascista e punitiva permeava aquele momento e repercutiu na estruturação do nosso conjunto de normas que foi concebido em 1941 e que perdura até o momento. Durante os anos, foram elaboradas leis e inserções que contribuiriam para minimizar o caráter punitivo do regimento, trazendo algumas condições que garantem (ou tentam garantir) a efetivação de direitos fundamentais do cidadão, contribuindo para a compatibilização com o que fundamenta a Constituição Federal de 1988, no tocante as prerrogativas indispensáveis e essenciais aos seres humanos.

Como aponta Nestor Távora e Rosmar Alencar (2017), o Direito Processual Penal se constrói com autonomia, instrumentalidade e normatividade, onde cada um destes elementos materializam o Direito Penal e efetivam o que se pretende direta e indiretamente alcançar.

Nesse sentido, são as palavras de Aury Lopes Jr, quando afirma que:

O direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, ou seja, não se efetiva senão pela via processual. Quando alguém é vítima de um crime, a pena não se concretiza, não se efetiva imediatamente. Somente depois do processo penal teremos a possibilidade de aplicação da pena e realização plena do direito penal. Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena. Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena (LOPES, 2019, p. 35-36).

A partir dessa perspectiva, observa-se um Processo Penal que possui um caminho definido legalmente com escopo de garantir a preservação do Estado e do cidadão. De um lado, tem-se a perspectiva de resguardar o Estado e o bem jurídico, do outro a função da pena e a finalidade de prevenir o cometimento de novos delitos.

Além da finalidade referida, temos os artigos 1º e 10º da LEP – Lei de execução Penal, que apontam respectivamente como finalidade da pena efetivar as providências da sentença ou decisão criminal, com o intuito de promover circunstâncias adequadas a adaptação do condenado e internado, como também, garantir a assistência ao preso e ao internado, objetivando respeito à dignidade do indivíduo, promovendo a restauração como cidadão para que não ocorra reincidência no crime, podendo retornar à convivência em sociedade após cumprimento de sua pena, promovendo a ressocialização do sujeito.

Mesmo com a LEP objetivando assistência material, jurídica, educacional e de saúde, além de direitos para o indivíduo condenado, bem como benefícios durante a execução da pena, é notório que existem dificuldades no cumprimento, visto que o Estado, a sociedade e a mídia, construíram ao longo do tempo, que a prisão é o caminho da efetivação do poder da justiça e do judiciário, quando se trata de proteger os cidadãos da violência e da criminalidade. Reproduzindo, portanto, estigmas que reforçam a ideia de higienização social e que prender e executar a pena constrói - somente assim - bons resultados.

Porém, a história demonstra que apenas a punição não gera resultados de ressocialização esperados, produzindo números que deflagram muito mais irregularidades procedimentais e executórias do que a possibilidade de um caminho processual penal, constituído e efetivado, conforme bases constitucionais.

Podemos observar esta perspectiva, nas palavras de Aury Lopes Jr, a saber:

[...] o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal) (LOPES, 2019, p. 36).

No que tange a delimitação e definição da natureza jurídica do processo, este pode ser observado como ato e como relação processual, como pode notar na distinção realizada pelos autores mencionados, Nestor e Alencar:

A distinção entre os aspectos objetivo (procedimento) e subjetivo (relação jurídica processual) como formadora do conceito de processo é criticada por parte da doutrina. Para esse setor, a relação jurídica processual não integra o conceito de processo, pois é somente após o processo ser deflagrado que será possível falar em algo distinto, consistente na relação jurídica processual. Em outros termos, o processo cria a relação jurídica processual, mas não é, ele próprio, essa relação (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 52).

Os pilares do caminho processual são interesse, pretensão e lide que se estende com a ação penal, podendo ser definida como: “é por meio da ação penal, como poder político constitucional de invocação do poder jurisdicional, que será realizada a acusação que dará causa ao nascimento do processo.” (LOPES, 2019, p. 55).

São partes desse caminho, os sujeitos processuais que precisam estar de acordo com os pressupostos subjetivos e objetivos de cada papel no processo, dentre estes, os princípios imaculados e que sustentam o direito de defesa do indivíduo, bem como o comportamento dos envolvidos, tornando-se bússolas de suma importância no direcionamento da ritualística processual.

Entre os princípios conhecidos e exaustivamente descritos por doutrinas processuais penais, relevantes são: a ampla defesa, o contraditório, o princípio da motivação das decisões, da oportunidade, da disponibilidade, da inexigibilidade de autoincriminação, da proporcionalidade, do devido processo legal dentre todos, com o objetivo de consolidar a relação processual em sentido, conhecimento e aplicação das normas que regem o direito.

No entanto, há de citar, o princípio da verdade real, que tem sido amplamente questionado no campo filosófico e jurídico, por se encontrar entre a possibilidade da verdade, compreendida na construção de uma linguagem que na prática se traduz pouco eficiente e realística e a depender do caso, é almejada/fundamentada na busca por um fim, que (por vezes) possui mais relações de interesse do desejo do julgador, do que com a verdade do acontecimento em si. Embora se compreenda que a verdade real é aquela processualmente possível, a qual no processo visa reconstruir historicamente o fato delituoso.

Mesmo sabendo que esta verdade também possa ser confrontada e constituída, sob percepções que advém da memória, a qual, essa “produção” passa a ser influenciada pelo ideal pessoal do indivíduo ou a expressão de um ideal inalcançável da verdade como pontua Ferrajoli em *Direito e razão: a teoria do garantismo penal*, bem como Rubens Casara que cita aquele e reproduz a ideia de que:

A rigor, a verdade real é um mito. A verdade está no plano ideal: a plena correspondência, que não pode ser reconstituída no mundo sensível. Para falar

em verdade real, é necessário supor a existência de outra verdade, que seria, então, irreal e, portanto, não verdadeira (CASARA, 2015, p. 177).

Retomando aos caminhos estruturais do processo, como dispõe Aury Lopes Jr, a doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto, ou seja, predomina o inquisitório na fase pré-processual e acusatório, na processual. Na prática processual, conforme assevera Aury:

[...] afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância (LOPES, 2019, p. 44).

Sobre o sistema inquisitório, interessante mencionar as palavras do autor Guilherme Souza Nucci:

É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa (NUCCI, 2016, p. 111).

Em contraponto, ao sistema acusatório que possui particularidades que se associam com os pressupostos norteados de um caminho democrático, como bem expõe Aury Lopes Jr:

O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) para garantia da imparcialidade (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decorre dos pré-juízos, como veremos no próximo capítulo) e efetivação do contraditório. A posição do julgador é fundada no ne procedat iudex ex officio, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova. É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como, por exemplo, a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício (art. 311); a decretação, de ofício, da busca e apreensão (art. 242); a iniciativa probatória a cargo do juiz (art. 156); a condenação do réu sem pedido do Ministério Público, pois isso viola também o Princípio da Correlação (art. 385); e vários outros dispositivos do CPP que atribuem ao juiz um ativismo tipicamente inquisitivo. Todas essas práticas – incompatíveis com o papel do julgador – também ferem de morte a imparcialidade, pois a contaminação e os pré-julgamentos feitos por um juiz inquisidor são manifestos. **Entendemos que a Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar pé na exigência do contraditório (LOPES, 2019, p. 48-49, grifo nosso).**

Considerando o exposto, temos que o processo penal brasileiro incorporou modificações legislativas, que tendem a priorizar as premissas constitucionais, com o intuito de proteger o Estado, na medida em que, o modera e garante a possibilidade de um processo considerado justo aos indivíduos, contribuindo para a exclusão de contextos e padrões inquisitivos que norteiam a trajetória e finalidade processual.

No entanto, a ideia de um processo misto, pode confundir subjetivamente a posição dos que compõem a sistemática processual. Porém, sob a perspectiva de Ferrajoli, há clara divisão entre sistema inquisitório e sistema acusatório, observada na prática.

Constata o autor:

Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei *inquisitório* todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa (FERRAJOLI, 2002, p. 452).

Diante do sucinto percurso jurídico exposto, o interesse em investigar especificidades do Processo Penal Brasileiro, para além do que se conhece e está estabelecido em grande parte das doutrinas e a interpretação dos mandamentos legais dispostos nos códigos, norteiam o caminho que se pretende percorrer neste trabalho.

Deste modo, passamos a investigar nos próximos tópicos, possibilidades singulares de observação, por meio da integração entre teorias que compõem uma percepção que desvelam o que se esconde por trás do jogo processual penal.

2.1. Teoria dos Jogos

Matemática, economia, estratégia e processo penal? Sob qual olhar interpretaremos a teoria dos jogos?

As observações sobre a teoria dos jogos feitas nos subtópicos 2.1, 2.2 e ao longo deste trabalho, tem como base a obra Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos do ilustre autor Alexandre Morais da Rosa. Interpretaremos a perspectiva processual penal, partindo da premissa de que, não há referencial puro da matemática, da administração e da economia neste campo de atuação, mas, nuances que se construíram além da observação objetiva do seu significado.

Tem-se, portanto, uma cobertura epistemológica acerca das bases que integram o caráter estratégico e dinâmico da essência teórica e prática, que conforme o autor, se constata com a interação humana, e assim se fundamenta o processo penal pela teoria dos jogos e da guerra. Além disto, assevera Alexandre Morais da Rosa:

O objetivo não é o de simplesmente aplicar – diretamente - o instrumental da teoria dos jogos ao processo penal. Pretende-se uma abordagem que dialogue com as especificidades do Direito e reconheça os limites formais da teoria dos jogos. **Isso porque não se pretende substituir a Teoria do Direito e sim apresentar novo instrumental formal para leitura do contexto da interação processual** (ROSA, 2019, p. 191, grifo do autor).

A história da teoria dos jogos tem início com John Von Neumann e Oskar Morgenstern na obra *Theory of Games and Economic Behavior*. Aplicada em princípio na área da economia, reverberou na política, em sistemas monetários, empresas, decisões estratégicas, aplicações financeiras e em diversas esferas do conhecimento, no campo teórico e prático.

Deste modo, foi se interligando e ganhando funcionalidades que se incorporaram com outras ciências e sistemas, os quais, podemos considerar que, de algum modo modificaram a posição e o olhar do observador e do observado diante de cada situação, dado e hipótese anunciada no plano a ser seguido ou elaborado em circunstância definida.

Além de Von Neumann e Oskar Morgenstern, grande referencial relacionado a teoria dos jogos vem de John Nash, prestigiado matemático, ganhador do prêmio Nobel - Prêmio Sveriges Riksbank em Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel 1994 - pelo trabalho realizado na construção do que se conhece por Equilíbrio de Nash, na teoria dos jogos.

Um caminho para explicar como funciona o Equilíbrio de Nash, pode ser exposto pelo Dilema do prisioneiro², que conduz dentro do contexto, como expõe Morais da Rosa, que:

A questão colocada pelo dilema do prisioneiro é a de que a estratégia dominante pode ser a menos eficiente, dado o resultado adverso, abrindo espaço para compreensão cooperativa. Nem sempre as decisões aparentemente melhores individualmente o são no contexto de jogos interdependentes, como acontece no processo penal, sendo o dilema do prisioneiro o exemplo teórico de tal modelo (ROSA, 2019, p. 203).

Nestas circunstâncias, faz-se mister elucidar que o dilema do prisioneiro consiste em uma relação de cooperação e/ou omissão dentro de um contexto de apreensão de acusados, os quais, possuem três alternativas e em cada uma destas um resultado que pode ser benéfico, ou não, para cada um isoladamente ou juntos. Neste caso tem-se ilustrado pelo autor:

Consiste em se propor a investigados/acusados presos no mesmo contexto processual, em situação simétrica (não podem se comunicar ou não possuem mecanismos de forçar a cooperação entre si), um acordo pelo qual se um prisioneiro confessar e o outro não, o que confessou será posto em liberdade, enquanto o que ficou calado receberá 12 (doze) anos de prisão. Se os dois confessarem a pena será, para ambos de 10 (dez) anos. Já se permanecerem, os dois calados, a pena será de 2(dois) anos (ROSA, 2019, p. 204 apud DAVIS, 1973).

Como o dilema do prisioneiro nos ajuda a compreender o Equilíbrio de Nash?

A possibilidade de livrar-se da pena é reduzida ou ampliada pela relação anterior entre os acusados, bem como as outras alternativas, porém, neste caso, a recompensa se constrói em cada opção, de modo que em todas, confessar seria a escolha mais estratégica, se o acusado pensar na ideia de como o outro agiria se fosse ele, além de pensar como o outro pensa sendo o outro.

Assim, diante de uma compreensão racional e que tenta minimizar a perda, só com um histórico de boa relação, lealdade (subjéctiva e pessoal) e conhecimento sobre as ações entre si, que um parceiro não confessaria, correndo todos os riscos de ficar preso e o outro ser liberto, com a premissa de que o outro não agiria assim, deste modo, por segurança, a expectativa é de não cooperar com o parceiro e assim, confessar. Neste caso, a ideia de que

² Criado por Merrill Flood e Melvin Dresher, em 1950.

o outro também confessaria objetivando o ganho de minimizar o tempo da pena é mais condizente do que a expectativa de liberdade, se não confessasse.

Paradoxal é o modo como se constrói essa ideia de escolha, porém, dentro destes parâmetros podemos compreender o que pretende o Equilíbrio de Nash: “a melhor decisão possível levando-se em conta a decisão que o outro deve tomar – o que revela o caráter interativo da teoria.” (ROSA, 2019, p. 205 apud MARINHO, 2011, p. 44).

Desta forma, é nítido que a teoria dos jogos possui características que nos levam a diálogos interpretativos que repercutem em favor da previsão de um objetivo, ação e finalidades concretas.

Como aponta o autor, não se deve limita-la ao dilema do prisioneiro, este, é um exemplo que torna mais simples a compreensão e adaptação ao processo penal, principalmente em acordos de colaboração premiada.

O Equilíbrio de Nash pode ser visto quando o jogador prevê a melhor “oferta” do oponente, levando em consideração os resultados a partir dos *payoffs*, como explica o autor, são “[...] recompensas: condenação, absolvição, pena reduzida, prescrição, crise de instância), levando em consideração a avaliação do cenário/contexto e as previsões que se pode fazer em relação aos movimentos dos outros jogadores e do julgador.” (ROSA, 2019, p.72)

No próximo subtópico a interface da teoria dos jogos com o direito processual penal será melhor observada e exposta, para fins de compressão da sequência desta pesquisa.

2.2. Teoria dos jogos no processo penal

No campo processual penal, a teoria dos jogos é invocada objetivando no processo a melhor performance para os “jogadores”. Nessa perspectiva, a distinção da finalidade se dá, pelo objeto de recompensa pretendido: liberdade, estipulação de penas, privação da liberdade.

Entre o caminho processual e a aplicação da teoria dos jogos, são construídas pelo autor, nomenclaturas para cada “ator” processual e para alguns procedimentos e campos de atuação.

Diferente da ideia de jogos de soma zero, em que o ganho de um jogador configura necessariamente a perda do outro, no processo penal, o intuito é minimizar o dano e a perda de ambos, como também podem ser, garantir a não perda em algum dos lados, mas, sem afetar necessariamente o outro – a pretensão é a decisão favorável.

O autor estabelece o lugar-pessoa no ordenamento jurídico através de uma concepção interna e externa, a saber:

- a) interna: magistrados, membros do Ministério Público, defensores e acusado, com a prévia apuração dos órgãos policiais e ainda a possível participação da vítima, isolada ou na figura do assistente; b) externa: mídia, lobby, familiares, Tribunal, grupos de pressão, enfim, jogadores ocultos (ROSA, 2019, p. 217).

Alexandre Morais da Rosa também se refere a lugares e funções no jogo processual, como descreve nas seguintes palavras:

- a) **julgador**: juiz, desembargadores, ministros; **b) jogadores** (acusação, assistente de acusação, defensor e acusado); **c) estratégia** de cada jogador (uso do resultado); **d) tática** das jogadas (movimentos de cada subjogo) e; **e) recompensas/payoffs** (ganhos ou retornos) de cada jogador com a estratégia e tática ((ROSA, 2019, p. 207, grifo do autor).

Neste prospecto de realização de uma cartada em busca do ganho, os papéis processuais se integram e resultam nos personagens citados, os quais, na obra, são jogadores deste dispositivo - o processo penal - que pode ser assimilado como jogo.

Assim, como propõe o autor, os caminhos para moldar esse jogo são dispostos pelas informações existentes no cenário, seja pela qualidade e/ou pela quantidade, diante da contingência da situação, sabendo que “no processo penal, embora haja desacordo com às estratégias, a luta por convencer os jogadores e o terceiro não comprometido (juiz imparcial), acontece na linguagem.” (ROSA, 2019, p. 193).

O panorama central de desenvolvimento da teoria dos jogos no processo penal é alcançado com a premissa de que “o que penso que você pensa a partir do meu lugar embora antecipe o que você pensa.” (ROSA, 2019, p. 198). Porém, não estamos afirmando que o processo penal se esvai e será percebido baseado apenas na premissa citada. Na verdade, o processo é e sempre será o mesmo, convalidado pelas normas jurídicas, princípios, jurisdição, procedimentos e toda a estrutura que o define e o ratifica no mundo jurídico.

A expectativa do autor com a referida teoria, é norteadada através da possibilidade de enxergar o processo penal para além do processo penal e o construir como um jogo, o qual, presente e passado emergem como circunstâncias que deverão ser usadas estrategicamente, desde a fase pré-processual, firmando assim, a criação da tentativa de antecipar as jogadas do “oponente”, sejam no campo interno e externo - que neste caso possui figuras específicas, como já citado no texto.

Além disto, o jogo deve ser aplicado através do que ele aponta como jogos dinâmicos de informação incompleta, ou seja, explica o autor:

“[...] é o modelo que se pretende aplicar ao processo penal, pelo qual se precisa entender que tipo de jogador se está enfrentando e qual o juiz a quem se dirige a informação – sempre incompleta – do jogo, bem assim as recompensas, singularizando a partida processual (contexto) (ROSA, 2019, p.202).

Neste caso, imperioso compreender o perfil do jogador que se está concorrendo e a qual juiz se direciona a informação, objetivando antecipar as informações e produzir um tipo de diagnóstico sobre cada “peça” do jogo, a fim de se preparar para as possibilidades e prever medidas viáveis para o desempenho do percurso processual que almeja a recompensa.

A importância de se familiarizar com o contexto de cada caso e dos envolvidos, se torna primordial quando se trata da aplicabilidade desta teoria no jogo processual.

Parece óbvio discutir sobre o conhecimento das partes em relação ao processo, mas na prática nem sempre advogados e defensores estão racionalmente informados sobre o caso além do caso, ou seja, quem será o juiz da ação? Como pensa o juiz? Qual a estratégia do Ministério Público? Em que contexto emocional, cultural, social está integrado?

Essas perguntas fazem parte do início de uma estratégia que vai ganhando corpo a medida em que o jogador decide analisar minuciosamente, os prós e contras de cada passo a ser seguido ou evitado.

O autor deixa muito claro que é preciso analisar o processo numa conjuntura tempo-lugar-espaco, além de verificar as investidas de jogadores externos como a mídia, que em determinadas situações podem persuadir os jogadores internos, influenciando o jogo processual penal.

Mais uma vez estamos lidando com o que parece óbvio, mas que passa despercebido em diversos momentos, como quando o advogado substitui um outro e tem pouca familiaridade com o processo e com o histórico das partes, ou quando decide agir por

impulso, ficando a mercê das probabilidades que tendem muito mais ao erro do que ao acerto, visto que não foram analisadas as circunstâncias que poderiam minimizar ou maximizar a(s) recompensa(s) – que dentre as existentes, podem ser, por exemplo, tanto absolvição, quanto a redução da pena.

O objetivo da teoria dos jogos é aproximar os jogadores da realidade vivenciada na prática, desmistificando os caminhos percorridos nos manuais e doutrinas, que são primordiais para o prévio entendimento procedimental do processo penal, mas que, diante das contingências e contextos, merecem a percepção tática adquirida com a performance cognitiva que se conduz na referida teoria. Expandindo, portanto, a capacidade estratégica e desenvolvendo a administração de resultados e possibilidades dentro de um equilíbrio, produzido mediante subjogos e táticas, que sem apreciação da teoria dos jogos, se realizam amadoristicamente.

No próximo subtópico examinaremos a teoria da dissonância cognitiva e posteriormente, no tópico 3 (três), a possível simbiose entre a aplicação desta e da teoria dos jogos, no que tange a questão da imparcialidade do julgador e a decisão judicial.

2.3. A Aplicabilidade da Teoria da Dissonância Cognitiva

Persuadir, dissuadir, cognição, dissonância, consonância e tantos diversos termos e significados, fazem parte do que Leon Festinger (1975) nomeou como Teoria da Dissonância Cognitiva.

Criada no campo da psicologia social, por meio de estudos experimentais, o autor trouxe a percepção do que seria a dissonância cognitiva, demonstrando que se constrói quando existe uma crise em relação ao confronto entre crenças contrárias que geram cognições incompatíveis ao sujeito, além da tomada de decisões e mudanças de comportamentos, os quais, o desconforto seria o ponto de partida para o agir do indivíduo atrelado a três estados ou reações possíveis, quais sejam: a) a possibilidade de mudar o comportamento; b) mudar o ambiente e adequá-lo de acordo com as predileções pessoais cognitivas; c) o afastamento do sentimento dissonante, através de uma justificativa subjetiva que “conforta” a ideia de manter tal atitude ou hábito.

Para Leon Festinger (1975) a dissonância cognitiva é mais evidente quando o comportamento do indivíduo entra em conflito com as crenças que são essenciais para a construção da sua identidade, ou seja, aquilo que gera desconforto, gera o sentimento de desarmonia e por causa deste sentimento, se busca minimizar o desconforto, portanto, esse conjunto comportamental, pode ser considerado o fenômeno da dissonância cognitiva.

O autor traz como exemplo o indivíduo que fuma. São evidentes os problemas de saúde confirmados pela ciência, em relação aos fumantes, porém estes indivíduos mantêm o hábito, mesmo sabendo que faz mal à saúde, neste caso, porque os fumantes continuam o comportamento?

De acordo com Festinger (1975), o indivíduo pode optar por acreditar que valoriza mais fumar do que se preocupar com a saúde, justificando que este comportamento possui um preço válido quando se pesa riscos e recompensas ou pode também minimizar a dissonância se convencendo que os problemas de saúde evidenciados pela ciência sobre o fumante são exagerados, ou também, o fumante pode afirmar que, ao parar de fumar, pode aumentar o peso e isto não seria confortável, valendo a pena manter o hábito de fumar. Neste caso, o indivíduo diminui a dissonância (incoerência) frente ao que causa conflito no seu campo cognitivo de receber a informação e burlar a verdade que contém nela, para minimizar o desconforto provocado.

Reduzir as contradições e minimizar as complexidades são um dos objetivos principais que norteiam a compreensão do que se experimenta com a dissonância cognitiva.

Como explica Ritter, a aplicabilidade da teoria abordada, se dá por meio da busca pela consonância (coerência), quando o indivíduo se encontra em dissonância (incoerência), de modo que o resultado é a procura pela harmonia e coesão, com o intuito de minimizar ou extinguir o sentimento dissonante (inconsistência entre o que se pensa e sente em relação a uma crença ou “verdade”).

A repercussão de identificação da relação de padrão dissonante e consonante pelo indivíduo, se observa por meio de técnicas que demonstram este padrão, como sintetiza Ritter:

Dividida em quatro processos principais (*mudança de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; desvalorização de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; adição de novos elementos cognitivos que sejam consonantes com a cognição existente; e, evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes*), e três técnicas específicas para os casos de contato *forçado* com cognições dissonantes (*percepção errônea, invalidação e esquecimento seletivo*), sugere, então, como se está inclinado a agir em diversas situações cotidianas (RITTER, 2016, p. 98, apud FESTINGER, 1975. p. 232-234).

Feita a abordagem sucinta sobre a teoria e como a mesma é compreendida, passamos para o tópico que tentará demonstrar como a teoria dos jogos e a teoria da dissonância cognitiva se inserem no campo da imparcialidade do julgador e a tomada de decisão.

3 A QUESTÃO DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR E A DECISÃO JUDICIAL

A partir das observações de Ruiz Ritter em *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva* verificaremos como se confirmam a quebra da imparcialidade do juiz, além da forma de se construir mecanismos para a defesa formular sua tese, já que segundo Alexandre Morais da Rosa, sempre “chega atrasada” no jogo processual, precisando, portanto, articular métodos que provoquem dissonância ou consonância cognitiva no julgador, com a finalidade de produzir o estímulo que se pretende, podendo reverberar positivamente - ou não - no acolhimento da tese.

Projetando como o juiz reage a dissonância, se estabelecerá um percurso acerca do modo como isso o torna parcial. Ao lado deste caminho, será considerada análise de como a defesa provoca o juiz, estabelecendo um roteiro que demonstra como essa medida pode instaurar a provocação no julgador, para além do campo que separa e determina quem está em qual lugar no jogo processual.

Observa-se que determinados comportamentos e ações desencadeiam reações que podem promover a quebra da imparcialidade, por meio daquilo que não pode - por mecanismos [in]voluntários - ser controlado no campo cognitivo, visto que o que está em jogo, são decisões que se fundamentam em códigos e procedimentos jurídicos que não podem ser maculados pela subjetividade daquele, que em linhas gerais, determina o jogo e dá a cartada “final”.

Deste modo, abordaremos nos próximos subtópicos, considerações que melhor retratam a intersecção de cada teoria, estruturadas na abordagem pretendida, acerca da imparcialidade do juiz na suplementação de provas e adequação de medidas cautelares, bem como, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado acusado e a defesa no processo penal.

3.1. Julgador provocado: dissonância cognitiva [re]velada

O homem comum vem antes do julgador. O julgador reproduz um papel, “[...] quase todas as profissões tem a sua persona característica” (JUNG, 2000, p. 128), no entanto, por trás desse personagem, existem vontades, ideias, posicionamentos, contradições, traumas, verdades que o conduzem - ou não - a Ser e Estar no mundo, para além da função que desempenha.

Deste modo, não se pode mais pensar ingenuamente na absoluta neutralidade de um juiz, até porque a imparcialidade é diferente da neutralidade, a primeira é praticável, a segunda não, no entanto, no cumprimento do dever, é possível não ser neutro, mas seguir o que determinam as normas e princípios. Mesmo sendo óbvio, se deve lembrar: um juiz é antes de tudo é um ser humano repleto de heurísticas e vieses, como bem aborda Alexandre Morais da Rosa.

No mundo jurídico, sabe-se que a conduta dos sujeitos processuais, segue padrões normatizados legalmente, de modo que há um “manual” a ser seguido e por mais que se tenha predileções e influências, deve-se romper com qualquer tipo de interferência que possa prejudicar os percursos procedimentais do sistema processual.

No campo do processo penal, o debate em torno da conduta de alguns juízes em relação a sua atividade, se reconhece em decisões que são munidas de ativismo, ultrapassando os ditames estabelecidos na lei em busca de um propósito quase subjetivo de compreensão da justiça, que pode ter sido provocado por meio da dissonância cognitiva.

Deste modo, é possível observar que o livre convencimento motivado – conforme indica o art. 155 do Código de Processo Penal - se firma em torno do que constrói a busca consonante do magistrado, que por vezes revela ou oculta seus valores pessoais.

A subjetividade prevalece no percurso processual, de modo que pode evidenciar o falso exercício de um dos mais valiosos princípios: o da imparcialidade.

Dentro do campo da dissonância cognitiva, como abordada acima, interessa outra perspectiva que pode influenciar o modo de conceber as evidências sobre os fatos que se insurgem no decorrer do processo.

Conhecida como Dissonância pós-primeira impressão, que como o próprio nome explora, nas palavras de Ritter:

[...] para além da teoria ora mencionada, corresponde aos estudos da psicologia social sobre o fenômeno da *percepção de pessoas*, mais especificamente no que diz respeito a vinculação da *primeira impressão* na formação da impressão definitiva (RITTER, 2016, p. 111).

As repercussões das primeiras impressões apreciadas a partir das atitudes observadas e das trazidas pelos outros observadores, constroem pré-julgamentos que podem ser confirmados pela prova além das evidências, bem como, podem ser refutados com as mesmas provas.

No entanto, a medida em que, o juiz carrega percepções acerca de tal indivíduo e trazendo para a teoria dos jogos, acerca do jogador - interno ou externo - nota-se que a partir de uma observação psicológica e também óbvia, o julgador desenvolverá uma relação que como dispôs Ritter, vinculará a primeira impressão com a impressão definitiva.

Na análise em questão esta possibilidade é visualizada quando trata-se, por exemplo, das provas ilícitas, que devem ser desentranhadas do processo, porém ao chegar na prova ilícita cria-se uma impressão que cognitivamente, se integra a psiquê do julgador, resultando em um pré-julgamento, que constrói um parâmetro e tendência a serem seguidos por ele, mesmo que inconscientemente, desde o conhecimento da informação, como também, posteriormente no decorrer do processo.

Desta forma, corrompe-se parte da imparcialidade que poderia estar “intocada” se houvesse a figura de um julgador diverso do que “gerencia” as provas, bem como também, no caso de medidas cautelares, especificamente, quando dispõe o art. 282, II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Condições pessoais podem ter significantes objetivos, bem como subjetivos, de modo que no campo abstrato, a consonância do julgador com aquele que já é conferido de culpa, mesmo que exista a presunção da inocência no jogo processual, tende a caminhar pela continuidade do desejo de punir, maquiado pela perspectiva de garantia da legitimidade do poder judiciário.

É assim, portanto, que se permite reavaliar a imparcialidade do julgador e os caminhos que o norteiam quando é confrontado com a desarmonia causada pelo efeito dissonante, que se observa e vivencia em etapas do processo. Principalmente na fase pré-processual, como exposto nos exemplos citados.

A compreensão deste direcionamento na aduzida pesquisa, é apreciada na demonstração de como a imparcialidade do julgador pode ser refutada, ao tratar da suplementação das provas e da determinação de medidas cautelares, sob o viés da dissonância cognitiva.

3.2. A defesa como ela é ou deveria ser: dissonância cognitiva pressuposta

A capacidade ampliada da defesa na construção de um mapa mental do julgador para assim definir a estratégia a ser seguida, confere toda possibilidade de ter um processo penal competitivo e não um jogo de cartas marcadas.

Trata-se de, portanto, compreender cada personagem do jogo processual, inclusive, as personagens dos “bastidores” que auxiliam o julgador e agregam *modus operandi* singulares.

Na perspectiva de Alexandre Morais da Rosa, para além de axiomas e dogmática, o modo como se realiza o método, por si só, corrobora com o propósito almejado: construir a estratégia com uso de táticas originárias da psicologia cognitiva adaptadas a realidade do percurso processual no processo penal brasileiro.

Deste modo, vale trazer o que o autor compreende por heurísticas e vieses, podendo assim, expandir a compreensão de como a defesa deve se portar para garantir a competitividade no jogo processual.

Os termos, jogo processual, jogador, *payoffs*, estratégia, mapas mentais, subjogos (entre tantos outros expostos no Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos), fazem parte da linguagem reproduzida pelo autor, para melhor expressar, como funciona a inserção da teoria no processo.

Como assevera o autor, dentro do limite ético de cada um, as personagens podem elaborar o meio de operar para obter os melhores resultados, baseados nos contextos de cada caso.

No caso da defesa, os agentes tem a seu dispor a possibilidade de escolher como “provocar” o julgador para obter – dentro dos limites éticos e regidos pelas normas formais processuais – resultados consonantes ou dissonantes de cognição, que repercutirão na posição tomada por aquele, diante dos fatos colocados à mesa jurisdicional.

O acusador chega antes da defesa, e o julgador recebe as influências dos pedidos, bem como demanda ações que já começam a influenciar sua posição pessoal, mesmo que esta não deva ser explorada, visto que, não faz parte da sua função.

No entanto, julgadores não são robôs e naturalmente, mesmo que inconscientes, reagem aos elementos apresentados, assim cabe a defesa (se agir de acordo com a teoria dos

jogos), antecipar a postura do julgador por meio da identificação do seu mapa mental de acordo com o contexto.

Para que a defesa possa compor um prognóstico que o auxilie na hora de montar sua estratégia, cabe lembrar o que o autor explora sobre a perspectiva de alguns julgadores acerca de suas decisões, leia-se:

Para muitos julgadores a sensação de se cometer uma injustiça opera de modo inverso ao da presunção de inocência, justamente porque na contabilidade mental o acusado já chegou a ser denunciado, há indicativos para oferecimento da denúncia, investigação preliminar e o fato de a prova não ter sido produzida em contraditório não pode ser óbice para atribuição de responsabilidade penal. Na sua contabilidade mental absolver significa um insulto à lógica e se esforça para encontrar qualquer elemento comunicante que possa retoricamente, fazendo uso equivocado da regra do art. 155, do CPP, aproveitar os atos de investigação (9.7). Agride sua mentalidade absolver alguém e, portanto, veta o *in dubio pro reo*, formulando narrativas condenatórias forçadas. Não se dar conta disso é um erro comum dos jogadores defensivos que contam com a presunção de inocência, cada vez mais em extinção. O jogador defensivo deve partir da posição de condenado e agir de maneira proativa para evitar o viés confirmatório. A recusa do julgador em acolher raciocínios normativos de presunção de inocência esbarra nas emoções negativas associadas à absolvição. Além disso, no contexto atual, as funções de utilidade condenatória são bem maiores já que representam o padrão médio de uma coletividade punitivista (ROSA, 2019, p. 145, grifo do autor).

Muitas vezes, situações são influenciadas por premissas globais sobre determinadas questões, tanto no mundo jurídico, quanto na vida particular. Assim, todos estão aptos a buscar a consonância e evitar a dissonância cognitiva.

Porém, na prática jurídica o tempo de avaliação de cada caso é breve e a tendência a revisitar memórias processuais é mais frequente, construindo deste modo, uma ligação inconsciente desde logo, no caso avaliado, de modo que, muitas vezes, recorre-se a **“heurísticas – atalhos mentais – que nos podem levar a vieses – erros sistemáticos – de pensamento”** (ROSA; WOJCIECHOWSKI, 2018, p. 145-146 grifo do autor).

Explorar o campo destes atalhos que podem conduzir ao erro dos jogadores e especialmente do julgador, pode ser um dos pontos a serem seguidos pelo jogador defensor, visto que a partir da identificação de tais heurísticas se pode conseguir prever o erro que vem posteriormente, justamente por saber que a formulação do pensamento se deu por um padrão observado a partir da análise psicológica-social-ideológica do terceiro imparcial – o juiz – e do seu contexto, envolvendo também os jogadores externos³.

Para deixar claro o que são heurísticas, leia-se nas palavras de Alexandre Morais da Rosa:

Heurísticas são atalhos simplificadores: julgamentos intuitivos e imediatos, desprovidos de reflexão, fundados na experiência (pessoal ou consultada), capazes de promover decisões com base em suposições, conhecimento parcial. Nossa memória de trabalho é finita, o tempo de reflexão escasso e a tendência a reduzir o esforço mental uma recompensa humana (ROSA, 2019, p. 146, grifo do autor),

Dentre as heurísticas abordadas pelo autor, faz-se mister destacar as heurísticas da disponibilidade, do excesso de confiança e da satisfatoriedade.

A heurística da disponibilidade, trata da ideia de como as experiências pessoais podem originar atalhos de decisão. Associa-se, portanto, decisões anteriores e recentes de

³ Mídia, familiares, relações de amizade, CNJ, Conselhos de classe, leituras, ativistas, etc.

suposição análoga, que podem possuir informações deformadas, decorrentes da mídia, de estereótipos, padrões culturais e experiências sociais e jurídicas, que afetam o momento da decisão, de modo que neste ponto, opera-se a dissonância cognitiva que desponta na busca – pelo julgador – em minimizar o desconforto provocado, produzindo, portanto, decisões que além do fundamento jurídico carregam elementos pessoais que podem interferir na leitura realística do caso em questão.

A heurística do excesso de confiança, provém do excesso de confiança que trazem consigo os jogadores, e em questão o julgador, à medida em que, este, é dotado de convicção acerca das informações dispostas – sejam as adquiridas de suas próprias diligências, sejam advindas de outros jogadores.

A heurística da satisfatoriedade, deriva do não esgotamento na busca de apurar todas as possibilidades e trâmites probatórios existentes estabelecendo-se parâmetros mínimos de aceitabilidade do que se dispõe, muitas vezes, derivado do excesso de confiança.

Percebe-se, que esmiuçar e se preparar sobre cada abordagem citada neste subtópico permite ao jogador defensor uma ampliação do seu campo de estratégias em busca de pressupor a dissonância provocada naquele que julga e assim não tratar o processo penal como uma jogada de sorte, intuição não racionalizada, descartando táticas que podem ser usadas a favor do *payoff* que se pretende.

Com isto, é possível encontrar dados de realidade que fazem sentido e que demonstram o quanto a busca por um juiz das garantias, seria uma das formas de tornar o processo penal mais equilibrado para todos os jogadores.

4 ENTRAVE PARA A CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

A atividade do juiz no processo penal varia de acordo com o sistema processual empregado. No contexto brasileiro, sabe-se que o sistema é denominado misto, apesar de constitucionalmente ser acusatório. Na prática existem momentos da ação do julgador que se dão na fase pré-processual, com características inquisitoriais e posteriormente na ação penal, com características em convergência com o sistema acusatório.

Ao tratar sobre as possibilidades de atuação do julgador, percebe-se que há um impasse, visto que, o mesmo juiz que recebe a acusação, realiza a audiência de instrução e julgamento e por fim, decide o caso.

Como aponta Alessandro dos Anjos, também é possível encontrar na manutenção das provas, pontos do código, que nos sugerem indagações acerca da [im]parcialidade cognitiva causada no julgador quando atua em procedimentos como os elencados nos dispositivos legais a seguir: art. 156 (sobre a produção de provas antecipadas e diligências para eliminar dúvida sobre ponto relevante), art. 209 (oitiva de testemunhas além das indicadas pelas partes e a produção de provas) e art. 234 (o juiz, poderá de ofício, juntar prova documental).

O processo como ele é não dispõe de uma ação penal plenamente democrática, se pensarmos no que tange a ideia da imparcialidade do juiz.

Ao observar como a persecução penal alcança os seus objetivos, é possível identificar nuances, que por vezes são agregadas de valores técnicos e morais autoritários, os quais, tendem a obscurecer a presunção de inocência, criando um padrão cognitivo equivocado, dentro e fora do judiciário, o qual, perpetua um prejulgamento distorcido da busca pelo processo justo e equilibrado.

Cabe, no entanto, compreender que o juiz não é um dado matemático e não pode ser extirpado dele a percepção de ser um Ser que possui todos os padrões, inferências e

interferências, que já foram ponderadas neste trabalho. A crítica não é isolada e não pode se exigir algo impossível: neutralidade pura.

É possível, portanto, a exigência de um limite exercido pelo julgador, frente ao que será objeto de sua análise. No entanto, se essa exigência por insuficiências cognitivas, tem sido alvo de críticas por tantos autores doutos no tema explorado, cabe ampliar o contexto e quem sabe, objetivar alternativas que possam minimizar essa complexidade.

Em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 8.045/2010, originado do Projeto de Lei n. 156/2009 do Senado Federal, objetiva a reforma do atual Código de Processo Penal, vigente desde 1941.

Dentre as mudanças pretendidas com o novo texto legislativo, no tocante ao tema em andamento, neste trabalho, observa-se que a possibilidade da existência de um juiz das garantias é a questão que alcança a expectativa que aproxima realisticamente, a existência da imparcialidade do julgador.

A necessidade de um juiz no momento pré-processual, como garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos, é essencial para o desenvolvimento da persecução penal devidamente regulada e protegida de arbitrariedades. No entanto, quando esse juiz é o mesmo que continua o processo na fase da audiência de instrução e decisão retoma-se a crítica sobre sua imparcialidade, a partir das considerações expostas pela teoria da dissonância cognitiva.

De acordo com o projeto as principais mudanças referentes ao papel do juiz na investigação, tratam da responsabilidade pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais (art. 14), ou seja, responsabilidade por condutas referentes ao direitos do preso, determinar a interrupção ou a prorrogação do inquérito, além de medidas acerca de pedidos de interceptação telefônica, quebra de sigilo, pedido de arquivamento, etc.

Em contrapartida, há também previsibilidade de impedimento do juiz das garantias, caso atue no processo, salvo em comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas um juiz (art. 748), este último caso, gera críticas ao fato de que aqui, compreende-se que não se elimina a imparcialidade pretendida com o juiz das garantias, visto que continuaria o modelo de atuação do código vigente. Interessante seria, reavaliar esse artigo e procurar encontrar a solução adequada para que o impasse seja superado.

Embora exista a contradição apontada, diante do estudo da psicologia cognitiva e as incursões produzidas até aqui, continua-se a defender a perspectiva de que há interferências conscientes e inconscientes no jogo processual quanto a perspectiva de construir um processo penal vinculado às premissas democráticas, que se insurgem com o princípio da imparcialidade conferindo, deste modo, a relevância em se discutir sobre a proposição do projeto supracitado.

Definir e pontuar uma “solução” para a imparcialidade não é o caminho deste trabalho, a discussão que norteia o objeto estudado amplia a visão por meio do ângulo psicológico e jurídico, atrelado as teorias expostas com o intuito de gerar considerações e críticas acerca do assunto.

Este tópico, portanto, não elucida o entrave afirmado, mas ressignifica a possibilidade de fazê-lo.

5 APONTAMENTOS FINAIS

Através das reflexões empreendidas sobre o que se compreende por Teoria dos Jogos e Teoria da Dissonância Cognitiva, o presente trabalho, se propôs a tecer considerações acerca da sistemática processual percebida por meio das teorias supracitadas.

O desejo de compor um caminho munido de lógica e desdobramentos pertinentes entre os conceitos da matemática, da psicologia social e da psicologia cognitiva com a linguagem jurídica, foi alcançado, a medida em que, se encontrou o objeto que norteia o campo de estudo desta pesquisa: a imparcialidade do julgador.

O alcance das questões discutidas, foi desenvolvido por um olhar que poderia ser considerado como sinestésico, ou seja, no campo jurídico, a mistura de sentidos, conduz a direções que interagem por meio de ciências e sistemas diversos da práxis jurisdicional, ampliando as possibilidades e conclusões que fogem ao padrão sistemático reproduzido pelo binômio necessidade x possibilidade.

Através de toda construção que ensejou cada tópico deste trabalho, percebe-se que a abordagem sob a perspectiva da teoria dos jogos, rendeu o entendimento de que é possível orientar a performance dos sujeitos processuais na intenção de objetivar a melhor recompensa para o jogador e sua pretensão, assim como, é possível compreender a maneira como o julgador pode ser observado.

Neste caso, o Julgador, não deve ser visto apenas como personagem que determina o jogo processual através da tomada de decisão. Pelo contrário, ao adentrar no entendimento de como se joga no processo penal, pelo olhar da teoria dos jogos, abre-se um leque de posições estratégicas, que podem ser utilizadas como métodos que maximizam ou minimizam as recompensas pretendidas. Garantindo uma possibilidade de competição processual muito mais do que apenas um rito que, dependendo do caso, pode já estar hipoteticamente definido, justamente pela tendência subjetiva de julgamento que pré-determina uma ação penal que já chega com marcas de culpabilidade, quando deveria ser o contrário; a presunção da inocência.

Essa percepção é alcançada quando se intersecciona a teoria da dissonância cognitiva com a teoria dos jogos, aliás, uma se entrelaça a outra, de modo que é possível alcançar o sentido do processo como um jogo que busca a melhor decisão possível, através de uma dinâmica metafórica que se reproduz no processo penal, como de fato ele é na prática forense.

Vislumbrar um juiz neutro, puro, sem marcas, sem traumas, sem ideologias e sem padrões de comportamento, que o fazem ser quem é, demonstra a ingenuidade daqueles que almejam enveredar pelo processo penal, como também, dos que atuam na prática desse universo jurídico.

Não se conclui – nem seria possível provar – neste trabalho, que o juiz age sempre de acordo com os seus propósitos pessoais. O que se concentra nesta pesquisa é como o fenômeno da dissonância cognitiva ecoa no Ser-homem, antes do Estar-juiz. Assim, tratamos de como cognitivamente se percebe os efeitos dissonantes e consonantes de uma crença pessoal, de uma “verdade universal”, além de perceber que a neutralidade não existe, a imparcialidade é alcançável e a parcialidade é evidente e esclarecida quando Ruiz Ritter trata da dissonância pós-primeira impressão, explicada no subtópico 3.1 desta produção.

A trajetória do presente trabalho se completa na discussão da figura do juiz das garantias, abordado no Projeto de Lei n. 8.045/2010, originado do Projeto de Lei n. 156/2009 do Senado Federal que pretende a reforma do atual Código de Processo Penal. Não foi possível chegar a uma conclusão determinante acerca do assunto, em virtude das contradições que o acompanham, bem como das discussões do projeto no Congresso Nacional.

Nota-se e confirma-se com a teoria da dissonância cognitiva, que a inserção de um juiz das garantias minimiza e até finda a problemática exposta em relação a imparcialidade. No entanto, nos casos em que haja disponibilidade de apenas um juiz na comarca ou seção judiciária, o juiz garantidor poderia atuar sem causa de nulidade, o que gera uma

continuidade do que já existe e neste caso, a oportunidade de construir um processo devidamente democrático sobre o crivo da imparcialidade se desfaz.

Deste modo, conclui-se que o presente trabalho pode detalhar pontos de vista pertinentes e que permitem vasta pesquisa e aprofundamento, despertados pela contribuição das teorias e posicionamentos discutidos, além de oferecer um novo olhar sobre a atuação dos sujeitos processuais no processo penal e do processo penal em toda sua estrutura e formalidade [re]conhecidas.

REFERÊNCIAS

Análise do Projeto de Lei 156/2009 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o Novo Código de Processo Penal. Disponível em

<<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/cpp-reforma-mj.pdf>>
Acesso: 06/11/2019 às 21:43h.

ANJOS, Alessandro. **A teoria da Dissonância Cognitiva e a ideia do juiz de garantias.** IX Simpósio Jurídico dos Campos Gerais. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso: 12/11/2019 às 03:30

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2015.

DAVIS, Morton David. **Teoria dos Jogos: uma introdução não técnica.** Trad. Leonidas Hegenberg e Otanny Silveira Mota. São Paulo: Cultrix, 1973.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2002.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

JUNG, Carl Gustav; [tradução Maria Luíza Appy, Dora Mariana R. Ferreira da Silva]. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo.** Perrópolis, RJ: Vozes, 2000.

LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARINHO, Raul. **Prática na Teoria: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios.** São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PROJETO DE LEI Nº 8.045, DE 2010. Disponível em
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776>
Acesso: 08/11/2019 às 16:35h.

RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva.** Dissertação (mestrado) Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais PUCRS, 2016.

ROSA, Alexandre Morais. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** 5ª ed. Florianópolis: Emais Editora, 2019.

SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva Compacto.** 21ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

The Nobel Prize.- Facts John F. Nash Jr. Disponível em
<<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1994/nash/facts/>> Acesso:
05/10/2019 às 20:53h.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva.** Florianópolis: Emodara/Emais, 2018.