

Contexto é imprescindível para entender jogos no Processo Penal



Cada um de nós sabe que $2 + 2 = 4$. A matemática é um campo do

conhecimento que nos ajuda na tarefa diária. A Teoria do Direito há muito dialoga com a lógica e a matemática, tanto assim que pensa a lógica do ordenamento jurídico como único, completo e coerente. Estes atributos são articulados a partir de uma noção sintática e lógica[1]. A questão básica é que intuitivamente sabemos reconhecer o 2. A inspiração lógica ao adentrar no campo do Direito, por sua vez, não levou em consideração os planos da semântica[2] e da pragmática[3], a saber, o conceito e seu uso em cada cenário processual. Isto porque impossível dizer que não poderá comparecer no processo de atribuição de sentido, no contexto de cada situação hermenêutica, promovida no tempo e no espaço, variáveis singulares (conscientes e inconscientes), que poderão modificar o sentido da norma, dada a incompletude[4]. Dito diretamente: a norma — que é o sentido que se dará às regras jurídicas — não existe no plano ideal, justamente porque será no contexto[5] daquele processo (e não de outro) que o sentido acontecerá. A decisão é da ordem do acontecimento e da exceção[6].

A herança platônica ainda povoa o simbólico dos juristas, bem assim o processo de atribuição de sentido. Daí que qualquer (qualquer mesmo) livro que tenha a discussão de “Natureza Jurídica” das coisas, institutos, enfim, de objetos, será platônico. O mapa mental destes juristas platônicos é ultrapassado (filosoficamente) e não se pode dialogar senão a partir da gramática de que são capazes de compreender. Não adianta querer impor outra gramática. Simplesmente será ininteligível, pois platônicos pensam platonicamente. Ok. Disse o óbvio. Juristas, em geral, pensam na lógica de “ligar pontinhos”, como nos jogos infantis. A complexidade do Direito é deixada de lado em nome da imaginária segurança jurídica.

Aliás, a maioria quer segurança jurídica, entendida, no limite, como certa previsibilidade das condutas autorizadas, proibidas e permitidas (seu critério deontológico). Só não podemos acreditar que a linguagem, lugar do logro, das artimanhas, das sutilezas, possa desde antes, segurar o sentido que somente acontece depois. Daí a importância de se compreender a partir da Teoria dos Jogos[7]. Os fatos, as condutas, o Processo Penal, assim, acontecerá a partir de *jogadores* em sentido amplo (juízes,



promotores, procuradores, advogados, acusados, assistentes, mídia, família, etc.), que estabelecerão o sentido das **regras** aplicáveis, especialmente pelo juiz, apurando-se as *recompensas* de cada um dos intervenientes (satisfação, dever cumprido, menos trabalho, conforto, etc.) e somente então, em seu caráter dinâmico, as *táticas e estratégias*.

A pretensão de que se tenha uma resposta única em face das mesmas condutas é o sonho que embala boa parte dos juristas, ensinada com exuberância nos bancos das Faculdades de Direito, embora não se sustente à primeira semana de estágio. Trabalhar com o advogado, promotor ou juiz “a”, “b” ou “c”, mostra que o sentido em que o Direito é aplicado destoa de um padrão imaginário e universal. O sentido depende do jogo processual e, especialmente, do contexto da decisão.

A base redutora da complexidade opera da seguinte forma: texto + fatos e, por subsunção, interpretação. Neste modo de pensar, o sentido adviria de processo dedutivo entre premissas maiores e menores. Simples e simulador. Além de conveniente.

E o mais interessante é que por mais se utilize métodos confiáveis, de prova e erro, ou seja, verificáveis, mesmo assim, boa parte dos processos de atribuição de sentido dependem de variáveis antecedentes, ou seja, do mapa mental dos agentes processuais (teoria do delito, do processo, do ato jurídico, das nulidades, da ação penal, etc.). O mesmo acontecimento da vida pode ganhar diferentes colocações teóricas. Tanto é assim que em julgamentos colegiados, excluída a má-fé, julgadores divergem, a partir das mesmas provas, sobre a configuração ou não da conduta. É comum o voto divergente dizer que o fato (não) está provado, enquanto outros votam no sentido contrário. Normalmente afirma-se que algum deles não utilizou correntemente o método. Mas não poderia ser a maioria ou mesmo todos que articulam uma fusão de horizontes singulares, naquele processo, a partir de percepções diferenciadas de mundo e do Direito? Com isso, alguns se apressam a dizer que autorizamos o relativismo em que tudo pode. Menos histeria, por favor. Sabemos que sair da zona de conforto, das mentiras convenientes, não é tarefa fácil, mas quem sabe possa nos dar a chance de explicarmos, mesmo que rapidamente.

A ilusão medieval da Verdade Real, quem sabe, parte da alucinação de que se pode saber tudo. Aliás, o lema para se decidir com qualidade é: “devemos saber tudo e saberemos”, lançando-se no mundo de investigação sem limites, nem regras. Afinal, em nome da Verdade (do sujeito) tudo vale, postura bem paranoica. O lugar do processo é o de estorvo.

A acusação pode ser vista como uma conjectura (Popper^[8]), isto é, uma afirmação (comissiva ou omissiva) que se suspeita (há justa causa) ser verdadeira. O processo penal servirá como mecanismo democrático para verificação de sua confirmação ou falsidade. A conjectura, por sua vez, somente poderá ser demonstrada se for possível, com informações (provas) válidas, comprovar a conduta (omissiva ou comissiva). Daí que os crimes sem conduta – como acontece nos crimes de associação criminosa, ato obsceno, por exemplo –, transformam o processo em um espetáculo da opinião, do senso comum e da doxa. A demonstração pressupõe que se possa comprovar uma conduta, servindo o processo penal para este desiderato. Pode acontecer, também, no caso de alibi, a inserção de um contraexemplo, mas esta será a exceção ([aqui](#)).

Daí a importância de se indicar quais os critérios para que uma afirmação seja considerada provada, ou seja, quais os critérios probatórios para se adquirir argumentos favoráveis a uma conjectura/acusação? As normas probatórias restringem, por via de consequência, o saber lícito a ser introduzido no Processo



Penal (dispositivo democrático construído para esta finalidade). Assim é que uma prova declarada ilícita e excluída do processo, mesmo que os agentes processuais dela saibam, não pode(ria) ser utilizada (conscientemente) para demonstração da conjectura. Mas talvez seja pedir demais. Como se fosse possível de esquecer esta frase que se acabou de ler.

A questão é que o regime probatório, ou melhor, o subjogo probatório também está regulado por lei e com as sutilezas da linguagem, prenhe de enganos linguísticos. A aposta na imparcialidade do julgador seria o mecanismo garantidor da verificação, não fosse ilusório. Isto porque há uma impossibilidade dada no tocante a conhecer tudo, desde o lugar até o sujeito. O infinito que se pretende conhecer no processo, em ato, somente pode acontecer em potência. Em outras palavras: o infinito de provas só é possível em potência, jamais em ato[9]. Aclarando a afirmação podemos dizer que se quisermos conhecer todos os números naturais (1, 2, 3 e assim por diante) poderíamos começar nossa vida infantil e morreríamos sem chegar ao final. Aliás, qualquer pessoa ou mesmo computador jamais poderia chegar ao infinito. A objeção de que no processo penal não se opera com infinitos, mas sim com singulares, exigiria que antes se estabelecesse o conjunto dos significantes possíveis, mas isso é ilusório. Sempre pode aparecer uma nova prova, uma nova testemunha, um novo documento, uma mudança de declarações. Para propiciar esta abertura ao futuro é que a Revisão Criminal é prevista. De outro lado, para que o processo penal tenha início, meio e fim, restringem-se as provas, sob pena de nunca se terminar. E se decide com o que é mostrado pelos jogadores ([bricolagem de significantes](#)).

De qualquer forma, a noção prevalente de ordenamento jurídico (Bobbio) circunscreve, a partir da teoria dos conjuntos de Cantor, que as normas jurídicas são o universo, os membros do conjunto jurídico. Daí os mal-entendidos decorrentes, pois limitando os conjuntos se teria, a partir de então, relações mútuas entre os seus membros ou elementos. Só que esta possível relação se dá apenas no plano sintático. Inserido no contexto da interpretação os planos semânticos e pragmáticos, a regularidade das relações sintáticas se esvai.

Por isso é muito ilusório, se levada a sério a advertência de Hume[10], trazer os julgados anteriores, casos já decididos, como espelho da conclusão, uma vez que cada caso possui peculiaridades próprias que o distingue dos demais, além do que os argumentos podem ser diversos. Aliás, no *common law*, apesar de se vincular aos casos anteriores, sabe-se que o núcleo da decisão é que importa, devendo-se apurar os critérios que aproximam ou distanciam (*distinguishing e o overruling*) do precedente — que não se confunde com mero julgado —, bem assim os argumentos que foram invocados, já que podem surgir novos. O futuro, portanto, abre-se para o julgamento presente, sem que se fique preso às decisões do passado. Justamente porque o argumento anterior pode falhar no caso atual, quer por um argumento novo, quer por um detalhe diferente, diante da multiplicidade de variáveis que incidem em um julgamento penal e seu contexto singular. Enfim, não podemos ser iludidos pelo empirismo ingênuo (Hume).



Tudo isto para dizer, com Wittgenstein, que os juristas descrevem o jogo processual de forma mais simples do que é: “É como se alguém dissesse ‘um jogo consiste em mover objetos sobre a superfície segundo certas regras...’ e respondêssemos: Você deve estar pensando em jogos de tabuleiro, e a sua descrição realmente é aplicável a eles. Mas eles não são os únicos jogos. Portanto, você pode tornar as duas definições corretas, mas restringindo-as estritamente a esses jogos.”^[11] As palavras, enfim, dependem dos contextos em que são atribuídos.

[1] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991; BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999.

[2] ATIENZA, Manuel. *Podemos hacer más*. Madrid: Pasos Perdidos, 2013; BARTHES, Roland. *Crítica e verdade*. Trad. Leyla Perrone-Moyses. São Paulo: Perspectiva, 1999; STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

[3] RORTY, Richard. *Pragmatismo: a filosofia da criação e da mudança*. Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

[4] PIÑEIRO, Gustavo Ernesto. *Gödel: los teoremas de incompletud*. Navarra: Editec, 2012.

[5] DIJK, Teun A. van. *Discurso e Contexto: uma abordagem sociocognitiva*. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2012, p. 11: “A tese de que os contextos são construtos subjetivos dos participantes também dá conta da unicidade de cada texto ou conversa (ou de seus fragmentos), bem como da base comum e das representações sociais compartilhadas pelos falantes, na medida em que são aplicadas em sua definição da situação que chamamos de contexto.”

[6] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p 62-63: “Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma de exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem logos pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real.”

[7] MORAIS DA ROSA, Alexandre. *A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal*. Lisboa/Florianópolis: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2015.

[8] POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Brasília: UnB, s.d.

[9] Uma possível objeção religiosa e talvez que explique muito da pretensão divina dos julgadores é a apresentada pela Escolástica., segundo a qual o “infinito em ato” é um atributo exclusivo da Divindade. (Legredre e ccc)

[10] HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Trad. Leonel Vallandro. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.138: O exemplo clássico é: “Que o sol não nascerá amanhã não é uma proposição menos inteligível e não implica mais contradição do que a assertiva contrária, de que o sol nascerá. Seria vão, por isso, tentar demonstrar a sua falsidade. Se isso fosse demonstrativamente falso, implicaria uma contradição e jamais poderia ser claramente concebido pelo intelecto.”

[11] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Gramática filosófica*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola,



2003, , p. 40-41.

Date Created
12/12/2015