

De quem ensinam um processo penal que não funciona?



Sou viciado em encontrar conexões impensadas. As ideias estão por aí e

muitas vezes a ausência de capacidade de articulação impede que se possa estabelecer conexões entre provas, indícios, evidências e narrativas. Feynman^[1] chama isso de o “barato da descoberta”, isto é, a sensação de ter visto, percebido algo novo que pode mudar a leitura do jogo. Mas não basta ter uma descoberta/ideia. Será preciso operacionalizar a capacidade de apresentar e vender a ideia para quem você precisa convencer. Entre a descoberta e a vitória processual, há o trajeto interativo. Muitos jogadores têm ideias boas, teses adequadas, mas são incapazes de estabelecer mecanismos de influência. Uma tese boa sem acolhimento pelo julgador é equivalente ao nada.

Quando passei no concurso para magistratura no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, esperei ansioso a posse. Acreditava que a posse me colocaria em um patamar diferente dos humanos, quem sabe com poderes extrassensoriais, capazes de perceber o mundo de modo mais qualificado (estou sendo cínico). Aguardei o dia da posse e acordei esperando os poderes que não chegaram. Pensei que isso poderia ocorrer no momento em que assinasse o livro de posse. Mais uma vez nada aconteceu. A única diferença foi que antes não ocupava o lugar de juiz. O lugar e o posto se deu pela aprovação de um concurso público. Não foi por honra, coisa especial que tenha feito, nada; apenas a aprovação. O poder foi conferido apenas porque passei num concurso de provas e títulos que, de fato, não prepara para decidir. Aliás, tenho dúvidas de que isso seja possível, já que é um processo contínuo. Então, o que diferencia um magistrado é a posse e as insígnias, assim como os membros do Ministério Público, delegados de polícia, defensores e advogados: trata-se de questão de lugar em face do poder.

O processo penal está lotado de definições sobre ação, jurisdição, processo, enfim, sobre institutos processuais. Saber o nome das coisas ou mesmo uma definição é pressuposto para que se possa articular combinações. Dominar somente um dicionário de conceitos não torna ninguém um bom jogador. Pode-se, no limite, ser um bom professor ou ser aprovado em um concurso público. Dito de outro modo, saber o nome das coisas não significa saber como elas funcionam. Há um certo percurso em que as premissas precisam se consolidar. Um prédio de sete andares não pode ser construído ao mesmo tempo, já que será



necessário estabelecer as fundações, construir o térreo e ir levantando o edifício. Se buscarmos fazer o sétimo andar antes de finalizarmos os anteriores, por certo o prédio cairá.

Discorrer sobre processo penal exige um certo percurso teórico inexistente na imensa maioria dos jogadores. Será necessário entender como o Direito Processual Penal se estabelece e funciona, porque do contrário não se compreende as funções nem o que se pode fazer para alterar os resultados. Se você não entender os pressupostos, esquece o que aprendeu, e tudo que vem depois será turvado pela ausência de solidez do andar anterior. Apesar disso, você pode passar nas provas, formar-se e passar em concurso, além de acusar/defender/investigar acusados. Mas isso não é evidência de que você sabe como a coisa funciona realmente. Logo, as construções teóricas e práticas serão providas de senso comum, estereótipo, heurísticas, vieses, julgamentos morais, equívocos teóricos e muito exercício puro de poder. É que no Direito os lugares de poder estabelecem verdades as mais variadas em nome do poder. Um juiz medíocre teoricamente, mas que esteja no Supremo Tribunal Federal, pode e faz um tremendo estrago.

A situação se repete em cada contexto decisório deste imenso país. Será impossível munir julgadores de premissas democráticas, dado que não arriscam a pele^[2], motivo pelo qual compreender a interação humana e comportamental do processo penal será sempre um ganho qualitativo. Além disso, as externalidades (positivas e negativas, ou seja, o efeito da decisão em vítimas, familiares, coletividade etc.) não fazem parte, em geral, do julgamento realizado. Os jogadores, em especial os magistrados, não conseguem perceber o efeito e impacto de suas decisões porque os limites cognitivos estão focados para “o caso”, não se dando conta do efeito da acumulação de decisões no mesmo sentido. Logo, certo pessimismo preside o modo como apresento o jogo processual penal no *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos* (Florianópolis: Editora Emais, 2019).

Sou interessado em como o processo penal funciona, e não em como se diz que funciona. Isso altera o modo de percepção, já que há uma pompa teórica sobre o modelo de decisão aplicável no campo do processo penal, enquanto a prática desautoriza a teoria. Assim, busquei ampliar o horizonte sobre o que os jogadores de fato fazem, e não o que dizem que fazem. Enfim, quero saber como as coisas funcionam em cada singularidade interacional, como se articulam em camadas de decisão, como o processo se instaura e desenrola. Para isso, ao mesmo tempo que devemos saber da lógica jurídica, devemos rejeitar dogmas e ter capacidade de duvidar a todo o tempo. A trágica cegueira comportamental do Direito implica em leituras obtusas do mecanismo de decisão. Sair da ingenuidade pode ser tarefa complexa, porque será necessário rever muitos dogmas arraigados no modo como você neste exato momento pensa. Pode ser que você pense que eu sou um lunático que pretende profanar o Direito Processual Penal e, talvez, você tenha razão. O que importa é que se você decidiu ler este artigo é porque no fundo sabe que algo é da ordem *fake*.

Convivo com magistrados e membros do Ministério Público que me olham e dizem que precisam condenar as pessoas para que o mundo possa ser melhor. Muitas vezes me pergunto se eles estão cientes dos impactos de suas ações, enfim, se as externalidades positivas e negativas são de fato analisadas ou se restringem a promover a burocracia punitiva. Cada processo e condenação/absolvição traz consigo o mistério dos efeitos, dos impactos que poderá proporcionar. O assombro comparece justamente porque a maioria não se faz sequer esta pergunta. Por certo, pensam que sou meio fora da curva (de Gauss). Reconheço que todos temos uma inteligência limitada e que o conforto da certeza de fazer o que se manda pode ser recompensador. Mas ao mesmo tempo penso que devemos pensar na realidade, no



impacto que promovemos no mundo, a saber, um lugar ético no cumprimento de disposições legais. Mostra-se necessário traduzir por realidade as decisões e normas penais.

O importante da Teoria dos Jogos aplicada ao processo penal é que a flecha do tempo esteja voltada para o passado, estruturando os dados (*BI*), bem como esteja lançada para o futuro, a saber, ter a capacidade de prever os comportamentos de modo realístico. Os casos podem ser de alta, média e baixa complexidade. A articulação da estratégia e tática depende da complexidade e do jogos de interesses manifestado na questão. Por isso podemos modular as exigências estratégicas da interação (do jogo processual) em face de cada contexto de aplicação.

O que me faz estudar processo penal é o prazer que cada descoberta sobre o modo de funcionamento proporciona, além da adrenalina da descoberta. No caso dos jogadores, o barato da descoberta e a sensação de vitória, justa. Em geral a minha proposta pretende formalizar, organizar minimamente o modo como se pode enfrentar os jogos processuais. Assim, ganha-se clareza e se melhora a performance como jogador. O desafio de melhorar a competitividade no processo penal é diário, e quem acha que sabe de tudo e domina todo o contexto, com excesso de confiança, mais cedo ou mais tarde, é interceptado por uma surpresa que destrói tanto as certezas ingênuas como a reputação. Todo cuidado é pouco.

[1] ROBBINS, Jeffrey. Os melhores textos de Richard P. Feynman. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Blucher, 2015.

[2] TALEB, Nassim Nicholas. Arriscando a própria pele. Assimetrias ocultas no cotidiano. Trad. Renato Brett. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

Date Created

12/07/2019