

O processo penal e a teoria dos jogos e as garantias fundamentais



**Jacinto de Miranda
Coutinho**
Advogado e professor

O óbvio, não raro, deve ser dito. Cada autor é, antes de autor, um humano

(ao menos enquanto os algoritmos não assumirem essa função). Esta referência é necessária a título de contextualização das ideias. Como humano que é, cada autor tem uma história de vida, idiossincrasias e peculiaridades na compreensão do mundo. Por consequência, a obra de cada autor é um universo conceitual, rico, denso e distinto das demais obras. Mesmo integrantes de um mesmo grupo como amigos, irmãos, divergem em pelo menos alguns aspectos. Essas divergências são importantes porque constituem pistas para compreender o pensamento do autor.

Seguindo essas pistas pode-se, por certo, indicar um caminho para entender Alexandre Morais da Rosa.

Quem não o conhece pode se surpreender com uma aparente contradição no raciocínio: em alguns textos, propõe o uso da teoria dos jogos^[1] para otimizar os resultados pretendidos no processo penal (variáveis conforme a estratégia e a posição do jogador); noutros, critica violações aos direitos e garantias fundamentais. Mas não há contradição alguma nisso.

Uma primeira explicação para isso não é tão complexa, embora, às vezes, não esteja tão evidente. Alexandre não parte da ingenuidade. Reconhece que se não vive num mundo ideal, hipostasiado, de modo que idiossincrasias individuais dos jogadores e do julgador certamente influenciarão (plano ôntico) nos atos processuais, embora não deveriam influenciar (plano deôntico). Portanto, pretende fornecer conhecimentos bastantes para tentar contornar essas idiossincrasias. É uma estratégia distinta da estratégia jurídica tradicional (inclusive na versão mais sofisticada, que envolve um raciocínio sempre a partir da Constituição) de opor as normas (plano deôntico) à realidade (plano ôntico), pois Alexandre sabe bem que a estratégia tradicional pressupõe que algum julgador, em alguma instância, reconhecerá a arbitrariedade. Em outras palavras, a estratégia tradicional é dependente da atuação do julgador, uma aposta “na bondade dos bons” (Agostinho Ramalho Marques Neto).

Mas há algo mais complexo e mais profundo na posição de Alexandre. Não é apenas o fato de querer apresentar uma alternativa. Como precitado, há nele uma não partida da ingenuidade. Esse é o ponto nevrálgico. É dessa não partida que se trata na obra de Alexandre. Parte-se do princípio. Portanto, ele parte de um princípio de não-ingenuidade. É um juiz de princípios, como o juiz Hércules, de Dworkin[2]. Aliás, Alexandre tem muitos princípios; e seria impossível e desnecessário tratar de todos.

Mas outro princípio é imprescindível para compreender a obra de Alexandre: aquilo que talvez seja possível chamar de *princípio da bricolage*. Esse princípio deu a ideia da escrita deste texto. Na tese de doutoramento, defendida em 2004, na Universidade Federal do Paraná, Alexandre estudou a bricolage de significantes na decisão penal. Explicou que bricolage é o aportuguesamento da palavra francesa *bricoler*, que deriva de *bricoleur*. *Bricoleur* é a pessoa que faz trabalhos manuais; *bricoler* (assim como bricolage) é o trabalho manual feito pelo *bricoleur*. Esse trabalho manual é um trabalho improvisado, usando o que está disponível ao *bricoleur*. Há um movimento repentino, uma astúcia do *bricoleur*, que aproveita os materiais e instrumentos que tem à mão[3].

Desde então toda a obra de Alexandre é permeada pelo princípio da bricolage. Ele busca conhecimentos que tornem possível ampliar a gama de movimentos de improviso, que possibilitem maximizar os direitos e as garantias fundamentais. E nisso também há uma aposta, que não é ingênua. Não há, portanto, ao que parece, uma renúncia ao papel constitucional que desempenha como juiz, muito menos um relaxamento com o rigor acadêmico exigido de quem ocupa o cargo de professor. Pelo contrário, há uma relação de complementação e de continuidade nas pesquisas que desenvolveu, sempre partindo dos direitos e garantias fundamentais, assim como dos princípios que os sustentam. Não é por acaso que, ainda na monografia da graduação (1996), já havia escrito sobre um remédio constitucional (mandado de segurança); e no mestrado (2001) escreveu sobre o controle de constitucionalidade (nulidade parcial sem redução de texto) como via para atingir fins garantistas.

Hoje, preocupado com os impactos da Revolução 4.0, sobretudo da Inteligência Artificial, Alexandre se debruça para dissecar esse novo *player*. Uma máquina, no sentido filosófico, à qual são somadas novas coordenadas que permitem reproduzir, ao menos parcialmente, a inteligência humana para predizer condutas possíveis com base em estimativas probabilísticas, formuladas a partir dos comportamentos anteriores. Mantém, contudo, a coerência e as preocupações, sustentando a importância do humano nas decisões, como sempre fez.

Enfim, Alexandre encontrou nos conhecimentos matemáticos um referencial profícuo para, levado ao limite das possibilidades da estratégia jurídica tradicional, em um movimento de improviso e aproveitando o que tinha em mãos, produzir algo novo, seguindo um caminho que precisa trilhar cotidianamente. Assim também o fizeram os matemáticos que romperam com o pensamento tradicional ao elaborar, dentre outras coisas, os números complexos (para fugir da aparente situação sem saída criada com a $\sqrt{-1}$) e a hipótese da quarta dimensão, ambas resultantes de movimentos de improviso, criando linhas imaginárias que remetem o pensamento para direções novas.

Isso pode ser dito de outro modo, com Michel Foucault. Alexandre está preocupado com a formação regular do saber/poder processual penal, pois o rigor das regras discursivas (ou de formação do saber/poder) é condição de possibilidade para que os sujeitos que falam nesse saber possam usar esses discursos como conjuntos táticos. De modo ainda mais simples: quanto mais rigorosas as regras discursivas, menor a possibilidade de reversão dos discursos para uso em sentido contrário, como o que muitas vezes tentam fazer com o saber produzido por ele, Alexandre, ao tentar revertê-lo para lhe imputar uma flexibilização dos direitos e garantias fundamentais[4].

Por evidente que atitude assim não é correta. E não é porque falseia o fundamento. Isso, por sinal, deve ficar muito claro sempre. Afinal, não há jogo pelo jogo, no qual se poderia ver um mero gozo (Lacan); ou tão só um gozo. Seria, por óbvio, algo perigoso – muito perigoso – quando as consequências são para terceiros. Afinal, antes dos signos estão os viventes, só nos quais a linguagem faz sentido.

Descompromissados com eles (os viventes), os jogadores podem não só esquecer do *fair play* como, por outro lado, defendendo, por contrato, os interesses de alguém, podem se tornar cúmplices dos (por exemplo), seus clientes. Neste ponto, quem sabe, poderá valer a ética material de Karl-Otto Apel.

Alexandre é genial. Inteligentíssimo, há de ser reconhecido pelo brilhantismo com o qual estuda, pesquisa e propõe novas leituras para melhorar... a vida.

Por isso, sua obra há de ser estudada, antes de tudo. Segue difícil falar dele sem esse trabalho.

[1] ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

[2] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 286 e ss.

[3] ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 2004. 430 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 376-377.

[4] “Quanto mais regularmente formado é o saber, mais é possível, para os sujeitos que nele falam, distribuir-se segundo linhas rigorosas de afrontamento, e mais é possível fazer esses discursos, assim afrontados, funcionarem como conjuntos táticos diferentes em estratégias globais (em que não se trata simplesmente de discurso e de verdade, mas igualmente de poder, de *status*, de interesses econômicos). Em outras palavras, a reversibilidade tática do discurso depende diretamente da homogeneidade das regras de formação desse discurso”. FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 250.

Date Created

25/10/2019