

PROVA TESTEMUNHAL À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

Autor: Eduardo Costa Wanderley Carvalho Filho¹

Orientador: Professor Msc Luís Felipe Pinheiro Neto²

RESUMO

Neste estudo em questão, pretende-se analisar a prova testemunhal envolvendo a teoria dos jogos, analisada sob a ótica interdisciplinar desta mesma teoria. Assim como a prova testemunhal sob a sua falibilidade e até que ponto essa prova tem uma segurança ao fato ocorrido, e se ela demonstra um maior peso em relação as outras ou se dependerá da estratégia do jogo processual. Também será analisada, a complexidade da memória e a falibilidade da prova testemunhal, fora a relação processual entre testemunha. Explanaremos um pouco sobre o doping processual testemunhal, estratégias e táticas no jogo probatório do processo penal. Tais teorias surgiram a partir da teoria expansionista do Direito Penal. Com isso parece esquecermos um pouco dos direitos fundamentais e do garantismo. Alguns autores chamam essa expansão de uma crise do direito penal. Em um dos pontos, será abordado os reflexos da falibilidade da memória e a prova testemunhal no processo penal sob à luz da teoria dos jogos. Serão questionados os reflexos da falibilidade da memória das testemunhas e nas vítimas de delitos. Por fim, analisaremos esse item probatório a luz da teoria dos jogos. Como deve-se comportar em um processo penal cada vez mais complexo, multidimensional, cheio de ambiguidade e incertezas. O direito tenta acompanhar a mutação social, apesar de ser de forma retardatária.

Palavras chaves: Processo Penal e Teoria dos Jogos; o jogo na fase probatória; falibilidade da prova testemunhal – falsas memórias e o jogo processual.

ABSTRACT

This study is the question of the students in the study of this study is applied to a logicous interdisciplinary. The proof of this is a matter of effectiveness and safety throughout the year, and it shows a greater weight in relation to the other forms of making a strategy of the procedural game. As will also be analyzed, a source of memory and a fallibility of evidence, for a procedural relation between witness. We will explain a little about criminal procedural doping, the strategies and tactics in the probationary game of criminal procedure. Such theories arose from the expansionist theory of Criminal Law. With this it seems hidden some of the fundamental rights and guaranty. Some authors call this expansion a crisis of criminal law. In one of the points, the reflections of memory fallibility and a testimonial evidence in the penal process of game theory will be approached. They will be questioned about the reflexes of the fallibility of the witnesses' memory and the victims of crimes. Finally, this will be the first item in game theory. How should I behave in an increasingly complex, multidimensional criminal process, full of ambiguity and uncertainty. The law tried to keep up with a social mutation, even though it was late.

Keywords: Criminal Procedure and Game Theory; the game in the probationary phase; Falability of proof - false memories and procedural game.

A PROVA TESTEMUNHAL À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

1.INTRODUÇÃO

A Teoria dos Jogos é um ramo da matemática aplicada. Teve um grande destaque após as publicações de John von Neumann e Oskar Morgenstern. Na economia ela é aplicada de uma maneira diferente, procurando estratégias racionais de otimização, buscando um maior número de ganhos e tentando diminuir as perdas. Buscando assim aumentar a eficácia.

Atualmente, ela vem sendo aplicada em ciências políticas, ciências militares, ética, economia, dentre outras. A Teoria dos Jogos estuda decisões em um ambiente onde os jogadores tem que tomar decisões.

Embora seja uma teoria do campo da matemática, seus conceitos ganham novos sentidos no Direito, principalmente no que tange ao Processo Penal. A Teoria dos Jogos apresenta uma nova dinâmica de compreensão do processo penal. Nessa linha de pensamento, faz-se extremamente necessário analisar o processo sob a ótica dessa teoria.

Diante disso, importante é compreender a estrutura processual penal e os fatores internos e externos ao processo, como chegamos a sua aplicação, a sua eficácia processual e o que pode influenciá-lo. Sobretudo, torna-se essencial para a sociedade como um todo e para todos os indivíduos, já que podemos ter uma otimização em relação a essa prova e buscar uma maior segurança no campo processual penal.

A escolha do autor em escolher tal tema foi embasada pela grande aplicação de campos da ciência em que a teoria é aplicada, o deslumbramento pela possibilidade de se existir técnicas de otimizar o processo e o funcionamento das estratégias. E se, diante disso, um processo pode ser influenciado.

O objetivo geral do presente trabalho é, portanto, aplicar a Teoria dos Jogos ao processo penal, identificar os comportamentos dos jogadores da relação processual, como também demonstrar que nem sempre a decisão mais “egoísta”, que parece o melhor a ser feito para o sucesso daquela problemática, realmente, seja a melhor estratégia.

Para isso, a análise realizada baseou-se em autores referências, isso, no estudo desse tema, tais como Alexandre Morais da Rosa, Aury Lopes Júnior, Robert Cooter e Thomas Ulen, Karine Darós Silveira, dentre outros da ciência processual, bem como o funcionamento probatório no processo penal.

Desta feita, analisar-se-á, ainda, em âmbito específico a prova testemunhal em relação a teoria dos jogos, a falibilidade da prova testemunhal, a progressão do processo penal nos tempos modernos, compreender melhor as tomadas de decisões e táticas processuais.

2.CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A gênese do nosso processo penal começa após a vigência das Ordenações do Reino de Portugal (do século XVI ao início do século XIX), nossa primeira legislação codificada foi o *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*. (SOUZA NETO, 2005, p.1).

A perspectiva histórica que mais nos interessa, exatamente porque até hoje ainda nos alcança, situa-se em meados do século XX, mas precisamente no ano de 1941, com a vigência do nosso, ainda atual (quanto a vigência), Código de Processo Penal (PACELLI, 2018, p.5). Nosso código de processo penal é “rústico” ou até mesmo “primitivo”, tendo sido inspirado na legislação penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime facista.

Ainda, segundo Pacelli (2018, p.6):

Na redação primitiva do Código de Processo Penal até mesmo a sentença absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de apenação da infração penal (o antigo art. 596). Do mesmo modo, dependendo da pena abstratamente cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era decretada, automática e obrigatoriamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do culpado se tratasse (o antigo art. 312, CPP).

Mesmo com tudo isso, a nossa Constituição da República de 1988 caminhou diametralmente oposta, por isso podemos ver várias leis do código já não mais vigente.

No momento que alguém pratica uma conduta delituosa prevista no tipo penal, este direito de punir desce do plano abstrato e se transforma no *jus puniende in concreto* (BRASILEIRO, 2018, p.37). O Estado, que até então tinha um poder abstrato, genérico e impessoal, passa a ter a pretensão concreta de punir o suposto

fato delituoso. Surge a pretensão punitiva, que é o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão a uma sanção penal, tornando efetivo o *ius puniendi*. Todavia, esta pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor uma sanção penal, nem o infrator sujeitar-se a pena. É exatamente daí que sobressai a importância do processo penal, pois este funciona como o instrumento do qual se vale o Estado para a imposição da sanção penal ao possível autor do fato delituoso.

De acordo com Aury Lopes Júnior (2018, p.17), existe uma importância em fazermos uma recusa a teoria geral do processo, ou seja, parar de fazer analogias com o processo civil e trabalhar no processo penal com as categorias próprias do processo penal.

É um grande erro que o Brasil cometeu durante décadas de ficar fazendo paralelismo entre o processo civil e o processo penal porque isso não funciona, daí se acaba deturbando o processo penal com uma lógica que funciona no processo civil, mas não no processo penal. E o exemplo clássico disso, deste erro, era o uso de *fumus boni iuris e periculum in mora*, introduzido por Calamandrei no processo civil, lá na década de 30 (trinta), mais ou menos 1936, em um livro que se chama “Introdução do Estudo Sistemático do Provimento Cautelar. Perfeito para o processo civil, absolutamente inadequado para o processo penal.

Também há a crítica deste autor retromencionado, ao termo *ius puniendi* porque nos remete à um direito de punir, o Estado não tem direito de punir, o Estado tem o dever de punir. Isso é muito importante. A diferença é que quando se trabalha na dimensão correta de Poder Punitivo, se compreende que todo poder tende a ser autoritário e que precisa de limitação, de demarcação clara dos seus limites. No processo penal forma é garantia e limite de poder. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 17).

1.2.SISTEMAS INQUISITIVO

Existem dois grandes sistemas processuais penais no mundo. Eles são antagônicos. Hoje na doutrina também podemos nos deparar com o sistema Misto/Francês. Lógico, também existem sistemas intermediários. Esses dois grandes sistemas tem características bem marcantes.

Adotado pelo direito canônico a partir do século XIII, posteriormente se propagou pela Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XIII. E carrega características do sistema político absolutista. Não há de falar em contraditório. Trabalha o sistema inquisitório, assim, de que a

atividade probatória tem por objeto uma completa e ampla reconstrução dos fatos. O acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. (BRASILEIRO, 2018, p.38).

No Sistema Inquisitivo ou Inquisitório, o que nós temos é um processo linear. Nós falamos em processo linear, porque o juiz na época da inquisição acumulava as três funções processuais. Ou seja, ele tem como característica principal o ato das funções de acusar, defender e julgar concentradas em uma única pessoa. Quem deflagrava o processo era o próprio órgão que julgaria o caso. Na idade média vigorava esse sistema, quando havia um crime ou indícios de um, era o próprio juiz (chamado de inquisidor), ele mesmo iniciava/inaugurava o processo. Era ele próprio quem trazia a prova para dentro do processo e não importava se essa prova era a favor do acusado ou contra ele.

Por óbvio o sistema inquisitivo, mesmo servindo a um lado positivo, apresentou várias falhas e deu ensejo a vários abusos. Um dos principais custos do referido do referido sistema deu-se, justamente, no âmbito da inquisição promovida pela Igreja, à cata de hereges. (NUCCI, 2016, p.75)

O julgamento por parte do juiz inquisidor se dava por prova legal e prova tarifada. O auge da prova tarifada é alcançado no auge da inquisição. Toda e qualquer prova que fosse ser produzida na época do sistema inquisitivo, era necessariamente uma prova pré-definida pela lei. A lei predeterminava que prova podia ser utilizada. E não apenas isso, que prova se prestava a provar o quê. E a isso a gente dá o nome de prova legal. Existia também uma tarifação das provas, as provas recebiam valores probantes de acordo com a lei. Logo, existiam provas absolutas, provas relativas, provas indiciárias e, existia uma prova, que era considerada a rainha de todas as provas, que era a confissão.

1.3.SISTEMA ACUSATÓRIO

O primeiro sistema acusatório vigorou entre a antiguidade grega e romana e na Idade Média, nos domínios do direito germano. A partir do século XVIII entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo. Atualmente, o processo penal inglês é o que mais se aproxima de um sistema acusatório puro.

O advento da Revolução Francesa, com as ideias iluministas torna o sistema inquisitivo incompatível com a *nova realidade*. (NUCCI, 2016, p.75).

A partir daí, surge na França, a figura do Sistema Acusatório. Era preciso devolver as três funções do processo a entes distintos da relação jurídica-processual.

Não se podia continuar concentrando as três funções na mão de um só, porque isso retira do Juiz a sua imparcialidade, além disso, nós precisamos que o juiz julgue de acordo com o seu próprio convencimento. Então, com o declínio do sistema inquisitivo, surge na França, aquilo que a gente chama de sistema acusatório.

No processo penal, historicamente, existiram dois sistemas ou modelos: acusatório e inquisitório. Houve, também, a tentativa de fundir ambos os sistemas, criando um “sistema misto”, por meio do Code d’instruction criminelle, de 1808. (BADARÓ, 2015, p.80).

De maneira distinta, o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. (BRASILEIRO, 2018, pág. 39)

Precisa-se que o juiz seja inerte, portanto ele tem que ser provocado por um órgão de acusação. A regra, é que a acusação ocorra pelo próprio Estado, mas não o Estado-juiz, e sim o Estado Sociedade. Exatamente por isso lá na França, na época do iluminismo surgiu o Ministério Público. O Estado-sociedade figurando como órgão de acusação. Para que não se confunda a atuação do julgador com a do acusador.

As características do sistema acusatório são a oralidade, a publicidade, salvo as exceções em lei, aplicação do princípio da presunção de inocência (o acusado permanece solto durante o processo), a atividade probatória pertence às partes, o réu é sujeito de direitos, estão garantidos o contraditório e a ampla defesa, o sistema de apreciação de provas é o do livre convencimento motivado (persuasão racional). (LOPES JÚNIOR, 2018, p.29).

1.4. SISTEMA MISTO/FRANCÊS

É a fusão dos dois sistemas anteriores – surge com o Code d’Instruction Crimenelle francês. Esse sistema é dividido em duas fases.

A primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e sem contraditório. O objetivo aqui é apurar a autoria e a materialidade do fato delituoso. Já a segunda parte, é de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade. (BRASILEIRO, 2018, p.41).

Quando o código de Processo Penal entrou em vigor, havia entendimento de que ele era misto, sendo o inquérito policial a primeira fase. Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, que prevê de maneira expressa as funções de acusar,

defender e julgar, assegurado o contraditório e a ampla defesa, e o princípio de não culpabilidade, trata-se de um sistema acusatório (BRASILEIRO, 2018, p.41) (apesar de não ser um sistema acusatório puro).

1.5. HISTÓRIA DO SISTEMA BRASILEIRO ATÉ A REFORMA DE 2018 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Com a reforma, ou seja, com a entrada das leis 11.719/08 (que alterou a forma de processamentos de crimes de comum) e 11.690/08 (que alterou a forma de processamento dos crimes dolosos contra a vida), tem-se a reforma do Código de Processo Penal Brasileiro.

O artigo 202 do CPP, afirma que qualquer pessoa poderá ser testemunha, devido as discriminações historicamente existente, em relação aos escravos, mulheres e crianças, ou ainda as “pessoas de má-reputação” (prostitutas, drogados, travestis, condenados etc), que ao longo da evolução dos nosso estudos processuais penais sofreram restrições em termos probatório.

O ritual judiciário está eivado de simbolismo “sagrado”. As provas desempenham uma função ritual na medida em que são inseridas e chamadas a desempenhar um papel de destaque na complexidade do ritual judiciário. Basta atentar para a arquitetura dos tribunais (principalmente os mais antigos) para verificar que são plágios das construções religiosas (templos e igrejas), com suas portas imensas, estátuas por todos os lados, crucifixo na sala de audiência pendendo sobre a cabeça do juiz etc. (LOPES JÚNIOR, 2018, p.222).

Portanto, é muito comum o Ministério Público arrolar como testemunhas os policiais. Na prática, muitas vezes vemos, que o policial condutor presta o primeiro depoimento e o companheiro que o acompanha, também presta o depoimento. É costume o *Parquet* ter como testemunhas policiais que participaram da operação e da elaboração do inquérito.

Em paralelo a uma outra dimensão, estão as pessoas que são proibidas de prestar testemunho/depoimento. Determina o artigo 277 do CPP, que são proibidas as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pelas partes interessada, quiserem dar o seu testemunho.

De acordo com Pacelli (Pacelli *apud* Tourinho Filho, 1992, p.216) “Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...]”

2. TEORIA DA PROVA TESTEMUNHAL

Devido a evolução da sociedade, começaram os litígios ter cada vez mais frequência. Para resolver uma lide, pretensão a um direito resistido, mister se faz necessária a apresentação de provas, para garantir a tutela de certo direito, entre elas, está à prova testemunhal, tão importante para o descobrimento da verdade real. Para alguns autores, esse conceito de lide é ultrapassado no direito processual penal, já que a acusação é feita por um membro do Ministério Público, o qual ele representa.

O problema surge quando nos perguntamos o que seria à *verdade*. Até onde podemos assegurar que está prova testemunhal pode ser uma grande aliada? Como saberemos se ela está sendo eficiente, justa, etc. (LOPES JÚNIOR, 2018). Será que ela será sempre uma aliada ou podemos encontrar falibilidades nesse tipo de prova.

A testemunha é o indivíduo que, não sendo parte nem sujeito interessado no processo, depõe perante um juiz sobre fatos pretéritos relevantes para o processo e que tenham sido percebidos pelos seus sentidos (BADARÓ, 2015).

A prova testemunhal já levantou muito a sua incerteza e controvérsias, principalmente no direito canônico. O testemunho de uma pessoa considerada nobre tinha mais valor do que aquele considerado pobre. Também no próprio direito canônico, havia exemplos, de quem estivesse o maior número de testemunhas era quem estava certo sobre a questão. Muitas vezes, a parte já entrava favorecida.

Infelizmente, nesse período o que contava era a fama, o sexo, a posição social (que ao meu ver ainda há resquícios disso atualmente), a posição social das testemunhas (v.g. caso dos EUA, onde a testemunha, não vai fardada, justamente, para a farda não pesar na hora de seu depoimento. Quanto a prova e apreciação de provas pelo julgador, essa era com crítica lógica e racional.

Devido a falta de infraestrutura de nossas delegacias, muitas delas defasadas e com um ambiente de trabalho precário, às nossas polícias judiciárias – em regra – acaba tendo a prova testemunhal como meio principal de prova no nosso sistema criminal. Segundo Arury Lopes Júnior, a prova testemunhal comina por ser a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias deferidas.

O processo Penal, normalmente envolve uma controvérsia fática. Há uma imputação de fatos penalmente relevantes para o acusador ou pelo próprio querelante

e a negativa de tais fatos pela defesa. Vários autores reconhecem a grande dificuldade de reconstruir a versão histórica dos fatos ou, pelo menos a mais próxima da verdade, de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação, a admissão, a produção e a valoração de provas. Atualmente, tem-se consciência de que a verdade absoluta ou ontológica é algo inatingível.

A prova, em regra, é produzida, em contraditório e ampla defesa. É obrigatória a observância do contraditório e ampla defesa, devemos observar bem para não haver julgamentos equivocados. A prova deve ser produzida na presença do juiz e essa presença pode ser direta ou remota. Durante o processo, o juiz é dotado de certa iniciativa probatória, a ser exercida de maneira residual. Tem por finalidade, auxiliar na formação da convicção do juiz.

De acordo com Nucci,

a palavra prova, na análise conceitual, admite três acepções: a) Ato de provar que envolve o próprio procedimento probatório, onde se verifica a exatidão e a verdade do fato que se pretende provar; b) Meio Probatório que é o instrumento utilizado para a demonstração do que foi alegado (ex. testemunha, perícia, etc); c) Resultado da ação de provar a prova representa a própria finalidade almejada, qual seja, o convencimento do julgador.

A “verdade” atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram. (GUSTAVO BARDARÓ, 2015, pág. 377).

Em sentido amplo, *provar* significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Em sentido estrito, a palavra *prova* tem vários significados. (GRINOVER, 2005, p.385)

A palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro.

Na verdade, há três acepções da palavra prova: **1) Prova como atividade probatória:** consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento. Nesse sentido, identifica-se o conceito de prova

com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse a solução da causa. (DINAMARCO, 2001. P. 43)

Segundo Guilherme Nucci:

Há fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se pelo instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de provas oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, 2016, p. 237).

Quanto a fase de produção da prova, a regra do processo penal é que as provas podem ser produzidas a qualquer tempo, incluindo a fase recursal, e até mesmo em segunda instância[...] (PACELLI, 2018, p.354).

Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada prova física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de provas. (RUDÁ, 2013 p.142)

Com as alterações produzidas pela Lei nº 11.690/08, passou a constar expressamente do art. 155 do CPP a distinção entre provas e elementos informativos. A palavra **prova** só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa[...]

Por outro lado, **elementos de informação** são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes.

2.1. O Sistema de Apreciação de Provas

O sistema de apreciação de provas são basicamente três. Nós temos a livre convicção que é o método concernente a valoração livre ou a íntima convicção do magistrado que significa que o magistrado não precisa ter necessidade para as suas motivações.

Para Nucci:

A nova disciplina do controle de apreciação da prova integra o sistema da persuasão racional, pois continua a permitir que o magistrado forme a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório, desde que o faça motivadamente e calçado nos parâmetros constitucionais acerca dos limites ideais para a produção da prova. (NUCCI, 2016, p.239).

É o sistema que prevalece no Tribunal do júri já que os jurados não motivam o voto. (NUCCI, 2016, p.238). Temos também o método da prova legal, que é aquele método ligado a valoração taxativa ou tarifada da prova. Que preestabelece um valor para cada tipo de prova, isso faz com que o juiz fique adstrito ao que o legislador estabelece.

A realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados, no caso, na imputação feita no processo penal. A verdade, portanto, é aprendida e não construída. (BADARÓ, 2015, p. 372).

Ainda segundo Gustavo Henrique Badaró:

Todavia, “a verdade judicial”, até mesmo por força de limitações legais decorrentes das regras sobre a admissão, produção e valoração da prova, jamais será uma verdade absoluta. Trata-se, pois, de uma verdade necessariamente relativa que seja a “maior aproximação possível” daquilo que se denomina verdade, *tout court*. (BADARÓ, 2015, p. 378).

Atualmente, ainda há resquícios desse método, por exemplo, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para a produção de provas, v.g., art. 158 do CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão.

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz a respeito do respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela produção. (PACELLI, 2018, p. 355)

E, por último, temos a persuasão racional que é um método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Esse é o sistema majoritariamente adotado pelo Código de Processo Penal pátrio, que se encontra, inclusive, fundamento em nossa Constituição Federal de 1988.

Nas palavras de Paulo Rangel, “os meios de provas que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer a verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. (RANGEL, 2014, p. 163).

2.2. O Garantismo Penal

Podemos notar que há concepções diversificadas de Constituição e Constitucionalismo. Uma de suas características é a ideia da submissão de um dos poderes públicos a uma gama de séries de normas superiores.

Segundo Ferrajoli: existe uma concepção “garantista” do constitucionalismo. O constitucionalismo rígido, é um reforço do positivismo jurídico e não uma superação – por ele alargado em suas escolhas, ou seja, os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais que devem nortear a produção do direito positivo. (FERRAJOLI, 2010, p. 99).

Roxin diz “Um conceito de um bem jurídico vinculante político-criminal só pode derivar dos valores garantidos na Lei Fundamental, do nosso Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais são marcados os limites da atividade punitiva do Estado.” (ROXIN *apud* MASSON, 2018).

O princípio da “proporcionalidade” tem raízes na Alemanha. Alguns autores tem inspiração no direito italiano, lá esse princípio é conhecido como “razoabilidade”. Nos EUA o nome mais utilizado é “convivência das liberdades públicas”. (Cleber Masson, 2018, p.108).

O princípio da proporcionalidade destina-se a limitar, a controlar o poder punitivo de Estado, a fazer com que o poder punitivo do Estado seja exercido na quantidade, ou seja, na medida correta. Não se dá para apresentar uma definição objetiva desse princípio. É aqui que se fala, que o princípio da proporcionalidade apresenta uma dupla face. A primeira face é a proibição do excesso, não se pode punir mais do que o necessário para a proteção do bem jurídico. Não se admite portanto a punição exagerada. De outro lado, também apresenta a proteção da proibição deficiente do bem jurídico, em outras palavras, também não se pode punir menos que o necessário para a proteção do bem jurídico. A punição deve buscar a medida exata.

A proibição do excesso é também chamada de garantismo negativo, é uma proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado. De outro lado, a proibição da exceção deficiente, ou seja, insuficiente do bem jurídico, é chamado de garantismo

positivo. Que é a proteção da sociedade contra o arbítrio do Estado. Da mesma forma que o individuo deve ser protegido de uma punição desmedida, a sociedade também tem direito a uma proteção justa. Uma punição insuficiente aquém do necessário deixa a sociedade indefesa. Esse garantismo negativo mais o garantismo positivo foram o chamado garantismo integral ou ainda binocular. Garantismo integral é aquele que olha para os dois lados da relação jurídica penal. Protege os interesses do acusado, mas também tutela os interesses da coletividade, da sociedade como um todo.

O princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade ou do estado de inocência). Decorre do artigo 5º, LVII da CF. Significa que ninguém pode ser culpado antes que advenha sentença penal condenatória em trânsito julgado. Disso decorrem diversas consequências. Havendo presunção de inocência, para que o acusado seja condenado é necessário que ela seja afastada pelas provas produzidas na instrução criminal. Logo, havendo dúvida, o acusado não poderá ser acusado (*in dubio pro reo*).

O princípio ao silêncio, cuja origem deita raízes na Idade Média e início da Renascença (HADDAD *apud* PACELLI, 2000, p.141), é a versão nacional *do privilege against self-incrimination* do Direito anglo-americano. (PACELLI, 2018, p. 392).

O princípio do direito ao silêncio, tradução de uma das manifestações da não autoincriminação e do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir), foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do absolutismo. (PACELLI, 2018, p. 392).

2.3. JURISDIÇÃO

No âmbito do Direito Penal, o manuseio do poder no Estado Democrático de Direito deve ser de forma controlada, evitando-se a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do Poder Estatal. Para se legitimar as sanções democraticamente precisam respeitar os direitos fundamentais e se sujeita à análise de suas motivações, porque o poder estatal deve ser limitado, a saber, somente pode fazer algo – por seus agentes – quando expressamente autorizado.

Conforme as lições de Eugenio Pacelli:

Como atividade e expressão do Poder Público, afirma-se que a jurisdição é *uma*, no sentido de se tratar de intervenção do Estado junto a jurisdicionados, para fins de atuação do Direito ao caso concreto e, mais particularmente, ao caso ou à questão penal. Todos os atos e decisões judiciais, ou seja, os provimentos, de movimentação ou solução, proferidos no processo pelos órgãos investidos de jurisdição, qualquer que seja a

competência do juiz ou tribunal, configuram, assim, manifestação do poder estatal jurisdicional, com aptidão, em tese, para a produção de terminados e específicos efeitos jurídicos. (PACELLI, 2018, p. 207).

A garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas “ter um juiz” exige ter uma juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima e com a máxima eficácia da própria constituição. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 108).

É o poder atribuído, constitucionalmente, ao Estado para aplicar a lei no caso concreto, compondo litígios e resolvendo conflitos. Aliás, a ideia de jurisdição está indissociavelmente ligada a de juiz imparcial, na medida em que, se o processo é um meio de heterocomposição de conflitos, é fundamental que o terceiro, no caso, o juiz, seja imparcial.

2.4. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O artigo 5º, LV, CF, garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa. Segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o contraditório é como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.

Sendo assim, de início, o contraditório pode ser um método de confrontação da prova e a comprovação da verdade. O ato de “contradizer” a suposta verdade alegada na acusação, é um ato prescindível mínimo para uma configuração acusatória.

O núcleo fundamental do contraditório está ligado à discussão dialética de fiscalização recíproca dos atos praticados no processo, ou seja, mantém o fio condutor de alegações mútuas das partes e o direito à audiência.

A essência do processo está na simétrica paridade da participação dos interessados, reforçando o papel das partes e do contraditório. (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 26)

Prevalece o entendimento na jurisprudência e na doutrina que o contraditório é obrigatório apenas na fase do processo, e não na fase investigatória. Por isso, a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do procedimento judicial – que deve ser produzida com a participação do acusador e do acusado, e sob a direta e constante supervisão do órgão julgador.

2.5. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa, garante o contraditório e por ele se manifesta. Pode ser observado por duas óticas diferentes. Sob a ótica de um direito, quando vista pelo acusado, ou como uma garantia, forma vista pela maneira publicista desse princípio, preponderando um processo justo.

Enquanto que a defesa técnica, é exercida por um advogado, dotado de capacidade postulatória, seja ele um advogado constituído ou um defensor público nomeado. Não sendo possível, a defesa técnica por estagiário ou por advogado suspenso por ato disciplinar na OAB.

Se os atos foram praticados por advogado que não estava legalmente habilitado a tanto, deve se reputar violado o direito à defesa plena, efetiva e real. Para que a defesa seja ampla e efetiva, deve-se deferir ao acusado e ao seu defensor tempo hábil para a sua preparação e exercício.

Segundo Ana Cristina Mendonça, no Processo Penal, para que a ampla defesa seja satisfeita, é necessária a observância de um binômio, ou seja, devem estar presentes a autodefesa e a defesa técnica.

A justificação de defesa técnica decorre de uma exigência de equilíbrio funcional entre defesa e acusação e também de uma acerta hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir a pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. (LOPES JÚNIOR, 2018, p.63)

3. EXAPANSÃO DO PROCESSO PENAL

Jesus-María Silva Sánchez, começa a sua obra narrando alguns motivos envolvendo a expansão do direito penal. O autor, cita como a primeira delas, o aumento dos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Há o surgimento de novos interesses ou de novas valorações causadas por interesses já pré-existent (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p.20) .

O surgimento de novas valorações pode ser em conformação ou da generalização de novas realidades que não existiam ou que existiam com uma menor incidência, ou seja, o direito tentando acompanhar o mundo pós-moderno. Um

exemplo que ele demonstra na obra, é a valoração dada ao meio ambiente, que hoje temos um visão desse bem, sendo este um bem escasso.

A evolução sócio cultural é abordada com uma terceira razão dessa expansão, nos levando a motivação de termos uma defesa do patrimônio histórico e cultural. Tendo em mente, que são bens importantes para a nossa história, para a nossa humanidade.

Segundo Cláudio Rogério de Sousa Lira, a atuação do legislador consiste na eleição de riscos à vida em sociedade, que serão “tratados” pela norma penal, ante o caráter fragmentário e subsidiário desse ramo do direito. Podemos observar que devido a globalização, a pluri-identidade dentre outros fatores, tornam quase impossíveis normatizar condutas penais. (LIRA, 2015, p.84)

Não há só uma expansão “razoável” do direito penal, há também uma “expansão desarrazoada”. A primeira é em relação as condutas que recebem uma justa normatização penal. Já a segunda, é em relação quando uma conduta receber uma normatização penal que não seja justa ou proporcional a ela.

Nesses tempos de pós-modernidade, enfrentamos também, novos riscos. Isto decorre das relações socioeconômicas, por exemplo, o bitcoin, uma moeda digital que não imaginávamos ter, gerando uma maior facilidade para as condutas de lavagem de dinheiro ou compras ilícitas, já que se trata de uma moeda criptografada.

O terceiro motivo apresentado pelo autor, é a institucionalização da insegurança, é o que praticamente vivemos hoje em dia. Achando que não há pena justa, que devemos diminuir a maioridade penal, precarização dos presídios, dentre outros fatores. Devido ao aumento da criminalidade, novas tendências criminosas em massa, facções criminosas, etc.

O autor ainda trata das instituições públicas de segurança e dos meios de telecomunicações, as quais sempre passam uma preocupação a sociedade ou uma dúvida quanto ao assunto tratado. Levando a sociedade a sensação de impotência.

Há um acréscimo de dificuldade de proteger vítimas em potenciais, já que vivemos em uma sociedade de contatos anônimos. Silva Sánchez também demonstra que a uma maior identificação social pela vítima do que pelo autor do delito.

Segundo Zaffaroni (2011), o Direito Penal deve se manter o mais próximo possível do Estado de Direito, dessa forma se afastaria do estado policaiesco, manifestado por decisões arbitrárias de poder.

Segundo ainda os estudos de Silva Sánchez sobre a modernização do Direito Penal, diz o autor não ser possível retornar ao modelo penal do século 19, que, embora classificado como “liberal”, segundo ele esse modelo jamais existiu.

Compondo o chamado Direito Penal Moderno, tem-se o fenômeno do Direito Penal de Risco, o Direito Penal Econômico e o Direito Penal do Inimigo.

4. TEORIA DOS JOGOS

O direito certamente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisões, e em que uma ação ótima a ser executada por uma pessoa, vai depender de como se comporta no jogo singular.

Essas situações são como jogos, pois é necessário, que assim como no jogo, as pessoas se decidam por uma estratégia. Uma estratégia é uma plano de ação que responde a reações de outras pessoas (Cooter e Ulen, 2010, p.56).

A teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante. A estratégia é usada de diversas formas, pode ser para ganhar eleições, vencer jogos ou até mesmo ganhar guerras. Isso, a teoria também é aplicada nas estratégias de guerras. Consequentemente, a teoria dos jogos aumentará a nossa compreensão de algumas regras e instituições jurídicas (Cooter e Ulen, 2010, p.56).

Para caracterizarmos um jogo, temos que especificar três coisas: 1. Os jogadores; 2. As estratégias de cada um dos jogadores e por fim 3. Os *payoffs* (ganhos ou retornos) de cada jogador para cada estratégia.

Os grandes nomes da teoria dos jogos são John von Neumann, Oskar Morgenstern e Jhon Nash.

4.1. TEORIA DOS JOGOS E PROCESSO PENAL

Em um texto clássico redigido por Calamandrei, chamado de “O Processo como Jogo”, o autor dizia que decorar todas as regras de xadrez não torna o indivíduo um grande enxadrista, bem como saber as regras processuais, não capacita em si só o indivíduo como um grande jogador processual. É claro que entender de dogmática vai nos fazer ter uma atuação mais adequada e eficaz. O jogo processual pode se

estruturar em três níveis diferentes. 1. O das normas processuais; 2. Do discurso lançado processualmente e suas condicionantes externas ou internas e 3. Da singularidade do processo (do julgador e seus jogadores). Ao mesmo tempo em que cabe tudo em uma estrutura universal.

Não podemos dizer que isso irá substituir a nossa introdução ao direito, mas que é um novo conceito que pode ser utilizado pelo direito. Uma nova forma de pensar o direito. Baseados ou não em informações e estratégias levadas na fase processual e probatória do processo.

Apesar das normas tentarem estabilizar as expectativas comportamentais no processo, o processo está cada vez mais dinâmico, frequentemente buscando fatores externos ao processo. (ROSA, 2018, p.20).

Se olharmos para trás, em toda carreira do direito, podemos observar que não aprendemos a tomar decisões (as chamadas tomadas de decisão), podemos ver que não importam a carreira, seja ela magistratura, membros do Ministério Público, defensores ou advogados. Todos, acabamos aprendendo a tomar decisões com a vivência da profissão. Sem nos perguntarmos o que fazer para otimizar o processo. (MORAIS, 2018, p.13).

A aprendizagem dessas tomadas decisões se dá pela experiência, que é sempre limitada, ao universo de atuação, dos exemplos que temos na academia ou na área de atuação. Não paramos para pensar se devemos estudar mecanismos cognitivos, psicológicos, emocionais, normativos e inconscientes (em potência) comparecer no momento decisório.

Do que foi supramencionado, podemos tirar conceitos mínimos decorrentes da interação processual que acontece em ambiente de incerteza e de assimetria de informação, sem saber, que decisões poderiam ser melhor tomadas mediante a determinado caso.

Logo, a decisão sempre será uma aposta no melhor resultado, dados os múltiplos fatores envolvidos na antecipação das consequências dos atos e efeitos das táticas/estratégias dominantes/dominadas. (Alexandre de Moraes Rosa, 2018, p.16)

É uma tomada de decisão fundamental você saber se comunicar. E pode se comunicar mostrando toda a comunicação sinestésica corporal. Temos um dogma que as nossas decisões são racionais. É a chamada teoria do agente racional. É salutar que temos o controle completo das nossas decisões. Principalmente, na área

do direito, podemos observar o dogma de que a decisão tomada é técnica e racional, não havendo nenhum pingão de emocionalidade.

De nada adianta ter um profissional completamente capacitado nas áreas técnicas jurídicas, mas não saber se comportar ao menor comportamento diferenciado de um profissional mais esperto/estratégico, levando o profissional a perder o seu controle. Passando para um nível de emocionalidade incontido que pode levar ao seu “fracasso profissional”.

Segundo Moraes, ele aponta os limites a teoria dos jogos aplicada ao processo penal. Podendo-se notar que não dá para usar sempre ou de qualquer forma.

A teoria dos jogos, por si, contudo, não consegue dar conta da complexidade de um jogo processual, mas serve de mecanismo formal teórico para que possamos modular as expectativas de comportamento e eleger uma tática mais prudente ou arriscada, dominante ou dominada, vinculada a estratégia. (MORAIS, 2018, p. 82).

Ainda para Moraes (2018, p. 83):

A racionalidade pública pela qual se apurará a responsabilidade da pena a responsabilidade penal do agente (culpabilidade) é o dispositivo do processo penal, pelo qual os jogadores (acusador e defensor) lançarão a argumentação estratégica (pretensões de validade), por meio de táticas utilizadas nos subjogos, mediados pelas normas processuais (regulação da informação-prova), com o fim de obter a vitória (decisão favorável do julgador).

Segundo Moraes (2018, p. 15):

Quem sabe possamos nos situar melhor em um ambiente de incerteza, de escolhas (ir)racionais cada vez mais presentes e que modificam a possibilidade de leitura do design do jogo processual penal. De qualquer forma, o gerenciamento de informações e expectativas de comportamento ganha um aliado em face das dificuldades cognitivas atuais.

5. PROVA TESTEMUNHAL E SUAS CARACTERÍSTICAS

Dentre os diversos aspectos concernentes à credibilidade do testemunho, insere-se, em especial – por ser objeto desse estudo, o da falibilidade da cognição humana. Nas palavras de Altavila, “a falibilidade cerca todos os humanos, de tal

maneira e resultante de tantas causas que a processualística pode ser exata na sua estrutura, mas nunca certeza daquilo que dela resulta em matéria de prova.

Pertinente é a filtragem dos depoimentos. Entretanto, por mais prudentes, íntegras e equilibradas que sejam as testemunhas, indenes a fatores perturbadores, não há como afastar, *a priori*, qualquer contaminação em seus depoimentos. (ALTAVILA, 1967, p. 167).

A testemunha exerce uma função retrospectiva, resgatando da memória a lembrança de um fato passado a fim de dar conhecimento ao juiz sobre aquilo que viu ou ouviu. No entanto por depender da memória humana ou de sua neurofisiologia, está suscetível a falhas.

5.1. PROVA TESTEMUNHAL E TEORIA DOS JOGOS

A prova testemunhal é a mais utilizada no âmbito do nosso processo penal. Os depoimentos devem ser colhidos separadamente (CPP, art. 210). Essas testemunhas devem ser mantidas incomunicáveis para que não haja influência.

Hoje em dia os depoimentos podem ser tomados por videoconferência, isto é, a testemunha pode participar, a distância, do ato realizado na sede do Juízo competente, evitando-se a expedição de carta precatória ou rogatória.

Quando a testemunha/informante é indagada sobre algo que acreditamos em tudo que diz ou duvidamos de tudo? A pergunta formulada deste modo é sem sentido. Isso porque não sabemos se podemos acreditar/duvidar da testemunha até que o “evento depoimento” aconteça e daí possamos extrair o atributo de qualidade e credibilidade (MORAIS, 2015, p. 762).

Em ocasiões que envolvem uma situação estratégica, sendo o jogo não cooperativo, a situação fica mais complexa, já que o resultado depende das decisões dos demais jogadores e é de conteúdo variável, fazendo com que uma estratégia errada leve a falha. No Processo Penal Pátrio, essa situação pode depender de várias posições antecedentes em relação a noções de Direito, por exemplo, o tipo penal, constituição, princípios, regras, norma jurídica etc.

Os próprios jogadores podem chegar a usar blefes, trunfos ou mesmo ataque sutis. O ataque pode ser onde não é esperado, deixando a testemunha desconfortável ou com sua cognição um pouco desestabilizada, balançando as expectativas do jogo

processual. Devemos ter um certo ceticismo dentro do ambiente do processo penal para que possamos fazer perguntas adequadas sobre o conteúdo do depoimento.

Segundo Lopes Júnior (*apud* CORDEIRO, Franco. Op. Cit., pág. 55) “aponta que a objetividade do testemunho, exigida pela norma processual (art. 213 do CPP), é ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos a cada indivíduo, e as impressões integram uma experiência perceptiva, cujo fantasmas variam muito no processo mnemônico (memória).

5.2. FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL ?

É comum que durante a persecução criminal nos deparemos com vários procedimentos que dependem da memória dos envolvidos no fato. Podemos citar a oitiva do ofendido, a oitiva do indiciado, o reconhecimento na fase de inquérito etc.

Atualmente, vemos um alto número de condenações fundamentadas exclusivamente na prova testemunhal, podendo até haver violação de princípios do processo penal e os princípios que regem a prova, em especial o da presunção da inocência, *in dubio pro reo*.

Consideram-se testemunhas todas as pessoas que comparecem perante uma autoridade, em especial a judiciária, para relatar o que sabem sobre um determinado fato juridicamente relevante. (SILVEIRA, 2018, p. 73).

Segundo Costa Tourinho Filho:

Testemunhas são terceiras pessoas que comparecem perante a autoridade policial para externarem suas percepções sensoriais extraprocessuais: o que viu, o que ouviu etc.

Após adotar a nova configuração da inquirição das testemunhas, tendo um sistema semelhante com o *cross examination* que é o do sistema norte-americano, aonde as partes são responsáveis diretamente pela formulação das perguntas à testemunha, o magistrado não poderá se acomodar. Tendo a fiscalização dos atos praticados pelo Ministério Público e pela defesa durante a inquirição, sendo essa fiscalização de fundamental importância para evitar perguntas impertinentes, repetitivas e principalmente indutoras capazes de alterar a memória das testemunhas.

5.3. FALIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL

Não podemos negar a existência da possibilidade da falibilidade da memória humana, da sua sugestão, da manipulação e dos seus equívocos, tanto que é tema cada vez mais relevante no direito, sendo descrito em vários trabalhos acadêmicos. A memória degrada-se pelo fator tempo e outras causas internas/externas, sendo aconselhável que, para haver uma maior eficiência a testemunha tenha a sua oitiva realizada no menor lapso temporal possível.

No mesmo sentido Di Gesu citada por Silveira:

O ideal seria poder trazer aos autos, através da reconstrução da pequena história do delito, aquilo que realmente ocorreu. Contudo, a atividade retrospectiva ou recognitiva não é tarefa fácil e simples, na medida em que envolve uma série de fatores complexos, dependendo, na grande maioria das vezes, da memória, da emoção, da formação de falsas lembranças, entre outros fatores, daqueles que depõem. (SILVEIRA, 2018, p.68)

Os estudos mostram que a maioria das falhas se refere ao uso de técnicas inadequadas e à postura do investigador, podendo estas ser minimizadas, ou mesmo neutralizadas com técnicas apropriadas de entrevista, tendo alguns autores afirmando que com o surgimento da entrevista cognitiva seria a técnica que possuiria mais vantagem. Técnica que é usada no sistema norte-americano.

No processo penal, podemos perceber que a problemática centra-se na produção de prova testemunhal, e até anterior a ela, sendo sua colheita muitas vezes feita de forma imprópria, sem observar qualquer critério ou técnica. Afinal, qual seria o prazo ideal para a produção da prova? Existe a possibilidade de uma menor falibilidade dessa prova, se aplicada a teoria dos jogos, já que tem como base um processo ou um jogador (uma das partes), atuando como um otimizador.

Não podemos tratar a memória/prova testemunhal como uma cópia fiel da realidade vivenciada. Podendo ela sofrer influência de diversos fatores que a transformam em fragmentos de realidade.

A teoria dos jogos pode ser uma importante aliada ao Processo Penal contemporâneo, tendo em vista que a teoria pode em alguns casos fornecer uma melhor estratégia, eficiência e técnica para determinados casos concretos.

A Teoria dos Jogos demonstram que até os ganhos, as perdas, os resultados e até a vontade de otimizar o processo, leva os integrantes de dentro do processo a

influenciar esse jogo processual singular. Partindo desse pressuposto, podemos nos perguntar se o comportamento do julgador, da defesa e da acusação tem a possibilidade de fazer com que a testemunha narre de maneira diferente o que viu, vivenciou ou o que de fato ocorreu. Já que emoções, pressões, cansaço, fome etc, também podem influenciar nesse jogo.

Envolve um critério subjetivo perante as provas testemunhais, muito mais que isso, pode haver até fatores ideológicos que influenciem ou modifiquem a compreensão. Havendo jogos repetitivos, leva o processo ou as oitivas das provas testemunhais uma forma muito mais complexa.

6. CONCLUSÃO

A realização do presente estudo possibilitou uma análise de como a aplicabilidade da Teoria dos Jogos ao processo penal pode nos dar uma nova visão da dinâmica processual, aplicando-o em momentos que sejam possíveis e necessários de uma determinada estratégia processual. Por mais racional que seja o agente/jogador, muitos fatores podem determinar o ganho, a perda, a modificação de uma estratégia, mais que isso, pode chegar a mudar todo o curso de um processo.

A verdade é que até agora, a Teoria dos Jogos e o Direito de maneira geral, tem sido pouco estudado e pouco difundida nas academias jurídicas, havendo um heterodoxo. Podemos ver que, no sul e sudoeste do país, já temos pesquisas em relação ao tema. O estudo de tal teoria por ser de grande valia para a ciência processual moderna.

REFERÊNCIAS

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 847 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 146 p.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110 p

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 571 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 13º ed., Rio de Janeiro: Editora GEN, 2016;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 864 p.

SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. **WARRANTY CONSTITUTIONALISM AND NEOCONSTITUTIONALISM**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011. 19 p.;

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**, Vol. Único. Salvador: Editora JusPodivm, 2018;

MASSON, Cleber: **Direito Penal esquematizado**. Vol. 1 Parte Geral. São Paulo: Editora Método, 2017;

RUDÁ, Antonio Sólon. **Uma Breve História do Direito Penal e da Criminologia: Do Primitivismo Criminal a Era das Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013;

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22º ed., São Paulo: Editora GEN;

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. **Direito Penal na Pós-modernidade: A Racionalidade Legislativa para uma Sociedade de Risco**. 2º ed. Curitiba: Editora Juruá, 2015;

RIBEIRO, Thalita da Silva. **A Tendência Expansionista do Direito Penal**. Monografia. Universidade Federal de Roraima, 2015;

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Mária. **A expansão do Direito Penal nas Sociedades pós-industriais**. 3. Ed. Trad. De Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a teoria dos jogos**. 4º ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017;

ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos Jogos e Processo Penal: A Short Introduction**. 3º ed. Florianópolis: EMaiseditora, 2018;

ROSA, Alexandre Morais da. **Procedimentos e Nulidades no Jogo Processual**. Porto Alegre: EMaiseditora;

SILVEIRA, Karine Darós. **Falsas Memórias e Processo Penal**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018;

SOUSA, Célia Regina Nilander de. **Teoria dos Jogos e o Direito Penal**. IN: Revista Pensamento Jurídico. Vol. 10. Nº 2.Jul./ Dez. , 2016.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano; SILVA, Klarissa Almeida. **A Reforma Processual de 2008 e a Efetivação dos Direitos Humanos**. IN Revista de Direito GV. São Paulo, julho – dezembro 2012;

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5º ed. – Porto Alegre. Editora: Bookman, 2010;

ALTAVILA, Jayme. **A Testemunha na História do Direito**. São Paulo: Melhoramentos, 1967;

SOUZA NETO, Nilton Soares de. **A RELAÇÃO DO RIO DE JANEIRO NO BRASIL IMPERIAL**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 2005, Londrina. **Anais...** . Londrina: Anpuh, 2005. p. 1 - 8. Disponível em: <<http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/anpuhcnacional/S.23/ANPUH.S23.1463.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

CALAMANDREI, Piero. **Introducción Al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**. Argentina: Bibliografica Argentina, 1945. 232 p. Prologo de Eduardo J. Couture.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano; SILVA, Klarissa Almeida. A REFORMA PROCESSUAL PENAL DE 2008 E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DO ACUSADO. **Revista de Direito Gv**, São Paulo, v. 16, n. 8, p.677-702, ago. 2012. Semestral.

RIBEIRO, Thalita da Silva. **A TENDÊNCIA EXPANSIONISTA DO DIREITO PENAL**. 2015. 47 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Estado de Roraima, Boa Vista, 2016.

