

## A TEORIA DOS JOGOS PROCESSUAIS: O ASPECTO HUMANO E AS INTERAÇÕES NO AMBIENTE DO PROCESSO PENAL.

Lucimara Machado Pertel (IC), Fabiano Augusto Petean (Orientador)

**Apoio:** PIVIC Mackenzie

### RESUMO

O presente texto objetiva a compreensão acerca da Teoria dos Jogos onde a matemática aplicada analisa estratégias onde os jogadores optam por diferentes escolhas na tentativa de melhorar seus resultados. A Teoria dos Jogos foi inicialmente desenvolvida como ferramenta para compreender o comportamento econômico e hoje é utilizada nos mais diversos campos, principalmente nos das ciências políticas, ciências militares, ética, jornalismo e mais recentemente na ciência da computação com os avanços da inteligência artificial. Surgindo em 1944 depois da publicação de "The Theory of Games and Economic Behavior" de John von Neumann e Oskar Morgenstern, a Teoria dos Jogos aplicada ao Direito Penal, visa encontrar estratégias racionais onde o resultado dependa não somente da sorte, mas das estratégias escolhidas pelos operadores do direito e por outros agentes onde cada qual possui uma estratégia diferente, porém com um único objetivo comum: buscar a vitória no processo. Buscar a verdade pode parecer uma missão quase impossível, porém compete aos advogados vencer essa luta no processo, onde a verdade é sustentada por teses opostas podendo as partes estarem quase sempre de boa-fé, uma vez que cada um representa a verdade tal como veem sob a perspectiva de seu cliente. A teoria dos jogos atua através da matemática, equacionando os conflitos e focando nas estratégias utilizadas pelos jogadores para que se possam obter o melhor resultado ou o resultado almejado, pois o ambiente do processo penal não se admite empate.

**Palavras-chave:** Estratégia. Comportamento. Jogos.

### ABSTRACT

The presente text aims at understanding the Game Theory where applied mathematics analyzes strategies where players opt for different choices in an attempt to improve their results. The Game Theory was initially developed as a tool to understand economic behavior and today it is used in a wide range of fields, mainly political sciences, military sciences, ethics, journalism and more recently in computer science with the advances of artificial intelligence. Arising in 1944 after the publication of John von Neumann and Oskar Morgenstern's "The Theory of Games and Economic Behavior", Game Theory applied to Criminal Law aims at

finding rational strategies where the outcome depends not only on luck but on the strategies chosen By the operators of the law and by other agents where each has a different strategy, but with a single common goal: to seek victory in the process. Seeking the truth may seem almost impossible, but it is the duty of lawyers to overcome this struggle in the process, where truth is sustained by opposing theses, and the parties may almost always be in good faith, since each represents the truth as they see it From the perspective of your client. The theory of games acts through mathematics, equating the conflicts and focusing on the strategies used by the players so that they can obtain the best result or the desired result, because the environment of the criminal process no tie is allowed.

**Keywords:** Strategy. Behavior. Games

## 1. INTRODUÇÃO

Desde pequenos, ainda em nossa infância aprendemos a brincar e brincando aprendemos a jogar. Começamos com os jogos mais básicos como o esconde-esconde, o jogo da velha e o jogo de dama por exemplo.

Tanto os jogos de rua, como os de tabuleiro, eles têm em comum a tomada de decisão, que tem que levar em conta a ação dos outros jogadores; assim um damista ao movimentar uma peça é preciso estudar mentalmente as possibilidades de jogadas antes de mover sua peça. Se este não analisar os possíveis movimentos futuros, estará fadado a derrota e pouco provavelmente ganhará a partida contando apenas com a sorte, isto podemos chamar de decisão estratégica.

Na maioria dos jogos não existe nenhuma predominância de estratégia, isto é, a eliminação sequencial de estratégias dominadas cessa antes que as estratégias de todos os jogadores tenham sido reduzidas a uma, indo até onde podemos ir, quando não há mais estratégias para eliminar. Normalmente os jogadores ficam com duas estratégias, onde uma parece ser perfeita para determinado jogador, e este acredita fielmente que seu oponente adotaria esta mesma estratégia escolhida por ele.

Para que possamos compreender tal tática, temos como exemplo um texto de “O Dilema do Prisioneiro”, que foi criado por Merrill Flood e Melvin Dresher, em 1950, apresentado por Robert Nozick da seguinte forma: (Rosa, 2013, p. 03-04).

“Um delegado oferece a dois prisioneiros que aguardam julgamento as seguintes opções: (a situação é simétrica para os prisioneiros; eles não podem se comunicar para coordenar as ações em resposta à proposta do delegado ou, se puderem, ele não tem nenhum meio para forçar qualquer acordo que possam desejar) se um prisioneiro confessar e outro não, o primeiro é liberado e o segundo recebe uma pena de 12 anos de prisão; se ambos confessarem, cada um recebe uma pena de 10 anos de prisão; se nenhum confessar, cada um recebe uma sentença de 2 anos.”

Pimentel (2007,p,12) explica:

“Qualquer que seja a ação do outro, cada prisioneiro obtém um resultado melhor para si se confessar, isto é, se não cooperar com o seu parceiro. Imaginemos que o prisioneiro A confesse. O prisioneiro B pode confessar e ambos pegam 10 anos de prisão, ou não confessar e pegar 12 anos de prisão: o melhor é confessar. Se A não confessar, B pode confessar e ficar livre, ou não confessar e pegar 2 anos de prisão. Mais uma vez, o melhor é confessar. O que quer que A faça, o melhor resultado individual para B é confessar, isto é, não cooperar e entregar o companheiro. O mesmo raciocínio vale para A.

O que há de paradoxal nesta situação, no entanto é que ao buscar o maior benefício individual, ambos chegam a um resultado pior do que aquele que teriam obtido se tivessem cooperado.

De fato, se ambos confessarem, ambos terão uma pena de 10 anos, se nenhum dos dois o fizer, terão uma pena de 2 anos. Há um conflito entre o cálculo do benefício individual e o melhor resultado coletivo. Se julgarmos que a decisão racional é aquela que leva o maior benefício individual, dois agentes que tomassem suas decisões seguindo um cálculo racional não conseguiriam o melhor resultado. Dito de outro modo, se ambos os jogadores confessarem, cada um irá piorar o resultado obtido do que aquele obtido se não confessar, mas é possível atingir uma solução melhor para ambos se ambos desistirem de confessar”.

Tanto nesta problemática como em muitas outras, podemos supor que cada jogador quer aumentar e muito a sua própria vantagem sem se importar com o resultado obtido pelo outro jogador. Infelizmente, neste caso, cada jogador é incitado de forma egoísta a defraudar o outro e este é o ponto-chave do Dilema do Prisioneiro. Este jogo é muito importante para entendermos certas teorias de cooperação e confiança humana, na prognose de que as transações entre duas pessoas que exijam confiança podem ser modeladas pelo dilema do prisioneiro.

O ambiente do processo penal possui uma visão linear, organizada e idealizada onde cada operador do direito possui o seu lugar no jogo, então como podemos romper com essa visão articulando um sistema de pensamentos com múltiplas possibilidades de comportamentos estratégicos dentro do processo penal?

Mesmo quando o processo possui um alto grau de complexidade, este está cheio de imprevisibilidade; acentuado pelas táticas, estratégias, em domínios variáveis.

Como em um jogo é preciso organizar-se e reorganizar-se, intelectualmente e fisicamente, armando-se taticamente com rapidez, e isso depende também de condições exteriores, variáveis. Por exemplo: um alpinista que tem que se equilibrar sobre grandes paredões rochosos em suaves movimentos, tornando sua escalada um desafio constante, por isso mesmo, também imprevisível.

Contudo, dentro de outros jogos esportivos nos quais a imprevisibilidade não aparece tão obviamente, assim como jogos em equipe, porém ninguém é capaz de prever o movimento exato do outro e as reações são repentinas, tanto as reações psicológicas inesperadas como as reações físicas do corpo do outro.

Todo jogo é regrado, que se desenrola dentro de regras convencionadas e racionais, aceitas e entendidas por todos os jogadores, mas também dentro destas está a emoção, e portanto, por isso possui alta dose de imprevisibilidade.

Inserida no movimento, a imprevisibilidade do ir e vir é uma das características de todo jogo, algo que pode lembrar analogicamente o sobe e desce de uma escalada, tanto que, nesse sentido metafórico, todos os jogadores participam de algo próprio uma vez que todos, de um modo ou outro, equilibram-se sobre rochas de um movimento imprevisível.

Outras características naturais de todo jogo são a excitação e a fascinação, isto também se desenvolve na esfera penal.

O seu poder de fascinação pode ser analisado por suas manifestações mesmo fisiológicas: de um lado, a fascinação tem a capacidade de excitar e invadir a intensidade psicológica do homem; por outro lado, há também raízes biológicas para esse sentimento.

São, portanto, explícitos os dois planos em que se põe a experiência do jogo para os homens: o plano subjetivo, do sentimento individual ou coletivo, com raízes biológicas, na natureza, mas que se efetivam no plano da alma humana e de sua vaidade.

No Processo Penal, como não há empate, busca-se a vitória, a liberdade que fora perdida, ou restituição de seus direitos.

## **DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO**

### **O Processo como um jogo**

Tabuleiros, quadras, mesas, papéis e regras são ferramentas básicas para se iniciar um jogo e um processo, para Calamandrei (2015, p. 35).

[...] o duelo é uma guerra aprisionada em vez de *bellum omnium contra omnes* ('a guerra de todos contra todos'). É a guerra ente somente dois, entre campeões. Em certa medida, o processo é um combate, que, em certos tempos e entre certos povos, é realizado com armas: o êxito do duelo reflete o juízo de Deus.

Mais tarde, os meios de combate se transformaram, e a relação entre vencer e ter razão foi invertida. Ocorreu que o vencedor não era o que tinha razão, e sim quem tinha razão era o vencedor. Contudo, o vencer e o perder, que

continuam significando as sortes do processo, ainda expressam um conteúdo bélico: estruturalmente, o processo é semelhante ao jogo, mas funcionalmente, à guerra. *Ne cives as arma veniant* ('para que os cidadãos não chegam às armas'), diziam os romanos: recorre-se ao juiz para não recorrer às armas. Em suma: o processo é um jogo terrivelmente sério.

O processo penal muda de cenário, tendo tribunais e tribunais de júri como arena para a solução destes conflitos e em alguns casos, a sociedade poderá participar deste espetáculo, mas sua participação será superficial, apenas como espectadores.

Para que possamos elucidar a ideia de processo e o que significa, Carnelutti (2015,p. 41) diz que “processo” é aquilo que se alude a um desenvolvimento gradual feito ao longo do tempo. “Proceder” significa algo em torno de ‘dar um passo após outro’.

Assim para ele o processo possui suas divisões e particularidades. A sua serventia e finalidade. Carnelutti (2016, p. 39-40).

O processo penal sugere a ideia de pena; e esta, a do conflito. Por isso, o processo penal corresponde ao direito penal, assim como o processo civil corresponde ao direito civil. Mais concretamente, o processo penal é executado para castigar os delitos, inclusive para castigar os crimes. A propósito é preciso recordar de que não se castigam somente os delitos, mas também aquelas perturbações sociais menos graves, chamadas de contravenções.

Uma vez que os delitos perturbam a ordem e que esta é uma necessidade da sociedade, cada delito deve receber uma pena, para que as outras pessoas se abstenham de cometer outros delitos e que a mesma pessoa a qual os tenha cometido possa recuperar a liberdade, que é o domínio de si, e, com esse valor, a capacidade de reprimir as tentações, as quais infelizmente costumam espreitar-se ao longo do caminho. Se alguém roubar, haverá delito; se for para a prisão, haverá pena.

Sendo assim, não podemos entender o processo como uma vingança do Estado e sim como um procedimento natural para que as pessoas possam conviver de forma harmoniosa e pacífica, porém o Estado tem como ferramenta para manter essa ordem a força punitiva que antes deve passar por um devido processo legal.

### **As partes**

Buscando-se entender as posições de cada parte no processo penal, temos a posição de julgador, onde estão os juízes, os desembargadores e os ministros. Na posição de

jogadores estão: a acusação, o assistente de acusação, o defensor e o acusado. Lembrando que os julgadores não são jogadores, pois estes possuem a sua imparcialidade, e devem pesar as duas teses opostas tanto da defesa quanto da acusação, assim como se dá os dois pesos da balança.

Ao contrário dos jogos comuns, onde as partes são cartas e peças, no processo penal lidamos com pessoas, e estas possuem interesses, personalidades, sentimentos, ídolos, e uma vida.

No decorrer de nossas vidas adquirimos uma formação dada por nossos pais, tais como educação e princípios, mas herdamos deles também características genéticas que trazemos conosco mesmo que não queiramos e estas mesmas iremos carregar conosco por toda a nossa vida.

Para se ter um melhor entendimento do aspecto humano e as interações no ambiente do processo penal, precisamos entender a importância dessas características e como elas podem influenciar no processo negativamente ou positivamente e como poderemos utilizá-las.

Depois de cometido determinado delito, inicia-se o jogo.

Constitucionalmente, o réu tem o direito de permanecer calado, assim como tem o direito também ao contraditório e a ampla defesa.

Para o exercício de seu direito, o acusado pode optar por contratar um advogado particular ou poderá através do Estado utilizar os serviços de um defensor público. Para Calamandrei (2013, p. 93-94) essa é uma escolha de suma importância, pois ao optar por um advogado particular, é adequado ao paciente saber escolher seu advogado pela sua capacidade pessoal e profissional, pois a partir desta escolha, seu processo poderá tomar rumos bem diferentes.

“ É surpreendente a constância com que os clientes, ao escolherem os advogados, procuram encontrar neles as qualidades opostas àquelas que são apreciadas pelos juízes.

Os juízes gostam de advogados discretos e lacônicos e os clientes queremos verbosos e prepotentes; os juízes detestam os “habilitados” e os clientes veem na abundância de expedientes de habilidade a manifestação mais preciosa do gênio da advocacia; os juízes preferem o defensor que, na exposição da sua tese, conta com a excelência objetiva dos seus argumentos

[...]

Útil é o advogado que fala apenas o estritamente necessário, que escreve clara e concisamente, que não estorva o Pretório com a grandeza da sua personalidade, que não aborrece os juízes com sua prolixidade nem coloca desconfiados com suas sutilezas – isto é, exatamente o contraditório do que certo público entende por “grande advogado”.

Todo juiz deve por obrigação agir com imparcialidade em um processo, mas não podemos esquecer que ele é um ser humano, dotado de sentimentos, e por mais frio e imparcial que este seja ou demonstre, no seu íntimo ele já traz consigo algumas convicções que poderão ou não ser demonstradas no decorrer ou até mesmo no final do processo através de sua sentença.

É interessante essa análise de Calamandrei, pois nos abre a visão de uma possibilidade de estratégia desde o início do processo, já iniciando com a escolha de um advogado com determinadas características que agradam segundo o autor, alguns juízes.

Quando um advogado inicia em uma causa, a relação de confiança entre o advogado e o seu paciente é de suma importância, pois somente a partir da verdade ou daquilo que entendesse por verdadeiro após a narrativa do acusado é que o seu advogado poderá atuar em sua defesa e aplicar-lhe a lei mas benéfica. Barros (2010, p. 31) em sua obra cita a importância da verdade no processo como sendo um meio para se chegar a finalidade do processo: produzir justiça.

“Além de ser fruto da inteligência, a verdade é algo sublime para o homem, e por isso ele a busca, persegue-a sem trégua em todas as atividades que exerce. É lógico afirmar que a busca da verdade constitui a aspiração máxima do intelecto.

[...] o vínculo umbilical que liga a reconstituição histórica dos fatos ao dever estatal de responder com a prestação jurisdicional justa e adequada às provas dos autos.

É mister descobrir a verdade para que a lei possa ser aplicada corretamente. E descobrir a verdade é oferecer conhecimentos capazes de convencer alguém (no caso o julgador) da existência ou inexistência de determinado fato, ou seja, uma relação de identidade, de adequação ou de acordo entre nosso pensamento e as coisas que constituem seu objeto (*adaequatio mentis et rei*)”.

Os romanos já diziam que nada é mais doce do que a luz da verdade (*nihil est veritatis luce dulcius*), e é somente através da busca pela verdade que o direito se estabelecerá ou então poderá ser estabelecida uma verdade provável.

Os advogados atuam no processo como historiadores, recolhendo informações sobre os fatos, escolhendo aqueles que julga serem mais relevantes ao processo, descartando aqueles de menor importância ou que não sejam favoráveis à sua defesa.



Ao armar a sua jogada, o advogado não deve inventar fatos para não ferir a ética profissional e a idoneidade do processo, mas ele poderá escolher dentre os fatos aqueles que irá apresentar ou descartar, articulando as provas coletas para a apresentação da sua tese.

Incumbe ao membro do Ministério Público (na figura do acusador) o ônus da prova da materialidade do crime contra o acusado, imputando-lhe a culpa somente quando devidamente comprovada ou desde que as provas coletas presumem culpabilidade do réu sobre determinado delito, porém mesmo estando na figura do acusador, também é função do *parquet* buscar a verdade.

Se não houverem provas suficientes, provas duvidosas ou aquelas que foram coletadas de maneira ilegal, também é função do Ministério Público zelar pela justiça para que um inocente não venha a ser condenado injustamente por um crime que não cometeu ou não conseguir provar a culpa e um acusado sair impune de um delito cometido.

O Ministério Público atua em defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade, enquanto o advogado atua visando unicamente o interesse do acusado e é por este motivo que os promotores de justiça são vistos com maior rigidez pela sociedade e pelos acusados.

A figura do juiz também deve ser muito bem estudada pelo advogado, pois apesar de não ser parte do processo, não ser um jogador, o juiz é uma figura muito importante, pois será ele quem dará a sentença final para aqueles crimes que não forem cometidos contra a vida, por isso é tão importante para o advogado conhecer as mensagens provindas da personalidade do juiz.

Um estudo mais criterioso sobre a pessoa do juiz e do promotor pode fazer toda a diferença no andamento do processo. Este estudo não visa burlar o sistema, mas sim apenas de conhecer ou tentar deduzir por qual caminho seguir, pois todo advogado ao receber a denúncia de seu paciente este já tem que começar a armar a sua defesa, sua primeira jogada.

Uma maneira bastante interessante de se estudar os dois membros do Estado é buscar ler em processos anteriores o seu trabalho.

Como desenvolveram uma linha de raciocínio, por qual caminho seguiram. No caso dos juízes, pode-se ler as sentenças já proferidas anteriormente - quais as suas teses e fundamentação para uma condenação e até mesmo o seu próprio modo de ser, como gestos, trajas, o modo de falar, seu controle pessoal ou como se comporta em sociedade podem dizer muitas coisas sobre ele, pois assim é mais fácil armar uma jogada ou fazer uma defesa, quando este conhece a personalidade do juiz.

Outro item importante para ser observado ou conhecido, é saber se ele é um juiz garantista, aquele que garante que aos cidadãos que sejam cumpridos estritamente, todos dos ditames constitucionais, como parafraseou Ferrajoli, são o “um” contra “todos”!

Esta característica poderá ser uma das mais difíceis de ser notada, pois dentro da própria corporação estes poderão sofrer preconceitos, por serem tidos como “defensores de bandidos”.

Beneti (2003, p. 108 e 111) também era um observador e faz uma referência sobre a importância desta análise do estilo de um juiz.

“Há o estilo do Juiz, como há o estilo do político, do militar, do artista, do esportista ou do religioso. Cada qual preserva o seu mundo no estilo que lhe é próprio. Não poderá o Juiz, enquanto Juiz, transgredir impunemente o estilo da toga em prol dos modos do artista, ainda que também no momento próprio produza arte, da mesma forma que o artista não misturará a manifestação estética com a esportiva a que porventura se dedique.

A linguagem do Juiz exterioriza-se a todo instante. Todas as formas de expressão judicial merecem o aprofundamento do estudo que venha a traçar os padrões para o preenchimento das melhores condições de prestação da Justiça. Tudo compõe o quadro sobre deontologia da comunicação do Juiz, de que aqui se cuida, embora a ênfase recaia principalmente sobre a linguagem escrita da atividade profissional típica, que é a decisão nos autos”.

[...]

“A formação da decisão, em si, é um ato aninhado das profundezas do sistema psíquico do Juiz, cujas trilhas, nos casos realmente complexos, nem o próprio Juiz possui meios de reconstituir. O mesmo Benjamin Cardozo, apoiado em William James, lembra que “cada um de nós tem, em verdade, uma filosofia básica de vida, mesmo aqueles para os quais os nomes e as noções de filosofia constituem um anátema”, de modo que “há, em cada um de nós, uma torrente de tendências, quer se queira chamá-la de filosofia ou não, que dá coerência e direção ao pensamento e à ação” e “os juízes não podem escapar essa corrente mais do que os outros mortais”. Daí a conclusão de que o poder colocado nas mãos do Juiz é ‘grande e está sujeito, como todo poder, ao abuso; mas não podemos recuar e deixar de concedê-lo’, porque, no longo curso do tempo, “não há garantia de justiça”, diz Ehrlich, com exceção da personalidade do juiz. E esta não é silogística ou matemática, ante as inúmeras variáveis que se abrem, de acordo com a complexidade do caso”.

Portanto o defensor deve como tática de jogo ser também um bom observador ou conhecedor dos seus oponentes, torna-se necessário conhecer suas formas de pensar, sua maneira de agir para que este possa dentro de suas “armas” escolher quais ferramentas utilizar, assim não perdendo tempo ou energia com um argumentos que não sejam persuasivos ou que poderá não surtir o efeito desejado, pois este não fez uma análise prévia para então escolher a sua jogada conforme determinada situação.

## A Barganha

O direito penal atual tem como ferramenta para ajudar o judiciário as chamadas “delações premiadas”. Este é um benefício para aquele réu que aceita colaborar com uma investigação criminal entregando seus companheiros ou passando informações de alto valor.

Assim como citado anteriormente no caso do Dilema do Prisioneiro, esta é uma técnica que possibilita o Ministério Público coletar informações preciosas para a investigação, sendo que sem elas, talvez seria impossível chegar a determinados dados. Contando com a colaboração humana em troca de algum benefício, tal como uma redução de pena ou até mesmo outro benefício que lhe interesse o réu participará então dessa delação.

Esta negociação está amparada pela legislação brasileira e é um benefício legal previsto no Código Penal, na Lei 8.072/90 – Crimes hediondos e equiparados, Lei 9.034/95 – Organizações Criminosas, Lei 7.492/89 – Crimes contra o sistema financeiro nacional, Lei 8.137/90 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, Lei 9.613/98 – Lavagem de dinheiro, Lei 9.807/99 – Proteção a testemunhas, Lei 8.884/94 – Infrações contra a ordem econômica e Lei 11.343/06 – Drogas e afins.

Este termo negociação também é tido como “barganha”, pois para muitos é difícil a compreensão desta troca, pois neste caso são pesados os valores das provas e não apenas a vantagem auferida do delator, porém para este procedimento é necessário a presença do advogado e do promotor

É interessante notar a troca, pois um tem algo que o outro precisa e o outro possui o benefício que o outro precisa, assim através desta barganha consegue-se unir o útil ao agradável.

Segundo a legislação, a colaboração deve conter pelo menos um desses aspectos:

a) identificação de outros autores do crime ou membros da organização criminosa; b) revelação da estrutura hierárquica da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais decorrentes da atividade criminosa; d) recuperação parcial ou total dos produtos das infrações; e) localização da vítima com integridade física preservada.

Os benefícios dos delatores:

a) diminuição de pena de 1/3 a 2/3; b) cumprimento da pena em regime semiaberto; c) extinção da pena; d) perdão judicial.

Este tipo de acordo tem trazido bons frutos para o Direito Penal, apesar de suas particularidades, nem sempre é possível acertar. Caso um delator não possua as informações

necessárias e que interessem ao Poder Judiciário, este seguirá com o seu processo normalmente sem os benefícios almejados.

## A Pena

Para muitos a pena é tida como um castigo, pois através da pena é que vem junto as restrições de direitos, entre uma delas e a mais difícil de se lidar é com a privação da liberdade, pois este é um dos bens mais preciosos de uma vida, principalmente para o homem que tanto tem este direito o de ir e vir guardado e protegido pela nossa Constituição Federal.

A pena serve para dar ao réu o direito de regeneração, de fazer com que este repense em seus atos e reestabeleça o seu valor moral perante a sociedade.

Para que ele possa reavaliar a sua função na sociedade como um todo e o que ele fez para causar essa desordem. E para Carnelutti (2015, p. 36) a pena consiste na *restauração da ordem violada*. Assim se vê que a pena é, naturalmente, um *igual* porque é um *contrário* do delito.

Se aquilo que é feito é feito e não pode converter-se em não feito, a pena poderá, naturalmente, impedir um novo feito, mas não eliminar o que já foi feito, a pena poderá, naturalmente, impedir um novo feito, mas não eliminar o feito já contecido; tal fundamento da inclinação a resolver em *ne peccetur o quia peccatum est*, ou como costumamos dizer, a *repressão* na *prevenção*.

Deste modo, o Estado atua de forma repressiva para reduzir os delitos na sociedade, retirando daquele cidadão que cometeu determinado delito o seu bem mais precioso que é a liberdade, o direito de ir e vir.

Antigamente usava-se a Lei de Talião para a solução dos conflitos, o famoso “Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”. Isto significa que todo o mal que ele cometeu a alguém, este mesmo mal tornará a ele, na justa medida. Nem a mais, nem a menos. Se o acusado tirou uma vida, ele perderá a sua. Se este causou algum dano material a outrem, este terá o seu bem material violado também, o único problema desse tipo de pena é que acumula-se dois males ao invés de um.

No caso de um homicídio aplicando a Lei de Talião, não teríamos então uma correção do réu e sim uma vingança a ele imputada. Para corrigir o réu, é necessário preservar-lhe a vida, assim sendo, matando-lhe este estaria sendo impedido de ter algum tipo de arrependimento.

Neste caso a morte seria mais uma medida de segurança e não uma pena.

Carnelutti (2015, p.80-81) define que o processo penal como pena.

Que a reclusão seja, entre os remédios contra o delito até agora conhecidos, o único que, possuindo, no sentido indicado por mim, eficácia repressiva, responda verdadeiramente ao conceito de pena, não exclui que outros sofrimentos sejam ou possam ser ocasionados ao réu, pelo que os mesmos devam colocar-se entre as penas.

[...]

O juízo penal é um mal para quem o sofre e que, por isso, lhe ocasiona um sofrimento, no que está um caráter necessário, já que não suficiente da pena, é uma verdade manifesta. Só se deve acrescentar que, em certos casos e pontualmente para certas pessoas, este sofrimento, com frequência de longa duração, é mais grave que o que possa sê-lo o ocasionado no caso de condenação, pela pena com a mesma determinada; tanto se esta é leve, o peso da condenação ou, em geral, do processo a excede: se pudessem, quantas queriam pagar uma multa ou sofrer a reclusão sem ser condenadas, antes que ser condenadas sem sofrer aquela pena.

Assim, entendemos que por bem ou por mal, o juízo constringe o réu.

Existe nos homens instintos relativos ao comportamento dos demais homens, como o instinto de conservação, sem ser de caráter egoísta. Junto com eles existe um caráter altruísta: como o da caridade, o desejo de manter com os demais, uma relação pacífica e amigável, com a finalidade de acabar com a violência, porém também existem pessoas com o comportamento totalmente contrário, considerando esses com alto grau de agressividade, sendo comum da sua natureza humana este comportamento inaceitável e amoral.

Aplicar uma pena não significa que o Estado resolverá o problema de comportamento deste réu, mas sim que este estará tentando reinserir este indivíduo “tratado” para a sociedade a fim de se evitar que este venha a cometer novos delitos.

Bierman (2011, p. 177), aplica a Teoria dos Jogos em casos de cooperação como sendo uma estratégia de jogo.

A cooperação parece ter sido induzida por uma estratégia semelhante à do ‘olho por olho’ (TFT, do inglês *tit-for-tat*). Essa estratégia é a seguinte: inicialmente coopere; daí em diante, coopere se o seu oponente cooperou no período anterior e desista se ele desistiu no período anterior.

Se ambos os lados adotarem essa estratégia, o resultado será a cooperação sustentada.

Seguindo essa ideia teremos a certeza que ambos terão sucesso em suas transações, visando ao máximo fazer justiça para si ou para o processo como um todo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ambiente do processo penal é um ambiente lúdico que nos permite ver todos os lados do processo, permite nos colocar no lugar do outro.

É notável a importância de se armar estratégias de jogo, tentar agir com previsibilidade, sapiência e habilidade. Conhecer as normas do direito é muito importante para se ter um bom processo, agir com hombridade é muito importante para que se tenha um jogo justo e honesto.

As partes devem estar cientes de seus deveres e obrigações agindo com ética e buscando a cima de tudo praticar a justiça. Estudar a Teoria dos Jogos no ambiente do processo penal é muito importante para o operador do direito, pois possibilita ao mesmo uma visão mais completa do processo, ao analisar as partes, este tem que se colocar no lugar deste, passar a pensar como este pensaria, analisar todas as possibilidades possíveis para se alcançar o resultado almejado, sem uma absolvição ou uma condenação.

É importante que todos saibam do significado do seu papel na sociedade não visando apenas os seus interesses pessoais, mas sim o da coletividade. A máquina do Poder Judiciário serve para reger a vida em sociedade e fazer acontecer aquilo que é justo aos olhos de todos.

“Davi reinou sobre todo Israel, administrando o direito e a justiça a todo seu povo” – 1 Crônicas 18:14, a partir deste versículo, podemos notar que também no campo da religiosidade Deus tem preparado e capacitado pessoas para organizar a vida em sociedade, para se fazer cumprir as regras já existentes com aqueles mandamentos que ele nos deixou.

## REFERÊNCIAS

BIERMAN, H. SCOTT. **Teoria dos Jogos**. H. Scott Bierman e Luis Fernandes; tradução Arlete Simille Marques; revisão técnica Décio Katsushigue Kadota. – 2.ed. – São Paulo : Pearson Prentice Hall, 2011.

Título Original: Game Theory with Economic Applications.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal** / Marco Antônio de Barros. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BENETI, Sidnei Agostinho, 1944 – **Da conduta do juiz** / Sidnei Agostinho Beneti. – 3. Ed. ver. – São Paulo : Saraiva, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados** / Piero Calamandrei; tradução Ivo de Paula - São Paulo: Editora Pillares, 2013.

CARNELUTTI, Francesco, 1879 – 1965. **Como se faz um processo** / Francesco Carnelutti; [tradução Roger Vinícius as Silva Costa]. São Paulo : Editora Pillares, 2015

CARNELUTTI, Francesco, 1879 – 1965. **O problema da pena** / Francesco Carnelutti; [tradução Ricardo Pérez Banega]. São Paulo : Editora Pillares, 2015 Título original: Il problema dela pena.

PIMENTEL, Elson L. A. **Dilema do Prisioneiro da teoria dos jogos à ética**. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos** / Alexandre Morais da Rosa. – 1. Ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013.

**Contatos:** lucimara\_pertel@outlook.com e fabiano.petean@mackenzie.br