

LIMITE PENAL

Faz diferença o advogado *game-changer* no jogo processual?

18 de janeiro de 2019, 8h00

Por Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa e Daniel Kessler de Oliveira

Em determinados esportes, como basquete e beisebol, cunhou-se uma expressão para designar aquele jogador dotado de atributos e atitudes capazes de mudar um jogo, de fazer a diferença, de chamar a responsabilidade para si em momentos decisivos, definindo-o como um *game-changer*.

A partir da concepção do processo penal como um jogo e de sua apreciação através dos preceitos da

Teoria dos Jogos[1], podemos trazer essa figura do *game-changer* para dentro do processo penal e, mais especificamente, analisando a postura e o papel do advogado e da advogada criminalista nesse contexto.

O jogo processual por diversas vezes aparece como um *jogo de cartas marcadas*[2], no qual há uma nítida preponderância dos elementos colhidos no inquérito policial, com a convicção do julgador sendo formada no inquérito e este mesmo julgador (por força da regra da prevenção) adentrando no processo penal tendencialmente contaminado com os elementos colhidos no inquérito policial[3].

Essa situação se apresenta ainda mais gravosa quando esse mesmo julgador deferiu medidas cautelares, sejam elas reais ou pessoais, e com isso já adentrou à análise da questão, sendo informado por uma versão exclusivamente acusatória, de modo a prevalecer a *primeira impressão* do julgador e tornando todas as versões subsequentes mais facilmente refutadas[4].

Todos esses elementos, acrescidos de uma matriz autoritária que condiciona as expectativas e a atuação do julgador[5], em uma sistemática que possibilita uma postura ativa do



magistrado, torna o jogo processual, muitas vezes, um teatro de roteiro pré-estabelecido, um jogo de placar combinado.

Mas há nessa estrutura alguém que esteja (ou deve estar) com intenção e em condições de mudar esse jogo, de ser o verdadeiro *game-changer* desse processo penal: o advogado!

Em uma estrutura concebida tal como esta, não raras vezes se espera que o processo transcorra para o seu desfecho pretendido pela maioria e que a condenação já mentalmente planejada venha a ser legitimada pela observância de um rito procedimental.

O que fará do processo penal um direito para além de um mero procedimento de sucessão de atos é a atuação dos jogadores em respeito e defesa dos direitos trazidos através do processo.

Só que nesse contexto alguém precisa lutar por essa efetivação, alguém necessita estar disposto a enfrentar essa aparente normalidade do fluxo processual rumo à condenação.

Quem está disposto a se arriscar em nome disso? Será o julgador que, observando a Constituição, irá zelar pelo efetivo respeito às regras do jogo processual, podendo anular todo um processo e arcar com os custos sociais de decisões dessa natureza?

Ou será que o Ministério Público, enquanto jogador, arriscaria seu prestígio institucional enquanto órgão investido do poder de acusar para frear atos em contrariedade à legislação processual?

Difícilmente algum desses atores estariam dispostos a *arriscar a própria pele* na defesa dos direitos processuais. Principalmente por não ser isso que se espera (do ponto de vista de expectativas sociais) de sua atuação.

Mas o verdadeiro *game-changer* deve sempre estar disposto a *arriscar a própria pele*^[6], a enfrentar o placar imaginado, o resultado dado como certo, e conseguir mudar o jogo.

Esse parece ser o desafio da advocacia criminal no século XXI: mudar o jogo. Mudar o jogo dentro das regras, mudar o jogo pelas regras, alcançar o resultado lutando para que as regras sejam respeitadas.

Conseguir isso sem desrespeitar limites legais, sem acabar com o jogo, sem romper parâmetros éticos é o que faz um advogado ter sucesso no jogo processual. Por óbvio que, como se diz no jargão futebolístico *cada jogo é um jogo*, as variantes de estratégias, fundamentos e atuações são inúmeras, mas o advogado deve estar sempre em condições de mudar o jogo, e para isso não lhe basta apenas a determinação, é preciso o talento, o

conhecimento da regra e do jogo, pois do contrário a tentativa de mudar o jogo será confundida com antijogo, e isso certamente o conduzirá ao insucesso.

Quantos são os advogados que hoje se debruçam a compreender o jogo processual? Para mudar o jogo, antes de mais nada é preciso compreender e fazer a leitura adequada do processo e dos jogadores. Somente isso fará do advogado um verdadeiro *game-changer*, e não mais um mero coadjuvante a legitimar, com sua mera presença, o jogo processual.

[1] ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2019 (no prelo).

[2] LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

[3] OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A Atuação do Julgador no Processo Constitucional: O juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

[4] Ver <https://www.conjur.com.br/2016-jul-29/limite-penal-voce-sabe-efeito-primazia-processo-penal>.

[5] Ver <https://www.conjur.com.br/2018-dez-21/limite-penal-matriz-autoritaria-condicionante-atuacao-julgador-processo-penal>.

[6] Sobre o tema, ver THALEB, Nassim Nicholas. **Arriscando a Própria Pele: Assimetrias Ocultas no Cotidiano**. Trad. Renato Brett. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

Aury Lopes Jr. é advogado, doutor em Direito Processual Penal e professor titular da PUCRS.

Alexandre Morais da Rosa é juiz em Santa Catarina, doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e professor de Processo Penal na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e na Universidade do Vale do Itajaí (Univali).

Daniel Kessler de Oliveira é advogado, doutorando e mestre em Ciências Criminais (PUCRS) e professor de Direito Processual Penal Universidade Feevale.

Revista **Consultor Jurídico**, 18 de janeiro de 2019, 8h00