ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

GUIA DO PROCESSO PENAL ESTRATÉGICO

Edição Histórica [2021] enviada aos
Players da Comunidade Criminal Player [2024]

de acordo com a Teoria dos Jogos e MCDA-C



CRIMINAL PLAYER
ACADEMIA

GUIA DO PROCESSO PENAL ESTRATÉGICO

Players,

Em fevereiro de 2024 a edição do Guia do Processo Penal está em processo de elaboração.

A edição anterior, de 2021, ainda é operacional.

Considerando que a edição de 2021 está esgotada, a Comunidade Criminal Player decidiu disponibilizar aos membros a versão digitalizada que segue.

Na leitura do material, considere o fato de que o conteúdo deve ser ajustado as alterações posteriores a 2021.

Assim que finalizada a edição 2024, os Players Fundadores receberão a versão física do livro.

Criminal Player Academia

Alexandre Morais da Rosa

GUIA DO PROCESSO PENAL ESTRATÉGICO

De acordo com a Teoria dos Jogos
e MCDA-C

CRIMINAL PLAYER
ACADEMIA

Copyright© *2021* *Alexandre Morais da Rosa*

Editora-Chefe Carolina Rosskamp
Design Editorial Laura Pra Baldi de Freitas
Preparação de Texto Carolina Rosskamp

Conselho Editorial

Aldacir Rachid Coutinho - UFPR
Alexandre Morais da Rosa - UFSC e UNIVALI
Alfredo Coppeti Neto - Unioeste e Unijuí
Ana Claudia Bastos de Pinho - UFPA
Claudio Ladeira de Oliveira - UFSC
Claudio Melim - Univali
Daniela Villani Bonaccorsi - Imed
Denise Schimitt Siqueira Garcia - UNIVALI
Diogo Rudge Malan - UERJ e UFRJ
Eduardo de Avelar Lamy - UFSC
Flávio Pansieri - PUC/PR
Francisco José Rodrigo de Oliveira Neto - UFSC e UNIVALI
Gabriel Real Ferrer - UNIVALI e Universidad de Alicante-ES
Gisela França da Costa - Estácio de Sá-UNESA, UERJ e EMERJ
Jéssica Gonçalves - UFSC
Jorge Bheron Roche - Unifor
Juan Carlos Vezzulla - IMAP-PT
Júlio César Marcellino Jr - UNISUL
Márcio Ricardo Staffen - UNIVALI
Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI
Orlando Celso da Silva Neto - UFSC
Pedro Miranda de Oliveira - UFSC
Roberto Miccù - Universidade de Coimbra-PT

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rosa, Alexandre Morais da
Guia do processo penal estratégico [livro eletrônico] : de acordo com a teoria dos jogos e o MCDA-C / Alexandre Morais da Rosa. -- Florianópolis, SC : Criminal Player Academia, 2021.
PDF

ISBN 978-65-982262-1-3

1. Direito processual penal 2. Processo penal (Direito) - Brasil 3. Teoria dos jogos I. Título.

24-191558 CDU-343.1

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito processual penal 343.1

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais consiste crime (Código Penal, art. 184 e seus § § 1º, 2º ve 3º, Lei da Lei 10.695 de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensãoe e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Criminal Player Academia
Florianópolis/SC

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Para Ana Carolina: eu quero partilhar, eu quero partilhar; a vida boa com você...

Players da Comunidade Criminal Player <fev. 2024>

Acácio Marcel Marçal Sardá - Player 0098/2023
Adriano Calheiros Da Silva - Player 0181/2023
Adriano Oliveira - Player 0090/2023
Adriano Silva - Player 0222/2023
Adrielle Dos Santos Bachega - Player 0059/2023
Adrielle Laura - Player 0312/2024
Ailana Tapias De Souza - Player 0209/2023
Akauã Santo - Player 0045/2023
Alceu Romanowski Junior - Player 0190/2023
Alessandra Galveas De Miranda - Player 0313/2024
Alex Ribeiro - Player 0075/2023
Alex Viana De Melo - Player 0175/2023
Alexandre Francisco C. Mendonça - Player 0162/2023
Aline Barrotti - Player 0035/2023
Alisson Carvalho Fontes De Lima - Player 0046/2023
Aluisio Monteiro De Carvalho - Player 0263/2024
Ana Carolina Filippon Stein - Player 0308/2024
Ana Cristina Mendes - Player 0082/2023
Ana Katheleen Machado Dos Anjos - Player 0032/2023
Ana Paula De Pétta - Player 0146/2023
Ana Paula Mengual - Player 0100/2023
Anderson Alexandrino Campos - Player 0204/2023
Anderson Carvalho - Player 0041/2023
Anderson Da Silva Marques - Player 0107/2023
Anderson Leviski dos S. Modesto - Player 0161/2023
Anderson Van Riel Santos - Player 0121/2023
Andre Dolabela - Player 0071/2023
André Ferreira - Player 0154/2023
André Filipe Sabetzki Boeing - Player 0031/2023
André Vilas Boas Gonçalves - Player 0056/2023
Andrea De Leão Rodrigues - Player 0006/2023
Andreia Fonseca - Player 0151/2023
Andrelize Parchen - Player 0284/2024
Andressa Bernardes De Sene - Player 0118/2023
Andressa Diniz - Player 0061/2023
Anne Ramos - Player 0171/2023
Antonio Carlos Moni De Oliveira - Player 0158/2023
Antônio Chaves - Player 0231/2023
Antonio Graim Neto - Player 0166/2023
Antonio Gustavo Scherner Franci - Player 0237/2023
Arthur Gavioli Segatt - Player 0005/2023
Aulus Souza - Player 0191/2023
Bárbara Sampaio - Player 0243/2023
Bárbara Souza Silva Monteiro - Player 0260/2023
Breno Hoyos Guimarães - Player 0150/2023
Breno Inacio Da Silva - Player 0013/2023
Bruna Xavier - Player 0001/2023
Bruno César Azevedo Isidro - Player 0301/2024
Bruno Danorato Cruz - Player 0101/2023
Bruno Neves - Player 0072/2023
Bruno Soares - Player 0084/2023
Caio Nilsen - Player 0137/2023
Carla Lira - Player 0044/2023
Carlos Eduardo De Cássio Ramos - Player 0177/2023
Carmem Tayna Esteves Ferreira - Player 0282/2024
Carolina Altoé Velasco - Player 0051/2023
Carolina Esperancini Colmanetti - Player 0265/2024
Carolina Miranda - Player 0017/2023
Christian Novais - Player 0202/2023
Cleverson Antonio Cremonez - Player 0239/2023
Clodoaldo Bezerra Jônatas Tenório Ferro - Player 0127/2023
Clodomir Araujo Advogados - Player 0124/2023
Clorivaldo Belém - Player 0267/2024
Cris Chelly Cim Oliveira - Player 0242/2023
Cristina Alves Tubino - Player 0172/2023
Daniel Lima De Deus - Player 0008/2023
Daniela Gomes Da Cruz - Player 0218/2023
Daniele Patrícia Bezerra Nunes - Player 0068/2023
Danielle Uchôa - Player 0028/2023
Danilo Marques Borges - Player 0278/2024

Dellano Sousa E Silva - Player 0286/2024
Dener Felizardo - Player 0079/2023
Deonir Moreira Trindade - Player 0152/2023
Dino Miraglia Filho - Player 0249/2023
Diogo Augusto Biato - Player 0065/2023
Diogo Dadalto Suzano - Player 0280/2024
Diogo Emílio Rezende De Carvalho - Player 0212/2023
Edilene Wanderley Costa Pereira - Player 0011/2023
Edipiana Oliveira Da Cruz - Player 0221/2023
Edmilson Romanini - Player 0025/2023
Eduardo Fonseca Almeida - Player 0091/2023
Eduardo Gouvêa Valdivino - Player 0253/2023
Eduardo Jacob - Player 0189/2023
Eduardo Maines Breckenfeld - Player 0288/2024
Elder Figueredo Arceno - Player 0281/2024
Eliane Peres - Player 0055/2023
Elizabeth Oliveira - Player 0110/2023
Elizeu Pedro De Olanda - Player 0014/2023
Elvio Renato Severo - Player 0096/2023
Emmanuelle Alves - Player 0023/2023
Emmanuelle Vieira Silva Crespo - Player 0294/2024
Enio Antonio Orlando Junior - Player 0047/2023
Evandro Cavalcante De Lima - Player 0296/2024
Fabiana Matos Guimarães - Player 0131/2023
Fabiano Samartin Fernandes - Player 0058/2023
Fabio Amabile Patrão - Player 0216/2023
Fabio Do Nascimento Silva - Player 0002/2023
Fábio Passos De Abreu - Player 0112/2023
Fabricio Coelho Soalheiro - Player 0297/2024
Fabrício Lélis - Player 0015/2023
Felipe André Laranjo - Player 0276/2024
Fernanda De Fabre - Player 0033/2023
Fernanda Jones - Player 0302/2024
Fernanda Meira Werner - Player 0021/2023
Fernando Goulart De Oliveira Silva - Player 0083/2023
Francis Hency Oliveira Almeida De Lucena - Player 0037/2023
Francisco Ortigão - Player 0095/2023
Frederico Pozzatti De Souza - Player 0034/2023
Gabriel Da Silva Almeida Santos Roque - Player 0228/2023
Gabriel Gomes De Oliveira - Player 0274/2024
Gabriel Guzzo - Player 0027/2023
Gabriel Teixeira De Paula - Player 0026/2023
Gabriela Da Silva Mello - Player 0195/2023
Gil Gutierres Aragão De Vasconcelos - Player 0159/2023
Gilles Gomes - Player 0214/2023
Gilmara Andrade Dos Santos Maciel - Player 0105/2023
Gilvan Luiz Hansen Júnior - Player 0088/2023
Giovana Vidigal - Player 0029/2023
Glenda Frances De Moraes - Player 0186/2023
Graciléia Morais De Alcântara - Player 0256/2023
Guilherme Cima - Player 0114/2023
Guilherme Frutuoso - Player 0261/2024
Guilherme Interaminense - Player 0087/2023
Guilherme Juzzo - Player 0198/2023
Guilherme Lobo Marchioni - Player 0268/2024
Guilherme Lube - Player 0149/2023
Guilherme Michelotto Boes - Player 0269/2024
Guilherme Podgaietsky - Player 0070/2023
Gustavo Santana Do Nascimento - Player 0188/2023
Henriene Cristine Brandão - Player 0136/2023
Henrique Tremura - Player 0217/2023
Hilcilei Carvalho Leite - Player 0086/2023
Hilo José De Freitas Moura - Player 0314/2024
Hugo José Regis De Almeida - Player 0139/2023
Iara Souza - Player 0018/2023
Icaro Ruschel Ribas - Player 0206/2023
Igor Henrique Santiago Pires - Player 0050/2023
Ingryd Silvério Dos Santos - Player 0220/2023
Isadora Costa Correa - Player 0147/2023
Ismael Da Conceição Dos Santos - Player 0275/2024
Ismael De Campos - Player 0113/2023
Itane Isabele Correia Billi - Player 0193/2023
Jaime De Paula - Player 0024/2023
Jaime Torrinha - Player 0052/2023
Janon De Meirelles Siqueira - Player 0132/2023
Jesus Henrique Peres - Player 0219/2023
João Marcelo Mendes Carlin - Player 0135/2023
Joao Marcos Alves Batista - Player 0285/2024
João Pedro Balbino Da Silva - Player 0287/2024
João Vinicius Teixeira Da Silva - Player 0248/2023

Joel Geraldo Coimbra - Player 0259/2023
Joelan Debastiani - Player 0246/2023
Jonas Eduardo - Player 0178/2023
Jorge Cespedes - Player 0211/2023
Jose Albino Neto - Player 0270/2024
José Arlindo De Oliveira Silva - Player 0103/2023
José Eduardo Lourenço Dos Santos - Player 0232/2023
Jose Geraldo Araujo Da Silva Junior - Player 0241/2023
José Márcio Mantello - Player 0180/2023
José Paulo Schneider - Player 0012/2023
José Renato Torres De Miranda - Player 0020/2023
Juan Carlo Goll - Player 0085/2023
Juarez Pimentel Mendes Junior - Player 0230/2023
Juliana França David - Player 0016/2023
Juliana Santiago De Castro - Player 0094/2023
Julianalopes Sodré - Player 0272/2024
Juliano Azevedo Silva - Player 0009/2023
Karan Domingues - Player 0245/2023
Kely Brasil - Player 0007/2023
Kenny Laverde - Player 0048/2023
Khalil Aquim - Player 0293/2024
Klaus Luchtenberg - Player 0038/2023
Leonardo Barbosa - Player 0185/2023
Leonardo Couto Vilela - Player 0106/2023
Leonardo De Farias Nóbrega - Player 0183/2023
Leonardo Geliski - Player 0207/2023
Letícia Sinatora Das Neves - Player 0235/2023
Lidiane Maurício Dos Reis - Player 0049/2023
Ligia Kunzendorff Mafra - Player 0187/2023
Lilian Claudia Jorge - Player 0224/2023
Luana De Morais Lima - Player 0062/2023
Lucas Ferreira - Player 0167/2023
Lucas Sobral Tavares - Player 0201/2023
Luciana Chemim - Player 0203/2023
Luciana Roscoe - Player 0283/2024
Luciane Cristina Santos - Player 0155/2023
Luciano Mazeto Barbosa - Player 0117/2023
Luis Alexandre Rassi - Player 0145/2023
Luis Eduardo De Quadros - Player 0109/2023
Luísa Ribeiro - Player 0030/2023
Luiz Fernando Rosa - Player 0129/2023
Luiz Henrique Baldissera - Player 0169/2023
Luma Teixeira Giostri - Player 0262/2024
M Diniz De Jesus Lopes - Player 0244/2023
Maiara Tangerina - Player 0120/2023
Maíra Cazzuni De Lima - Player 0234/2023
Mairisli Wolf De Oliveira - Player 0111/2023
Maísa Lima De Paiva - Player 0233/2023
Marcelo Caldas - Player 0299/2024
Marcelo Peixoto - Player 0069/2023
Marcelo Pereira Dos Santos - Player 0115/2023
Marcia Sarubbi Lippmann - Player 0130/2023
Marco Aurélio Vicente Vieira - Player 0184/2023
Marcus Oliveira - Player 0126/2023
Mariana Silvestrini - Player 0290/2024
Marina Morais Alves - Player 0143/2023
Mário Sérgio Moura Santos - Player 0004/2023
Marivaldo Bittencourt Pires Junior - Player 0122/2023
Marx Pereira - Player 0074/2023
Mateus Della Giustina Guinzani - Player 0064/2023
Matheus Gomes Camacho - Player 0225/2023
Matheus Pisani - Player 0170/2023
Michel Knolseisen - Player 0176/2023
Michelle Aguiar - Player 0196/2023
Milton Da Silva Alves - Player 0311/2024
Moises Rosa - Player 0019/2023
Naiara Moura - Player 0081/2023
Natália Gregório Piedade - Player 0116/2023
Natalia Pedroso De Oliveira - Player 0255/2023
Natalie Silva - Player 0200/2023
Nelson Rangel Luciano - Player 0266/2024
Nestor Rodrigues Silva Neto - Player 0153/2023
Nicolas Da Cunha Lopes - Player 0305/2024
Odair Onofre Gomes Camilo - Player 0022/2023
Odonias França De Oliveira - Player 0102/2023
Ojana Espíndola Borges Nogueira - Player 0003/2023
Oliriomar Augusto Pantoja Monteiro - Player 0060/2023
Oseas Rodrigues - Player 0229/2023
Osmar Dias De Oliveira Junior - Player 0134/2023
Pablo Laranja - Player 0142/2023

Patrícia Jobim Sathler - Player 0168/2023
Paula Maroto Gasiglia Schwan - Player 0213/2023
Paulo Henrique Batista - Player 0306/2024
Paulo Jansen Dos Santos Carneiro - Player 0040/2023
Paulo Jr - Player 0238/2023
Paulo Marzola Neto - Player 0148/2023
Pedroheitor De Mira - Player 0298/2024
Phablo Henrik - Player 0165/2023
Pollyelly Beatriz Florêncio Da Silva - Player 0227/2023
Rafael Fabio Trevisan - Player 0257/2023
Rafael Johnnatan Cavalheiro - Player 0310/2024
Rafael Luiggi Senatore - Player 0277/2024
Rafael Martins - Player 0182/2023
Rafael Moncorvo - Player 0307/2024
Rafael Roza - Player 0089/2023
Rafaela Reisen De Oliveira - Player 0289/2024
Rafaella Ferreira - Player 0292/2024
Raquel Dantas De Assis Ferreira - Player 0078/2023
Raquel Mesquita - Player 0264/2024
Raynery Rarison Oliveira Siqueira - Player 0093/2023
Rebecca Lima Santos - Player 0119/2023
Renata Tcatch Lauermann - Player 0199/2023
Renatho Fernandes Ribeiro - Player 0125/2023
Renato Nobrega Rezende - Player 0309/2024
Renato Rodrigues Gomes - Player 0273/2024
Ricardo Kuhn - Player 0077/2023
Ricardo Rocha - Player 0226/2023
Rita De Cássia Pacheco - Player 0097/2023
Roberto Bona Junior - Player 0210/2023
Robson Fernando Santos - Player 0133/2023
Rodrigo Almeida - Player 0197/2023
Rodrigo Lopes Loyola - Player 0156/2023
Rodrigo Medeiros - Player 0295/2024
Rodrigo Pedroso Barbosa - Player 0279/2024
Rodrigo Reis Gonçalves - Player 0036/2023
Rodrigo Vital - Player 0164/2023
Rogério Marques Da Silva - Player 0138/2023
Rogério Mendes Ribeiro - Player 0141/2023
Romennigh Matos De Santana - Player 0080/2023
Ronie Moreira Cardoso - Player 0291/2024
Rubens Rita Junior - Player 0140/2023
Sabrina Nassif - Player 0053/2023
Sandro Triveloni - Player 0042/2023
Sebiana Vitale Cruz - Player 0157/2023
Sérgio Fernando Maus - Player 0192/2023
Sérgio Hernandez - Player 0223/2023
Silas Rodrigues - Player 0067/2023
Solange Menezes Holanda - Player 0128/2023
Stalyn Paniago Pereira - Player 0173/2023
Sylvia Cristina Gonçalves Da Silva - Player 0254/2023
Thaíla Honorato - Player 0063/2023
Thais Loureiro - Player 0057/2023
Thalys Ricardo Batista - Player 0247/2023
Thiago Bandeira Machado - Player 0163/2023
Thiago Cipriani - Player 0250/2023
Thiago Costa Dos Santos - Player 0194/2023
Thiago Oliveira Tomaz - Player 0123/2023
Thiago Xavier De Souza - Player 0258/2023
Toni Rinaldo Rodrigues De Vargas - Player 0099/2023
Tulio Gustavo Graciano - Player 0236/2023
Valéria Cheque - Player 0043/2023
Valquer Bicalho Barbosa - Player 0039/2023
Vanessa Iablanski - Player 0208/2023
Vicente Teston Machado - Player 0252/2023
Vinicius Encrenazi Rodrigues - Player 0066/2023
Vinicius Magalhães - Player 0205/2023
Vivian Marconi Da Silva - Player 0092/2023
Von Romel Cândido Da Silva - Player 0174/2023
Wander Diógenes De Souza - Player 0215/2023
Wanderley Alves Dos Santos - Player 0054/2023
Warley Freitas De Lima - Player 0104/2023
Weber Lima De Deus - Player 0179/2023
Wesley Portugal - Player 0240/2023
Wesllen Costa Souza - Player 0251/2023
Wilibrando Bruno A. De Araujo - Player 0010/2023
Wilson Knoner Campos - Player 0073/2023
Yonatan Maier - Player 0076/2023

Sumário

< Introdução > 17

< Capítulo 1 >
Processo Penal Estratégico: planejamento e risco / / 29

1.1 Decidir é a Principal Atividade do Processo Penal 29
1.2 *Accountability* dos Agentes Processuais no Processo Penal 31
1.3 O Agente Processual precisa aplicar as normas jurídicas (concorde ou não): Punitivistas *versus* Garantistas 32
1.4 Comportamento dos Agentes Processuais 35
1.5 O Agente Racional e Maximizador de Utilidade (Custo-Benefício) 37
1.6 Custo-Benefício do Comportamento Ilícito 39
1.7 Dissonância Cognitiva (A Busca por Equilíbrio Subjetivo) 40
1.8 Erros, Redes Sociais, Reputação, Cultura do Cancelamento e Linchamento Digital 42
1.9 Processo Penal Estratégico 45
1.10 Tecnologia em apoio à decisão. Processo Penal 4.0. 47
1.11 Agente Processual Humano: *Game-Changer* 49
1.12 Caso Penal: Definição e Singularização 50

< Capítulo 2 >
A Teoria dos Jogos / / 55

2.1 A Teoria dos Jogos como modelo formal da interação humana 55
2.2 Os Pressupostos da Teoria dos Jogos 56
2.3 Elementos da Teoria dos Jogos 57
2.4 Dilema do Prisioneiro (cooperar ou trair) 61
2.5 Dilema do Corajoso 63
2.6 Aplicação da Teoria dos Jogos ao Processo Penal 63

< Capítulo 3 >
A Plataforma RoadMapCrime:
ferramenta de apoio ao Processo Penal Estratégico **/ /** 67

3.1 Pressupostos e Estrutura 67
3.2 A Metodologia Multicritério de Apoio à Decisão Construtivista (MCDA-C) como instrumento do RoadMapCrime 69
3.3 Planos de Abordagem do Caso Penal (Cronológico, Paralelo e Constitutivo) 71
3.4 Planos de Ação como ferramenta metodológica indispensável 72
3.5 Árvores de Decisão 75
3.6 As Etapas do RoadMapCrime: Diagnóstico, Estratégico e Gerenciamento 77
3.7 Primeira Etapa: Diagnóstico (Finalidade de Diagnosticar o Caso Penal) 77

3.7.1 A decomposição do Caso Penal em variáveis mensuráveis **77**
3.7.2 As Áreas de Concentração do Caso Penal (Tipo Penal, Agentes Processuais, Procedimento Legal, Provas e Valoração/Decisão) **78**
3.7.3 Os Planos de Análise (Estrutural, Dominante e Contextual) das áreas de Preocupação **78**
3.7.4 A Avaliação de Risco **82**
3.8 Segunda Etapa: Estratégica (Avaliar e Decidir) **85**
3.8.1 Os Níveis Estratégico, Tático e Operacional **85**
3.8.2 O Teste da Escada EVE (Existência, Validade e Eficácia) dos dados, informações e/ou argumentos **86**
3.9 Terceira Etapa: Execução Monitorada (Monitoramento e Ajustes) **89**

< Capítulo 4>
Dispositivo do Processo Penal / / **93**

4.1 Processo Penal como Dispositivo **93**
4.2 Ordenamento Jurídico **97**
4.3 Normas Jurídicas: Princípios e Regras **99**
4.4 Justiça Negocial e Justiça de Mérito: Entre o *Standard* e o *Privilégio* **101**
4.5 Economia da Confiança e a Desconfiança no Processo Penal **105**
4.6 Sistemas Processuais: Inquisitório e Acusatório **107**
4.7 Devido Processo Legal Substancial **112**
4.8 Lawfare **116**

< Capítulo 5 >
Estrutura do Dispositivo Processo Penal / / **119**

5.1 Jurisdição Penal **119**
5.2 Coisa Julgada (Material e Formal) **124**
5.3 Juiz das Garantias **126**
5.4 Competência **127**
5.5 Ação no Processo Penal **138**
5.6 Duração Razoável do Processo **150**
5.7 Processo Como Procedimento em Contraditório (significativo) **152**
5.8 Paridade de Armas (Defensoria: Custos *Vulnerabilis*) **156**
5.9 Lei Processual no Tempo **159**
5.10 Atos e Prazos Processuais **160**
5.11 *Fair Play*, Confiança, Boa-fé Objetiva e *Doping* Processual **161**
5.12 Nulidades Processuais **171**

< Capítulo 6 >
Agentes Processuais, Conhecimento e RacionalidadeS / / **181**

6.1 Entender o Processo Cognitivo **181**
6.2 Percepção e Atenção dos Agentes Processuais **183**
6.3 A Memória dos Agentes Processuais **188**
6.4 Teoria da Racionalidade Limitada e Teoria da Perspectiva (S1 e S2) **193**
6.5 Heurísticas e Vieses: Rol para Uso **197**

6.6 *Nudge*: O empurrãozinho **207**
6.7 Fatores Biológicos dos Agentes Processuais **208**
6.8 Linguagem Corporal (o fator não verbal) **211**
6.9 Tomada de Decisão: razão e emoção integradas **215**

< Capítulo 7 >
Raciocínio, Interpretação, Argumentação e Standard Probatório / / **225**

7.1 Verdade no Processo Penal: "Para além da Verdade Real" **225**
7.2 Raciocínio Jurídico: Lógica e Método **228**
7.3 Analogia e Interpretação Extensiva no Processo Penal **240**
7.4 Intepretação do Direito no Processo Penal **242**
7.5 *Standard* Probatório **244**
7.6 Presunção de Inocência **254**
7.7 Ônus da Prova (Acusação, Álibi e Inversão) **256**
7.8 Perda de Uma Chance Probatória **261**
7.9 Argumentação Jurídica **265**
7.10 Falácias no Processo Penal **279**

< Capítulo 8 >
RoadMapCrime Aplicado:
Mapeamento do Esquema Decisório Construtivista **/ /** **289**

8.1 Funcionamento do Dispositivo do Processo Penal **289**
8.2 *Compliance* Processual Penal **293**
8.3 Processo Penal Estratégico: RoadMapCrime **297**
8.4 ContextoS do Caso Penal (na visão do Agente Processual) **301**
8.5 Agentes Processuais Internos e Externos (Forças e Fraquezas) **307**
8.6 Procedimentos: Investigação e Processo (Oportunidades e Ameaças) **316**
8.7 Estratégia, Táticas e Planos de Ação **321**
8.8 Teoria do Caso Adaptada ao RoadMapCrime **339**
8.9 Esquema Decisório (Probabilidade, Prova e Valoração) **350**
8.10 *Template* da Área de Concentração Tipo Penal **365**

< Capítulo 9 >
Prova Penal e Cognição dos Agentes Processuais / / **371**

9.1 Prova e Premissa Fática (Conceito, Classificação e Funcionalidade) **371**
9.2 Prova Ilícita e Prova Ilegítima **383**
9.3 *Fishing Expedition* (mandados, celular, whatsapp) **389**
9.4 Descoberta/Encontro Fortuito (busca e apreensão, celular, *whatsapp*) **396**
9.5 Cadeia de Custódia **400**
9.6 Validade Científica (Padrão Daubert) e *Fake News* **408**
9.7 Tecnologia, Unidades de Inteligência e Ampliação Probatória (Drones, Camêras etc.) **412**
9.8 Custo Probatório: obtenção e produção (objetivos, subjetivos, ilegais) **422**
9.9 Teste EVE Probatório (Existência, Validade e Eficácia) **426**
9.10 Exames e Provas Periciais (Requisitos Técnicos, Psicológicos, DNA etc.) **428**

9.11 Identificação Criminal e Perfil Genético 435
9.12 Prova Documental (Digital ou Analógica) e Lei de Acesso à Informação 437
9.13 Prova Testemunhal 444
9.13.1 Cognição, Memória e Fonte Humana? Pressupostos, Garantias e Finalidade 444
9.13.2 Requisitos Formais de Produção Probatória (Audiência de Instrução e Julgamento) 452
9.13.3 Cadeia de Custódia da Memória: Contexto de Aquisição e Contexto de Evocação 463
9.13.4 Psicologia do Testemunho e Critérios de Fiabilidade e Credibilidade da Fonte Humana 464
9.13.5 Falsas Memórias: Por uma Cadeia de Custódia da Memória 494
9.13.6 Tecnologia e Prova Testemunhal (Programas e Detector de Mentiras) 497
9.13.7 Acareação 501
9.13.8 Template de Valoração da Prova Testemunhal 501
9.14 Reconhecimento de Coisas e de Pessoas 503
9.15 Interrogatório e Confissão (Carta Precatória) 511

< Capítulo 10 >
Investigação Preliminar Estatal (Oficial) / / 529
10.1 Regras, Funcionamento e Características 529
10.2 *Template* Estratégico 551
10.3 Arquivamento do Inquérito Policial: Velho e Novo Regime 552

< Capítulo 11 >
Investigação Defensiva 557
11.1 Regras, Funcionamento e Características 557
11.2 *Template* Estratégico 566

< Capítulo 12 >
Prisão em Flagrante / / 569
12.1 Regras, Funcionamento e Características 569
12.2 *Template* Estratégico 579

< Capítulo 13 >
Prisão Cautelar e Medidas Alternativas
(Preventiva, Domiciliar e Temporária) 583
13.1 Regras, Funcionamento e Características 583
13.2 *Template* Estratégico 604

< Capítulo 14 >
Audiência de Custódia 607
14.1 Regras, Funcionamento e Características 607
14.2 *Template* Estratégico 615

< Capítulo 15 >
Cautelares (Patrimoniais, Probatórias, Busca e Apreensão, Quebra de Sigilo, Interceptação Telefônica etc.) **/ /** 617

15.1 Regras, Funcionamento e Características 617
15.2 *Template* Estratégico 634

< Capítulo 16 >
Justiça Negocial: ANPP, Colaboração Premiada, Transação e Suspensão Condicional do Processo **/ /** 637

16.1 Justiça Negocial (Regras, Funcionamento e Características) 637
16.2 Transação Penal (Juizados Especiais Criminais) 640
16.3 Suspensão Condicional do Processo 642
16.4 Acordo de Não Persecução penal (ANPP) 644
16.5 *Template* Estratégico 654

< Capítulo 17 >
Procedimentos / / 657

17.1 Regras, Funcionamento e Características 657
17.2 Procedimento Ordinário 660
17.3 Procedimento Sumário 663
17.4 Procedimento Sumaríssimo: Juizados Especiais Criminais 665
17.5 Procedimentos Especiais (Honra, Servidores Públicos e Drogas) 669
17.6 Procedimento no Foro de Prerrogativa de Função 671
17.7 Procedimento do Júri 672
17.8 Exceções e Questões Processuais 688
17.9 Questões Prejudiciais 691

< Capítulo 18 >
Sentença Penal / / 695

< Capítulo 19 >
Recursos no Processo Penal / / 705

19.1 Princípios, Categorias e Regras de Funcionamento 705
19.2 Apelação (CPP e Juizados Especiais) 716
19.3 Recurso em Sentido Estrito (RESE) 721
19.4 Carta Testemunhável 724
19.5 Embargos Infringentes ou de Nulidade 724
19.6 Embargos de Declaração (CPP e Juizados Especiais) 725
19.7 Recurso Extraordinário (STF) e Recurso Especial (STJ). Embargos de Divergência 727
19.8 Correição Parcial ou Reclamação (Justiça Estadual e Justiça Federal) 728

< Capítulo 20 >
Ações Impugnativas Autônomas 733

20.1 O Lugar e a Função das Ações Impugnativas Autônomas 733
20.2 *Habeas Corpus* 733
20.3 Mandado de Segurança 741
20.4 Reclamação Constitucional 744
20.5 Revisão Criminal (Erros Judiciários) 745

< Manual de Instruções >

O **Guia do Processo Penal Estratégico** é composto por 3 (três) instrumentos complementares: **Livro**, **Site** e **Plataforma RoadMapCrime**.

1) Livro: O livro que segue, no qual o modelo estratégico do **RoadMapCrime** foi estabelecido, associado aos principais temas do processo penal de modo sintético e organizado, em 4 (quatro) aspectos: **a)** definição; **b)** características; **c)** controvérsias; e**, d)** estratégia. O objetivo é o de proporcionar o panorama do estado da arte, munindo o leitor de indicadores necessários às decisões processuais;

2) Site: O **site** de apoio, **disponível gratuitamente**, em que todas as referências bibliográficas estarão disponíveis (autores, livros, artigos e jurisprudência). Os *links* de acesso, se disponíveis e possíveis, serão incorporados à página do item respectivo, facilitando a consulta e utilização em petições, decisões e/ou trabalhos acadêmicos. A **atualização** do site e, por via de consequência, do livro, ocorrerá de modo **dinâmico** até o final de 2021, melhorando a precisão e a acurácia dos usuários. O acesso ao site se dará, exclusivamente, pelo **QRCODE** disponibilizado em cada página respectiva do item. Por exemplo, se você quiser consultar sobre o "Dilema do Prisioneiro" (item 2.4), poderá posicionar a câmera do seu celular e obter o *link* de acesso ao material especialmente separado. O trabalho de atualização será recorrente, ampliando cada vez mais a informação disponível. Além disso, no ambiente digital, também serão publicadas as **novidades** jurisprudenciais e doutrinárias concernentes ao tema respectivo. A proposta é que você possa manter-se atualizado;

3) Plataforma RoadMapCrime: O planejamento estratégico apresentado no Guia do Processo Penal pode ser realizado de duas maneiras. O modo **analógico** conta com indicadores que poderão ser impressos e utilizados pelos agentes processuais, para o fim de obter melhor desempenho. A versão **digital** poderá ser consultada no endereço *online*, proporcionando a gestão interativa do Caso Penal (ou do conjunto de casos) de modo dinâmico e atualizável. A pretensão é a de conferir maior precisão e acurácia ao aspecto estratégico, consoante explicitado no capítulo 3º do presente Guia.

O **objetivo** é o de identificar, definir e estruturar indicadores capazes de promover o diagnóstico do Caso Penal, do ponto de vista **defensivo**, ampliando os horizontes de atuação, por meio de **Planos de Ação** específicos, em cada uma das 5 (cinco) grandes **Áreas de Preocupação**: **a)** Tipo Penal; **b)** Agentes Processuais; **c)** Procedimento; **d)** Provas; e, **e)** Valoração/Decisão. Do conjunto de indicadores, as decisões estratégicas podem ser tomadas com suporte em evidências e não somente em intuições. O aparato metodológico fornece instrumentos hábeis à obtenção de melhoria do desempenho. O desenho da proposta confere suporte de apoio à decisão a ser tomada em cada fase procedimental, associada à avaliação de riscos. A **Plataforma RoadMapCrime** aposta que você é



o profissional mais capacitado a tomar as decisões no contexto do Caso Penal, motivo pelo qual o propósito é o de apoiar a construção dos elementos da **Teoria do Caso**.

Preparamos, ainda, **Índice Remissivo** (*online*), pelo qual os itens do **Guia do Processo Penal Estratégico** foram relacionados, isto é, quando se procura sobre "prova testemunhal", indicamos os demais itens que podem ser úteis à decisão estratégica. Assim, você poderá, por exemplo, encontrar material sobre "prova testemunhal", além do item 9.13, no item 6.3B.2, facilmente localizável pelo **Sumário** incorporado ao livro (a seguir). Use e abuse das anotações, das referências e das inferências. O escopo do conjunto de ferramentas (livro, site e plataforma) é o de melhorar a qualidade, a precisão e a acurácia de sua performance.

A experiência que buscamos proporcionar demanda a sua disposição, certo esforço de aprendizagem das novas habilidades, além de dedicação, porque dissociada da versão linear padronizada dos agentes processuais. Os usuários com os quais testamos a versão preliminar nos proporcionaram excelentes *feedbacks* de como melhorar, cada vez mais, as funcionalidades. Contamos com você no desenvolvimento das ferramentas apresentadas. Mande-nos sugestões de melhoria. Em breve, esperamos incorporar novas funcionalidades à **Plataforma RoadMapCrime**. O nosso compromisso, incessante, é o de melhorar a gestão e a performance nas interações processuais. Eis o desafio, cuja efetivação, depende, em muito, do grau de seu comprometimento. Confira em www.roadmapcrime.com.br

Alexandre Morais da Rosa e Izaías Otacílio da Rosa



< Introdução >

Expectativas Razoáveis de Comportamento:

Imagine que você irá fazer um intercâmbio, viajar ou morar em Lisboa. Como você é preocupado em não infringir regras de convivência (cíveis e penais) decide comprar o Código Civil e o Código Penal de Portugal para poder dominar os comportamentos permitidos, obrigatórios e proibidos. Você acredita (assim como eu) que uma das funções do Direito é a de estabilizar os comportamentos. Ainda mais preocupado com os riscos penais, você procura compreender as normas processuais (Código de Processo Penal Português). Será necessário certo esforço cognitivo e de assimilação da estrutura normativa para, ao final, embora existam divergências doutrinárias e jurisprudenciais, poder compreender como, na média, a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário se comportarão. Essa sua atitude busca evitar a surpresa e reduzir os riscos. Você será capaz de estabelecer expectativas razoáveis de comportamento do Sistema de Justiça português. Agora imagine o contrário. A pessoa de nacionalidade portuguesa pretende viajar, fazer um intercâmbio ou morar no Rio de Janeiro. Você, como brasileiro e formado em Direito, diria ao estrangeiro que a leitura do Código Civil, do Código Penal e do Código de Processo Penal é suficiente para gerar expectativas razoáveis de comportamento dos agentes processuais brasileiros?

A situação aconteceu comigo. Na condição de Professor de Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Maria Francisca, intercambista portuguesa, cursou a disciplina. Interessada e estudiosa, após ler os dispositivos do CPP e da CR/88, decidiu comprar livros de processo penal. Então, um tanto quanto assustada, perguntou-me: – *Professor, tenho a impressão de que os autores não falam do mesmo texto normativo. E como funciona na prática? Quais regras valem nos foros brasileiros?* Expliquei da seguinte maneira: Se você é jogador de xadrez sabe que poderá chegar a qualquer lugar do mundo e compartilhar as regras. O cavalo anda em "L" de Lisboa ao Rio de Janeiro. É que o jogo pode acontecer justamente porque se compartilham as regras e funções definidas e o árbitro não possui muita margem de decisão. Já no caso do Direito, além de ser dinâmico e não estático, assim como no Futebol, existe a possibilidade de o juiz declarar "vantagem", "errar" e "interpretar" as regras de maneira mais ampla especialmente porque há muita controvérsia (o sentido atribuído no processo penal pode ser: **a)** definido; **b)** indefinido; e, **c)** controverso). Tanto é que no julgamento do "Mensalão" (STF, Ap. 470) discutiu-se, com apertada vitória, o cabimento dos Embargos Infringentes,

tendo-se como foco a recepção ou não do Regimento do STF, situação reiterada por ocasião da deliberação sobre a prisão em face de sentença condenatória de segundo grau (STF, HC 126.292 e ADCs 44 e 45), em que, por um voto, a maioria simples se consolidou. Quando se trata de controle de constitucionalidade difuso, recepção do CPP em face da CR/88, controle de convencionalidade (Bloco de Constitucionalidade), há controvérsia generalizada e muita instabilidade.

Arrisquei dizer-lhe que não temos um processo penal; mas vários. Em cada sala de aula, comarca, unidade, Tribunal ou eventual composição dos órgãos julgadores, bem assim os humores e contexto, as normas mudam; os sentidos migram. A aluna intercambista perguntou-me, ao final: – *Então é um jogo em que a sorte na fixação da competência do Juiz impera? Talvez, respondi. – E isso é democrático? – Absolutamente não*. No contexto brasileiro, no qual nem mesmo o sentido das regras processuais é compartilhado, ainda mais depois da Lei 13.964/19, esse problema torna o Caso Penal dependente do "dono da bola" (do poder), ou seja, em cada unidade jurisdicional e Delegacia (ou órgão investigador), o jogo apresenta variáveis inconciliáveis. E isso é antidemocrático. Embora vá me distanciar da metáfora do xadrez, porque nele as jogadas e vitórias são bem definidas, sabe-se que sem regras observadas, não há jogo. O jogador de xadrez pode estar em qualquer lugar do mundo, mesmo sem falar o idioma do oponente, mas mesmo assim no tocante às regras, pode ter a expectativa legítima de jogar com o adversário que se encontra sentado à frente do tabuleiro. Basta sentar-se e jogar, porque até mesmo quem começa é definido antecipadamente, ou seja, as regras e funções são compartilhadas.

No Processo Penal a obtenção de decisão favorável é mal definida porque depende de uma série de critérios que são controversos e ambíguos, em decorrência das múltiplas interpretações de sentido, transformando o processo em atividade flutuante e incerta, submetida às subversões de sentido operada pelos detentores dos poderes processuais (muitas vezes **oportunistas**). O déficit normativo e dos sentidos atribuídos (incoerência e inconsistência), torna a atividade processual mais complexa porque, para que se possa ter êxito, será preciso apurar os indicadores do **Esquema Decisório** do conjunto de agentes processuais que atuarão no Caso Penal. Saber quais serão as regras aplicadas, já que o julgador, diante da profusão de compreensões, pode se valer de sentidos diversos, além de possuir, na condução do processo, certa margem para decidir sobre a "vantagem", entendida como a interpretação que flexibiliza a regra em cada subjogo (*round* – momento processual), torna-se verdadeiro desafio. Eis o "**estado da arte**".

Diante da multiplicidade de Agentes Processuais, arenas, contextos/cenários, normas reconhecidas como válidas ou simplesmente desconsideradas, é preciso um novo instrumental para o enfrentamento dos desafios processuais reais, dada a multiplicidade de contextos

Classificação operacional da estabilidade do sentido atribuído ao texto jurídico: **a) definido**: **1)** estável por decisão judicial *erga omnes* do STF ou do STJ; **2)** definição legal do sentido; **3)** consenso doutrinário; **b) indefinido**: **1)** novidade legislativa sem maturidade doutrinária/jurisprudencial; **2)** inexistência de decisão judicial *erga omnes* do STF ou do STJ; **3)** ausência de definição legal; e, **4)** dissenso doutrinário inicial (luta pelo sentido); e, **c) controverso**: **1)** maturidade doutrinária/jurisprudencial; **2)** inexistência de decisão judicial *erga omnes* do STF ou do STJ; **3)** ausente definição legal; e, **4)** dissenso doutrinário robusto (parcial ou total) com opções estabelecidas.

"As regras que indicam no xadrez como os jogadores têm que mover os diferentes tipos de peças no tabuleiro e como têm que 'comer' são um exemplo claro de regras técnico convencionais. [...] O jogador é livre na decisão de mover ou não uma determinada peça, mas se decidir fazê-lo não estará livre para movê-la a seu bel-prazer. A regra que determina como se tem que mover uma peça no xadrez para que o movimento seja uma ação do jogo é uma regra necessária, não infringível". **Gregório Robles**

[É possível que] "pessoas honestas e razoáveis possam divergir: o que nos faz aderir a determinados princípios e não a outros é tanto a nossa racionalidade quanto a nossa afetividade". **Manuel Atienza**

No julgamento do RExtr. 466.341-1,, o STF conferiu *status* de norma supralegal aos tratados que versem sobre direitos humanos, não incorporados na forma do art. 5º, § 3º, da CR/88. Há um amplo universo normativo desconhecido pelos agentes do processo penal brasileiro a ser desbravado.

"A presença das regras no jogo é aquilo que permite que ele seja o que é e não outra coisa. Ou seja, a identidade de um determinado jogo e seu sentido de pertencimento e adesão por um determinado grupo tem a ver com o fato de ele se apresentar na sua forma identificável, repetitiva, determinável, isto é, passível de ser apropriado de maneira diversa por seus admiradores. Imagine se no jogo de futebol, a cada partida fosse incorporada ou suprimida uma regra infinitamente. Chegaria um ponto em que ele não seria reconhecido como tal, pois indivíduos diferentes poderiam pensá-lo de maneira oposta entre si e aí, quando a bola rolasse durante o jogo, um dos jogadores legitimamente, poderia fazer um gol com a mão e o outro não entender nada, e o segundo faria o lateral com os pés e o primeiro também nada entenderia e um terceiro aprendeu que é possível jogar o futebol com duas bolas e os dois primeiros não conseguiriam novamente compreender a razão de ser de tal ato, enfim, uma verdadeira torre de babel que impossibilitaria a comunicação entre os jogadores na medida em que não há uma estrutura mínima de consenso sobre como se deve proceder". **Jeferson Retondar**

processuais simultâneos e paralelos. Será necessário entender o sentido dominante/dominado em cada contexto real da interação processual**.** A noção contemplativa e idealizada, típica do **Processo Penal Linear** (estático, sem interação humana ou estratégica), desconsidera o **contexto** em **Não Linear** contemporâneo.

O enfrentamento do atual "estado da arte" pode se dar em duas instâncias/frentes: **a) Estrutural**: por meio da consolidação normativa de expectativas razoáveis de funcionamento do processo penal brasileiro no âmbito do Poder Legislativo (um novo CPP, por exemplo) e dos Tribunais Superiores (que podem estabelecer interpretações cogentes/obrigatórias); e, **b) Singular**: o entendimento das variáveis que incidem em cada contexto processual e a atuação estratégica, a partir do jogo limpo (*Fair Play*) dos agentes processuais e do sentido atribuído às normas processuais. O movimento é duplo e não excludente. Luta-se pela modificação do "estado atual", ao mesmo tempo em que se compreende a urgência de se organizar o contexto posto porque, talvez amanhã, seja preciso participar de uma interação processual. Identificar as variáveis relevantes e necessárias para a devida compreensão e planejamento da atuação processual é o desafio do **Guia do Processo Penal Estratégico**.

O reconhecimento do agir estratégico não significa aprovar o jeitinho, os truques ilegais, as manipulações, o oportunismo situacional da posição de poder, enfim, o jogo sujo. Significa que a atuação processual deve contar com planejamento, análise de risco e de cenários, dos agentes processuais reais (Esquema Decisório), para o fim de se obter o melhor desempenho. Um agente que fraude, manipule e jogue sujo não é invenção minha; eles existem e atuam de modo ostensivo ou dissimulado. Reconhecer a potencial participação de oportunistas amplia a capacidade de preparação, evitando a surpresa, além de autorizar ações de enfrentamento (dentro do *Fair Play*).

Pressupostos

Se: **a)** Eu e você somos agentes processuais; **b)** reconhecemos a condição de seres humanos, temos**: i)** limitações de tempo; **ii)** incapacidade de prestar "atenção consciente" em tudo que está acontecendo no contexto do ambiente em que estamos, embora sejamos iludidos do contrário; **iii) vieses** (erros sistemáticos) ofuscam o nosso imaginário poder de decidir tudo conscientemente, até porque nos valemos de **heurísticas** (atalhos mentais, como veremos com calma, mas vá se familiarizando com o nome); **iv)** restrições do nosso aparato cerebral e mental que tornam impossível obter, organizar, processar e estruturar sozinhos todas as informações processuais (até porque o que desconhecemos, sequer sabemos que existe); **v)** outras coisas ou atividades bem mais interessantes para fazer, definidas como Custo de Oportunidade (eu poderia estar fazendo outra coisa em vez de escrever este livro, enquanto você poderia estar vagando na *internet*, vendo um filme ou uma série, bem assim de pernas para o ar no sofá); **vi)** dificuldades em decidir questões complexas, nas quais muitas informações precisam ser cruzadas, relacionadas e analisadas ao mesmo tempo, isto é, a nossa contabilidade mental é reduzida, limitada e, às vezes, obtusa; **vii)** incapacidade de perceber o quanto somos influenciados e/ou manipulados porque adornados ingenuamente no excesso de confiança. Aliás, toda vítima de "estelionato" está lotada de excesso de confiança. Você pode não concordar com todas as minhas premissas, mas também pode me dar a chance de indicar novos mecanismos de compreensão da interação humana avivada no jogo processual penal e, quem sabe, aumentar a sua competitividade.

"Antes de começarmos a fazer uma coisa devemos estudá-la bem, para sabermos se vale ou não a pena fazê-la e não começar a fazê-la para depois deixar. Isso é uma perda de energias, é esbanjamento". **Amilcar Cabral**

Mais uma coisa: se você espera que o comportamento judicial dos Tribunais seja coerente, consistente e estável, na linha de teorias chiques da decisão judicial, tenho uma péssima notícia. As decisões, os julgadores, enfim, o comportamento judicial variará conforme os personagens, o que está em jogo (o Caso Penal) e o contexto da decisão. É claro que lutamos pela aplicação do Direito de modo coerente, consistente e estável. Se as decisões, atualmente, fossem proferidas com esses atributos, não teríamos tantos livros diferentes, votos vencidos robustos e tantos temas com votações apertadas no STF.

Imagine que você está indo para audiência, julgamento no Tribunal ou mesmo despachar com o julgador. Responda de modo mais sincero possível: você prefere **a)** conhecer o **Esquema Decisório** do julgador (como ele pensa e aplica o Direito) ou, **b)** desconhecer o **Esquema Decisório** do julgador porque, final, acredita que o Direito deve ser aplicado de maneira uniforme no Brasil? Se você respondeu "b", admiro a sua disposição de que isso aconteça e me solidarizo. Mas a realidade é muito mais complexa. Conhecer o **Esquema Decisório** com quem se interage, especialmente os agentes com poder de decisão, aumenta a legítima probabilidade de influenciar (e não de manipular) na decisão a ser proferida.

< / >

Dois Temas que condicionam o sentido atribuído no Processo Penal

Por *Fernanda Pacheco Amorim* (Advogada e Doutoranda – UFPR)

Reconhecer o próprio local de fala é ponto fundamental para que a ampliação dos debates aconteça. Por isto a importância não apenas do reconhecimento, mas da abertura para ocupação de novos espaços por vozes (ou escritas, neste caso) variadas. Entender, incorporar e agregar às lutas plurais e diversas, perpassadas pelos inúmeros marcadores de opressão existentes, é, essencialmente, condição *sine qua non* àqueles que defendem a democracia, o estado de direito e, mais ainda, os direitos humanos. Esta é a razão pela qual não agradecerei ao *Alexandre* pelo espaço cedido. Como diriam todas as mães: não fez mais que a obrigação, enquanto ferrenho defensor do estado democrático.

"Assim, entendemos que todas as pessoas possuem lugares de fala, pois estamos falando de localização social. E, a partir disso, é possível debater e refletir criticamente sobre os mais variados temas presentes na sociedade. O fundamental é que indivíduos pertencentes ao grupo social privilegiado em termos de locus social consigam enxergar as hierarquias produzidas a partir desse lugar, e como esse lugar impacta diretamente a constituição dos lugares de grupos subalternizados". **Djamila Ribeiro**

Antes de mais nada, reconheço e registro aqui que ocupo um local de privilégios (mesmo que mulher autista) enquanto branca, cis e acadêmica. Ainda assim, o *ser mulher* – no melhor estilo *Simone de Beauvoir* – nos afeta grandemente sob diversos aspectos, desde questões banais do dia-a-dia, passando pela suposta disponibilidade dos nossos corpos, até a ilusória legitimação de violências.

Quando colocamos as lentes dos feminismos para leitura da realidade jurídica percebemos que a igualdade está ligada a utopias, ou como diz o *Alexandre*, ao "mundo da Polliana". O silenciamento do feminino é

palpável, tanto de nós mulheres enquanto sujeitas de direitos, quanto de nós mulheres enquanto agentes processuais, ainda mais no processo penal. O ambiente processual penal não é um ambiente que nos sustenta, não é um ambiente que nos cabe. É um local – onde relações de poder são bastante demarcadas – pelo qual lutamos e buscamos conquistar nosso espaço, com muito esforço, todos os dias.

"O patriarcado se constitui por uma equação, de um lado ficam os homens e o poder, de outro, as mulheres e a violência. O poder que garante a violência contra o outro está para o sadismo assim como a subjugação está para o masoquismo. As mulheres não podem exercer o poder político, econômico e o do conhecimento, e são vítimas da violência. Os homens exercem o poder e a violência contra as mulheres". **Marcia Tiburi**

Em resumo e de maneira muito direta: o processo penal é um local (por excelência) de violências, sejam elas ditas, escritas, assumidas ou simbólicas. É ingênuo ingressar neste mundo acreditando que os marcadores de opressão não atuam, já que temos a imparcialidade como "regra". Sabemos que a cultura patriarcal opera e está firme e forte tanto na estrutura formal do processo, quanto nos agentes processuais (ainda, infelizmente). Por estes motivos, toda a leitura deste **Guia Estratégico** precisa ser feita com o reconhecimento de que o campo penal opera pelo viés machista.

Por fim, vocês irão perceber que o *Alexandre* usou todas as generalizações no masculino. Conversamos sobre isso (sou muito feliz em poder dizer que o *Alexandre* entendeu o seu local de escuta e que podemos, de verdade, conversar sobre esses pontos) e chegamos à conclusão de que, ao menos por ora, a generalização seria mantida nos momentos em que fosse indispensável usar palavras com gênero. Mas vocês verão que há um esforço do autor em utilizar, na maior parte do tempo, expressões agênero. Espero que este seja um pequeno passo, e um grande estímulo, na consciência processual coletiva em relação às dores, diferenças e singularidades existentes para que consigamos construir uma sociedade e um processo penal mais equânimes, tendo sempre em vista a defesa integral e indispensável dos direitos humanos.

</>

Por *Djefferson Amadeus* (Advogado Criminalista. Mestre em Direito)

O **Racismo Processual** se faz ver pelas práticas de dominação que reproduzem o mesmo discurso, alienado ou cínico, de que o direito é igualitário e de que o Brasil não é, estruturalmente, racista. O racismo, de acordo com *Adilson Moreira*, "*estrutura relações hierárquicas entre grupos sociais por meio de um processo a partir do qual um grupo consegue estabelecer uma relação de superioridade sobre o outro*." Nesse sentido, é possível dizer, ainda na esteira dos ensinamentos deste autor, que o racismo é prática social oriunda de ideologia cultural dinâmica, com caráter eminentemente adaptável às novas realidades sociais, desde que mantenha o "jogo da dominação". No Sistema Penal os negros entram com o corpo, abastecendo o modelo de exclusão, não só pela representatividade no cárcere (segundo o DEPEN, em 2020, 63,7% dos presos eram negross), mas com a pequena participação nas instituições. Dados do CNJ falam por si: apenas 1,6% de juízes são negros e nenhum dos nove magistrados

processados por práticas racistas foi responsabilizado. O STF reconheceu a responsabilidade do discurso ao declarar inconstitucional o argumento da legítima defesa da honra (ADPF 779). Chegou a hora de declarar a inconstitucionalidade do álibi "*animus jocandi*", modo do "racismo recreativo" das decisões judiciais, em que como diz Alexandre, no fundo, é uma "esquiva hermenêutica" intolerável. Os testes de "associação implícita" dos discursos judiciais comprovam as práticas racistas dissimuladas. A criminalização secundária (a lei estabelece o tipo penal e as instituições "dizem" quem é o criminoso), tão bem descrita pela Criminologia Crítica (*Alessandro Baratta, Vera Andrade* e *Luciano Góes*) deixa evidente que a "hermenêutica" no processo penal tem cor. Nas drogas a cor funciona como critério de diferenciação entre o traficante e o usuário. O racismo estrutural é presente na prática do processo penal. E toda vez que alguém disser que não existe, peça evidências. Ele terá, no máximo, uma mensagem no *whattsapp*. O racismo velado no Processo Penal é uma das faces da "Necropolítica" (*Achille Mbembe*). Por isso, não existe *fair play* onde o racismo dita as regras do jogo, de modo direto ou indireto. O **Guia Estratégico** fala de tecnologia. O viés racista dos programas de reconhecimento facial e de *score* de reincidência (dentre eles o COMPASS), denunciados pela *Ong ProPublica,* reproduzem o racismo estrutural. O enfrentamento e o controle dos dados utilizados para "ensinar" os computadores precisam de auditabilidade e participação de todos, sob o risco de perpetuarem o racismo 4.0. O Direito Penal e o Processo Penal sempre foram produzidos pela orientação ideológica da "branquitude", em que os espaços de resistência precisam contar com a oposição de quem sofre na pele os efeitos da dominação histórica. As vozes contrárias são silenciadas (simbólica ou com a morte) pelos mais diversos argumentos universalistas que desconsideram o processo de dominação. A luta, inspirada em nossos ancestrais, exige a tomada de posição diuturna, ocupando-se todos os espaços públicos e privados. Eis o motivo pelo qual, baseado nas lições dos *Panteras Negras*, a luta contra o racismo é um dever de todos os jogadores, afinal: não se trata de negros contra brancos e nem de brancos contra negros, mas sim de todos contra o racismo estrutural.

"Não há uma essência branca impressa na alma de indivíduos de pele clara que os levaria a arquitetar sistemas de dominação racial". **Silvio Almeida**

"Pela complexidade e capilaridade do sistema de neutralização de corpos negros, não basta falarmos em encarceramento da massa preta, é preciso explicitar o racismo programático que faz do nosso sistema carcerário uma grande Senzala (inaugurada, exatamente, com a farsa abolicionista pintada pela *sinhazinha* redentora), e do Direito penal como instrumento colonizante". **Luciano Góes**

"Os algoritmos não supervisionados que observam o que escrevemos não estão programados para serem preconceituosos. Quando olhamos para o que eles aprenderam sobre nós, eles simplesmente refletem o preconceito do mundo social em que vivemos'. [...] "Qualquer algoritmo que aprenda conosco será tão preconceituoso quanto somos. Ele vai captar a história de discriminação exatamente onde a deixamos e aplica-la em larga escala. Não podemos confiar totalmente em computadores". **David Sumpter**

"Mesmo considerando o histórico criminal, a idade, o gênero e futuros delitos, eles mostraram que os afro-americanos tinham uma chance de 45% de serem incluídos, pelo algoritmo, na categoria de alto risco de cometer crimes". **David Sumpter**

</ >

Guia do Processo Penal Estratégico

A proposta reconhece, desde o início, que o Sistema Penal está direcionado, em geral, à gestão da exclusão, orientado por preconceitos de cor, de gênero, de "classe" (racismo, sexismo, misoginia, transfobia etc.), enfim, intolerante para com a diferença. O **Guia Estratégico** se propõe a identificar no **Esquema Decisório** dos Agentes Processuais indicadores de intolerância para o fim de criar **Planos de Ação** específicos, principalmente pelo caráter indireto e difuso das práticas discursivas intolerantes e inconstitucionais (de maneira dolosa ou culposa, mas

sempre com a responsabilidade do lugar: o grau de alienação do agente processual pode impedir que sequer se dê conta da apropriação do discurso intolerante, mas isso não é causa suficiente do afastamento de sua responsabilidade pessoal). O modelo preditivo, ao estabelecer os padrões decisórios, vale-se dos dados e informações produzidos por humanos. A consequência é que os padrões identificados não são culpa do algoritmo e sim dos dados (humanos) que serviram de base de treinamento. Se os dados forem racistas e sexistas, o modelo produzido pelo algoritmo também será. Ao mesmo tempo que técnicas podem auxiliar, dentre elas a "análise textual", devemos melhorar os dados para o fim de mitigar os efeitos dos vieses nos modelos (com o apoio das máquinas). O que se pode dizer é que as decisões humanas continuarão a ser tomadas por vieses sexistas, racistas, preconceituosos explícita ou implicitamente, porque a subjetividade preconceituosa opera de modo silencioso. Podemos construir mecanismos de apoio à decisão mitigando o efeito de fatores enviesados, além de propiciar que fiquem em evidência, como é o caso da MCDA-C. Mas para isso será preciso aliar o poder cognitivo da máquina com decisores, cientes de que **vieses** e **heurísticas** operaram de maneira automática e implícita em seus julgamentos. Aumentar as possibilidades de identificação, conexão e de enfrentamento será o desafio.

"O mal da hipocrisia não está no fato de ser visível aos outros, mas no de ser invisível a quem a pratica".
Michael Shermer

O Agente Processual (com sua capacidade cognitiva, conhecimentos, ideias, opiniões e crenças sobre o mundo e sobre o Direito) está situado no tempo e no espaço de uma interação processual contextual. A ampliação do **repertório operacional** pode se dar de duas maneiras: **a) continuísta** (agregando novas habilidades do campo jurídico ou associados, de modo a melhorar o repertório comportamental) ou, **b) disruptivo** (integrar novas habilidades em decorrência de correlações não usuais, especialmente associadas ao uso de novas metodologias e/ou com apoio da capacidade de processamento de dados e informações por meio de Plataformas inteligentes e/ou computadores). No caminho **continuísta**, dentro do campo jurídico estrito, o agente buscará melhorar a eficácia de seu **Esquema Decisório** por meio da aquisição de conhecimentos e instrumentos já disponíveis. Já no caminho **disruptivo**, além da atitude continuísta, agregará o mapeamento e o planejamento do processo decisório, a partir de coordenadas e conhecimentos integrados desde outras áreas do conhecimento (estatística, jurimetria, computação, psicologia etc.), valendo-se de inferências e correlações capazes de melhorar o desempenho estratégico. O nosso esforço é **disruptivo**.

Os pressupostos do **Guia Estratégico** são:

a) o processo penal é o Dispositivo que se constitui e se desenvolve pelo conjunto sequencial de **decisões** dos agentes processuais, situadas no tempo e no espaço de cada fase (investigação criminal, processo penal e execução penal), em que as decisões futuras dependerão do que os demais agentes processuais fizerem/decidirem (não se faz processo penal sozinho);

b) a atividade processual pressupõe a interação de agentes processuais (Delegado, Juiz, Ministério Público, Defensor, Acusado, Vítima, etc.), nos limites e possibilidades das normas e do contexto do Caso Penal;

c) cada decisão do agente processual tende a impactar (limitar, manter ou ampliar) as alternativas decisórias sequenciais dos agentes processuais;

d) as decisões devem ser tomadas para obter o melhor resultado final (o que se pretende);

e) os modelos usuais de tomada de decisão no processo penal são limitados à experiência e habilidades pessoais do Agente Processual, desprovidas de estruturação e planejamento estratégico; e,

f) podemos melhorar o modelo de decisão dos Agentes Processuais, associando ferramentas de entendimento, de avaliação de desempenho e também de gerenciamento de riscos.

A atuação **estratégica** no Caso Penal ainda é novidade no ambiente brasileiro, embora seja amplamente aceita no sistema acusatório. A construção da **Teoria do Caso**, identificando-se os elementos dos planos fático, jurídico e probatório, organiza e estrutura a litigância penal. É que o planejamento das ações factíveis, no contexto investigatório e processual, demandam o prévio diagnóstico das pontos fortes e fracos de cada etapa da interação processual. A performance está diretamente vinculada à capacidade de definição realística das chances das partes, a partir de juízo de probabilidade sobre o futuro processual. A definição dos aspectos constitutivos do Caso Penal, em geral, é feita de maneira intuitiva, amadora e desprovida de metodologias aptas a conferir melhor desempenho. Por isso, o **Guia do Processo Penal Estratégico** apresenta o mapeamento dos **principais indicadores** do **Plano Constitutivo** do Caso Penal (Tipo Penal; Agentes Processuais; Procedimento; Provas; e, Valoração/Decisão), articulado com o **Plano Cronológico** (Investigação; Justiça Negocial; Processo; Prova; Decisão; e, Recursos), associados à gestão do **Plano Estratégico**, em que as variáveis podem ser determinadas e valoradas por descritores aptos a conferir melhores condições da leitura do contexto. As deliberações de cada Agente Processual (Delegados, Imputados, Acusadores, Defensores, Julgadores etc.) podem ser estimadas com suporte metodológico robusto e informado. Ao organizarmos melhor os dados e as informações disponíveis, ampliamos a probabilidade de acertos, evitando erros decorrentes da ausência de planejamento. Desde a investigação, passando pelas oportunidades de Justiça Negocial e probatórias, até chegarmos à sentença, em todos os momentos, a procura pela melhor decisão orienta o trajeto do livro. Os instrumentos apresentados buscam, ao fim e ao cabo, ampliar a leitura do contexto e apoiar os Agentes Processuais, por meio de evidências, em suas atividades decisórias.

A consolidação da proposta, a seguir, parte da adaptação/ integração da Teoria dos Jogos, da Metodologia Multicritério (MCDA-C), de cunho

construtivista, da teoria da perspectiva, dentre outras, ao processo penal. A lógica é a de decompor o processo penal em diversos elementos (institutos, lugares, agentes processuais, etc.) e comparar, de modo mais detalhado possível, as funções declaradas com as práticas dominantes. O primeiro momento é descritivo (levantar os aspectos relevantes do processo penal em suas especificidade), isolar as funções e as práticas dominantes. Em seguida, analisar a conformidade democrática e as possibilidades de atuação estratégica para o fim de melhorar o desempenho. A lógica foi o da Engenharia Reversa (de modo simples: parte do resultado final para o início; como andar de ré).

O processo penal sempre precisará de agentes humanos capazes de planejar a atuação de modo mais eficaz. Por isso, todas as ferramentas apresentadas devem ser adequadamente compreendidas. A aprendizagem contínua de formas inovadoras gera a possibilidade de você julgar a pertinência ou não da proposta que pretende ser clara e fundamentada em referenciais teóricos e práticos diversos. Normalmente se diz para "pensar fora da caixa" e mesmo com a sua disposição para tanto, muitas vezes faltam ferramentas capazes de dar suporte tático-operacional ao objetivo. A sua capacidade de aprendizagem, com a atitude aberta e inovadora, poderá render melhor desempenho. Não se trata de uma ruptura com o modo artesanal. Sem você e a sua capacidade de analisar o contexto, nada funciona. Ter uma carro e não saber dirigir não é indicador de que ele não funciona. Minha aposta é a de que o agente processual está limitado pela abordagem (estática e analógica) do desenho do modo como o processo penal funciona. O acréscimo de uma visão alternativa (dinâmica e digital), a partir da teoria dos jogos e da MCAD-C, não exclui a visão estática e analógica. Pelo contrário, a pressupõe. Em qualquer hipótese, quem continuará fazendo a diferença é o agente processual: você. Não mais analógico e sim com o apoio da tecnologia e de novos métodos de abordagem. Convive-se com o artesão-analógico e o artesão-digital.

Sandra é minha amiga e médica (gastro). Embora sua atividade regular seja muito especializada, dia desses atendeu uma emergência circunstancial quando estava embarcando no aeroporto. A gravidade do caso exigiu a realização de traqueostomia. Ainda que não fosse um procedimento próprio de sua especialidade, desde a formatura manteve-se atualizada sobre as novidades produzidas pelo saber médico, principalmente em situação de emergência. O diferencial é que, mesmo não precisando dos conhecimentos para uso diário, ainda assim estudou e manteve vivo o modo de agir. Da mesma forma, mantêm a rotina semanal de estudar artigos científicos, novidades de procedimentos e medicamentos, nas mais variadas áreas da medicina. A atitude de Sandra a torna uma profissional respeitada e preparada. Os Agentes Processuais podem se inspirar em Sandra.

Declaração

A minha posição no mundo é a de um homem, branco, cisgênero, ateu, casado, magistrado, professor universitário, pai de três filhos e padrasto de um, autista (TEA), que estudou em bons colégios e universidades, isto é, tive acesso às condições não oportunizadas à maioria dos brasileiros. A minha leitura é decorrência do acúmulo de experiências e pesquisas, integradas ao modelo **RoadMapCrime**.

Agradecimentos

A vida me proporcionou a amizade de muitas pessoas queridas. Nas versões anteriores inseri nominata que, ao mesmo tempo, gerou alegria e tristeza. Persistir no erro é irracional. Por isso, sou grato a todos os que colaboraram direta ou indiretamente para que o Guia pudesse estar em suas mãos. Ao time da emais editora (especialmente Fernanda, Beba e Laura, que me aturam), ao time da Ceon Tecnologia (Izaías Otacílio da Rosa) por apostar no **RoadMapCrime** e também no time do *www.direito.tech* por produzir conteúdo (Ana Liberato). A leitura dos originais contou com a participação de Ana Carolina, Fernanda Amorim, Janaína Matida, Luiz Eduardo Cani e Marília Vieira (a responsabilidade pelos acertos ou erros é exclusivamente minha). No decorrer da construção do texto, troquei ideias com Aury Lopes Jr, Janaina Matida, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Marcella Nardelli, Rachel Herdy (coluna Limite Penal da Conjur), Romulo de Andrade Moreira, Alfredo Copetti, André Karam Trindade, Daniela Bordin, Juliano Keller do Valle, Chiavelli Falavigno, Francisco Monteiro Rocha, Giseli Tobler, Diogo Malan, Bárbara Guasque, Sylvio Lourenço, Paola Wojciechowski, Yuri Felix, Salah Khaled Jr, Tiago Minagé, José Everton da Silva, Flaviane de Barros Magalhães, Dierle Nunes, Sahra di Bernardi, Fabiano Hartmann, Camila Monteiro, André Luiz Costa, Ana Presgrave, Flavio Pansieri, Luis Madalena, Luísa Walter da Rosa, Thiago Vieira, Wanderson Castilho, Bernardo de Azevedo, Luiz Eduardo Cani, Paulo Silas, Leonardo de Paula, Marcelo Pizolati, Thaíse Assad, André Luiz Bermudez, Alessandre Correia, Patricia Oliveira, Antonio Vieira, Marília Bambrilia, Gina Muniz, Alexandre José Mendes, Mayara Tachy, Marcelo Pertille, André Nicolitt, Keity Saboya, Luis Lanfredi, Rodrigo de Camargo, Soraia da Rosa Mendes, Paulo Iotti, Lara Fernandes, Elmir Duclerc, Vinicius Assumpção, Ana Cláudia Pinho, Paulo Thiago Fernandes Dias, Daniel Kessler, Kamilla Mello, Lívia Moscatelli, Elias Assad, e Luis Guilherme Vieira. Eduardo Neston, Jefferson Gomes, Alberto Sampaio, Rubens Casara, Rodrigo de Camargo, Yuri Felix, Alice Biachini, Ana Paula Zomer, Geraldo Prado, Luis Guilherme Vieira, Júlio Marcellino Jr, Gustavo Noronha de Ávila, Antonio Gavazzoni, Alex Santoro, Marco Marrafon, Claudio Melim, Ilton Robl, Juarez Freitas, Diele Nunes, Roberta Zumblick, Isabela Ferrari, Alexandre Zavaglia,

Fausto de Morais, Adalberto Hommerding, Ricardo Gloeckner, Alexandre Simas Santos, Rubens Casara, Philippe Benoni e Silva, Viviane Ghizoni, Bheron Rocha, Fabiana Bittencourt, Isabela Fonseca, Rosmar de Alencar, Fabiano Pimentel, Rosberg Crozara, José Luiz Bolzan de Morais, Elias Jacob, Saulo Mattos, Alexandre Bizzoto, Tiago Gagliano, Rui Cunha Martins, Ana Cristina Mendonça, Ademir Piccoli, Francisco Bissoli, Ademir Piccoli, Felipe Próspero, Daniel Boeing, Ana Christina Brito Lopes, Ruiz Ritter, Daniel Kessler, Paulo Thiago F. Dias, Djefferson Amadeus, Rafael Digueta, Bruno Cassiolato, Rafael Zulu, Nestor Santiago, Viviane Amorim, Elias Saad, Mauro Oliveira Filho, Nereu Giacomolli, Jorge Maurique, Rafaela Otero, Adriana Cecilio, Olivia Castro, Fernando Tadeu Marques, Aisla de Carvalho, , Paula Abiko, Maurílio Maia Casas, Luana Renostro, Matheus Felipe de Castro, Claudio Ladera, Rodrigo Chemin, Bruno Salles, José Santiago, Paulo Márcio Cruz, Rodrigo Faucz, Daniel Avellar, Bruno Torrano, Marcelo Semer, Maria Cláudia Antunes, Denis Sampaio Cristiane Dupret e Denival da Silva (São os que falei sobre o Guia). Além do diálogo eterno com Luis Alberto Warat e Thiago Fabres de Carvalho.

O Guia foi produzido no verão de 2021, em que o suporte, a parceria e o amor de Ana Carolina conferiram as condições necessárias para sua efetivação. A descoberta de minha condição de autista, no final de 2020, somente foi possível porque Ana Carolina agiu de modo corajoso. Devo a ela a possibilidade de ter entendido mais sobre a minha trajetória de vida, meus pontos fortes e fracos, principalmente as minhas "esquisitices", diria ela. "Sentir" o que temos um pelo o outro, esse "entre nós", em que o olhar, o cheiro e a cumplicidade, conseguem transformar os dias em oportunidades de troca; feliz. Descobrir o funcionamento dos afetos, para mim, é algo novo e da ordem do desconhecido. Meus quatro filhos (Sofia, Felipe, Artur e Caio) representam o futuro. Espero que eles, assim como você, encontrem no decorrer da vida algo que ainda os emocione. Eu tive sorte. Boa sorte a você.

Alexandre Morais da Rosa

PROCESSO PENAL ESTRATÉGICO

ESTRATÉGICO

< Capítulo 1 >
Processo Penal Estratégico:
planejamento e risco

1.1 Decidir é a Principal Atividade do Processo Penal

Para podermos sobreviver, precisamos tomar decisões a todo o tempo (na vida privada e, também, no processo penal). Ao longo da nossa experiência pessoal, criamos e atualizamos um **Esquema Decisório** de confiança, capaz de manter, o máximo possível, o nosso equilíbrio interno. O nosso comportamento, muitas vezes, não guarda coerência com as nossas crenças, ideias e conhecimentos, principalmente no espaço público, em que somos submetidos às normas jurídicas, sociais e das contingências decorrentes das interações humanas. A estrutura do nosso **Esquema Decisório** organiza o conjunto de preferências, critérios, conhecimentos, habilidades, dentre muitas variáveis, na forma de **modelo** (representação simplificada da realidade, por meio da seleção de parâmetros capazes de nos autorizar o raciocínio formal e aderente ao ambiente). O nosso **Processo Decisório**, a depender da complexidade da questão e/ou da nossa disposição (física, mental, grau de atenção consciente, interesse etc.), acontece de maneira automática/implícita ou refletida/explícita. Operamos na maior parte do tempo por meio do critério da **escolha racional** (análise do custo-benefício esperado), do **raciocínio lógico** (silogismo), de **algoritmos** (conjunto finito e preciso de passos para resolver um problema ou responder uma questão; protocolos) ou de **heurísticas** (atalhos cognitivos, intuitivos, rápidos, baseados em conhecimento parcial, experiências e suposições pessoais, capazes de encurtar o nosso processo decisório, com maior chance de erros, enfim, as nossas "regras de bolso" (veremos mais no item 6.5).

"Na psicologia comportamental cognitiva, é fundamental a distinção – criada pelo matemático George Polya – entre algoritmos e heurísticas. Os algoritmos são estratégias que garantem a solução e oferecem resultados infalivelmente corretos, ainda que não se compreenda por que elas funcionam. [...] Em contrapartida, as heurísticas são procedimentos de simplificação mental. Deles se utiliza inevitavelmente a mente humana para processar informações complexas vindas do exterior e possibilitar a tomada de decisões de forma eficiente. Trata-se de juízos intuitivos, não fundamentados, baseados em conhecimento parcial, experiência ou suposições, que às vezes, são corretos e às vezes são errados, sem haver uma segurança lógica absoluta".
Eduardo Fonseca Costa

"Pensamos na inteligência como uma atividade consciente, deliberada, guiada pelas leis da lógica. Mas uma parte considerável de nossa atividade mental é inconsciente, baseada em processos estranhos à lógica: os pressentimentos, a intuição. [...] Um professor da Universidade de Columbia estava tendo enorme dificuldade para decidir se aceitava uma proposta de uma universidade rival ou se ficava em sua posição atual. Um colega o puxou de lado e falou: 'Você só precisa maximizar sua utilidade esperada – você sempre escreve isso'. Exasperado, o professor reagiu: 'Por favor, isto é sério'".
Gerd Gigerenzer

Por mais que nós, os **agentes processuais**, pretendamos tomar a melhor decisão em cada momento processual, diante da multiplicidade de variáveis que precisamos conhecer, organizar e avaliar, em geral, nos valemos de modelos simples de decisão, intuições, experiência acumulada, consulta de terceiros ou heurísticas. A nossa **atividade decisória**, a cada problema ou questão, tende a se resumir a:



Esse modelo é o que utilizamos em nossa vida diária, com relativo sucesso, principalmente nas questões simples. Nas situações em que não conseguimos resolver sozinhos, podemos melhorar o nosso **Processo Decisório** ou pedir ajuda a amigos, colegas e especialistas. O pior cenário (futuro) é o de constatar que as consequências das nossas decisões foram

ruins (às vezes catastróficas) porque fomos incapazes de antecipar os erros: fomos incompetentes. E há um motivo para isso: é que o nosso modelo de decisão, em regra, não leva em consideração o **risco** associado (probabilidades x consequências) e a **Incerteza**. O **gerenciamento de risco** deve ser integrado ao nosso modelo de decisão, justamente porque, para decidirmos melhor, precisamos **estimar** os possíveis **cenários** de cada alternativa. O passado pode ser definido, enquanto o futuro é incerto, motivo pelo qual, diante da nossa dificuldade humana em lidar com **probabilidade** (risco e incerteza), em geral, nos valemos de modelos mais simples, neutros ao fator risco, ao preço de ficarmos bem mais vulneráveis à ocorrência de erros. A nossa proposta, adiante, integrará o gerenciamento de risco, sem a necessidade de fazermos cálculos complexos, de modo a podermos **estimar** os cenários possíveis de cada uma das alternativas disponíveis. A nossa decisão será bem mais informada e robusta, porque levaremos as consequências como variável do processo decisório (pretendemos precisão e acurácia).

Pressuponho que você concorde: os erros ou acertos, independentemente da nossa avaliação pessoal (boa ou ruim; justificável ou injustificável), serão contabilizados pelas demais pessoas, compondo a nossa **reputação** (profissional e social). A reputação não está no nosso poder de gerência. Não controlamos o que os outros falam ou pensam de nós. A depender do grupo que nos avalia, a reputação pode variar muito (os grupos elegem critérios diversos; os que aplaudem, os indiferentes e os que criticam: a mesma decisão pode ter avaliações diferentes). Em tempos de redes sociais, com compartilhamento de erros processuais *online*, todo o cuidado é pouco, porque a "cultura do cancelamento" e consequente aniquilamento de reputações, também é uma realidade no contexto do processo penal. Para enfrentar os linchamentos de reputação, será necessário nos valermos de diversas ferramentas de gerenciamento de crise.

O bom (neutro ou inexistente) relacionamento com os agentes processuais (Defensor, Juiz, Ministério Público, Delegado etc.) ou com a Mídia, pode ser bruscamente modificado por nossas decisões. Diante do frequente "assassinato de reputações" em voga, potencializado pelas redes sociais, o comportamento judicial tende a **estimar** os riscos associados à decisão, a saber, os impactos negativos e/ou positivos, em geral, de modo intuitivo e amador. Mesmo assim, a maioria dos julgadores diz (da boca para fora, pressupomos) não se preocupar com as consequências ou danos à sua reputação, quando proferem decisões. O que poderia ser visto como uma mera **externalidade** (efeitos positivos ou negativos em terceiros), atualmente ganha contornos trágicos em face das consequências diretas sobre a pessoa do julgador e seu núcleo familiar, tanto pela imprensa, mas principalmente pelas mídias e redes sociais. Muitos magistrados sabem que, a partir de suas decisões, podem ser "aplaudidos" ou "vaiados" em ambientes coletivos, perseguidos nas redes sociais,

além de sofrerem impactos em suas atividades cotidianas (variável do "risco moral": "*moral hazard*"). Não raro, a perseguição atinge familiares, assessores e amigos. Acreditar que essa variável não deveria comparecer na decisão é desejável, mas incompatível com as evidências atuais. Basta perceber que o STF instaurou inquérito para apurar as ameaças aos seus familiares (STF, Inq. 4.781). O efeito colateral de não se atentar para essa variável é o de não entendermos os comportamentos de "aversão ao risco" situados no contexto da decisão, porque o **enquadramento** das variáveis foi parcial. Ademais, todos os agentes processuais (Delegados, Defensores, Advogados, Ministério Público etc.) também correm diariamente o risco de linchamentos público (*online* ou não), sem que muitas vezes sequer se deem conta disso. A nossa proposta defende que as decisões no contexto do processo penal devem observar as expectativas de observância normativa, não sendo justificável democraticamente, a decisão ajustada às consequências pessoais, ao mesmo tempo, em que estimar os efeitos, por sua vez, pode evitar surpresas desagradáveis, por meio de medidas para o possível enfrentamento das consequências estimadas (gerenciamento de crise). O processo penal não pode tolerar a covardia decisória de qualquer dos agentes processuais, em que os interesses pessoais prevalecem sobre os interesses públicos. Até porque, do ponto de vista democrático, no processo penal, podemos exigir de todos os agentes processuais ***accountability***.

"Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é denominada externalidade negativa. Se é benéfico, é chamado de externalidade positiva". Embora a noção de externalidade se vincule aos ganhos econômicos, pode-se adotar a compreensão dos efeitos (negativos ou positivos) do jogo processual em relação a terceiros não envolvidos diretamente no processo penal". **Gregory Mankiw**

"Embora denominada de 'risco moral', atualmente a questão é tratada como eminentemente econômica, ou seja, implica em reconhecer como as ações ocultas de um dos agentes da interação pode influenciar na relações estabelecidas. É que a assimetria de informações entre os jogadores pode gerar avaliações cognitivamente falhas e, por isso, comportamentos judiciais enviesados". **Alexandre Morais da Rosa e Thiago Oliveira Castro Vieira**

1.2 *Accountability* dos Agentes Processuais no Processo Penal

Os agentes que irão participar das fases do processo penal são selecionados por concurso público, se agentes públicos (policial, delegado, Ministério Público, defensor, juiz etc.), ou autorizados por lei, se privados (advogado: aliás, indispensável ao funcionamento da Justiça; CR, art. 133). Todos estão vinculados às normas jurídicas e às finalidades do **principal** (Estado: as normas processuais). O **agente** (Policial, Delegado, Ministério Público, Defensor, Advogado, Juiz etc.) deve conformidade de comportamento às normas (adiante veremos como se decide observar ou não). Por isso, os agentes devem buscar efetivar as preferências agregadas emanadas pelo Estado/principal e não estão autorizados a decidirem fora da estrutura normativa, ainda que possam ter espaço para inferências e decisões concretas. Quando ocorre a prevalência de interesses dos agentes em face do principal (Estado), por quaisquer motivos (relevantes ou não), surge o que denominamos **problema principal-agente** ou **dilema da agência** e o comportamento desviante (**oportunista**).

A atribuição de direitos é conjugada com a de deveres. Estamos acostumados aos regimes de responsabilização administrativa, civil ou penal. Para além do modelo tradicional, ganhou fôlego a noção de ***accountability***, associada à de ***compliance***, segundo a qual o **agente** é

titular de direitos com o ônus de se responsabilizar pessoalmente pelas consequências, tendo a obrigação de apresentar e justificar os motivos de seus comportamentos sempre que acionados pelo **principal** ou por quem tiver competência para tanto (Órgãos Estatais e, no caso do advogado, também o seu cliente, já que dupla a relação principal-agente), avaliando-se a aplicação de prêmios ou punições. Não se trata de *bis in idem*. É um novo modo de compreensão sobre o monitoramento e realinhamento dos comportamentos dos agentes aos padrões fixados pelo aparato jurídico (normas processuais penais).

Precisaremos nos acostumar a assumir as consequências (boas ou ruins) dos nossos comportamentos no processo penal, pouco adiantando a transferência de culpa a terceiros, porque além de injusto, é o sintoma da ausência de ***accountability***. Dito diretamente: em face de nossos direitos e deveres diretos, podemos não ser culpados pela ação ou omissão, mas somos responsáveis pelas consequências. A falta de ***accountability*** se configura pela constante busca de transferência de responsabilidade para terceiros. A ausência da noção de ***accountability*** no processo penal faz com que se possa transferir a culpa pelo insucesso ao juiz, ao sistema, ao policial, às circunstâncias sociais etc. Enfim, somos responsáveis pelos efeitos "bons" e "ruins" de nossas ações/omissões diretas. Assumir a responsabilidade é tarefa diária. Associa-se ao dever de conformidade (***compliance***).

1.3 O Agente Processual precisa aplicar as normas jurídicas (concorde ou não): Punitivistas *versus* Garantistas

A atividade estatal vinculada à responsabilização penal é dividida em fases (investigatória, persecutória e executória), com funções específicas por cada um dos agentes (Policial, Delegado, Ministério Público, Defensor, Advogado, Juiz etc.). O Estado estabelece, a partir dos interesses individuais agregados deliberados pelo Parlamento, dos compromissos normativos internacionais (Tratados e Convenções de observância obrigatórias no território brasileiro) e das conquistas civilizatórias, o arranjo institucional (*design*) para o fim de aplicação da lei penal (tipos penais e processo penal). Não se trata de atividade privada, em que cada um pode fazer o que não for proibido por lei, justamente porque regrada. A finalidade das normas processuais é a de estabelecer os deveres, os direitos e as garantias para que alguém possa ser condenado, sem que os agentes possam validamente as deixar de lado por preferências (crenças, opiniões ou conhecimentos pessoais dissonantes do desenho normativo). O modo como os agentes conseguem (ou tentam) compatibilizar o conflito entre as preferências pessoais e as disposições normativas, veremos adiante.

LINDB, art. 3º: "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

O conjunto de disposições legais reconhecido pelo Brasil servirá de aparato para a argumentação e aplicação do Direito. A Constituição da

República (conjugada com as normas internacionais de proteção), por seu lugar fundante no ordenamento jurídico, estabeleceu a estrutura, distribuiu poderes e responsabilidades, além de indicar as linhas mestras do que *Scott Shapiro* denomina de "**Economia da Confiança**". A preocupação de *Shapiro* foi a de encontrar fundamento para deduzir do "ser", o "dever ser" (Não vamos aprofundar o debate de Shapiro-Dworkin), porque nos valeremos apenas da chave interpretativa "Distribuição de Confiança e Desconfiança" pelos constituintes e pela legislação complementar, para estabelecer o modo como se gerencia a confiança/desconfiança no processo penal brasileiro.

Associada à função e à autoridade dos agentes públicos, no nosso caso os agentes processuais públicos, a legislação complementar atribuiu direitos e deveres, pelos quais a **confiança** é limitada aos parâmetros jurídicos, a saber, as decisões devem operar no enquadramento jurídico. A liberdade de comportamento, de argumentação e de decisão está circunscrita aos parâmetros internos do campo do Direito. Não há abertura normativa para a utilização de argumentos morais (ou externos) por parte dos agentes públicos, nem podem, "por si e para si", atribuir direitos ou poderes dessa ordem. O que permanece é a divergência sobre a definição dos fundamentos metainterpretativos, em que o desacordo se verifica, mas também é resolvido a partir do desenho constitucional fundante (princípios normativos).

O que nos interessa, em Shapiro, é a noção de que quanto maior for a confiança, mais ampla a liberdade de comportamento, de argumentação e de decisão do agente, ao mesmo tempo em que, quanto menor for a confiança, mais reduzida a margem de decisão. O processo penal estabelece normas processuais, Resoluções (CNJ, Tribunais etc.), Protocolos (CNJ, Res. 214, protocolo Tortura), Normas de Conduta (Regras de Bangalore, Códigos de Ética etc.), além de punições (Lei de Abuso de Autoridade etc.), objetivando "reduzir" o espaço discricionário dos agentes públicos. Em todos os casos, os comportamentos devem ter suporte normativo e motivação adequada (julgadores; CR, art. 93, IX; CPP, art. 315, § 2º).

O conjunto de disposições legais do regime do processo penal, por ser elaborado em etapas e de modo pouco sistemático, proporciona, no contexto atual, múltiplas e inconciliáveis compreensões sobre as expectativas de comportamento decisório dos agentes processuais (principalmente os estatais). O debate, em geral, parte de crenças e opiniões ideológicas entrincheiradas, isto é, fechadas em seus critérios completos e coerentes, não raro com a manipulação fragmentada das oportunidades normativas, consistente em valorizar os dispositivos favoráveis e desvalorizar os desfavoráveis, muitas vezes desconsiderando os critérios de resolução de antinomias e lacunas impostas pelo ordenamento jurídico. Operam no campo da argumentação jurídica e do raciocínio legal por meio do ajustamento das normas aos pressupostos ideológicos da preferência do agente processual ou do grupo com que se identifica. O **comportamento**

oportunista não é privilégio de um dos lados, porque as polarizações, independentemente de se qualificarem como "garantistas/progressistas" ou "punitivistas/conservadoras" (adotaremos o critério genérico), valem-se de estratégias oportunistas para fazer prevalecer suas posições.

A polaridade entre perspectivas (punitivista ou garantista) arregimenta fatores emocionais que deslocam a abordagem do caso individualizado para o contexto coletivo, a saber, confundem a perspectiva do Caso Penal com os comportamentos reprováveis do ponto de vista das opiniões, crenças ou conhecimentos do agente. O acusado de tráfico, por exemplo, traz consigo o peso da tipificação, a despeito da singularidade da hipótese fática (que deveria ser única e analisada no seu contexto). As preferências pessoais dos agentes no tocante à legalização e da política de drogas, da existência de fatores de seleção e etiquetamento da conduta, tendem a "explodir" os limites normativos, para o fim de fazer prevalecer as preferências pessoais. A irracionalidade das etiquetas antecipadas, fundadas em estereótipos e preconceitos, turva a capacidade cognitiva dos agentes, com implicações diretas no modo como se engajam e se comportam no processo penal. Para além das nossas preferências, existe o padrão normativo a ser observado, pelo qual, também, é conferido aos agentes processuais certo espaço decisório de confiança, desde que observada "a justificação democrática da norma jurídica" (*Frederick Schauer*, adiante).

Somos capazes de identificar um debate tipicamente ideológico e polarizado. A crítica sobre a "americanização do processo penal" conclui que todos os institutos são ruins pela procedência (*made in EUA*). O modo irracional do debate bloqueia a capacidade de discutir as possíveis funcionalidades. Por certo há incompatibilidade de uma leitura sistemática do Processo Penal, motivo pelo qual a noção de **Dispositivo** (rede; 4.1) consegue ampliar a capacidade de ordenar os comportamentos (muitas vezes inconsistentes e incoerentes, do ponto de vista sistemático), mas que convivem nas práticas processuais cotidianas. A crítica é necessária e justa. A questão é: do ponto de vista da existência, por exemplo, a "colaboração premiada" ou o "acordo de não persecução penal", estão sendo ofertados? Bradar pela inconstitucionalidade pode funcionar se formos teóricos do Direito ou, também, se formos advogados privados e pudermos nos reservar o direito de não aceitar tais casos penais. Do ponto de vista dos agentes públicos, diante do acolhimento das práticas pelo STF, a renitência sonega direitos subjetivos de terceiros, cuja expectativa de comportamento é de "Boa-fé Objetiva", em nome de posições pessoais. Para além das objeções teóricas pessoais, no contexto do espaço do processo penal, não dispomos do poder de excepcionar as práticas acolhidas somente no nosso "cercadinho jurisdicional", ocupado voluntariamente (podemos fazer outra coisa) em face do dever de ***accountability***. Dentro do enquadramento da distribuição de confiança atribuída à função que exercemos, por outro lado, procurar compreender as funcionalidades e

limites, adere à "estabilidade" e "confiança" do ordenamento jurídico. Do contrário, perdemos a chance de agirmos em conformidade ao Direito, por meio da criação de zonas de inconsistência/incoerência. Mesmo com objeções teóricas, eventualmente ressalvadas, nos cabe integrar os novos institutos à realidade processual.

Por certo que a crítica ideológica é pano de fundo de todos os nossos comportamentos. Mas não somos os donos do mundo, nem temos poderes de impor nossos pontos de vista aos demais, salvo se estivermos (ou acreditarmos estar) alheios ao ambiente democrático. Precisamos conviver com a diferença e agir em ambientes hostis àquilo que defendemos. O agir profissional pressupõe maturidade democrática. Superar barreiras ideológicas polarizadas para o fim de construirmos o melhor processo penal possível, dentro do aparato normativo que dispomos, exige a abertura para se convencer das razões do oponente e, também, de nos esforçarmos racionalmente sobre os méritos de suas propostas. Até porque os nossos comportamentos também serão julgados.

1.4 Comportamento dos Agentes Processuais

Vivemos em algum lugar situado no tempo, onde mantemos relações ambientais (mundo físico e pessoas; sua casa, seus familiares, p.ex.). Há o nosso mundo interno (pensamentos) e o externo (mundo-ambiente; onde agimos). Para interagirmos com o ambiente, realizamos comportamentos (ações e omissões), a partir de critérios pessoais, sociais, jurídicos etc. que, por sua vez, geram consequências (positivas, neutras ou negativas para nós mesmos e/ou terceiros). Tanto assim que realizamos julgamentos internos/pessoais de acerto ou erro (nosso e de terceiros). No ambiente (mundo) também ocorrem julgamentos de nossas condutas, com ou sem a aplicação de **punições** ou **prêmios**.

Adotaremos (por enquanto) a estrutura do comportamento humano proposta por *Burrhus Skinner*, porque nos será útil no entendimento dos arranjos institucionais, principalmente no processo penal (a possível função dos prêmios e punições). A nossa abordagem irá se focar nos estímulos impostos pelo Estado (estrutura de incentivos), embora não seja a única fonte de reforço e punições (todos nós já fomos castigados por familiares, amigos etc.). O importante será percebermos o desenho teórico da estrutura comportamental.

Em face do **comportamento operante** (o que tende a se repetir), o ambiente normativo pode conferir **prêmios** (para incentivar) ou impor **sanções** (para coibir). Com a inserção do **estímulo** pelo ambiente (Estado; p.ex., podem ser normas penais ou processuais), o agente pode "manter", "alterar" ou "extinguir" o **comportamento operante** por meio de 5 (cinco) tipos de **ações controladoras** (ações <-> comportamentos): **1) reforço positivo**; **2) reforço negativo**; **3) punição positiva**; **4) punição negativa**; e, **5) extinção**. Chama-se de **reforço** as consequências que aumentam a

frequência do comportamento e podem ser: **a) positivo**: o acréscimo de algo novo, em geral recompensas (dinheiro, benefícios créditos, elogios etc.), para o fim de conservar e fomentar a regularidade do comportamento; e, **b) negativo**: a retirada/remoção de algo novo do ambiente (p.ex, a remoção de uma ação indesejada pelo agente, enquanto mantiver o comportamento operante), na forma de estímulo aversivo, pzara o fim de fomentar a perseverança/manutenção do comportamento desejado. Denomina-se **punição** a ação que busca diminuir a probabilidade de o "comportamento operante" se repetir, dividindo-se em **a) positiva**: com a retirada da liberdade, de bens ou restrição de direitos; e, **b) negativa**: com repreensão, humilhação ou constrangimento (pessoal e/ou coletivo), que tocam na vergonha e culpa do punido de modo sempre relacional (para uns opera, enquanto para outros não). A **extinção** operante ocorre quando a resposta do agente é menos frequente ou o comportamento é removido em face dos estímulos externos aversivos.

Perceba-se que se o comportamento do agente depende da presença (real ou potencial) do **agente punidor** e da **confiança** de que irá punir. A ausência de mecanismos de controle e de punição efetivos, reduz a probabilidade de ser descoberto e, portanto, aumenta o risco da reiteração. Se não houve a internalização do estímulo aversivo, mas somente a extinção do comportamento operante em face da avaliação do risco, a depender do contexto, com a diminuição da probabilidade de ser descoberto e responsabilizado, a tendência é a reiteração, a saber, o agente continuará realizando o comportamento operante quando o contexto lhe for favorável.

A experiência de se fazer uma prova no ensino médio, na graduação ou mesmo em concurso público pode servir de metáfora para o que se passa no processo penal. Em geral há presença de Professores e/ou Fiscais durante toda a prova para garantir que alunos/concursandos ajam em conformidade com as regras do *Fair Play*, do jogo limpo (sem fraudes, cola, auxílio de terceiros etc.). Alguém poderá arriscar-se a "fraudar/colar" mesmo com a presença de agentes punidores, avaliando, a todo o momento, meios de obter a vantagem e de não ser descoberto, já que poderá ser punido com a exclusão e/ou a reprovação. Mas se o Professor/Fiscal deixar a sala, para ir ao banheiro, por exemplo, a tendência é a de redução dos estímulos aversivos e, sem nenhuma autoridade no recinto, o cumprimento da regra de não colar, nem de obter auxílio dos demais colegas/concursandos, dependerá da disposição individual do agente e do comportamento dos demais. Isso porque a ausência de instância potencial de punição tende a rebaixar a probabilidade de ação em conformidade com as regras. Do mesmo modo, a tolerância para com condutas ilegais, fora das regras, fomenta o comportamento desviante.

Diante da intervenção do ambiente, com a inserção de **estímulo aversivo**, podem ocorrer as seguintes situações: **a) manutenção**: ausência

(real ou potencial) do agente punidor: tendência de reiteração, a depender do **custo benefício** do agente; **b) manutenção**: presença do agente punidor tolerante com o comportamento: tendência de reiteração, a depender da recompensa do agente; **c) alteração**: presença (real ou potencial) do agente punidor intolerante com o comportamento: tendência de **fuga** do comportamento em face da probabilidade de ser descoberto e punido; e, **d) manutenção**: presença (real ou potencial) do agente punidor intolerante com o comportamento, desde que avalie ser possível a **esquiva**, mediante a prevenção da descoberta ou da punição por ações de **contracontrole** consistentes em impedir a atuação das instâncias de controle (táticas de ameaça, chantagem, fraude etc.) ou manipulações estratégicas capazes de camuflar/dissimular a manutenção do comportamento punível (busca com a tática diminuir os riscos) e se esquivar da punição. O impacto do estímulo aversivo deve ser suficiente para **extinguir** o comportamento operante alvo.

Podemos perceber que a criação de regras penais e processuais pode ser lida pela lógica comportamental. O Estado, ao criar normas de **prêmio** ou **punição**, pretende que os comportamentos desejáveis sejam incentivados por **reforço** (prêmios) e os indesejáveis sejam **extintos** pela **punição**. Para que o estímulo aversivo possa funcionar, será necessária a presença efetiva ou potencial do **agente punidor** (agências de controle estatal), além da **confiança** do agente de que será descoberto e punido. Esse é o desenho teórico da estrutura comportamental que irá nos acompanhar. Agora vamos examinar o agente racional da análise de custo-benefício.

1.5 O Agente Racional e Maximizador de Utilidade (Custo-Benefício)

"Cada escolha, uma renúncia, essa é a vida" **Chorão**

Para podermos entender o que significa **agente processual penal**, precisaremos nos valer do campo da **Economia** (*Lionel Robbins*: a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que têm usos alternativos), mais especificamente na **Microeconomia**, para situar a estrutura de comportamento de cada agente racional (relação entre Mercado, Escassez, Custo Benefício e Incentivos). A abordagem parte do **individualismo metodológico** (parte do estudo do comportamento do agente isolado; o coletivo é o agregado das decisões individuais), das contribuições da **Análise Econômica do Direito** (*Richard Posner*, em especial), Escola Institucionalista (*Douglas North*), dado o protagonismo do Estado no processo penal (estrutura de incentivos).

O modelo reduz a complexidade humana (como todo o modelo), para definir que o **agente econômico** é racional e maximizador (utilidade esperada). A **Teoria da Escolha Racional (TER)** estabelece que a **escolha racional do agente busca a maximização da utilidade esperada** (objetiva ou subjetiva)**,** a partir da relação entre **fins** (alternativos entre si) e **meios**

(de recursos escassos). A análise é individual e cada agente tem a sua **Hierarquia de Preferência** (*completa*: está apto a decidir; *transitiva*: coerência da escolha, já que uma exclui todas as demais alternativas; *estável*: só se altera por mudança alheia à sua vontade), a partir do maior critério de utilidade esperada (objetivo ou subjetivo; não se confunde somente com dinheiro ou bens de valor objetivo, qualquer ganho de interesse, valor ou prazer). A generalização do agente racional é o instrumento de análise do modelo, pelo qual se permite estabelecer: o comportamento do agente racional dependerá da análise de custo-benefício.

Devemos considerar que o **agente racional** levará em consideração a "escassez de recursos" (desejamos muitas coisas e não temos recursos para tudo), a "hierarquia das preferências" do agente (sem julgamento quanto ao conteúdo), a "estrutura de incentivos" (prêmios e punições) e a "racionalidade" (custo-benefício). O modelo econômico não busca explicar o "motivo" da escolha do agente, porque contenta-se e respeita as preferências pessoais (a motivação da extração de satisfação é irrelevante). A avaliação do conteúdo é neutra.

Ao mesmo tempo em que o modelo respeita a escolha do agente, atribui um preço pela escolha. Escolha pressupõe o custo da exclusão das demais alternativas que não poderão ser usufruídas. Chamamos de **Custo de Oportunidade** a utilidade que não pode ser realizada pela escolha (*trade-off*). O preço pode ser "valor" (objetivo/subjetivo) ou o "custo de oportunidade". Motivados pelas preferências, com necessidades infinitas e escassez de recursos, o agente racional analisa a alternativa que lhe confere maior utilidade esperada (custo-benefício), ou seja, maximiza racionalmente a escolha.

"Antes de ser aplicado o esquema de arbitragem de Nash, importa conhecer a função de utilidade dos jogadores. Reside aí a maior desvantagem do esquema, pois não se dá apenas que as utilidades nem sempre sejam conhecidas; com frequência são elas deliberadamente ocultadas pelos jogadores. Se a função de utilidade de um jogador é mal interpretada, isso pode resultar em vantagem para ele. Tal fato é de certo modo, alentador, pois sugere ser realista o esquema. Na vida real, também, como já vimos, a função de utilidade é com frequência mal interpretada".
Morton David Davis

No Direito a noção de **Custo de Oportunidade** (*trade-off*) é muito importante porque se toda decisão exclui outras alternativas, o Estado ao alocar recursos do orçamento limitado para proteção de Direitos (processo penal), rejeita outras inciativas (efetivar ou garantir direitos gera custos). O agente processual também precisa escolher entre alternativas, com os custos decorrentes e os de oportunidade (um comportamento exclui outro). O Estado ou os Agentes, em suas relações, podem criar incentivos capazes de ajustar o custo-benefício da escolha (alterar a estrutura de incentivos para aumentar a utilidade esperada pelo agente e, por consequência, ajustar o comportamento ao desejado).

"A noção de escassez traz uma série de implicações para o estudioso, o profissional, e o pesquisador em Direito. Uma delas – talvez a mais dramática - diz respeito ao fato de que a proteção de direitos consume recursos".
Bruno M. Salama

O modelo não significa "como efetivamente" os agentes decidem. Muitos fatores podem alterar a escolha, como veremos adiante (especialmente: Economia Comportamental, Teoria da Perspectiva e Psicologia Cognitiva - *Hebert Simon, Daniel Kahneman, Richard Thaler*, dentre outros). É que a capacidade humana de processamento de dados/informação, determinação das alternativas, estimação das consequências x probabilidade (Risco e Incerteza), é limitada pelo *design* humano (veremos a "Racionalidade Limitada" e a "Teoria da Perspectiva"; 7.4).

A existência de fatores que impedem a decisão racional mitiga a sua aplicação sob certas condições, mas não invalida o modelo da Teoria da Escolha Racional (TER). A definição de agente racional e maximizador da utilidade esperada, por meio da análise de custo benefício, nos será muito útil, porque é a partir dela que se estrutura boa parte do que veremos.

"Apesar do seu nome, a teoria dos jogos lida com assuntos sérios da economia e não com a frivolidade dos jogos. Morgenstern e von Newman viram que os modelos matemáticos desenvolvidos para sistemas em física e outras áreas da ciência eram ferramentas deficientes para trabalhar com economia e outros estudos que envolvem comportamento humano, já que elas eram baseadas em ações de partes desinteressadas. Quando as pessoas fazem escolhas, elas tentam maximizar os benefícios para si próprias. Elas podem também minimizar o prejuízo para os outros – ou podem não dar nenhuma importância ao impacto sobre os outros, até mesmo agir no sentido de prejudicá-las. A teoria dos jogos tenta levar em conta os motivos das pessoas que estão agindo na situação que é modelada, bem como muitos outros aspectos relevantes. Por exemplo, jogadores – que podem ser indivíduos, grupos, nações ou corporações – podem estar em competição direta ou podem cooperar com maior ou menor grau. Eles podem estar competindo por um recurso finito ou recursos infinitos. Eles podem ter todas as informações relevantes, incluindo ações dos outros jogadores, ou podem ter acesso apenas parcial às informações. Há diferentes modelos da teoria dos jogos para abranger estas e outras possibilidades. A teoria dos jogos muitas vezes produz uma matriz de resultados que podem então ser analisados". **Anne Rooney**

1.6 Custo-Benefício do Comportamento Ilícito

A decisão baseada na relação **custo-benefício**, consiste em: se os benefícios do comportamento forem maiores do que os custos, é racional agir. Voltaremos ao tema mais adiante, para podermos melhorar o nosso entendimento sobre o que significa "custos" e "benefícios" no processo penal. Antes vamos estudar a análise de custo-benefício no comportamento criminalizado.

A partir de "Análise Econômica do Crime" (vamos adotar a leitura associada de *Burrhus Skinner* e *Gary Becker*) pode-se dizer que o **agente** (racional e econômico), ao decidir "se comete ou não" uma infração (processual e/ou penal), **estima** o risco (custo-benefício): o **preço** da conduta, ou seja, qual a consequência/sanção (pena, multa, reputação etc.) e a **probabilidade** efetiva de ser descoberto e punido. Pode ser apresentado da seguinte forma:



S x P/L S (preço/pena/consequência), multiplicado (vezes) P (probabilidade de ser descoberto e punido) será estimado em face de L (lucros decorrentes do ato.) Se o resultado for maior, transgride; se menor, obedece.

Para que apliquemos a fórmula, será necessário realizarmos estimativas e levantamentos de probabilidade, inacessíveis ao sujeito padrão (até porque não lidamos muito bem com probabilidade no Direito). Mesmo assim, a lógica funciona: nenhum sujeito racional se comportaria de modo ilícito se não fizesse pelo menos um cálculo intuitivo de risco: quais as sanções possíveis e as chances de ser descoberto/punido.

A decisão sobre o comportamento será sempre situada (tempo e espaço), por fatores concretos, nem sempre em condições emocionais, psicológicas, cognitivas e sociais favoráveis. O gerenciamento de risco (por mais que nos julguemos capazes de realizar) demanda informação suficiente (qualidade e quantidade), capacidade e velocidade de processamento, além de raciocínio lógico (inferências válidas e sólidas), capazes de gerar estimativas robustas. A avaliação de risco normalmente efetivada por humanos é intuitiva (prevalecem heurísticas e vieses), com informação seletiva e muita margem de erro. Em geral, nem se trata de avaliação de risco. É mero palpite.

"Nosso modelo do crime racional simplifica a realidade de diversos modos que precisam ser frisados. No mundo real, o crime tem múltiplas causas, então a pesquisa empírica sobre o crime deve trabalhar particularmente com a análise de regressão de múltiplas variáveis [...] A maioria dos criminosos possui informações imperfeitas sobre os benefícios do crime e as probabilidades e magnitudes das penas. Os criminosos provavelmente não são neutros em relação ao risco. A maioria dos indivíduos é avessa ao risco, mas os criminosos provavelmente são excepcionalmente dados a correr riscos." **Robert Cooter e Thomas Ullen**

Associando ao já estabelecido sobre comportamento, podemos perceber que o Estado, através do sistema penal, procura criar mecanismos (**estrutura de incentivos**) de estímulo aversivo, por meio de penas e prêmios, com a finalidade de extinguir o comportamento

operante indesejado. Também sabemos que a criação ou majoração de tipos penais não é suficiente, porque precisa ser cumulada a políticas públicas que aumentem a probabilidade de o agente ser descoberto e efetivamente punido, além de fatores não racionais do contexto. Diante da intervenção do ambiente (no caso Estado, via Direito Penal), com a inserção de estímulo aversivo (novos tipos ou majoração de penas), podem ocorrer as seguintes situações por parte do agente:

a) manutenção: ausência (real ou potencial) do agente punidor: tendência de reiteração, a depender da recompensa do agente;

b) manutenção: presença do agente punidor tolerante com o comportamento: tendência de reiteração, a depender da recompensa do agente;

c) alteração: presença (real ou potencial) do agente punidor intolerante com o comportamento: tendência de "fuga" do comportamento em face da probabilidade de ser descoberto e punido; e,

d) manutenção: presença (real ou potencial) do agente punidor intolerante com o comportamento, desde que avalie ser possível a "esquiva", mediante a prevenção da descoberta ou da punição por ações de contracontrole consistentes em impedir a atuação das instâncias de controle (táticas de ameaça, chantagem, fraude etc.) ou manipulações estratégicas capazes de camuflar/dissimular a manutenção do comportamento punível (busca com a tática diminuir os riscos) e se esquivar da punição. Em todos os estímulos (prêmios ou punições), o impacto deve ser suficiente para extinguir o comportamento operante alvo.

Para fins operacionais, o conceito de custo-benefício a ser utilizado na análise dos comportamentos de conformidade dos agentes processuais será inferido da seguinte forma:

Sempre que os benefícios (objetivos e/ou subjetivos) forem superiores ao da probabilidade de ser descoberto e punido, a tendência será a de violação.

A **tomada de decisão** do agente processual pode levar em conta outros critérios (éticos, morais, normativos, deontológicos, contextuais etc.) que impeçam o comportamento. Do ponto exclusivamente racional e econômico (neutro a outras instâncias de controle), a ausência do agente punidor de modo efetivo, reduz a probabilidade de ser descoberto e punido, isto é, o custo-benefício do comportamento ilícito/ilegal dos agentes processuais penais é positivo.



1.7 Dissonância Cognitiva (A Busca por Equilíbrio Subjetivo)

Dissonância Cognitiva é o nome atribuído por *Leon Festinger* à incoerência entre o comportamento ou atitude do agente e o conjunto de preferências (crenças, opiniões e conhecimentos), causador de conflito interno (psicológico e/ou emocional). O conceito de **agente racional**

pressupõe a coerência entre os comportamentos e as preferências pessoais, na busca ou manutenção do equilíbrio interno racional.

Para operacionalizar a retomada de equilíbrio/consonância, o agente precisa adaptar a preferência ou o comportamento, mediante 4 (quatro) ações: **a)** substituição de um dos elementos dissonantes; **b)** obtenção de mais informações ou crenças que aumentem a consonância; **c)** desvalorização de elementos cognitivos dissonantes; e, **d)** evitação ativa do aumento dos elementos dissonantes. **A postura em face do novo elemento pode variar, embora o traço de harmonização cognitiva se mantenha. En**fim, procuramos manter a "coerência interna", mesmo que de modo forçado.

Marco Callegaro explica: imagine que você está na chuva e pode procurar proteção (comportamento), mas não encontrando, pode modificar a atitude, dizendo "como é gostosa uma chuva"; "fazia tempo que não tomava banho de chuva", bem como reduzir a dissonância, inserindo novos elementos cognitivos, no estilo, "mais uma adversidade a superar", "a cidade fica mais bonita com a chuva" e, por fim, evitar a dissonância pensando que "nem está chovendo tanto assim".

"Partindo de tal princípio (que pressupõe harmonia entre percepções, ações e atitudes), tais teorias estudam as consequências de seu rompimento pelo indivíduo (que experimentará um estado de desarmonia cognitiva), fazendo-se surgir processos involuntários para seu restabelecimento". **Ruiz Ritter**

No campo do processo penal, os comportamentos impostos pelas normas jurídicas podem estar em desconformidade com o **Esquema Decisório** do agente processual, momento em que se instaura a Dissonância Cognitiva, isto é, o conflito interno (psicológico e/ou emocional) entre o comportamento decisório obrigatório (determinado pelas normas jurídicas, tidas por nós democráticas) e o seu conjunto de preferências (crenças, opiniões e conhecimentos). Em resumo: "diz ou pensa uma coisa e faz outra". A consonância pode ser obtida com a "distinção" entre o conjunto de preferências na vida privada e o exercício de função pública, em que prevalece o conjunto agregado de preferências estabelecido pelo Estado (***accountability***). Por outro caminho, a consonância pode ser obtida por meio dos espaços discricionários ou da "desvalorização" das normas jurídicas que provocam a dissonância, valendo-se de "esquivas" decisórias inconsistentes/incoerentes, mas suficientes ao seu propósito (equilíbrio interno). O efeito da dissonância pode ocorrer sem que o agente sequer se dê conta (inconscientemente, culposo) ou de modo consciente (doloso). Na hipótese dolosa, o agente nunca confessará, porque seu comportamento é oportunista (dissimulado).

"Basicamente, a teoria da dissonância cognitiva trata com relações entre objetos e preferências, a partir do quadro de experiência acumulado pelo intérprete. Um evento que confirma as pressuposições e que faz parte, assim, do conjunto de expectativas do intérprete produz um sentimento de consonância". **Ricardo Jacobsen Gloeckner**

Por exemplo, o juiz pessoalmente 'não se conforma" com a alteração do disposto no art. 212 do CPP (*que determina que as perguntas às testemunhas devem ser formuladas diretamente pelas partes*), porque no seu conjunto de crenças, a nova regra atrapalha a busca da verdade (real). Sabedor que o descumprimento da regra não lhe trará risco de punição, nem de anulação do processo, "desvaloriza" a restrição com qualquer argumento (especialmente o de ausência de prejuízo), mantendo o seu equilíbrio/consonância. Do mesmo modo opera o juiz que não aceita a **Justiça Negocial** porque incompatível com as suas crenças sobre o **Devido Processo Legal** e nega a homologação de ANPP formulado pelas partes, dentro do quadro de expectativas de observância normativa (Confiança e Boa-fé). No campo da prova, os agentes previamente convencidos da culpa ou absolvição, tendem a adotar mecanismos de manutenção da consonância, consistentes na "supervalorização" da evidência/argumento irrelevante/insignificante e na "sobrevalorização" da evidência robusta contrária, em face da busca de equilíbrio interno. A busca de consonância

"Por outro lado, segundo o princípio da busca seletiva de informações, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (<<acolhida pelo ego>>), tratem-se elas de informações consonantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador". **Bernd Schünemann**

cognitiva dos agentes processuais ocorre ao preço da dissonância comportamental, isto é, entre as expectativas de Boa-fé dos jurisdicionados de observância normativa e os conflitos internos do julgador. Esse é mais um dos sintomas da ausência de ***accountability*** dos agentes públicos.

As novas informações dissonantes devem ser relevantes, capazes de "derrotar" a conclusão (ainda que parcial) anterior, a saber, devem ter implicância lógica e força suficiente à desconstituição da consonância. Mesmo assim, o agente pode manter a consonância, em face da nova informação, por meio das seguintes estratégias (por dolo ou culpa): **a)** invalidação; **b)** distinção; **c)** exceção; **d)** negação; **e)** evitação; **f)** percepção errônea; e, **g)** esquecimento seletivo.

"Afinal, ainda que a adição de elementos cognitivos consonantes a cognição já existente (por meio da exposição voluntária a novas informações congruentes) seja a regra, inúmeras vezes o contato com elementos dissonantes é inevitável, forçado (situação que pode ocorrer tanto na busca frustrada por elementos cognitivos consonantes – casos em que a fonte aparentava trazer um conteúdo e apresentava, de fato, outro – quanto em situações envolvendo a sugestão de terceiros – quando de forma voluntária ou não, transmitem uma informação contrária a que se está procurando), ensejando técnicas diferentes das até aqui observadas, a fim de obstaculizar a incorporação da dissonância. São elas: a percepção errônea, a invalidação e o esquecimento seletivo". **Ruiz Ritter**

As posturas cognitivas "entrincheiradas", "infalíveis", conferem a sensação de segurança e evitam a dúvida, ao preço de possíveis erros sistemáticos e enviesamentos cognitivos. Operam principalmente quando há pressa para conclusão, sem aguardar o final da instrução, muitas vezes associadas ao conteúdo da investigação preliminar. A criação do Juiz das Garantias e a exclusão do inquérito policial tendem a mitigar o efeito da Dissonância Cognitiva.

Dominar as categorias da **Dissonância Cognitiva** nos servirá de chave interpretativa com dupla função: **a)** tomarmos cuidado com a necessária avaliação o mais objetiva possível das informações inseridas no processo, para o fim de não sermos iludidos pelo impacto nas nossas pressuposições, porque a visão ingênua de forçar a consonância pode ser fatal; **b)** auxiliarmos no monitoramento das reações dos demais agentes processuais para, em verificando indicadores da ocorrência das ações tendentes à manutenção da consonância, aplicarmos estratégias de enfrentamento.

1.8 Erros, Redes Sociais, Reputação, Cultura do Cancelamento e Linchamento Digital

Quando nos comportamos adequadamente no processo penal, não chamamos a atenção. Em geral, nos dizem que não fizemos mais do que a nossa obrigação. É possível que nos comportemos de modo ingênuo, equivocado ou catastrófico, pelos mais variados motivos. Será necessário saber lidar com as consequências. Um erro, um deslize, por menor que seja, pode ganhar a dimensão coletiva. A fofoca travestida de notícia permanece por mais tempo, com potencial de estrago (financeiro, reputação, honra etc.), caso compartilhada e curtida via redes sociais.

"O boato está em todos os lugares e em todas as esferas de nossa vida social. Ele é o mais antigo dos meios de comunicação de massa. Antes mesmo de existir a escrita, o ouvir-dizer era o único veículo de comunicação das sociedades. [...] Onde começa e onde termina o fenômeno que se chama boato? Em que ele difere do que costumamos chamar de ouvir dizer? De fato, o conceito escapa quando pensamos tê-lo sob controle". **Jean-Noël kapferer**

Antes do sucesso das redes sociais, a informação disponível ao público se dava, em regra, pelos jornais distribuídos no dia seguinte, pelas revistas semanais, pelo rádio e televisão em tempo real (sem possibilidade de vermos na hora que quiséssemos). Com a *internet* e as redes sociais, a relação entre a notícia e o consumidor final alterou-se. Um jornal local poderia publicar algo e gerar apenas **ruído** local, sem grandes chances

de escalar aos grandes meios de comunicação, onde poderia virar um **sinal**. A distinção entre ruído e sinal é intuitiva, no meio de muito ruído, somente o sinal se destaca. Os jornais *online*, os *blogs*, os aplicativos de conversa e as redes sociais ampliaram a quantidade de produtores de notícias publicadas imediatamente. O compartilhamento em redes sociais, por sua vez, acelera o impacto; um antigo ruído rapidamente ganha o *status* de sinal. As notícias, diante desse novo modelo de consumo de informações, devem ser de fácil absorção, gerar engajamento e o desejo de compartilhar. O resultado é a proliferação de um espaço sem controle de qualidade, capaz de fomentar *Fake News*, desinformação, assassinato de reputações e manipulação da opinião pública, que facilmente – por muito pouco, "cancela" pessoas, campanhas e empresas.

O resultado inconsequente do uso das redes sociais, no contexto do processo penal, é a oportunidade de "linchar" e ser "linchado", de ser autor/réu em ações de indenização cível por dano moral ou, ainda, em ações penais por crimes contra a honra. Basta "compartilhar" conteúdo que já estão presentes os requisitos para indenização cível. Muitas vezes não nos damos conta dos riscos que corremos. Precisaremos controlar os nossos impulsos nas redes sociais, porque os comportamentos podem gerar consequências prolongadas.

Erros são oportunidades de revermos posições, crenças e/ou comportamentos. No processo penal podemos errar em diversas magnitudes e contextos, desde insignificantes, até erros crassos. Em geral os erros decorrem da ausência de planejamento adequado, desconhecimento teórico, ingenuidade, arrogância cognitiva ou ausência de habilidades específicas. Podemos nos conceder uma segunda chance, nos esforçarmos para evitar reincidência, além de monitorar a nossa tendência de desqualificar o gerenciamento de riscos. Nada pior, por outro lado, do que termos tido sucesso no processo anterior, sermos suscetíveis à "heurística da disponibilidade" e relaxarmos no planejamento do subsequente. O novo caso é autônomo e singular (independente). As relações pessoais podem se comunicar. Os processos penais não. Acreditar que se está em uma "maré de sorte" é o primeiro passo para o fracasso. O sucesso ou o fracasso podem servir de indicadores dos comportamentos atuais. O que não se pode acreditar é em estratégias ou táticas infalíveis, agindo no "piloto automático", até porque o contexto é dinâmico e se modifica pelos detalhes.

Um bom cirurgião cardíaco deve estar preparado para monitorar os indicadores, prestar atenção no procedimento e saber quais providências tomar caso aconteça o não previsto, porque a resposta ao evento precisa ser imediata e não há tempo para ler o protocolo. Estar preparado para as adversidades processuais é um refinamento técnico. Por isso o cirurgião estuda o paciente antes, antecipa as intercorrências possíveis, ao mesmo tempo em que deve estar preparado para o imprevisto. Um cirurgião não para de estudar, de se qualificar, de ler os artigos especializados

STJ, Habeas Corpus 75.125 (Min. Rogério Schietti Cruz): "É possível inferir que, ao compartilhar a manifestação de outra pessoa em rede social, o texto passa a ser exibido na página pessoal daquele que compartilhou, tornando-a visível a seus amigos e, por vezes, a terceiros, o que claramente propaga a publicação inicial. Não é suficiente, no entanto, para fins de responsabilização penal, o mero ato de compartilhar dada notícia, sem que se aduza qualquer circunstância que possa identificar, no ato de compartilhar, o animus dirigido a reproduzir uma crítica".

TJSP, RESE 0001424-41.2014.8.26.0114 (Des. Guilherme de Souza Nucci): "Difamação. Recorrentes que 'curtiram' mensagens no Facebook. Irrelevância penal. Ato alheio. Princípio da responsabilidade pessoal. Recurso improvido".

"No mundo complexo e com alta velocidade e volatilidade de informações, cuidado com o que você curte ou compartilha, porque embora não seja, a priori, crime, pode gerar muito incômodo e problemas judiciais. A luta sempre será pelo primado da liberdade de expressão plena. O uso consciente das redes sociais exige cuidados redobrados em tempos de fúria, ódio e emoções à flor da pele. Ainda mais quando se compartilha sem ler ou sem reflexão. Uma curtida pode incomodar muita gente, inclusive você. Além do mais, há a discussão sobre eventual responsabilidade civil. Para fins penais, todavia, em regra, não haverá crime; só incômodo". **Alexandre Morais da Rosa**

justamente porque sabe que o mundo se atualiza e que sua inércia pode ser fatal para o paciente e para sua reputação.

Será preciso lidar com a pressão do momento. Gerenciar os riscos associados é a postura adequada. Em cada contexto será necessário estabelecer um plano de atuação, porque as estratégias anteriores podem não funcionar. Cada caso é uma singularidade. Levemos isso a sério. Não existe uma "regra universal" no tocante aos riscos, porque tanto o comportamento arriscado como o não arriscado podem queimar seu ego e a sua reputação. Será preciso ter habilidades múltiplas para saber agir no momento certo. Em geral não se tropeça nas grandes questões processuais e sim na ausência de monitoramento e atenção aos detalhes. É nos detalhes dos eventos singulares, por exemplo, acontecidos em uma audiência, que a interação processual é feita (e decidida). Desconsiderar os detalhes como da ordem do irrelevante é atitude amadora. Uma "palavra errada" ou um "comportamento inconsistente", tendem a gerar efeitos sistêmicos, capazes de contaminar o conjunto das ações. Quanto mais planejarmos a atuação processual, menos riscos tendemos a correr. O gerenciamento de risco parte da premissa de que não existe risco nulo. Sempre pode ocorrer um evento inesperado, imponderável ou surpreendente (o futuro é incerto). A capacidade de se perguntar durante o planejamento: "e se ocorrer isso, o que farei?" passa a ser um modo de mitigar possíveis erros. É verdade que as possibilidades de risco, no processo penal, são infinitas e não podemos prever todos os acontecimentos, porque significaria passar a vida nos preparando. Não há tempo, nem recursos para isso.

Em vez de fazermos a lista das nossas qualidades, devemos fazer a lista de nossas fraquezas no caso penal. Ao mesmo tempo em que iremos melhorar os pontos fortes, nos preocuparemos em mitigar as nossas fraquezas. O "calcanhar de Aquiles" foi suficiente para sua queda porque o oponente sabia do seu ponto fraco.

A nossa disposição por aplicar metodologias de avaliação de risco pode parecer estranha no primeiro momento. Quando defendemos o gerenciamento de risco, em geral, recebemos o olhar de desdém ou de irrelevância, muito porque os agentes processuais não sabem do que se trata, nem de como gerenciar risco. Gerenciar risco é importante habilidade que podemos adquirir, com ganhos significativos na luta incessante de evitarmos erros.

Pressupomos que sempre poderemos decidir melhor no processo penal e correr menos risco. Por mais que prevaleça a noção de que cada um de nós possui uma essência, a proposta acolhe como pressuposto: "somente podemos avaliar/julgar comportamentos". São os comportamentos que podem ser "bons/ruins", "úteis/inúteis", "eficientes/ineficientes" etc. O comportamento decorre da combinação de múltiplas variáveis pessoais e ambientais em face do que denominamos: **tomada de decisão**. Os critérios podem se modificar em cada **contexto**. Prometemos que não iremos nos indispor mais uma vez com o professor, o juiz, o pai ou a

mãe, porque estamos consciente de que não vale a pena (custo-benefício), mas não conseguimos segurar. Quando percebemos, já dissemos (já era). As pressões do contexto podem ser antecipadas e, principalmente, podemos treinar para evitar que as variáveis emocionais (raiva, ira, ódio etc.) possam prevalecer sobre as racionais. Nem sempre é fácil segurar o animal que nos habita. Vamos tentar ver como adiante.



1.9 Processo Penal Estratégico

Se você estiver nadando com o objetivo de se divertir, pode flutuar ao sabor das contingências (do que acontecer). Mas se você estiver nadando e perceber que está se aproximando um tubarão ou uma tempestade, o seu objetivo passa a ser outro: salvar-se. Para alcançar seu objetivo estratégico (estar são e salvo), você deve tomar decisões tático-operacionais convergentes, a saber, deve nadar de modo constante em direção a um lugar seguro. Perceba que você está nadando no mesmo local e o contexto se modificou abruptamente, exigindo adaptação comportamental. O exemplo é simples e com alternativas bem definidas (não há controvérsia: você nada para sobreviver ou luta com o tubarão; não recomendamos a última opção). Vamos agora para o futuro. Se você naufragar em alto-mar, sem bote, nem colete salva-vidas, precisará estabelecer critérios de decisão sobre para qual direção nadar. Nadar sem direção será apostar exclusivamente na sorte. Mas como você é racional e conseguirá controlar as emoções, a decisão dependerá de dados e de informações do ambiente, das que você poderá coletar e, principalmente de seu conhecimento prévio e das habilidades cognitivas. Caso você tenha uma boa capacidade de localização geográfica/sensorial e, também noção do posicionamento padrão do sol, da lua e/ou das estrelas, poderá agir melhor. A sua decisão em contextos complexos depende: a) dos dados de realidade e das informações que você dispõe (qualidade e quantidade); b) da capacidade cognitiva de entendimento pessoal dos dados e das informações; c) da prevalência de aspectos racionais sobre emocionais (se você estiver em pânico, com medo ou apavorado etc., a racionalidade tende a não operar); e, d) da sorte ou azar (aspecto do ambiente que não se controla). Quanto mais complexo for o contexto, maior a necessidade do uso de metodologias capazes de apoiar uma decisão melhor, em que os riscos sejam mensuráveis e mitigados (reduzidos).

Estamos de acordo que suas chances de salvamento aumentariam se você conseguisse saber para que lado nadar? Se você concordou comigo, a sua atuação é **estratégica**. Por mais que exista certo preconceito na assunção do agir estratégico no processo penal, não podemos confundir agir estratégico com "manipulação" ou "jogo sujo", como defenderemos durante toda a construção do modelo. A atuação estratégica significa planejar, organizar, executar, monitorar, avaliar, adaptar (se necessário), o conjunto de comportamentos necessários à obtenção dos objetivos (metas).

É importante na nossa vida e no processo penal. Podemos confiar em nossa capacidade cognitiva, desde que possamos monitorar os efeitos de 'heurísticas" e "vieses", dentre eles, o do "excesso de confiança", porque pode ser catastrófico agir só pela "intuição". Falaremos adiante sobre armadilhas cognitivas (7.5). A adoção de metodologias adequadas tende a melhorar o nosso desempenho em situações simples e, principalmente, em situações complexas. Seria impensável que um cirurgião cardíaco não tivesse um protocolo de atuação durante o procedimento cirúrgico, nem conhecimentos capazes de agir imediatamente na hipótese de intercorrências, porque não há tempo para consultar livros (nem o *Google*). Para ser profissional e respeitado, o nosso cirurgião precisa estar preparado para os eventos do procedimento e, além disso, deve contar com uma equipe auxiliar (médicos, enfermeiros, profissionais outros) alinhada ao contexto, com: **a)** capacidade de saber o seu lugar e a função (treinada); **b)** domínio dos termos e dos comandos (saber o que executar caso acionada); e, **c)** clareza de objetivos de cada momento do procedimento (conhecimento técnico). Nem eu, nem você, reclamaremos da postura estratégica do médico cirurgião e sua equipe. Muito pelo contrário: está gerenciando o risco da atividade.



Diante de cada Caso Penal, para que possamos estabelecer **Planos de Ação** (operacionais) adequados, devemos saber distinguir a função e a hierarquia dos níveis: **1) Estratégico**; **2) Tático**; e, **3) Operacional**. Nossas decisões comportamentais dependem da nossa capacidade de entendimento da estrutura estabelecida na **Primeira Fase: Diagnóstico**. Vamos organizar os níveis:

1 Nível Estratégico:	planejamento, organização e definição do objetivo de modo claro e mensurável, com o estabelecimento dos critérios de qualidade, quantidade, prioridade, custos e limites da atuação da equipe. (divisão de tarefas, funções, recursos e responsabilidades);
2 Nível Tático:	estabelecimento de Plano de Ação por ordem temporal de ocorrência, de prioridade, de mecanismos e indicadores de mensuração e de controle do nível operacional;
3 Nível Operacional:	execução do Plano de Ação de modo a potencializar o resultado pretendido, a partir de critérios e indicadores estabelecidos (níveis estratégico e tático). O executor deve ter condições técnicas e materiais para o cumprimento da tarefa e treinamento para lidar com as adversidades (realizar ajustes).

Alvin Toffler pode nos servir de inspiração: "*Ou você tem uma estratégia própria ou então é parte da estratégia de alguém*". A adoção de comportamento estratégico rapidamente é associada ao pensamento de *Maquiavel* e da máxima que "os fins justificam os meios". O reconhecimento do agir estratégico rejeita o ilícito, do "jeitinho", dos truques ilegais, das manipulações, enfim, do "jogo sujo". Cada comportamento depende da passagem por filtros (legais, éticos, morais, sociais, reputacionais etc.)

capazes de impedir ou limitar a ação/omissão do agente processual, a partir do custo-benefício e da avaliação do risco (probabilidade x consequências).

O comportamento adequado às normas (jogo limpo: *Fair Play*) será defendido no decorrer do livro, ao mesmo tempo que devemos estar atentos à possível participação de agentes processuais oportunistas que tendem a "jogar sujo" (fraudar, manipular etc.), afinal de contas, eles não são invenção nossa: eles existem de modo dissimulado ou ostensivo no processo penal. Tanto assim que o nosso ordenamento jurídico estabelece normas para punir os comportamentos ilícitos e/ou ilegais (p.ex. prova ilícita, punições administrativas, penais etc.). Se eles podem comparecer na nossa interação processual, devemos nos preparar para com eles interagir, estimando os comportamentos ilegais/ilícitos, as nossas respostas, ou seja, as nossas estratégias. Nossa proposta de agir estratégico significa que devemos planejar, estimar riscos, criar cenários em face do Caso Penal (situação no tempo, espaço e com os demais agentes processuais, providos de mapa mental), para fim de estabelecermos expectativas de comportamento, evitarmos erros, mitigarmos riscos e melhorarmos o desempenho, dentro do *Fair Play* (jogo limpo). Um dos perigos do processo penal estratégico é o de ativar o que há de pior das pessoas, motivo pelo qual desprezamos todos os que se valem do engodo para obtenção de vantagens. Temos até um nome para esse comportamento: estelionatário processual. Defendemos o dever de conformidade e de **accountability** de todos os agentes processuais, porque os estelionatários processuais, mais dia, menos dia, são revelados, como "as notícias" recentes evidenciaram.

1.10 Tecnologia em apoio à decisão. Processo Penal 4.0.



Todo agente processual preocupado em melhorar o desempenho precisa de recursos tecnológicos. A capacidade de se adaptar às abruptas mudanças tecnológicas consiste em uma das melhores características dos agentes processuais focados na competitividade. Para além das objeções negacionistas da tecnologia, existem diversos sistemas capazes de apoiar a atividade dos agentes processuais (acusação, defesa, julgador). Estamos cercados de computadores, máquinas inteligentes, capazes de realizar tarefas humanas (estamos falando de inteligência artificial fraca) com maior eficiência e eficácia do que humanos em algumas tarefas específicas. Da evidência de que hoje os sistemas inteligentes invadiram nossas vidas e, por via de consequência, precisamos avaliar a necessidade de adaptação ao ambiente cada vez mais revolucionário e desafiador. Afinal, carros autônomos estão nas nossas ruas, sistemas inteligentes estão invadindo o Direito, redes sociais mudaram o modo como interagimos. Por isso, os agentes processuais são forçados a pensar o novo, a não mais copiar os

"O Watson e o Debater exemplificam como programas de computador podem vir a auxiliar humanos a formular e testar hipóteses legais, ao passo que lançam as bases de algumas tecnologias relativas à extração de informações de textos, que podem ser utilizadas para alimentar modelos computacionais. Como resultado, inaugura-se a computação cognitiva (cognitive computing) ou a corrobótica (co-robotics), a saber, um trabalho colaborativo entre humanos e máquinas, através do qual cada um realiza o tipo de atividade que melhor é capaz de desempenhar. Um modelo computacional de performance de raciocínio jurídico (computational model of legal reasoning - CMLR) consiste em um programa de computador que 'quebra' um processo intelectualmente complexo em um conjunto de instruções executáveis por um programa de computador, evidenciando os elementos humanos do legal reasoning."
Daniel Arruda Boeing e Alexandre Morais da Rosa

velhos padrões, cujo sentido demanda agentes adaptados à linguagem das máquinas.

A tecnologia invadiu silenciosamente o processo penal. Muitos de nós ainda não nos demos conta. Acostumados com as práticas de sempre e com a tendência à inércia, podemos pensar: "em time que está ganhando não se mexe". O problema do imobilismo tecnológico é o da perda das condições mínimas de exercer as nossas funções, uma forma de "obsolescência voluntária" ou mesmo "cegueira tecnológica". Quando sequer sabemos que alguma coisa existe, nem ao menos podemos sentir falta dela. O problema é: quando o oponente se vale de aparatos tecnológicos, sem que nós saibamos, tenhamos ideia do que se trata e, muito menos, que tínhamos ferramentas tecnológicas à nossa disposição, mas que desconhecíamos, falhamos no nosso dever profissional de atualização constante.

O Estado está investindo cada vez mais em tecnologia para investigação criminal. O Ministério Público Federal e o de vários Estados estão investindo pesado em aparatos tecnológicos. A Defensoria Pública não consegue recursos para investimentos, enquanto advogados privados dependem das disponibilidades orçamentárias e de iniciativas fragmentadas. A ausência de paridade de armas tecnológicas tende a se ampliar no curto prazo. Se a acusação tende a se valer de investigação tecnológica, de Unidades de Inteligência, pouco importa as armas defensivas analógicas da argumentação, porque a disparidade de condições impede o estabelecimento do contraditório significativo. Muitas vezes a Defesa sequer tem condições de "rodar" os dados entregues pela acusação, quanto mais realizar análise qualificada de conteúdo. Em matéria probatória, a depender do caso, as condições de contraditório, sequer existem dada a disparidade de meios.

"Compreender como tudo isso impacta no direito processual penal e como será possível usufruir da inteligência artificial na melhoria do desempenho processual é inevitável e urgente. Já se sabe que são inúmeras as possibilidades de uso da inteligência artificial no processo penal, desde o consolidado auxílio em pesquisa jurisprudencial, passando pela produção e valoração probatórias, elaboração de petições e juízos de admissibilidade de recursos extraordinários. Uma delas em particular vem gerando não apenas controvérsia, mas até mesmo providência legislativa: trata-se da função preditiva que o uso da inteligência artificial pode promover em torno das decisões judiciais no âmbito processual."
Rodrigo Chemim Guimarães

A diferença de abordagem do caso penal em face da tecnologia se coloca entre os: **a) continuístas**: que acreditam que a tecnologia é somente mais um recurso probatório, defendendo a mera continuidade do avanço tecnológico (pensam linearmente), e **b) disruptivistas**: que compreendem a invasão tecnológica como um novo modo de engajamento no processo penal, dado que modifica a experiência interativa (pensam não linearmente). Enquanto os continuístas usam a tecnologia quando preciso, os disruptivistas se valem da tecnologia como pressuposto de atuação, a saber, incorporaram a tecnologia em suas tarefas diárias, desde a gestão das tarefas até a estratégia processual. Os disruptivistas tendem a sobreviver, já que a mudança precisa ser radical e não apenas reformista. Tecnologia não é mais um recurso, e sim o pressuposto de atuação profissional competitiva. O incremento tecnológico, ademais, é dinâmico. Além disso, diante da incapacidade de avaliação sobre as funcionalidades dos produtos tecnológicos, em geral, perdem-se muitas chances de melhoria de performance.

Os agentes processuais trazem consigo um conjunto de convicções robusto e entrincheirado. A posição analógica pode gerar a falsa sensação de segurança, mas no mundo digital, significa defasagem. O agente processual analógico corre sérios riscos porque a aceleração tecnológica é silenciosa e avassaladora, sem que, talvez, tenha sequer tempo suficiente para recuperar a desvantagem tecnológica atual, além de, depois de se dar conta, perceber que sua resistência pode ter lhe custado erros crassos. É do constante trabalho de atualização das antigas convicções em face dos avanços tecnológicos que surge a capacidade de compreender melhor o ambiente processual penal invadido pela tecnologia. Será preciso reconhecer que alguns comportamentos simplesmente ficaram obsoletos/ultrapassados. O futuro do direito depende de uma decisão pessoal. De uma atitude. O ambiente digital do processo penal modificou-se e os agentes processuais precisam assumir as evidências: ou se atualizam tecnologicamente, ou continuarão em flagrante desvantagem competitiva.

Uma observação final: as máquinas ou a tecnologia não substituirão os agentes processuais na decisão. O que as máquinas podem fazer é apoiar a nossa decisão, ampliar o nosso horizonte cognitivo, processar imensas quantidades de dados. Quem fará a diferença, ao fim e ao cabo, continuará sendo o humano.



1.11 Agente Processual Humano: *Game-Changer*

Todas as propostas que apresentaremos, com o uso ou não de tecnologia, somente serão eficazes se soubermos as utilizar em **apoio à decisão**. A nossa aposta é a de que poderemos decidir mais bem apoiados pela tecnologia. Em nenhum momento do livro defenderemos, na esfera criminal, a substituição do agente processual humano, porque seremos nós os únicos responsáveis pelas decisões.

O trabalho dos agentes processuais (com tecnologia) será cada vez mais artesanal, de um modo diverso. A capacidade de customização do Caso Penal, diante das potencialidades cognitivas das máquinas, amplia os horizontes, mas depende dos parâmetros, da seleção dos dados, das fontes, realizadas sob a nossa supervisão. O que faremos é mostrar como a máquina, sempre supervisionada por humanos, pode melhorar (muito) o nosso desempenho, em alguns casos, conferir condições mínimas de paridade de armas (matéria probatória, principalmente). A nossa capacidade de singularizar/individualizar o Caso Penal será a alavanca capaz de conferir **tração cognitiva** aos sistemas de apoio à decisão.

Cada um de nós (com nossos atributos, habilidades e inteligência) é o único capaz de tomar decisões em contextos dependentes da interação humana, como o processo penal, porque temos o potencial de mudar os rumos do Caso Penal, a saber, de assumir as responsabilidades inerentes à função, dentro das regras do jogo, e fazer a diferença: um **Game-Changer**. Em artigo com *Aury Lopes Jr* e *Daniel Kessler de Oliveira*, desenvolvemos

"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". **Aury Lopes Jr, Alexandre Morais da rosa e Daniel Kessler de Oliveira**

o argumento, sublinhando que a atitude de enfrentar as adversidades, pensar o impensado, arriscando a própria pele, dentro das regras, em ações limite, transforma as adversidades em oportunidades de virada dos rumos do Caso Penal. Essa é a nossa aposta: podermos fazer a diferença.

1.12 Caso Penal: Definição e Singularização

"Entende, uma coisa é: posso conviver com a dúvida e a incerteza, posso não saber. Acho que é muito mais interessante viver sem saber do que ter respostas que podem estar erradas. Tenho respostas aproximadas, possíveis crenças e graus de certeza diferentes sobre várias coisas. [...] Não tenho medo de não saber as coisas, de me perder num universo misterioso sem ter nenhum propósito, que é como as coisas realmente são, até onde posso dizer. Isso não me assusta". **Richard Feynman**

Precisamos dominar a categoria Caso Penal porque a proposta a seguir pressupõe que tenhamos bem definido o objeto que vamos decompor. Pode parecer desnecessário ou até mesmo simples demais o nosso esforço, afinal de contas, podemos dizer que nada mais é do que a conduta humana objeto do processo penal. Essa definição pode ser melhorada. Então vamos definindo, em partes, os possíveis contextos de atribuição, a saber, os momentos e enquadramentos que alteram a categoria "caso" à categoria qualificada de "caso penal". Vamos adotar como *definição preliminar da palavra "caso": ocorrência, o que acontece, aconteceu ou pode acontecer*. O nosso caminhar exploratório recolherá as contribuições mais diversas, propondo, ao final, o conceito operacional que irá nos acompanhar (ampliado adiante).

Conhecemos a diferença de abordagem entre os métodos **indutivo** (premissa fática de observação do mundo, inferência válida e conclusão) e **dedutivo** (premissa conceitual – axioma –, inferência lógica e conclusão. A diferença de abordagem nos é relevante no processo penal, porque altera o modo pelo qual estabelecemos o Caso Penal. Enquanto na **indução** partimos de baixo para cima (***bottom-up***), isto é, da observação do ambiente (mundo, passando pelas sensações e chegando aos estágios de processamento, armazenamento, raciocínio e conclusão), na **dedução** invertemos o fluxo, ou seja, iniciamos de cima para baixo (**t*op-down***). Os dois métodos nos são muito úteis, a depender do contexto de aplicação. O modo como construímos o Caso Penal pode se dar pelos dois percursos metodológicos.

Também sabemos que no sistema da *Common Law* a abordagem se dá pela identificação dos elementos do *Case Law*, com a busca subsequente, por analogia, de outros casos equivalentes já decididos, que possam servir como **precedentes**, por comparação das circunstâncias fáticas do caso e os princípios utilizados no julgamento antecedente (*Stare Decisis*: o que já foi decidido deve ser respeitado). A importação de decisões do Sistema do *Common Law* muitas vezes é confusa, porque desconsideramos o modo 'tde produção, a saber, no *Common Law*, as decisões partem de princípios e costumes que, diante dos casos, podem gerar a expectativa de estabilidade, confiança e continuidade na aplicação do Direito, por meio do que genericamente se denomina "doutrina" (precedente ou norma jurídica geral). O trabalho de decisão judicial deve levar em consideração o aspecto vinculante da "doutrina" reconhecida nos precedentes potencialmente aplicáveis, em comparação com o caso sob

análise. Não se utiliza o mecanismo consolidado no ambiente brasileiro de "ementa", tanto assim que as citações dos precedentes são realizadas de modo distinto (p. ex. *Silverthone Lumbe Co. vs United States*, 251 US 385 – 1920).

"A diferença entre os sistemas de direito comum e o de direito continental é essencialmente metodológica. No primeiro caso, utiliza-se o método indutivo; no segundo, o método dedutivo. [...] Nos dois casos, a jurisdição tem a mesma função: resolver casos concretos. Nos países de tradição jurídica inglesa, a jurisdição resolve casos concretos baseada em doutrinas criadas para solucionar litígios anteriores. Quando não há hipótese anterior, constrói uma doutrina nova para ser aplicada ao problema em exame; não uma doutrina inteiramente nova, mas o resultado da agregação dos argumentos utilizados para julgar aspectos semelhantes de casos anteriores. Daí por que seu sistema jurídico é também conhecido como 'direito de casos' (case law). Nos países de tradição jurídica continental, a jurisdição resolve casos concretos baseada na lei". **João Gualberto Garcez Ramos**

O trabalho com **precedentes** pressupõe a distinção entre ***ratio decidendi*** (o princípio ou conjunto de princípios que serviram de fundamento de decisão), ***obter dictum*** (o que foi utilizado como referência, na condição de exceção ocasional, sem peso de fundamento: razão fraca) ou mero ***dictum*** (afirmação lateral do julgador, sem efeito vinculante). O enquadramento é hierárquico, justamente porque o importante para efeito de comparação é somente a *ratio decidendi* (a razão forte). O perfeito enquadramento do princípio ou dos princípios debatidos na decisão paradigma nos autoriza a entender os motivos da prevalência entre princípios concorrentes (*concurring opinions*), sempre em relação à hipótese fática. É somente a partir desses pressupostos que se pode comparar, por analogia, a equivalência da hipótese fática atual, momento em que se torna possível a **distinção** (*distinguisting*) entre o suporte fático dos casos em comparação e, também, a perseverança do princípio que serviu de base ao julgamento precedente (regra jurídica geral de observância vinculante), no contexto atual, em que novos princípios ou regras jurídicas, podem justificar a **superação** (*overruling*).

O julgamento atual, verificada a equivalência do suporte fático, deve manter a razão forte (*ratio decidendi*) do precedente (vinculação em face da estabilidade do Direito). Se a hipótese fática atual for diversa e não houver precedentes aplicáveis, será necessária a criação de uma nova doutrina, com a fixação de novo precedente (*leading case*). Se os princípios aplicados no precedente foram superados em face de novos princípios não debatidos na decisão que constituiu o precedente ou foram editadas normas jurídicas supervenientes, capazes de derrotar a *ratio decidendi* (razão forte), pode-se promover a atualização no caso atual. O que não se pode fazer é deixar de estabelecer o diálogo direto e motivado sobre as razões fortes do precedente, sob pena de afronta (*defiance*) à lógica de produção das regras gerais de observância no ambiente da *Common Law*.

"Precedente e julgado não são sinônimos. O uso do significante 'precedente' constantemente como se referindo a julgados anteriores, no contexto brasileiro, não pode ser automaticamente acoplado ao modelo americano (...). Há distinções marcantes no modo como o Direito é construído e aplicado. [...] Afirmar que um julgado anterior deve ser aplicado a um caso concreto pode ser, muitas vezes, atividade envolta por conclusões precipitadas e com base em poucas evidências. [...] O respeito e observância dos elementos do precedente – como a ratio decidendi e o obiter dictum –, e assim também das chamadas técnicas de 'superação' e 'distinção' entre os precedentes, devem ser pensados à luz do modelo decisório.". **Alexandre Morais da Rosa e Maurílio Casas Maia**

Por isso vamos nos valer da necessária análise do suporte fático do Caso Penal para podermos evitar equivalências apressadas e, também, auxiliar no esforço de decomposição das partes/elementos que deverão receber atenção e definição no planejamento e operacionalização da nossa proposta. Será o modo pelo qual iremos, a partir das circunstâncias fáticas, em maiores detalhes, poder distinguir as áreas de preocupação, avaliar os elementos em maior profundidade e decidir entre as possíveis alternativas. Além disso não iremos mais confundir precedente (força vinculante) com mero julgado (sem força vinculante).

Somente assim poderemos enriquecer a nossa abordagem com a integração de detalhes que podem alterar significativamente o resultado. Teremos condições, ainda, de evitar o acoplamento de precedentes ou

meros julgados ao nosso caso, porque saberemos a importância de fixarmos, antes, o suporte fático do caso e as razões fortes (*ratio decidendi*), para o fim de podermos agir melhor no contexto do processo penal, já que, não raro, utilizam-se julgados soltos, pela ementa, sem a indicação dos pressupostos necessários (o contexto de produção do precedente ou do julgado). Evitaremos generalizações as mais diversas, tanto nossas, como dos demais agentes processuais, nos campos da argumentação e da decisão judicial (atribuição de sentido no campo pragmático).

"Do ponto de vista pragmático, cada argumento tem que ser considerado no contexto de um ambiente de diálogo determinado. A sensibilidade às características especiais dos diferentes contextos de diálogo é uma exigência para a análise racional de um argumento". **Douglas Walton**

A **Teoria do Caso**, típica do modelo adversarial, será integrada adiante ao nosso modelo, para o fim de organizar a estrutura da interação, ampliando as perspectivas de identificação e determinação das forças e das fraquezas das possíveis estratégias do contexto.

"A teoria do caso visa a funcionar como uma metodologia de trabalho que se desenvolve de forma ordenada e estruturada, permitindo que a parte formule um relato consistente acerca do caso que será apresentado em juízo". **Raphael Castilho Barilli**

"La teoria del caso, será para nosotros 'el conjunto de atividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión de hechos que sostendrá ante el tribunal, y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que la acreditam en un juicio oral". **Leonardo Moreno Holman**

</ />

Agora que ampliamos o **enquadramento** da noção de Caso Penal, podemos organizar melhor a definição do que ocorreu/aconteceu, acontece ou pode acontecer, na perspectiva temporal (passado, presente e futuro), afinal de contas o nosso pressuposto é o de que o resultado do processo penal é indefinido (incerto), a depender das interações possíveis dos agentes processuais, com maior ou menor probabilidade de êxito, além da efetiva possibilidade de fazermos, por nossas decisões, a diferença. Mais adiante abordaremos, ainda, que o sentido somente é atribuído em **contextos**, entendidos como **constructos** subjetivos (individuais e dinâmicos) da realidade, além das dificuldades cognitivas, epistemológicas e probatórias (falaremos do "enunciado dos fatos no plano do discurso sobre os fatos"). Devemos ter a capacidade de entender o **contexto**, com atenção nos detalhes, porque um erro pode ser fatal sempre que decidimos ou nos comportamos "fora do contexto". Mais adiante veremos a proposta da Plataforma **RoadMapCrime**, associada ao modelo da **Teoria do Caso**, a partir dos seguintes **objetivos**:

a) melhorar o entendimento sobre as variáveis que compõem o real funcionamento dos Casos Penais em contextos reais, situados no tempo, no espaço e com agentes processuais singularizados;

b) dominar as ferramentas e instrumentos metodológicos disponíveis, com o objetivo de adquirir habilidades capazes de melhorar o Esquema Decisório (performance) no Caso Penal; e,

c) gerenciar os riscos (estimar a probabilidade x consequências) associados às decisões tomadas na condição de agentes processuais.

A nossa **metodologia** de apresentação, a partir de agora, será mais objetiva e funcional.

TEORIA
DOS
JOGOS

TEORIA DOS JOGOS

< Capítulo 2 >
A Teoria dos Jogos

2.1 A Teoria dos Jogos como modelo formal da interação humana



Se você é comerciante e o seu estabelecimento funciona até às 23:00 horas, não há como depositar no sistema bancário os valores decorrentes das vendas. É racional que você imagine que possa ser roubado e crie algum mecanismo de proteção. Você, como a maioria das pessoas, tende a adquirir um cofre. O problema é que se você colocar todo o dinheiro no cofre, caso você seja efetivamente assaltado, onde será que o agente irá procurar o dinheiro? Sim, no seu cofre. Então, como você antecipa o possível comportamento do assaltante, pode deixar a maior quantidade de dinheiro noutro lugar (uma gaveta, p. ex.), desde que deixe o suficiente para ser subtraído. É disso que se trata a Teoria dos Jogos: a capacidade de antecipar o comportamento racional. *Edgar Allan Poe*, aliás, escreveu a "A carta roubada", em que a situação é similar (mas bem melhor escrita).

"Los conductores que maniobran en medio de un tráfico denso participan en un juego de conducción. Los buscadores de gangas que pujan en eBay lo hacen en un juego de subastas. Una empresa y un sindicato que negocian los salarios del año seguinte están en un juego de negociación. Cuando los candidatos enfrentados escogen su programa en unas elecciones, participan en un juego político. El proprietário de una tienda de comestibles que decide el precio de los cereales para hoy hace en un juego económico. Em resumen, cuando dos seres humanos interactúan, están participando de un juego". **Ken Binmore**

A nossa abordagem irá associar a perspectiva da **Teoria dos Jogos** ao modelo que até agora desenvolvemos, com a finalidade de estabelecer mais uma ferramenta de leitura do processo penal. **O sucesso do filme "Uma mente brilhante"** (*Ron Howard*, **2002**), **baseado no livro com o mesmo nome, de** *Sylvia Nasar*, **sobre a vida e obra do matemático John Nash, trouxe popularidade ao tema, cuja bibliografia é ampla (***John von Neumann*, *Oskar Morgenstern*, *John Nash*, **dentre outros, são referências teóricas).** O trajeto será dividido em duas partes. Na primeira, diante do nosso escopo, iremos definir o uso operacional da Teoria dos Jogos (pressupostos, elementos, forma de representação, limites e possibilidades). Na segunda, distribuída e integrada nas demais partes do Guia, adotaremos pontualmente o modelo, com adaptações, ampliações e profanações.

"A teoria dos jogos não é uma teoria única, mas um conjunto de teorias. Isso não surpreende. Afinal de contas, um jogo não passa de um modelo de realidade, e esperar que um único modelo pudesse refletir com precisão tipos de atividade tão diversos seria esperar demasiado. Há, porém, certos elementos que se contêm em todos os modelos, e com eles nos preocuparemos ao discutir os jogos". **Morton David Davis**

Desde pequenos aprendemos a jogar. A interação humana parte de atividades lúdicas, de jogo, sorte, brincadeiras infantis. A noção de jogo é antiga e, com *Johan Huizinga – Homo Ludens –* , podemos dizer que é "no jogo e pelo jogo" que a civilização surge e se desenvolve, com quatro características formais: **a)** *voluntariedade***; b)** *regras***; c)** *relação espaço-temporal***;** e**, d)** *evasão da vida real***.** Todo jogo significa alguma coisa no sistema da vida, especialmente na descarga de adrenalina, nos estados de tristeza e êxtase que proporciona. Promove as sensações mais diversas, unindo

"A evasão da vida real é a abertura dentro do jogo do mundo imaterial, do mundo imaginário e ficcional que alimenta e justifica o jogo enquanto realidade humana e simbólica. Há uma suspensão momentânea da realidade na qual o indivíduo se permite ser aquilo que ele no cotidiano não é, que possivelmente gostaria de ser; ele fala e age de maneira diferente da forma que falaria e agiria se estivesse no mundo da vida". **Jeferson Moebus Retondar**

"A primeira evidência que precisamos levar em conta é que o jogo é uma função elementar da vida do homem, de tal sorte que a cultura humana, sem um elemento de jogo, é impensável". **Hans-Georg Gadamer**

tensão, estratégia, táticas, alegria, dissabor, mudanças repentinas de posição, enfim, o jogo/interação humana é a metáfora da vida.

Os jogos podem ou não depender da ação humana. Se vamos jogar loteria ou roleta, por exemplo, desde que não sejam viciados (fraudados), o resultado independe de nossas qualidades racionais, porque o fator preponderante será o da sorte (mesmo que dominemos noções de probabilidade). Por isso, não existe jogador profissional de dados, loteria ou roleta. Já em outros jogos, o resultado depende da interação do nosso comportamento com o dos demais jogadores, especialmente de nossas habilidades racionais e cognitivas, em que o fator sorte pode comparecer (em maior ou menor grau., a depender do jogo).

A noção enviesada pelo preconceito social (muitas vezes cristão: *São Tomás de Aquino* dizia ser atividade perigosa), de ser a categoria "jogo" associada à brincadeira ou à trapaça. Justo o contrário. *Colas Duflo* demonstrou a utilização da noção de jogo por diversos autores (*Tomás de Aquino, Pascal, Leibniz, Kant, Schiller*, dentre outros), além de nos ser cotidiana: "o que está em jogo?" O apagamento da noção de jogo é que podemos resgatar no momento, via Teoria dos Jogos, que nada mais é do que uma leitura formal e estruturada das interações humanas (de agentes racionais). O ponto de vista causa certo estranhamento porque rompe, aparentemente, com a tradição de "seriedade" dos trabalhos no campo do processo penal. A nossa proposta é a de levar a sério a interação humana, nada tendo de jocoso, brincalhão ou mesmo abusivo, como poderemos ver, afinal de contas, mesmo sem saber, "jogamos/interagimos" desde o nascimento (com os familiares), nos "jogos de linguagem" da prática cotidiana (*Wittgenstein*), no trânsito (deixamos o outro cruzar na nossa frente ou não) e também no processo penal.

2.2 Os Pressupostos da Teoria dos Jogos

A Teoria dos Jogos é um ramo da matemática que se dedica a estabelecer a matriz formal de tomada de decisão em contextos definidos, a partir de agentes racionais, denominados de **jogadores.** Parte do pressuposto de que: **a)** o agente racional decide a partir da maximização da utilidade esperada (neutra: sem julgamentos de conteúdo); **b)** quando interage com outros agentes, também tidos por racionais, pode-se prever o comportamento racional de todos; **c)** como as ações dos agentes racionais podem ser estimadas, também pode-se adotar comportamento estratégico, a saber, basear a decisão a partir da antecipação (hipotética) do comportamento racional dos demais; **d)** a interação pode ser representada formalmente, com a definição das estratégias de cada um dos jogadores, identificando o Equilíbrio (ou não). A redução do jogador ao sujeito racional, exclui da abordagem fatores de outra ordem (ético, moral, normativo, emocional etc.).

"Quando há interação entre indivíduos e suas atitudes se baseiam naquilo que espera do outro, surge aí o que se chama de 'comportamento estratégico' e passa a haver um jogo de ações entre eles. Nessa situação, a Teoria dos Jogos analisa e ajuda a prever as estratégias racionais desses indivíduos, a partir do conhecimento deles acerca das regras do jogo. [...] A Teoria dos Jogos, tendo por objetivo prever as condutas e os comportamentos dos sujeitos racionais, municia o Direito de dados para que possa elaborar 'regras do jogo' de forma mais eficiente possível, levando em consideração que cada jogador escolherá sua conduta de acordo com uma estratégia que toma como ponto de partida as ações desejadas pela lei e as consequências em virtude do descumprimento". **Marcia Carla Pereira Ribeiro**

Nosso objetivo é o de integrar o modelo da Teoria dos Jogos, cientes das limitações decorrentes de seus pressupostos (todo modelo seleciona elementos e exclui outros). A pretensão é a de estabelecer o comportamento estratégico do jogador (racional) em situações (cenários futuros) interdependentes, em que o resultado da interação depende tanto do comportamento do jogador, quanto dos demais participantes do jogo. A vantagem competitiva do jogador é a de poder antecipar os comportamentos racionais dos demais agentes, adaptando a sua estratégia (vantagem competitiva). Para melhorar o entendimento, não nos valeremos dos recursos matemáticos (funções etc.), buscando descrevê-la, no limite do necessário (elementos, dinâmica, método e forma de representação). O resultado da modelagem não obrigará ninguém a agir, nem significa "como efetivamente os agentes decidem", restringindo-se a analisar o comportamento "como se os agentes fossem racionais" (maximizadores da utilidade esperada). *Duilio Berni* **pergunta e responde: "***Para que ela serve? Para ajudar um agente que interage com outro agente a quem pode ser atribuída a peculiaridade de agir racionalmente e tomar a melhor decisão nos processos de escolha interdependentes. Simples, não?"*

A Teoria dos Jogos foi profanada, na linha de Giorgio Agamben, a saber: *quem procura uma leitura linear poderá ficar bravo ou mesmo surpreso*. A matriz da teoria dos jogos foi aproveitada sem que tenha sido axiomática/dogmática: é um instrumento estratégico adaptado ao Processo Penal.

2.3 Elementos da Teoria dos Jogos

A descrição dos **elementos** nos ajudará a compreender a forma de interação proposta pela Teoria dos Jogos, em contextos de cooperação ou conflito (os pares de abordagem das relações humanas), na busca da determinação das motivações da utilidade esperada por cada um dos jogadores, dos riscos que podem assumir e dos consequentes comportamentos racionais (o melhor e o pior). A postura subjetiva em relação ao **risco** (aversão, neutralidade ou propensão) será levada em consideração, porque alguns modelos da Teoria dos Jogos adotam o pressuposto da neutralidade ao risco, enquanto outros integram-no, a depender do contexto. A obtenção dos nossos objetivos depende da capacidade de antecipação do comportamento decisório dos demais jogadores, já que as ações serão interdependentes (se interligam; se influenciam) e decisivas à manutenção, ampliação ou redução das alternativas possíveis no decorrer do processo penal. Vamos aos elementos:

1) Jogo: são situações onde há interação estratégica entre dois ou mais jogadores, cujo resultado, para cada um, decorre do conjunto de estratégias por eles escolhidos. Podem ser: **a)** estático ou dinâmico; **b)** conflituoso ou cooperativo; **c)** repetitivo ou eventual; **d)** soma zero ou variável (soma zero é o jogo entre dois jogadores em que o ganho de um é exatamente equivalente ao que o outro perde); **e)** com escolhas simultânea ou sequencial; **f)** com um, dois ou mais participantes; **g)** com informação simétrica ou assimétrica (quando todas as estratégias disponíveis são de conhecimento de todos os jogadores ou não); **h)** único ou dividido em

subjogos; e, **i)** matriz ou extensivos (nos extensivos podem combinar as estratégias, a fim de maximizar o resultado pretendido ao final do jogo);

2) Jogador: são os agentes (humanos, pessoa jurídica ou grupos) participantes das interações em que suas decisões ou ações podem influenciar o resultado do jogo (dois ou mais "n" jogadores). A categoria **Jogador** pressupõe o comportamento racional e maximizador da utilidade esperada a partir da avaliação de custo-benefício (**Teoria da Escolha Racional – TER:** da relação entre **fins**, alternativos entre si, e **meios**, de recursos escassos). Os **axiomas** sobre o agente racional são os de que detêm: preferências completas, transitivas, contínuas e independentes. Motivados pelas preferências, com necessidades infinitas e escassez de recursos, o agente racional analisa a alternativa que lhe confere maior utilidade esperada (custo-benefício), ou seja, maximiza racionalmente a escolha. **Não há julgamentos *a priori* do conteúdo da otimização, mas tão somente o reconhecimento do movimento otimizador.** Busca predizer ou explicar as interações, sem capturar a realidade. O resultado da abordagem, ademais, não nos obriga a agir;

01
JOGADORES
02
CONJUNTO DE ESTRATÉGIAS
03
CADA ESCOLHA TEM UMA FUNÇÃO DE UTILIDADE PARA O OUTRO JOGADOR

3) Estratégia: é o conjunto de ações adotáveis pelo jogador para obter o resultado esperado no jogo. Em cada situação do jogo, quando o jogador escolhe a sua estratégia, no espaço dos perfis/estratégias possíveis (alternativas e distribuição do risco), busca potencializar suas preferências (função de utilidade ou *pay off*). Podem ser: **a)** finitas ou infinitas; **b)** simétricas (as mesmas opções e os mesmos benefícios para todos os jogadores) ou assimétricas (diferentes opções ou benefícios); **c)** puras ou mistas. Parte-se da análise reversa (do fim para o início), em geral, com a necessidade de divisão/fragmentação das decisões intermediárias (subjogos) da interação (todo o contexto).

Na **Estratégia Pura** todo o jogo pode ser mapeado, por ser mais previsível, com a possibilidade de determinação antecipada de todas e de cada uma das estratégias, enquanto na **Estratégia Mista**, por não serem complemente previsíveis as estratégias de todos os jogadores, será necessária a distribuição de probabilidade entre as estratégias puras, com a inserção de mecanismo aleatório, tendente a maximizar a utilidade esperada. Em jogos sucessivos ou repetitivos, uma das estratégias é a de retaliar imediatamente os jogadores que se distanciam do comportamento cooperativo, com o fim dissuasivo. Denomina-se "olho por olho" ou de "toma lá, dá cá";

"É a concepção mental (plano) de uma sequência de ações destinadas a alcançar determinado objetivo". **Duílio de Avila Bêrni**

"Uma estratégia é uma descrição completa de como uma pessoa deverá agir sob quaisquer circunstâncias possíveis; não tem uma conotação de destreza. [...] Considerando que uma estratégia descreve aquilo que será feito em qualquer situação possível, se conhecermos a estratégia de cada jogador, poderemos predizer o resultado do jogo". Mas nos jogos de soma não-zero a coisa se complica, como veremos". **Morton David Davis**

"A estratégia tit-for-tat consiste numa regra de decisão adotada por um jogador, a ser usada em contextos de interações sucessivas com outros jogadores. [...] Tif-for-tat é uma estratégia mais simples: 'coopere comigo, que cooperarei com você'". **Duilio de Avila Bêrni**

4) Benefícios (*pay off*): são as recompensas (pagamento, utilidade esperada ou retribuição, não se confundindo exclusivamente com dinheiro), em que se deve determinar a utilidade esperada (positiva ou negativa) em comparação com as alternativas possíveis (ordenar as preferências);

5) Informação: a mais completa possível (obtida antes e durante o jogo, sobre as regras e o cenário). A distribuição pode ser simétrica ou assimétrica (quando todas as estratégias disponíveis são de conhecimento

de todos os jogadores ou não), devidamente organizadas por conjunto de informações (hierarquia, importância, qualidade e quantidade), a qual pode ser compartilhada ou não (comum ou privada). Informação perfeita – imperfeita / completa – incompleta. Relacionam-se;

6) Cenários: o cenário é onde o jogo é realizado, com a definição das características situadas no contexto (atuais ou futuros);

7) Regras: as regras organizam a interação, podem ser convencionais ou legais (a convenção do jogo), estabelecendo os comportamentos permitidos, obrigatórios e/ou proibidos (no caso do processo penal são as estabelecidas pelo Estado);

8) Equilíbrio: Se os jogadores são racionais e escolhem a maximização de utilidade, podemos determinar o conjunto de preferências decorrentes das melhores respostas de cada um dos jogadores em equilíbrio com as resposta dos demais, denominado de Equilíbrio de Nash (pode ser um, mais de um ou mesmo nenhum, a depender dos cenários). Para obtenção do equilíbrio, **Nash indicou as seguintes condições**: **1)** cada jogador tem em todo momento toda a informação para decidir a jogada a realizar; **2)** os jogadores realizam as jogadas alternativamente cada um em seu turno; **3)** Nenhum elemento de azar intervém no jogo; **4)** toda partida finaliza depois de um número finito de jogadas com a vitória de um dos jogadores. Como cada um dos jogadores buscará a melhor solução em face da utilidade esperada, por tentativa e erro, podemos estabelecer as alternativas de cada decisão estratégica, com a possibilidade de predizer qual será o comportamento racionalmente esperado. Perguntaremos de forma integrada, até o limite do equilíbrio, de modo circular e em cada situação: "*Paulo pensa que Raul pensa que Paulo pensa que Raul ...*" até o ponto de equilíbrio. Por termos estimado o resultado, poderemos agir de modo **reverso** (do resultado para a ação atual). De posse do resultado, poderemos adaptar os nossos comportamentos, por meio da eliminação das estratégias que tragam o menor resultado.

"Cada jogador/decisor está dando a melhor resposta à ação que ele espera venha a ser adotada pelo outro." **Duilio de Avila Bêrni**

O jogador "escolhe racionalmente a estratégia que considera a melhor frente à expectativa dos demais jogadores, contudo, o resultado pode ser insatisfatório para todos" [...] a "estratégia escolhida por um jogador é a melhor frente à eleita pelos outros jogadores e, também, a estratégia adotada pelos demais é a melhor frente à estratégia adotada pelo primeiro". **Ronaldo Fiani**

Em jogos menos complexos, há um ponto de equilíbrio (duas pessoas/lados e competitivo), enquanto nos mais complexos, com "n" jogadores, a dificuldade é maior, porque cada jogador pode escolher a estratégia pressupondo um ponto de equilíbrio diferente. Mesmo assim, podemos verificar o Equilíbrio a partir da combinação de estratégias (uma para cada jogador), no ponto em que nenhum deles têm motivos para alterar unilateralmente a estratégia, porque seria prejudicado. Dependeremos ainda da manutenção da estratégia original ou da mudança (jogos evolutivos). Pode ser útil em jogos conflitivos para se chegar a resultados parciais cooperativos e na escolha de estratégias que permitam a aproximação das possibilidades de benefício. Embora nem todos os jogos possuam um ponto de Equilíbrio de Nash, a lógica de que cada jogador/julgador responde da melhor maneira à ação que espera seja tomada pelos demais jogadores, pode ser muito útil na escolha das nossas

estratégias. Em alguns casos, estratégias combinadas podem ensejar melhores resultado do que Nash.

Em resumo, deve-se seguir, no processo penal, os seguintes critérios: **a)** nenhum jogador tem incentivos para modificar a sua estratégia, porque as alternativas diminuiriam os resultados, caso os demais jogadores sigam com as mesmas estratégias; **b)** os jogadores podem procurar simultaneamente um equilíbrio por meio de combinação prévia (coordenam as alternativas antes do jogo e se obrigam); **c)** cada jogador se pergunta o que espera do jogo, porque nem sempre será ganhar (poderia perder, especialmente um subjogo, caso seja benéfico ao final); e, **d**) cada jogador, ao escolher uma estratégia, está escolhendo a melhor resposta à estratégia dos demais jogadores;

9) Representação: a) estratégica (matriz: associação de jogadores; estratégias e benefícios); **b)** extensiva (árvore ou redes).

"Assim como um advogado, economista, empresário ou grupo de empresas e o Estado podem apreciar mais claramente o cenário e a rota de ação quando estão perante uma situação na qual a estratégia é decisiva, aliás, permite observar e apreciar as sutilezas estratégicas dos seus oponentes, competidores ou grupos antagônicos. Tudo isso melhora a capacidade para controlar uma equipe, um negócio ou um Estado e, dessa forma, avaliar as diferentes mudanças que se apresentam no meio ambiente. Finalmente, ajuda a tomar decisões, solucionar conflitos ou chegar a acordos em conjunto com critérios objetivos e certos". **Aníbal Sierralta Ríos**

< / >

A partir dos elementos descritos, podemos estabelecer os **Tipos de Jogos** em face da complexidade, do número de jogadores, da informação disponível e do grau de conflito/cooperação:

1) Jogo de 2 (dois) Jogadores, com Informação Completa/Perfeita: de soma zero ou variável, em geral uma única trajetória, obtida por indução reversa, com interdependência estratégica. Nos casos de soma zero, o conflito é de perde-ganha (o que um jogador ganha é o equivalente ao que o outro jogador perde). Podemos nos valer a proposta "mini-max" de *Neumann* e *Morgenstern*, consistente na busca por minimizar ou diminuir o ganho do outro e ganhar mais (e vice-versa). Os Equilíbrios podem ser vários, analisando-se os benefícios: ganha, perde ou empata. Nos casos de soma variável as estratégias devem ser diversas (p.ex. Dilema do Prisioneiro). Por exemplo, em uma disputa de mercado entre dois advogados privados criminais, o advogado que incorpora tecnologia em suas atividades, tende a obter melhores resultados, causando desequilíbrio (abre vantagem). Ao usarmos o modelo "mini-max", ao mesmo tempo em que o advogado concorrente (em desvantagem) tem incentivo para igualar ou ultrapassar a vantagem tecnológica, o advogado em vantagem procurará ampliá-la. Enquanto um advogado estiver em **vantagem tecnológica**, o mercado de serviços de advocacia criminal estará em desequilíbrio, porque o reestabelecimento do equilíbrio dependerá da ação estratégica do outro (em desvantagem). O exemplo pode ser a metáfora do que se passa no mercado tecnológico da advocacia (Confira: *Richard Susskind*: "O Advogado do Amanhã");

"A adoção de mecanismos de modernização supera, naturalmente, o trivial sentido de aquisição de recursos tecnológicos, mas que dão uma margem competitiva maior às grandes bancas, que poderão contar com softwares de pesquisas para, por exemplo, mapear o posicionamento de determinado colegiado de julgadores e, consequentemente, moldar a sua tese e sustentação oral lapidada nesse perfil. Daí, portanto, que Susskind aborda que as firmas médias precisarão de investimento externo para adequar-se aos custos que incorrem dessa modernização do serviço jurídico. A obtenção desse crédito vai valorar a respectiva reputação da firma que o enseja. Já o triunfo das pequenas firmas se debruça no nível de especialização destas". **Helder Galvão**

2) Jogos com "n" jogadores (mais de dois): São jogos em que o número de jogadores aumenta a complexidade, diante das dificuldades de informação, porque tendem a ter benefícios distintos, com a ampliação

das alternativas estratégicas ("n" dimensões). Mesmo assim, podem existir atrativos para alianças, coalizões e/ou pactos parciais, com o objetivo de melhorar o resultado, inclusive com jogadores sem chances de obtenção do melhor resultado pessoal, mas que podem, com o seu comportamento, alterar os rumos do jogo (denominado de Terceiro da Discórdia: não ganha, mas pode determinar quem irá ganhar a depender do seu comportamento; p.ex.: nas eleições com segundo turno, os partidos alinhados ideologicamente podem fazer alianças para que um deles chegue ao segundo turno, caso isoladamente, nenhum deles tenha chances). Diante da dificuldade de coordenação, por força do número de jogadores, a Informação tende a ser assimétrica. Na hipótese de ser a Informação simétrica (quando escolhem a mesma estratégia para obtenção dos melhores ganhos), pode ocorrer o Equilíbrio (p.ex.: acordos negociais). Os jogos podem ser **dominantes**, em que o melhor resultado independe das escolhas estratégicas dos demais jogadores (o melhor resultado será obtido a partir de sua estratégia, sendo irrelevante as escolhas dos demais jogadores). A relação dominante/dominada entre as alternativas estratégias, deve ser a do próprio jogador em face do resultado do jogo (Equilíbrio), mediante a exclusão sequencial das estratégias dominadas;

3) Conflito ou Cooperação: Nos jogos conflituosos, em geral, não há possibilidade de acordos, porque os jogadores desenham estratégias para maximizar os próprios benefícios, conforme as estratégias dos demais jogadores. Já nos jogos cooperativos é possível o estabelecimento de acordos com outros ou todos os demais jogadores. Na hipótese de impasse, é possível apelarmos à racionalidade dos jogadores para o fim de estabelecermos os benefícios relativos (ganha-ganha) da obtenção do acordo, em comparação com as consequências possíveis da perseverança do impasse, desde que os termos do acordo possam ser situados de modo independente dos benefícios originais (do início do jogo). Pode ser que a assimetria de Informações entre os jogadores seja o fator impeditivo, superado pela revelação das preferências estratégicas.

"Sintetizando, a Teoria dos Jogos consiste num processo no qual duas ou mais pessoas tomam decisões e ações, a partir de uma estrutura de regras que pode ser formal ou informal. Cada combinação de decisões e ações, entendidas como um conjunto de movimentos a partir de estratégias disponíveis, determina uma situação específica e, dadas as decisões e ações dos agentes implicados no processo de ação e reação, se obtêm diversas combinações. Isso depende da busca da consecução dos objetivos, que, como se constatou, será necessariamente conflitante entre as partes envolvidas no jogo, mas que, caminhando rumo à convergência, é mais favorável do que a divergência para a obtenção de payoff". **Ana Lúcia D'Amico**

</>

Eis os elementos e aspectos principais da Teoria dos Jogos. O pressuposto é o de que os jogadores se comportarão de modo racional. O problema é o de que o comportamento racional e maximizador, a depender do contexto de interação, pode não ser o melhor. É o que veremos com o **Dilema do Prisioneiro**. Também destacaremos o **Dilema do Corajoso**. Ambos serão utilizados na leitura do Processo Penal.

2.4 Dilema do Prisioneiro (cooperar ou trair)

O **Dilema do Prisioneiro**, criado em 1950, por Merrill Flood e Melvin Dresher, consiste (vamos adaptar já ao contexto do processo penal): a) o agente da lei (Delegado ou Ministério Público, que chamaremos

de João) está investigando a conduta criminosa de dois investigados (denominaremos de Paulo e Raul); b) as investigações são suficientes para acusação por crime menor (2 anos de prisão), mas apontam que podem estar envolvidos em condutas mais graves, cujas provas não são suficientes para sustentar uma acusação; c) João, nosso agente da lei, obtém a prisão temporária de Paulo e Raul, colocando-os em celas separadas, sem a possibilidade de troca de informações ou de realizar acordos sobre as decisões: estão em posições simétricas; d) valendo-se da assimetria de informações (Paulo e Raul não podem se comunicar ou não possuem mecanismos de forçar a cooperação entre si), e com o objetivo de obter provas sobre os crimes graves que supõe existir, João (o agente da lei) propõe, separadamente à cada um dos prisioneiros (Paulo e Raul), os seguintes termos do acordo, com 3 (três) cenários possíveis: **1)** Se **você confessar** os crimes mais graves de ambos e o **outro** prisioneiro **ficar calado**, **você** receberá a **pena de 2 (dois) anos de prisão** e o **outro** a **pena de 10 (dez) anos**; **2)** Se **você** ficar **calado** e o **outro** prisioneiro **confessar**, **você** receberá **10 (dez) anos** de prisão_ e o **outro** a **pena de 2 (dois) anos**; e, **3)** Se **vocês dois confessarem**, a pena será a de **5 (cinco) anos** para cada um.

Antes de respondermos o que Paulo e Raul deveriam fazer (confessar ou ficar em silêncio), vale conferir as nossas pressuposições teóricas, a saber, de que os jogadores devem agir de modo racional, maximizando a utilidade: receber a menor consequência possível (a menor pena possível). Diante das propostas apresentadas, a matriz do jogo será (**Jogadores**: Paulo e Raul; **Comportamentos**: ficar em silêncio ou confessar (trair); **Resultados** possíveis: 10, 5 ou 2 anos de pena):

Matriz: ações e pena	Paulo: ficar em silêncio	Paulo: confessar
Raul: ficar em silêncio	2,2	10,2
Paulo: confessar	2,10	5,5

A decisão racional (e maximizadora da utilidade pessoal) será a de escolher o melhor resultado (menor pena). Dentre as opções (10, 5 ou 2 anos de pena), a **melhor** é, pela ordem: x) 2 anos; y) 5 anos; e, z) 10 anos. Tanto para Paulo, como para Raul, a melhor alternativa é a de **confessar** porque, traindo, os resultados se reduzem às opções "x" e "y" (2 ou 5 anos), com a exclusão da pior: "z" (10 anos). A opção individual pelo **silêncio** terá como resultado as alternativas "x" ou "z" (2 ou 10 anos).

Podemos concluir que a **Estratégia Dominante** de Paulo ou de Raul será a de **confessar**, independentemente do que o outro prisioneiro decidir. Permanecer em **silêncio** é **Estratégia Dominada**. **O comportamento racional é o de escolher pela estratégia dominante: confessar**.

O **dilema** se configura na medida em que a escolha das alternativas (confissão ou silêncio), depende do comportamento cooperativo ou não entre os prisioneiros e não somente da avaliação individual de Paulo e Raul. Caso houvesse a **cooperação** entre Paulo e Raul, permanecendo em **silêncio**, o **resultado seria melhor para ambos (2 anos).** Podemos

então concluir que o comportamento racional (confessar), no caso, gera resultado pior aos dois prisioneiros (5 anos). Ao mesmo tempo que manter o silêncio, sem saber o que o outro fará, aumenta o risco do pior cenário (10 anos). **O melhor cenário seria o "cooperativo" (silêncio), mas não seria racional** (conforme o nosso pressuposto). O paradoxo é esse: agindo de modo racional, tanto Paulo como Raul, pioram o resultado individual (5 anos para cada um). A questão colocada pelo **Dilema do Prisioneiro** é a de que a estratégia dominante pode ser a menos eficiente, dado o resultado adverso, abrindo espaço para compreensão cooperativa.

"A solução para este jogo, a confissão por parte de ambos os suspeitos, é um equilíbrio: não há razão para qualquer um dos dois jogadores mudar sua estratégia. Há um conceito famoso na teoria dos jogos que caracteriza esse equilíbrio – um equilíbrio de Nash. Nesse tipo de equilíbrio, nenhum jogador individualmente pode se sair melhor mudando seu comportamento desde que os outros jogadores não mudem o deles. [...] Mas você deveria observar que essa não é uma solução Pareto-eficiente para o jogo do ponto de vista dos acusados. Quando ambos os suspeitos confessam, cada um deles passará 5 anos na prisão. É possível para ambos os jogadores se saírem melhor. Isso aconteceria se ambos ficassem calados. [...] Está claro que essa solução é impossível porque os suspeitos não podem assumir compromissos vinculantes de não confessar". **Robert Cooter e Thomas Ulen**

"O paradoxo é o seguinte. Dois prisioneiros ingênuos, demasiado ignorantes para acompanhar essa argumentação, permanecem calados e sofrem apenas um ano de reclusão. Dois prisioneiros mais experientes, contando com melhor apoio que lhe pode oferecer a teoria dos jogos, confessam e sofrem cinco anos de prisão, durante os quais poderão congratular-se pela própria sagacidade". **Morton David Davis**

2.5 Dilema do Corajoso

O **Dilema do Corajoso** se verifica mais do que imaginamos. Por certo já estivemos envolvidos em situações cotidianas, como a de estarmos no **trânsito congestionado e um condutor de outro veículo simplesmente atravessar/furar a fila. Podemos ceder a vez ou acelerar o carro para não deixar que o outro fure a fila. Mas se nenhum dos condutores desistir, o resultado será a colisão, isto é, pior para todos.** James Dean, no filme *"Juventude Transviada"* (*Nicholas Rays*, 1965), opera nesta lógica: a coragem exige que o oponente abandone a disputa sob pena de ambos morrerem. No filme *"Velozes e Furiosos"* (*Rob Cohen*, 2001) a cena se repete, assim como na vida cotidiana. Aprendemos na vida que muitas vezes vale a pena "bater em retirada", para evitarmos perdas maiores e irracionais. No caso do processo penal as rivalidades podem gerar contextos em que dois jogadores corajosos se abraçam e morrem juntos (bate boca em Júri ou audiências, rivalidades silenciosas etc.). A manutenção de estratégia rígida gera, no paradoxo, o pior resultado. Ser inteligente no processo penal é reconhecer a necessidade de capitular, recuar, sob pena de insistir no erro estratégico. Todo o cuidado com o **Dilema do Corajoso**.

"A ideia é disputar quem é o mais 'valente', numa competição automobilística potencialmente mortal. Os jogadores se posicionam em uma estrada, um contra o outro, o que significa que eles deverão se chocar se ninguém desviar. Ocorre que desviar significa perder o jogo (ser medroso, ou chicken). [...] Existe uma maneira supostamente segura de ganhar o jogo: 'Se eu, motorista A, conseguir convencer o meu oponente (motorista B) de que não teria como desviar mesmo se quisesse, o motorista B teria somente duas alternativas: a) manter-se na rota, e bater de frente comigo (o que significa que ambos morreriam); ou b) desviar da rota e, simplesmente, perder o jogo. Como sei que o motorista B prefere perder o jogo a morrer, posso ganhar o jogo sinalizando que é impossível desviar – por exemplo, removendo o volante do carro e mostrando para o outro motorista que meu carro está impossibilitado de desviar." **Raul Marinho**

2.6 Aplicação da Teoria dos Jogos ao Processo Penal

De alguma maneira nos valemos da lógica da Teoria dos Jogos em nossas atividades jurídicas diárias, em que o processo penal acontece pela cooperação ou pelo conflito: os pares de abordagem das relações humanas. A Teoria dos Jogos nada mais é do que um modelo de interação estratégica. As ferramentas nos auxiliarão a predizer o comportamento esperado dos agentes processuais (nos subjogos e no resultado final), autorizando prévios ajustes estratégicos. **Não pretenderemos substituir a Teoria do Processo Penal.** No decorrer do Guia, as ferramentas da Teoria dos Jogos serão integradas ao nosso modelo de comportamento estratégico dos agentes processuais, situados em contextos de interação humana singularizada e, em geral, complexa (Processo Penal).

A temática já foi abordada por diversos autores, inclusive recentemente. *Calamandrei* (O processo como Jogo) afirmava que decorar as regras de

xadrez não torna o sujeito um grande enxadrista, bem como saber as regras processuais não o capacita, por si, como grande jogador processual, mas sem saber as regras, todavia, não se joga. Compreender a dogmática de maneira crítica é o pressuposto para quem quiser se tornar um grande jogador ou julgador. Dependendo do Esquema Decisório dos jogadores/julgadores e do contexto processual, alguns autores serão mais bem-vindos do que outros. Gregório Robles, por sua vez, sustenta que o Direito é comparável aos jogos já que em ambos aparecem comportamentos de cooperação, competição, luta e conflito, em que o resultado não depende somente da sorte, mas da performance dos jogadores em face da Jurisdição Penal e do comportamento dos agentes processuais.

"Por outra parte, saber interpretar o movimento do adversário, não pelo seu efeito jurídico imediato, mas, outrossim, pelos remotos desenvolvimentos táticos que tal movimento permite supor. Sobre este terreno, os artigos são necessariamente mudos; o legislador inocente não tem calculado a quais sutis virtuosismos possa prestar-se caso a caso, na tática dos litigantes, o emprego indireto de certos institutos".
Piero Calamandrei

"O direito frequentemente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima a ser executada por uma pessoa depende do que outro agente econômico escolher. Essas situações são como os jogos, pois as pessoas precisam decidir por uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações de outras pessoas. A teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante".
Robert Cooter e Thomas Ulen

A Teoria dos Jogos nos propicia a formulação de expectativas de comportamento estratégico, partindo-se do pressuposto de ações racionais (ou "como agiria um agente processual racional). Tendo em vista que o objetivo do processo é a decisão favorável e, portanto, essa é a estratégia dominante dos jogadores, as ações manejadas serão direcionadas à sua otimização. O meio para modelar o jogo (processo penal) são as informações disponíveis, tanto no que se refere à qualidade, quanto à quantidade, incidentes em cada contexto. Para tanto, será necessário definir os *payoffs*, isto é, os possíveis ganhos e perdas das consequências do resultado (custo-benefício). A compreensão da estrutura dos jogos nos auxiliará a modular as interações, organizando e planejando melhor os nossos comportamentos. A definição das possibilidades de equilíbrio da interação processual amplia a compreensão do contexto estratégico.

Deveremos levar em conta a capacidade e habilidades dos demais jogadores, porque a racionalidade pode não comparecer (emoções, heurísticas, limitações cognitivas etc.), mas mesmo assim nos servirá para predizer como um agente racional se comportaria. As nossas preocupações também devem levar em consideração a cultura, inteligência e habilidades dos demais jogadores, para podermos entender corretamente o contexto em que o jogo se desenvolve, porque quanto menor o grau de suposição que tivermos, melhor a qualidade dos indicadores de realidade. O magistrado será considerado também no contexto, porque além de ordenar a instauração e o desenvolvimento do Caso Penal, será o responsável pela decisão final.

"Para um bom aproveitamento dos modelos da Teoria dos Jogos aplicados aos relacionamentos profissionais, é importante entender o que os teóricos chamam de 'limites da racionalidade'. A Teoria dos Jogos parte do pressuposto de que o ser humano se comporta sempre como um agente econômico racional, que age no sentido de maximizar o resultado econômico. Isso é parcialmente verdadeiro. Muitas vezes, as pessoas agem de maneira contrária a essa lógica, seja porque elas fazem uma interpretação equivocada da realidade, seja pelo fato de que suas ações são limitadas por imposições culturais (religiosas, legais, ou por normas sociais), ou mesmo porque a aparente 'ação irracional' foca outros interesses que não os óbvios".
Raul Marinho

As regras de processo penal limitam os comportamentos e a criação de alternativas deve se dar dentro do jogo limpo, antecipando a possibilidade de alguma ação ilegal pelos demais agentes processuais. Diante do quadro de múltiplas interpretações sobre os comportamentos dos agentes processuais, o planejamento é cada vez mais necessário. Poderemos aplicar as ferramentas em cada interação processual, com especial relevo do campo da Justiça Negocial, da prisão cautelar, da prova, da argumentação e da decisão judicial.

Dependeremos do comportamento dos demais jogadores que podem ser enganosas, dissimuladas, ilegais, para o fim de evitar surpresas.

O monitoramento efetivo das preferências e dos comportamentos dos demais agentes, será uma vantagem competitiva. No caso de jogos sequenciais, os subjogos devem ser decompostos, para enquadramento isolado, encadeados na lógica de consolidação das posições, convergentes ao resultado final. Por isso, a análise dos benefícios deve ser formulada no tempo (curto, médio e longo prazo) e das consequências diretas e indiretas. Associaremos recursos para aprimorar a utilização da probabilidade e a avaliação de riscos, porque nos é muito complicado estimar probabilidade em cenários (futuro).

A partir da Teoria dos Jogos poderemos definir: **a)** quais são os limites do jogo ou subjogo; **b)** a hierarquia das informações e a importância; **c)** a primeira interpretação em face do contexto: jogadores e estratégias; **d)** os aspectos do caso que merecem atenção para criação de alternativas estratégicas (quem, quando, como, onde, por quê?); **e)** as alternativas factíveis de cada um dos jogadores (o maior número possível); **f)** as implicâncias entre as alternativas (vantagens e desvantagens), de modo organizado e com informação robusta (aspectos objetivo e subjetivo); **g)** a compatibilidade de cada alternativa com o objetivo final, de modo reverso, apontando a implicância a curto, médio e longo prazo (o efeito de cada resultado no subjogo e no jogo); **h)** o plano de ação; e, **i)** monitorar e ajustar, se for necessário.

Buscaremos melhorar a nossa posição a partir da premissa de que a conformidade às regras é uma qualidade do agente processual. Podemos agir também nos erros de avaliação ou estratégicos dos demais agentes processuais, desde que em conformidade com as normas processuais. A Teoria dos Jogos é mais uma ferramenta associada às nossas habilidades.

"O processo não é unicamente ciência do direito processual, não é unicamente técnica de sua aplicação prática, é também leal observância das regras do jogo, isto é, fidelidade àqueles cânones não escritos de correção profissional, que demarcam os confins entre a elegante e valiosa maestria do astuto esgrimista e as desajeitadas armadilhas do trapaceiro".
Piero Calamandrei

"Afinal, não há jogo pelo jogo, no qual se poderia ver um mero gozo (Lacan); ou tão só um gozo. Seria, por óbvio, algo perigoso – muito perigoso – quando as consequências são para terceiros. Afinal, antes dos signos estão os viventes, só nos quais a linguagem faz sentido. Descompromissados com eles (os viventes), os jogadores podem não só esquecer do fair play como, por outro lado, defendendo, por contrato, os interesses de alguém, podem se tornar cúmplices dos (por exemplo), seus clientes."
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Luiz Eduardo Cani

A PLATAFORMA ROADMAPCRIME

ROADMAPCRIME

< Capítulo 3 >
A Plataforma RoadMapCrime: ferramenta de apoio ao Processo Penal Estratégico



3.1 Pressupostos e Estrutura

A nossa proposta de atuação estratégica é a de criarmos ferramenta capaz de modelar Caso Penal do ponto de vista da **defesa**, embora a acusação possa, em grande medida, promover a leitura invertida. Para alcançar nossos **objetivos**, o desenho que apresentaremos será operacionalizado no decorrer do Guia, além de estar disponível *online*. O importante é **centrar atenção** nos ganhos competitivos decorrentes da melhoria do nosso processo decisório em cada Caso Penal.

Os nossos **pressupostos** são os de que:

a) queremos melhorar o **entendimento**, o **desempenho de nossas estratégias** e reduzir riscos de insucesso associados ao Caso Penal;

b) estamos convencidos de que a utilização de ferramentas metodológicas, associadas à tecnologia podem nos conferir **vantagem competitiva**, dentro das regras do jogo;

c) nos convencemos de que o **Processo Penal Estratégico** é a capacidade de planejar, organizar e agir de modo a otimizar nossos recursos cognitivos, materiais, no contexto do processo penal;

d) vamos nos esforçar para integrar o máximo de variáveis, dados e informação ao nosso modelo, porque os resultados dependem, ao fim e ao cabo, da nossa capacidade de, no contexto do caso penal, com apoio das ferramentas propostas, tomarmos a melhor decisão; e,

e) somos os únicos responsáveis pelas nossas decisões e comportamentos, a partir dos direitos e deveres que assumimos ao aceitarmos a condição de agentes processuais: ***accountability***.

Precisaremos integrar o nosso conhecimento pessoal sobre processo penal e relações humanas à proposta do **RoadMapCrime** em etapas sucessivas e articuladas organicamente, para o fim de, evitando erros de compreensão, adquirirmos o domínio das funcionalidades apresentadas. A aquisição de novas habilidades demandará tempo para reflexão, revisão de crenças, ideias e conhecimentos, que variam em cada um de nós. O que nos importa é a **atitude sincera** de integração da ferramenta às nossas tarefas diárias, ampliando o rol de **habilidades**. Precisaremos controlar a pressa ou a urgência para obtermos melhores condições de atuação, porque a ordem de apresentação tende a trazer melhores resultados do

que a leitura aleatória, ao mesmo tempo em que o Guia pode servir para consultas de temas processuais em face da necessidade de resolução de questões processuais específicas. Devemos tomar constantemente cuidado com o nosso "excesso de confiança" (heurística), nos esforçando para aproveitar o que for útil para nossa atividade de maneira crítica e responsável. O nosso processo de aperfeiçoamento do **RoadMapCrime** é constante e colaborativo, motivo pelo qual as suas ideias, *insights* ou diferentes possibilidades de abordagens, podem ser compartilhadas conosco (ficaremos felizes em receber suas contribuições).

A partir dos nossos pressupostos e objetivos, a Plataforma **RoadMapCrime** foi desenhada para melhorar o entendimento, o processo decisório e gerenciamento de riscos em situações dinâmicas: casos penais reais. Criamos **instrumentos** de **aprendizagem**, de **decisão** e de **avaliação** cuidadosamente integrados em ambiente intuitivo e operacional. A ferramenta pode ser utilizada na via digital ou analógica. Disponibilizamos material *online* para o uso analógico que, embora mais trabalhoso, pode gerar resultados significativos, desde que devidamente aplicada. A descrição e a explicação a seguir serão ampliadas e integradas no decorrer do livro. A representação do *design* completo da **Plataforma RoadMapCrime** é:



O próximo item descreve resumidamente a **MCDA-C**. Ainda que tenhamos procurado traduzir a abordagem técnica, em alguns momentos, a compreensão pode ser mais complexa. Mas, durante o livro, em cada momento, procuramos demonstrar o modo de operação. Com o tempo iremos dominar o mais importante: a "funcionalidade".

3.2 A Metodologia Multicritério de Apoio à Decisão Construtivista (MCDA-C) como instrumento do RoadMapCrime



A Metodologia **Multicritério de Apoio à Decisão Construtivista (MCDA-C**) pode ser novidade para muitos, motivo pelo qual teremos duas finalidades no tópico. A primeira é a de descrever os pressupostos, elementos e o funcionamento da MCDA-C. A segunda é a de consolidar o nosso entendimento, para integrá-lo à Plataforma.

O item contou com a colaboração e revisão do Dr. **Izaías Otacílo da Rosa**, CEO da empresa *Ceonnet*, corresponsável pela transformação do livro na Plataforma RoadMapCriminal.

Devemos buscar práticas de gestão para organizar os dados, geração de informação qualificada para que a **estratégia** (objetivo final) possa ser realizada no plano tático e operacional, em cada situação processual. A capacidade de **avaliar**, ou seja, estabelecer "valor" quantitativo (mensurar) e qualitativo (julgar a importância) e de medir o **desempenho** de cada comportamento (grau de alinhamento à estratégia), embora não sejam muito utilizadas ainda no processo penal, podem ser muito úteis na melhoria significativa da performance. Para tanto, será necessário fixar o **parâmetro** referencial capaz de autorizar comparações entre o **pretendido** e o **obtido** em cada momento tático e operacional. Sem isso, o comportamento processual acontece de modo exclusivamente intuitivo e amador (não saberemos sequer identificar os erros e os acertos, nem como melhorar a competividade no futuro). O uso da metodologia **MCDA-C**, em conjunto com a **Teoria dos Jogos**, como veremos adiante, tende a aumentar a performance. Se vamos ouvir uma testemunha ou produzir uma peça processual e não estabelecermos parâmetros de medição de eficácia, não saberemos se estamos nos aproximando ou nos afastando da estratégia (objetivo final), nem conseguimos avaliar os acertos e erros, muito menos nos orientar sobre as prioridades sequenciais. A atuação gira em torno de intuições, adivinhações, conjunto de crenças, enfim, opera desordenadamente.

O uso da metodologia MCDA-C exigirá certo **esforço** cognitivo do agente processual, justamente porque implicará no domínio de habilidades técnicas, atitude, disciplina, engajamento, foco na preparação e, também, no constante monitoramento das variáveis que podem se alterar bruscamente. Nas primeiras vezes que se toma contato com a MCDA-C, podemos ter a impressão de complexidade, em parte verdadeira, assim como dirigir um veículo foi nas primeiras vezes. Quem domina a MCDA-C amplia a leitura do contexto de modo decisivo e tende a melhorar a performance.

Para obtermos a melhor decisão em contextos de múltiplas variáveis e realidades subjetivas (Caso Penal), a nossa metodologia básica de usar anotações, resumos, sumários, arquivos de texto, tabelas de dados, programas de gestão processual, sistemas de tarefas, enfim, ferramentas de gestão, por ausência de integração e de meios, exige tempo, esforço de atualização em diversos sistemas/programas, tendendo à ineficiência. O clássico modelo de pontos positivos e negativos (prós e contras) também se mostra insuficiente, porque os critérios dos decisores (agentes processuais com poder de decidir) são indefinidos, especialmente diante das várias compreensões, com diferenças marcantes no espectro de incidência das normas processuais e penais.

Esse **espectro nebuloso** pode ser melhorado com o uso da MCDA-C, na medida em que promove robusto mecanismo de apoio à decisão estratégica. Em face da adoção do **construtivismo**, os agentes são levados a sério e não há decisão antes da interação. É que a integração dos diversos pontos de vista é apreendida, elaborada e construída a partir do contexto decisório dos agentes, a saber, no contexto real, a partir de evidências (não é pressuposto ou imaginado). A decisão passa a levar em conta as variáveis e os aspectos do cenário, no momento (espaço e tempo) em que se produz, de modo dinâmico. Como antecipamos, a tendência à **entropia** (desordem) das informações atinentes ao Caso Penal exigirá que possamos identificar, coletar, organizar, e hierarquizar o máximo de aspectos relevantes para podermos integrá-los (leitura do todo e das partes em conjunto).

Em geral, a **teoria da decisão** (de todos os agentes processuais) no processo penal deita em fontes no **racionalismo** (decisão lógica a partir de premissas – monocritério) ou no **subjetivismo** (decisão vem de *sentire* etc.). O caminho que seguiremos é o **construtivista**, ou seja, reconhecimento que a decisão é um processo de intensa e constante interação entre grupos de interesses e aspectos que singularizam os envolvidos, motivo pelo qual necessitamos poder identificar/enquadrar, organizar e mensurar os aspectos relevantes ao Caso Penal, aprimorando o conhecimento existente e o processo decisório. Enfim, pretendemos mostrar a decisão em seu aspecto realístico (como é ou estimamos ser) e não meramente abstrato normativo (como deveria ser). Daí a relevância do **Esquema Decisório** (valores, recompensas, formação teórica, preconceitos, crenças, constructos etc.) dos agentes processuais com poder de decisão no decorrer do procedimento, integrados ao Caso Penal e ao cenário da decisão, para que possamos indicar quais os aspectos/fatores que comparecem cognitivamente no processo de decisão. Sempre existem muitas alternativas decisórias e o trabalho de inventariar, organizar, valorar e classificar as possibilidades, probabilidades e risco, transforma a experiência do processo penal.

No ambiente processual, diante dos lugares e das **relações de poder** entre os agentes de decisão, o comportamento esperado é incerto e

depende, a todo o momento, de decisões intermediárias sobre o caminho a se seguir, as estratégicas factíveis (operacionalizáveis), a partir de múltiplos critérios de avaliação de alternativas, com informação imperfeita e assimétrica (não se sabe tudo; sempre há uma parcela desconhecida diante do volume de dados possíveis). Além disso, há o conflito estratégico entre as partes (acusação e defesa em geral antagônicos), exigindo-se habilidades diferentes de leitura do contexto e de soluções criativas (desde que realísticas).

O uso da metodologia MCDA-C aceita a existência de múltiplos critérios e distintos interesses dos agentes envolvidos no processo penal. A precisão e a acurácia da estimativa do comportamento esperado depende da nossa capacidade de mensurar a singularidade do contexto. Buscaremos a integração de dados e informações de modo a compor (identificar, organizar, hierarquizar o entendimento do Caso Penal), tanto aspectos objetivos, como subjetivos dos agentes processuais (decisores), tidos como o **centro de gravidade do modelo**, razão pela qual são tão relevantes as suas respectivas percepções, convicções e valores individuais (**Esquema Decisório**).

3.3 Planos de Abordagem do Caso Penal (Cronológico, Paralelo e Constitutivo)



A nossa estrutura metodológica do **Plano Geral Estratégico do Caso Penal** parte da distinção entre os **Planos de Abordagem do Caso Penal** (que se influenciam entre si, mas podem ser decompostos isoladamente): **a) Plano Cronológico** (fases procedimentais); **b) Plano Paralelo**: Recursos e/ou Impugnações Incidentais do Caso Penal; **c) Plano Constitutivo**: Elementos Constitutivos do Caso Penal.

A divisão se justifica porque, a depender dos momentos e contextos, ações estão disponíveis ou indisponíveis, agentes ganham ou perdem protagonismo decisório e também porque as ações devem ser planejadas antecipadamente em seus respectivos momentos (curto, médio e longo prazo). O controle de **Planos Paralelos** nos será muito útil quando formos utilizar a ferramenta, na medida em que apresentará as oportunidades de cada momento processual, integrando automaticamente agentes e regras procedimentais, ou seja, evita que algum elemento nos passe despercebido. Quando formos usar o mecanismo de tarefas, poderemos atestar a funcionalidade da divisão entre Planos.

A) Plano Cronológico: buscaremos a definição do conjunto de agentes processuais que compõem o espaço amostral das fases de: 1) Investigação (Oficial e Defensiva); 2) Justiça Negocial: Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo, Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e Colaboração Premiada; 3) Processo Penal; 4) Provas; 5) Decisão (sentença); 6) Recursos: 6a) Recurso

Ordinário (Apelação ou RESE nos mesmos autos); 6b) Recurso Especial; 6c) Recurso Extraordinário; 7) Execução Penal; 8) Revisão Criminal;

B) Plano Paralelo: Recursos e/ou Impugnações Incidentais: a definição do conjunto de agentes que pode ser integrado ao Caso Penal do item anterior (CronológTica), na via do: 1) *Habeas Corpus*; 2) Mandado de Segurança; 3) Recurso em Sentido Estrito (RESE, por instrumento); 4) Carta Testemunhável; 5) Reclamação/Correição Parcial; 6) Exceções (suspeição, impedimento, incompetência, coisa julgada, litispendência ou ilegitimidade de parte); 7) Questões Prejudiciais; 8) Medidas Cautelares, e, 9) Reclamação Constitucional;

C) Plano Constitutivo: a definição de cada elemento constitutivo do Caso Penal, a partir do "Plano Cronológico"(item "a") e do "Plano Paralelo", dos possíveis "Recursos e/ou Impugnações Incidentais/autônomas" (item 'b"), com o aprofundamento em 5 (cinco) grandes Áreas de Preocupação: 1) Tipo Penal (aspectos do crime imputado: requisitos para configuração, gravidade e qualidade); 2) Agentes Processuais (perfil, qualificação, formação teórica, nível de relacionamento: expectativas de comportamento); 3) Procedimento (as regras aplicáveis e as diversas alternativas de compreensão dos agentes processuais); 4) Provas (o regime probatório: existência, validade e eficácia); e, 5) Valoração/Decisão (*Standard* probatório, critérios de valoração e as expectativas de decisão dos agentes processuais). Implementação das 3 Etapas (Diagnóstico, Estratégica e Execução Monitorada) por meio de Planos de Ação, associados ao Gerenciamento de Risco.

A **decomposição** nos será útil para podermos analisar cada um dos aspectos relevantes do Caso Penal, em suas particularidades, buscando o **enquadramento** adequado, já que detalhes podem fazer a diferença e tendem a nos passar despercebidos. O esforço será o de buscar indicadores não só nossos, mas também dos demais agentes processuais, com o fim de podermos ter maior aderência à realidade, evitando suposições desprovidas de **evidências realísticas**. O foco somente na denúncia/queixa é necessário, mas insuficiente. Enfim, buscaremos ter clareza sobre o Caso Penal, o enquadramento do debate, da argumentação e da decisão. Para que organizemos a interação dinâmica entre os planos e, também, termos eficiência, deveremos adotar **Planos de Ação** como instrumento de todos os momentos do **RoadMapCrime**.

3.4 Planos de Ação como ferramenta metodológica indispensável

O êxito de nossa atuação depende tanto da qualidade das nossas decisões, como da capacidade de operacionalizarmos a execução do monitoramento e dos ajustes necessários ao processo decisório. **Plano de Ação** é o instrumento para definirmos, atribuirmos e monitorarmos a efetivação. O **instrumento metodológico** que utilizaremos procura integrar diversas metodologias existentes (5W2H, GUT, GANTT, SWOT, PDCA, Diagrama de Venn, Conectores Lógicos, dentre outras). Não

adianta usarmos um bloco de notas ou mesmo agenda, porque os nossos controles devem ser consistentes, ainda mais quando o Caso Penal demandar a intervenção de assessores, auxiliares, peritos, enfim, quando precisarmos coordenar um time. O nosso fluxo será o de: **a)** decidir a necessidade da realização da tarefa e determinar o seu conteúdo; **b)** executar e monitorar a realização; e **c)** validar, ajustar e homologar o cumprimento dos objetivos.



O **Plano de Ação**, a ser utilizado a todo o momento, deve ser capaz de responder, com apoio da ferramenta *5W2H*: **1) O que** deve ser feito (qual a ação deve ser realizada)?; **2) Por que** deve ser feito (com qual finalidade)?; **3) Quem** deve ser o responsável pela ação (agente cuja tarefa é atribuída)?; **4) Onde** deve ser feita a ação (local onde será realizada)?; **5) Quando** deve ser feita a ação (momento adequado; cronograma)?; **6) Como** deve ser feita a ação (nível operacional de cumprimento)?; e, **7) Quanto custará** a implementação (viabilidade e meios financeiros para realização)?

A gestão das múltiplas variáveis dependerá da nossa capacidade de manter atualizados e operacionais os diversos **Planos Paralelos do Caso Penal** (Cronológico, Paralelo e Constitutivo), as **Etapas do RoadMapCrime** (Diagnóstico, Estratégico e Execução/Monitoramento), capaz de nos orientar no processo decisório constante e dinâmico do Caso Penal. O **Plano de Ação** precisa ser factível, a partir de necessidades verificadas nas Etapas respectivas, vinculadas aos **Planos de Abordagem**, para consulta integrada, com a finalidade de obtermos o melhor resultado possível (meta final). É poderoso instrumento de gestão do Caso Penal, por conferir a possibilidade de constante ajuste e de realinhamento estratégico. Podemos exemplificar, do ponto de vista da **defesa**:

5W					2H	
O que?	Por que?	Quem?	Onde?	Quando?	Como?	Custo?
Localizar documentos do álibi do acusado: viagem exterior	Comprova a absolvição	Assistente X	Imigração ou com o acusado	Até o dia X	Por pedido de comprovantes de viagem, de hospedagem, fotografia	R$ 50,00 em taxas
Parece técnico defensivo sobre cadeia de custódia	Para atacar a materialidade do crime	Perito X	Escritório Y	Até o dia X	Laudo pericial técnico	R$ 5.000,00
Preparar as perguntas da audiência	Atacar os pontos fortes e fracos	Advogados X e Y	Escritório	Até o dia X	Em documento word	Nenhum
Analizaar as testemunhas de acusação	Levantar os pontos fracos	Assistente X	Banco de Dados e Redes Sociais	Até o dia X	Em documento word	R$ 200,00
Pesquisar jurisprudência atualizada	Verificar as teses defensivas acolhíveis	Assistente X	Sites STF, STJ e Tribunais	Até o dia X	Em documento word	Nenhum

Mapeadas as possibilidades do jogo processual, surge a necessidade de avaliar a **Gravidade**, a **Urgência** e a **Tendência**, motivo pelo qual a **Matriz GUT** será utilizada. Cada possível ação tática e operacional deve ser avaliada para organizar a ordem de prioridades.

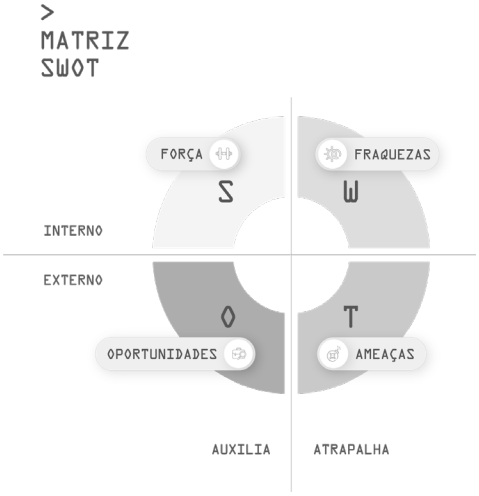
	GUT			
Pontos	Gravidade Se a ação não for realizada: **prejuízos**	Urgência Prazo para realização	Tendência O que poderá acontecer	G x U x T = Resultado
5	Extremamente graves	Ação imediata	Ação imediata	5x5x5=125
4	Muito graves	Com alguma urgência	Com alguma urgência	4x4x4=64
3	Graves	O mais cedo possível	O mais cedo possível	3x3x3=27
2	Pouco graves	Pode esperar	Pode esperar	2x2x2=8
1	Sem gravidade	Sem urgência	Sem urgência	1x1x1=1

Para poder perceber a dimensão da **importância** da organização, imaginemos a seguinte situação da acusação e/ou da defesa.

Ação ou Problema	Gravidade	Urgência	Tendência	Resultado GUT	Sequência de prioridade
Localizar documentos do álibi do acusador	5	5	5	125 (5x5x5)	1
Produzir parecer técnico defensivo sobre a cadeia de custódia	4	4	3	48 (4x4x3)	2
Preparar as perguntas a serem feitas em audiência	4	2	5	40 (4x2x5)	3
Analisar as testemunhas de acusação	4	2	2	16 (4x2x2)	5
Pesquisar Jurisprudência atualizada do caso	3	3	3	18 (3x3x3)	4

Com a utilização da **Matriz GUT** será possível organizar as tarefas por ordem de prioridade, associando as ações à estratégia de modo sequencial e convergente. A equipe e as ações podem ser estabelecidas, otimizadas e priorizadas, conforme a disponibilidade e do custo. Embora dê um certo trabalho no início, a inserção de metodologias dessa ordem auxilia a atividade e aumenta o nosso gerenciamento do Caso Penal.

Poderemos ainda nos valer da capacidade de avaliação de cada passo operacional a partir da ferramenta **SWOT – FOFA** (*S: Strenghts/Forças; W: Weaknesses/Fraquezas; O: Oportunities/Oportunidades; T: Threats/Ameaças*). As **forças** e **fraquezas** devem ser analisadas do ponto de vista do agente processual, enquanto as **oportunidades** e **ameaças** do ponto de vista do oponente e do ambiente do Caso Penal:



O conjunto de instrumentos necessários está integrado à versão *online* da Plataforma **RoadMapCrime**, acrescido do **Gráfico de Gantt**, pelo qual poderemos, visualmente (coluna horizontal o tempo e coluna vertical a atividade), controlar e gerenciar o cronograma dos Planos de Ação de modo ágil e eficaz. Estabelecemos ainda mecanismo de **homologação** do gestor sobre a realização e o cumprimento de cada Plano de Ação, para o fim de manter o controle maior possível (evita falhas).

3.5 Árvores de Decisão

O recurso metodológico de **Árvores de Decisão** nos auxiliará a compreender melhor a estrutura do Caso Penal, no processo de decisão (visualização das alternativas) e no planejamento e execuções de tarefas operacionais (p.ex. indagar uma testemunha). Existem vários modelos e aplicações à disposição. Poderemos utilizar árvores de decisão, fluxogramas, grafos, dentre outros. As ciências da computação ainda se valem de metodologias mais complexas. Para os fins de nossa abordagem, vamos entender o funcionamento do método da árvore de decisão (diagrama) e adaptá-lo ao nosso modelo, com uma advertência adicional ao final.

A estrutura da **Árvore de Decisão** será composta por "nós de decisão", a saber, os pontos que concentram os aspectos das **Áreas de Preocupação** e as perguntas que devem ser respondidas, com as alternativas possíveis

(descritores). O nível hierárquico maior é denominado de "nó raiz", normalmente denominado de "nó pai" ou "nó mãe". A cada nível hierárquico, assim como na nossa família, surgem os "nós" subsequentes: "nós filhos" ou "nós filhas", os quais estão no mesmo patamar. Os "nós filhos/filhas" também podem ter "nós filhos/filhas", o que gera a hierarquia geracional: **1)** "nó pai ou mãe"; **2)** "nós filhos ou filhas" que serão irmãos entre si; **3)** "nó netos ou netas" do nível 1 e "nós filhos ou filhas" do nível 2. A cada um dos níveis de nós podemos ou não ter filhos/filhas. Na hipótese positiva, a tarefa de decomposição do aspecto/elemento se aprofunda verticalmente até podermos estabelecer descritores mensuráveis. Na hipótese negativa, os descritores serão suficientes às nossas finalidades: chegamos ao "nó terminal" (o último de nossa árvore do Caso Penal).

A advertência final consiste no fato de que, em geral, quando utilizamos o método da árvore de decisão em nossas vidas, fazemos a partir do nó raiz (pai/mãe), **p.ex**.: Nó pai/mãe (raiz: primeiro nível): "*vamos ou não à praia*". No segundo nível o "nó filho/filha" teremos que responder ao questionamento sobre o tempo a partir de três alternativas: a) "*está chovendo*"; b) "*está nublado*"; ou, c), "*está sol*". Caso a resposta seja "*chuva*", não iremos. Se for "*sol*", iremos. A decisão estará tomada. Mas na hipótese de estar "*nublado*", precisaremos de outro nível, hierarquicamente abaixo da opção "*nublado*", pela qual poderemos consultar a previsão do tempo do decorrer do dia: a) "*previsão de sol*"; e, b) "*previsão de chuva*". Por termos descido mais um nível, conseguimos indicadores suficientes à decisão: se a previsão for: a) "*sol*", iremos; se for b) "*chuva*", não iremos.



Essa **ordem de decisões** (do nó raiz ao nós terminal), nos será muito funcional no momento de planejar e executar uma ação processual (petição, alegações orais, questionamento à testemunha etc.). Também nos será útil no momento de avaliarmos a estratégia geral e em cada *round* do Caso Penal, de modo **invertido/reverso** (do fim para o início), a saber, precisaremos antecipar a nossa estratégia e a dos demais agentes processuais para, então, fazermos o percurso contrário (do fim para o início na busca de um **Equilíbrio de Nash**). O jogo da "caça ao tesouro", por exemplo, torna-se muito mais fácil quando começamos do tesouro até o ponto de início, porque evitamos erros de trajeto. A **estratégia reversa** será sempre uma vantagem competitiva por nos auxiliar na identificação dos **pontos de virada** (*plot point*), ou seja, as oportunidades de mudar ou consolidar as ações necessárias à obtenção do nosso objetivo, com maior atenção e planejamento específico. Essa inversão do percurso decisório nos garantirá a vantagem da **inferência reversa**, isto é, poderemos de antemão estimar os possíveis comportamentos dominantes e dominados, integrando os resultados às decisões Estratégicas, de níveis Tático e Operacional (**Planos de Ação**).

Assim, novos campos de pesquisa, que vão desde os problemas de negociação envolvendo barganha até a evolução de populações, têm sido objeto de desenvolvimentos teóricos, na forma de jogos. A teoria dos jogos é hoje aplicada à economia, administração, direito, ciência política, questões de natureza militar e biologia, tendo se tornado instrumento essencial no estudo de qualquer processo de interação em que os agentes reconheçam que suas decisões se influenciam mutuamente". **Ronaldo Fiani**

3.6 As Etapas do RoadMapCrime: Diagnóstico, Estratégico e Gerenciamento

A estrutura da Plataforma **RoadMapCrime** foi decomposta em 3 (três) Etapas definidas por ações que interagem e são adaptadas de modo dinâmico: **a) Diagnóstico** (finalidade: diagnosticar); **b) Estratégico (**finalidade: avaliar e decidir); e, **c) Execução Monitorada**: (finalidade: executar monitorar, ajustar e homologar os **Planos de Ação**).

As fases se interrelacioam de modo **dinâmico** diante da possibilidade de novas situações, questões ou problemas surgidos ao longo do Caso Penal, capazes de demandar noas ou ajustes de decisão. A partir do **contexto** situado e dentro do possível (limitações de tempo, recursos etc.), devemos tomar o cuidado metodológico de diagnosticar, avaliar, decidir, estimar o efeito das ações, monitorar a execução dos planos de ação e ajustá-los, em um circuito estratégico.



3.7 Primeira Etapa: Diagnóstico (Finalidade de Diagnosticar o Caso Penal)

3.7.1 A decomposição do Caso Penal em variáveis mensuráveis

A metodologia de dividir para entender as partes e, depois o todo, nos é familiar, porque nos serve de recurso metodológico para compreendermos o mundo e, também, nos Cursos de Direito, já que estudamos Disciplinas (Direito Civil, Direito Penal, Processo Civil etc.): **estudamos as partes separadas em relação ao conjunto**. Em geral, somos muito eficientes em contextos mais simples, precisando de auxílio em situações mais complexas. A nossa estratégia de construção de conhecimento inicia-se pela **decomposição de aspectos intangíveis** (que não apresentam características capazes de percebermos ou entendermos imediatamente: real comportamento dos agentes, funcionamento efetivo das regras processuais no contexto etc.), **em aspectos tangíveis** e possíveis de mensurarmos (*que podemos perceber ou entender, p.ex.: como o agente processual X se comporta no Acordo de Não Persecução Penal ou quais as perguntas podem ter mais eficácia com a testemunha y*). Tomaremos por objeto o Caso Penal e suas múltiplas variáveis, com enquadramento ampliado (não restrito à imputação: denúncia/queixa), para o fim de entender melhor as partes/elementos, suas relações de interdependência, integrando-as, posteriormente, com a finalidade de observarmos os comportamentos possíveis, frente aos resultados que esperávamos.

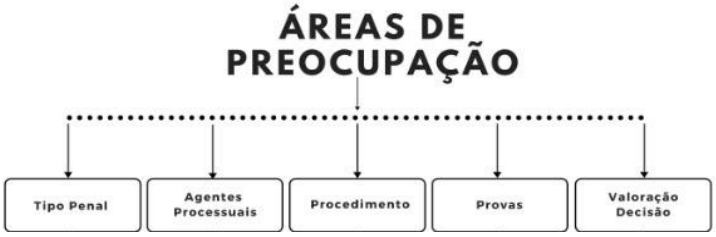
A estruturação de soluções que contribuam efetivamente na execução de atividades associadas a diagnósticos, de avaliações de desempenho e de avaliação de risco, ao longo das últimas décadas, foi objeto de estudo de diferentes áreas do conhecimento. Mesmo havendo diversificado conteúdo de propostas metodológicas, poucas conseguem alinhar os aspectos

técnicos, comuns ao ecossistema do Direito, aos aspectos subjetivos que personalizam e estabelecem níveis de expectativas singulares a cada Caso Penal. O desenvolvimento de plataforma informatizada transformou-se em oportunidade de aprimoramento e de inovação.

O mapa de orientação do **RoadMapCrime** se divide na identificação e organização dos aspectos do processo penal, etapa denominada de estruturação (**Diagnóstico**) e na construção e mensuração de indicadores de desempenho que melhor apoiem processos decisórios e estratégias associadas a "um Caso Penal" em específico, a partir do ponto de vista da **defesa**. A leitura da **acusação** pode ser invertida ou customizada.

3.7.2 As Áreas de Concentração do Caso Penal (Tipo Penal, Agentes Processuais, Procedimento Legal, Provas e Valoração/Decisão)

Consideremos que "um Caso Penal" possa ser explicitado por **05 (cinco**) grandes **Áreas de Preocupação**: **1)** Tipo Penal; **2)** Agentes Processuais; **3)** Procedimento legal; **4)** Provas; e **5)** Valoração e Decisão. A **representação** segue:



Cada **Área de Preocupação**, por sua vez, deve ser submetida a um novo processo de decomposição que melhor explicite os seus elementos constitutivos, até o ponto em que sejam passíveis de mensuração, ou seja, até o ponto que seja possível construir um descritor capaz de mensurar os seus desempenhos individuais. Para este fim, decomposição e identificação de aspectos tangíveis e passíveis de serem mensurados, serão utilizados critérios de **função** e **relevância**.

"A quantidade de informações aumentava com uma rapidez muito maior do que a nossa capacidade de saber o que fazer com ela ou nossa habilidade de diferenciar informações úteis ou equivocadas". **Nate Silver**

3.7.3 Os Planos de Análise (Estrutural, Dominante e Contextual) das áreas de Preocupação

Em cada Área de Concentração (Tipo Penal, Agentes Processuais, Procedimento Legal, Prova e Valoração/decisão) será necessário o esforço em **3 (três) planos** de análise distintos (com escopos diversos), sequenciais (em ordem) e dinâmicos (atualizáveis): **a) Estrutural** (estabelecer as definições dos aspectos/elementos de modo geral: as possibilidades de sentido); **b) Dominante** (dentre as possibilidades de sentido selecionadas no plano Estrutural, categorizá-las entre dominante/

dominada); e, **c) Contextual** (a partir dos agentes processuais reais, quais os comportamentos tendencialmente esperados).

Ao longo do processo de decomposição do Caso Penal em níveis **Dominante**, evidencia-se a necessidade de identificar quais **dados** e **informações** (dados são fragmentos da realidade, evidência, qualificados de informação quando atribuímos sentido: informação é o dado com sentido), são capazes de nos fazer compreender a estrutura abstrata (**Estrutural**) e concreta (**Dominante**) dos elementos/partes do processo penal que devem ser considerados e, por consequência, coletados quando de sua operacionalização. Em todos os **aspectos** (elementos/partes) objeto da nossa atividade de **Diagnóstico** (Estrutural; Dominante ou Contextual), no tocante **à coleta dos dados e de informações** (existência, relevância, qualidade e qualidade), devemos levar em conta os seguintes **critérios** de: **a) existência**; **b) validade**; e, **c) eficácia** (objeto da Terceira Etapa). Se verificarmos a deficiência/falha em alguma das etapas, será necessária a criação de **Plano de Ação** capaz de melhorar o desempenho, como veremos. O resultado final da fase de estruturação (**Diagnóstico**) será a construção de um **modelo estruturado**, com a finalidade de auxiliar na leitura adequada de cada aspecto do conjunto de preocupações que podem influenciar no resultado (a nossa escolha foi o da perspectiva defensiva), identificando os pontos fortes e fracos que merecem atenção.

A) Estrutural (padrão normativo: legal, científico ou fático): responder, do ponto de vista abstrato e estático, às seguintes questões sobre cada parte/elemento: **1)** O **que é**? **2) Por que** foi criado? **3) Quem** são os destinatários? **4) Onde** opera? **5) Quando** incide?; **6) Quanto** custa?; e, **7) Como** funciona? (a depender da variável, algumas perguntas não se aplicam);

B) Dominante (comportamento dominante esperado: legal, científico ou fático): responder, do ponto de vista concreto e das posições dominantes na jurisprudência e doutrina sobre as normas jurídicas, às seguintes questões sobre cada parte/elemento: **1) Qual** a posição dominante? **2) Qual** a "*ratio decidendi*"? **3**) É **aplicável** ao Caso Penal (possível distinção)? **4) Quais** argumentos foram vencidos; **5) Quais** são os possíveis novos argumentos ("superação" da "*ratio decidendi*")?

C) Contextual (estimar o comportamento esperado dos agentes processuais no caso específico): estimar, do ponto de vista de cada agente processual, situado no tempo, espaço e **contexto** processual único (cada caso penal é evento único em todas as suas variáveis), a partir dos modelos da Teoria dos Jogos e da MCDA-C, os comportamentos esperados (dominante/dominado), às seguintes questões: **1) Quem são** agentes processuais que interagem e qual o poder de decisão em cada momento processual? **2) O que** pretendem os agentes processuais em cada momento processual (nível estratégico)? **3) Qual o Esquema Decisório** (as variáveis, preferências e critérios da condição da decisão: racional ou heurístico) e a capacidade cognitiva de cada agente processual? **4) Quais** as normas (jurídicas, científicas, éticas, deontológicas, morais, sociais ou pessoais) que podem incentivar ou limitar o comportamento do agente processual?; **5) Quais** os custos (objetivos e subjetivos) de cada comportamento possível?

6) Qual a capacidade estratégica, tática e operacional de cada agente processual? e, **7) Como** podem se comportar os agentes processuais (dominante/dominado)?

Em seguida, será necessário **definir os atributos de cada variável** selecionada, em cada nível hierárquico, no contexto do Caso Penal, como: **a) conhecida ou desconhecida** (os agentes conhecem ou não a sua existência); **b) explícita ou implícita** (consta expressamente dos autos ou é pressuposta); **c) definida ou indefinida** (seu conteúdo e funcionalidade está definido nos autos); caso seja indefinida, será necessário verificar se é: **c1) incontroversa ou controversa** (critérios dominantes/determinantes à definição); e, **c2) cooperativa ou conflituosa** (forma e atitude dos agentes na definição dos critérios). O nosso desafio é o de evitar surpresas e nos adaptarmos ao art. 315, §2º, do CPP (dever de motivação).



O nosso desempenho, no nível **Contextual**, dependerá (e muito) da robustez (existência, qualidade, quantidade e relevância) dos indicadores que estabelecermos dos níveis **Estrutural** e **Dominante**. Um pequeno erro ou desatualização, na hipótese de ter sido proferida decisão dominante em sentido contrário (modificação total ou parcial do comportamento judicial), pela possível incidência do "efeito borboleta" (um detalhe pode mudar tudo), tende a ser catastrófico no desempenho. Por isso, a necessidade de estudo e atualização incessantes, principalmente pela dinâmica jurisprudencial. O que procuraremos estabelecer nos dois primeiros níveis são "descrições" de eventos passados (edição de leis, posições doutrinárias, decisões judiciais, padrões científicos e de fatos vinculados ao Caso Penal), em geral, disponíveis na *internet* e livros (pagos ou gratuitos) e/ou com trabalho de campo. A adoção de instrumentos hábeis à consecução da tarefa dos níveis **Estrutural** e **Dominante**, em grau de excelência, promoverá a fixação de robusto conjunto de premissas sobre os possíveis comportamentos judiciais no nível **Contextual**.

"Enquanto os computadores são muito bons em acumular um grande número de medidas estatísticas, os humanos são muito bons em discernir as razões inerentes a essas medidas". **David Sumpter**

Antes de acordarmos hoje pela manhã, os algoritmos do *Google*, *Facebook*, *Amazon*, *Spotify*, *Netflix*, do nosso veículo, atualizaram as informações sobre nós, com o objetivo de melhorar a experiência do consumidor e a fidelização. Os algoritmos se valem de conjuntos de informações obtidos de nós mesmos e de grupo de análise com o qual fomos categorizados. O duplo movimento é significativo para acurácia do algoritmo.

O recurso metodológico de analisar isoladamente as partes/elementos nos proporciona o quadro dos comportamentos judiciais possíveis

(todos os levantados) e os prováveis (**Dominantes**). Confere a **vantagem competitiva** de partimos para a análise do Caso Penal de modo a conhecer melhor os caminhos a seguir ou não. Proporciona conhecimento suficiente (se for robusto) sobre os argumentos eficazes (razão forte do julgado) e, também, "quando" e "como" podermos invocar novos argumentos não enfrentados pelo comportamento dominante (superação da razão forte) ou o suporte fático do caso em que foi produzido (distinção).

Munidos do resultado descritivo dos níveis **Estrutural** e **Dominante**, teremos que lidar com o nosso Caso Penal singularizado, alinhando às decisões da **Segunda Etapa (Estratégica)**. Como não podemos adivinhar o futuro, porque **contrafactual** (não ocorreu), temos que **estimar** o risco e aceitar a incerteza. O máximo que poderemos fazer é **estimar** cenários futuros, com maior ou menor grau de **probabilidade** de verificação. Quando realizamos as tarefas nos níveis **Estrutural** e **Dominante**, utilizamos o verbo "**responder**" às questões, porque podemos investigar o passado nas fontes, com maior acurácia. No nível **Contextual** poderemos somente **estimar** o comportamento dos agentes processuais (o nosso e dos demais).

Para podermos **estimar** com maior ou menor **probabilidade**, precisaremos criar um **modelo** de análise, a saber, ferramenta de processamento dos dados de realidade, capaz de reduzir o risco e apoiar a nossa decisão. Utilizaremos na construção do nosso modelo de apoio à decisão a Teoria dos Jogos e a MCDA-C, associadas a instrumentos de avaliação de desempenho e de avaliação de risco. Manteremos o recurso metodológico de quebrar/dividir o Caso Penal em partes/elementos para nos auxiliar a localizar, com mais objetividade, os aspectos que sabemos (mais ou menos) e que precisam de ajustes.

O **modelo** precisa ser **dinâmico** (constantemente atualizado, adaptado e ajustado) para obtenção de melhor desempenho. Devemos ter bem claro que modelos estimam eventos futuros e incertos e não podem "garantir o futuro". Poderemos apenas atribuir/graduar as **probabilidades** de **confiança subjetiva** sobre o funcionamento do modelo: nunca teremos certeza. Cuidaremos somente de aproximações, porque todo modelo seleciona aspectos e não toda a realidade complexa de um Caso Penal (infinitas variáveis).

Não estamos acostumados a lidar com **probabilidade** no campo do processo penal e, talvez, possamos nos confundir (adiante abordaremos os modelos "*frequentistas*" e "*bayseanos*"). Um exemplo pode nos auxiliar: Quando você, por exemplo, verifica a previsão do tempo, trata-se de probabilidade do comportamento futuro. O trabalho que faremos, assim como o dos **meteorologistas**, busca **estimar**, a partir de modelo definido (cientificamente aceito) o comportamento futuro (sol, chuva, nublado, neve etc.), recolhendo evidências passadas sobre o comportamento do tempo, comparando com os dados atuais, para poder predizer/estimar o que ocorrerá. **O problema é que, em geral, interpretamos de modo**

"A chance de chuva nunca foi de 100%; sempre havia 30% de chance de não chover. Como coloca [Philip] Tetlock, nossa primeira reação ao lidar com previsões probabilísticas é cortar o mundo ao meio: qualquer chance acima de 50% é interpretada como 'vai chover', e qualquer previsão abaixo de 50%, 'não vai chover'. A probabilidade, que devia funcionar como um botão *dial* que se roda para regular o volume do som, com várias gradações, de repente virou um interruptor 'on/off', sim ou não, e perdeu toda a sensibilidade". **Alexandra Strommer Godoi**

"A probabilidade depende de um grau de incerteza sobre um acontecimento, ou seja, depende da aleatoriedade. Há aleatoriedade sempre que o resultado de uma dada variável não descreve um padrão determinístico, mas apresenta um espaço amostral (conjunto de possíveis resultados) ao qual se pode atribuir uma distribuição de probabilidade". **Marcelo Guedes Nunes**

errado. O fato de a previsão estimar "*chuva, com 80% de chances*", significa que em cada 100 dias passados, devidamente registrados e em condições equivalentes, "*choveu em 80 dias e não choveu em 20 dias*". A previsão do tempo, a partir de modelo estatístico e suscetível às condições iniciais e da incerteza constitutiva do futuro, apenas **estima** a tendência de chover. Mesmo sendo a previsão de "80% de chances de chover", o fato de verificarmos "*um lindo dia de sol*" não significa erro da previsão, porque estimava "*20% de chances de não chover*". O dado recolhido hoje (não choveu) serve para calibrar o modelo e melhorar as estimativas futuras. Por desconhecimento da noção de probabilidade, acabamos entendendo errado, até porque é intuitivo (heurístico; S1; 7.5): "*passou de 50% (cinquenta), é chuva*". Não poderemos cometer erros dessa ordem.

3.7.4 A Avaliação de Risco

O nosso trabalho precisa ainda da **avaliação de risco**. Para gerenciarmos melhor o risco dos comportamentos no **contexto** (múltiplo) do Caso Penal em face das **consequências** (catastrófica; grave; moderada; ou leve) e das **probabilidades** (baixa; média; alta; ou muito alta), diante das nossas limitações cognitivas, precisaremos de ferramenta adequada. Como não temos, em geral, domínio sobre a elaboração de cálculos, iremos nos valer de uma escala de 0-100 de pontos de exposição ao risco. Apuraremos o valor global a partir do seguinte método:

1º) Elegemos qual o comportamento/decisão iremos avaliar: comportamento X;

2º) Realizamos as tarefas **Estruturais** e **Dominante**, para o fim de identificar os aspectos relativos ao comportamento dos pontos de vista estático e dominante (prevalentes na doutrina e na jurisprudência selecionada);

3º) Utilizando uma abordagem metodológica específica (ROSA, Izaías Otacílio, 2015), que operacionaliza a lógica preconizada pela Norma de Gestão de Riscos ISO 31.000:2013, cada risco identificado será submetido a uma análise parametrizada e associada ao modelo de avaliação de desempenho explicitado anteriormente;

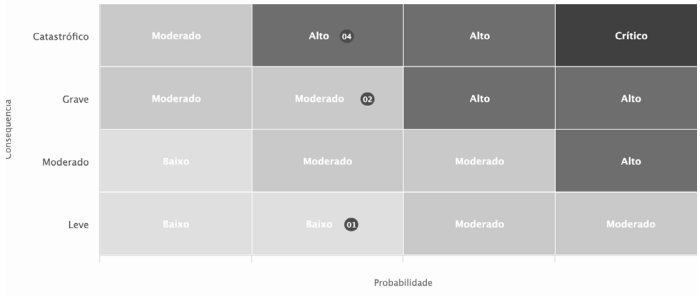
4º) Obteremos um *score* (valor) local de análise de risco, que demonstrará em escala de 0 a 100 pontos, qual o nível de susceptibilidade do risco analisado frente aos aspectos relevantes para nosso êxito (modelo de avaliação de desempenho);

5º) As etapas subsequentes estão associadas à definição das consequências decorrentes da concretização de cada risco e da probabilidade de concretização (atividades orientadas e automatizadas pela Plataforma **RoadMapCrime**); e,

6º) Como resultado, obteremos a leitura local de cada risco avaliado, a construção de uma matriz que explicite o comportamento deste risco e, por fim, o valor global de riscos ao êxito desejado do Caso Penal.

A escala que utilizaremos é a de atribuir a gravidade das **consequências** (**1 - Catastrófica**; **2 – Grave**; **3 – Moderada**; e, **4 – Leve**) em função das **probabilidades** (**1 – Baixa**; **2 – Média**; **3 – Alta**; e, **4 – Muito Alta**). Devemos nos lembrar que a avaliação de risco, por ser uma **estimativa**,

nunca será de 0% ou de 100%, e sim um valor aproximado do espectro: **Risco**: **1) Baixo**; **2) Moderado**; **3) Alto**; e, **4) Crítico**. Segue a matriz que utilizaremos no nosso modelo:



A representação visual nos ajudou a compreender que a tarefa não é tão complexa, já que teremos a função de estimar, o mais realisticamente que pudermos, cada uma das consequências previstas. Um **exemplo** pode nos auxiliar. Do ponto de vista **defensivo**, vamos estimar o risco decorrente da impetração ou não de *Habeas Corpus* para libertar o acusado preso preventivamente. Nosso **primeiro passo** será o de separar os aspectos fáticos e normativos do **contexto** (as especificidades do caso, vulnerabilidades, cumprimento dos requisitos para decretação da prisão, da impetração do HC, da motivação da decisão objeto do HC, dentre outros, investigando o comportamento judicial dominante). O **segundo passo** será o de avaliarmos o alinhamento estratégico do comportamento (veremos no item a seguir:, a ação planejada se integra ao objetivo final do processo?). Se a resposta for positiva, planejamos o **terceiro passo**, consistente na avaliação dos riscos da impetração. Para tanto deveremos agir de trás para frente (**inferência reversa**), a saber, dos resultados possíveis do julgamento até a petição do *Habeas Corpus* (mapeamento passo a passo). Poderemos **estimar** os seguintes **cenários** (denominaremos por **R**; podem ser criados quantos forem necessários e relevantes):

R1) denegação da ordem com análise do mérito da imputação;

R2) denegação da ordem sem análise do mérito da imputação;

R3) concessão parcial da ordem com imposição de cautelares diversas da prisão;

R4) concessão da ordem sem a imposição de cautelares diversas da prisão; e,

R5) concessão da ordem e possível revide jurisdicional (dos demais agentes, dentre eles o Ministério Público ou o juiz).

O passo seguinte consiste em **preencheremos as duas colunas** para cada consequência (**R1, R2, R3, R4 e R5**), obtendo os resultados do risco estimado da decisão de impetrar o HC (**1: Catastrófica; 2: Grave; 3:Moderada; e, 4: Leve**). O modelo de gerenciamento de risco será sempre uma estimativa, com a qual poderemos tomar a decisão de modo informado, porque integrada ao **contexto** geral do Caso Penal (como um comportamento alinhado às etapas de **Diagnóstico** e **Estratégica**).

A hipótese que apresentamos é simples, de uma fase/*round*, isto é, da prisão cautelar, mesmo assim nos autoriza constatar a funcionalidade do instrumento de gerenciamento de risco. Quando estivermos operando no Modelo *online* do **RoadMapCrime** o trabalho será bem mais fácil e intuitivo.

Agora que sabemos um pouco mais sobre o que esperar da Plataforma, devemos nos esforçar para melhorar a **precisão** e a **acurácia** por meio da inserção de dados, informações, evidências capazes de gerar inferências válidas. O modelo também nos ajuda a compreender algo importante: **correlação não é sinônimo de causalidade**. Evidências, dados ou informações, ainda que ocorridas no mesmo contexto de tempo e espaço, dependem de um juízo de inferência causal. A devida integração de evidências depende da capacidade de inferir os "critérios da causa", justamente para se evitar erros decorrentes da "correlação ilusória" (quando atribuímos algo que não é causa, como sendo). Estimar com acerto eventos futuros, de modo robusto, exigirá esforço e a consciência de que o nosso objetivo é o de reduzir a incerteza do Caso Penal, criando "cenários" e não "o futuro". O processo penal é um **Dispositivo** complexo (com variáveis exponenciais) e o nosso modelo pode, no máximo, estabelecer expectativas de comportamento dos agentes processuais. O modelo sempre nos ajudará a decidir, a localizar os pontos fortes e fracos. Mas não decide por nós. As "recomendações/previsões" indicam **probabilidades** (aproximações) e devem passar pela avaliação do agente processual, no contexto da decisão e a partir de critérios individuais. A responsabilidade pelos comportamentos será sempre nossa e não do modelo.

"Os humanos desenvolveram a capacidade de procurar e encontrar conexões de coisas e eventos no ambiente (cobras com guizo devem ser evitadas) e aqueles que fizeram as melhores conexões produziram a maior progênie. Nós somos os seus descendentes. O problema é que o pensamento causal não é infalível. Fazemos conexões quer elas existam, quer não. Essa falha na identificação tem duas variedades: falsos negativos podem matá-lo (cobras com guizos são inofensivas); falsos positivos simplesmente fazer perder tempo e energia. [...] A crença influencia a percepção". **Michael Shermer**

A proposta é a de criar e manter atualizado o modelo **RoadMapCrime** o mais robusto possível (como acima descrito e explorado no decorrer do Guia, além das constantes atualizações e ampliações). Com mais esforço e disposição, poderemos realizar as tarefas indicadas no Guia de modo analógico, por meio de arquivos e de planilhas, com resultados positivos. Mesmo quem não planifica a atuação é provido de um modelo, às vezes intuitivo, outras vezes parcialmente estruturado (alguns se preparam para a vida jurídica e não para o caso, porque confiam que darão conta sempre; denominam esse comportamento de "excesso de confiança"). O que importa é que nós interagiremos com outros agentes processuais, querendo ou não. Quanto mais pudermos estimar os comportamentos dos demais, teremos melhores condições de ajustar o nosso desempenho, mitigar os riscos associados, por meio de **Planos de Ação**_eficientes (veremos na sequência como fazer).

O escopo da nossa **Primeira Etapa** de planejamento, acima descrita, foi o de estabelecer o **Diagnóstico**: **a) Estrutural** (descrever os aspectos selecionados); **b) Dominante** (determinar o comportamento dominante esperado); e, **c) Contextual** (estimar as possibilidades de comportamento no contexto), associada ao gerenciamento de riscos (consequência vezes probabilidade). Vamos agora adiante.

3.8 Segunda Etapa: Estratégica (Avaliar e Decidir)

3.8.1 Os Níveis Estratégico, Tático e Operacional

Diante de cada Caso Penal, para que possamos estabelecer **Planos de Ação** (operacionais) adequados, devemos saber distinguir a função e a hierarquia dos **níveis**: **1) Estratégico**; **2) Tático**; e, **3) Operacional**. As nossas decisões dependem da capacidade de entendimento da estrutura estabelecida na **Primeira Fase**: **Diagnóstico**. Vamos relembrar a organização dos níveis:

1) Nível Estratégico: planejamento, organização e definição do objetivo de modo claro e mensurável, com o estabelecimento dos critérios de qualidade, quantidade, prioridade, custos e limites da atuação da equipe (divisão de tarefas, funções, recursos e responsabilidades);

2) Nível Tático: estabelecimento de Plano de Ação por ordem temporal de ocorrência, de prioridade, de mecanismos e indicadores de controle do nível operacional;

3) Nível Operacional: execução do **Plano de Ação** de modo a potencializar o resultado pretendido, a partir de critérios e indicadores estabelecidos (níveis estratégico e tático). O executor deve ter condições técnicas e materiais para o cumprimento da tarefa e treinamento para lidar com as adversidades (autonomia para ajustes).

O nosso desafio será o de obter e processar os dados e as informações suficientes para que possamos decidir pela melhor opção estratégica (e os Planos de Ação). É verdade que não estamos acostumados a fazer esse tipo de abordagem no Direito porque tendemos a confiar (demais) em nossas capacidades, certa aversão ao estudo da **probabilidade** (estamos acostumados com certezas subjetivas e intuitivas) e ao planejamento da atuação. O que pretendemos demonstrar é a importância do agir estratégico no processo penal, independentemente da **complexidade** do Caso Penal (baixa, média, alta ou máxima, conforme veremos adiante). Em todas as hipóteses, o estabelecimento dos indicadores de performance componentes do modelo, exigirá a nossa capacidade de seleção dos aspectos/fatores que:

- Convirjam com a estratégia, alinhados aos níveis tático e operacional;
- Possam ser mensurados (qualitativa e/ou quantitativamente);
- Sejam compreensíveis, mitigadas vaguezas e ambiguidades, além de verificáveis;
- Autorizem avaliação dinâmica das ações realizadas e a se realizar;
- Possibilitem a comparação com outras alternativas;
- Possam ser integrados na mesma avaliação de desempenho.

Todo modelo é uma simplificação da realidade, em que precisamos realizar o enquadramento dos aspectos/elementos relevantes a partir

de dados e informações confiáveis. Não teríamos tempo, disposição e recursos disponíveis para realização da tarefa de mapear todas as infinitas variáveis que podem acontecer em um Caso Penal, mesmo simples. O que estamos fazendo é criar um modelo viável, funcional, e robusto, com informação qualificada e relevante. O nosso modelo, assim como qualquer outro, somente irá funcionar se os dados forem confiáveis. Será preciso avaliarmos, na **Segunda Etapa**, a **existência**, a **quantidade**, a **qualidade** e a **relevância** do nosso *input*, a saber, dos dados e das informações que iremos nos valer para abastecer a plataforma (**v**), com o fim de evitar erros sistêmicos.



3.8.2 O Teste da Escada EVE (Existência, Validade e Eficácia) dos dados, informações e/ou argumentos

A luta por maturidade cognitiva, racional, lógica e científica no processo penal busca superar as decisões (muitas vezes intuitivas) baseadas na tendência de acreditarmos no que queremos acreditar e manipularmos, até inconscientemente (viés de confirmação), as evidências contrárias. Trata-se de **dissonância cognitiva** (1.7) o mecanismo pelo qual, estabelecida uma crença, ideia ou conhecimento, a atividade confirmatória passa a ser mecanismo de sua sobrevivência, mesmo diante de evidências e/ou argumentos robustos contrários, com o propósito de manter nossa coerência interna (subjetiva). Embora existam argumentos e evidências contrárias, quando a dissonância cognitiva é operante, o agente se mantém fiel à crença infalível e ilusória, conferindo consistência negacionista. Podemos ter crenças e palpites sobre a realidade, desde que verificáveis por evidências, com a possibilidade de confirmação/refutação (falsificáveis). O avanço da ciência acontece muitas vezes por palpites e intuições, ao mesmo tempo em que a honestidade científica faz com que se abandone o não corroborado por evidências empíricas. A postura de continuarmos acreditando em crenças "por que sim" é conduta ingênua, mas corriqueira no ambiente jurídico. O pior é que muitas crenças são compartilhadas por grupos institucionais e acabam sendo seguidas pelo "**Efeito Manada**", afinal, se todos creem, não crer nos faz hereges. O processo de **maturidade científica** pressupõe a atitude de duvidar do que se apresenta como verdade infalível. Pedirmos evidências sempre é uma boa e, claro, evidência não é a mera opinião de alguém ou de uma autoridade (falácia; 8.5), mas uma pretensão de validade comprovada por métodos e pesquisas reconhecidas pelo meio científico, no caso processual penal (epistemologia). Enfim, a tendência humana é a de estabelecer certezas e controlar o ambiente para reproduzir suas próprias convicções. O perigo desse modo inflexível e estático é o descompasso da atividade processual com a realidade. A nossa hipótese precisará ser comprovada por evidências. Então, para que possamos afirmar algo sobre o mundo/realidade a nossa **hipótese** deve: **a)** ser falsificável: verdade ou não; e **b)**

ter evidências probatórias de realidade (não basta a mera opinião/crença). Para condenarmos alguém, também: por isso estabelecemos regras para obtenção e valoração das provas.

A limitação cognitiva do campo do Direito, por sua vez, é terreno propício para busca de padrões e correlações entre eventos independentes, já que tendemos a confundir **correlação com casualidade** (basta ver a confusão interpretativa do art. 13, do CP). O fato de um fenômeno ter se verificado em certas condições, não significa necessariamente causalidade, porque será preciso realizar o **teste de inferência** (somos vítimas frágeis da falácia da correlação ilusória – falácia ou heurística). O mais perigoso é que podemos cair em armadilhas cognitivas sem sequer percebermos.

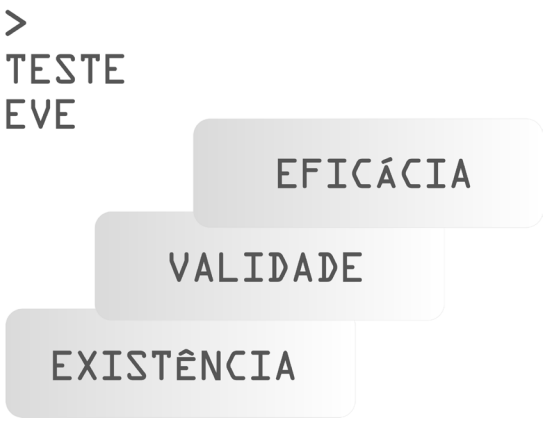
"A prova de nexo causal é feita a partir da fórmula conditio *sine qua non*, segundo a qual se deve buscar a causa a partir do resultado. Sabemos se um fato é causa do resultado através de um processo de eliminação mental se, abstraindo-se o fato, eliminar-se mentalmente o resultado, dizemos que o fato foi causa do resultado"
Cláudio Brandão

"Por falar em correlação espúria, é importante sublinhar que a diferença entre correlação e causalidade. O fato de duas variáveis estarem associadas não significa que uma é efeito da outra".
Marcelo Guedes Nunes

Distinguir entre o argumento/prova validado cientificamente e o pseudocientífico (ou oportunista) é uma tarefa difícil no campo do Direito, porque baseado em retóricas inflamadas e sem a tradição de pesquisas empíricas. Muitos discursos mascaram o aspecto ideológico, os preconceitos, a má-fé e a falta de inteligência de agentes processuais. A **assimetria de informação** (uma parte sabe mais do que a outra) entre os agentes que interagem num Caso Penal, também, proporciona o aumento de incerteza.

Para nos auxiliar, indicamos um teste capaz de apoiar a nossa decisão de integrar ou não um aspecto/elemento/parte ao nosso modelo ou de auditar os argumentos e provas dos demais agentes processuais. Denominamos de **"Teste da Escada EVE" (Existência, Validade e Eficácia),** inspirados na "Escada Ponteana" (*Pontes de Miranda* a partir da distinção entre pressuposto, requisito e condição) adaptada aos nossos propósitos. Ainda que já tenhamos realizado trabalho de avaliação na **Primeira Fase** (**Diagnóstico**), a função do "**Teste da Escada EVE"** é o de homologar os resultados obtidos (dupla checagem), no contexto da **Segunda Fase** (**Estratégica**: Avaliação e Decisão). Precisaremos antes de integrar um aspecto/elemento, dado ou informação, ao nosso modelo, realizar o teste sequencial (como a conduta de subir uma escada), consistente em **subirmos três degraus** da nossa **Escada EVE**: **a)** a **Existência**; **b) Validade**; e, **c) Eficácia**.

Devemos **avaliar** e **classificar** cada critério de modo sequencial para o fim de descartar o que for inservível ou termos elementos para desacreditar o argumento oponente. Em relação ao critério de **Existência** (quantidade e relevância aparente do dado/informação), devemos classificar o elemento como: **a)** inexistente; **b)** existente e não obtido; **c)** existente e obtido parcialmente; e, **d)** existente e obtido suficientemente. Já em relação ao critério **Validade** (qualidade e relevância confirmada do dado/informação/argumento), devemos classificar como: **a)** inválido; **b)** válido e irrelevante; **c)** válido e parcialmente relevante; e, **d)** válido e relevante. Por fim, no tocante ao critério **Eficácia** (qualidade, credibilidade e fiabilidade suficientes ao atendimento das finalidades) devemos classificar como: **a)** ineficaz; **b)** eficaz parcialmente; e, **c)** eficaz.



Devemos subir os três degraus do "**Teste da Escada EVE**" para podermos tomar a decisão sobre a **suficiência** do nosso conjunto de informação os níveis de: **a) Excelente** (suficiente); **b) Competitivo** (parcialmente suficientes); e, **c) Comprometedor** (insuficientes). Somente estamos autorizados a dar o passo seguinte, "se e somente se", tivermos um conjunto de dados suficientes. Do contrário, devemos estabelecer **Planos de Ação** capazes de nos conferir robustez, além de localizarmos onde falhamos (nossa fraqueza). O duplo movimento consiste em complementar a etapa e de aprendermos com nossos erros operacionais.

O **trabalho** de pesquisa deve ser **rigoroso** para evitarmos erros posteriores, motivo pelo qual não importa o nosso posicionamento pessoal. O desafio nesses dois níveis (Estrutural e Dominante) é o de descrever as partes conforme disposições normativas (o desenho legal), científica (teorias ou experimentos) ou fáticos (indicadores de realidade) dos elementos estruturais e, depois, inventariarmos as diversas compreensões (controvérsias de sentido) propostas pela doutrina e jurisprudência (com as quais concordamos ou não), estabelecendo o padrão de comportamento dominante e dominado (o que prevalece no ambiente jurídico relevante).

Por ser o escopo/objetivo de nossa abordagem o aperfeiçoamento do entendimento e do desempenho no nível **Contextual** do Caso Penal em que atuamos ou atuaremos, daremos preponderância ao peso do comportamento dos Tribunais. Diante do poder de revisão, a **escala de peso** priorizará as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal com competência recursal do Caso Penal (se for da competência da Justiça Estadual de São Paulo, elegeremos o TJSP; se for da competência da Justiça Federal, o TRF respectivo). A pesquisa sobre o comportamento dominante dos Tribunais pode variar na qualidade, já que pode ser **superficial** (da ementa ou do resumo da decisão) ou **profunda** (as razões debatidas e a prevalente: *ratio decidendi*). Quanto mais profunda qualitativamente e atual for a pesquisa,

mais saberemos sobre as teses debatidas (as acolhidas e as rejeitadas). Estamos tratando de dados e de informação: quanto melhor a qualidade e a quantidade da pesquisa, maior a **precisão** (pequena dispersão de resultados por interferência de ruídos) e a **acurácia** (calibragem do modelo para responder o mais aderente à realidade). Os resultados da pesquisa no plano **Dominante** devem observar precisão e acurácia. Precisaremos lidar com a **escassez** de tempo, de orçamento e de disposição subjetiva para a pesquisa em cada momento. Além disso, no mundo atual, de abundância de dados, de informações, de *Fake News*, de publicações, de julgados, o sucesso operacional depende de um **Plano de Ação** definido e factível. O Guia pretende nos auxiliar na tarefa, tanto na versão física, quanto na versão *online* (complementar e dinâmica, porque constantemente atualizada, dentro dos nossos limites). O esforço dependerá muito da sua disposição de complementação e capacidade de singularização ao seu caso penal (se puder, mande-nos por *email* a sua pesquisa para colaborar com outros; se todos colaborarem, o resultado será melhor).

"O sinal é a verdade. O ruído é o que nos distrai, afastando-nos da verdade. Este é um livro sobre o sinal e o ruído".
Nate Silver

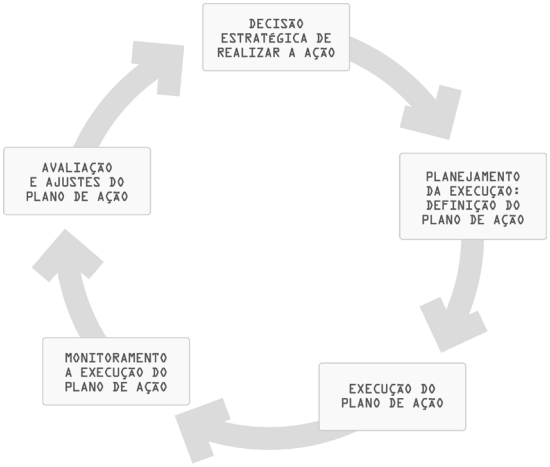
Para podermos isolar os aspectos/partes/elementos que iremos avaliar no nosso modelo, dependeremos da nossa capacidade de separação de cada um dos aspectos/elementos/partes e, depois, de modo hierárquico e vertical, continuarmos a atividade de quebrar os elementos até chegarmos ao ponto de podermos criar uma descrição. O **Teste da Escada EVE** nos servirá de recurso metodológico de "dupla checagem", para podemos rejeitar o que não for existente, válido ou eficaz. Com a descrição finalizada, criaremos uma escala dos indicadores, a partir dos quais poderemos realizar o processamento e classificá-los dentre os parâmetros de: **a) Excelência**; **b) Competitivos**; e, **c) Comprometedores**. Renovamos a oportunidade de disparamos **Planos de Ação** e de alinhamento **Estratégico**. Estaremos aptos à descrição da próxima etapa.



3.9 Terceira Etapa: Execução Monitorada (Monitoramento e Ajustes)

Depois de realizarmos o trabalho de **Diagnosticar**, **Avaliar**, **Decidir** e **Planejar**, precisaremos **Executar**, **Monitorar** e **Homologar** os efeitos desejados e os obtidos, promovendo, se necessário, novos ajustes. O momento atual é o de colocar em prática os **Planos de Ação** capazes

de efetivar as decisões estratégicas, ou seja, será necessário definir, com o auxílio das ferramentas antes indicadas (**Plano de Ação** e **Árvore de Decisão**), a depender do contexto, o modo de cumprimento e monitoramento dos parâmetros de desempenho. O fluxo do **Ciclo Estratégico** será: **a)** decisão estratégica sobre a necessidade, objetivos e parâmetros do Plano de Ação; **b)** planejamento tático e pormenorizado do modo de execução do Plano de Ação; **c)** execução do Plano de Ação; **d)** monitoramento do desempenho estratégico do Plano de Ação; **e)** avaliação e ajustes do Plano de Ação; e, **f)** homologação e integração dos resultados no **Plano Estratégico Geral do (Primeiro Nível) Caso Penal**, com ou sem necessidade de novos **Plano de Ação** (do indicador ou dos correlatos).



A construção dos indicadores de desempenho foi estabelecida nas fases anteriores (**Estratégico** e **Tático**). A construção eficaz de **Planos de Ação** e de mecanismos de monitoramento nos será mais consistente. Do contrário, perdemos a noção do **Ciclo Estratégico**. O Caso Penal, longe de ser uma interação estática, é de caráter **dinâmico**, com múltiplas variáveis e mudanças permanentes, exigindo agilidade de leitura do **contexto** para o fim de autorizar ajustes constantes. Será preciso manter o devido monitoramento e avaliação da execução do **Plano de Ação**, para que possamos realizar rápidos ajustes às contingências do contexto. Não basta somente constatar as modificações do cenário e sim estarmos preparado para agir imediatamente. Mas sem as devidas habilidades, planejamento e monitoramento da execução de cada **Plano de Ação**, corremos o risco de se agir por impulso e/ou sorte, aumentando as chances de dar errado. A nossa atuação deverá sempre se dar pelo máximo de objetividade, tomando cuidado com o possível "viés de confirmação" ou mesmo o "viés otimista", para o fim de não perdermos o momento adequado de ajustarmos os **Planos de Ação**. O planejamento e a execução devem ser **factíveis** ao **contexto** (não o que é sonhamos ou desejamos como melhor dos mundos). A análise deve ser realística e baseada

em evidências sólidas. Quanto mais dominarmos o funcionamento (efetivo) do processo penal, menos riscos correremos, evitaremos erros e poderemos obter desempenho melhor na modelagem do Caso Penal, enfim, potencializarmos o processo decisório.

Por fim e em resumo, vamos definir o escopo da Plataforma **RoadMapCrime**: Para que possamos obter nossos objetivos, precisamos aprimorar ou adotar instrumentos de aprendizagem, de monitoramento e de avaliação, levando em conta que: **1)** quanto melhor tivermos condições de estabelecer o real funcionamento do processo penal em cada Caso Penal (**contexto**); **2)** maior será a nossa capacidade de identificação e resolução das questões que demandam decisão qualificada; **3)** desde que tenhamos bem definido qual o nosso objetivo estratégico, a nossa meta final (qual o resultado desejado e/ou possível: factível), capaz de nos autorizar a planejar e executar as decisões operacionais (em cada momento adequado); **4)** porque, para que as nossas decisões possam ser tomadas de modo racional, eficaz e convergentes ao objetivo final, deveremos ter a capacidade de processar e organizar as **múltiplas variáveis** do Caso Penal; **5)** evitando decidir exclusivamente com base nas nossas experiências pessoais, intuições (*insights*) e habilidades teóricas (heurísticas e vieses), porque tendem a ser limitadas; **6)** qualificando o processo decisório com o uso de ferramentas metodológicas associadas à tecnologia e à avaliação de risco, pelas quais poderemos organizar a coleta e a estruturação de informação relativa às variáveis selecionadas e relevantes à resolução da questão, controlando a qualidade e a quantidade necessárias, além de nos autorizar a estabelecer a hierarquia de importância e de prioridade; **7)** por meio da seleção das variáveis relevantes do **contexto** real do Caso Penal, em sua singularidade (nenhum caso é igual a outro; podem ser similares), integrando o resultado em apoio às nossas decisões situadas no processo penal.

A Plataforma serve de apoio à decisão. A responsabilidade pelas escolhas durante o uso da ferramenta é pessoal e intransferível, além de o agente deter papel ativo na definição e no monitoramento dos **Planos de Ação**. Agora vamos abordar o Dispositivo do processo penal e, em seguida, voltaremos ao **RoadMapCrime** (Capítulo 8º).

PROCESSO PENAL

DISPOSITIVO DO PROCESSO PENAL

< Capítulo 4>
Dispositivo do Processo Penal

4.1 Processo Penal como Dispositivo



A – Definição:

Dispositivo do Processo Penal é o conjunto de diversos elementos heterogêneos (normativos, morais, linguísticos e não linguísticos, sociais, econômicos, institucionais etc.), em forma de rede (Não-Linear), sem um centro de poder definido, em que as relações entre *saber* e *poder* exercem a função estratégica concreta de, aparentemente, *legitimar* o exercício do poder.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Modelo Linear de Processo Penal: O modelo de processo penal em que fomos ensinados coloca ordem aparente ao caos, por meio de simplificações pressupostas: **a)** normas definidas; **b)** agentes racionais; **c)** raciocínio e interpretação jurídica; e, **d)** silogismo das decisões. Pelo percurso que já realizamos, estamos autorizados a compreender a redução de complexidade do processo penal, até porque foi desenhado em momento histórico em que prevalecia a noção mecanicista. A arquitetura formal do processo penal é a de um **Sistema Fechado e Linear**, em que as atribuições, funções e lugares devem ser desempenhadas para obtenção da Coisa Julgada. A redução da complexidade é justificada porque se pretende estabilidade, além de ser estruturada a partir da lógica causa e efeito (mecanicista). O que acontece é que no funcionamento efetivo, o processo penal deixa de ser um Sistema Fechado e Linear para assumir a **complexidade** de um **Sistema Aberto e Não-Linear**, impedindo a compreensão adequada do seu "real" funcionamento a partir das categorias tradicionais que, apesar de ainda "operarem", precisam de adaptação dinâmica às emergências e contingências do **contexto**, em que um detalhe pode alterar o padrão do resultado (condenação ou absolvição);

2) Modelo Não-Linear de Processo Penal: Para podermos assumir o processo penal como **Dispositivo** (funcionamento Não Linear, em **rede**), precisamos acolher a noção de **Sistema Aberto Não-Linear** e, por via de consequência, da **Complexidade** (para além do equilíbrio linear), em que novas variáreis transplantadas de outros campos do saber (economia, psicologia, sociologia etc.) exigem acomodação funcional. A adoção

da **Complexidade** decorre do comparecimento/emergência de fatores de **Incerteza**, não definidos previamente ou mesmo subestimados na arquitetura do modelo (causalidade implícita: interações, inferências subjetivas, heurísticas, vieses, falácias, oportunismo etc.), capazes de mudar os rumos do resultado, pela emergência de eventos de causalidade não linear (supera a lógica de causa-efeito determinística). Ao mesmo tempo em que não podemos confundir a complexidade com a "anarquia generalizada" (ou sorte aleatória) e, tão somente, com um modo diferente de abordagem, provido de leis e mecanismos capazes de nos autorizar maior aderência à realidade (prevalece a probabilidade e não a certeza). Ampliamos as ferramentas de compreensão sem rejeitarmos os referencias da lógica e da racionalidade, motivo pelo qual adotamos o **Construtivismo** e o **Dispositivo** para determinação do **contexto** do Caso Penal;

"Ao longo das últimas décadas, um conceito novo tem conhecido um êxito cada vez maior: a noção de instabilidade dinâmica associada à de 'caos'. Esse último sugere desordem, imprevisibilidade, mas veremos que não é assim". **Ilya Prigogine**

"Existe, pues, una opacidade de lo jurídico. El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, con un libreto, como una partitura, pardójicamente, no es conocido o no es comprendido por los actores en escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitam algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escasa o nula percepción de sus significados y alcances". **Carlos Cárcova**

3) Efeito Borboleta: A "suscetibilidade às condições iniciais" dos **Sistemas Abertos e Não-Lineares**, como o processo penal, autoriza a aplicação da Efeito Borboleta, em que uma pequena ou aparentemente insignificante alteração pode provocar efeitos inesperados. A superação do determinismo e da linearidade em favor da dinâmica (Não-Linear), da emergência e da contingência do contexto situado do processo penal (interação humana). Devemos levar em consideração o **Efeito Borboleta**, estabelecido por *Edward Norton Lorenz*, segundo o qual, o simples bater de asas de uma borboleta pode influenciar o curso das coisas e ocasionar uma tempestade do outro lado do mundo. Aparentemente pode nos soar estranha a magnitude/consequência de um pequeno comportamento. O Efeito Borboleta nos parece exagerado, embora nada mais seja do que o encadeamento de consequências que nos passam despercebidas. O Direito, como fenômeno complexo, depende da construção de **sentidos negociados** entre os contextos (agentes e agregados) em que, assumimos a possibilidade de alterações de sentido pelos mesmos agentes, a depender da situação fática. No processo penal existem muitas controvérsias normativas, dificuldades cognitivas e de critérios de decisão sobre o estabelecimento das premissas da decisão judicial (verdade; *Standard* probatório). Em cada Caso Penal, o simples olhar do acusado, a vestimenta, a pergunta feita, um documento, o humor, o cansaço, a reputação, o "efeito halo", a linguagem corporal, o ar condicionado quebrado, a época do ano, enfim, qualquer variável, talvez possa alterar o resultado em face do efeito retroativo que pode operar. O bater das asas da borboleta, que não produz efeitos em nossa sensibilidade humana, pode causar um furacão. A partir da "teoria do caos" há múltiplas variáveis não percebidas, cujo resultado é a atribuição de probabilidades e não de "causa e efeito determinista" (então: correlação não é sinônimo de causalidade; mais adiante explicaremos mais). Os detalhes ganham destaque e importância e devemos estar preparados para agir;

No filme "Anatomia de um crime": "O acusado, que é um cínico, ajuda o advogado de defesa a tecer a trama de enganos na qual se enredam todos, inclusive o leitor. A revelação, provocada por uma brincadeira sádica do acusado contra seu salvador, acontece com rapidez brutal e revela num segundo a natureza do drama". **Anatol Raport**

"Causas pequenas a mais não poder, mas em condições de ter consequências essenciais sobre o comportamento do sistema". **Ilya Prigogine**

4) Dispositivo em vez de Sistema: A dogmática jurídica (dogmas jurídicos) parte de conceitos, representações, teorias, normas, para organizar e orientar o modo como o poder estatal será aplicado no ambiente de controle social. Em geral, as construções de processo penal valem-se da noção de **Sistema** (Linear: conjunto de elementos organizados a partir de critérios e princípios fundantes), insuficientes à explicação e justificação das práticas penais (contingência, emergência de fatores). **Dispositivo do Processo Penal**, por sua vez, é o conjunto de diversos elementos heterogêneos (Não-Linear: normativo, moral, linguístico e não linguístico, social, econômico, institucional etc.), em forma de **rede**, sem um centro de poder definido, em que as relações entre "saber" e "poder" exercem a função estratégica concreta de, aparentemente, "legitimar" o exercício do poder. Por isso, deslocaremos o modo como compreendemos o processo penal, adotando a noção de **Dispositivo** (perspectiva Não Linear, de **Rede** e não de **Sistema**), para o fim de podermos opor resistência concreta em "linhas de fuga" de modo continuado e crítico;

"1) É um conjunto heterogêneo, que inclui virtualmente qualquer coisa, linguístico e não-linguístico no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de segurança, proposições filosóficas etc. o dispositivo em si mesmo e a rede que se estabelece entre esses elementos; 2) O dispositivo tem sempre uma função estratégica concreta e se inscreve sempre em uma relação de poder; 3) É algo de geral (um *reseau*, uma 'rede') porque inclui em si a episteme, que para Foucault é aquilo que em uma certa sociedade permite distinguir o que é aceito como um enunciado científico daquilo que não é científico". **Giorgio Agamben**

"É isto o dispositivo: estratégias de relações de forças suportando tipos de saber e suportadas por eles. **Michel Foucault**

A noção de **Dispositivo** foi trabalhada em diversos campos do conhecimento (*Giorgio Agamben, Michel Foucault, Michel Callon, Luana Renostro Hein, Augusto Jobim do Amaral, Luiz Eduardo Cani*, dentre outros).

5) O Dispositivo "Performa" o Agente Processual: Até o momento, acolhemos a noção de **Agente Racional** (maximizador da Utilidade Esperada pelo cálculo do custo/benefício), com os ajustes decorrentes da inserção de aspectos cognitivos, heurísticos e morais ao **Esquema Decisório**. Diferentemente do pressuposto da Teoria Neoclássica, o agente não está "atomizado", porque constantemente "**performado**" pelos saberes, técnicas e dispositivos do ambiente, no jogo de relações contínuas e dinâmicas entre os diversos campos (social, econômico, cultural, religioso etc.) situados no **contexto**. A pressão exercida pelo ambiente pode "conformar" o comportamento de modo sutil e efetivo, sem mediação racional, nem heurística, em decorrência da instrumentalização estratégica das relações entre saber e poder. O funcionamento efetivo das concepções teóricas depende do caráter performático do dispositivo associado. E a Teoria de Processo não é uma descrição ingênua. Os seus pressupostos "conformam" o modo de engajamento dos agentes humanos ou não humanos, porque confere lugares, poderes, impõe silêncios e distribui a confiança/desconfiança, reconhecendo os lugares do saber/poder, condicionando e sendo condicionada pela circulação dos discursos. A Teoria de Processo que adotarmos altera o conjunto de representações e comportamentos dos agentes processuais, como se pode constatar com o CPC de 2015, em que as novas referências "performaram" a própria compreensão de processo, de Boa-fé, de cooperação processual e de vedação à surpresa, por exemplo. A Teoria se sustenta pela "confiança e garantia de eficácia" dos agentes públicos que passam a observá-la. O embate é constante;

Não Confundir: A partir de *John Austin* (Teoria dos "Atos de Fala") a noção de "performatividade" é entendida como: "dizer é fazer" (no campo da pragmática, dos usos da linguagem). Originalmente Austin estabeleceu a distinção entre "constativo" (verdadeiro ou falso; valor de verdade porque pode ser verificado) e "performativo" (nem falsos, nem verdadeiros, somente "bem ou mal sucedidos", porque não podem ser verificados), posteriormente relativizada, diante da sobreposição das categorias, já que nenhuma sentença é somente "constatativa" ou "performativa". Austin passou a acolher os atos de fala em três dimensões: "locucionária" (regras sintáticas e gramaticais), "ilocucionária" (força do ato; performativo) e "perlocucionária" (consequências do ato aos demais agentes/auditório). "Performar" é atividade contínua e também se aplica à escrita (da forma, do modo e da adesão).

"O microcosmo do *dispositivo inquisitivo* pode ser vertido desde as linhas de força estampadas no local aberto pelas reformas processuais no Brasil, onde os estilhaços do *dispositivo inquisitivo* se apresentam, mas fundamentalmente, é o instante em que se pode oportunizar linhas de fuga a tensionar a própria *performance* (para além das derivações sistêmicas) acusatória num contexto de *democraticidade*." **Augusto Jobim do Amaral**

C – Controvérsia:

1) Detalhes: O processo penal, como todo sistema humano, é *suscetível às condições iniciais*. Os detalhes podem alterar o contexto e modificar o

Esquema Decisório dos agentes processuais. A nossa proposta não aceita que fatores externos ao Direito possam se consolidar como condição da decisão, nem compactua com o jogo sujo. O que situamos é o fato de que os humanos são suscetíveis aos detalhes e ao comportamento irracional, às vezes, por um gatilho aparentemente insignificante. É possível que possamos "perder a cabeça", como fez *Zidane*, na final da Copa do Mundo de 2006, quando *Materazzi* "falou" algo que gerou a sua expulsão de campo (a França perdeu). Um mero comentário pode ser o "detalhe" pelo qual o gatilho dispara e altera o contexto, aparentemente, do nada. Devemos estar atentos aos detalhes relevantes, selecionando os pontos que merecem a nossa atenção antecipadamente, porque será impossível manter a atenção consciente em muitos detalhes, por força das nossas limitações humanas, paralelas aos demais comportamentos processuais. O detalhe perdido é a perda de uma chance;

"O caos é sempre a consequência de fatores de instabilidade. [...] Neles, uma pequena perturbação amplifica-se, e trajetórias inicialmente próximas divergem. A instabilidade introduz novos aspectos essenciais". **Ilya Prigogine**

2) Performar e ser Performado: A compreensão do processo penal pela noção de **Dispositivo** nos servirá de chave interpretativa, diante da recorrente invasão e instrumentalização do campo penal por critérios heterogêneos (econômicos, morais, éticos, dentre outros), capaz de ampliar o nosso repertório de ferramentas de resistência e de oposição aos argumentos e decisões oportunistas. Acolhemos que o Direito também "performa", ao mesmo tempo que resistiremos ao uso de referências, discursos, teorias e valores que submetem a normatividade a critérios externos ao Direito. Levaremos a sério a autonomia e especificidade do processo penal;

"O dispositivo, quando referenciado nesse trabalho, deve ser entendido com seu aspecto material e técnico, não humano, porém, inserido na noção de agenciamento e dotado de agência. A inserção da ideia de dispositivo no conceito de agenciamento implica considerar também os elementos apontados por Foucault de que o dispositivo tem função estratégica e se inscreve em uma relação de poder, além de ser um termo geral que resulta do cruzamento entre saber e poder." **Luana Renostro Heinen**

O processo penal, como todo sistema de interação humano, é *suscetível às condições iniciais*. Aprendemos em Química no colegial que as experiências deveriam ser realizadas nas Condições Normais de Temperatura e Pressão (CNTP). A água congela em 0 (zero) grau desde que preenchida a CNTP. Uma pequena variação nas condições iniciais implica na modificação do resultado, isto é, se a pressão for menor ou maior, o resultado acompanha a variação. Um pequeno detalhe modifica tudo".

D – Estratégia:

1) A Herança Performada: A nossa leitura do processo penal como **Dispositivo** reconhece, para além da noção de Sistema, a **rede** (Não Linear) de relações que se conectam, interagem, por meio de "nós" de poder e de deliberação, sem que haja um centro de gravidade definido de modo perene. Os discursos circulam, são apropriados e rejeitados, atribuem sentidos, "performam", instauram, modelam comportamentos, com o fim de garantir a aparência de "legitimidade" do exercício do poder. O conceito de **agente racional** (maximizador da utilidade esperada), integrado ao discurso do Direito (especialmente pela Análise Econômica do Direito – AED), "performou" o comportamento dos agentes processuais, tanto assim que adotamos diversas vezes em nossa construção. Ao mesmo tempo em que também já apontamos a limitação da definição de agente racional, vamos ampliar a compreensão e não rejeitá-la, porque operante e funcional. A necessidade de cálculos e da análise de custo benefício do agente processual manterá lugar em nosso repertório de ferramentas, sem que tenhamos a ilusão de suficiência). O agente racional não está isolado do mundo, atomizado, porque inserido no **contexto** de relações de saber e de poder, inerentes ao **Dispositivo** do processo penal multidimensional em que "performa" e é "performado". Seguiremos resistindo, "em rede".

4.2 Ordenamento Jurídico



A – Definição:

Ordenamento Jurídico é o sistema autônomo de normas jurídicas reconhecidas pelo Estado, a partir dos pressupostos de unicidade, coerência e completude, pelo qual são definidas a produção, a organização (hierárquica, em que as superiores são fundamento de validade das inferiores) e aplicação das normas jurídicas (vigentes, válidas e eficazes), com a indicação dos mecanismos de resolução de antinomias e lacunas (regula a gênese, a manutenção e a convivência das normas).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Ordenamento em *Norberto Bobbio*: A existência de um ordenamento jurídico é condição de possibilidade para discussão posterior sobre o papel da Constituição (norma de maior hierarquia e força), das lacunas, das antinomias e das suas formas de resolução, dentre outras características. A validade e vigência não são distinguidas. O sistema deve responder a qualquer caso (proibição do *non liquet*). A coerência pela capacidade de resolução das antinomias (conflito de normas: **a)** obriga e proíbe: contrariedade; **b)** ordena e permite: contraditoriedade; e, **c)** proíbe e permite: contraditoriedade, solúveis pelos critérios: **a)** cronológico; **b)** hierárquico; e, **c)** da especialidade. Nas insolúveis, segundo Bobbio, aposta-se na discricionariedade do intérprete autorizado;

O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial. Mas pode ocorrer antinomia entre duas normas: 1) contemporâneas; 2) do mesmo nível; 3) ambas gerais."
Norberto Bobbio

2) Constituição da República e Direitos Fundamentais: é a norma de maior hierarquia e todos os dispositivos e interpretações possíveis, devem perpassar pelo seu controle formal e material, a partir do Princípio da "Dignidade da Pessoa Humana". Os vínculos no Estado Democrático de Direito, de viés **garantista** (*Ferrajoli*) são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecidível. Nem mesmo por maioria se pode violar/negar os **Direitos Fundamentais**, considerados inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Assim é que, com a operacionalidade possível da democracia substancial, resta acolhido no processo penal a esfera do "decidível" e do "não decidível", por maioria ou mesmo unanimidade. Estabelece-se "quem" pode e "como" deve decidir; "o que" se deve e "o que não se" deve deliberar. Consequência da Supremacia Constitucional é o dever de efetuarmos "juízos de validade" em face do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e material de constitucionalidade), espraiando o reconhecimento da invalidade derrogativa, por violação da esfera do indecidível;

"Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoria puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer".
Luigi Ferrajoli

"Desse modo, a proteção de direitos humanos, como condição de defesa individual perante o Estado despótico, além de ser um programa, é fundamento do próprio Estado democrático, que se deve, pois, ocupar de garantir a todos o pleno exercício de seus direitos fundamentais. Isso quer dizer que a legitimidade da atuação estatal, no sentido de um exercício protetivo, está vinculada a que sua atuação se faça necessária para impedir a interferência de outrem no exercício de direitos do próprio indivíduo, o que fundamente a constituição de um direito subjetivo desse indivíduo a determinada condição de garantia".
Juarez Tavares

3) Bloco de Constitucionalidade: é o conjunto de normas reconhecidas, com o *status* constitucional, em decorrência de Tratados ou Convenções internacionais (CR, art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º). Os documentos internacionais de **Direitos Humanos** da ONU e da OEA (p.ex. Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; 1948; Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica; 1969; Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de San Salvador; 1998) são considerados com *status* de "**supralegalidade**" (STF, RE n 466.343), a saber, acima das leis ordinárias e com efeito paralisante das normas infraconstitucionais incompatíveis. (CR, art. 4º, II: prevalência dos Direitos Humanos);

Tribunal Penal Internacional e Sistema Interamericano (CADH, CIDH), em pleno vigor no Brasil (Decreto Legislativo 27, de 28.05.1992 e Decreto Executivo 678, de 6 de novembro de 1992, bem assim Decreto Legislativo 89, de 3 de dezembro de 1998)

4) Direitos e Garantias: a existência de uma proposição jurídica (obrigação, proibição, permissão ou expectativa) que atribua um direito subjetivo, exige a existência de norma que garanta o seu exercício (direito sem garantias é uma falácia garantista – *Ferrajoli*);

5) Objetos Normativos Não Identificados (ONNI): Para além da normatividade, cada vez mais se utilizam *standards* e indicadores, por meio de *Soft law*, capazes de responder ao tempo e à dinamicidade das relações de governança global. Embora a Lei seja a forma de produção normativa padrão, no cotidiano forense comparecem Resoluções, Protocolos, Provimentos, Atos Normativos, dentre outros, das mais variadas espécies e competências**.** Essa pluralidade é denominada por *Benôit Frydman* de "objetos normativos não identificados" (ONNI). No processo penal, decorre da atividade dita normativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), do Executivo, dos Tribunais de Contas, dos Organismos Internacionais e dos Tribunais. Desde a regulamentação da audiência de custódia, passando pela criação do acordo de não persecução penal, novos desenhos de institutos normativos são inseridos no contexto do Processo Penal, ainda que depois parcialmente regulamentados por lei.

C – Controvérsia:

1) Discursos Importados e Incompatíveis: Em geral prevalece o monopólio estatal na produção ou reconhecimento das normas jurídicas. A decisão judicial deve levar em consideração exclusivamente o material normativo, diante da distinção entre Direito e Moral, Justiça, Equidade etc. (pressuposto do positivismo). A transposição de diversos autores do ambiente do *Common Law*, em que a produção de decisões opera de modo diverso, faz comparecer distintas concepções do Princípio da Legalidade no processo penal, reiterando-se os cuidados relativos às premissas normativas, sobe pela de "tomarmos uma coisa por outra", além do possível uso **oportunista**;

D – Estratégia:

1) Dominar *Hard* e *Soft Law*: O domínio das categorias do ordenamento jurídico e das possíveis normas aplicáveis, especialmente internacionais e de ONNI, tende a ampliar o conjunto de ferramentas a ser utilizado no Processo Penal. Além de conhecer o texto normativo, será necessário compreender o sentido dos mais diversos sistemas de *Soft Law*. Daí que surge toda a discussão sobre a legitimidade e legalidade das diversas fontes não oficiais e oficiais (estatais) de produção normativa. O protagonismo da gestão eficiente transformou o sentido da produção normativa, especialmente com a elaboração de protocolos de ação, cuja especificidade, muitas vezes, exigirá um duplo movimento do agente processual. Ao mesmo tempo em que poderá alegar a desconformidade democrática dos institutos, deverá estar preparado para agir em conformidade.

4.3 Normas Jurídicas: Princípios e Regras

A – Definição:

As Normas Jurídicas (Princípios e Regras) compõem o Ordenamento Jurídico para o fim de descrever a estrutura, o funcionamento e estabelecer condutas (obrigatórias, proibidas ou permitidas), com os atributos de validade, vigência e eficácia.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Princípios: Os Sistemas são estruturados a partir de **Princípios** (origem, causa, fundamento) que organizam, informam e condicionam os demais elementos. Conferem consistência e coerência. Por nos situarmos no horizonte em que a produção normativa é a estatal, a produção de normas jurídicas é monopólio do Estado, especialmente no Direito Penal e no Processo Penal (Tipicidade Normativa e Processual);

LIND: Art. 3º - Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

2) Função de Fechamento do Sistema: Em linhas gerais, dentro do paradigma do *Civil Law*, os princípios servem para **fechar** o sistema, dada a prevalência do referencial normativo interno (Direito separado da Moral: positivismo). No sistema do *Common Law*, os princípios servem para obtenção de julgamento equânime, tendo o direito legislado papel diferenciado;

3) Significados de Princípio: No ambiente do Direito nacional (*Civil Law*), pode-se indicar 3 (três) significados históricos: **a) Princípios Gerais do Direito** (axiomas que podem ser invocados nos casos de lacuna normativa, a partir do pressuposto de que o direito "deve" ser "completo", com foco na aplicação do Direito); **b) Princípios Jurídico-Epistemológicos** (em face da autonomia do Direito, buscar dar sistematicidade, organicidade ao estudo do objeto: Direito); e **c) Princípios Constitucionais – Pragmáticos-**

"Cabe registrar que esses elementos que permeiam o conceito de princípios constitucionais, embora projetem maior luz para o fenômeno da decisão judicial, não podem ser tidos como permissivas para livre criação jurisprudencial do direito. O dever de fundamentação das decisões somente é plenamente satisfeito na medida em que as decisões se apresentam adequadas à Constituição. [...] O conteúdo dos princípios constitucionais não é pré-definido por lei, muito menos pode ser livremente determinado pelos tribunais, isso porque eles são manifestação histórico-cultural que se expressa em determinado contexto de uma experiência jurídica comum"
Rafael Tomaz de Oliveira

Regras são "normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es valida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y juridicamente posible" [os princípios] "ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los princípios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas."
Robert Alexy

"Nas hipóteses em que a aplicação de princípios for realmente apropriada, ela deve dar-se de forma mais racional e fundamentada. Deve-se adotar a premissa de que quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto".
Daniel Sarmento

LINDB, art. 4º. "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Como se verifica este 'tipo penal'?" Se a resposta puder ser empiricamente comprovável, poderá ser considerada semanticamente legítima, preenchendo o requisito do 'princípio da estrita legalidade'; caso contrário, sua impossibilidade cognitiva leva à sua deslegitimação. Mesmo que estejam previstos formalmente em lei, são 'pseudo-tipos penais' porque se não submetem à condição preestabelecida de atribuição do 'valor verdadeiro/falso'. Diferentemente do *empirismo científico geral*, no aplicado ao Direito Penal, a possibilidade de *verificação* deverá ser em sentido *empírico*.

"Juicio de vigencia es aquel que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario; y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad."
José Luis Serrano

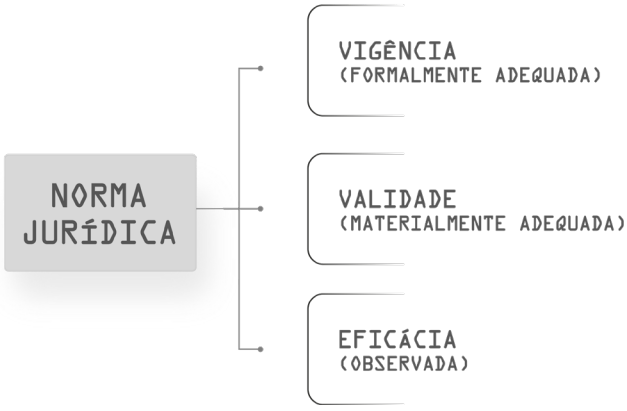
problemáticos (incorporados normativamente ao sistema jurídico como fundamentais à juridicidade);

4) Princípios e Regras: A distinção entre **Princípios** e **Regras** é ao mesmo tempo controversa (*Robert Alexy*, *Ronald Dworkin*, *J.J. Canotilho*, dentre outros) e importante. Prevalece a distinção entre **Princípios** (normas dotadas de abstração e generalidade que fundamentam as regras jurídicas e servem de condição contribuinte – explicam, justificam – a interpretação do Direito) e **Regras** (normas dotadas de condição suficiente à aplicação da consequência jurídica);

5) Fonte Constitucional: Do ponto de vista normativo, os princípios são os decorrentes da Constituição (Devido Processo Legal) e da legislação, sem a possibilidade de criação/invenção de princípios pela doutrina e/ou jurisprudência;

6) Validade, Vigência em *Luigi Ferrajoli*: Mantido o ponto de vista interno ao Direito, *Ferrajoli* distingue vigência (aspecto formal) de validade (aspecto material) das normas jurídicas: são **vigentes** (ou de validade meramente formal) quando editadas na conformidade do processo legislativo, isto é, com o devido fundamento de vigência, aferido em face da norma superior, reservando ao termo **validade** ao atributo da pertinência material com as normas situadas no nível superior, transbordando a filiação meramente formal, típica do paradigma *kelseniano*. A **eficácia** é vinculada à observância. Para fins operacionais, a partir das distinções de Luigi Ferrajoli, sobre os atributos da norma jurídica (vigência/formal, validade/material e eficácia/observância), podemos ter a norma jurídica:

> VISÃO GARANTISTA



C – Controvérsia:

1) Uso Oportunista dos Princípios: A ausência de sentido compartilhado sobre o lugar e a função dos princípios tem sido instrumentalizada pelo comportamento **oportunista**, pelo qual, com a

invocação ou mesmo a criação de "princípios oportunistas", "explodem" os limites das regras jurídicas. A luta pelo sentido muitas vezes se vale da abstração constitutiva dos princípios para capturar um sentido oportunista;

2) Princípios Fecham o Sistema: Os princípios jurídicos servem para podermos **fechar** o sistema quando houver necessidade de invocação no caso concreto, muito em decorrência da nossa legislação desatualizada e assistemática, com regras colidentes e inconciliáveis. A dita "cláusula genérica" dos princípios tende a desvalorizar o sentido das regras jurídicas, obscurecidas em nome do "charmoso princípio" que se quiser invocar para superação da regra cogente.

"Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma condita considerada abusiva, recorre-se à fórmula "à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade", o ato deve ser considerado inconstitucional, a exemplo da decisão da liminar no sempre citado HC 76.060-4". **Luiz Virgílio Afonso da Silva**

D – Estratégia:

1) Definição e Nexo entre o Princípio, o Raciocínio e o Caso Penal: Se a postura do agente que invocar o princípio for de boa-fé, explicite (sem tom professoral, por evidente) o lugar e as funções dos princípios e das regras, retrocedendo até a Constituição e/ou o Bloco de Constitucionalidade, para poder delimitar a "filiação" do "princípio invocado" na estrutura normativa do Direito, convidando-o à construção da definição robusta, pela qual se situe a abrangência do conteúdo e as justificativas para superação das regras, nos termos do art. 315, §2º, do CPP c/c art. 498, § 2º, do CPP. Se o agente estiver de má-fé (**oportunista**), em geral, dará resposta tautológica (é porque é), não aceitará argumentar ou desqualificará o interlocutor, porque, no fundo, é uma artimanha exclusivamente retórica e/ou falaciosa. Os mais sofisticados podem invocar fundamentação complexa para o fim de obscurecer o decisionismo que lhe é peculiar (uso *fake* dos princípios). Dominarmos as categorias e as múltiplas compreensões sobre Princípios e Regras reduz as possibilidades de sermos manipulados;

"São por isto maus psicólogos (e portanto maus jogadores da partida judiciária) aqueles advogados os quais, não sabendo renunciar o gosto de colocar em operação o seu exasperante virtuosismo profissional ou de ostentar em audiência a sua superioridade professoral, não se apercebem que deste modo prestam um mau serviço ao seu cliente, porque indispõem o juiz e o colocam, sem que ele mesmo se dê conta, a considerar sobre má luz todas as razões, mesmo que sérias e fundadas, que vêm daquela parte (por isto, os clientes, quando escolhessem um defensor para si, fariam bem em ter cuidado não somente com aqueles muito ardilosos, mas também com aqueles muito valorosos!)." **Piero Calamandrei**

2) Distinção Vigência, Validade e Eficácia da Norma Jurídica: Além disso, dominarmos a distinção entre **vigência**, **validade** e **eficácia** da norma jurídica é condição de possibilidade à discussão das disposições do processo penal, assim como a noção de "justificação da norma" (*Frederick Schauer*, adiante);

3) Sistema Garantista: O **Sistema Garantista** pode ser utilizado como parâmetro de atuação, embora sofra muito preconceito, principalmente pelos que não entenderam a sua função de legitimidade.

4.4 Justiça Negocial e Justiça de Mérito: Entre o *Standard* e o *Privilégio*

A – Definição:

O Dispositivo do processo penal opera em duas frequências (Justiça de Mérito e Justiça Negocial), a partir do pano de fundo pragmático, com a

distinção entre Normas Constitutivas (*standard*) e Normas Regulativas (Privilégios).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) O Dispositivo Ambivalente (As Frequências Processuais: Mérito e Negocial): O CCP de 1941 somente aceitava a atribuição de responsabilidade penal por meio de sentença condenatória, sem espaço para Justiça Negocial. A incorporação de novos institutos importados do ambiente do *Common Law*, associada à redução de custos decorrentes da imposição de pena "sem processo" e ao enfrentamento da "criminalidade organizada", dentre outros fatores, apontam não ser mais possível a leitura orgânica, coerente e coesa do processo penal brasileiro. Além da inexistência de Sistema Puro (acusatório ou inquisitório), o "estado da arte" nos exige distinguir as "frequências processuais" (metáfora equivalente ao dial do rádio: AM e FM), isto é, "agregar" os elementos da "**Frequência de Mérito**" e os da "**Frequência Negocial**". Precisaremos organizar e situar os institutos, os conceitos, porque a depender do **contexto** em que serão empregados, ganham diferentes contornos, até mesmo incompatíveis. O perigo é o de confundirmos as coordenadas e agirmos fora da "frequência correta";

2) Direitos e Normas Processuais: *Standard* e Privilégio: A tradição *Civil Law*, em geral, atribui às normas processuais o *status* de Direitos Fundamentais (inalienáveis, inegociáveis e indisponíveis), impedindo que o acusado, titular do direito subjetivo ao processo, possa dispor, renunciar ou negociar o conteúdo das normas tanto **Constitutivas** (*standard*) quanto **Regulativas** (privilégio). Por força da inserção de mecanismos típicos da lógica da *Commow Law*, em que a liberdade autoriza, preenchidos certos requisitos, a disposição, renúncia ou negociação de direitos por parte dos investigados/acusados, a distinção entre normas **Constitutivas** e **Regulativas** precisa ser assimilada, como demostra João Gualberto Garcez Ramos. As normas **Constitutivas** do processo penal (Jurisdição, órgãos, linhas gerais etc.) não podem ser renunciadas, porque não são privilégios dos agentes, enquanto as normas **Regulativas** (direitos subjetivos ao processo) autorizam a disposição/renúncia dos agentes, especialmente para os fins de obtenção de consenso. O **Dispositivo** do processo penal passou a ser conformado pela distinção entre: **a) Normas Constitutivas (*standard*),** entendidas como as que estruturam e definem os institutos e elementos da Jurisdição Penal (ação penal, regime probatório, regras de competência, direitos e deveres processuais etc.) em que não há margem de disposição por parte dos agentes processuais; e, **b) Normas Regulativas (Privilégios)**, consideradas as que atribuem direitos subjetivos (privilégios) exclusivamente em favor do investigado/acusado e de que podem ser "desistidas", diante da prevalência da liberdade e autonomia de escolha (desde que assistido por defensor);

Ao conferir um direito, ou privilégio, ou prerrogativa, ao imputado, reconhecem que um certo mandamento foi concebido no seu estrito interesse. Em outras palavras, reconhecem que o enunciado é programático, que o sistema de justiça criminal pode 'viver' sem o respeito a ele, se for da vontade do imputado dele abrir mão. A essa característica da faculdade, ou direito, se chama de 'desistibilidade' (*waivability*). No segundo caso: "estabelecem um *standard*, os princípios alicerçam o próprio sistema de justiça criminal. Com isso, o mandamento é absoluto; não pode ser afastado, porque constitui a estrutura do próprio sistema. Se for violado, configurar-se-á uma verdadeira e própria infração ao princípio *standard* do devido processo legal".
João Gualberto Garcez Ramos

3) Pano de Fundo Pragmático: A noção de verdade é distinta nas tradições da civil e da *Common Law*. Enquanto a tradição da *Civil Law*, em geral, acredita na "verdade como correspondência", a ser descoberta pelo processo penal (sujeito/objeto, pelo véu da linguagem), a tradição da *Common Law* (a partir do modo pragmático de fazer filosofia: *Willian James, John Dewey, Charles Pierce, Richard Rorty*, dentre outros) aceita a "verdade consensual", atribuída por um auditório situado no tempo e no espaço, sem pretensão de perenidade, nem de "descoberta" de essências, porque adotam o critério da "utilidade das descrições" e as "relativas dificuldades de obtenção de consenso".

"[...] eles estão tentando se desvencilhar das influências dos dualismos metafísicos típicos, que a tradição filosófica ocidental herdou dos gregos: as distinções entre essência e acidente, substância e propriedade, aparência e realidade. Eles estão tentando substituir as visões de mundo engendradas com o auxílio dessas oposições gregas, pela visão de um fluxo de relações em contínua mudança, relações sem termos, relações entre relações". **Richard Rorty**

"Nós, antiessencialistas, tentamos substituir a imagem da linguagem como um véu que se interpõe entre nós e os objetos, pela imagem da linguagem como uma maneira de encaixarmos os objetos uns nos outros". **Richard Rorty**

"Contudo, eles concordavam ainda que 1. Embora a experiência seja o fundamento do conhecimento, a mente transforma a experiência em objeto de conhecimento; 2. A transformação da experiência visa a apaziguar a dúvida, etapa preparativa de uma ação com vistas a um fim específico; 3. Como a mente visa a uma crença prática, a transformação que ela faz da experiência é guiada pela atividade experimental; 4. O processo experimental de criar crenças sólidas pode ser logicamente avaliado com base em sua função de nos possibilitar prever confiavelmente e controlar o nosso ambiente". **John R. Shook**

Assumimos que o nosso **Dispositivo Decisório** "conforma" e é "conformado" pelas teorias operantes, no caso, filosóficas, que nos ensinaram a descobrir a "essência" das coisas, enfim, "a verdade" dos fatos e das normas. Tanto assim que alguns agentes ainda acreditam ingenuamente que "interpretar" é descobrir T"a verdade escondida no texto". A concepção pragmática parte do "**deflacionismo da verdade**" (antiessencialista), a saber, não conseguimos "descobrir o mundo como ele é", porque temos apenas e nada mais do que uma metodologia capaz de atribuir o predicado "verdadeiro" em face das evidências aceitas pelo auditório (situado no contexto do espaço/tempo). A "*verdade sem correspondência com a realidade*" é a afirmativa de *Rorty* para descrever a pretensão do *pragmatismo* de, aproveitando a *viragem linguística*, proporcionar à linguagem o merecido lugar de destaque. O mundo não é mais de dualismos *platônicos*: *essência e acidente, substância e propriedade, aparência e realidade*, mas de contínuas mudanças relacionais, movimentados no campo da linguagem, sem a pretensão de representação. O *antiessencialismo* constitui-se na proposta de *aterrar* a distinção entre *intrínseco* e *extrínseco*, *essência* e *matéria* e se livrar das preocupações sobre os métodos capazes de articular uma linguagem possível de desnudar a realidade. Será perante auditórios temporais que se procedem justificações, sem que sejam eternas, primevas, fundantes, já que o "tempo" será o fixador das *verdades*. As futuras audiências (com outras demandas) poderão exigir novas condições, momento em que a *verdade* de então, será ultrapassada**.** A única coisa que pode ser conhecida sobre o objeto restringe-se ao fato de que as "sentenças" que lhe digam respeito podem ser verdadeiras. A descrição do objeto apenas pode atribuir-lhe propriedades relacionais. Somente relacionando os substantivos com os adjetivos, predicados e verbos é que se pode atribuir significado às proposições.

"A forma contemporânea, linguistificada, da resposta de Berkeley é: tudo o que sabemos sobre essa mesa sólida, substancial – sobre a coisa que se relaciona, em oposição às suas relações – é que certas sentenças a seu respeito são verdadeiras. É o caso, por exemplo, das seguintes sentenças: esta mesa é retangular, é marrom, é feia, foi feita de uma árvore, é menor que uma casa, é maior que um rato, é menos luminosa que uma estrela, e assim por diante". **Richard Rorty.**

Substituída a *verdade essência* pela *utilidade relacional*, sem distinguir as relações e as coisas relacionadas que, para os *essencialistas*, seriam diversas, podemos entender mais facilmente "como" no ambiente da *Common Law* se pode assumir a responsabilidade penal por consenso/acordo (*plea bargaining*), além de nos servir de chave interpretativa sobre o

"Pode-se, então, inferir daí que falar algo sobre a verdade não diz respeito a tarefas epistemológicas nem traz resultados metafísicos, mas diz respeito a tarefas de observação da comunicação entre falantes, da possibilidade de tradução, da observação do uso do termo 'verdadeiro'. Esse clima deflacionista é o que alimenta a posição de Rorty, para quem o que se pode dizer da verdade não é nada metafísico e/ou essencialista, de modo que devemos nos limitar a elencar apenas os usos do predicado-verdade na sua facilitação da comunicação entre os falantes". **Paulo Ghiraldelli Júnior**

lugar de destaque das provas e da argumentação nos julgamentos penais (a verdade é antiessencialista).

O modo como a verdade é estabelecida (por descoberta/essencialista ou por consenso/antiessencialista) "conforma" o **Esquema Decisório** dos agentes processuais e, no caso brasileiro, tende a gerar verdadeiro curto circuito cognitivo, porque são coordenadas distintas e inconciliáveis;

4) *Plea Bargaining* e Justiça Negocial: O acolhimento de espaços de consenso no processo penal não pode ser equiparado ao *plea bargaining* americano. O traço comum é o de ampliar os espaços de consenso, em que são estipulados preços (pena) em troca de não ser processado, na lógica do "ganha-ganha". Compreender o modelo de barganha no processo penal precisa, ainda, do **Teorema de Coase**, segundo o qual a propriedade de direitos e o custo de transação zero levariam à eficiência, independentemente da alocação final dos bens/direitos. Assim é que, em face de direitos de propriedade definidos (o que pode ser negociado e o titular), a negociação entre as partes sempre levará a uma solução eficiente. O Teorema de Coase demonstra que se houver possibilidade de negociação, com direitos de propriedade assegurados, o resultado será melhor. Entendido o direito ao processo penal como propriedade/privilégio do acusado e, portanto, negociável, abre-se um novo horizonte de consenso, diverso do modelo anterior, em que a culpa exigia decisão judicial com trânsito em julgado, a saber, era o juiz que estabelecia a culpa, enquanto agora ela é negociada no mercado do processo penal. Adiante vamos trabalhar os institutos brasileiros. No momento vamos destacar que a Justiça Penal Negocial é meio de aceleração da "aplicação de pena imediata", de redução de custos, de mitigação da rivalidade com outros casos penais, enfim, de eficiência do Sistema Penal, com os riscos ampliados do comportamento **oportunista**. No ambiente americano, estima-se que o *plea bargaining* é aplicado a mais de 90% dos casos penais, sem que se tenha transparência acerca do "modo" como a negociação do acordo acontece. O investigado, assistido pelo advogado, pode: **a) confessar** a culpa (*plead guilty*); **b) negar** a culpa (*not guilty*); e, **c) não se defender** (*no contest, nolo contendere*). Nas hipóteses de "confessar" e "não querer se defender" (para não assumir os danos cíveis), abre-se caminho para a barganha, com negociação sobre o conteúdo da acusação e da pena. O nosso erro de abordagem é o de acreditar que a importação do modelo negocial acontece de modo automático, simplesmente pela transposição ao contexto brasileiro. Precisamos de novos pressupostos para compreensão, especialmente no tocante à distinção entre "normas *standard*" e "privilégios" e ao pano de fundo pragmático;

"A bem dizer, só nos filmes policiais é que o processo penal norte-americano encontra seu ponto culminante na sessão de julgamento, com a carga de dramaticidade que tanto emociona as plateias: a realidade quotidiana parece bem menos espetacular". **José Carlos Barbosa Moreira**

"Há mais de três décadas que se sabe que aproximadamente 90 por cento dos arguidos (ou mais, em algumas jurisdições) que são condenados optam por se declarar culpados sem sequer chegarem a ir a tribunal (Alschuler 1979, Heumann 1978). Esta decisão poupa ao Estado o trabalho de ter de nomear um júri e levar a cabo um julgamento que, muito provavelmente, seria moroso. De facto, se um terço sequer daqueles que estão presos pedisse ou exigisse um julgamento com um júri, o sistema ficaria congestionado durante décadas. Por isso, o acordo entre as partes (*plea bargain* – o acordo entre as partes ou acordo de sentença tende a ser associado a sistemas de justiça tipo adversarial e, geralmente, envolve a admissão da culpa por parte do acusado em troca de um tratamento mais favorável pelo tribunal, por exemplo, na redução da pena) é uma espécie de pacto com o Diabo, algo de que todos os que fazem parte do sistema de justiça criminal têm perfeita consciência". **Helena Machado e Barbara Prainsack**

Custo de transação: são os custos do processo de transação atribuídos às partes (custo da transação + custo do processo + custo de oportunidade: custo total). Agregado de custos (negociar e garantir o cumprimento do contrato). O **Teorema de Coase** (firmado por *George Stigler*) significa assegurar ao titular de um recurso (bem ou direito) o livre exercício de um conjunto de direitos contra a interferência de outros agentes. Reduz-se a incerteza, amplia-se a confiança, a previsibilidade e as garantias de cumprimento. O pressuposto é o de que se os custos de transação forem iguais a zero ou irrelevantes, as partes chegarão a um acordo (barganha-transação).

"Custos de transação iguais a zero pressupõe uma situação de informação perfeita e acessível sem custo para as partes; um direito de propriedade completo e bem definido, que não permita expropriações por terceiros e corresponda a toda extensão do bem; racionalidade perfeita ou substantiva; concorrência perfeita". **Vinícius Klein**

C – Controvérsia:

1) Melhor Direito: Coexistem, atualmente, duas frequências de processo penal, com incongruências marcantes, incapazes de formar um sistema coerente e consistente. São tantos institutos incompatíveis com a

nossa antiga maneira de pensar que, atualmente, diante da profusão de fontes e tradições, encontramos sérias dificuldades no cotidiano forense, pelo uso aleatório de referenciais. Propomos situar a discussão pela lógica do "melhor Direito", pela qual a leitura deve sempre escolher a opção que amplie garantias individuais;

D – Estratégia:

1) Definir a Frequência: Diante da existência de duas frequências do processo penal (Justiça de Mérito e Justiça Negocial), devemos dominar as categorias básicas e desenvolver novas habilidades negociais. Antes de planejarmos as ações, precisarmos determinar "de qual processo penal estamos falando no contexto situado".

4.5 Economia da Confiança e a Desconfiança no Processo Penal



A – Definição:

A "Economia da Confiança e da Desconfiança" (*Scott Shapiro*) consiste na distribuição, gerenciamento e controle dos limites e critérios das decisões dos agentes processuais, com o fim de conferir eficácia ao planejamento geral e coletivo, evitando o comportamento oportunista (em que as preferências do agente prevalecem sobre as públicas).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Economia da Confiança: Assumimos a perspectiva de *Scott Shapiro*, no sentido de que o planejamento de nossas vidas individuais e coletivas é necessário à **estabilidade dos padrões de comportamento**, porque não podemos, a cada decisão, exigir a avaliação de todos os aspectos incidentes e necessários à deliberação. Ao mesmo tempo em que planejamos as nossas decisões na vida privada, o Estado (pelo agregado de preferências, limitadas ao campo Parlamentar: morais, éticas, econômicas etc.), estabelece referenciais de orientação por meio de normas de conduta que limitam tanto o espaço privado, quanto o público (proíbem, obrigam e autorizam ações). Para conferir eficácia do planejamento geral e coletivo, o Estado criou Instituições e mecanismos, operados por agentes humanos, dentro do enquadramento normativo, por meio da "distribuição de confiança e da desconfiança". A **Economia da Confiança** procura gerenciar e controlar a adjudicação do poder estatal por agentes, evitando o comportamento **oportunista** (em que as preferências do agente prevalecem sobre as públicas). O aparato normativo impõe critérios decisórios que podem não convergir com os privados, prevendo instrumentos formais de alteração, sem que o aplicador possa rejeitar, sem fundamentação adequada e interna ao Direito, as consequências normativas (excluída, portanto, a

pretensão de "correção moral" individual do agente). Do contrário, a cada atribuição de sentido, a premissa de estabilidade estaria violada;

2) Estabilidade e Previsibilidade: A característica constitutiva do Direito é a de conferir **estabilidade** e **previsibilidade** às relações humanas. O compromisso do Agente Racional é o de implementar o planejamento geral estatal de forma adequada, sob pena de não fazer sentido o próprio Direito (estamos falando de produção democrática e não autoritária). Também assumimos a complexidade de adjudicação de sentido, por meio de mecanismos (**Teoria da Derrotabilidade**, controle de constitucionalidade/ convencionalidade, LIND, arts. 20-24 etc.), situados no espectro interno ao Direito, em que as consequências (de primeira e segunda ordem) podem ser avaliadas (aderência à "justificação da norma" em *Schauer*, por exemplo, ou ainda as externalidades da decisão; *overflowing*). A "distribuição de confiança" aos agentes públicos deve evitar arroubos subjetivos e a improvisação de critérios decisórios. Por via de consequência, o denominado "livre convencimento" é mal assimilado por boa parcela dos agentes, já que, no limite, significa a ausência de tarifação probatória, sem que jamais autorize a violação das fronteiras normativas (ainda que os motivos possam ser "bons"). A legítima expectativa de comportamentos decisórios dos agentes processuais se inscreve no quadro do Estado Democrático de Direito;

C – Controvérsia:

1) O Modelo Duncan Kennedy: Membro do Movimento *Critical Legal Studies* (CLS), *Duncan Kennedy* propõe uma tríplice tipologia de juízes americanos, cuja estrutura aproveitaremos para analisar o **contexto** do Processo Penal. A partir da posição ideológica do julgador (qualquer que seja, porque juiz pode ser no máximo imparcial; neutro ideologicamente é ilusão), aponta as possíveis estratégias argumentativas. A decisão tomada no **Contexto de Descoberta** precisa de "seleção" dos argumentos no **Contexto de Justificação**. *Duncan Kennedy* afirma ser sempre possível ao julgador adotar uma atitude estratégica para com os materiais disponíveis, fazendo com que pareçam algo distinto do que em princípio pareciam significar, ou mesmo emprestar novos significados dentro de um enquadramento ideologicamente orientado, rearticulando a maneira como são apresentados. Além dos declaradamente ideológicos, estabelece 3 (três) outros modelos: **a**) **Julgador Ativista** (Restringido); **b**) **Julgador Mediador**; e, **c**) **Julgador Bipolar**;

"Um primeiro problema é que, frente a um mesmo caso, os juristas têm distintos enfoques se adotarem distintos modelos. Por exemplo, quem é protecionista decidirá de modo diferente de quem é consequencialista; quem tem uma visão baseada no acesso aos bens será permeável a decisões que serão rechaçadas por quem o ignore. A questão é que o jurista transformou-se em um militante de verdades parciais, que não logra compreender a globalidade".
Ricardo Luiz Lorenzetti

2) O Modelo Richard Posner: A partir do debate situado entre as posturas "pragmática" e "legalista", também no ambiente americano, *Richard Posner* aponta 9 (nove) teorias explicativas do comportamento judicial em face da concepção política/ideologia adotada pelo julgador: **a) atitudinal**; **b) estratégica**; **c) sociológica**; **d) psicológica**; **e) econômica**; **f) organizacional**; **g) pragmática**; **h) fenomenológica**; e **i) legalista**;

"Segundo o pragmatismo (teoria pragmática), Posner afirma que, para compreendermos o resultado das decisões judiciais, teremos que considerar o fato de que juízes, muitas vezes, estão mais atentos, segundo um raciocínio utilitário, às consequências de sua decisão do que propriamente a um puro raciocínio jurídico que vincularia as conclusões de seu pensamento às premissas existentes e tomadas no caso concreto. A teoria fenomenológica, por sua vez, é uma ponte da teoria pragmática para teoria legalista. Ela estaria atenta à imagem que o magistrado constrói de si mesmo. Com isso, Posner é da opinião de que o magistrado pragmático será mais honesto do que o magistrado que se afirma legalista. O pragmático, segundo Posner, admite que toma em consideração outros aspectos (como as consequências de suas decisões) e não apenas a pura expressão da lei, enquanto o legalista se enganaria ao acreditar que apenas aplica a lei ao caso concreto (*the rule of law*)."
Néviton Guedes

3) Divergência Democrática: Atribuir o sentido normativo em contextos dependerá dos critérios escolhidos, internos ou externos ao Direito. Teremos diversas leituras possíveis do mesmo material, desde que debatidas, argumentadas, a partir de critérios internos ao Direito (sem a pretensão de correção moral das normas). O perigo (alternativa) seria a leitura única, típica dos totalitarismos. O problema é a interpretação de má-fé, manipuladora, **oportunista**, quer por dolo ou culpa. Alguns fingem que as normas não existem, enquanto outros nem sabem como operar validamente o aparato normativo, a saber, as regras de validade, vigência, preenchimento de lacunas, uso de analogia e de conflito de normas. A ignorância e/ou a má-fé são variáveis a se levar em conta. Em geral, não se trata de argumentar para estabelecer sentido. Trata-se de "impor pela força" (ou mesmo por meio de "teorias complexas despistadoras") o sentido que se defende, sacrificando a confiança atribuída e o dever de *accountability*;

"Obviamente que a crítica ao consequencialismo não significa a defesa de supressão da via processual para a obtenção de direitos fundamentais. Pelo contrário, o que se quer é que juízes e demais atores processuais trabalhem em conjunto e estejam preparados para a realização de direitos e garantias processuais discursiva, de forma que a decisão obtida no processo seja a mais acertada possível, depois de exaustivo debate que permitirá a adequada construção (fática e jurídica) do caso por meio das provas produzidas com o maior grau de probabilidade possível, observando-se a imparcialidade e a equidistância na valoração". **Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron**

"O julgador é o construtor das decisões, mas não possui liberdade para efetuar a 'escolha dos materiais'". **Victor Gameiro Drummond**

D – Estratégia:

1) Definir o Perfil do Julgador: As múltiplas compreensões das normas processuais estão para além da boa-fé. Existem temas em que a controvérsia é legítima, porque debate critérios jurídicos, enquanto outras são infundadas, pela inserção de critérios externos, não raro pelo uso de falácias. Em decorrência de "forçamentos interpretativos oportunistas" de todas as colorações ideológicas, as expectativas de comportamento decisório podem estar mitigadas no **contexto**. Precisaremos definir o perfil do julgador;

"Uma análise crítica necessita sair da epistemologia da teoria do Direito, ir à filosofia, à psicanálise, à história, à economia, à ideologia, à teoria do poder, enfim, precisa sair da dogmática para demonstrar os interesses latentes nessa mesma dogmática, comumente encobertos sob o manto do discurso científico. A dogmática jurídica se apresenta como ciência, mas é um arcabouço de argumentos para legitimar a regulação do poder vigente, sua forma de produção e distribuição". **Lédio Rosa de Andrade**

2) Planejar a partir da Boa-fé: Existem diversos temas controvertidos no processo penal, em que a atividade argumentativa deve se pautar pela expectativa justa e legítima de que os agentes processuais operem dentro dos critérios do Direito, tendo em vista a atividade pública que desempenham. Sempre será necessário atribuir, antecipadamente, "de qual processo penal estamos falando", no contexto situado, a partir dos agentes com poder decisório. Em qualquer caso, devemos buscar a prevalência do Princípio da Confiança, sem perder de vista a atuação firme contra os comportamentos oportunistas.

4.6 Sistemas Processuais: Inquisitório e Acusatório

A – Definição:

Sistema Processual é o conjunto de elementos articulados a partir de um princípio unificador, capaz de organizar, limitar e orientar a aplicação dos elementos que o compõem. Divide-se historicamente entre Inquisitório e Acusatório.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Sistemas Inquisitório e Acusatório: A definição de **Sistema** decorre da existência de um princípio unificador, capaz de conferir organicidade aos elementos constituintes, não se podendo admitir a coexistência de *princípios* (no plural) na origem do sistema (*kantiano*). Dois modelos históricos rivalizam: **a) Inquisitório**; e, **b) Acusatório**. Os Sistemas concretos dos países integraram elementos de ambos os modelos, ao preço da incoerência e inconsistência, já que não se pode aceitar a existência de "Sistema Misto", por ser uma contradição. O processo penal brasileiro é um *mix* desprovido de organicidade, com dispositivos conflitantes e muita divergência interpretativa. O resultado é a ampliação do comportamento oportunista e da ausência de previsibilidade de comportamento dos agentes processuais. Também por isso, adotamos a noção de **Dispositivo** e não mais de **Sistema**. *José Antônio Barreiros* apontou as características básicas de cada Sistema:

INQUISITÓRIO	ACUSATÓRIO
a) o julgador é permanente	**a)** o julgador é uma assembleia ou corpo de jurados
b) não há igualdade de jogadores, já que o juiz investiga, dirige, acusa e julga, em franca situação de superioridade sobre o acusado	**b)** há igualdade dos jogadores, sendo o juiz um árbitro sem iniciativa investigatória
c) a acusação é de ofício, admitindo a acusação secreta	**c)** nos delitos públicos, a ação é popular e nos privados, de iniciativa dos ofendidos
d) é escrito, secreto e não contraditório	**d)** o processo é oral, público e contraditório
e) a prova é legalmente tarifada	**e)** a análise da prova se dá com base na livre convicção
f) a sentença não faz coisa julgada	**f)** a sentença faz coisa julgada
g) a prisão preventiva é a regra	**g)** a liberdade do acusado é a regra

2) A "Gestão da Prova" como Critério de Distinção: A determinação da responsabilidade penal depende da atribuição de culpa, por meio do processo penal, entendido como o modo pelo qual o Estado organiza o "conhecimento sobre os fatos" e a "aplicação do Direito". No **Sistema Inquisitório** o **Princípio Inquisitivo** condiciona os demais elementos, enquanto no **Sistema Acusatório** é o **Princípio Dispositivo** que organiza a estrutura. Além da "oralidade", acolhemos a "**gestão da prova**" (iniciativa probatória das partes e/ou do julgador), na linha de *Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, como o critério decisivo à distinção entre os Sistemas. No modelo **Inquisitório** o juiz congrega, em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção, enquanto no **Acusatório** essa responsabilidade é dos jogadores, sem que possa exercer papel de protagonismo. No **Inquisitório** a liberdade do condutor do feito na sua produção é praticamente absoluta, ao tempo que no **Acusatório**, a

regulamentação é precisa, evitando que o juiz se arvore num papel que não é seu (ônus da prova da acusação);

3) Processo Penal Brasileiro: O CPP em vigor é o de 1941, em contexto histórico, constitucional, social e institucional diverso. A Exposição de Motivos do CPP/41 (vale conferir) deixa clara a escolha política pelo processo penal autoritário (de inspiração *fascista*), com limitações defensivas e acolhimento de conceitos ultrapassados (verdade real, atividade probatória pelo Juiz, nulidade relativa etc.). A Constituição, o Bloco de Constitucionalidade e as decisões das Cortes de Direitos Humanos invalidaram boa parte de suas disposições, para o fim de promover efetivo mecanismo de garantia, no máximo de paridade de armas, em contraditório e ampla defesa. O exercício da cidadania e da exigência de Direitos também se ampliou. Novos institutos foram "transplantados" para o ambiente processual, sem compatibilidade inquisitória (colaboração premiada, Justiça Negocial). O mais fundamental: as Instituições (Defensoria, Magistratura, Ministério Público e Polícia) ganharam autonomia e representatividade. Quando da edição do CPP/41, nem todas as comarcas eram providas de Delegados, membros do Ministério Público, Defensores ou mesmo Magistrados. Era comum a nomeação "*ad-hoc*" (inclusive sem formação jurídica adequada) de Promotores e Defensores, por parte de juízes (que respondiam, muitas vezes, por diversas unidades cumulativamente). Por esse motivo, diante da necessidade histórica de controle da "distribuição da (des)confiança", associada à lógica autoritária, foram inseridos dispositivos que mantinham o controle estatal (p.ex. recurso de ofício, atividade probatória ilimitada do juiz, rebaixamento das formas processuais, carta testemunhável). O contexto alterou-se significativamente, com carreiras consolidadas, representação efetiva em todas as unidades jurisdicionais, não mais se justificando a postura de "curador geral" e "protagonista" do juiz. O processo de partes (acusação e defesa), oral, em contraditório, atribui o ônus probatório ao Estado-Acusador, com julgamento por terceiro imparcial (Judiciário). A confusão de lugares e funções somente pôde ser mantida por inércia cognitiva (sempre foi assim; inércia), por má-fé (oportunismo no exercício da função judicial) ou por desrespeito ao Ministério Público (porque só é "curador" da atividade probatória quem acredita que o agente ministerial é incapaz e/ou incompetente). Impossível a observância da "Paridade de Armas" e da "Imparcialidade" quando dois podem acusar e, quem deveria limitar as partes, está associado ao escopo da acusação (existe, no limite, a atividade "complementar" excepcional do juiz; jamais de protagonismo – CPP, art. 212, parágrafo único);

4) O Pacote AntiCrime e o Sistema Acusatório: A discussão sobre a adoção do **Sistema Acusatório** remonta a Constituição da República de 1988, em que, segundo parte da doutrina, teria adotado esse modelo, em contraposição ao movimento de manutenção da lógica e práticas inquisitórias. A produção acadêmica e prática são amplamente

"Pois é justo a finalidade (sempre pela base Kantiana) que se define (ao depois) o princípio unificador. Ora, trabalha-se com dois sistemas processuais porque a busca do conhecimento tem se fundado seja nos juízes seja nas partes. No primeiro caso (a busca do conhecimento pelos juízes), a finalidade (re)significa o princípio unificador como princípio inquisitivo, razão por que aí se está a operar com um sistema inquisitório. No segundo caso (a busca do conhecimento pelas partes), a finalidade (re)significa o princípio unificador como princípio dispositivo (para alguns, princípio acusatório4 , em aparente confusão), razão por que aí se está a operar com um sistema acusatório"
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

"Menor não é a relação entre prova e Estado. Ela decorre da circunstância de que as práticas processuais são um fragmento das relações entre o indivíduo e o Estado. Como se sabe, a cada Estado corresponde um modelo processual: um Estado Totalitário tenderá a atribuir poderes ilimitados ao juiz, enquanto que um Estado Liberal tenderá a deixar o controle das provas inteiramente nas mãos das partes. Enfim, cada ordem processual, em cada país, constitui um sistema; cada um deles constitui um modelo processual que se caracteriza por marcantes notas específicas".
Danilo Knijnik

"Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despiciendo o órgão acusatório. O sério problema que surge – com certo ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas vai, depois, julgar, ou seja, acertar o caso penal".
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

CPP, Art. 3º - A. "O processo terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação".

rivais, sem que tenha conseguido, por isso, "performar" o dispositivo inquisitório. Ainda que o **Pacote AntiCrime** declare expressamente o modelo acusatório, o STF concedeu liminar ("esquiva hermenêutica") para suspender a eficácia do art. 3º (que declara a estrutura acusatória). Muito disso se dá para inconsistência e incoerência das novas disposições com o modelo de CPP (amplamente estruturado na sintonia inquisitória). O Brasil é uma ilha inquisitória no oceano acusatório da América Latina. A gigantesca e paulatina reestruturação operada em países latinos para o fim de criar as condições necessárias à implementação do modelo acusatório, no Brasil, submete-se a marcadores normativos contraditórios e incapazes de fomentar o passo acusatório. Por isso, podemos falar em "graus variados e dinâmicos" dos modelos inquisitório e acusatório, movidos por interesses e incompreensões as mais variadas. Com *Aury Lopes* Jr denominamos de "**Movimento de Sabotagem Inquisitória – MSI**" o comportamento **negacionista** do giro acusatório existente na Jurisdição Penal. É que alterações de tamanha magnitude, com avanços radicais, demandam pelo menos 4 (quatro) dimensões de abordagem: **a)** pressões normativas institucionais no sentido acusatório (nacionais e internacionais – CIDH, CEDH, CNJ, OCDE e GAFI)**; b)** forte movimento interno de insatisfação com o modelo inquisitório por parte do movimento democrático**; c)** consolidação de modelo alternativo progressivo de implementação acusatória, sem ataques subjetivos (aos inquisidores como errados, desatualizados etc., porque a estratégia consiste em promover o alinhamento acusatório "performando" a prática dos agentes, sem rivalidades irracionais)**;** e, **d)** releitura dos institutos de modo a compatibilizar o processo penal ao modelo acusatório e oral, com o uso de tecnologia. Enquanto não for produzida versão alternativa sistemática capaz de ser efetivada de modo claro e preciso, os debates internos permanecerão na lógica da rivalidade improdutiva. Sequer se trata de diálogo, mas de "vociferações" (Mauro Mendes Dias) de quem é melhor do que o outro, sem espaço de consenso. Há um movimento "entrincheirado" de ataque e revide de nada produtivo. De qualquer forma, as insatisfações recíprocas estão cada vez mais evidentes, com posições entrincheiradas, inclusive no STF. A capacidade de integração acusatória dependerá da atitude da Corte Suprema (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Desconsiderar o lugar do exercício do Poder e da função do maior órgão do Poder Judiciário brasileiro constitui-se como modalidade de "cegueira deliberada" dos mecanismos reais do jogo democrático;

"Sob estes modelos epistemológicos do processo, podemos descobrir formas de organização mais profundas vinculadas aos sistemas autoritários, que confiam em uma pessoa ou em algum grupo em particular para identificar o interesse comum ou os sistemas democráticos, nos quais a controvérsia, a discussão, o debate são o mecanismo mais confiável para encontrar esse mesmo interesse comum". **Alberto Binder**

"Acontece que, justamente por se tratar de alteração sistemática, o cuidado mínimo que se deve ter é com a alteração como um todo, e não em pontos cirúrgicos, deixando as indeléveis marcas de sistema jurídico incompatível vigente com as alterações propostas. [...] O que aqui se pretende é apenas ilustrar que o transplante jurídico não é, em si mesmo, o ponto da crítica. O problema reside na não convivência harmônica das normas que não são alteradas com o advento das reformas". **Renato Stanziola Vieira**

C – Controvérsia:

1) Efeitos do Pacote AntiCrime: A Lei 13.964/13 alterou significativamente o lugar, a função e o comportamento dos agentes processuais vinculados ao Estado, especialmente do juiz, inclusive cindindo as atribuições funcionais (Juiz das Garantias e Juiz do Julgamento), e do

Ministério Público, protagonista da investigação criminal, além de eleger a "oralidade" como o centro de gravidade das deliberações, evitando, ao máximo, as peças escritas. Também vetou atuações de ofício (CPP, art. 311);

2) A Resistência: Podemos invocar heurística dos "custos afundados", consistente no fato de se ter investido tanto tempo, esforço e práticas cotidianas inquisitórias, que somos incapazes de perceber que chegou o momento de mudar o rumo. A aposta acusatória exige a postura ativa contra as práticas autoritárias/inquisitórias, apontando as incoerências e inconsistência dos "raciocínios seletivos" empregados, na linha da "Democraticidade" (*Rui Cunha Martins*);

"Em bom rigor, o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só 'princípio unificador': a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o modelo democrático. Dizer 'democrático" é dizer o contrário de 'inquisitivo', é dizer o contrário de 'misto" e é dizer mais do que 'acusatório". Inquisitivo, o sistema não pode legalmente ser; misto também não se vê como (porque se é misto haverá uma parte, pelo menos, que fere a legalidade); acusatório, pode ser, porque se trata de um modelo abarcável pelo arco de legitimidade. (...) Encarada deste prisma, a eleição para um princípio de um valor tão óbvio como "democraticidade" quer dizer, nem mais nem menos, a obrigatoriedade de manter sempre em aberto uma questão a formular (...): é este mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo for, compaginável com o cenário democrático-constitucional regente do próprio sistema em que ele se insere?"
Rui Cunha Martins

D – Estratégia:

1) Esquiva "*Walking Dead*" do "Movimento da Sabotagem Inquisitória": O nosso convite serve a os que desejam implementar e sobreviver no modelo acusatório, cuja alteração não se pode dar em face de velhos conceitos, justamente porque se tornaram anacrônicos, gerando vieses que impedem sua devida compreensão. Cuida-se de modalidade de **Cegueira Deliberada** dos pressupostos do sistema eminentemente acusatório, pelo qual os agentes processuais conscientemente projetam/fingem o desconhecimento acerca da significativa alteração das balizas do processo penal, para o fim de manter as velhas práticas (com uso de "esquivas hermenêuticas). Com *Aury Lopes* Jr escrevemos sobre a hermenêutica "*Walking Dead*", consistente no comportamento de membros do "Movimento da Sabotagem Inquisitória" (MSI) de se valerem das aparentes antinomias das reformas parciais, em especial, da não revogação expressa de dispositivos logicamente incompatíveis com o conteúdo dos novos artigos, aproveitando os dispositivos "zumbis" (mortos-vivos), reanimados pelo elixir mágico do princípio inquisitório. Afinal de contas, como justificar a inconstitucionalidade da decisão do Parlamento em declarar que o modelo processual penal é acusatório? Nenhuma plausível;

2) Comportamentos Judiciais Vedados: Diversos dispositivos do CPP devem ser relidos, valendo destacar, a impossibilidade de: **a)** iniciar a ação penal de ofício; **b)** promover diligências não requeridas pelas partes; **c)** formular perguntas às testemunhas/informantes, salvo esclarecimentos que respeitem as linhas já abertas pelos jogadores acusação/defesa (CPP, art. 212); **d)** condenar sem requerimento expresso acusatório (CPP, art. 385); **e)** modificar a imputação penal de ofício, salvo no limite da leitura conforme a Constituição (CPP, arts. 383-384); **f)** decretar prisão sem requerimento do jogador acusador (CPP, art. 311); **g)** recorrer de ofício (CPP, art. 574); **h)** invocar o poder geral de cautela para deferir medidas não requeridas.; e**, i)** se valer (cinicamente) da alegação de que está produzindo prova defensiva, porque não se exige "dúvida qualificada" (o drible autoritário da "razão cínica" consiste em quebrar o sigilo telefônico, fiscal etc. para "ajudar" a defesa);

3) Definir o Padrão do Julgador: Será importante definir a orientação Acusatória/Inquisitória do Julgador porque pode antecipar os possíveis comportamentos, especialmente na gestão da prova. Em geral, os julgadores não sabem sequer quais as características de cada Sistema, não se reconhecem como adeptos aos modelos e operam conforme às contingências (apresentam comportamentos processuais contraditórios). Na maioria dos casos são paradoxais e assistemáticos, agindo no *mix* de características aleatórias, conforme os contextos.



4.7 Devido Processo Legal Substancial

A – Definição:

Devido Processo Legal significa a garantia da vida, da propriedade e da liberdade dos afetados contra as ingerências ilegais, abusivas, desproporcionais do Poder Público, por meio do Princípio da Proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), nas dimensões processual e substancial (Processo e Direito Penal).

CR, art. 5º, LIV: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

"Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa". (Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. XI, nº1)

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Devido Processo Legal: A declaração de que a privação da liberdade ou dos bens depende do devido processo legal deve ser bem compreendida. A história e tradição do significante **Devido Processo Legal** é secular. Discute-se sobre o conteúdo do *devido processo legal*, pelo menos, desde a *Inglaterra* de João Sem Terra (1215)**.** Logo, parece abusivo e até ingênuo, apontar simplesmente que o *devido processo legal é o procedimento estatal para restrição de direitos*. Essa leitura desconsidera toda a discussão histórica, e por ela, quem sabe, possa se buscar uma chave de interpretação para o processo penal brasileiro. É justamente a partir da tríade – **vida, propriedade e liberdade** (*John Locke*) – que se deve estabelecer o impacto no processo penal. Muito se poderia discorrer sobre o devido processo legal (substancial). É controversa na doutrina a recepção do devido processo legal nos EUA. De qualquer sorte, a supremacia da Constituição é noção que fundamenta a possibilidade de controle de constitucionalidade. A Constituição de 1791 estabeleceu na 5ª Emenda**:** "*Nenhuma pessoa pode ser obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um Grande Júri, exceto em casos que surjam nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ou em tempo de guerra ou de perigo público. Nem se pode sujeitar qualquer pessoa, pelo mesmo crime, a ser submetida duas vezes a julgamento que lhe possa causar a perda da vida ou dano físico; nem será obrigada de forma alguma a depor contra si mesma, nem será privada de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem pode uma propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação*". Para os fins do Guia, adotaremos a noção

de que o **Devido Processo Legal Substancial** significa a garantia da vida, da propriedade e da liberdade contra as ingerências ilegais, abusivas ou desproporcionais do Poder Público, operando nas dimensões processual e substancial (Processo e Direito Penal)**.** Cuida-se da ampliação da tutela da vida, propriedade e liberdade, vinculada à tradição democrática, dentre elas a da proibição do *bis in idem*;

"O que é um processo justo? [...] Quais os critérios orientadores da determinação do carácter 'devido' ou 'indevido' de um processo? [...] As respostas – sobretudo as da doutrina americana – reconduzem-se fundamentalmente a duas concepções de 'processo devido' – a concepção processual e a concepção material ou substantiva. [...] A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas sobretudo a um processo legal justo e adequado, quando se trata de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos bens particulares. [...] O problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto – ou pelo menos não estaria exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado (privado da vida, da liberdade e da propriedade) por haver violado a lei, mas sim no facto de a lei poder ela própria transportar a injustiça privando uma pessoa de direitos fundamentais". **José Joaquim Gomes Canotilho**

João Gualberto Garcez Ramos aponta a confusão de sentidos sobre o mesmo significantes, dado o regime multifacetado do Sistema Judicial Americano, cujo resultado é o de que "os autores não operam com os mesmos termos para designar os mesmos institutos". No campo do devido processo legal, por exemplo, "a depender do texto consultado [pode ser considerado], um princípio, uma cláusula, um padrão, uma regra, uma doutrina. Evidente a dificuldade que essa falta de uniformidade causa".

2) Processo Penal: o Devido Processo Legal, além da previsão constitucional, encontra respaldo em diversas disposições do CPP (p.ex., art. 282 e 315, §2º). Não se trata somente dos aspectos processuais (formais). As normas de Direito Penal também se submetem ao crivo do Devido Processo. O Supremo Tribunal Federal (HC 94.016, Min. Celso de Mello) reconheceu a aplicabilidade: "*O exame da cláusula referente ao* due process of law *permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (**a**) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); **(b)** direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; **(c)** direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; **(d)** direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); **(e)** direito de não ser processado e julgado com base em leis '*ex post facto'; **(f)** direito à igualdade entre as partes; **(g)** direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; **(h)** direito ao benefício da gratuidade; **(i)** direito à observância do princípio do juiz natural; **(j)** direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (**l**) direito à prova; e **(m)** direito de presença e de 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes*." A efetivação do **Devido Processo Legal Substancial** amplia o repertório de argumentos internos ao Direito, autorizando o debate aberto sobre o material jurídico no Caso Penal;

"Ainda que prevaleça, no regime americano, a regra da proibição de duplo apenamento, a Corte Suprema, diante da absolvição, por um corpo de jurados branco, de um branco pela morte de um negro, caso Rodney King, mitigou a incidência da regra, com a criação da doutrina da soberania dupla (Estado e Federação), sob a justificativa de se evitar absolvições contra a evidência das provas". **João Gualberto Garcez Ramos**

CPP, Art. 282: "As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado".

3) Garantias Processuais do art. 8º, do Pacto de San Jose da Costa Rica: "**1.** Toda **pessoa** terá o **direito** de ser **ouvida**, com as devidas garantias e dentro de um **prazo razoável**, por um **juiz** ou Tribunal competente, **independente** e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. **2.** Toda **pessoa** acusada de delito tem direito a que se **presuma sua inocência** enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem **direito**, em plena **igualdade**, às seguintes **garantias mínimas**: **a)** direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; **b)** comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; **c)** concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; **d)** direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; **e)** direito irrenunciável de ser assistido por um defensor

proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; **f)** direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; **g)** direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, e, **h)** direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. **3.** A **confissão** do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. **4.** O acusado **absolvido** por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos. **5.** O **processo** penal deve ser **público**, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça."

4) Princípio da Proporcionalidade (Necessidade, Adequação e Proporcionalidade em Sentido Estrito): Em face das circunstâncias fáticas, "caso a caso", deve-se analisar as justificativas e consequências das decisões no contexto da preservação expansiva da vida, da propriedade e da liberdade dos acusados/condenados, tanto da perspectiva do processo penal como do direito penal. Para operacionalização do **Devido Processo Legal Substancial** recorre-se ao **Princípio da Proporcionalidade** (razoabilidade), pelo qual, exige-se, em cada contexto: **necessidade**, **adequação** e **proporcionalidade** (**em sentido estrito**).

Necessidade deve ser entendida a partir da compreensão expansiva dos Direitos Fundamentais, em que a intervenção Estatal deve ser a mínima "necessária" na esfera privada dos afetados (especialmente privacidade, liberdade e intimidade), com a escolha da alternativa menos gravosa, ao mesmo tempo em que proíbe o excesso interventivo. Em todas as hipóteses, a decisão judicial deve, antes de deferir a medida, obrigatoriamente, superar as alternativas menos gravosas (com possíveis efeitos equivalentes) de modo concreto, sendo insuficiente aos pedidos e decisões, o uso genérico da assertiva de que "não existem outras alternativas", porque a inviabilidade precisa ser comprovada por meios idôneos. A decisão carente de fundamentação será nula (CPP, art. art. 315, § 2º c/c art. 282), contaminando a prova (ilícita) dela decorrente. O cuidado com a qualidade da decisão é dever de diligência de ambas as partes (acusação e defesa), já que obter a prova e depois tê-la declarada ilícita, por motivação inidônea, de pouco adiantará à acusação (melhor embargar de declaração para suprir a deficiência). Erro vulgar e recorrente é a invocação genérica da "necessidade" para o sucesso das investigações ou do processo, sem explicitar concretamente a inviabilidade de outras opções menos gravosas (muito por força da mentalidade autoritária de certos setores do ambiente penal). A "necessidade" não é do Estado, por meio dos agentes da persecução penal; a "necessidade" é a de flexionar Direitos Fundamentais do afetado diante das circunstâncias do caso.

Adequação: significa a relação positiva (apta) entre o meio e o fim da medida, ou seja, o meio empregado deve facilitar a obtenção do fim

almejado. Não há sentido em se manter alguém preso cautelarmente se a pena a ser aplicada, ao final, não implicar na privação da liberdade: o meio não se relaciona com o fim. Do mesmo modo que sem objeto certo (fim definido *ex ante*), a busca e apreensão converte-se em *fishing expedition*.

Proporcionalidade em Sentido Estrito: deve ser entendida a partir do juízo de custo-benefício da medida imposta, isto é, quais os princípios que na apuração da conduta, em cotejo com os Direitos Fundamentais se pretende flexionar.

Não se trata, como visto, de mera ponderação arbitrária, devendo-se justificar em cada contexto a decisão judicial, nos termos do art. 315, § 2º, do CPP. O trajeto argumentativo deve ser robusto e concreto, sob pena de nulidade;

5) Proporcionalidade em favor do Acusado (vedado o uso pela Acusação): Se a função do **Devido Processo Legal** é a de ampliar as garantias contra o arbítrio do Estado, não faz sentido democrático a invocação do argumento da "proporcionalid\ade" em favor da acusação. O Estado estabelece as normas penais e processuais para limitar o abuso de poder, gerando expectativas de boa-fé na observância por parte dos agentes estatais (Confiança). É irracional e abusivo flexibilizar, por meio do Princípio da Proporcionalidade, as regras de garantia em favor do Estado. É argumento **oportunista**, invocado de má-fé ou por ignorância teórica (p.ex, o uso de prova ilícita em favor da acusação, além de vedada, constitui conduta típica de Abuso de Autoridade). Não podemos, ademais, cair na armadilha da ponderação retórica e performática de princípios em favor do Estado;

STF, HC 95.009-4 (Min. Eros Grau): "Primeiro essa gazua [pseudo princípio da proporcionalidade e razoabilidade], em seguida despencando sobre todos, a pretexto da 'necessária atividade persecutória do Estado', a 'supremacia do interesse público sobre o individual'. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita ao debate, aqui impertinente – não tem lugar em material penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição 'leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar'. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie".

6) Proteção Deficiente e Excesso de Proibição: Desde outra tradição (alemã), aplica-se a dupla face dos Direitos Fundamentais, a saber, a possibilidade de se analisar, no contexto do devido processo legal substancial, tanto o excesso de proibição, como a proteção deficiente**.** O modelo reconhece que a produção legislativa pode se postar, diante dos **Direitos Fundamentais** em situação de **excesso**, a partir do cotejo dos bens jurídicos indicados, bem assim de modo **deficiente**. A análise ocorre no plano da argumentação, com a pretensão de dialogar sobre os "motivos" da proibição (se sustentam a decisão), "quando" (uma conduta em face de outra de prevalecer) e "como" proibir (penas, infrações administrativas etc.). O critério é o da prevalência dos Direitos Fundamentais reconhecidos como base operacional da atribuição de sentido no contexto, aderindo o princípio da reserva legal ao da proporcionalidade. Com essa abordagem teórica, acolhida pelo STF em diversos julgados, ganha-se mecanismo argumentativo capaz de discutir a ocorrência de excesso ou de proteção deficiente aos direitos fundamentais. A invocação dessa compreensão pode ser decisiva, devendo-se recordar que a inserção do argumento precisa contar com a possibilidade de entendimento dos demais agentes processuais. Daí a importância de situar a temática no contexto democrático;

STF, Resp. 418.376 (voto Min. Gilmar Mendes): "A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeits*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita. [...] Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)".

C – Controvérsia:

1) "*Ne Bis In Idem*": Sobrepõem-se as esferas (administrativa, cível e penal) de modo abusivo, porque proporcional ao Estado a possibilidade de comprovação da conduta em diversas frentes (juízos distintos), com a posterior reciclagem de material probatório, quando não com a cumulação de "cautelares" (regime de improbidade e penal). A discussão alargada do "Ne Bis In Idem" (STJ, HC 281.523, Min, Rogério Schietti) é atual e relevante;

STJ, HC 369.082/SC, Min. Félix Fischer: "1. Segundo jurisprudência deste Tribunal Superior, a desobediência de ordem de parada dada pela autoridade de trânsito ou por seus agentes, ou mesmo por policiais ou outros agentes públicos no exercício de atividades relacionadas ao trânsito, não constitui crime de desobediência, pois há previsão de sanção administrativa específica no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual não estabelece a possibilidade de cumulação de sanção penal. Assim, em razão dos princípios da subsidiariedade do Direito Penal e da intervenção mínima, inviável a responsabilização da conduta na esfera criminal".

2) Ponderação Selvagem: A ponderação não pode ser invocada como mero recurso retórico, com aparência de motivação. Devemos atacar a frágil retórica da ponderação: "*Eu pondero; você pondera; ele pondera. Nós não argumentamos racionalmente; e eu decido como quero, disfarçando motivação adequada*".

D – Estratégia:

1) Exigência de Motivação Adequada: O **Devido Processo Legal Substancial** amplia o repertório de argumentos robustos invocáveis no processo penal, porque parte da expansão dos Direitos Fundamentais reiteradamente flexionados sem a devida fundamentação (CPP, art. 315, § 2º). Toda decisão deve abordar a proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) de modo expresso e concreto. Ainda que no contraditório diferido, caiba a discussão sobre a suficiência da motivação da decisão e, caso inexistente, a ilegalidade das consequências (p.ex. ilicitude da prova decorrente). O cuidado com a motivação adequada é dever de todas as partes (cautelares, prisão, sentença etc.);

2) Não Vale Tudo com Princípio da Proporcionalidade: O **Princípio da Proporcionalidade** somente pode ser utilizado em favor do afetado, na hipótese do processo penal, o acusado (p.ex. na prova ilícita em favor da defesa), sendo irracional o uso em favor da acusação. Também inviável a manipulação da "ponderação" desprovida de metodologia adequada e racional.

4.8 Lawfare

A – Definição:

***Lawfare* é o uso oportunista do Direito e do Processo Penal como instrumento estratégico de aniquilamento do inimigo ou do oponente (em geral no contexto político).**

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Uso Oportunista do Direito: A partir do uso estratégico e oportunista do direito, estabeleceu-se a noção de *Lawfare* (*Charles Dunlap Jr*), ou seja, de "**Guerra Jurídica**", nas vertentes indicadas por *Orde F.*

Kittrie: **a)** instrumental e, **b)** política. *Antônio Santoro* e *Natália Tavares*, a partir de *Kittrie*, apontam dois testes: "*Para que uma ação seja qualificada como* Lawfare *deve passar por dois testes: (1) o autor da ação deve usar o Direito para criar os mesmos ou similares efeitos àqueles tradicionalmente buscados pela guerra militar convencional e (2) a motivação do autor da ação deve ser enfraquecer ou destruir um adversário contra o qual o Lawfare está sendo manejado"*. Dito de outra forma: significa o uso do Direito e suas diversas possibilidades como estratégia para aniquilamento do inimigo, em geral com fins políticos. Embora nascida na lógica do Direito Internacional, serve de marco de referência para promoção de ações coordenadas em face das disputadas ideológicas, mediante o uso da mídia, de Instituições públicas/privadas, do Judiciário e das ações penais. As táticas de Guerra invocadas anteriormente encontram no ambiente jurídico um novo campo de batalha;

"Como dito anteriormente, o termo 'Lawfare' foi enunciado em 2001 pelo então General da Força Aérea norte-americana Charles Dunlap e definido como 'a estratégia do uso - ou não uso - do Direito como um substitutivo dos meios militares tradicionais para atingir um objetivo de combate de guerra'. **Antonio Santoro e Natália Tavares**

"O lawfare, além de colocar em sério risco a democracia dos países, é geralmente usado para minar processos políticos emergentes e tende a violar sistematicamente os direitos sociais. A fim de garantir a qualidade institucional dos Estados, é essencial detectar e neutralizar esse tipo de práticas que resultam de uma atividade judicial imprópria combinada com operações multimidiáticas paralelas". **Papa Francisco**

2) *Lawfare* Tropical: Segundo *Antonio Santoro* e *Natália Tavares*, são indicadores da *Lawfare* brasileira: **a)** redução de garantias no campo da persecução penal, reduzindo a esfera de proteção do imputado; **b)** criação de tipos penais abertos ou com inversão da carga probatória, com a finalidade de abarcar o maior número de comportamentos; **c)** jurisdicionalização de questões anteriormente consideradas de espectro político; **d)** mitigação de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais na via da hermenêutica, a despeito de reformas normativas; **e)** instauração e processamento de ações penais com fins políticos; e, **f)** divulgação massiva e ordenada de persecuções penais com o fim de prejudicar a imagem de personagens políticos;

"Para ONG 'The Lawfare Project' essa é a compreensão sobre o significado do Lawfare, em tradução livre: "Lawfare significa o uso da lei como arma de guerra. Denota o abuso de leis e sistemas judiciais ocidentais para alcançar fins estratégicos militares ou políticos. Lawfare é inerentemente negativo. Não é uma coisa boa. É o oposto de buscar justiça. É usar processos frívolos e abusar de processos legais para intimidar e frustrar os oponentes no teatro de guerra. Lawfare é o novo campo de batalha legal. [...] Os proponentes da Lawfare manipulam as leis internacionais e nacionais de direitos humanos para realizar outros fins que não (ou contrários) àqueles para os quais eles foram originalmente promulgados. Por exemplo, a sufocação da liberdade de expressão". **Antonio Santoro e Natália Tavares**

"O Direito deixava de ser uma instância de resolução pacífica de controvérsias para se metamorfosear, perversamente, em uma arma do Estado para abater os inimigos de turno". **Cristino Martins, Valeska Martins e Rafael Valim**

C – Controvérsia:

1) Manipulação do Processo: O processo penal acaba sendo instrumentalizado com finalidades estranhas ao seu objetivo primeiro, já que alinhado com finalidades políticas. Cada vez mais presente, serve para destruir adversários das mais diversas ordens, sob o manto da aparente legalidade ou do mero exercício de direitos, manejados por agentes públicos oportunistas (*Lawfare Tropical*);

D – Estratégia:

1) Planejar o Enfrentamento: Em processos de *Lawfare* ou de Alta Complexidade, em que esteja muita coisa em jogo, ambos os agentes (acusação e defesa) sabem que precisam encontrar soluções originais e imaginativas, com a importação de institutos de outros países, novas teorias de compreensão da realidade processual, enfim, não podem cair na mesmice. Ao mesmo tempo não se deve descurar do que já tenha sido produzido no Brasil em termos de argumentação. O que se deve sublinhar é que o efeito surpresa pode ter forte impacto na estratégia adversária e no julgador, lançando-se mão de efetivo planejamento estratégico.

"Esse manejar bélico dos instrumentos judiciais acaba por mascarar, total ou parcialmente, a prática de ataques políticos, recobertos por um véu de legalidade estrita. Nesse contexto, a manipulação do ideário social se opera de modo mais sutil e propicia uma maior proteção ao(s) autor(es) frente às críticas do indivíduo ou grupo alvo das táticas de Lawfare político". **Antonio Santoro e Natália Tavares**

PROCESSO PENAL

ESTRUTURA DO DISPOSITIVO PROCESSO PENAL

< Capítulo 5 >
Estrutura do Dispositivo Processo Penal

5.1 Jurisdição Penal



A – Definição:

Jurisdição Penal é o monopólio estatal de organizar e estabelecer, a partir das finalidades do Direito (estabilidade, previsibilidade, segurança e proibição de vingança privada às relações sociais), por meio do processo penal, os requisitos necessários ao "acertamento" do Caso Penal (decisão motivada, racional e munida de inferências válidas), com efeito de Coisa Julgada.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Monopólio Estatal Penal: No Estado Democrático de Direito, a estrutura de incentivos penais (prêmios e punições) é exercida exclusivamente pela Jurisdição Penal. A atribuição dos requisitos necessários à responsabilização do investigado/acusado depende de mecanismo apto, organizado e controlado (Economia da Confiança) capaz de "equilibrar" os Direitos e Garantias com as finalidades estatais (promover estabilidade, previsibilidade e segurança às relações sociais – também evita a vingança privada). Para que possamos situar o lugar e a função da Jurisdição Penal foi necessário estabelecer as definições de Ordenamento Jurídico, de Normas Jurídicas, Sistema Penal e de Dispositivo. Assumimos que a noção de **Dispositivo** ajusta-se à leitura adequada das funções "manifestas" e "latentes" do sistema de controle social, justamente porque a Jurisdição Penal, além de "acertar os Casos Penais" (Jacinto Nelson de Miranda Coutinho), com "efeito de Coisa Julgada", também é palco de disputas mais amplas (políticas, econômicas, ideológicas, sociais, morais etc.), com a finalidade de instrumentalizar o sentido do processo penal aos seus propósitos. O arranjo do Direito Penal, associado aos mecanismos processuais, é disputado por grupos distintos e fatores heterogêneos de "saber" e "poder", articulados em **rede**, que "conformam" e são "conformados" pelos discursos operantes no **Dispositivo** do processo penal. O caráter dinâmico, multifacetado, fragmentado, das "práticas processuais" impede a leitura linear (mecanicista), transformando a compreensão da Jurisdição Penal em atividade complexa e estratégica. O resultado é o de que precisaremos distinguir, em princípio, a aparente organicidade do processo penal

em comparação com as práticas cotidianas aleatórias, em que podem prevalecer "comportamentos oportunistas", vinculados às preferências dos agentes processuais (pessoais ou dos grupos que se identificam). Por isso, o nosso trajeto procurou consolidar premissas de abordagem da Jurisdição Penal, dentro do quadro das expectativas de comportamento decisório decorrente da produção legislativa (agregado de preferências individuais), desde o ponto de vista de consolidação da Constituição e do Bloco de Constitucionalidade, isto é, levamos a serio as regras, ao mesmo tempo em que destacamos "linhas de fuga" à imposição de comandos autoritários e descolados dos pressupostos de produção democrática do Direito;

Dispositivo do Processo Penal é o conjunto de diversos elementos heterogêneos (normativos, morais, linguísticos e não linguísticos, sociais, econômicos, institucionais etc.), em forma de **rede**, sem um centro de poder definido, em que as relações entre *saber* e *poder* exercem a função estratégica concreta de, aparentemente, "legitimar" o exercício do poder.

2) Função da Jurisdição Penal: A par das discussões "objetivistas" e "subjetivistas", assumimos que a função da Jurisdição Penal é a de promover o "acertamento do Caso Penal", por meio do processo penal, muito de Direitos e Garantias individuais, em que se possa atribuir a responsabilidade penal por meio de inferências válidas (probatória e normativa), devidamente motivadas pelo julgador, capazes de "verificar" o preenchimento dos requisitos normativos e fáticos, com eficácia de Coisa Julgada. Vale dizer: julgado o Caso Penal, salvo na hipótese de retomada pela defesa em Revisão Criminal, a porta da acusação resta fechada;

"Jurisdição é *iuris dictio*, por força do *dicere ius*. Se isso se faz para *aplicar a lei ao caso concreto* ou para *compor litígios* é um problema que afeta a enorme discussão entre *objetivistas* e *subjetivistas*, mas por conta de outro cenário, ou seja, aquilo que pela *ação* se aporta no *processo* de modo a lhe definir o *conteúdo*".
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

"Ser objetivista, em última análise, é construir uma estrutura de processo que prescinde inteiramente da consideração dos escopos subjetivos das partes".
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

3) Sistema Garantista Penal: Assumimos o **Sistema Garantista** de *Luigi Ferrajoli* (SG) como referencial. O SG é composto de *onze princípios* necessários e sucessivos à legitimidade da sanção (a) *garantias penais*: "delito", "lei", "necessidade", "ofensa", "ação" e "culpabilidade"; e, b) *garantias processuais*: "jurisdição", "acusação", "prova" e "defesa". A "pena" é excluída do rol de garantias, por ser apenas uma possibilidade ao cabo do processo), em juízo de adequação às consequências.

(A1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito);

(A2) *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade, no sentido *lato* ou no sentido estrito);

(A3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal);

(A4) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento);

(A5) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação);

(A6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal);

(A7) *Nulla culpa sine judicio* (princípio da jurisdicionaridade, também no sentido *lato* e no sentido estrito);

(A8) *Nullum judicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação);

(A9) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus – carga – da prova ou da verificação) e;

(A10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade).

"Aqui bastará precisar que por 'pena' se deve entender qualquer medida aflitiva imposta juridicamente por meio do processo penal; por 'delito', qualquer fenômeno legalmente previsto como pressuposto de uma pena; por 'lei', qualquer norma emanada do legislador; por 'necessidade', a função de tutela de bens fundamentais que justifica as proibições e as penas; por 'ofensa', a lesão de um ou de vários de tais bens; por 'ação', um comportamento humano exterior, material ou empiricamente manifestável, tanto comissivo quanto omissivo; por 'culpabilidade', o nexo de imputação de um delito a seu autor, consistente na consciência e vontade deste para com aquele; por 'jurisdição', o procedimento mediante o qual se verifica ou refuta a hipótese da comissão de um delito; por 'acusação', a formulação de tal hipótese por parte de um órgão separado dos julgadores; por 'prova', a verificação do fato tomado como hipótese pela acusação e qualificado como delito pela lei; por 'defesa', o exercício do direito de contraditar e refutar a acusação."
Luigi Ferrajoli

Cada um dos princípios (prescritivos de regras) é *condição da responsabilidade penal*. Somente por meio do preenchimento de todas as implicações deônticas do modelo é que o sistema está autorizado (e não obrigado) a emitir um juízo condenatório, avaliado no contexto do Caso Penal (juízo de consequência);

4) A Jurisdição Penal Fixa o Preço dos Comportamentos: A Análise Econômica do Crime parte do pressuposto de que os agentes racionais maximizam a utilidade esperada a partir da análise custo-benefício. Por consequência, a estrutura de incentivos do campo penal (prêmios e punições) pode aumentar o custo/preço da conduta, "conformando" as condutas aos objetivos do Estado;

5) Princípio do Juiz Natural (Ministério Público, Defensor e Delegado): Conquista democrática civilizatória, o Princípio do **Juiz Natural** evita o comportamento **oportunista** dos detentores do poder de escolher o julgador do caso (juiz de ocasião). Atribui-se ao princípio do juiz natural três significados distintos, embora correlatos:

A) juiz pré-constituído pela lei e não concebido após o fato;

B) impossibilidade de derrogação e indisponibilidade de competência e;

C) proibição de juízes extraordinários e especiais.

A atribuição da competência deve ser realizada em juízos existentes no momento da imputação, sem a possibilidade de alteração posterior. Na tradição constitucional brasileira (CR, art. 5º, LIII), o **Princípio do Juiz Natural** emprega dupla finalidade: **a)** proibir tribunais de exceção; e, **b)** impedir a transferência da competência para outro tribunal (avocação). O Juiz Natural é o Juízo e não se confunde com a figura física do juiz. A criação do Juiz das Garantias apenas opera a cisão funcional, sem qualquer violação ao Juiz Natural. O Juiz Natural é manipulado, corriqueiramente, pela designação *ad-hoc* de magistrados cooperadores ou desmembramento de unidades. O fundamento do Juiz Natural se estende aos demais agentes processuais (Delegados, Defensores e Ministério Público) porque dotados da garantia "natural", conforme as leis de organização, justamente por não se tolerar o comportamento **oportunista** (STF, HC 67.759, Min. Celso de Mello);

6) Princípio da Indeclinabilidade: O Monopólio do Estado, associado ao Princípio do Juiz Natural, impede que, depois de fixada a competência, possa ser prorrogada ou derrogada por conveniência das partes ou do julgador. Não se confunde com a declinação de competência entre órgãos do Poder Judiciário, nem com a remessa de carta precatória, rogatória ou de ordem. A questão é a da garantia democrática de acesso ao Estado

Juiz. Tal garantia não exclui a possibilidade de mecanismos alternativos (Justiça Restaurativa e seus instrumentos como, p.ex., a Mediação Penal), uma vez que coadjuvam com o sistema penal e devem estar previstos em lei. A homologação, de qualquer forma, depende de controle jurisdicional (na esfera penal);

7) Princípio da Inércia: A Jurisdição Penal depende do exercício do Direito de Ação por parte dos legitimados (pública, condicionada ou privada), porque o Juiz não pode exercer função incompatível com o desenho do dispositivo do processo penal. A vedação se estende às iniciativas privativas das partes (especialmente probatórias), muitas vezes dissimuladas de busca da verdade;

8) Princípio da Identidade Física do Juiz: A tendência de valorização da "oralidade" e da "imediação" sobre a produção probatória e debates em contraditório e com a possibilidade de influenciar o julgador, por consequência lógica, atribui ao que presidiu (ou finalizou) a instrução, o dever de proferir decisão. Cuida-se de nulidade absoluta e descabe, por evidente, discutir-se a ausência de prejuízo, aliás, categoria superada, mas que serve de mecanismo retórico no processo penal. Com a revogação do art. 132 do CPC/73 e a omissão do Novo CPC, a tendência é a de manutenção das antigas hipóteses: quando o juiz for transferido, promovido ou aposentado (STJ, RHC 28.690);

CPP, art. 339, § 2º: "O juiz que presidiu a instrução deverá proferir sentença".

"O processo, por meio das provas, permite que o juiz exerça sua atividade (re)cognitiva – ou atividade argumentativa – em relação ao fato histórico (*story of the case*) imputado na peça acusatória". **Décio Alonso Gomes**

9) Princípio da Imparcialidade: Se o Estado é terceiro, o seu representante (o julgador) deve manter alheamento (distância) objetiva, subjetiva e cognitiva do Caso Penal (conduta, partes, acusado, vítima e decisões antecedentes). Assumimos que a estrutura originária do CPP/41, de cariz inquisitório, "empurrava" o juiz para o centro do processo, com plenos poderes de apuração da verdade, compreensão incompatível com o contexto atual de Instituições consolidadas e de orientação democrática (5.3). A atuação eminentemente acusatória procura situar o julgador no lugar de terceiro, enquanto a inquisitória atribui deveres probatórios de "busca da verdade real", promovendo o alinhamento com a parte acusadora. O desenho institucional criou Instituições com funções diferenciadas (Polícia: investigar; Ministério Público: acusar; e Judiciário: julgar). A sobreposição ou alinhamento das funções promove o desequilíbrio das expectativas de boa-fé sobre as condutas definidas, especialmente quando não respeitadas as balizas e os limites. O Judiciário deve julgar, na condição de terceiro, as imputações penais, sem que possa se postar de modo oportunista, em "concurso de agentes", com os demais órgãos (O Juiz Herói, Xerife, Agente de Segurança, é um Juiz *Fake*). O desenho constitucional distingue as funções: Judicial e de Segurança Pública. Independentemente das "boas" ou "mas razões" dos agentes processuais, a fuga do lugar de terceiro, por meio da associação subjetiva a qualquer das partes (acusação ou defesa), quebra a confiança depositada no agente público (é o sintoma de ausência de ***accountability***). O processo penal justo pressupõe imparcialidade de

condução e de decisão, impedindo que magistrados possam ser "agentes infiltrados" das partes, conduzindo, orientando (pessoalmente ou por *Telegram*) e garantindo o sucesso do Caso Penal (ainda mais em tempos de *Lawfare*). Não devemos, ademais, confundir "Imparcialidade" com "Impartialidade" ou "Neutralidade" porque ninguém é neutro, por mais que a acredite nisso;

"O termo 'partial' expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a impartialidade do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro impartial substitui a autonomia das partes. [...] Parcialidade significa um estado subjetivo, emocional, e tem como antítese a imparcialidade, que consiste em colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do julgador, que deve submergir no objeto, ser objetivo, olvidando sua própria personalidade". **James Goldschimidt**

Afirmamos, com *Aury Lopes Jr*, que a noção de Imparcialidade ganhou nova dimensão desde, pelo menos, o julgamento ***Piersack* vs. *Bélgica*** pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em que se distinguiu a "Imparcialidade Objetiva" (em relação ao caso penal) da "Imparcialidade Subjetiva" (no tocante aos envolvidos). Além disso, deve-se avaliar a "**estética de imparcialidade**", ou seja, a aparência, a percepção que as partes precisam ter de que o juiz é realmente "imparcial". Configura-se pelo não envolvimento prévio do julgador com os elementos do Caso Penal (p.ex. na fase pré-processual, decretando prisões, deferindo provas ou medidas cautelares) porque a imparcialidade cognitiva pressupõe "desconhecimento efetivo" da hipótese a ser julgada. A cisão funcional entre o **Juiz de Julgamento** e o **Juiz das Garantias**, dentre outras funções, busca preservar a "**originalidade cognitiva**" do Juiz de julgamento, para o fim de garantir a devida confiança na "estética de julgador"' (não de acusador ou investigador), além de mitigar a incidência de "vieses cognitivos". Do contrário, a acusação leva vantagem porque compartilha as provas antes da denúncia, muitas vezes deferidas pelo mesmo julgador, impedindo a "paridade de armas cognitiva" e o "contraditório diferido" efetivo (o próprio julgador analisa o acerto de suas decisões anteriores). Ao levarmos a sério o modelo acusatório, o Juiz não deve "estudar" os casos antes, justamente porque o conjunto de evidências será apresentado "pela primeira vez" no transcurso do juízo oral, garantindo a imparcialidade cognitiva (precisa ser novidade). No sistema inquisitório, ao contrário, o "Juiz já sabia" dos elementos do caso (não é mais novidade), tendendo a operar o "viés de confirmação" (acusatório ou defensivo). O Juízo Oral Acusatório é incompatível com a preparação, o "estudo do caso", antes do início da audiência de julgamento. Para demonstrarmos a importância da "imparcialidade cognitiva", o STF, no julgamento do HC 94.641 (Min. Cézar Peluso), anulou julgamento em que o mesmo juiz proferiu decisão na ação de reconhecimento de paternidade (acolhendo o pedido) e, depois prolatou decisão condenatória na ação penal por estupro, em decorrência dos mesmos fatos. Por básico, não se trata de duvidar das "virtudes" pessoais dos julgadores, já que a questão é objetiva: o fundamento do Estado é o de se posicionar como "terceiro" e, na distribuição da Confiança, somente podem proferir deliberações em nome do Estado os agentes públicos capazes de manter o alheamento, isto é, a condição de "desconhecimento sobre os fatos". Enfim, se não for "novidade', deve ser considerado parcial do ponto de vista cognitivo, independentemente de suas "virtudes" pessoais. Há violação da "Imparcialidade Cognitiva"

STF, HC 94.641 (Min. Cézar Peluso): "Pelo conteúdo da decisão do juiz, restara evidenciado que ele teria sido influenciado pelos elementos coligidos na investigação preliminar. Dessa forma, considerou que teria ocorrido hipótese de ruptura da denominada imparcialidade objetiva do magistrado, cuja falta, incapacita-o, de todo, para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida. Esclareceu que a imparcialidade denomina-se objetiva, uma vez que não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Assim, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional". (Informativo nº 528).

nos julgamentos em que se opera cisão (CPP, artigo 80) e o mesmo juiz profere decisões em ambos os feitos. A contaminação do julgador pela prova obtida em processo anterior ou paralelo ceifa a lógica do juiz terceiro, salvo os que acreditam ser possível essa separação ingênua: o juiz "finge" que não lembra da instrução realizada em outro processo conexo. Situação similar também ocorre na sobreposição de competências (cível, administrativa, tributária e criminal). O mais grave é a perseverança da regra de prevenção do julgador em face das cautelares, porque "embaralha as cartas" cognitivas e impede a efetivação da garantia da imparcialidade;

"Não se trata propriamente, enfim, de uma 'virtude', mas – quando muito – do resultado do exercício de uma virtude: a autocontenção (self-restrait). Afinal, nenhuma estrutura de poder pode partir de um modelo de desempenho funcional cuja otimidade dependa das elevadas condições de espiritualidade do seu ocupante: isso não se coaduna com os valores da República. Na realidade, a imparcialidade não decorre de uma representação descritiva, mas prescritiva". **Eduardo José da Fonseca Costa**

10) Exclusão de Agentes Processuais pela Primeira Intervenção: Anote-se que a intervenção de um jogador impede a dos demais, inclusive Advogado/Defensor Público. Por exemplo, se o defensor atuou no APF ou no IP, ele exclui o Julgador (e vice-versa). Ainda que um dos envolvidos no processo (jogadores ou acusado) injurie ou promova qualquer ato com a finalidade de criar a suspeição, tal estratégia será considerada ilegal, não excluindo o julgador (CPP, art. 256). Estendem-se as hipóteses de impedimento e suspeição aos servidores e auxiliares da Justiça (CPP, art. 274);

"El poder es sumamente intenso y, por lo tanto, debe ser cuidadosamente limitado. Si la sociedad ha tomado la decisión de dotar a algunos funcionarios (los jueces) del poder de encerrar a otros seres humanos en 'jaulas' (las cárceles) esse poder no puede quedar librado a la arbitrariedad y la falta de control". **Alberto Binder**

C – Controvérsia:

1) Parcialidade e Jogos Viciados: O Devido Processo Penal pressupõe o engajamento adequado dos agentes processuais. Pode-se estar diante de jogos viciados pelo conluio (formal ou informal) entre julgador e partes (acusação ou defesa). E o conluio, entendido como o acordo sobre o resultado final, torna a interação entre os agentes uma fraude performática. A história recente está demonstrando que não se trata de "fantasia defensiva".

O 'Bonham Case' foi marcado pelo reconhecimento da nulidade do ato que aplicou a multa e prisão em face do exercício ilegal da medicina, em Londres, sem autorização da Academia Real de Medicina. **"Os censores não podem ser juízes, ministros e partes; juízes para proferir sentença e julgar**, ministros para fazer notificações ou intimações e parte para terem metade das multas, *quia aliquis non debet esse judex in propria causa, imo iniquun este alequem suas rei esse judicem*; **e ninguém pode ser juiz e advogado para qualquer das partes** (...) e consta dos nossos livros que, em muitos casos, o direito comum controlará aos do parlamento, e, às vezes, julgá-los-á absolutamente nulos, pois quando um ato do parlamento vai de encontro ao direito comum e à razão, ou é inaceitável ou impossível de executar, o direito comum irá controlá-lo e julgá-lo como nulo." **Letícia de Campos Velho Martel**

D – Estratégia:

1) Planejar e Mitigar o Rebote: Os pressupostos do exercício da ação e do processo dependem do funcionamento adequado da arquitetura da Jurisdição Penal em face dos indicadores do Devido Processo. Eventual manipulação demanda intervenção estratégica, principalmente em tempos de *Lawfare*. Deve ser muito bem planejada, porque o rebote dos oportunistas tende a ser avassalador.

5.2 Coisa Julgada (Material e Formal)

A – Definição:

***"Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso"* (LINDB art. 6º, § 3º). Em Matéria Penal, distingue-se: a) Coisa Julgada Material (efeito *erga omnes*); e, b) Coisa Julgada Formal (efeito endoprocessual).**

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Função: A distribuição da **Confiança** e do **Risco de Erro Judiciário**, na linha do Devido Processo Legal (*Ne bis in idem*: proibição de dupla incriminação), acolhida pela Constituição (CR, art. 5º, XXXVI), garante a **estabilidade** das decisões proferidas pela Jurisdição Penal. Prevaleceu a influência do modelo acusatório, em detrimento ao inquisitório, salvo o resquício inquisitório do art. 414, do CPP. Garante a estabilidade das relações dirimidas pelo Estado Juiz. Do contrário, não se teria definição sobre as imputações, investigações e culpa/inocência (insegurança social);

"A fragilidade da *res judicata* no sistema inquisitório mantinha todos permanentemente submetidos à vontade do inquisidor. Sem uma declaração de inocência", os fatos poderiam ser, a qualquer momento, revistos, e, é evidente, não para que fosse ela, inocência, reconhecida, mas para que a culpa, antes não demonstrada, fosse, desta vez, comprovada, ou extraída pela confissão". **Ana Cláudia Bastos de Pinho e Marcus Alan de Melo**

2) Coisa Julgada (Material e Formal): A Coisa Julgada em matéria penal significa a vedação de rediscussão do Caso Penal pelo Estado (STJ, HC 281.523). e a abertura regrada para o acusado e sucessores (Revisão Criminal). Distingue-se: **a) Coisa Julgada Formal** (aspecto positivo): torna impossível a rediscussão do objeto da ação penal em que foi produzida (efeito endoprocessual); e, **b) Coisa Julgada Material** (aspecto negativo: *erga omnes*): impede novo pronunciamento quanto à imputação absolutória (imutável; efeito *erga omnes*), enquanto a condenatória (ou de absolvição imprópria) pode ser objeto de Revisão Criminal;

"A coisa julgada formal restringe seus efeitos apenas internamente. A decisão deixou de ser impugnada pelas vias recursais, seja em virtude da preclusão ou pela inexistência de recurso cabível, considerando ainda a possibilidade do esgotamento da via recursal. Por isso, transitou em julgado e, internamente, ou seja, dentro da mesma relação processual ela não pode mais ser modificada. Já a coisa julgada material é a imunidade da sentença de forma extraprocessual. Os efeitos são lançados para fora do processo. Em matéria processual penal deve-se analisar o tipo de sentença. Se a sentença for absolutória, como não se admite a ação rescisória penal *pro societate*, vê-se que a sentença absolutória não pode ser impugnada pela via rescisória, logo, torna-se definitiva com efeitos dentro e fora do processo. Já a sentença penal condenatória pode ser impugnada a qualquer tempo pela via rescisória, podendo ser modificada pela revisão criminal". **Fernando Pimentel**

C – Controvérsia:

1) Preclusão: Não confundir coisa julgada com preclusão (lógica, temporal ou consumativa);

2) Investigação Madura: Se o acusado for absolvido, impossível a reabertura da acusação. Em outros sistemas processuais o acusador pode "retirar" a acusação e angariar provas, retomando a ação penal, situação não acolhida no sistema brasileiro. Por isso o acusador precisa de investigação "madura";

STF, HC 94.982 (Min. Cármen Lúcia): "Inquérito Policial: arquivamento com base na atipicidade do fato: eficácia de coisa julgada material. [...] Paciente processado pelos mesmos fatos que foram objeto de inquérito policial arquivado mediante sentença transitada em julgado para a acusação, na qual se declarou a extinção da punibilidade pelo transcurso do prazo decadencial para o ajuizamento da queixa-crime [...] Prevalência do direito à liberdade com esteio em coisa julgada sobre o dever estatal de acusar".

3) Lei ou Interpretação Favorável (*in melius*): Se a premissa normativa alterar-se (lei nova ou intepretação mais favorável), a competência para ajustamento será do Juiz da Execução Penal (LEP, art. 66). A alteração da premissa fática depende de Revisão Criminal;

STF, Súmula 611: "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna".

4) Documento Falso: O Princípio da Confiança e da Boa-Fé Objetiva não tolera que a garantia da Coisa Julgada possa ser obtida por meio de documento falso (p.ex. certidão de óbito falsificada;)

STF, HC 104.998 (Min. Dias Tóffoli): "A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito".

5) Abertura para Revisão pro Estado: No desenho normativo brasileiro não há espaço. Alguns sistemas abriram a possibilidade nos casos de corrupção dos agentes processuais ou uso de documentos falsos e determinantes da decisão absolutória (p.ex. Portugal; CPP art. 449);

"Parece ser de partilha a consideração da constitucionalidade de revisão das decisões absolutórias. Isto porque não faria sentido que o injustamente absolvido – porque, a título de exemplo só alcançou a absolvição através de corrupção do juiz ou da apresentação de falsos meios de prova determinantes para a decisão merecesse a tutela do valor segurança jurídica. [...] As excepções têm, contudo, que ter uma justificação material (preservar situações de intolerável justiça), ser muito limitadas e previsíveis. Desde que o legislador, tal como aliás acontece, circunscreva esses casos, limitando-se apenas aos já expressamente previstos em lei, não haverá problemas de compatibilização constitucional". **Ana Teresa Carneiro**

D – Estratégia:

1) Garantia e Cuidados: A acusação deve ser diligente no tocante à investigação preliminar, porque se não for madura/robusta, perde a chance de renovar a acusação. O manejo de Revisão Criminal depende

de planejamento defensivo, por não poder ser renovada com o mesmo fundamento.



5.3 Juiz das Garantias

A – Definição:

O Juiz das Garantias opera a cisão funcional entre os momentos de investigação e julgamento, típico da estrutura acusatória (CPP, art. 3º-A), atribuindo funções diferenciadas (Juiz das Garantias e Juiz de Julgamento) com o fim de garantir o julgamento oral e imparcial (objetiva, subjetiva e cognitivamente).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

"Más que una etiqueta falaz, un ropaje simbólico o una estrategia de justificar un nuevo control a través del derecho, es bueno decir, desde ahora, que tal personaje no está para servir fines instrumentales ni para actuar como un homologador – legitimador de las actividades de investigación, como si fuera un cómplice o un esclavo del subsistema preventivo-policial. De hecho, el 'juez de garantías' no actúa preocupado con acertar o resolver la propia deficiencia del Estado en la lucha contra el crimen, al valorar hipótesis en torno de la consideración de los 'estándares' que circundan el Derecho penal (como, entre otros, "enemigo", sospechoso, peligroso, ocioso, orden público, seguridad)". **Luis Lanfredi**

1) Juiz das Garantias: A criação do Juiz das Garantias implica em repensar a estrutura do sistema processual penal, de cariz acusatório (CPP, art. 3º-A), não apenas pela imposição de funções diferenciadas (Juiz das Garantias e Juiz de Julgamento), mas do modo de funcionamento de todo o processo penal. A inserção da figura do Juiz das Garantias (art. 3º, B, C, D e E) se inscreve na democratização do processo porque opera a cisão funcional entre os momentos de investigação e julgamento, típico da estrutura acusatória (CPP, art. 3º-A);

2) Funções Distintas e Garantia de Imparcialidade: A separação, sem comunicação ostensiva, entre as fases procedimentais, modifica o modo como se prepara o julgamento, já que não se trata da mera modificação do personagem que conduz o processo e sim porque o Juiz do Julgamento somente recebe o sumário da primeira fase e não os autos na totalidade, os quais deverão permanecer acautelado no Juiz das Garantias (CPP, art. 3-B, § 3º), com acesso às partes (CPP, art. 3-B, §4º), acabando-se com o uso manipulado de declarações da fase de investigação (só vale e poderá ser valorado o que for produzido oralmente perante o Juiz de Julgamento). Abandona-se o procedimento escrito/inquisitório em nome da **oralidade** e **imediação** que deverão presidir os pedidos, normalmente em audiências presenciais ou por videoconferência (exceção justificada). **A primeira fase** engloba a investigação e a aceitação da acusação, enquanto na **segunda fase** realiza-se o julgamento, sem que o Juiz de Julgamento tenha acesso a todo caderno processual (autos) justamente para se evitar a contaminação (CPP, art. 3-B, § 3º), mantendo-se a imparcialidade objetiva, subjetiva e cognitiva. Na fase de **investigação e recebimento** da acusação atuará o Juiz das Garantias, enquanto na fase de **julgamento**, o Juiz de Julgamento não receberá, nem se contaminará pelo produzido na fase anterior, já que somente as provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas e antecipação de provas serão encaminhadas. O restante permanece no Juiz das Garantias para acesso às partes, mas sem a possibilidade de serem

requentadas, a saber, juntadas e/ou referidas na fase de julgamento, sob pena de manifesta má-fé, até porque inservíveis para qualquer fim;

"Pode-se dizer que o argumento de que deva ser o mesmo juiz a presidir os atos antecedentes à deflagração da ação penal e o processo consequente, não contém em si mesmo uma justificativa razoável. Ao contrário, põe em dúvida a atuação do juiz de garantias em detrimento do juiz do processo. São figuras que não se confundem – nos termos da novel legislação –, sem que isso represente ***capitis diminutio***, mitigação da importância de um e outro." **Jorge Henrique Schaefer Martins**

"Así que el juez debe utilizar su espacio de garantías, en ese escenario, para relativizar los efectos de lo que no sirve para reflejar la dimensión de la realidad que maneja. Seguir ciegamente la doctrina de la punición significa no percibir e interpretar (y principalmente, entender) que su poder existe para imponer el control del control (penal y de las prácticas de selección que desde él se producen)". **Luis Lanfredi**

C – Controvérsia:

1) STF Suspendeu: O STF concedeu liminar suspendendo os efeitos do Juiz das Garantias (STF, ADI 6.299);

2) Cisão Cognitiva: A inserção do Juiz das Garantias promove a cisão entre as fases processuais, interrompendo o fluxo cognitivo contaminado, pela criação de ponto de virada cognitiva, não assimilado por setores da magistratura acostumados ao "gambito do livre convencimento", do "excesso de confiança" e da mentalidade autoritária. A originalidade cognitiva efetiva o julgamento no "presente", sem a "poluição" do "viés confirmatório" tendencialmente operante em face das decisões antecedentes. A liminar demonstra a incompreensão sobre a função democrática e estruturante do juiz como terceiro imparcial;

D – Estratégia:

1) Direito Intertemporal: No site do livro, a temática foi desenvolvida com maior profundidade, especialmente a aplicação do **Direito Intertemporal**, caso a liminar seja revogada.

5.4 Competência

A – Definição:

Conjunto de normas que fixam o Juiz Natural. Distingue-se entre Absoluta e Relativa.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Decorrência do Juiz Natural: A Jurisdição – una do Poder Judiciário – será exercida por Tribunal ou Juiz com competência, *ex ante* à conduta imputada (Juiz Natural). Uma vez fixado o **Juiz Natural**, é vedada a manipulação da competência. O que se garante não é a pessoa física do julgador, mas a do órgão**.** Eventual transferência, opção, aposentadoria, promoção, do magistrado, não impede o julgamento pelo substituto. O que importa é a fixação por lei do procedimento para se chegar ao Juiz Natural (CPP, art. 69);

"Um componente garantidor, que materializa o conteúdo da regra contida no art. 5º, inciso XXVII, da Constituição [...] As regras de competência constantes da legislação infraconstitucional igualmente se destinam a assegurar a presença no processo do juiz natural, diretamente se relacionando com a fórumla fundamental do devido processo legal, neste ponto adquirindo a mesma dimensão de garantia característica das regras constitucionais sobre competência". **Maria Lúcia Karam**

2) Competência Absoluta ou Relativa: Distingue-se, *equivocadamente*, a competência absoluta (pessoa e matéria) da relativa (lugar). Adota-se, abusivamente, o modelo civil de fixação de competência, próprio de direitos disponíveis, no campo do processo penal (indisponível). Se o Juiz Natural é garantia do devido processo legal substancial, não podem os agentes eleger outro, nem mesmo a desídia ou má-fé de algum destes, implicar na alteração/manutenção do julgador. Normalmente se fala em **convalidação** ou mesmo prorrogação pela ausência de invocação oportuna

de exceção de incompetência. Essa compreensão desconsidera o processo como Direito Fundamental (regra indisponível do jogo: *Standard*). Os agentes processuais não congregam disponibilidade quanto ao órgão julgador, embora possível o fenômeno do "*fórum shopping*". A partir da leitura do Devido Processo Legal Substancial, no pós-CR/88 (arts. 102, 105, 109, 118, 121 e 125), incabível a manutenção da distinção entre competência absoluta e relativa. A competência será sempre **absoluta** e deve ser declarada de ofício ou mediante exceção (CPP, art. 95, II c/c art. 113 e sgts.). **Prevalece** a lógica da distinção e de que a relativa, caso não excepcionada oportunamente, prorroga a competência (STJ, RHC 067.107; HC 301.757). Os atos decisórios serão anulados;

CPP, art. 567 "A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juízo competente".

CPP, art. 573, §§ 1º e 2º: "A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência"; "O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende".

3) Competência (pessoa, matéria e lugar): A fixação da competência se dará em face da **a)** pessoa; **b) matéria**, e; **c) lugar**, prevendo-se, também, a fixação pela prevenção (CPP, art. 83), distribuição (CPP, art. 75), conexão (CPP, art. 76) ou continência (CPP, art. 77)**.** Os critérios em razão da matéria e da pessoa, tidos como absolutos (alegáveis a qualquer tempo e causa de nulidade absoluta, em regra) prevalecem sobre o do **lugar**, tido como relativo e que se prorroga caso não excepcionado oportunamente (CPP, arts. 108 e 396);

4) Como Definir a Competência: As possíveis Justiças Competentes são: **a) Justiça Militar – Federal e Estadual**; **b) Justiça Eleitoral**; **c) Justiça Comum – Federal e Estadual**; **d) Juizados Especiais Criminais – Federal e Estadual**. Há os casos de ações originárias (STF, STJ, Tribunais). A competência será fixada em face do lugar, domicílio ou residência do acusado, natureza da infração, distribuição, conexão ou continência, prevenção ou prerrogativa da função (CPP, art. 69). Ainda que não haja ordem hierárquica no rol do art. 69, do CPP, conforme *Aury Lopes Jr*, pode-se fazer 3 (três) perguntas em série:

a) *qual é a Justiça e o órgão competente?*

a1) Justiças Especiais: Militar (Federal ou Estadual) ou Eleitoral;

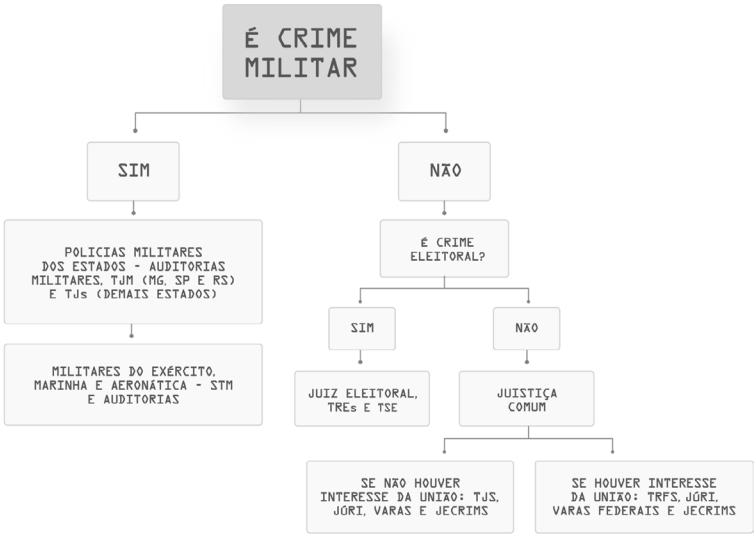
a2) Justiça Comum: Federal ou Estadual;

b) *qual é o foro competente?* (CPP, arts. 70, 71, 88 a 90);

c) *qual é a Vara ou Juízo?* (quando mais de um juiz for competente, normalmente por prevenção ou distribuição).

Diante da imputação apresentada cabe trilhar o seguinte trajeto:

>
ROADMAP DA
COMPETÊNCIA



a) é crime militar? **Se Positivo**: a1) Federal ou Estadual? **Se Positivo**: a2) qual órgão competente? (STM, Tribunais Militares ou Auditorias Militares). **Se Negativo**: **b) é crime Eleitoral**? **Se Positivo**: b1) qual o órgão competente? (TSE, TRE ou Zona Eleitoral). Se **Negativo**: **c) Justiça Comum**: c1) Justiça Federal (TRF, Júri, Vara ou Juizado Especial); c2) Justiça Estadual (TRF, Júri, Vara ou Juizado Especial).

O manejo das regras de competência decorre das disposições do CPP Militar (art. 9º, com a alteração da Lei 13.491/17), da Constituição (art. 109), do Código Eleitoral, do CPP e da Legislação extravagante. Não sendo de competência Militar, Eleitoral ou Federal, por critério residual, será Estadual. Em caso de conexão entre crimes da Justiça Federal com a Estadual, prevalece a Federal (CPP, art. 78, III). A alteração ampliativa da competência da **Justiça Militar** operada pela Lei 13.491/17, deu nova redação ao art. 9º, II, do CPM, passando a dispor (*II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados*). Surge a discussão sobre a competência em crimes comuns, inclusive de Violência Doméstica, alheios ao exercício de funções militares ou de interesse militar, de modo abusivo. Reabre, também, a discussão sobre os crimes dolosos contra a vida, diante da tentativa de atração da competência. A situação estende-se rotineiramente nos casos de ocupações militares em auxílio às forças locais e à investigação dos crimes dolosos contra a vida que estão sendo reivindicados pelas Corporações. A tendência seria justamente a contrário. A ampliação compõe um intrincado jogo de interesses, cujo desate jurisdicional ainda não se operou. De qualquer forma, a inovação legislativa tem o condão de ampliar a competência da

Justiça Militar, em descompasso com a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos;

5) Contravenções: Todas as contravenções são de competência da **Justiça Estadual** (CR, art. 109, IV, por exclusão), salvo nos casos de competência por foro de prerrogativa de função, em que os Tribunais Federais também serão competentes para conhecer e julgar as contravenções. Caso haja cumulação de condutas – crime e contravenção – , a Justiça Federal julgará o crime de sua competência e a Estadual a contravenção;

STJ, Súmula 38: "Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades".

6) Controvérsias: As controvérsias são grandes e para o fim desse Livro de Processo, o que importa é superar a visão exclusivamente civilista, isto é, rejeitar a disponibilidade do Juiz Natural. Indicam-se algumas questões relevantes, especialmente as mais recorrentes no ambiente forense;

7) Lei de Drogas: As condutas criminalizadas pela Lei nº 11.343/06 somente serão da competência da Justiça Federal se houver demonstração de elemento **transnacional**, ou seja, se for tráfico internacional. O fato da droga não ter sido fabricada no Brasil não é o fator determinante. O que importa é o contexto em que a conduta é praticada. Embora as drogas sintéticas não sejam produzidas, em regra, no Brasil, tal fato não atrai a competência Federal. A competência da Justiça Federal só se verifica se houver demonstração da internacionalidade da conduta. Em geral, a competência será da Justiça Estadual. Se o Município onde ocorrer a conduta não for sede da Justiça Federal, por força do art. 70, parágrafo único, da Lei 11.343/06, nas hipóteses de violação dos arts. 33 a 37, a competência será da unidade judiciária Federal da circunscrição;

STF, Súmula 522: "Salvo ocorrência de tráfico com o exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça Estadual dos estados o processo e o julgamento dos crimes relativos a entorpecentes".

8) Empresa de Economia Mista; Banco do Brasil, Correios etc.: Os crimes praticados contra o Banco do Brasil**,** diferentemente da Caixa Econômica Federal – competência da Justiça Federal –, serão julgados pela Justiça Estadual. Esse é um dos motivos pelos quais os crimes de roubo aos caixas eletrônicos raramente se dão junto à Caixa Econômica Federal, porque atrairia a Polícia Federal para a investigação (violadores também jogam). A inobservância da regra é causa de nulidade absoluta, mesmo com trânsito em julgado (STJ, HC 34.853). Não se confunde com as agências lotéricas que, apesar de ostentarem emblemas da CEF, atuam de maneira privada, sendo que os crimes contra elas praticados serão da competência Estadual. No caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, quando se tratar de conduta praticada diretamente, será da competência Federal, não se estendendo os efeitos no caso de "franquias", em que o serviço não é prestado diretamente, restando competente a Justiça Estadual (STJ, HC nº 39.200);

STJ, Súmula 42: "Compete à Justiça Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento".

9) Moeda Falsa e Falsificação Grosseira: A falsificação de moeda será da competência Federal somente se a qualidade da falsificação for capaz de ensejar a circulação da moeda (CR, art. 21, VIII). Sendo a falsificação grosseira, deixa de subsistir a conduta de falsificação, transferindo-se ao

estelionato (CP, art. 171), em que o prejudicado é o particular, razão pela qual a competência será Estadual;

STJ, Súmula 73: "A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual".

10) Lavagem de Dinheiro: A Lei de Lavagem de Capitais (Leis 9.613/98 e 12.683/12) indica que a competência será Federal nos casos de crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União (e entidades autárquicas ou empresas públicas) e, também, quando a infração penal antecedente for da competência da Justiça Federal (art. 2º, III, "a" e "b). Fora dessas hipóteses, a competência será Estadual. Mas rende muita manipulação em face da alegada conexão quase infinita;

11) Servidor Público no Exercício da Função: Nos casos em que a vítima seja servidor público federal e a conduta decorra do exercício da função, a competência é Federal. Os Policiais Rodoviários Federais e os Fiscais, por exemplo, caso sejam vítimas de crimes, terão o julgamento perante a Justiça Federal, inclusive nos crimes dolosos contra a vida, hipóteses em que ocorrerá Júri Federal. Os crimes praticados contra servidores em atendimento nos órgãos da União serão julgados pela Justiça Federal. A condição de servidor não é causa suficiente, dado que é necessário que a conduta se vincule com o exercício da função (STJ, HC 47.364; CC 147.393; RHC 050.692);

STJ, Súmula 147: "Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função".

12) Crimes Contra a Organização do Trabalho: A competência será Federal quando a conduta afetar Instituições protetivas ou de modo coletivo o conjunto dos trabalhadores. Será Estadual quando se tratar de violação à direito individual. No caso do crime de redução à condição análoga à escravo (CP, art. 149), o Plenário do STF, reafirmou a orientação (STF, RExt. 459.510) no sentido de que cabe à Justiça Federal processar e julgar o crime de redução a condição análoga à de escravo (CP, art. 149), posição já adotada pelo STJ (CC 127.846);

13) Navios ou Aeronaves: Embora a disposição do art. 109, IX , CR – crimes cometidos a bordo de **navios**, ressalve a competência da Justiça Militar –, consolidou-se a orientação de que somente nas hipóteses de grande porte, com potencial internacional, caberia à competência Federal (STJ, CC 43.404). Excluídos esses casos, a competência é da Justiça Estadual (STJ, CC 24.249). Já no caso de **aviões**, independentemente do porte (Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 106), a competência será da Justiça Federal, mesmo em solo (STJ, HC 108.478). Mas para tanto deve ser dentro da aeronave, já que se for no aeroporto, será da competência Estadual (STJ, HC 252.299). Os crimes cometidos durante a navegação (CPP, art.89) ou voo (CPP, art. 90) serão conhecidos pelo local em que a embarcação atracar ou o avião pousar, pela prevenção (CPP, art. 83);

14) Indígena: O interesse da União em face dos direitos indígenas (CR, art. 109, XI) não implica na competência para conhecer e julgar os crimes em que um indígena esteja envolvido. Somente será da competência Federal nos casos que afetem a comunidade indígena (STJ, HC 208.634;

STJ, Súmula 140: "Compete à Justiça Comum processar e julgar crime em que o indígena figura como autor ou vítima".

RHC 066.879), hipótese em que a FUNAI – Fundação Nacional do Índio – deve ser acionada (Lei nº 6.001/73, art. 2º);

15) Ambientais: A competência será Federal nos casos em que houver violação de áreas de proteção, reservas ou parques Federais, não bastando que se verifique nos bens da União (Amazônia, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Matogrossense e da Zona Costeira). O interesse genérico da União não é causa suficiente para o deslocamento da competência. Prevalece o entendimento de que seja da competência Estadual (STJ, CC 99.294 e CC 115.282). O fato de a autuação e averiguação de crime ambiental terem sido realizadas pelo IBAMA, por si só, não atrai a competência Federal (STJ, CC 113.345). Quando se tratar de crime praticado em face de águas fluviais que banham mais de um Estado, a competência será Federal (STJ, CC 39.055);

16) *Internet*: Os crimes praticados pela rede mundial de computadores são da competência Estadual (crimes contra honra, estelionato etc.). O fato de a *internet* ter sido utilizada como meio para o crime não é causa suficiente para atrair a competência Federal (STJ, CC 145.938; CC 132.279). A competência será fixada, no caso de estelionato pela *internet*, no local de registro da conta fraudada (STJ, CC 126.768). Já na hipótese de ofensas praticadas pela *internet*, salvo se for por empresa com sede, local competente (STJ, CC 97.201), entende-se que o local em que a conduta se verificou para a vítima, será competente, devendo-se atentar para o art. 73 do CPP (Nos casos de exclusiva ação privada, o querelante poderá preferir o foro do domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração). Em se tratando de crimes vinculados à **pedofilia**, tendo em vista que o Brasil se comprometeu a reprimí-la, por tratado internacional, a competência será Federal, de onde se verificou a conduta (STJ, CC 29.886), salvo se for crime do ECA (art. 240 e segts.). Anote-se que STF, no REXt. 628.624 fixou a competência da Justiça Federal, mas se for troca de *emails* pessoal, sem transpassamento das fronteiras nacionais, a competência será da Justiça Estadual (STJ, CC 99.133, Min. Napoleão Nunes Maia);

17) Violência Doméstica: O sujeito passivo (vítima) da conduta criminalizada é a mulher (gênero), sendo que o ativo é comum (homem ou mulher), desde que configurada a prática no contexto da unidade doméstica, familiar ou de relação íntima de afeto (STJ, HC 277.561; HC 181.246; HC 310.154; HC 172.634; REsp. 1.427.927), sendo desnecessária a coabitação (STJ, HC 280.082; HC 181.246), incluindo namorados, mesmo cessado o relacionamento (STJ, REsp. 1.416.580; HC 182.411; CC 092.591). O crime de lesão corporal, mesmo leve ou culposo, será processado por ação penal pública incondicional (STJ, REsp. 1.537.749; RHC 0422.228, Súmulas 542 e 588), com tendência a não se reconhecer a insignificância (STJ, REsp. 1.537.749; HC 317.781). A competência, a teor do art. 15, da Lei 11.340/06, **por opção da ofendida**, poderá ser do seu domicílio ou residência, do lugar do fato em que se baseou a conduta criminalizada

ou do domicílio do suposto agressor. Abre-se espaço para o manejo do denominado '*Fórum Shopping*';

18) Súmulas do STF e do STJ: STJ, Súmula 62: "*Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada*". Em sentido contrário (STJ, CC 135.200). STJ, Súmula 104: "*Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino*". STJ, Súmula 151: "*A competência para o processo e julgamento do crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do juízo Federal do lugar da apreensão dos bens*". STJ, Súmula 165: "*Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista*". STJ, Súmula 200: "*O Juízo Federal competente para processar e julgar o acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou*". STJ, Súmula 208: "*Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal*". STJ, Súmula 209: "*Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal*".

19) Foro Prerrogativa de Função: A Constituição criou "foros privativos" para apuração e julgamento em face de ocupantes de cargos públicos, não as pessoas, mas as funções que exercem (STF, HC 91.437), prevalecendo, inclusive sobre o Tribunal do Júri. O parlamentar licenciado ou em exercício de função não faz jus ao foro de prerrogativa da função, bem assim, os aposentados (STF, RE 546.609 e Inq. 2811). Há distinção, ademais, entre "crimes comuns" e de "responsabilidade". Compete ao:

STF, Súmula 721: "A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa da função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual".

STF, ARI 1.376-4 (Min. Celso de Mello): "A prerrogativa de foro é outorgada, constitucionalmente, '*ratione muneris*', a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado".

Supremo Tribunal Federal, julgar: a) crimes comuns: Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional (modificada a abrangência; STF, AP 937), seus Ministros e o Procurador Geral da República; **b)** nos crimes de responsabilidade e comuns: os Ministros de Estados, os Comandantes das Forças Armadas, os membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os chefes em missão diplomática de caráter permanente (CR, art. 102, I, "b" e "c");

Superior Tribunal de Justiça, julgar: nos crimes comuns: os Governadores – Estados e do Distrito Federal (atentar efeitos da decisão do STF na AP. 937) – , os Desembargadores (dos Tribunais de Justiça e dos Regionais – Federais, do Trabalho e do Eleitoral), os membros do Ministério Público da União que oficiam perante os respectivos Tribunais, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante os Tribunais (CR, art. 105, I, "a");

Tribunais Regionais Federais, julgar: os juízes federais de sua área de atuação, incluídos os da Justiça Militar e do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade e, também, os membros do Ministério Público da União, excluída a competência da Justiça Eleitoral (CR, art. 108, I, "a") – STF, HC 69.503;

Tribunais Regionais Eleitorais, julgar: os crimes praticados por magistrados e membros do Ministério Público no exercício de função eleitoral (CR, art. 108, I "a");

Tribunais de Justiça Estaduais, cada Tribunal julgará: os magistrados e membros do Ministério Público de cada ente federativo (CR, art. 96, III), mesmo em crimes acontecidos em outros Estados (STF, HC 77.558), prevalecendo inclusive sobre a competência do Júri, ressalvada a competência eleitoral (STF, HC 69.503).

Tribunais Estaduais: Prefeitos e Deputados Estaduais serão julgados pelo TJ do Estado em que foram eleitos, salvo se o crime for Federal, em que serão julgados pelo respectivo TRF (STF, HC 68.967). No caso de crime doloso contra a **vida**, o parlamentar estadual ou Prefeito, será julgado pelo Tribunal do Júri (STJ, CC 105.337).

Tribunais Estaduais: Vereadores, desde que previsto na Constituição Estadual, também podem ter julgamento originário pelos Tribunais (STJ, HC 40.388/RJ e STF: RE 464.935/RJ: *"Não afronta a Constituição da República, a norma da Constituição estadual que, disciplinando competência originária do Tribunal de Justiça, lhe atribui para processar e julgar vereador"*. Logo, se prevista na Constituição Estadual a disposição é válida. Se inexistente, a competência é comum.

STF, Súmula 702: "A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça Comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau".

STJ, Súmula 208: "Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvios de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal".

STJ, Súmula 209: "Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal".

O STF, na **Questão de Ordem na AP 937**, estabeleceu que o foro de prerrogativa de função, no caso de Deputados e Senadores, **restringe-se aos crimes cometidos no exercício do cargo e relacionado às funções desempenhadas**. (no site há texto complementar ao tópico).

STF, AP 937: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".

Em caso de **crime de calúnia** (CP, art. 138), oposta a "exceção da verdade", cabe o julgamento pelo mesmo órgão julgador (STJ, Recl 6.595). Incidem as regras de conexão em face de coautor que não tenha foro privilegiado (STF, Súmula 704: "*Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*".) Podendo-se aplicar, ainda, a cisão ou desmembramento (CPP, art. 80), em relação aos acusados (STF, HC 693.253);

20) Incidente de Deslocamento de Competência: O incidente de deslocamento de competência (CR, art. 109, V-A), vincula-se à grave violação de Direitos Humanos, risco de responsabilização internacional e incapacidade das instâncias ordinárias em promover a investigação e julgamento dos crimes de repercussão**.** A competência é do STJ e uma vez reconhecidos os requisitos, transfere-se ao Juízo Federal, aparentemente mais aparelhado e não influenciável aos poderes regionais. O instituto sofre críticas, dada a amplitude de hipóteses e da ausência de critérios claros, ensejando a manipulação política. Foi utilizado poucas vezes, sendo que na primeira foi negado o deslocamento no caso da Irmã *Doroty* (STJ, IDC 1), justamente porque não se presumem os requisitos;

STJ, IDC 2, (Min. Laurita Vaz): "O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal fundamenta-se, essencialmente, em três pressupostos: a existência de grave violação a direitos humanos; o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas".

21) Julgamento por Colegiado (Lei 12.694/12 e Pacote Anticrime): O julgamento por colegiado (art. 1º, da Lei 12.694/12) instaura-se quando o juiz natural, na hipótese de Organizações Criminosas (Lei 12.850/13), declarar que o caso apresenta risco à sua integridade física e pessoal, convocando-se dois outros magistrados. A decisão seria colegiada e, no

caso de voto vencido, este não seria publicado. O modelo, embora tenha sido acolhido pelo STF (Adin 4.414), viola os documentos internacionais, especialmente pela manipulação do juiz natural e omissão de publicidade da fundamentação, já que o voto vencido permanece sigiloso. Com a Lei 14.964/19, redação do art. 1º-A, autorizou-se que os Tribunais possam criar, por Resolução, colegiado de juízes para o fim de realizar todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para RDD (§1º), de I – crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição (inciso I), de milícias do art. 288-A, do CP (inciso II) e das infrações conexas (inciso III). Atribui-se competência universal, da investigação até a execução, subtraindo a competência dos demais juízes, ao mesmo tempo em que manteve a problemática aparentemente superada da criação do Juiz das Garantias. A concentração de atos contraria a lógica da cisão funcional entre Juízes de Investigação e Julgamento. A competência territorial restou fixada para comarca sede da Circunscrição ou Seção Judiciária, fazendo com que as cidades maiores julguem casos de cidades menores, já que o juiz "*ao receber, segundo as regras normais de distribuição, processos ou procedimentos que tenham por objeto os crimes mencionados (...) deverá declinar a competência e remeter os autos em qualquer fase em que se encontrem, à Vara Criminal Colegiada de sua Circunscrição ou Seção Judiciária*" (§ 2º). Efetivada a remessa, todos os atos posteriores serão da competência do colegiado (§3º). Será necessário discutir o impacto das atribuições do Juiz das Garantias no âmbito do colegiado. De qualquer forma, a competência é absoluta e deve ser aplicada imediatamente, com deliberações de transição. O perigo é o forçamento de acusações para o fim de excluir a incidência do Juiz das Garantias, esvaziando seu conteúdo. De qualquer forma, as atribuições de controle de legalidade, próprias do Juiz das Garantias (CPP, art. 3-B, C, D) devem ser efetivadas pelo colegiado, inclusive o controle das investigações. O fato de, excepcionalmente, o julgamento ser colegiado não exclui os deveres legais de controle do poder estatal, realizados em coletivamente. A pretensão básica seria a garantia do julgador em face das ameaças provenientes de casos complexos e, para instauração do colegiado, é necessário, além das hipóteses do art. 1º-A, que o juiz natural, em decisão fundamentada, explicite os motivos de tal proceder (CPP, art. 315, § 2º). Assim é que pode ser instaurado em qualquer investigação ou ação penal, desde que motivado adequadamente. Por certo o Juiz das Garantias também pode se valer do colegiado. Serve como mecanismo de diluição da responsabilidade. Pode ser instaurado antes da ação penal ou no seu decorrer, diante de fatos contundentes, pelo tempo necessário, inclusive com deliberação eletrônica para garantir os magistrados;

22) Regras de Competência (*Ratione Loci*, Ação Privada e Prevenção): Apontada qual a Justiça competente, em seguida, cabe

discutir, a teor do art. 70, do CPP, qual o juízo competente para processar e julgar a infração**.** Prepondera a **teoria do resultado** (CP, art. 14) em que se verifica onde o crime se consumou. Aplica-se, também, a **teoria da atividade**, isto é, onde aconteceu a ação ou omissão, especialmente nos casos em que o resultado morte se dá em local diverso do local da infração, diante do deslocamento da vítima (STJ, RHC 22.295). A regra do art. 70 do CPP entra em conflito com as disposições do art. 6º, do CP e art. 63 da Lei 9.099/95, já que nesses últimos diplomas se adotou a **teoria da ubiquidade**, isto é, seria competente o lugar em que ocorreu a ação ou omissão, enquanto o CPP adota o critério do resultado. Com isso, um homicídio ocorrido na comarca A e tendo a vítima sido conduzida ao hospital na cidade B, teria a competência transferida para o local do resultado (cidade B), situação não acolhida pela jurisprudência, que mantém o lugar dos disparos (STJ, HC 95.853, Súmula 48);

CPP, art. 70: "A Competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução".

Nos casos de ação penal exclusivamente privada, o querelante poderá preferir – opção – o foro de domicílio ou residência do querelado (CPP, art. 73), podendo realizar '*Forum Shopping*';

Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regula-se pelo domicílio ou residência do acusado (CPP, art. 72). Não sendo conhecida, pela prevenção (CPP, art. 70, § 3º);

"Dito de modo simples, trata-se de saber se o juiz, por seu conhecimento dos autos, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, por sua atividade inquisitória na audiência e por ocupar, de facto, a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos, não está impedido de realizar uma avaliação imparcial, isto é, de processar as informações de forma adequada, ou se, pelo contrário, esse juiz não acaba preso à rota traçada nos autos da investigação preliminar, os quais foram construídos em regra de modo unilateral, porque quase que exclusivamente pela polícia, com pouquíssima influência da defesa, e que por isso contêm uma imagem dos fatos que reflete a perspectiva e o enfoque da polícia." **Bernd Shünemanna**

A **prevenção** (CPP, art. 70, § 3º) resolverá as controvérsias em face de limites territoriais, dúvida sobre o momento consumativo diante de divisas, bem assim nas demais hipóteses. De outro lado, salvo a aplicação do Juiz das Garantias, o juízo que tiver conhecido em primeiro lugar de qualquer das cautelares será prevento para a ação principal (CPP, art. 83), apesar da crítica da doutrina pela violação da imparcialidade objetiva, com os riscos cognitivos daí advindos;

23) Conexão e Continência: A conexão e a continência, reguladas pelos arts. 76-82, do CPP, buscam resguardar o interesse de julgamentos uniformes e simultâneos. Os casos devem estar na pendência de julgamento, já que não há sentido em reconhecer conexão com casos já julgados. Observar, também, as hipóteses de **cisão obrigatória** (CPP, art. 79 – Súmulas STF, 704; STJ, 122 e 234) ou **facultativa** (CPP, art. 80), em que as circunstâncias de tempo e de lugar, pluralidade de acusados ou outro aspecto relevante, autorizam a cisão. Nos termos do art. 76, I, do CPP, se dá **conexão intersubjetiva**, em que a conduta criminalizada acontece em paralelo, sem prévio ajuste, mas em condições de justificar o julgamento simultâneo (brigas coletivas, protestos conjuntos etc.), a **intersubjetiva concursal**, em que o prévio ajuste para realização de condutas criminosas guarda liame entre si (fruto de arma e roubo em seguida, p. ex.) ou a intersubjetiva por reciprocidade em que as condutas autônomas se vinculam pela situação fática (lesões recíprocas, ameaças). Nesses casos, justifica-se o julgamento conjunto em face do interesse probatório e do esclarecimento das circunstâncias das condutas. Já na hipótese do art. 76, II, do CPP, a conexão é objetiva, vinculando-se a existência de **crimes**

antecedentes que justificam a atração, especialmente porque, em regra, perpetrados em série (homicídio e ocultação de cadáver). Na hipótese de crimes de duas esferas (Federal e Estadual), prevalece a Federal (STJ, Súmula 122). Por fim, a **conexão probatória**, prevista no art. 76, III, do CPP, presta-se a ampla manipulação (***Fórum Shopping***), já que acontece antes ou no início da instauração da ação penal, sendo alvo retórico de interesses obtusos. Deveria existir relevância comunicativa das provas para o fim da configuração autônoma das condutas ou prejudicial (STJ, CC 145.514; CC 143.782; RHC 046.019). Deve-se demonstrar, motivadamente, a pertinência da união de julgamentos, somente em casos não julgados, para auxiliar na comunhão probatória. Evita-se, com isso, a discussão da prova emprestada ou do compartilhamento probatório, razão pela qual pode ser manejada com interesse tático, nem sempre democrático, dada a possibilidade de manipulação. Na hipótese de **continência**, diante da pluralidade de agentes vinculados pela mesma conduta, justifica-se a reunião de apuração em processo único. O caso é o de pluralidade de agentes e não de crimes (CPP, art. 77, I e II). Para fixação do Juiz Competente, deve-se seguir o caminho do art. 78, do CPP, com a advertência inicial de que as regras anteriormente indicadas, devem ser verificadas previamente, isto é, se o crime é Militar, Eleitoral, Foro Privilegiado ou Justiça Federal, iniciando-se pelo inciso IV, depois o III, do art. 78, do CPP. Superada a questão é que se verifica a prevalência do Tribunal do Júri (inciso I) e, por fim, aplica-se a regra do inciso II, segundo a qual prevalecerá **a)** o lugar da infração mais grave; **b)** de onde for praticado o maior número de infrações e; **c)** pela prevenção;

CPP, art. 76: "A competência será determinada pela conexão: I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas, em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova da outra infração".

STJ, Súmula 235: 'A conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado".

STF, QO, Inq. 4.130: "O encontro de evidências enquanto se persegue uma linha investigatória, não implica, por si só, nenhuma das modalidades de conexão previstas na lei processual'.

24) Conflito (de Jurisdição) de Competência: Embora se diferencie Jurisdição (entre Juízos de Estados diversos ou gradações da organização Judiciária) da Competência, o correto é dizer que a Jurisdição é do Estado e a Competência dos respectivos órgãos, daí que todos os conflitos seriam de competência (CPP, arts. 113-117). O conflito pode ser **positivo** (quando ambos se declaram competentes) ou **negativo** (quando ambos se declaram incompetentes), bem assim sobre unidade de julgamento (CPP, art. 114). A **Exceção de Incompetência** poderá ser oposta pelas partes (CPP, art. 115) ou pelos julgadores. Em se tratando de incompetência absoluta, independe de exceção. O processamento se dará conforme as disposições do art. 116, do CPP, decidindo o órgão *ad quem* (recursal), qual será o Juízo competente;

C – Controvérsia:

1) *Fórum Shopping*: As manipulações de competência penal pelo uso do *fórum shopping* são cada vez mais presentes no jogo processual**.** Escolher o julgador que se apresenta com maiores condições de acolher a pretensão é o sonho de qualquer autor de ação. Não faz sentido propor uma ação fadada ao insucesso. Logo, caso o leitor possa direcionar o foro, resistir a essa possibilidade é tarefa árdua, até porque se busca

otimizar o resultado favorável. O termo, cunhado no ambiente do direito internacional, significa: "*a pessoa que toma a iniciativa de propor uma ação em tribunal pode ser tentada a escolher o tribunal em função da lei que este deverá aplicar*". Transferida para o processo penal, diante das hipóteses de eleição do foro competente pela vítima/ofendido, pode-se escolher o que é mais acolhedor das pretensões ou com maior capacidade de julgamento rápido, bastando a consulta da pauta de audiências *online*. Nos casos de ação penal privada, por exemplo, a própria legislação autoriza (CPP, art. 73), bem como no regime da Violência Doméstica (Lei 11.340, art. 15). A questão a ser sublinhada é o uso da conexão e da prevenção (CPP, arts. 70 e 76), quer da investigação, quer do Juízo, para o fim de evitar distribuição, mantendo-se o julgador mais conveniente. Com essa tática, de duvidoso *Fair Play*, aumentam-se as expectativas de uma decisão favorável. Trata-se de **manipulação** do Juiz Natural e, atualmente, amplamente manejada, especialmente com a instauração de investigações preliminares forçadas pela imaginária conexão probatória**.** Por aí se vê que o jogo do processo penal é suscetível às recompensas, nem sempre republicanas, principalmente em operações de porte que, diante do tamanho e do impacto efetivado, no tempo, tornam-se grandes para se reconhecer a ocorrência do *fórum shopping*, porque significaria a anulação de todos os atos subsequentes. O efeito é a tolerância à manipulação, criando-se juízos universais a partir de uma única investigação, até porque quando o juiz também quer, aceita a competência (ação oportunista). Enfim, uma prática que aportou no processo penal, em vias de extinção, espera-se;

2) Renúncia de Mandato: A renúncia do mandato ou função às vésperas do julgamento, com o fim de frustrá-lo, também foi superada pelo julgamento da AP 396, em que o STF decidiu se tratar de "abuso de direito" com o fim de fraudar a aplicação da lei, modalidade de *doping*. Aguardar o julgamento para renúncia é comportamento processual contraditório (*venire contra factum proprium*);

D – Estratégia:

1) Planejamento e Cuidados: O domínio das regras de competência autoriza o comportamento estratégico diante das controvérsias existentes. Só deve ser invocada se as probabilidades forem robustas, porque do contrário, podem gerar efeito adverso (rebote se o juiz continuar no caso).

5.5 Ação no Processo Penal

A – Definição:

Ação Penal é o meio pelo qual, os expressamente Legitimados por lei, desde que preenchidos os requisitos e condições (Tipicidade Aparente,

Punibilidade Concreta e Justa Causa), acionam a Jurisdição para o fim de instaurar o processo penal.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Princípio da Obrigatoriedade/Indisponibilidade (ação penal pública): O princípio da obrigatoriedade manifesta-se pela **legalidade**, pelo qual, preenchidos os requisitos legais para o exercício da ação penal, deve o acusador público operar (CR, art. 129, I, CPP, art. 24). A avaliação dos pressupostos, requisitos e condições é do agente público (***accountability***). Tratamos anteriormente da disponibilidade regrada na Justiça Negocial. Adiante abordaremos o regime do arquivamento;

"Com a estruturação do Ministério Público como instituição e a previsão de inúmeras funções primordiais aos seus membros, um princípio novo surgira no sistema processual, o da obrigatoriedade da formação da *pinio delicti*, não restando espaço para a obrigatoriedade da ação pública". **João Porto Silvério Júnior**

2) Princípio da Oportunidade/Disponibilidade (ação penal privada): A vítima pode deixar de exercer o direito de ação por meio da **decadência**, operada pelo decurso de 6 (seis) meses da data em que soube quem foi o autor do fato (CPP, art. 38) ou pela **renúncia** (ato unilateral: expressa ou tácita). Pode ainda ocorrer a **perempção** (deixar de dar andamento ao processo: CPP, art. 60, I) ou o **perdão** (bilateral: depende da aceitação do acusado, nas modalidades expresso ou tácito; CPP, art. 58 e 60);

3) Princípio da Indivisibilidade: Embora previsto somente nos casos de ação penal privada (CPP, art. 48), entende-se que – em decorrência do princípio da obrigatoriedade/legalidade – o Ministério Público não pode selecionar arbitrariamente, dentre os possíveis autores do fato, contra quais exercerá a ação penal. Diante da autonomia e distinção das condutas, pode denunciar alguns e arquivar em relação a outros. O MP não pode deixar se exercer a ação por razões não públicas. Na hipótese privada, a não inclusão de coautor (Pedro e João com indícios de autoria e materialidade, mas queixa somente ofertada contra Pedro) encontra 3 (três) soluções: **a)** a inclusão, por aditamento do MP, do coautor João (posição dominada); **b)** extinção da punibilidade por violação da indivisibilidade (**dominante**); e, **c)** intimação do querelante para se manifestar expressamente ou incluir João, no prazo de 3 (três) dias, já que a renúncia deve se dar de forma deliberada (STJ, RHC 55.142, Min. Felix Fischer);

4) Princípio da Oficialidade: No caso de ação penal pública ou condicionada à representação, o Ministério Público possui papel de protagonista em face da assunção, pelo Estado, do exercício da Jurisdição Penal, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei de ação penal privada (exclusiva, personalíssima ou subsidiária), casos em que o Ministério Público oficiará. Observa-se a garantia do Ministério Público natural, evitando-se a manipulação do órgão;

5) Princípio da Intranscendência: nenhuma pena passará da pessoa do condenado (CR, art. 5º, XLV);

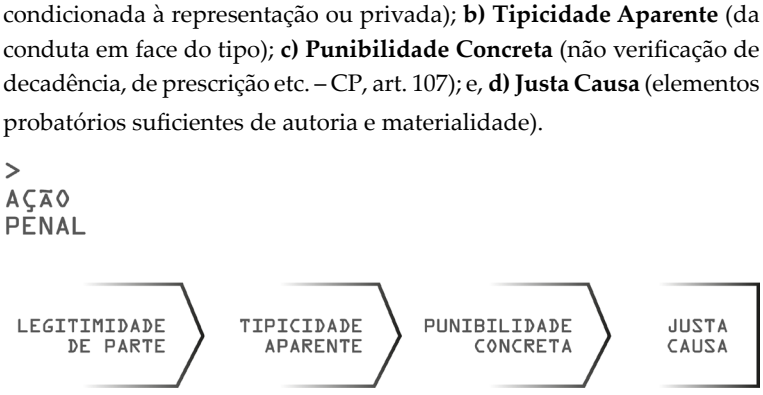
6) Direito Público Subjetivo, Abstrato e Controlado: O exercício do direito de ação penal precisa ser modulado ao campo penal. Viola a lógica

democrática a submissão de alguém à condição de acusado por mero exercício abstrato do direito de ação (Ministério Público ou Querelante). A discussão sobre a autonomia do direito de ação (a polêmica sobre a *actio*: Windsheid e Muther), foge aos nossos propósitos operacionais. Iremos apontar os **pressupostos** e **condições** da **Ação Penal**;

"É fácil obter confirmações ou verificações para quase toda teoria – desde que as procuremos. As confirmações só devem ser consideradas se resultarem de predições arriscadas; isto é, se, não esclarecidos pela teoria em questão, esperarmos um acontecimento incompatível com a teoria e que a teria refutado. Toda teoria científica 'boa' é uma proibição: ela proíbe certas coisas de acontecer. Quanto mais uma teoria proíbe, melhor ela é. A teoria que não for refutada por qualquer acontecimento concebível não é científica. A irrefutabilidade não é uma virtude, como frequentemente se pensa, mas um vício". **Karl Popper**

7) Pressupostos e Condições da Ação: O CPP indica, no art. 395, que "*a denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar* ***pressuposto processual*** *ou* ***condição*** *para o exercício da ação penal, ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal*". Para o exercício do direito de ação penal é preciso observar os **pressupostos** processuais (Normas *Standard* que estruturam a Jurisdição Penal) e as **condições** da ação: **a) Legitimidade** da parte autora (atribuída por lei: ação pública, condicionada à representação ou privada); **b) Tipicidade Aparente** (da conduta em face do tipo); **c) Punibilidade Concreta** (não verificação de decadência, de prescrição etc. – CP, art. 107); e, **d) Justa Causa** (elementos probatórios suficientes de autoria e materialidade).

"a) as condições à admissibilidade da acusação devem ser deduzidas do próprio Código de Processo Penal e do fenômeno processual penal. Assim, propõe-se adotar a denominação: tipicidade aparente ou injusto aparente; punibilidade concreta; legitimidade de parte; justa causa ou lastro probatório mínimo; b) além das condições genéricas à admissibilidade da acusação, que se aplicam a todas as ações, em todos os casos, são também conhecidas as condições específicas da ação penal em sentido estrito, que se limitam a situações específicas determinadas pela natureza do crime ou pela iniciativa em relação à ação penal, previstas em dispositivos processuais penais do Código e de leis especiais". **Marco Aurélio Nunes da Silveira**



8) Ação Penal (pública, condicionada e privada): A **Legitimidade** é estipulada por lei (CP, art. 100). **Ação pública** é a exercida pelo Ministério Público. **Ação pública condicionada** depende de representação da vítima. Entende-se que a **representação** não exige maiores formalidades, desde que contenha "expressa" e "inequívoca" manifestação da vontade de exercer a ação penal (CPP, art. 39), no prazo legal de seis meses (CPP, art. 38 c/c art. 10 do CP, incluindo o dia do conhecimento do fato; difere do prazo processual), sob pena de **decadência** (perda do direito de ação). A **ação privada** diferencia-se: **a)** ação penal privada exclusiva (vítima ou sucessores); **b)** ação penal personalíssima (vítima, não transmissível aos sucessores); e, **c)** ação penal privada subsidiária da pública (vítima, diante da inércia do MP). Ocorrendo a **morte** do titular, o direito transfere-se ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (CPP, art. 31 e 36). Sendo o ofendido **menor** de 18 anos, portador de necessidades especiais, não tiver representante ou os interesses se colidirem, será nomeado curador especial (CPP, art. 33). O Ministério Público dispõe de **prazo** para analisar a investigação preliminar (5 dias para preso e 15 dias para solto; CPP, art. 46). Excedidos os prazos, sem novas diligências, declinação de atribuição ou arquivamento, surge a **legitimação extraordinária** da vítima/representante legal (CR, art. 5º, LIX; CPP, art. 37). Recomendamos prévio requerimento (oral ou por escrito) ao Ministério Público. Promovida

a **ação subsidiária**, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente, podendo: **a)** requerer e acompanhar a produção de provas; **b)** repudiar ou aditar a queixa substitutiva, nos casos de inépcia; **c)** atuar no processo, inclusive interpondo recursos; e, **d)** retomar a legitimidade no caso de negligência do querelante. Diante dos efeitos da simples instauração de ação penal privada abusiva, para fins do art. 339, do CP ou LAA, art. 27, parte significativa da jurisprudência exige que o **instrumento de mandato** (CPP, art. 44), contenha a descrição do fato imputado, sendo insuficiente a mera referência ao tipo penal, sob pena de rejeição liminar (pode ser renovada, desde que não operada a decadência; CP, art. 38);

STJ, AgRG RHC 121.340 (Min. Reynaldo Soares da Fonseca): "A jurisprudência dos Tribunais Superiores possui entendimento de que a decisão que recebe a denúncia possui natureza jurídica de interlocutória simples, não necessitando fundamentação exauriente por parte do Magistrado quanto aos motivos do seu recebimento. Trata-se de declaração positiva do juiz, no sentido de que estão presentes os requisitos fundamentais do artigo 41 e ausentes quaisquer hipóteses do artigo 395, ambos do CPP".

STF, Súmula 714: "É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções".

9) Denúncia ou Queixa Apta: A conduta deve ser descrita e definida na peça inicial para o fim de estabelecer os limites da imputação, fixar a competência, proporcionar a ampla defesa e o contraditório. A verificação depende da qualidade da descrição, porque estabelecerá as elementares e os pontos fixos da **Hipótese Acusatória**. A descrição deve proporcionar condições de verificação (ser falsificável: juízo de sim ou não), ou seja, a prova a ser produzida deve autorizar, por meio de **Inferências Epistêmicas**, a possibilidade de o julgador declarar objetivamente a "suficiência probatória" (superação d o *Standard* de prova). Sem a possibilidade de verificação da conduta, por critérios empíricos mínimos, impugnáveis pela defesa, a decisão será subjetiva e incontrolável. A denúncia/queixa apta é "condição de possibilidade" à instauração válida do processo.

STJ, HC 370.972 (Min. Néfi Cordeiro): "É entendimento consolidado desta Corte que o oferecimento da denúncia sem a norma complementadora constitui inépcia da denúncia, por impossibilitar a defesa adequada do denunciado".

STJ, AgRG HC 128.000 (Min. Felix Fischer): "Nos crimes de autoria coletiva, conquanto não se possa exigir a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado, é necessário que a peça acusatória estabeleça, de modo objetivo e direto, a mínima relação entre o denunciado e os crimes que lhe são imputados. O entendimento decorre tanto da aplicação imediata do art. 41 do CPP como dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da individualização das penas e da pessoalidade".

O art. 41 do CPP exige que a denúncia/queixa-crime contenha a **exposição do fato criminoso, com todas as circunstâncias**, a qualificação do acusado, quando possível, a imputação e o rol de testemunhas. Também precisa ser assinada pelo Ministério Público ou pelo advogado com poderes para tanto (CPP, art. 44). A denúncia/queixa fixa os limites da **Hipótese Acusatória**, com a autorização restrita de ampliação (CPP, art. 383-384). Deve descrever não só *o **que***, mas ***como*** ocorreu. Por isso, precisa atender ao modelo tópico-interrogativo (*quis, quid, ubi, quando, quibus auxiliis*), segundo o qual é preciso apontar, **a)** ***quem*** é o acusado? (CPP, art. 259); **b)** ***quais*** condutas lhe são imputadas?; **c)** ***onde*** teriam sido realizadas?; **d)** ***quando***, (data) ocorreram? **e)** com ***que meios*** as realizou? e; **f)** qual a ***motivação*** elemento do tipo: dolo ou culpa. A importância da fixação dos limites reside justamente no fato de que é impossível o exercício da defesa quando as condutas não são verificáveis. O acusado deve se defender de "fatos singularizados", "tangíveis", "verificáveis, capazes de obterem o juízo de "suficiência probatória" no decorrer da instrução. Do contrário, deixa de ser **direito penal de conduta**, para se transformar em **direito penal do autor**. Evidentemente que nem sempre todos os itens do modelo tópico-interrogativo poderão ser descritos, mas isso não pode ser implícito, nem decorrente de investigação apressada. **P.ex**, quando se imputa associação criminosa de modo genérico "*em data e condições a serem apuradas durante a instrução*", a denúncia é inepta e talvez "abuso de autoridade" (LAA, art. 30), porque demonstra a inexistência de

investigação adequada. A inclusão da imputação genérica é uma "aposta acusatória abusiva", desprovida de evidências capazes de sustentar o recebimento denúncia, nessa parte. Se existem indicadores, devem constar da denúncia; ausentes, é abusiva a denúncia "lotérica" (os julgadores são bem tolerantes com denúncias oportunistas). A acusação, ademais, fixa os limites da instrução probatória e da decisão (correlação entre denúncia e sentença), justificando o controle de relevância probatória (deferimento ou não). Uma **estratégia oportunista** utilizada é a de colocar o mínimo de detalhes na acusação, descrevendo os fatos genericamente para o fim de evitar inconsistências probatórias. É modalidade de *doping***.** Quanto mais detalhada for a descrição, mais chances de inconsistências. O limite disso acontece na impossibilidade de o acusado se defender. Analisemos, p.ex., as seguintes opções: **a)** *"entre os anos de 2008 a 2017 o acusado, que atuava como empregado da vítima, subtraiu para si, dois pingentes de ouro, um liquidificador e duas camisetas, avaliados em R$ 800,00 (oitocentos reais), os quais não foram recuperados*"; **b)** "*no dia 17.05.2016, entre às 19 e 20:30 horas, na residência da vítima, o acusado subtraiu para si dois pingentes de ouro, um liquidificador e duas camisetas, avaliados em R$ 800,00 (oitocentos reais), os quais não foram recuperados*". Qual das duas descrições torna o trabalho de preenchimento mais cômodo, ampliando ilegitimamente as expectativas de sucesso? Evidentemente que a primeira. O Devido Processo Legal pressupõe agentes acusadores que não se comportem de modo oportunista. A conduta deve descrever conduta específica (determinável), no tempo e no espaço. Acusações genéricas, com longo espaço de tempo, tornam a defesa impossível (modalidade de *doping* processual). Daí serem **ineptas** as denúncias que descrevem "longos espaços de tempo", sem precisar minimamente o "espaço de tempo" da conduta, por impedir o exercício da defesa. A imputação pressupõe a realização do "núcleo" do tipo penal e, como tal, deve ser descrito, com o máximo de detalhes possíveis. A ausência de indicadores suficientes autoriza a continuidade das investigações e não o oferecimento de denúncia genérica (com pouco marcadores objetivos e verificáveis);

LAA, art. 30: "Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem **justa causa** fundamentada ou contra quem sabe inocente".

TJRS, ApCrim. 70055767776 (Des. José Antônio Cidade Pitrez): "Caso concreto em que a denúncia é totalmente imprecisa sobre a data, hora, local e maneira que se deu o fato (aquisição de arma de fogo), dando margem a diversas presunções. Sendo a denúncia o limite da condenação e a peça que direciona a defesa do réu, juridicamente é inviável presumir os fatos nela imprecisos em desfavor desse; ou seja, não se pode presumir que foi em circunstâncias autônomas e com finalidade diversa do cometimento de crime doloso conta a vida que a arma foi adquirida (única possibilidade de imputar ambos os delitos ao acusado). Raciocínio jurídico que é esperado do operador do direito, mas não necessariamente de um Juiz leigo, motivo por que deve ser aplicado na pronúncia".

STJ, AgRG HC 130.466. (Min. Felix Fischer): "Para o recebimento da peça acusatória, não se exige prova cabal de todas as afirmações de fato e de direito tecidas na denúncia, pois é suficiente a sua verossimilhança, desde que bem assentada no acervo de elementos cognitivos que subsidiam a acusação".

10) Denúncia Alternativa: Há controvérsia sobre a denúncia **alternativa**, uma vez que, em muitos casos, ela impede o exercício de defesa, afinal, sem uma conduta definida e singularizada, como pode o acusado se defender? A denúncia/queixa alternativa é o sintoma da deficiente investigação preliminar e, portanto, deve ser rejeitada. Cuida-se de **posição dominada** o uso da denúncia alternativa;

11) Acusado se Defende da Descrição dos Fatos e da Capitulação: Da descrição dos fatos deve decorrer logicamente o pedido. Insustentável, por agredir a lógica, é a versão corrente de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação, tributária aos pressupostos da superada Teoria da **Relação Jurídica**. Essa compreensão pressupõe que compete às partes somente produzir prova, além de, implicitamente, tratar o Ministério Público como incapaz ou incompetente. A hipótese de nova

definição jurídica, no limite da legalidade, *Mutatio libeli* e *Emendatio libeli* (CPP, art. 383 e 384), não autoriza mais, diante do Devido Processo Legal, a alegação de que a capitulação é acessória. Ela é parte fundamental, pois fixa a **competência**, nega ou concede benefícios processuais etc., além de ser condição à congruência da sentença. Aceitar que o "acusado se defende dos fatos", "pouco importando a capitulação, é sintoma da ausência de compreensão adequada do processo como procedimento em contraditório, pela "surpresa" decisória, além de contribuir para o abuso de capitulação e o *doping* processual. Já deveríamos ter superado a noção de processo como Relação Jurídica (ainda **dominante**). **Acusação apta guarda nexo entre a conduta descrita e a capitulação. Do contrário, deve ser rejeitada por inépcia**;

STJ, RHC 39.627 (Min. Rogerio Schietti Cruz): "1. A denúncia, peça acusatória revestida de tecnicalidades e formalidades, deve seguir os ditames do art. 41 do Código de Processo Penal, de sorte que a atribuição, ao denunciado, da conduta criminosa seja clara e precisa, com a descrição de todas as suas circunstâncias, a fim de possibilitar a desembaraçada reação defensiva à acusação apresentada. 2. Na hipótese em apreço, a denúncia imputou à recorrente o crime de homicídio doloso, por haver – ao deixar de comparecer ao hospital a que fora chamada quando se encontrava de sobreaviso – previsto e assumido o risco de causar a morte da paciente que aguardava atendimento neurológico. No entanto, a exordial acusatória não descreve, de maneira devida, qual foi o atendimento médico imediato e especializado que a recorrente poderia ter prestado (e que não tenha sido suprido por outro profissional) e que pudesse ter evitado a morte da paciente, bem como não descreve que circunstância(s) permite(m) inferir que tenha ela previsto o resultado morte e a ele anuído".

STJ, HC 452.570 (Min. Antonio Saldanha palheiro): "O princípio da correlação representa um dos mais importantes postulados para a defesa, estabelecendo balizas para a produção da prova, para a condução do processo e para a prolação do édito condenatório ao disciplinar a imperiosa correspondência entre o comportamento imputado ao acusado e sua responsabilidade penal. Portanto, inadmissível seja o indivíduo condenado por condutas não descritas na inicial acusatória. Decerto, outrossim, que o réu se defende dos fatos narrados na incoativa, e não da capitulação jurídica a eles atribuída pela acusação. Sendo assim, o Magistrado, ao proferir a sentença, poderá conferir nova definição jurídica aos fatos narrados na denúncia, sem que tal procedimento implique ofensa ao princípio em desfile".

12) Custo do Processo e Ação Penal Frívola (abusiva): Processo penal não dá em árvores, porque demanda a alocação de recursos públicos. Há o **custo do processo**, o **custo de oportunidade**, além de que cada processo **rivaliza** com os demais no consumo de atenção consciente dos agentes, pauta de audiências, despachos e decisões. O exercício do direito de ação deve ser eficaz e eficiente, ou seja, o enquadramento de que "se trata de apenas mais um caso", não considera a acumulação de "todos os casos". *Garret Hardin* desenvolveu a noção de **Tragédia dos Comuns**, segundo a qual o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito (processo penal), terminam por condenar estruturalmente a funcionalidade do "sistema penal", por conta da tendência de ***superexploração***. Em face dos limitados recursos do Poder Judiciário e de sua limitada capacidade de assimilação, a propositura de ações penais, sem custo (Ministério Público), tendem a gerar o excesso de litigância (abusiva ou frívola). O custo de um processo é assimilado pela coletividade, rivaliza com outros processos mais importantes e, ao final, faz com que a Justiça Penal não funcione adequadamente. Não se trata de "cobrar custas" do Ministério Público e sim no "se dar conta" de que "mais um processo", no conjunto, provoca efeitos sistêmicos deletérios. O mais paradoxal, ainda, é que o jogador acusador muitas vezes não se dá conta de que, diante da incapacidade instalada de acolhimento de novas ações penais, o sobrecarregamento com as demandas existentes implicará na rivalidade entre os casos, a saber, a ação nova competirá com a antiga e o efeito em ambas será ineficiente. Ao propor novas ações penais, o acusador "compete com ele mesmo" (rival de si) e diminui, muitas vezes, a própria possibilidade de o Direito Penal ser efetivo. Até porque o acusador, em regra, quer decisões de mérito e não apenas ações penais instauradas. A racionalidade punitiva exige a **atuação estratégica**, em que se leve em consideração o **custo-benefício** "de mais um caso": quanto tempo até a decisão condenatória? Vale propor ANPP? Além de se analisar, com cuidado, a "justa causa", a "bagatela/insignificância" ou mesmo o nexo de executar a pena. **Análise Econômica da Litigância Penal** melhora a resposta, aos que se dão conta. Por isso, a consciência de que os **custos do processo penal** e de **oportunidade**

serão arcados por todos os usuários, inclusive o acusador, transforma a experiência com o processo penal, especialmente na disposição pelo uso da **Justiça Negocial**;

"E os remédios jurisdicionais demandam a criação e manutenção de uma complexa estrutura pública (embora não necessariamente governamental, como a judiciária) de modo a assegurar o acesso dos indivíduos a uma esfera própria para tutela dos direitos, o que não pode se dar -na fórmula deveras expressiva dos autores [Sustein/Holmes] – em uma situação de vácuo orçamentário (*budgetary vacum*). Os direitos – todos eles – custam, no mínimo, os recursos necessários para manter essa estrutura judiciária que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para tutela de seus direitos". **Flávio Galdino**

"Os denominados litigantes frívolos, provável produto da massificação da judicialização da Justiça, perturbam, com a sua actuação, a eficaz realização da mesma ao fazerem incorrer em custos inúteis todos os restantes intervenientes [...] Notou-se, de resto, que um dos objetivos da litigância frívola pode passar apenas pela obtenção de um acordo favorável. Na óptica social, a participação desse tipo de jogadores é genericamente prejudicial". **Miguel Carlos Teixeira Patrício**

"A incorporação do elemento tempo na condição de litigância ilustra de forma simples como a morosidade judicial reduz a utilidade social do Judiciário. [...] Quanto mais demorado para se obter a prestação jurisdicional, menos o valor do direito. No limite, um Judiciário arbitrariamente lento destrói o próprio direito pleiteado". **Ivo Giko Jr**

13) Punibilidade Concreta e Prescrição Pena Hipotética: Se o possível efeito da atribuição da responsabilidade (aplicação efetiva da pena) não estiver presente no momento do exercício da ação penal ou, ainda, se houver grande probabilidade de inefetividade, a manutenção "de mais um processo" é ineficiente aos envolvidos (acusado sem pena, vítima sem resposta, além dos custos de processamento) e também à gestão dos demais casos penais, porque **rivalizará** por pauta, despachos, decisões etc., além do **custo de oportunidade** de todos os envolvidos (poderiam estar atuando em outros feitos). É irracional e ineficiente. Embora exista a Súmula 438 do STJ, sem caráter vinculante, é abusiva a continuidade de "Processo *Walking Dead*", devendo-se reconhecer a **Prescrição Antecipada/Hipotética** por ausência de ***trade-off***. Verificando-se, à evidência, que a pena a se aplicar será atingida pela prescrição, torna-se inviável e inócuo que se prossiga até sentença de mérito (mesmo condenatória, nenhum efeito concreto produzirá). A permanência de um processo "zumbi" (prescrito) em tramitação somente prejudica a efetividade dos demais, por rivalizar, além de contribuir para prescrição dos demais. Até mesmo por questão de política criminal, evita-se o prosseguimento de ação inútil, com custo exorbitante, além de estigmatizante. Não se trata de mitigar a indisponibilidade da ação penal, como alguns podem invocar. Cuida-se da demonstração do uso racional de recursos públicos escassos e que o resultado será inservível ao fim político da pena. A condenação será inútil. Cumpre reconhecer, por antecipação, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com base na pena hipotética em concreto. Insistir é uma forma da **Tragédia dos Comuns**;

STJ, Súmula 438: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

"A incorporação do elemento tempo na condição de litigância ilustra de forma simples como a morosidade judicial reduz a utilidade social do Judiciário. [...] Quanto mais demorado para se obter a prestação jurisdicional, menos o valor do direito. No limite, um Judiciário arbitrariamente lento destrói o próprio direito pleiteado". **Ivo Giko Jr**

"Todo ser humano busca individualmente a maximização da sua utilidade de forma infinita em um mundo cujos bens são finitos. Desse modo, o exercício dessa liberdade, ao invés de representar o resultado positivo racionalmente esperado por cada um isoladamente, conduz à sobreutilização e ao esgotamento dos recursos naturais. Com esta metáfora o autor pretende demonstrar que a lógica preconizada por Adam Smith, e apropriada pelos economistas neoclássicos, no sentido de que o exercício da liberdade individual representa ganhos coletivos, é incompatível com um quadro de limitação de recursos disponíveis". **Eduardo Oliveira Agustinho**

14) Tipicidade Aparente e Justa Causa: Para o recebimento da ação penal é necessária a análise da "justa causa" e da "tipicidade aparente"(formal e material), a saber, a conduta descrita na denúncia deve corresponder, pelo menos em tese, ao tipo penal indicado na denúncia/queixa, sustentada nas evidências produzidas na investigação preliminar. Não se pode acolher o exercício do direito de ação com base em "**evidências precárias**". Enquanto a tipicidade aparente enseja o juízo de pertinência (nexo hipotético: causa provável) entre o material trazido da investigação e a tipicidade apontada pela acusação, a **justa causa** serve de filtro formal e material, a partir da leitura da criminologia, dando-se relevo ao juízo político criminal das imputações, dentre elas as bagatelas e abusivas, bem como aos custos decorrentes da aceitação de todas as acusações. Evita-se a instauração de ação penal em face de condutas que, embora possam ser reprováveis do ponto de vista coletivo, no campo penal, carecem de **tipicidade material** ou operam com **excesso de capitulação**. Na admissão da ação penal será necessária a verificação da parametricidade entre a descrição da premissa fática, a imputação, as

evidências amealhadas e a "justificação" motivada da **justa causa**. Não se pode falar genericamente no direito ilimitado de acusar, dado que isso significaria abuso de direito, especialmente no mundo de escassez de recursos, no qual se deve verificar o ***trade-off*** de "cada ação" a ser proposta. O direito de ação do Estado não se confunde com as condições para o exercício, porque deve-se levar em conta o cenário e o contexto em que "cada ação" será proposta, tanto em relação ao Direito Penal, quanto à capacidade de assimilação da unidade jurisdicional. Do contrário, caminhamos rumo à **Tragédia dos Comuns**;

"A justa causa diz para com a existência de elementos que reclamem, para o caso disposto, a intervenção política em seu grau mais agudo (político-criminal) e diante dos instrumentos também mais agudos desse grau (o sistema jurídico-penal). E a análise dessa existência não apenas deve caminhar ao lado dos fatores jurídico-legais que conformam sua viabilidade e regularidade no esteio do estado democrático de direito, mas deve sobrepujar-lhes, por vezes. Afinal, tanto são características de um estado democrático (e constitucional) de direito a legitimidade punitiva (guardadas suas proporções e condições de implemento), uma índole de cunho garantista dessa atuação estatal, como também a verificação interminável e constante da qualidade interventiva que o mesmo proporciona". **Gabriel Antinoff Divan**

15) Insignificância: A punição da **bagatela/insignificância** precisa ser vista na perspectiva dos processos em andamento e das futuras que se avizinham. Com escassez de recursos (juízes, Ministério Público, orçamento, pautas etc.) a decisão sobre iniciar "mais um processo" depende do domínio das trocas compensatórias, ou seja, ***trade-off*****,** entendido como a escolha por uma das alternativas incompatíveis de se obter. Em crimes de bagatela, por sua vez, como no caso de tentativas de furto em supermercado, crime impossível (CP, art. 17, embora rejeitado pelo STF e STJ: Súmula 567 ; acolhendo: STF, RHC 144.516), em que são objeto comida, bens de consumo, bonecas etc., sem prejuízo, em regra, o custo do processamento é gigantesco e desprovido de sentido democrático. O custo associado das decisões, do processamento, da defesa, do parecer e de julgamento, rivaliza com casos mais importantes. Esse é o sintoma da **Tragédia dos Comuns** no processo penal. As condições de efetivação das alternativas são inviáveis. Daí que no ambiente forense os cenários de cada unidade devem ser levados em consideração. Receber o Inquérito Policial e oferecer denúncia sem analisar o cenário é próprio de acusadores que não entendem a dimensão da sua função e depois reclamam que os processos demoram e que há muita de audiência;

"O conceito de insignificância utilizado pelo processo para fundamentar o princípio da oportunidade é diferente do conceito de insignificância que, no Direito Penal, é utilizado para reconhecer que uma conduta não é típica. No princípio da oportunidade, o conceito de insignificância pressupõe que é menos relevante que outros casos ou que sua importância não é suficiente em relação aos custos da persecução penal". **Alberto Binder**

16) Investigação Preliminar Madura: A investigação deve estar "madura", até porque incide a correlação entre a denúncia e a sentença, inclusive com a possibilidade de pedido de **perda alargada**. Investigações precárias geram processos frágeis e, por não ser possível a renovação na hipótese de absolvição, antecipar as expectativas é racional. Nos casos em que as evidências são duvidosas, muitas vezes o arquivamento, até a obtenção de mais elementos, é mais inteligente do que uma aventura sem chances de êxito. Ao mesmo tempo, com a ampliação dos espaços de consenso, dentre eles o ANPP, o protagonismo do Ministério Público será mais decisivo, principalmente se souber gerenciar o "estoque" de processos;

"Não há mais espaço para a admissão acrítica das acusações penais, pois a ordem pública, observada pelos mais diversos ângulos, convoca a jurisdição ao exame não apenas da justa causa para a ação penal, como também da legalidade da atividade anterior, preparatória, indagando sobre a estrita legalidade da obtenção e preservação dos meios de prova – isto é, da escrupulosa legalidade de acesso às fontes de prova e da manutenção destas fontes em condição de serem consultadas, oportunamente, pelas partes". **Geraldo Prado**

17) Excesso de acusação (*overcharging*) e Emenda da Denúncia/Queixa: Controversa é a possibilidade de o juiz controlar os limites e/ou o abuso de acusação. Se a **justa causa** é condição para o exercício da ação, a verificação se dará em face de um tipo penal em tese violado que completa a denúncia/queixa**.** A descrição de conduta, acrescentando-se imputações abusivas – carga excessiva – pode impedir a concessão de benefícios

processuais ao acusado (Suspensão Condicional do Processo, ANPP, por exemplo), fazendo com que nos registros penais o acusado ostente processo em tramitação, com os efeitos daí inerentes. A Boa-fé objetiva das práticas estatais exige que o Estado-Juiz determine a adequação da qualificação jurídica em face da conduta narrada, uma forma de *emendatio libelli*. No caso de **Justiça Negocial**, o excesso de acusação é uma realidade porque se pode denunciar a mais para se ter "gordura" para barganha (*overcharging*)**.** A ausência de nexo entre a descrição da conduta e a imputação, bem assim o abuso da acusação, devem ser analisadas pelo juiz no ato de recebimento da denúncia, determinando a manifestação preliminar do acusador, na linha do contraditório *fazzalariano* (o poder do jogador de influenciar a decisão) e, não superada a questão, a **rejeição da denúncia/queixa** por ausência de nexo entre a descrição e a imputação, aliás, requisito (CPP, art. 41 "a classificação do crime"), embora não aceita pela jurisprudência dominante (STF, HC 113.169; STJ, 165.278). O abuso da acusação pode alterar o procedimento, implicar em autorização para medidas cautelares, dentre elas a prisão, alterar a competência para processamento e julgamento da ação, ou seja, pode servir de mecanismo ao *doping*, manipulador do *Fair Play* processual. Não se trata de pré-julgamento e sim do reconhecimento ou não, em tese, de nexo lógico entre a descrição da denúncia e a imputação apresentada. A pergunta a ser respondida pelo magistrado é: *se for verdadeira a acusação, a qualificação jurídica estará correta?* Respondida positivamente, desnecessária a providência; negativamente, sim. Acusação não é cheque em branco e deve ser exercida com controles estatais. O mais interessante é que este argumento de impossibilidade de controle da acusação é mitigado nos casos de ação penal privada (queixa-crime), hipóteses em que o próprio Ministério Público, ao se manifestar sobre a pretensão acusatória, muitas vezes dá nova qualificação ou mesmo aponta abusos. Logo, o controle da adequação do nexo de causalidade entre a conduta descrita na denúncia/queixa é obrigação do Juiz quando da admissão da **Hipótese Acusatória**. No caso de ação penal pública, descabe ao julgador determinar a complementação da forma, da narrativa ou das provas, dado que o Ministério Público congrega poderes para eleger a melhor tática narrativa, bem assim de arrolar, ou não, testemunhas. Logo, a **emenda da inicial** é estranha, ainda que minoritariamente acolhida (STJ, RHC 37.587, em que se determinou a emenda para complementar com o rol de testemunhas, mesmo havendo preclusão). Há posicionamento isolado autorizando que o juiz determine a complementação/adequação, no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 321), salvo se for preso, em 5 (cinco) dias, o mesmo prazo da denúncia. Tecnicamente deve o juiz rejeitar a denúncia, não sendo impeditivo da apresentação de nova, desde que atendidos os comandos limitadores anteriormente fixados;

"A qualificação jurídica do fato imputado norteia o exercício da defesa. A boa defesa técnica deve se ocupar não apenas com a imputação fática, mas também com a capitulação jurídica do fato. [...] Atribuir diversa definição jurídica no juízo de admissibilidade da ação penal respeita o princípio do contraditório efetivo, pois evita surpresa às partes no momento da prolação da sentença". **Aline Guidalli Pilati**

18) Aditamento da Denúncia/Queixa (Boa-fé e *Doping*): Depois de ofertada a denúncia, pode surgir o **aditamento da denúncia**. Os limites do

aditamento dependem, mais uma vez, de quem são os agentes processuais, porque a verificação da **Boa-fé Objetiva** do comportamento "aditivo" vincula-se aos pressupostos: **a)** de que a ação só deveria ter sido exercida quando sustentada por **investigação madura**; **b)** de o agente ministerial ter denunciado todas as condutas identificadas como "criminosas", não tendo "guardado na manga" uma conduta surpresa para fins de aditamento; **c)** de que a conduta "aditada" decorra de elementos incorporados depois da primeira denúncia, em atendimento ao **princípio da indisponibilidade** (o MP não poderia ter deixado de denunciar se já existia "causa provável"); e, **d)** da confiança depositada no agente ministerial (premissa de ser capaz e competente) de que, se não denunciou a conduta aditada na primeira oportunidade, foi porque inexistiam elementos suficientes (o aditamento viola a boa-fé objetiva na modalidade ***supressio***, pela configuração do **arquivamento implícito**). Por esses motivos, o "aditamento" deve ser controlado formal e materialmente, porque a ampliação pode, a depender do contexto, por ser fator **surpresa**, prejudicar o exercício das teses defensivas já apresentadas (a defesa tinha a justa expectativa de que os elementos constantes da investigação preliminar eram insuficientes ao exercício da ação penal do "aditamento"). Deve-se verificar: até que ponto o comportamento acusatório de "aguardar a apresentação da defesa para inovar", restringiu ou prejudicou a ampla defesa, exigindo-se, também, do acusador, a apresentação das "razões" da não inclusão da "conduta aditada" no primeiro momento. O exercício da ação penal exige **investigação madura** e não de aventura acusatória, além do atendimento ao **princípio da indisponibilidade**, pressupostos incompatíveis com a "surpresa aditiva imotivada". O aditamento para regularização de formalidade (nome, endereço, inciso claramente equivocado) é a demonstração da boa-fé por parte do acusador, já que a decisão a ser proferida deve guardar congruência com os limites da acusação. Na hipótese de ser descoberto **o uso de nome falso** no flagrante ou apuração criminal (CP, art. 304 e 307), plenamente possível o aditamento, uma vez que a conduta somente foi conhecida posteriormente pela acusação, que não poderia adivinhar o fato (não há poderes premonitórios). Na maioria dos demais casos, o silêncio da acusação sobre condutas apuradas e já constantes da investigação preliminar, das duas uma: ou é negligência do acusador na análise detida do material apurado ou é jogo sujo. Em ambos casos, não se mostra compatível com o *Fair Play* e a Boa-fé Objetiva (*venire contra factum proprium* e *supressio*). O exercício da ação penal pressupõe investigação madura e não de afogadilho; se faltam elementos, devem ser investigados antes da denúncia. Mas se o julgador for daqueles que aceita o aditamento em nome da verdade real e da Segurança Pública, vale tudo;

"A questão de uma proposição ter sido provada ou não é distinta da questão de ela *poder* ou não ser provada".
Douglas Walton

STJ, RHC 59.759 (Min. Reynaldo Soares da Fonseca): "A decisão de recebimento da denúncia possui natureza interlocutória, prescindindo de fundamentação complexa (Precedentes). Caso em que o julgador, nem mesmo de forma concisa, ressaltou a presença dos requisitos viabilizadores da ação penal. Deixou de verificar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, tampouco tratou da existência de justa causa para o exercício da ação penal, limitando-se a cuidar da presença dos pressupostos intrínsecos à peça processual, nestes termos: 'Recebo a denúncia, pois a peça acusatória preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP'. 'A falta de fundamentação não se confunde com a fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/88".

19) Recebimento por Decisão Fundamentada (CPP, art. 315, §2º; Standard Probatória reduzido; não cabe "*in dubio pro societate*"): A admissibilidade da ação penal e o início do processo penal dependem de decisão fundamentada, porque: **a)** o exercício do direito de ação penal

está vinculado ao reconhecimento pelo Estado Juiz do preenchimento dos pressupostos, requisitos e condições de exercício da ação; **b)** todas as decisões devem ser motivadas e fundamentadas (CR, art. 93, IX; CPP, art. 315, § 2º); **c)** a decisão deve conter mínima fundamentação sobre todos os indicadores necessários à admissão do exercício da ação penal. A decisão do Estado em aceitar – dizer: *há ação penal; inicie-se o processo*– deve ser explícita (CPP, art. 315, § 2º). Mesmo que não se possa aprofundar na valoração dos elementos probatórios, nem afirmar categoricamente sobre a conduta, deve-se avaliar a existência de uma "acusação provável", ou seja, de que não é uma aventura acusatória. O ***Standard* Probatório** para o recebimento da ação penal é menor do que o para condenação, devendo constar, de modo motivado e fundamentado (CPP, art. 315, §2º), expressamente: **a)** a **Legitimidade** da parte autora; **b)** a validade *a priori* da Premissa Normativa (**Tipificidade Aparente**); **c)** a existência de **Punibilidade Concreta**; e, **d)** a partir da referência expressa às evidências recolhidas na fase investigatória (observada a **cadeia de custódia**), declarar a "suficiência *a priori*" da **justa causa**, isto é, a probabilidade de a **Hipótese Acusatória** (Premissa Fática) poder ser comprovada em relação ao imputado (juízo de correlação lógica de materialidade e autoria). Sem isso, o acusado fica sem condições de saber os "motivos" pelos quais está submetido à ação penal, prejudica a ampla defesa e restringe a utilização de *Habeas Corpus*, porque a motivação estará implícita (figura inexistente: democracia é motivação e transparência). O dever de motivação parte da desconfiança constitucional para com o abuso de poder. Não é mais tolerado o "Recebo a Denúncia" ou o uso de subterfúgios retóricos, como o do "*In dubio pro societate*", adágio desprovido de fundamento legal, ademais;

"E tal carência se apresenta cristalina em toda e qualquer invocação do *in dubio pro societate*, dado que a economia argumentativa salta aos olhos, não passando de uma [...] *'pedalada' motivacional* [...], isto é, um [...] *significante vazio* e *manipulador da devida análise dos requisitos legais*". O *in dubio pro societate*, por certo, não passa de mera camuflagem, por meio da qual se almeja ocultar a falta de fundamentos fáticos, teóricos, normativos e racionais do ato decisório. Não por acidente, quando aplicado, o *in dubio pro societate* se revela sempre apoiado na negação de direitos fundamentais, como se uma sociedade complexa como a brasileira, em todos os casos em que chamada a atuar, optasse, inapelavelmente, pela medida mais gravosa à pessoa que luta por sua liberdade". **Paulo Thiago Fernandes Dias e Alexandre Morais da Rosa**

STJ, AgRG RHC 122.933 (Min. Felix Fischer): "Segundo jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria e materialidade. A certeza será comprovada ou afastada durante a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia o princípio do *in dubio pro societate*".

"Ainda que haja malogrado a empresa da doutrina penal nacional-socialista, no sentido de substituir o *in dubio pro reo* pelo *in dubio contra reum*, o CPP brasileiro de 1941 incorporou essa doutrina, em especial relativamente ao critério de admissão das acusações em geral, no início do processo, e, na hipótese do júri, na etapa da decisão de pronúncia, em seguida à primeira instrução judicial. O recurso linguístico encontrado para ocultar o sentido da inversão ideológica da presunção de inocência consistiu na adoção da máxima *in dubio pro societate*, que operou como ««fachada linguística»»". **Geraldo Prado**

20) Impugnação ao Recebimento e *Habeas Corpus* de Ofício: A rejeição da denúncia (total ou parcial) desafia RESE (restrito ao MP; CPP, art. 581, I). A defesa precisa se valer do *Habeas Corpus*. Mesmo depois de recebida a denúncia, a qualquer tempo, pode ser reconhecida a ausência dos pressupostos ou condições da ação penal, justamente porque não há, em geral, contraditório preliminar. Não faz sentido continuar o processo desprovido das condições iniciais. O juiz pode conceder *Habeas Corpus* de ofício a qualquer tempo (CPP, art. 654) se verificada, no decorrer do processo, especialmente depois da resposta preliminar, a ausência dos pressupostos/condições, deve extinguir o processo penal. Continuar o processo significa recurso público "jogado fora", uma das faces da "Tragédia dos Comuns". Ademais, o Juiz de Julgamento não está vinculado às decisões do Juiz das Garantias e poderá ceifar ações penais abusivas e/ou frívolas (quando entrar em vigor);

STJ, REsp. 1.318.180 (Min. Sebastião Reis Júnior): "1. O fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o Juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal, suscitada pela defesa. 2. As matérias numeradas no art. 395 do Código de Processo Penal dizem respeito a condições da ação e pressupostos processuais, cuja aferição não está sujeita à preclusão (art. 267, § 3º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP). 3. Hipótese concreta em que, após o recebimento da denúncia, o Juízo de primeiro grau, ao analisar a resposta preliminar do acusado, reconheceu a ausência de justa causa para a ação penal, em razão da ilicitude da prova que lhe dera suporte".

STF, AP 913 (Min. Dias Toffoli): "Ante a falta de justa causa (CPP, art. 395, III), a Segunda Turma, em conclusão de julgamento, resolveu questão de ordem para conceder, de ofício, ordem de '*habeas corpus*' e rejeitar denúncia pela suposta prática dos crimes de fraude à licitação (Lei 8.666/1993, art. 90) e peculato (CP, art. 312) — v. Informativo 806. Na espécie, após o recebimento de denúncia por juízo de primeiro grau, a diplomação do acusado como

C – Controvérsia:

1) Acusação Burocrática ou Estratégica: Não pode mais ser aceita a lógica de reprodução de denúncias/queixas porque atenderiam ao tipo

penal (análise formal e isolada). É necessário levar-se em consideração a dimensão do crime, o contexto probatório, a capacidade de assimilação da unidade, as possibilidades de Justiça Negocial, enfim, não se trata de receber os documentos, Inquéritos Policiais e Autos de Prisão em Flagrante, exercendo-se a ação penal. É algo muito mais sério e não considerado na maioria dos foros. Longe de se defender a impunidade (embora esse escrito seja manifestamente minimalista), as contingências singulares do ambiente forense devem ser consideradas pelos acusadores, sob pena de se instaurar a ineficácia jurisdicional "em todos perdem", modalidade de "**Tragédia dos Comuns**";

2) O Risco da Imaginário Subjetivo: Inexiste conhecimento direto (salvo do crime acontecido na sala de audiência, mas julgado depois por outro julgador) sobre os fatos; que todas as evidências são de *segunda mão* (nos autos ou fora dele), a saber, os agentes processuais argumentam em face de evento passado, com as informações que estão à disposição. A reconstrução/construção do fato criminoso é muitas vezes representada mentalmente por uma imagem ou filme (narrada na denúncia/queixa) e que analisada em face do que há antes (inquérito policial, auto de prisão em flagrante ou documentos) indica a existência de **Justa Causa** (informação mínima de materialidade e autoria) capaz de justificar a **Tipicidade Aparente** da conduta (formal e material). O risco do deslizamento imaginário por *imagens* superpostas e narrativas controversas, tocaia o "discurso sobre os fatos", que podem ser manipulados se descolados de referenciais probatórios objetivos;

3) STF: Dois Pesos e Duas Medidas: O recebimento da ação penal dos acusados com foro privilegiado é devidamente motivada (vale conferir os acórdãos do STF; Inq. 3.016, p.ex.) É o mesmo processo penal, a partir dos mesmos princípios constitucionais, motivo pelo qual é vedada a subtração "a todos os demais" acusados das "devidas razões públicas" do recebimento da ação penal;

deputado federal ensejara a remessa dos respectivos autos ao STF para prosseguimento do feito. O Colegiado afirmou que, nos termos do art. 230-A do Regimento Interno do STF, em havendo deslocamento de competência para o STF, a ação penal deveria prosseguir no estado em que se encontrasse, preservada a validade dos atos já praticados na instância anterior, em homenagem ao princípio '*tempus regit actum*'. Contudo, o STF não poderia permitir que uma ação penal inviável prosseguisse, pelo só fato de recebê-la no estado em que se encontrasse, sob pena de manifesto constrangimento ilegal ao réu. Não bastasse isso, o prosseguimento do feito acarretaria a desnecessária prática de inúmeros atos de instrução, como a inquirição de testemunhas e a produção de perícias. Ademais, a justa causa para a ação penal consistiria na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduziria na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação a instruir a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrassem a materialidade do crime e a existência de indícios razoáveis de autoria. [...]. Assim, à míngua de elementos probatórios concretos, constituiria mera criação mental da acusação a pretensa relação de causalidade entre as doações eleitorais feitas ao réu e o seu suposto concurso para a fraude à licitação e ao desvio de recursos públicos".

STF, Inq. 3.016 (Min. Ellen Grace): "A verificação acerca da narração de fato típico, antijurídico e culpável, da inexistência de causa de extinção da punibilidade e da presença das condições exigidas pela lei para o exercício da ação penal (aí incluída a justa causa), revela-se fundamental para o juízo de admissibilidade de deflagração da ação penal, em qualquer hipótese, mas guarda tratamento mais rigoroso em se tratando de crimes de competência originária do Supremo Tribunal Federal"

"Não estamos condenando a fundamentação do STF nos casos de ações originárias, até porque sempre defendemos, mesmo que minimamente, a análise das causas justificadoras da instauração de qualquer ação penal. Só não conseguimos entender é o tratamento diferenciado dado pelo próprio STF quando se trata de processo originário (VIP) e processo não originário (do resto). Afinal de contas, em ambos os casos, não se deveria exigir que os magistrados dissessem os motivos justificadores da instauração da ação penal? Dois pesos e duas medidas, diria o ditado popular". **Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa**

D – Estratégia:

1) Esquema Decisório: A variedade de concepções e de comportamentos precisa ser identificada antes, porque a depender do **Esquema Decisório** dos agentes processuais, as **oportunidades** se alteram significativamente no tocante aos pressupostos e condições da ação. O que se pode exigir é a fundamentação adequada (CPP, art. 315, § 2º);

2) Habeas Corpus e Jurisprudência Defensiva: Enquanto a **rejeição da denúncia** autoriza a interposição de RESE, por parte do MP, a defesa não dispõe de recurso próprio. O ataque à admissão da acusação deve ser feita na via do ***Habeas Corpus***, cuja tendência é a de "não enfrentamento" da inépcia, sob o argumento de que na "na via estreita do *Habeas Corpus"* não de analisa profundamente a questão. A questão é que, apesar do uso abusivo do HC, no caso de o objeto ser a "admissão da acusação", é a única via disponível à defesa, motivo pelo qual deveria se distinguir

a impetração cujo objeto será o de preenchimento dos pressupostos e condições da ação, das demais hipóteses. A paridade de armas, diante da ausência de recurso, exige o "ajuste" jurisdicional. Por fim, o *Habeas Corpus* deve ser específico, sem a cumulação de outras questões e antes da prolação de sentença, porque o STJ consolidou que não cabe a discussão da inépcia depois da sentença (mesmo sem argumentos consistentes);

STJ, AgRg no AREsp n. 1.337.066 (Min. Laurita Vaz): ""A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a superveniência da sentença torna superada a tese de inépcia da denúncia".

STF, HC 170.355 (Min. Ricardo Lewandowski): "O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos (i) de manifesta atipicidade da conduta; (ii) de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente; ou (iii) de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas".

5.6 Duração Razoável do Processo

A – Definição:

A Duração Razoável do Processo é a garantia de ser julgado em prazo razoável, sem dilações indevidas ou injustificadas.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Tempo da Investigação e do Processo: A categoria tempo aparentemente é simples porque estamos envolvidos no tempo cronológico. A sensação do tempo difere para cada agente (basta pensar quando estamos presos no elevador ou sem nada para fazer: o tempo aparentemente não passa). Estar submetido ao processo ou à prisão, sem culpa atribuída, deve ser analisada a partir do olhar em primeiro plano, a saber, "do lugar do acusado", porque, do contrário, tendemos a desqualificar ou mesmo naturalizar a demora. Ocupar o lugar de acusado sempre é estigmatizante, dada a incerteza sobre o futuro (o que acontecerá?) e, principalmente, a potencial perda da credibilidade e fiabilidade das fontes probatórias. O tempo é o nosso principal ativo, tanto assim que já falamos da importância do **Custo de Oportunidade** (sempre podemos estar fazendo outra coisa). No ambiente internacional o direito ao julgamento em prazo razoável está presente tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 9º, 2 e no seu art. 14, 3, a, b, c), como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – (art. 8º, 1). A EC/45 estipulou a regra no art. 5º LXXVIII;

CR, art. 5º, LXXVIII: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação".

"A todo e qualquer acusado, deve ser garantido saber, de antemão, quanto tempo poderá durar o trâmite procedimental, pois, como é sabido, a existência do processo traz como consequência não só a pesada carga de estar sendo processado, como a estigmatização social, e até mesmo reflexos sobre o quantum da pena". **Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Thais Aroca Datcho Lacava**

"O processo é uma cerimônia degradante e, como tal, o caráter estigmatizante está diretamente relacionado com a duração desse ritual punitivo. Assumindo o caráter punitivo do tempo, não resta outra coisa ao juiz que (além da elementar detração em caso de prisão cautelar) compensar a demora reduzindo a pena aplicada, pois parte da punição já foi efetivada pelo tempo. Para tanto, formalmente, poderá lançar mão da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal". **Aury Lopes Jr**

2) Prazos e Critérios da Demora (prazo fixo e não prazo): Existem **duas formas** de garantir o direito ao julgamento célere e sem dilações indevidas. O primeiro é o de **prazo fixo**, por exemplo, estabelecendo o direito de ser julgado em tantos anos. O segundo, adotado na maioria dos países, inclusive o Brasil, é o do **não prazo**. Diante disso há controvérsia para apuração do excesso de prazo. A diretriz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, dos três critérios, é a mais utilizada:

a) complexidade do caso;

b) a influência da conduta da defesa sobre a demora e;

c) a atuação das autoridades estatais incumbidas da persecução penal.

"Parece razoável a posição que sustenta a necessidade do estabelecimento de prazos de duração máxima dos processos criminais, o que passa pelo abandono do sistema do não prazo e pela definição exata do que se deve entender por 'prazo razoável', tendo em vista que o poder de punir deve estrita obediência ao princípio da legalidade e isso inclui certas condições temporais máximas para o seu exercício. O processo penal em concreto que viola a garantia fundamental da prestação jurisdicional acaba por deslegitimar a decisão que venha a ser proferida em seu curso". **Sylvio Lourenço da Silveira Filho e Alexandre Morais da Rosa**

"Os argumentos acerca da necessidade de fixar o prazo podem ser assim sintetizados: a) é uma exigência do Estado Democrático de Direito; b) a não fixação deixa à margem grande de arbitrariedade ao Juiz; c) a fixação do prazo é consequência do princípio da legalidade". **André Nicolitt**

3) Diretriz aos Tribunais, ao Processo e aos Agentes: O direito à **Duração Razoável do Processo**, em três direções: **a) Tribunais**: atribui o dever de que o julgamento seja realizado atendidos os prazos legais (os prazos processuais são exíguos; o julgamento demora por sobrecarga de trabalho, ausência de pauta ou ineficiência dos Tribunais, enfim, por questões internas à Justiça Penal); **b) Processo**: para que o julgamento seja justo, deve garantir as condições do contraditório e ampla defesa de modo suficiente, além de atender às expectativas do acusado, da vítima e das testemunhas, afinal, a resposta deve ser proferida em tempo capaz de sustentar o nexo entre a conduta e a resposta (acusado, vítima e sociedade), além de ampliar a credibilidade e fiabilidade da prova penal (exigir evocação da memória de testemunhas, p.ex., policiais, muito tempo depois é injusto, com eles e com as partes); e, **c) Agentes Processuais**: aponta no sentido da "cooperação processual", do comportamento de conformidade e de Boa-fé, capaz de evitar a postergação indefinida do acertamento do Caso Penal (tanto investigação, quanto ao processo). As condutas oportunistas devem ser rechaçadas, não se podendo, posteriormente, invocar a demora ("*venire contra factum proprium*");

4) Efeitos do Prazo Não Razoável e Medidas Compensatórias: Ainda que no Brasil inexista prazo certo, salvo para prisões cautelares, alguns Tribunais passaram a adotar medidas paliativas à demora, dentre elas: **a)** perempção; **b)** induto; **c)** liberdade com ou sem cautelares; **d)** não execução da pena; **e)** redução da pena; **f)** atenuante genérica do art. 66, do CP; e, **g)** perdão judicial;

C – Controvérsia:

1) Temas Relacionados: **a**) Impacto sobre a prisão cautelar; **b)** na Justiça Negocial (prazo para negociação); **c)** na detração da medidas cautelares diversas da prisão; **d)** na aplicação do art. 600, § 4º, do CPP (STJ, HC 335.403); **e)** no prazo necessário à ampla defesa nos MaxiProcessos; **f)** na relativização do impacto da credibilidade e fiabilidade da prova testemunha; **g)** retirada da função da pena pelo decurso do prazo; e, h) na aplicação da pena (CP, art. 66: atenuante genérica);

D – Estratégia:

1) Direito do Acusado (não é válido para restrição da defesa): O direito ao julgamento célere e rápido se incorpora ao patrimônio do acusado e não pode ser manipulado contra a defesa. É **oportunista** a invocação da duração razoável do processo para o fim de restringir a produção de provas, a ampla defesa e/ou o contraditório;

2) Impactos da Demora na Prisão e na Prova: Demonstrar os efeitos deletérios do decurso do tempo em violação da duração razoável em face das prisões cautelares e na credibilidade e fiabilidade da prova testemunhal (relativizar o impacto).

"Falhas e dificuldades de ordem prática na administração da justiça [...] tais como greve de serventuários, excesso de trabalho, dificuldades para apresentação de réus presos a exames ou audiência, inexistência de data disponível em pauta, entre outras hipóteses, não têm sido admitidas como justificativas aptas a legitimar o excesso de prazo". **Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Thais Aroca Datcho Lacava**

"Neste aspecto podemos registrar os exemplos da reiteração de adiamentos de audiências requeridos pelas partes, ora em razão de alegação de saúde quando o problema não impede o comparecimento, outra em razão de frequentes troca de advogados. Destaca-se ainda a hipótese de fuga do acusado impedindo ou retardando o julgamento, pois se entende que o fugitivo não pode, em princípio criticar o caráter não razoável da duração do processo que tenha ocorrido em razão de sua fuga". **André Nicolitt**

"Na doutrina estrangeira as soluções sugeridas para a violação do direito na esfera penal têm sido as mais variadas, a saber: aplicação de indulto; liberdade condicional; não execução da pena; redução proporcional da pena; aplicação analógica de atenuante; eximiente; remissão condicional (suspensão condicional) da pena; reconhecimento de nulidade e prescrição por analogia. Para nós, o problema dos efeitos penais da violação ao direito em exame se resolve pela perempção (aplicação analógica do art. 60 do CPPB c/c art. 107 do CPB) e subsidiariamente apresentamos como solução: o perdão judicial, o julgamento no estado do processo (julgamento antecipado...) e a atenuante genérica (art. 66 do CPB)". **André Nicollit**

"A extinção do feito é a solução mais adequada, em termos processuais, na medida em que, reconhecida a ilegitimidade do poder punitivo pela própria desídia do Estado, o processo deve findar. Sua continuação, além do prazo razoável, não é mais legítima e vulnera o Princípio da Legalidade, fundante do Estado de Direito, que exige limites precisos, absolutos e categóricos – incluindo-se o limite temporal – ao exercício do poder penal estatal". **Aury Lopes Jr e Gustavo Badaró**

TJRS: Embargos Infringentes nº 70025316019 (Des. Nereu José Giacomolli): "1. O tempo transcorrido, no caso em tela, sepulta qualquer razoabilidade na duração do processo e influi na solução final. A denúncia foi recebida em 1999. Sobreveio sentença quase oito anos depois. Há que ser reconhecido o direito de ser julgado num prazo razoável, nos termos do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. 2. A solução compensatória para a demora excessiva do processo pode situar-se, também, na aplicação da atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal, com a redução da pena. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. POR MAIORIA".

"Os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelo de garantias fundamentais, é claro, estão calcados no respeito à dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo do correto funcionamento das instituições e na própria confiança na capacidade da justiça de resolver os assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado como adequado e razoável". **Aury Lopes Jr e Gustavo Badaró**



5.7 Processo Como Procedimento em Contraditório (significativo)

A – Definição:

Processo Penal é o procedimento em contraditório significativo, em que é garantido às partes (acusação e defesa), a paridade simétrica de armas, a efetiva participação e influência, em todas as etapas da construção participativa do acertamento do Caso Penal (premissa normativa e fática), materializadas por decisão judicial motivada e limitada ao material submetido ao prévio contraditório (não-surpresa).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Arquitetura Processual: A atividade da Jurisdição Penal é organizada pela atribuição de funções às Instituições (Polícia, Ministério Público e Judiciário), que interagem entre si, nos limites das competências confiadas (distribuição da confiança e da desconfiança, p.ex: **Reserva de Jurisdição** para medidas restritivas de Direitos Fundamentais), por meio do comportamento agentes públicos e privados. O desenho normativo estabelece o fluxo dos mecanismos processuais exigidos à obtenção do "**acertamento do Caso Penal**" e da Coisa Julgada. Em observâncias às normas estruturantes, o processo penal (latim: *procedere*) deve estabelecer as etapas (fluxos cronológicos e hierárquicos: procedimentos), os componentes (agentes, provas, prazos, oportunidades, posições, direitos e deveres, custos etc.), definindo os conceitos e os critérios de validade dos dados/informações necessários à obtenção do fim previamente definido. A estrutura/arquitetura do processo penal opera por instâncias hierárquicas, com atribuição de competências e funções determinadas (sem sobreposição), capaz de conferir organicidade ao Sistema (coerência e consistência);

2) Processo como Relação Jurídica (*Oscar von Bülow*): A concepção de processo manejada pelo *senso comum teórico dos juristas* é a de entender o *processo* como o conjunto de atos preordenados a um fim, ou seja, a atividade exercida pelo juiz no exercício da Jurisdição. A noção de procedimento é instrumental, reduzida ao seu aspecto puramente formal (o rito a ser impresso). O processo penal acaba reduzido à burocracia de formas, modelos e ritos, muitas vezes tido como acessório (instrumental) ao Direito Penal. A noção de processo como **Relação Jurídica** situa o juiz acima das partes, dono da Premissa Normativa (*iura novit curia*) e do processo. A discussão da premissa fática pode ser influenciada pelas partes (subordinadas ao juiz) de modo contingencial, porque no modelo, o processo deve servir ao juiz (senhor do processo). O modelo da **Relação Jurídica** não atende à diretriz constitucional de construção participativa do provimento jurisdicional, tanto da premissa normativa, quanto da premissa fática. No paradigma democrático e acusatório, as decisões

devem ser construídas em contraditório, com a superação do brocardo *iura novit curia* restrito ao juiz (tudo deve ser debatido, sem surpresas), sem protagonismo, com lugares e funções articulados em torno da efetiva participação;

"As propostas de Bülow, na doutrina, e de Klein, na legislação, ao estruturarem o protagonismo judicial mediante o arquétipo do processo como relação jurídica (conjunto de vínculos de subordinação ao juiz) e instituição de bem-estar social buscavam, por meio da atividade de criação judicial (escola de direito livre), a implementação da vontade desse agente "privilegiado" do Estado. O processo é reduzido a instrumento da jurisdição, e esta é vista como atividade solitária do juiz". **Dierle Nunes**

3) Processo como Procedimento em Contraditório (*Elio Fazzalari*): A superação da sujeição das partes ao juiz, encontra respaldo na proposta de "processo como procedimento em contraditório", de *Elio Fazzalari*, em que o **centro de gravidade** do processo passa a ser o **contraditório**. A estrutura dialética, a partir do contraditório, transforma o lugar, a função e o modo de engajamento das partes, porque exclui a subordinação hierárquica ao juiz, além de conferir a garantia de efetiva participação e de influência, em paridade simétrica de armas, na construção participativa do provimento jurisdicional. O contraditório é a característica que diferencia o *processo* do *procedimento* (que pode não efetivar o contraditório) e serve de referência à análise de modelos reais, em que o contraditório é relegado à condição de mero elemento/componente. A exteriorização do *princípio do contraditório*, na proposta de *Fazzalari*, se dá em dois momentos. **Primeiro** com a ***informazione***, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as *posições jurídicas* em face das normas processuais e, em **segundo** momento, a ***reazione***, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que se constitua em obrigação. A posição do contraditório passa a ser constitutiva (protagonismo), ainda sem o impacto da constitucionalização do processo;

"Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na 'simétrica paridade' da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos". **Aroldo Plínio Gonçalves**

"Fazzalari, ao distinguir Processo e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de Processo, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito-garantia. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico constitucional das democracias, o contraditório é instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinais ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional". **Rosemiro Pereira Leal**

4) Processo Constitucional: A estrutura dialética do "processo como procedimento em contraditório" está associada à constitucionalização do processo, em que tanto a Constituição, quanto o Bloco de Constitucionalidade, ampliam o horizonte dos pressupostos de legitimidade do provimento jurisdicional. Assumimos a importância do Devido Processo Legal, do Contraditório, da Ampla Defesa, da Presunção de Inocência, do ônus da Prova, da Paridade de Armas, do Direito à Prova, da Imparcialidade, da Motivação, da Duração Razoável, da orientação Acusatória que, associadas à proposta de *Fazzalari*, promovem a revisão da noção de processo penal. A função de construção dialética, participativa, sem surpresas decisórias unilaterais do julgador (autorizadas pelo modelo da Relação Jurídica), transforma o modo de funcionamento do processo penal. No modelo da **Relação Jurídica**, diante da subordinação das partes, ainda que pudessem participar do processo, a decisão judicial era ato de poder unilateral, a saber, pertencia exclusivamente ao julgador, sem que tivesse o dever de orientar a decisão ao enquadramento efetivamente submetido ao contraditório. A lógica da Relação Jurídica era a de que, se o juiz conhecia o Direito (*iura novit curia*), às partes caberia tão somente o debate contingente sobre a premissa fática, autorizando a melhor decisão unilateral, mesmo que dissociada do debate promovido em contraditório (decisão surpresa). A ruptura decorrente do acolhimento do "processo como procedimento em contraditório e constitucional",

exige a **efetiva participação e influência das partes** no estabelecimento do conjunto de normas jurídicas aplicáveis, no *Standard* probatório, na lógica das inferências, a partir do pressuposto da **não-surpresa**. O juiz também participa do contraditório, inclusive submetendo argumentos ao debate, porque apesar de ser o "redator" e o "responsável" pela decisão, o contraditório opera como "filtro" do material disponível à decisão, a ser proferida nos limites do enquadramento submetido ao contraditório (não-surpresa);

"O princípio do contraditório desempenha função precípua no processo; ao ser compreendido, no contexto do Estado Democrático de Direito, como garantia constitucional e princípio da influência e da não surpresa pelos processualistas brasileiros, o princípio do contraditório fará com que o processo se estruture de forma adequada à Constituição, definindo o papel das partes e do juiz no processo". **Débora Fioratto**

"É com esse propósito que se utiliza o processualismo constitucional democrático como uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudo-socialização processual (neoliberalismo processual), para a percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como mecanismo de formação das decisões, ao partir do indispensável aspecto comparticipativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões" **Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron**.

"O que deve ser instaurado na dinâmica do procedimento é o quadrinômio estrutural do contraditório [...] informação – reação – diálogo – influência – como o resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais". **Ronaldo de Carvalho dias Brêtas**

5) Processo Penal em Contraditório Significativo: A integração do nosso trajeto autoriza situar o "**contraditório significativo**" como o centro de gravidade do processo penal. A noção de contraditória precisa ser revisitada, já que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação e influência, com paridade de armas, na construção participativa e dialética do provimento judicial. Rompe-se com a visão de que a simples participação dos sujeitos (juiz, Ministério Público, acusado e defensor) possa efetivar o *status* de contraditório. É preciso a efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final (concernidos), apurando-se o melhor argumento em face do Direito e do Caso Penal, na via intersubjetiva, sem privilégios e surpresas decisórias. O contraditório precisa ser significativo, sendo condição de possibilidade para jogabilidade democrática, operando-se com paridade de armas, via imediação e oralidade. A teoria do processo precisa ser revista, a partir do *contraditório*, implicando na modificação da compreensão de diversos institutos processuais vigorantes na prática processual brasileira. Os agentes processuais (juiz, Ministério Público e Defesa) cooperam para construir o regime de verdade do processo. As premissas (normativa e fática) são submetidas ao debate aberto e franco, dentro da boa-fé e da argumentação jurídica. Por isso, a necessidade de se entender o exercício da Jurisdição a partir da estrutura do **processo como procedimento em contraditório**, com significativas modificações na maneira pela qual ele se instaura e se desenrola, especialmente no tocante ao **princípio do contraditório**, no papel do juiz na produção probatória e na decisão. Ao acolhermos a construção participativa das partes na decisão final, por meio da rejeição da imposição da decisão pronta, alheia ao debate intersubjetivo promovido, ampliamos a função da oralidade, da imediação, além de criarmos balizas de controle efetivo do discurso judicial. As reformas do CPP (art. 315, § 2º) e do CPC (art. 489) integraram ao plano normativo, exigências robustas de motivação, com o fim de evitar a decisão surpresa. Resta assumido, nessa apertada síntese, o destacado *lugar* e *função* do processo penal na Democracia, a saber, é o espaço de diálogo em que o contraditório deve ser garantido. É a partir do **contraditório significativo** que se estabelece a legitimidade do provimento judicial;

"Embora a primeira obrigação de quem participa de um diálogo persuasivo seja provar sua tese a partir das concessões do outro participante, há também uma segunda obrigação, que é cooperar com o outro nas tentativas de provar a tese dele. Essa obrigação exige respostas úteis e honestas às perguntas do outro participante, permitindo-lhe extrair, do primeiro participante, comprometimentos que possam ser usados como premissas em seus argumentos". **Douglas Walton**

"Talvez o grande mérito da concepção do processo como procedimento em contraditório esteja em transportar para o seio do processo o papel da dialeticidade, da democracia. De fato, uma conclusão racional e da qual não se pode afastar é a de que o processo não sobrevive ausente as atividades das partes. O processo como *actus trium personarum* é dependente da configuração dialética do processo". **Ricardo Gloeckner**

6) Instrumentalização Ideológica do Processo: A obtenção do resultado (coisa julgada: condenação ou absolvição) não se vincula, em

princípio, às políticas criminais eventuais (direito penal máximo ou mínimo), ainda que circunstancialmente o Governo, grupos de pressão ou agentes possam alterar a orientação. O principal é percebermos que a Jurisdição Penal não procura aumentar ou diminuir as condenações criminais, porque o objetivo primeiro é o de garantir os meios, em observância às garantias constitucionais, à obtenção exclusiva da meta: "acertamento do Caso Penal pela Coisa Julgada (referência). A função "real" do processo penal pode ser modificada pelo "acoplamento" de função variável, atribuída pelos agentes situados no contexto do Caso Penal: "punição máxima ou mínima". A função "real" do processo penal (de garantia ou de punição) depende da atitude/engajamento dos agentes processuais que comparecem no contexto, integradas à filiação aos discursos que circulam no ambiente penal. As normas gerais e abstratas dependem da "conformidade" comportamental dos agentes que podem, a partir de seus benefícios pessoais, agir de modo oportunista, desmotivado e/ou ineficiente;

"A jurisdição como categoria central da teoria geral do processo concentra na figura do juiz todas as atenções. Essa concentração de atenções, paradoxalmente, ao invés de limitá-lo em sua atividade, amplia demasiadamente seus poderes [...] Como há riscos democráticos para a figuração do processo nos postulados da instrumentalidade, posto que sob o argumento de que a jurisdição deve preocupar-se com o atendimento dos escopos políticos e sociais, legitima-se qualquer tipo de provimento de caráter discricionário-ativista-decisionista". **Georges Abdoud**

7) Contraditório e Dúvida: A posição subjetiva da dúvida é o mecanismo da segurança. Pode parecer contraditório. Quem não tem dúvida está fechado em suas convicções de modo inflexível. Acredita em suas capacidades, tal qual a vítima de estelionato (CP, art. 171), envolvido em seu autoengano (heurísticas e vieses operam). Conviver com a incerteza e a dúvida faz bem no processo penal e na vida. Participar do contraditório significativo é estar aberto ao futuro probatório e argumentativo, com capacidade de rever os palpites iniciais. Quem está fechado às mudanças finge que participa do processo penal, porque a instrução se torna irrelevante;

C – Controvérsia:

1) Luta pelo Contraditório: Existem diversas teorias de processo e muita controvérsia. O recorte efetivado buscou demonstrar a importância do contraditório significativo. A luta se renova, diante a mentalidade atrelada à Relação Jurídica;

D – Estratégia:

1) Definir a Teoria do Processo dos Agentes Processuais: Determinar o modelo de processo penal dos agentes do Caso Penal, porque a depender da filiação do juiz condutor, as expectativas de comportamento modificam-se. Diante da definição do modelo de processo, planejar a atuação de modo responsável e factível (são os agentes que temos, não os que sonhamos).

5.8 Paridade de Armas (Defensoria: Custos *Vulnerabilis*)

A – Definição:

Paridade de Armas constitui-se pelo direito de exigir igualdade de tratamento do Estado na dimensão normativa e do Juiz na dimensão processual.

"Desenvolve-se assim, sob os olhos do juiz, aquilo que os técnicos chamam o 'contraditório' e, é, realmente, um duelo: o duelo serve para o juiz superar a dúvida, vem de 'duo'. No duelo se personifica a dúvida. É como se, na encruzilhada de suas estradas, dois bravos se combatessem para puxar o juiz para uma ou para outra. As armas, que servem para eles combaterem, são as razões. Defensor e acusador são dois esgrimistas, os quais não raramente fazem uma má esgrima, mas talvez ofereçam aos apreciadores um espetáculo excelente". **Francesco Carnelutti**

"Tanto no jogo como na guerra, importam a estratégia e o bom manuseio das armas disponíveis". **Aury Lopes Jr**

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Paridade de Armas: A denominação de "paridade de armas" nos autoriza a inferir que o vocabulário de **Guerra** comparece no processo penal. O General *Carl von Clausewitz*, autor do clássico "Da Guerra", pode nos auxiliar a compreender o pano de fundo de enfrentamento, conflito, atrito, luta por posições, batalhas, derrotas e vitórias. Tanto assim que comumente se diz: "ganhei" uma ação, um *Habeas Corpus*, enfim, o fator emocional típico das disputas e competições "conformou" o **Dispositivo** processual. O vocabulário de guerra é amplamente utilizado no Processo Penal Estratégico, em que planejamento pressupõe o domínio das categorias básicas, como verificamos nas grandes operações, na colaboração premiada, nas prisões cautelares, enfim, nas práticas processuais. O perigo é o de ruptura dos limites do Jogo Limpo (*Fair Play*), por meio da instrumentalização das categorias jurídicas pela lógica de guerra (*Lawfare*). Adiante voltaremos ao tema;

STF, Inq. 4831 (Min. Celso de Mello): "O exame da garantia constitucional do "due process of law" permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração (HC 111.567-AgR/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 130.373-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 176.174-MC/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 34.180-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), entre os quais avultam, por sua inquestionável importância, entre outras, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à ampla defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito ao benefício da gratuidade; (g) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (h) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes; (i) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (j) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas); (k) direito ao juiz natural; (l) direito de ser julgado por Juízes e Tribunais imparciais e independentes; (m) direito à última palavra, vale dizer, o de pronunciar-se, sempre, após o órgão de acusação; (n) direito de ser presumido inocente até o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; (o) direito ao recurso; e (p) direito à prova".

"Assegurar a igualdade de partes não é apenas uma função do juiz, mas também do legislador. No processo, a igualdade de partes garante a paridade de armas entre os sujeitos parciais. Todavia, a função de assegurar a igualdade de parte não é só do juiz, que deve lhes dar o mesmo tratamento. Também o legislador, ao disciplinar os institutos processuais, deve fazê-lo de modo a garantir a isonomia de partes na dinâmica processual". **Gustavo Badaró**

2) Dimensões Legislativa e Processual: O desenho do **Dispositivo** do processo penal estrutura o funcionamento, atribuindo lugares, funções, poderes, deveres e direitos (CR, art. 129, I; art. 133; art. 134 c/c art. 5º, LXXIV e CPP, art. 261). Do ponto de vista da **Economia da Confiança**, o tratamento privilegiado de uma das partes de modo contundente violaria o pressuposto da igualdade de tratamento. As partes do processo penal (acusação e defesa) podem ser ocupadas por Instituições (Ministério Público e Defensoria) ou por agentes autônomos (liberais ou públicos). Cabe ao juiz promover o tratamento isonômico, dentro do enquadramento processual, sem favorecimentos. A questão é que o aparato normativo promove múltiplas interpretações (de boa e má-fé) em que o Equilíbrio de tratamento demandaria a intervenção "balanceadora" do juiz, desde o lugar de terceiro imparcial. Então, a disposição de paridade de armas depende do desenho normativo e do engajamento subjetivo dos juízes em assumir a função de balanceamento;

3) Disparidade de Armas das Partes: O **Ministério Público** é Instituição consolidada, com autonomia, orçamento e recursos capazes de aparelhar, juntamente com o Estado Policial, o pleno exercício da função acusatória. A **Defensoria Pública** busca fazer frente ao poderio estatal, lutando com os escassos recursos disponíveis, enquanto os **defensores privados** ou autônomos dependem da alocação de suas próprias receitas na ampliação do aparato necessário ao embate processual. Enquanto o

Estado detém o monopólio da investigação, o lema da Guerra "dividir para enfraquecer", opera no ambiente defensivo. O resultado é a ocorrência de constante "disparidade de armas", porque o "poder" de produzir provas exige recursos, nem sempre disponíveis;

"A disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações". **Luigi Ferrajoli**

"Cabe ao juiz fiscalizar que o exercício da defesa seja efetivo e se realize materialmente, não podendo permitir que exista apenas uma aparência de defesa". **Gilson Bonato**

4) Direito de Defesa: O submetido à investigação ou ao processo pode exercer a defesa de dois modos: **a)** defesa material efetuada pelo próprio acusado; e, **b)** defesa técnica exercida pelo defensor. São atributos da ampla defesa e do contraditório: **a)** conhecimento da imputação (fatos e tipificação); **b)** ser ouvido pela autoridade julgadora; **c)** tempo razoável, conforme a complexidade, para preparação da defesa; **d)** produzir e requerer provas defensivas; **e)** ser presumido inocente; **f)** ter conhecimento do *standard* probatório a ser utilizado pelo julgador; **g)** não produzir prova contra si mesmo; **h)** ter defesa técnica efetiva; **i)** conhecer toda a prova produzida contra si antes de ser interrogado judicialmente; e, **j)** direito ao confronto com a prova testemunhal (direta ou indiretamente);

CPP, art. 261: "Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

STF, Súmula 523: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

"Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, poderá ser processado sem defensor (CPP, art. 261, caput). O acusado tem o direito de constituir um defensor de sua confiança. Se não o fizer, o juiz deverá lhe nomear um defensor, ainda que o acusado não o queira ou se oponha a tal nomeação e, até mesmo, caso deseje se defender por si mesmo, sem advogado. A defesa técnica é indisponível e obrigatória." **Gustavo Badaró**

STF, HC 89.222 (Min. Marco Aurélio): "DEFESA - CONCRETUDE - ESTAGIÁRIO - DEFENSORIA PÚBLICA. A garantia constitucional da defesa há de ser observada sob o ângulo efetivo e não simplesmente formal. Veiculada por estagiário, sem a presença de profissional da advocacia quer na fase de instrução, quer na de alegações finais, longe fica de atender aos ditames legais".

5) Categorias: Para que a disputa ou o jogo possa ser justo, no mínimo, deve proporcionar condições básicas de **equivalência de meios** de disputa (instrumentos, categorias por capacidade e habilidade), eventualmente compensando as disparidades, sob pena de destruir a função do processo. Além do mais, diante das habilidades pessoais (profissionais e amadores), o confronto pode ser amplamente injusto. **A Súmula 523, do STF**, entende que "defesa deficiente" não se confunde com "ausência de defesa", atendendo ao comando do devido processo a habilitação profissional de advogado ou defensor (não vale o estagiário isoladamente);

6) Defensoria Pública (*Custos Vulnerabilis* – *Compliance* Democrático): A Defensoria Pública cada vez mais ganha protagonismo na tarefa da defesa das liberdades. A Defensoria Pública que é órgão representativo do *modelo constitucional de assistência jurídica estatal* (art. 134 c/c art. 5º, LXXIV), com profissionais jurídicos proporcionados pelo Estado (CADH, art. 8º, 2, "e"). A relevância e importância da Defensoria implica em reconhecer o desafio de um verdadeiro **Compliance** Democrático. No processo penal a atuação decorrerá da: **a)** hipossuficiência econômica (necessitado econômico): do vítima, do acusado ou de ambos, inclusive no mesmo processo (STJ, RMS 45.793, Min. Reynaldo Soares da Fonseca); **b)** hipossuficiência jurídica (necessitado jurídico) por inércia defensiva. Designado, aplica-se a garantia do Defensor Natural (STJ, HC 332.895/SC, Min. Felix Fischer). A nomeação de "Defensor Dativo" nos locais atendidos pela Defensoria é ilegal por causar "duplo ônus" ao Estado. O acusado pode constituir advogado a qualquer tempo, substituindo o Defensor (CADH, 8º, 2, "d" e CPP, art. 263). Dentre as prerrogativas (LONDEP, LC 80/94, art. 44, 89 e 128), consta: **a)** os prazos (administrativos ou judiciais) em dobro; b) o direito à intimação pessoal; **c)** a atuação funcional sem procuração (relação não contratual); **d)** direito à manifestação por cota no processo. A Defensoria Estadual pode atuar nos Tribunais Superiores por representação Brasília ou por adesão ao protocolo de intimação eletrônica

(STJ, Ag. 378.377); e, **e)** No Tribunal do Júri, garante-se o prazo defensivo de pelo menos 10 (dez) dias, evitando-se designações de última hora ou quando há abandono do procurador do acusado. Submete-se ao regime correcional interno da Defensoria e não da OAB (STJ, REsp 1710155, Min. Herman Benjamim). Diante da atribuição de promotora dos Direitos Humanos (CR, art. 134), das tarefas vinculadas à formação de precedentes (p.ex. CPC, IRDR, art. 977, III) e de sua responsabilidade (STJ, EREsp 1192577, Min. Laurita Vaz) para com os vulneráveis, ganha relevo a função de **custos vulnerabilis** (terceiro interveniente; guardiã do vulnerável, feliz denominação dada pelo defensor Maurílio Casas Maia), o qual já foi admitida em Revisão Criminal (TJAM, Revisão Criminal n. 4001877-26.2017.8.04.0000, Des. Ernesto Anselmo) a fim de contrabalancear (em favor do mais fraco) a atuação institucional do Ministério Público. É nova função relevante de efetivação da "paridade de armas", na linha do ***Compliance*** Democrático;

A elaboração do item contou com a colaboração do Defensor *Maurílio Casas Maia.*

STJ, RMS 54.112 (Min. Nefi Cordeiro): "3. O abandono ou recusa do advogado (defensor) em atuar em ato específico do processo penal, não se equipara ao abandono do processo de que trata o art. 265 do Código de Processo Penal. 4. A impossibilidade material de atender a todos necessitados não permite transferir do órgão - Defensoria Pública - para o magistrado o critério eletivo. 5. Punição que pretende obrigar o defensor público a atender aos critérios do juiz, contrariando inclusive regramento próprio do órgão. Impossibilidade. 6. Recurso em mandado de segurança provido para afastar a multa aplicada".

LC n. 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da [...] da mulher *vítima* de violência doméstica e familiar; [...] XV – patrocinar *ação penal privada e a subsidiária da pública*; [...] VIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas *vítimas* de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;"

C – Controvérsia:

1) Comportamentos Oportunistas: Diante da "disparidade real de armas" podem ocorrer comportamentos oportunistas, em que a função de garantia do processo, em igualdade de condições de disputa, é manipulada de modo ostensivo ou dissimulado. Adiante veremos diversos exemplos em que o Estado acusador se prevalece da posição de vantagem;

STF, Inq. 4831 (Min. Celso de Mello); "Na realidade, **objetiva-se**, *com tal providência*, **manter-se incólume a igualdade** entre os atores deste procedimento penal, **preservando-se**, *assim*, como **anteriormente** já assinalei, **um dogma essencial** ao sistema acusatório: *o da paridade de armas*, **que impõe** *a necessária igualdade de tratamento* **entre** o órgão da acusação estatal **e** aqueles contra quem se promovem atos de persecução penal, **que** – *em contexto legitimado pelos princípios* **que regem** o processo penal democrático – **hão de ter acesso** a idênticos recursos defensivos (**AP 644-AgR/MT**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **ARE 648.629/RJ**, Rel. Min. LUIZ FUX – **RHC 138.752/PB**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, *v.g.*)".

2) Alinhamento Juiz-Acusação: Pode acontecer que o juiz se alinhe com as pretensões da acusação, deixando de ocupar a função de equilíbrio da paridade de armas, além da imparcialidade. Quando trocam impressões sobre o Caso Penal, pessoalmente ou pelo *telegram*, deixa de existir processo para se tratar de "coautoria acusatória", em que o processo para a ser performático;

3) Urbanidade e Amizade: Não se confunde com a urbanidade, cordialidade ou mesmo amizade entre os agentes processuais. O que viola a paridade é a concessão de privilégios processuais (falta de ***accountability***);

"O processo desprovido de mecanismos de ação e reação em igualdades de condições é desleal. Materializa-se pelo contraditório formal e material, pelo qual não basta apenas a aparência de informação e reação, mas sim de igual possibilidade de exercício de poderes, com juiz garantidor do contraditório. Assim é que se o juiz joga a favor de uma das partes – atividade probatória, por exemplo – o jogo é viciado". **Francisco Bissoli Filho**

"É fundamental estabelecer relacionamentos entre as partes (compradores, vendedores, empregadores, empregados, maridos, esposas, sócios, etc.) que sejam pautados pela reciprocidade – caso contrário, um dos lados sai perdendo e vai agir no sentido de interromper ou modificar o acordo (o que me parece bem razoável). Mas, antes de ser recíproco, é preciso parecer recíproco e, talvez até mais importante que o dilema da mulher de César (que, pelo que consta, não era, nem parecia virtuosa), está a identificação das tendências dos outros ao altruísmo ou à deserção". **Raul Marinho**

D – Estratégia:

1) Disparidade e Ações: As partes devem buscar táticas capazes de demonstrar às Instituições a violação da "paridade de armas". A experiência de ser injustiçado promove emoções negativas e a tendência (amadora) de ataques demonstradores da condição de "injustiçado". Não podemos agir de modo ingênuo quando lidamos com oportunistas, isto é, fazermos "petição pública", "textão nas redes sociais" ou proferir impropérios. Devemos nos lembrar que o **oportunista** é um dissimulador e, como tal, não se assume, afinal de contas, do contrário, não seria dissimulado. Quem dissimula não se diz dissimulado. Eventual ação para desmascarar o oportunista/dissimulador deve ser inteligente e planejada.

Além disso, a Defensoria Pública pode ser importante aliado, na condição de **Custos Vulnerabilis**.

5.9 Lei Processual no Tempo

A – Definição:

A regra geral é a de que a lei processual se aplica imediatamente, sem prejuízo à validade dos atos processuais realizados sob a égide da lei anterior (*tempus regit actum* – CPP, art. 2º).

CPP, art. 2º - "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

STJ, HC 164.420 (Min. Nefi Cordeiro): "O entendimento do acórdão recorrido está de acordo com a posição desta Corte Superior, firmada no sentido de que a "Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CPP, porquanto lei processual penal, aplica-se desde logo, conforme os ditames do princípio *tempus regit actum*, sem prejudicar, contudo, a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, razão pela qual, já realizado o interrogatório do réu, não há obrigação de o ato ser renovado para cumprir as balizas da nova lei."

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Regra Geral: Decorrido o prazo de *vacatio legis*, a lei nova incide imediatamente aos processos em tramitação, preservando-se a validade dos atos praticados sob o regime anterior (*tempus regit actum*). Diferencia-se a ab-rogação (revogação total) e a derrogação (revogação parcial);

2) Legislação Mista: Controversa a aplicação de **Legislação Mista**, em que se promovem mudanças de regras penais e processuais, com reflexos no processo penal, contexto em que se discute a prevalência das normas processuais. Deve prevalecer a que amplia as garantias, ou seja, a que for mais benéfica ao acusado. Pode-se ter normas penais que retroagem exclusivamente para beneficiar, normas processuais que incidem nos processos em tramitação e de conteúdo misto, cuja verificação deve acontecer em cada caso, apurando-se a amplitude de proteção ao acusado. Se for promulgada norma que exige, como se deu no caso da Lei 9.099/95 (arts. 90 e 92), a representação para exercício da ação penal, deve ser facultada a manifestação da vítima;

"O que de fato importa é saber se a lei é favorável ou prejudicial ao investigado, réu, condenado ou apenado. Se favorável, retroage; se prejudicial, não retroage. Em resumo, quer se trate de lei penal, quer de lei processual etc., o princípio é o mesmo: a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". **Paulo Queiroz**

"Concluem-se na ideia de que tanto o que constitui um delito quanto o modo de comprovação da existência desse delito e da aplicação da pena têm que ser previstos antes do fato que motivou a sanção, para que o cidadão saiba claramente o que deve e o que não deve fazer, mas também o que será sancionado, quais serão as limitações do juiz, quais as suas garantias". **Alberto Binder**

3) Pacote AntiCrime e o Estelionato: O Pacote Anticrime, no estelionato (CP, art. 171), transformou a ação pública em condicionada à representação. A lógica é a de ampliação de garantias, motivo pelo qual deveria retroagir a todos os casos em tramitação. Mas o STF decidiu o contrário, afirmando que as denúncias eram atos perfeitos ao tempo em que foram ofertadas (STF, HC 187.341). Exige-se a representação nas hipóteses em que a denúncia não tenha sido oferecida;

STF, HC 187.341 (Min. Alexandre de Moraes): "2.Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5o do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2o, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira "condição de procedibilidade da ação penal". 3. Inaplicável a retroatividade do §5o do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo. 4.A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prosseguibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público".

C – Controvérsia:

1) Veja Mais: No site do livro está desenvolvida a questão do Juiz das Garantias, caso a liminar do STF seja revogada;

D – Estratégia:

1) Dominante: Prevalece a lógica de que a lei processual se aplica no rebatimento temporal em que o ato foi praticado, declarando-se a validade dos efeitos mesmo com a alteração posterior (CPP, art. 3º do CPP).

5.10 Atos e Prazos Processuais

A – Definição:

Atos processuais são todas as manifestações dos agentes processuais, dentro dos prazos estipulados, capazes de constituir, desenvolver, modificar ou extinguir o processo judicial. Podem ser atos postulatórios (requeridos ao juiz pelos jogadores), instrutórios (vinculados à produção probatória) e jurisdicionais (manifestação judicial decisória ou procedimental).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Atos Processuais: Para fins do Guia, destacaremos a **citação**, a **intimação** e a **notificação**;

2) Citação (Real ou Edital): é o ato (formal) pelo qual o acusado é chamado a compor o processo (CPP, art. 351), embora a prescrição seja interrompida pelo recebimento da ação penal (CP, art. 117, I). A **citação** pode ser **real** ou **ficta**. A citação real é efetivada sem restrição de data e horário, garantida a inviolabilidade do domicílio. O STJ **inovou** ao aceitar a citação online (STJ, HC 641.877; Min. Ribeiro Dantas), por meio de aplicativos de "conversa", especialmente em tempos de pandemia, desde que preenchidos 3 (três) requisitos: **a)** número do telefone; **b)** confirmação escrita; e, **c)** foto individual. O **militar** será citado pelo chefe do serviço (CPP, art. 358). O superior do **servidor público** será notificado da citação (CPP, art. 359). O preso será citado onde se encontrar (CPP, art. 360). Pode ser realizada por **precatória** ou **rogatória** (CPP, art. 353-356). A hipótese de **citação por hora certa** (CPP, art. 362) remete ao antigo CPC e, na nova regulamentação deve ser observado o disposto nos art. 252-254, do NCPC. Na hipótese de citação por **edital** (CPP, art. 361, 365 e 366), por não ter sido localizado o acusado, a o processo é suspendo pelo prazo prescricional, com a possibilidade de produção, antecipada da prova, desde que motivada a necessidade, adequação e proporcionalidade (não por mera conveniência). O fato de o acusado não ser encontrado não é causa suficiente à produção antecipada de provas (STJ, Súmula 455) e, também, à decretação de prisão preventiva (CPP, art. 282). Nos casos de **Lavagem de Dinheiro**, mesmo citado por edital, em princípio, o processo não se suspende (Lei 9.613/98, art. 2º);

STJ, Súmula 455: "A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso de tempo".

STJ, RHC 35.881 (Min. Jorge Mussi): "O edital é para a intimação do acusado, e não de seu defensor, estando seus requisitos previstos no artigo 365 do Código de Processo Penal, dentre os quais não se encontra a necessidade de menção ao nome do causídico que patrocina a causa".

STJ, HC 128.356 (Min. Laurita Vaz): "A disposição contida no 366 do Código de Processo Penal, acerca da prisão preventiva, não enseja hipótese de custódia cautelar obrigatória, tendo em vista a remissão aos requisitos contidos no art. 312 do mesmo estatuto. Assim, a decisão que a decreta, quando o réu se mostra revel, também deve fazer menção à situação concreta em que a liberdade do paciente evidenciaria risco à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal". (STJ, HC 141.819; RHC 044.594)".

3) Intimação: é a modalidade pela qual o Estado-Juiz dá "ciência de" algum ato processual, com a finalidade de impulsionar o processo. Pode ser feita por meio eletrônico (Lei 11.419/06). O Ministério Público, o Defensor Público e o Defensor Dativo devem ser intimados pessoalmente de todos atos (STF, HC 84.747). A intimação pode ser realizada por carta de ordem, precatória ou rogatória. Embora o acusado deva ser intimado da sentença condenatória, a intimação pessoal ou ficta é obrigatória,

situação diversa da absolutória (STJ, HC 51.317) e da decisão, mesmo condenatória, proferida por Tribunal (STJ, HC 51.317 e HC 125.708);

4) Notificação: é o ato de dar ciência antes da instauração da ação penal, bem assim em cautelares. Comunica decisões judiciais, em geral, "convocando para" o contraditório preliminar, como acontece na Lei de Drogas e, também, no art. 514, do CPP;

5) Contagem de Prazos: A contagem de prazos no CPP, diferentemente do CPC, inclui os finais de semana e feriados, na forma do art. 798, do CPP. A contagem de prazo no regime do CPP se dá por dias corridos não sendo aplicável a regra do art. 219 do CPC/15. O marco inicial é o dia do ato e não a juntada do mandado aos autos. Além disso, inaplicável o disposto no art. 220 (suspensão dos prazos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro) do NCPC, quando suspende os prazos processuais;

6) Gestantes, Mães e Pais: A Lei 13.363/16 modificou a normativa das Leis 8.906/94 e 13.105/15, criando exceções à fluência dos prazos. A advogada que der à luz ou adotar, poderá ter suspensos os prazos processuais pelo prazo de 30 (trinta) dias. O advogado que for pai, terá os prazos processuais interrompidos por 8 (oito) dias. Caso existam diversos advogados com procuração, não prevalece a exceção. Por isso, deve-se ter cuidado no uso de modelos genéricos de procuração com diversos advogados. Gestantes e lactantes, ademais, não precisarão passar por aparelhos de raio-X e terão prioridade nas sustentações orais;

STJ, EDcl no AREsp 1.563.799 (Min. Francisco Falcão): "IV - A informação equivocadamente disponibilizada pelo Tribunal de origem pode ter induzido a erro a parte ora embargante, não sendo razoável que seja prejudicada por fato alheio a sua vontade. V - A Corte Especial, no REsp 1.324.432/SC, admitiu o uso das informações constantes do andamento processual disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal de origem para aferição da tempestividade quando constatado erro na informação divulgada, hipótese em que se faz presente a justa causa para prorrogação do prazo". (julgamento 02.12.2020).

STJ, AgInt Resp 1.421.588 (Min. Felix Fischer): " Esta Corte tem entendimento no sentido de que, de acordo com o artigo 5º, parágrafos 1º e 3º, da Lei n. 11.419/2006, a intimação eletrônica é considerada como realizada no dia em que o intimando efetuar a consulta eletrônica ou, não sendo esta realizada no prazo de 10 (dez) dias corridos, contados da data do envio, deverá ser considerada como realizada tacitamente no último dia do prazo dos 10 (dez) dias previstos para consulta".

STF, Súmula 710: "No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou carta precatória ou de ordem".

STF, Reclamação 0006866-92.2016.2.00.02000 (Min. Cármen Lúcia): "Além de haver norma específica sobre o tema, a não realização de sessões de julgamento, de audiências e a suspensão dos prazos processuais de 7 a 20 de janeiro representa restrição às garantias do réu, notadamente à duração razoável do processo (artigo 5º, Inciso LXIII, da Constituição da República)".

C – Controvérsia:

1) Citação por Edital: A controvérsia sobre a constitucionalidade restou superada pela decisão do STF, no RExt. 635.145, com repercussão geral, no qual restou afirmada a conformidade constitucional. Mais uma vez prevaleceu leitura obtusa por parte do STF, uma das faces do fator *Júlia Roberts*, por não levar em consideração os efeitos da citação ficta no ambiente do direito de liberdades;

D – Estratégia:

1) Controle Efetivo: O controle efetivo de prazos é dever de ***accountability***. Perder um prazo pode ser catastrófico à reputação.

5.11 *Fair Play*, Confiança, Boa-fé Objetiva e *Doping* Processual

A – Definição:

Conjunto de diretrizes de atuação em conformidade no processo penal: Confiança, ***Fair Play***, **Boa-fé Objetiva e *Doping* Processual**.

"A expressão boa-fé objetiva designa um critério de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela cooperação intersubjetiva do tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte [...] Constituem deveres instrumentais os deveres de proteção, de cuidado, previdência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação, de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; [...] de evitar ou diminuir riscos; de abstenção de condutas que possam colocar em risco o programa contratual; de omissão e de segredo". **Judith Martins-Costa**

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Princípio da Confiança e *Fair Play*: Assumimos que o **Princípio da Confiança** é estruturante ao funcionamento do Sistema Jurídico e da vida social, tanto assim que se o semáforo de trânsito estiver "verde", transpomos o cruzamento porque "confiamos" que os demais condutores irão parar diante do "sinal vermelho". A **Economia da Confiança** é fundamental para entendermos o funcionamento das normas processais (regulam comportamentos), especialmente quando **agentes oportunistas** querem "furar" o "sinal vermelho" ou mesmo aproveitar o "sinal amarelo". A redução do risco está associada a certa previsibilidade de eventos futuros, por meio do estabelecimento do aparato normativo. Podermos criar expectativas de comportamento de **boa-fé** por meio das normas jurídicas, desde que os agentes não sobreponham suas preferências e/ou interesses à razão pública: punir dentro das regras é o nosso desafio. A **Confiança** nas Instituições e no controle efetivo dos agentes processuais é condição de possibilidade para o processo penal democrático. A generalidade das regras processuais pode causar situações em que o agente se prevalece da permissão/autorização normativa para fazer valer as suas preferências ou obter vantagem, violando a proteção da confiança, a saber, do "texto" se produz "norma oportunista". O jogo limpo depende do nível de **Confiança** que se pode depositar nos agentes processuais, porque o aumento da incerteza tende a incentivar o comportamento oportunista. Ademais, a desconfiança promove comportamentos irracionais, com possíveis escaladas de práticas ilegais. Manejamos a noção de confiança durante todo o processo. Depositamos graus de confiança nas interações com os demais agentes processuais, com as testemunhas, acusados, peritos, Instituições, dentre outros, sempre em busca de indicadores/sinalizações capazes de mitigar a incerteza e o risco (reputação, sinalizações indiretas, heurísticas, histórico de interações, referências de terceiros, qualificação profissional etc.);

"Em vão se espera que os códigos de processo sirvam verdadeiramente à justiça se não forem sustentados nas suas aplicações práticas por aquela lealdade e correção de jogo, por um *fair play*, cujas regras não escritas são confiadas sobretudo à consciência e à sensibilidade dos ordenadores forenses." **Piero Calamandrei**

CPC, art. 5º: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

"Pode-se imaginar a dificuldade que teria o legislador ao tentar vislumbrar previamente todas as possíveis hipóteses de comportamentos processuais contrários à boa-fé. Qualquer tentativa de rol taxativo seria insuficiente para esgotar a criatividade das partes e seus procuradores em tentar driblar um resultado desfavorável no processo, sendo de fundamental importância a existência de uma cláusula aberta de pressão a condutas inadmissíveis. [...] É possível perceber o quanto se faz necessário que o conteúdo da boa-fé seja preenchido somente frente ao caso concreto, diante da relatividade que ele possui quando confrontado com diferentes contextos processuais". **Larissa Gaspar Tunala**

"A premissa comportamental implícita na Teoria dos Preços é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Daí dizer-se que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar. Note que a ideia é a de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de bem-estar, e também de que a maximização se dá em todas as suas atividades. Esse comportamento maximizador é, portanto, tomado como abrangendo uma enorme gama de ações, que vão desde a decisão de consumir ou produzir um bem, até a decisão de contratar alguém, de pagar impostos, de aceitar ou propor um acordo em um litígio, de falar ao telefone celular ao dirigir e, até mesmo, de votar contra ou a favor de um projeto de lei. Claro que no cálculo de maximização entram os custos e benefícios monetários e também aqueles não monetários (tais como poder, prestígio, sensação de dever moral cumprido etc.)". **Buno Meyerhof Salama**

2) Abuso de Direito Processual: As normas gerais e abstratas não conseguem antecipar os "usos" dos direitos subjetivos atribuídos aos titulares que, por sua vez, de boa ou má-fé, podem se comportar de modo diverso da "justificativa da norma", na linha de *Frederick Schauer*. Por isso, podemos falar de "abuso de direito processual", em que as permissões normativas são instrumentalizadas para finalidades **oportunistas**. O Estado, ao instituir a norma, atende justificativa democrática (o processo legislativo não surge do nada). A instrumentalização do sentido para aplicação "forçada", com incidência em hipóteses não previstas, equivale a ausência de permissão estatal: o comportamento é ilegal porque não há suporte de justificação, apesar de podermos extrair, pelo enquadramento oportunista, "sentidos convenientes". O comportamento em face de um direito subjetivo deve acontecer nos limites da justificativa da norma. No exercício do direito, o agente pode exceder aos fins autorizados, para além

da **Boa-fé Objetiva**, prejudicando ou causando dano a outrem. *Manuel Atienza* e *Juan Ruiz Manero* discorrem sobre o **Abuso de Direito**, entendido como a possibilidade de que, em casos específicos, a permissão contida em uma regra jurídica seja vedada por decorrência da preponderância de um princípio. Segundo os autores, o núcleo fundamental da problemática do abuso de direito consiste no uso de permissões legais pelo titular do direito para, em certas situações, não previstas pela regra jurídica, agir "fora dos limites" dos princípios que justificam essas mesmas permissões. Não obstante se use um direito subjetivo, este pode causar dano a interesse protegido por um princípio de maior grau, limitador, no caso, da autonomia de seu exercício. Configura-se Abuso de Direito;

CPP, art. 564: IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato: abre espaço ao reconhecimento da nulidade em face da violação dos pressupostos, requisitos ou condições (existência, validade e eficácia)

3) Boa-fé Subjetiva: Presume-se que os agentes operem de boa-fé (*juris tantum*). A **boa-fé subjetiva** vincula-se ao aspecto psicológico, avaliando-se, na hipótese, o nível de consciência/ignorância do agente quanto à realidade do objeto da ação e das consequências do comportamento em relação aos demais intervenientes ou a terceiros. **A má-fé deve ser comprovada** (ônus de quem alega);

4) Boa-fé Objetiva: A "cláusula geral" da **Boa-fé Objetiva** associa-se ao "dever de conformidade" (***compliance***) e ***accountability*** dos agentes processuais, no exercício de direitos e deveres no processo. Consiste no dever de orientar o comportamento pela ética, lealdade, honestidade, lisura, probidade, confidencialidade, confiança, dever de informação, proporcionalidade, coerência e observância normativa. Conjuga-se com diversos deveres implícitos ou extensivos, não decorrentes diretamente de regras jurídicas, deduzidos dos pressupostos democráticos do exercício do poder no campo do processo penal. A partir da **Boa-fé Objetiva** pode-se corrigir/suplementar (função integradora: criação de deveres, ônus), interpretar ou limitar o exercício de direitos subjetivos. A **Boa-fé Objetiva** se materializa pelos institutos a seguir descritos;

"Não há, nesse caso, relevância quanto ao estado de consciência das partes e, por isso, torna-se irrelevante se a conduta se deu a título de dolo ou mera culpa. A expectativa a ser tutelada diz respeito ao exato objeto do contrato realizado entre as partes. Portanto, ainda que uma das partes não tenha agido de má-fé, mas tenha de alguma forma desempenhado conduta írrita aos deveres que informam a boa-fé objetiva, deverá arcar com as consequências de tal conduta". **Rogério Zuel Gomes**

5) Proibição de Comportamento Contraditório; *Venire contra factum proprium* (vir contra fato próprio): A série histórica de comportamentos lícitos (decisórios, processuais), autoriza a legítima expectativa dos demais agentes sobre a continuidade, motivo pelo qual a mudança abrupta, sem explicações adequadas, implica na quebra da confiança (torna-se antijurídica). Dois comportamentos contraditórios de modo isolado, geram a violação da **Confiança**, em decorrência da necessidade de **coerência**. O **teste** pode ser realizado da seguinte forma: **1)** existência de dois comportamentos sucessivos no tempo (o primeiro e o segundo), com equivalência de contexto, praticados pelo mesmo agente; **2)** incompatibilidade do segundo comportamento em face do anterior, sem o acréscimo de justificativa de superação ou de distinção; **3)** associada à legítima expectativa de confiança de manutenção do primeiro comportamento; **4)** com a violação da confiança legítima decorrente da contradição comportamental. Na hipótese de decisões de agentes públicos, o comportamento anterior pode ser derrotado por novos

argumentos (superação), desde que se justifique as razões da alteração (LINDB, arts. 20-25);

6) Dever de Mitigar o Próprio Dano (*duty to mitigate the loss*): Decorrência do dever de **Boa-Fé Objetiva**, as partes devem atenuar, afastar ou evitar os danos/prejuízos em decorrência da violação de direitos processuais. Divide-se no: **a) Aspecto Positivo** (ação para mitigar/neutralizar a consequência possível) e, **b) Aspecto Negativo** (inércia/omissão ou falha da ação que agrava o dano). Distingue-se a "violação da norma" (evento ilegal/ilícito) e as "consequências da violação" (mitigáveis, evitáveis). O comportamento da parte de não promover medidas **razoáveis e exigíveis**, dentro do dever de colaboração e boa-fé, pode arredar a consequência normativa (nulidade). Por exemplo, a defesa não pode guardar "nulidade" como "trunfo" para ser usado no futuro, por configurar conduta violadora da **Boa-fé Objetiva** (fim espúrio) e do dever de cooperação (pode se verificar, associado, o **problema de agência** entre o defensor e o acusado). A tendência é o não reconhecimento da nulidade se o dano pudesse ser evitado, atenuado ou afastado, conforme o caso concreto, diante da quebra da confiança depositada às partes;

7) Cooperação Processual: Não se trata de uma convocação ao auxílio na tese defendida pela parte contrária e sim no dever de colaborar com o Devido Processo Legal e a Duração Razoável em face do aspecto público do objeto do processo penal. Objetivamente: as partes e o juiz devem colaborar, em contraditório participativo, com o julgamento em prazo razoável, evitando dilações irrelevantes, capciosas ou oportunistas, nem se aproveitarem de "vantagens" decorrentes das posições processuais, impondo ônus não previsto em lei (em vez de preservar seu direito, age para prejudicar o direito dos demais), ou, ainda, fora da **Boa-fé Objetiva**. A não alegação de nulidade no primeiro momento ou em razoável, tende a afastar o seu reconhecimento (STF, HC 105.041, Min. Gilmar Mendes);

8) *Supressio*: Configura-se pela perda de poderes ou direitos processuais em face da **inatividade**, ou seja, da ausência de exercício por lapso de tempo que viole a expectativa de Boa-fé objetiva da parte contrária. Decorre da proteção da confiança legítima advinda **da inatividade, decadência, demora injustificada ou da preclusão**, a saber, a inércia injustificada do exercício de um direito ou ônus, por determinado tempo, impede o seu exercício (nulidade "guardada no bolso", STJ, AgRgREsp. 1.391.066, Min. Paulo de Tarso Sanseverino; denúncia na véspera da prescrição; duração não razoável do processo; não arrolamento de testemunha e posterior pedido de oitiva; arquivamento implícito). O grande lapso de tempo opera sob o pálio da Boa-fé;

9) *Surrectio*: Configura-se pela criação de expectativas de **Boa-fé Objetiva** e de **Confiança**, diante da reiteração de comportamentos consolidados (em geral de conhecimento público, mesmo que situado), capazes de autorizar a manutenção no decorrer do tempo (é o oposto da ***supressio***), ainda que não decorrentes de normas jurídicas (constante

"No Direito Civil, vimos que a teoria da vedação a comportamentos contraditórios tem por pressupostos (i) o factum proprium; (ii) a conduta contraditória posterior; (iii) a ruptura da confiança emanada desse factum proprium e (iv) a ocorrência de danos decorrentes dessa frustração de expectativas. Nesse ponto, é importante ressaltar nossas conclusões no sentido de que o factum proprium pode ser tanto um comportamento comissivo quanto omissivo – de modo que inserimos na categoria do nemo potest venire contra factum proprium a suppressio –, bem como que toda a tutela da vedação da contradição só tem razão de ser porque, na verdade, o que se busca é a tutela da confiança, das legítimas expectativas decorrentes da conduta inicial vinculante". **Larissa Gaspar Tunala**

"Ao compararmos a valoração judicial da conduta das partes com o venire processual, vimos que são figuras não coincidentes pelo fato de (i) o venire exigir duas condutas que, pela contradição, (ii) afrontem a boa-fé – o que não é necessária realidade na valoração do comportamento em consonância com a boa-fé; (iii) por ele não ter por consequência apenas auxiliar a formação da convicção do magistrado – função que eventualmente pode assumir; bem como (iv) pelo juiz poder atuar de maneira contraditória; e porque (v) o venire pode configurar-se a partir de condutas praticadas em outros processos". **Larissa Gaspar Tunala**

TJ, HC 171.753 (Min. Maria Thereza de Assis Moura): "*3. Não há falar em reconhecimento de nulidade, decorrente da realização de audiência acompanhada por defensor dativo, quando a própria defesa técnica constituída requereu a providência, dada a impossibilidade financeira de a paciente custear o transporte dos causídicos até a Comarca onde corria o processo. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do* venire contra factum proprium *(proibição de comportamentos contraditórios). Assim, diante de uma tal conduta sinuosa, não é dado reconhecer-se a nulidade. 4. O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se o* duty to mitigate the loss. *Na espécie, a serôdia insurgência, somente após a realização de diversos atos processuais, como o interrogatório, alegações finais e sentença, evidencia a consolidação da situação, sedimentando a tácita aceitação da ausência de oitiva da testemunha. Não deveria a parte insistir em marcha processual que crê írrita, sob pena de investir tempo e recursos de modo infrutífero.*"

STJ, Resp. 1.637.515 (Min. Marco Buzzi): ""É vedada a manipulação do processo pelas partes por meio da ocultação de nulidade, calculando o melhor momento para a arguição do vício (nulidade de algibeira ou de bolso)."

STF, HC 88.193 (Min. Eros Grau): "Tendo sido a defesa intimada pessoalmente do acórdão proferido no recurso de apelação e permitido, com sua inércia, o trânsito em julgado, é de ter-se por relativizada a nulidade antes absoluta, sobretudo quando a arguição é feita cinco anos após a data em que a condenação tornou-se definitiva. Ordem denegada".

atraso de audiências do juiz e aplicação de sanções de surpresa às partes; padrão de proposta de Justiça Negocial modificado, no caso, sem justificativa);

10) *Tu quoque*: Consiste na vedação de exigir da outra parte o cumprimento de regra ou disposição que está descumprindo ou se aproveitar da própria violação. A origem da palavra pode nos ajudar, por ter sido proferida por Júlio César: *"até tu, Brutus, meu filho?*;

11) *Doping* Processual: Para estabelecermos a noção de *doping processual* podemos nos valer, por analogia situacional, do que se passa nos esportes, espaço em que o Comitê Olímpico Internacional criou a *WADA*: *World Anti-Doping Agency*, com o escopo de combater o comportamento ilegal, preservando os atletas e as modalidades esportivas. Aprendemos que a presença real ou potencial e a efetividade de punições tende a incentivar a conformidade dos comportamentos. Também aprendemos que decisão de fraudar depende do cálculo de custo-benefício, a saber, diante da possibilidade de ganhar medalhas, reconhecimento, patrocínio, fama e glória (benefícios objetivos e subjetivos), estimando o risco (probabilidade x consequências). Podemos concluir que a criação da *WADA* modificou o cálculo de risco, ainda mais depois da demonstração de punições efetivas (p.ex. Rússia). No Brasil, podemos encontrar a tipificação do Estatuto do Torcedor (Lei 12.299/10), em seu art. 41-E: "*Fraudar, por qualquer meio, ou contribuir para que se fraude, de qualquer forma, o resultado da competição esportiva*". Estamos autorizados a concluir que o Estado está interessado na preservação das regras do jogo limpo e, também, dos atletas, ou seja, em face da criação de tipo penal para aumentar o custo da conduta. Ao usarmos a noção de *doping processual*, entendido *como a conduta consistente em fraudar, por qualquer meio, as regras de processo penal*, ampliamos as ferramentas de identificação dos comportamentos em desconformidade ao devido processo legal, justamente porque além das hipóteses de proibição e obrigação, temos as de autorização de comportamentos processuais, em que o uso estratégico, a depender do contexto e do modo, pode violar a **Boa-Fé Objetiva**;

12) Agentes e Comportamentos Oportunistas (Jogo Sujo): Assumimos que o comportamento do agente racional opera pelo custo-benefício, motivo pelo qual, no processo penal, para além do dever de integridade, o benefício da vantagem decorrente da violação de normas ou da Boa-fé depende das preferências pessoais do agente. Práticas de *doping* não são exceção na luta pela vitória. Os benefícios advindos dos resultados (ascensão na carreira, fama, exposição midiática, satisfação pessoal etc.) tende a servir de incentivo a práticas dessa ordem, dado o brilho e a exposição social da vitória. O problema subjetivo de vencer fora do *Fair Play* é o de que o **oportunista** corre o risco (eterno) de ter as práticas ilegais desveladas no futuro (por um *hacker* ou delator, por exemplo). Há certa deriva ética no processo penal brasileiro, principalmente por acionar sentimentos de "bem x mal" que, "justificam" os "meios"

"O Ministério Público, embora parte no processo, é órgão do Estado tão obrigado a garantir a duração razoável do processo quanto o Juiz, e se de um lado o Juiz deve ter critérios ao analisar os requerimentos do *Parquet*, evitando a cultura estabelecida ao "atenda-se", por outro o Ministério Público deve ter rigor em seus requerimentos, aferindo sempre a sua efetiva necessidade e não uma espécie de temor que conduz muitas vezes em excesso de cautela que acaba por produzir requerimentos de diligências inúteis. [...] Com efeito, o Ministério Público e o Juiz, respectivamente na atuação e direção do processo, devem evitar, o primeiro a insegurança que conduz à falta de critérios e o segundo, a falta de cuidado e independência, pois muitas vezes se defere diligências inúteis para não ferir susceptibilidade, dada uma estranha promiscuidade de funções que acaba por existir, á vezes, entre Ministério Público e Juiz" **André Nicolitt**

STJ, HC 199.730 (Min. Napoleão Nunes Maia Filho): "Consoante firme orientação do colendo STF, inclusive cristalizada na Súmula Vinculante 14, é direito subjetivo do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de ampla defesa. [...] revela-se mesmo indispensável o acesso integral de toda a mídia já disponibilizada no processo, pois só assim se conhecerá todo o contexto em que foram travados os referidos diálogos, de maneira a subsidiar as estratégias defensivas."

"Essa atitude pode parecer antiética, mas os jogadores não procuram os teóricos da teoria dos jogos em busca de princípios morais; já têm eles os seus próprios princípios. Tudo quanto pedem é uma estratégia que lhes sirva aos propósitos, egoísticos ou não". **Morton David Davis**

STF, HC 73.338 (Min. Celso de Mello): "O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público".

ilegais empregados, diante dos benefícios do "fim" obtido (*LawFare*, por exemplo);

13) Exemplos de Práticas violadoras da Confiança e da Boa-fé Objetiva: Para o que nos interessa, a violação da **Boa-fé Objetiva** é o ponto a ser destacado. O Estado acusador não pode praticar ilegalidades, omitir informações favoráveis à defesa, valer-se de métodos não autorizados em lei, potencializar inescrupulosamente elementos probatórios, mesmo que os agentes pensem deter "por bons motivos", aumentando a capacidade de vitória processual. A defesa, por sua vez, também não pode se valer de táticas inescrupulosas, manipulando o direito do acusado (**ampla defesa**, **paridade de armas** e **contraditório**). O tópico pretende elencar, sem ânimo de ofender ninguém, algumas situações, além das acima referenciadas e desenvolvidas em outros momentos do Guia, de comportamentos dos agentes processuais fora do *Fair Play*, especialmente por meio da "manipulação" interpretativa, argumentativa ou de abuso dos poderes conferidos (**oportunismo**): **1)** ***Disclosure***: omissão estatal de apresentação de provas obtidas em favor do acusado (***disclosure***). É dever do Estado apresentar todas as provas amealhadas e não somente as favoráveis; **2) Manipular, Destruir ou Evitar a Produção de Prova favorável à Defesa**: destruir, modificar, omitir ou deixar de produzir prova que possa infirmar a Hipótese Acusatória (cadeia de custódia e perda de uma chance probatória). As decisões sobre o conteúdo do material obtido pelo Estado cabe à defesa, resguardados Direitos Fundamentais de terceiros; **3) Decisão Judicial Surpresa**: decisões judiciais com **surpresa** de argumentos não submetidos ao contraditório (se possível antecedente ou diferido, caso urgentes e necessárias, p.ex. cautelares probatórias ou prisão); **4) Ausência da Devida Motivação e Fundamentação**: violação de dever de motivação e fundamentação (CPP, art. 315, § 2º, e CPC, art. 489, §3º); **5) "Esquiva Hermenêutica**: A "esquiva hermenêutica" se configura pelo uso de categorias ou termos genéricos sem a definição e nexo com a hipótese fática (CPP, art. 315, § 2º, e CPC, art. 489, § 3º); **6) Guardar Nulidade como Trunfo**: as nulidades devem ser invocadas, sendo vedado guarda-las para uso conveniente e oportunista (nulidades de "algibeira"; STJ, AgRgREsp. 1.391.066, Min. Paulo de Tarso Sanseverino); **7) Esquentar Prova Ilícita**: envelopar de lícita as evidências obtidas de modo ilícito, "misturando" no contexto de outras produzidas independentemente; **8) Cooperação Internacional fora dos Canais Legais**: acertar com agentes estrangeiros o fornecimento de evidências de modo autônomo, a despeito das vias legais; **9) Abuso de Provas Defensivas**: no abuso de provas impertinentes em nome da ampla defesa, gerando ônus e custos aos Judiciário e aos demais agentes (precatórias irrelevantes etc.); **10) Prova Testemunhal**: fazer pergunta sugestiva, falaciosa ou falsa pergunta à testemunha ou informante; impor ou sugerir ao delator o conteúdo do depoimento sob ameaça de revogação de benefícios; **11) Interrogatório**: não realizar as advertências legais, vedar o "interrogatório seletivo" ou submeter

o interrogado a situações de vulnerabilidade ambiental, psicológica ou física; **12) Unidades de Inteligência**: utilização de Unidades de Inteligência paralela e às escuras, para limitar a ação defensiva; **13) Reconhecimento Pessoal sem Observância das Regras**: realização de reconhecimento sem observância do procedimento, favorecendo erro ou mesmo sugerindo por sinalizações; **14) Invocação da Proporcionalidade em favor do Estado**: a proporcionalidade somente pode ser invocada pela defesa; **15) Uso Tático da Imprensa e/ou das Mídias Sociais**: orquestração, para além do dever de informação, de movimentos para constranger aos agentes processuais; **16) *Fishing Expedition* e Encontro Fortuito Dissimulado**: investigar a vida e não fato determinado ou se aproveitar das circunstâncias para obter evidências distantes da causa do ato, "esquentando" ao evidência por meio do uso do "encontro fortuito *fake*"; **17) Restrição da Defesa em MaxiProcessos**: em processos com alta complexidade probatória, a apresentação desorganizada, com senhas não disponibilizadas, referência a documentos não componentes do acervo dos autos, uso de programas e meios não acessíveis à defesa, aproveitando-se do curto prazo disponível à defesa preliminar; **18) *Lawfare***: uso do processo com a finalidade de destruir oponentes (políticos, comerciais, desafetos etc.); **19) Inobservância da Cadeia de Custódia**: leniência com a documentação e manejo do trajeto entre a obtenção e apresentação das evidências; **20) Indiciamento Postergado ou Inexistente**: passar a investigar alguém sem realizar o indiciamento com a finalidade de impedir o acesso à prova, arquivando o material sem dar ciência ao alvo; **21) Polícia Militar**: reconhecer funções processuais aos órgão de policiamento ostensivo, sem funções processuais; **22) Adiamento de Atos sem Fundamento**: pedidos de adiamento de atos judiciais de véspera e sem motivação adequada, com finalidade de postergação; **23) Uso de Algemas**: deixar de considerar o contexto do uso de algemas, sem a demonstração do prejuízo concreto (STJ, ROHC 471.135, Min, Reynaldo Soares da Fonseca); **24) Usar Argumentos Inválidos (*Junk Science* e Anticiência)**: valer-se de argumentos desprovidos de aceitação científica, em geral de personagens que se auto reconhecem "gênios incompreendidos", com desprezo pela ciência, que professam constructos irreais; **25) Uso de Falácias oportunistas ou Manipulações Argumentativas**: aproveitar o efeito de erros de raciocínio ou de construções oportunistas para o fim de manipular os julgadores; **26) Denúncia Anônima *Fake***: aproveitamento de informação privilegiada de investigação em andamento (p.ex: interceptação telefônica e/ou de dados), para o fim de prender em flagrante, sob a dissimulação de "denúncia anônima"; **27) "Trolagem" Comportamental (Agente Processual *Troll*)**: o termo advém da frase "lançando a isca aos trouxas" (*trolling for suckers*) que, originalmente significava levar a sério o que era uma brincadeira ("estava só brincando"). No contexto atual e no ambiente do processo penal (audiências, plenários, imprensa e redes sociais), emprega-se ao comportamento "agressivo",

"irritante", "impertinente', realizado com o fim de desestabilizar o alvo, "tirá-lo do sério", prejudicando o seus desempenho. Vale-se do ataque dissimulado, da construção de narrativas manipuladas, de mentiras, de insultos, de afrontas, da bravata, do escárnio, dentre outras ações. Alguns constroem a reputação de "agente troll" objetivando intimidar os demais agentes quando de interações processuais. Abdicam do dever de respeito, cordialidade e de Boa-fé; **28) Faltar com a Palavra**: acordar comportamentos e depois não cumprir (p.ex. se o MP afirma que fará réplica, não pode deixar de fazê-la porque viola a confiança depositada, até porque não precisava responder ao questionamento defensivo; ou ainda, comprometer-se em trazer a testemunha e exigir a intimação); **29) Retratação imotivada de ANPP**: pactuado o ANPP com membro do MP, não pode a substituição do agente ministerial gerar a revisão unilateral das cláusulas acordadas (o acordo é com a Instituição e não com os representantes); **30) Omitir o conteúdo e os Benefícios dos Informantes e Delatores**: Não informar sobre o recebimento de recompensa e de todas as condições subjacentes ao testemunho (um dos principais problemas com o uso de informantes e delatores); **31) Oferecer denúncia sem anexar a íntegra da documentação** (caso da ausência de degravação das interceptações e da ausência de juntada das conversas de apps extraídas com *Cellebrite* e outros); e, **32) Não permitir o arrolamento posterior de testemunhas defensivas**, sobretudo quando a investigação não foi inteiramente documentada nos autos do procedimento investigatório (IP ou PIC);

"Por exemplo, pactuado um acordo com um membro do Ministério Público, pendente homologação, não cabe a retratação por novo personagem humano do MP, sob pena de violação do *venire contra factum proprium*, justamente porque se negocia com a Instituição, por seus membros. Do contrário, não se teria confiança nas Instituições". **Alexandre Morais da Rosa, Luísa Walter da Rosa e André Luiz Bermudez**

STJ, HC 117.952 (Min. Napoleão Nunes Maia Filho): ""Uma vez assumido pela defesa o compromisso de apresentação espontânea de suas testemunhas na audiência, eventual ausência configura verdadeira desídia defensiva, não podendo, portanto, o indeferimento dos pedidos de substituição do rol e de realização de nova audiência serem considerados como cerceamento de defesa".

"Se você está fazendo um experimento deve relatar tudo que acredita pode invalidá-lo". **Rychard Feynman** (Honestidade incondicional dos agentes públicos).

14) Litigância de Má-Fé: O CPP, diferentemente do CPC (arts. 77 e sgts), não regulamenta os comportamentos de má-fé, vedando-se o uso analógico "*in malam partem*" (STJ, HC 401.965, Min. Ribeiro Dantas). Cabe a apuração da conduta perante às instituições ou OAB, sem prejuízo da aplicação de multa por abandono da causa (CPP, art. 265), a seguir;

STJ, HC 401.965 (Min. Ribeiro Dantas): "Esta Corte Superior firmou o entendimento de que não é cabível a imposição de multa por litigância de má-fé no âmbito do processo penal, porquanto sua aplicação constituiria indevida analogia in malam partem, haja vista ausência de previsão expressa no Código de Processo Penal. Precedentes. Ordem parcialmente concedida somente para afastar a multa por litigância de má-fé aplicada pelo Tribunal de origem".

15) Abandono do Processo Injustificado (Multa ao Defensor; CPP, art. 265): O STF, em votação apertada (6x5), declarou constitucional o art. 265, do CPP, pelo qual o juiz poderá aplicar multa (de 10 a 100 salários mínimos) na hipótese de o advogado abandonar o processo "sem motivo imperioso". A multa é aplicável à defesa, em face da não realização do ato ou por não ter se completado (abandono depois de iniciado o ato, inclusive no Plenário do Júri). A definição de "motivo imperioso" depende da análise do caso, em geral, de evento inesperado. Discute-se a aplicabilidade nas hipóteses de cerceamento do direito de defesa (em audiência ou plenário do Júri). Difere da **renúncia** do mandato, direito do advogado, desde que não realizada com o fim de frustrar o andamento do processo, a saber, na véspera do ato de que foi intimado (mínimo de 10 dias). Para evitar a multa o advogado deve comunicar formalmente o ocorrido. Não se confunde com eventos inesperados (caso fortuito ou força maior) que afastam a aplicação, mas devem ser devidamente comprovados, desde que não sejam previsíveis (trânsito, acidente ou

viagem não justifica, porque previsíveis e/ou evitáveis: sintoma de falta de planejamento). Na hipótese da ausência defensiva em ato realizado por **precatória**, não se justifica a aplicação de multa, embora seja indicador do abuso do direito de defesa, com ônus ao juízo deprecado, capaz de gerar péssima reputação (protelador);

C – Controvérsia:

1) Erro Substancial: No processo penal comparecem agentes sem formação jurídica, devendo-se avaliar a ocorrência, em cada caso, da hipótese de "erro substancial" (CC, art. 139), por decorrência de interpretação "não técnica", do "senso comum", da crença, de boa-fé, no sentido emprestado às regras, de pessoas não acostumadas às práticas judiciárias;

2) Lealdade e Acusado: o direito de "não produzir prova contra si mesmo" não se confunde com a ação de postergação injustificada da prestação jurisdicional, constituindo a lealdade dever da "cooperação processual" defensiva;

3) Comportamento Oportunista: Não se trata de julgamento pessoal dos agentes processuais e sim dos comportamentos processuais. Um agente processual com péssima reputação pode se comportar dentro do *Fair Play*, enquanto outro, com ótima reputação, pode agir de modo reprovável circunstancialmente. O que se julga são os comportamentos e não as pessoas, porque em cada momento há um custo-benefício diferente;

4) Escalada do Jogo Sujo: Se um agente quiser vencer a qualquer custo, mesmo fraudando as regras, a tendência será a de que o oponente também fraude. Em uma corrida pela vitória a qualquer preço, a manipulação das regras (*doping*) passa a ser contabilizado como mero custo. Se não há sanções rígidas para violações do *Fair Play*, teremos outras e mais violações procedimentais, como se dá com a prevalência da noção de nulidade relativa vinculada ao prejuízo. Por isso, a Lei de Abuso de Autoridade é importante. Se o regime de nulidades fosse levado a sério, com maior rigor por parte dos julgadores, o jogo sujo seria tática dominada. Mas no ambiente em que se manipula muito, não vale arriscar a reputação por uma vitória, evadindo-se o resto da vida, com medo de ser delatado;

5) Queixa Dissimulada: Do ponto de vista moral, não se pode reclamar do comportamento de terceiros que são equivalentes ao de quem reclama (*tu quoque*), porque pressupõe coerência comportamental. O fato de agentes terem se comportado de modo oportunista não significa que devam ser etiquetados para sempre, mas reconstruir a reputação é muito complicado. O comportamento imoral, ademais, não autoriza o revide e sim a busca de responsabilização do agente.

CPP, art. 265: "O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. § 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer. § 2º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato".

STF, Adin 4.398 (Min. Cármen Lúcia): "Considerado esse papel indispensável desempenhado pelo advogado no processo penal, não há como se ter por ilegítima previsão legislativa [artigo 256 do Código de Processo Penal] de sanção processual pelo abandono do processo pelo profissional do direito, cuja ausência impõe prejudicialidade à administração da justiça, à duração razoável do processo e ao direito de defesa do réu. [...] A alegada ofensa ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de não culpabilidade é afastada ainda pela possibilidade de o advogado se insurgir no próprio processo em que aplicada a sanção, por pedido de reconsideração, e pela viabilidade de impetração de mandado de segurança contra a decisão pela qual imposta a multa quando não caracterizada a situação legal descrita".

"Diante desses regramentos, sustenta-se que o abandono da causa é algo distinto do exercício do direito de renúncia, pois enquanto o primeiro pode significar conduta deontologicamente reprovável e até sancionável pelos órgãos de classe censores (Ordem dos Advogados do Brasil e Defensoria Pública), uma vez não apresentado qualquer motivo (quando menos o "imperioso" previsto no dispositivo)" **Renato Stanziola Vieira**

STJ, RMS 33.229 (Min. Ribeiro Dantas): "2. O advogado que renuncia ao mandato deverá, durante os 10 (dez) dias posteriores à notificação do constituinte, praticar os atos para os quais foi nomeado (art. 45 do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do CPP). 3. Os recorrentes comunicaram sua renúncia ao constituinte no dia 22/9/2008, sendo que a audiência à qual não compareceram estava designada para o dia 7/10/2008. Por conseguinte, foi cumprido, com folga, o prazo de 10 (dez) dias legalmente estabelecido, o que afasta a justa causa para a aplicação da multa por abandono da causa. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se dá provimento para conceder a ordem, a fim de revogar a aplicação da multa prevista no art. 265 do CPP".

STJ, RMS 51.511 (Min. Sebastião Reis Júnior): "Naquelas situações em que fique demonstrado que, sem comunicação prévia ao juiz do feito, o advogado (defensor) abandonou, sem justo motivo, o processo, a causa, deixando o cliente indefeso. A isso não se equipara o abandono de um ato processual".

STJ, RMS 32.742 (Min. Napoleão Nunes Maia Filho): "Não constitui a hipótese do art. 265 do Código de Processo Penal o abandono de ato processual pelo defensor do réu se este permaneceu na causa, tendo, inclusive, atuado nos atos subsequentes".

D – Estratégia:

1) Planejamento e Antecipação: A capacidade de antecipar tendencialmente o curso de ação tático/estratégico dos demais agentes será uma das ferramentas de trabalho. Enquanto a estratégia é a descrição de todas as ações táticas nos *rounds*, a tática é a realização do curso de ação em cada momento processual. Resume-se em: *se eu fizer isso, ele tende a fazer aquilo; então posso seguir por aqui e, nesse caso, ele deverá fazer isso.* Cuida-se da antecipação dos movimentos dos adversários e agentes processuais, tendo em vista os benefícios e o **Esquema Decisório** individual;

2) Dever em todas as Interações: Veremos que o dever de lealdade dos agentes processuais comparece em diversos momentos. Adiante falaremos das nulidades e da prova ilícita. Esses dois campos de incidência de comportamentos oportunistas devem ser analisados de maneira diversa, sob pena de sermos incapazes de compreender a importância do *Fair Play*, em cada contexto;

3) Sinal Vermelho e Amarelo: As normas processuais respondem ao movimento civilizatório e geram expectativas de confiança. Por serem linguagem, podem ser instrumentalizadas. Por isso, a necessidade de se dominar ferramentas que possam ser utilizadas diante de comportamentos que "furam" o "sinal vermelho" ou mesmo pretendem obter vantagem frente ao "sinal amarelo". As decisões estratégicas, táticas e operacionais serão de inteira responsabilidade do agente. O erro deve ser assumido. A perda de uma oportunidade (por ação ou omissão) não pode ser imputada aos demais agentes. Boa-fé com regras, conosco, com o outro, com a argumentação, valoração de provas e decisão, compõem os atributos do comportamento adequado;

4) Habilidades Adequadas: O domínio das habilidades não depende da decisão racional: agora serei assim. É necessário estudo, domínio das normas, das emoções e da constante avaliação do risco de cada contexto. Precisamos ampliar as habilidades para sobreviver em interações cujos agentes podem ser dissimulados e oportunistas, sem que caiamos na armadilha de equiparação. Todos nós podemos não ser estúpidos, embora sempre possamos nos comportar como tal, principalmente quando um agente *troll* sabe o nosso ponto fraco;

5) Custo-Benefício: Ao mesmo tempo em que defendemos o comportamento de conformidade, a capacidade de identificação e reação aos comportamentos oportunistas dos demais agentes deve estar previamente delineada, afinal de contas, precisamos ter respostas prontas à reação. Na maioria das vezes, não há tempo para pesquisar, nem para consultar terceiros. A constante preparação é o melhor mecanismo contra o amadorismo e a sensação de incompetência de não termos agido oportunamente. Até porque os agentes oportunistas, a partir do custo-benefício, podem operar por práticas dissimuladas de "vantagem

competitiva" que passam despercebidas aos amadores. É preciso estar preparado para identificar e reagir.

5.12 Nulidades Processuais



A – Definição:

Nulidade é a consequência atribuída ao ato processual produzido (existência, validade e eficácia) em inobservância às normas jurídicas Distingue-se entre Absoluta e Relativa.

B – Funcionalidade (características e/or requisitos):

1) Lugar e Função: Em geral o tema das Nulidades é tratado ao final dos cursos de processo penal, seguindo a lógica do CPP. A nossa proposta inverte a abordagem. Precisamos definir e dominar os elementos constitutivos da teoria das nulidades dominante, apontando as controvérsias, justamente para podermos, em seguida, analisar a questão das provas, dos procedimentos e da decisão. Analisaremos os possíveis comportamentos a partir da visão dominante (concordando ou não). É um ganho competitivo poder identificar as nulidades, na linha da **Boa-Fé Objetiva**, do *Fair Play* e do *Doping* **Processual**;

"Evidentemente, as nulidades podem ser consideradas uma espécie de garantia concernente à forma do ato processual. Entretanto, quando tais formas degeneram em mero formalismo ritualístico, possibilitam que a forma seja concebida e utilizada como ferramenta de transformação do processo num cenário em que reaparece a dinâmica do ilegalismo congênito intrínseca à epistème inquisitória". **Ricardo Jacobsen Gloeckner**

2) Teoria Conglobante das Nulidades: A partir do pressuposto de que o Estado (Ordenamento Jurídico) não pode atribuir ao mesmo comportamento a qualificação de lícito (permitido/devido) e ilícito (proibido), por configurar um paradoxo, *Eugenio Zaffaroni*, no campo do Direito Penal, construiu a **Teoria da Tipicidade Conglobante**. Aproveitamos o enquadramento por equivalência: o Estado não pode considerar lícito o comportamento processual (e a consequência; p.ex. prova) que, mesmo autorizada por regra processual, pode ser derrotado por normas válidas no conjunto do Ordenamento Jurídico (cuja função é a de ampliação dos Direitos de Liberdade). Por esse motivo, no item antecedente, indicamos a importância da Boa-fé Objetiva, do *Fair Play*, do *Doping* Processual e do "Diálogo de Fontes", afinal, por mais que tenhamos regras processuais vigentes, a validade demanda juízo de coerência conglobante (compatibilidade/adequação material) com as normas de hierarquia superior (Constituição e Bloco de Constitucionalidade) e, também, com as demais normas do sistema que proíbem o comportamento (CPP, art. 565; **oportunista**);

CPP, art. 565: "Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse".

STJ, HC 117.952 (Min. Napoleão Nunes Maia Filho): "Uma vez assumido pela defesa o compromisso de apresentação espontânea de suas testemunhas na audiência, eventual ausência configura verdadeira desídia defensiva, não podendo, portanto, o indeferimento dos pedidos de substituição do rol e de realização de nova audiência serem considerados como cerceamento de defesa".

3) Pressupostos, Requisitos e Condições do Ato Processual: Do ponto de vista lógico, podemos afirmar que: **a) Pressuposto** (existência) é o antecedente, o que vem antes; **b) Requisito** (validade) é o concomitante, em conjunto; e, **c) Condição** (eficácia) é o subsequente. Logo, todo o "aparato normativo" (**Normas *Standards* e Regulativas**) é pressuposto ao ato processual (Tipicidade Processual). A realização de atos processuais depende do preenchimento dos "requisitos de validade" previstos nas

Normas *Standards* e Regulativas, enquanto a "eficácia" é o "nexo de causalidade" positivo entre a "justificativa da norma" (*Frederick Schauer*) e os efeitos obtidos. O ato será nulo se não atender às 3 (três) dimensões, na linha da **Escada EVE** (do **RoadMapCrime**);

"Observe-se que, via de regra, quando se fala em 'pressuposto', se está no terreno da existência ou não existência do *fenômeno jurídico;* se se fala em 'requisito', já se alcança etapa superveniente, que é a da validade ou não do *fenômeno jurídico;* ao ser abordada a 'condição', ganha-se a linha de eficácia ou de extinção do *fenômeno jurídico*". **Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena**

4) Nulidades: A arquitetura da teoria das nulidades foi importada do Direito Civil, com a distinção entre **Absoluta** ou **Relativa**, além da possibilidade de **convalidação** e de verificação do prejuízo, desde o pressuposto da prevalência da substância sobre a forma (CPP, art. 566). O desenho normativo não leva em consideração que, em vez de direitos disponíveis, no processo penal, operamos com **Direitos Indisponíveis** (Fundamentais). O pressuposto da simples equivalência da lógica de abordagem deve ser rejeitado, dada a especificidade da função de garantia, típica da distribuição de desconfiança. Diferencia-se, em geral, a **mera irregularidade** (sem violação do conteúdo do ato), da **inexistência** (por ausência de requisito de sua validade – alegações finais por não advogado ou sentença por não juiz), **nulidade relativa** e **nulidade absoluta**. Em sentido macro, entende-se por nulidade o ato desviante, a saber, o ato processual que não se revestiu dos requisitos necessários – na forma de uma omissão ou de uma prática, cuja imperfeição varia em graus, daí se ter as nuances chamadas nulidades "absoluta" e "relativa". Quando a violação macula normas postas em favor do interesse de uma das partes processuais, estaremos diante de **nulidade dita relativa**, cujo reconhecimento depende da alegação do interessado no prazo de lei. Nesses casos, segundo a doutrina dominante, para que a nulidade seja reconhecida, a parte deverá demonstrar também o **prejuízo**. Considera-se **absoluta a nulidade** decorrente de vícios que ferem balizas fundamentais do Direito ou do processo (Normas *Standard*), isto é, que atinjam o interesse público, de modo que delas se pode conhecer de ofício (em princípio, a qualquer tempo porque não há preclusão). Partem do pressuposto de que o vício é insanável e o prejuízo presumido, A jurisprudência tem mitigado a Nulidade absoluta pela inserção de condição: a **Boa-Fé Objetiva** (*dever de mitigar o dano*, *tu quoque* e *venire contra factum proprium*). O comportamento da jurisprudência é caótico: tanto em relação à nomenclatura, quanto aos efeitos da declaração de nulidade. Em relação às distinções, com *Aury Lopes Jr, Ricardo Gloeckner, Flaviane Barros de Magalhães, Débora Fioratto, Jorge Coutinho Paschoal e Rosmar de Alencar*, podemos afirmar a insuficiência das categorias e, a partir do "processo como procedimento em contraditório significativo", ampliar as hipóteses de incidência;

CPP, art. 563: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

CPP, art. 566: "Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa."

CPP, art. 573: "Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados. § 1° A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência. § 2° O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende".

"As nulidades processuais como forma de controle da conformidade do ato ao modelo constitucional de processo não admitem a distinção em nulidade absoluta e nulidade relativa, já que não existe ato relativamente desconforme ao modelo constitucional de processo [...] Não existe nenhum critério distintivo entre nulidades absolutas e relativas. O ato que for processualmente reconhecido como nulo deve ser refeito; logo, os efeitos que se operam serão sempre *ex tunc*. O processo como garantia constitucional não admite que se resguarde interesse privado; portanto, o interesse será sempre de ordem pública". **Débora Carvalho Fioratto**

5) Nulidade como Má Formação ou Sanção? Um ato válido é o que satisfaz as condições de **existência**, **validade** e **eficácia**. Pode-se **enquadrar** as nulidades desde duas perspectivas: **a) Má Formação do Ato**: consiste no não preenchimento das 3 (três) dimensões: pressupostos, requisitos e eficácia, ou seja, no trajeto de formação não foram atendidas as **Normas Standards** e **Regulativas**; e, **b) Sanção**: mesmo verificada mácula na formação, analisa-se a existência de prejuízo. O modo como

se enquadra a temática da nulidade altera as premissas do raciocínio. Do ponto de vista lógico e das garantias processuais, identificada a má formação (violação da existência, validade e eficácia), nenhum efeito (consequência) poderia gerar, enquanto do ponto de vista retrospectivo, a análise ocorre depois de constatada a má formação do ato, por meio da satisfação da condição "prejuízo concreto", artimanha pela qual o "ato nulo" (mal formado) é capaz de sobreviver e gerar consequências lícitas. Por isso fizemos o percurso anterior da **Confiança** e da **Boa-fé Objetiva**, já que no campo do Direito Civil deve-se privilegiar a substancia em detrimento às regras, situação contrária a do Processo Penal. É inválido partir da lógica de direitos disponíveis (civilista) e aplicá-la diretamente aos direitos indisponíveis (processo penal). A nulidade não é uma sanção, nos diz *Gregório Robles*, justamente porque o efeito convencional das regras processuais (*Fair Play*) exclui, do âmbito de consequências lícitas, o ato em desconformidade com as normas de produção. Qual o sentido de se estabelecer regras constitutivas (formação) do ato processual se podem, pelo critério da ausência de prejuízo, ser violadas em nome do resultado? Nenhum. Se o agente processual, mesmo ciente da ilicitude do ato, por saber que os efeitos podem transformá-lo em lícito (limpá-lo), tem incentivos para seguir adiante (comportamento ilícito deixa de ser reprimido). O custo-benefício é positivo. Em resumo: ato mal formado não pode gerar efeitos lícitos. Desde que viável, deve ser refeito. Do contrário, opera-se na Falácia do Argumento a partir das Consequências), transformando o "ilícito" em "lícito". A armadilha cognitiva de compreender a nulidade como **sanção** precisa ser superada;

"A aplicação da 'boa-fé' objetiva, se não é pacífica no campo do processo, é imprestável para o processo penal. O mais impressionante é que através da dação de sentido retroativa (isto é, o STF toma uma categoria normativa que foi introduzida na década de 1990 no Brasil, atualmente banalizada, diga-se de passagem, para concluir que a mente de Francisco Campos já operava com esse vetor). Para além do anacronismo, temos inequivocamente uma incidência – com algumas particularidades brasileiras – do tema do abuso de processo". **Ricardo Jacobsen Gloeckner**

"Uma primeira dificuldade na adoção de todos esses conceitos – particularmente, da dicotomia absoluta/relativa-interesse público/privado – é que o critério utilizado para o reconhecimento da nulidade absoluta, isto é, consistente na violação do interesse público, mostra-se muitíssimo vago. Ademais, é difícil vislumbrar, dentro do direito processual – sobretudo no processo penal – uma norma que proteja, exclusivamente, o interesse de uma das partes. Por isso, seria impróprio falar-se em nulidades relativas no processo penal". **Jorge Coutinho Paschoal**

"Se no jogo não há juiz, não há jogada fora da lei". **Humberto Gessinger**

6) Nulidade Relativa: Prevalece a distinção entre **Absoluta** e **Relativa**, a partir da exigência da demonstração de prejuízo: *pas nullité sans grief* (CPP, art. 563). Depende, ademais, de alegação oportuna, sob pena de preclusão;

CPP, art. 571: "As nulidades deverão ser arguidas: I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406; II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500; III - as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes; IV - as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência; V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447); VI - as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500; VII - se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes; VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem".

CPP, art. 572: "As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas: I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior; II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim; III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos".

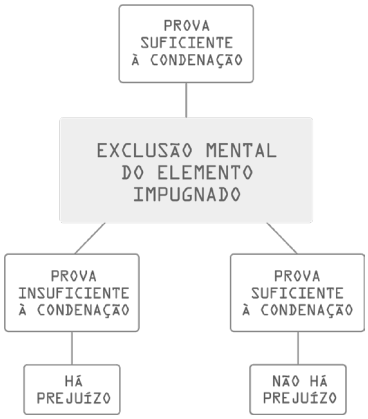
7) Nulidade Absoluta: A categoria **Absoluta** pode sugerir que verificada a violação das regras constitutivas, a declaração de nulidade é automática. A jurisprudência se orienta no sentido de que também deve ser demostrado o prejuízo nos casos de nulidade absoluta, esvaziando o efeito, a saber, a "absoluta" (*jure et de jure*) deixa de ser "absoluta" para se equivaler à "relativa" (*juris tantum*). A transformação de qualquer nulidade em relativa, diante do atingimento de suas finalidades, faz com que, no fundo, não se tenha regra, nem baliza, tampouco limite para o exercício do poder (vale tudo: processo penal "*Free Style*");

"O sistema de subordinar toda e qualquer declaração de nulidade (absoluta ou relativa) à demonstração de prejuízo foi a maneira mais sutil de se tentar abolir as nulidades no processo penal brasileiro". **Ricardo Jacobsen Gloeckner**

"Afinal, reconhecemos, na forma, a essência. Mas há algo mais que depreendemos do art. 563, do CPP. Nele, não há distinção entre nulidades mais ou menos graves, absolutas ou relativas. A imprecisão terminológica do Código é um distintivo com potencial de ampliar o arbítrio. Os Tribunais, na senda da generalização, proclamaram uma espécie de 'relativização das nulidades processuais', cujo efeito foi o de permitir que o órgão judicial possa tudo ou quase tudo, sem os contornos que seriam necessários à atuação do Judiciário". **Rosmar Rodrigues de Alencar e Alexandre Morais da Rosa**

8) Prejuízo: Assumimos que as regras processuais, na **Economia da Desconfiança**, servem de limites ao exercício do poder estatal. Se o acusado, por ser o mais vulnerável, pode depositar a expectativa de observância do aparato normativo estabelecido como mecanismo de controle e mitigação do arbítrio, por parte dos agentes públicos, o prejuízo deve ser pressuposto (**Confiança** e **Boa-fé**). Para definição do critério "**prejuízo**" devemos seguir o trajeto lógico: **a)** os agentes não podem

alegar desconhecimento da lei (***accountability***); **b)** a partir do "dever de mitigar o dano/prejuízo", exige-se dos agentes públicos a obrigação de evitar, atenuar ou afastar o "evento ilegal/ilícito" ou "as consequências" da violação da regra, isto é, antevista, de modo razoável e evitável, a desconformidade, por força do dever de estancar o comportamento ilegal/ilícito e evitar a consumação (não pode perseguir o máximo proveito do ato desconforme; os atos devem ser considerados nulos; também no regime da prova ilícita); **c)** a dimensão da consequência do aproveitamento na distribuição de riscos do processo penal, ou seja, até que ponto a probabilidade de prevalência da **Presunção de Inocência** foi atingida pela inserção de elemento ilegítimo. O teste é o mesmo da "concausas" do art. 13, do CP: *deve-se mentalmente excluir o elemento impugnado, com a verificação da prevalência da absolvição. Se o ato ilícito/ilegal for a "causa eficiente" da condenação, o prejuízo estará configurado*; **d)** o elemento ilegal altera a dinâmica da ampla defesa e do contraditório, porque o acusado "perde a chance" (oportunidade) de se defender de comportamento não esperado (ilícito e surpresa), aumentando a probabilidade de condenação por inovação fora da autorização normativa; e, e**)** o acusado é a parte mais vulnerável, com a presunção de inocência (regra de tratamento, de prova e de juízo). É **dominante** a posição que exige a violação direta e inequívoca dos Direitos Fundamentais, muitas vezes manipulados pelo uso da **Falácia do Argumento da Ignorância** (consiste em tomar por verdadeiro um argumento que não foi demonstrado falso, manipulando-se a premissa: a ausência de prova do prejuízo do ato ilícito, magicamente, transforma-o em lícito);



"A falácia do *argumentum ad ignorantiam* (argumento da ignorância) pode ser ilustrada pelo argumento de que os fantasmas existem porque ninguém conseguiu provar que eles não existem. Esse tipo de argumento mostra que é perigoso argumentar com base na ignorância, e que a impossibilidade de desmentir uma proposição nem sempre a comprova". **Douglas Walton**

9) Ônus da Prova do Prejuízo: Ainda que adotado o critério do prejuízo, conforme a **posição dominante**, a presunção (*juris tantum*) deve operara no sentido de que o descumprimento da regra gera prejuízo (as normas não são enfeites decorativos; são garantias) e que o ônus da prova sobre a demonstração de sua ausência deve recair sobre Estado Acusador. Atribuir o ônus da prova ao acusado pode parecer intuitivo,

assim como as falácias e os erros lógicos, porque a premissa do raciocínio deve partir do dever de observância normativa e não da regra do art. 156, do CPP, cuja função no sistema é diversa. Em geral, opera-se por meio de erro lógico: **a)** a norma existe e está em vigor; **b)** deve ser obedecida; **c)** se descumprida, pode ser aproveitada desde que se verifique a ausência de prejuízo; **d)** a regra do art. 156 do CPP "atribui a quem alega o ônus da prova"; **e)** quem alega o aproveitamento do ato ilícito é a parte acusadora; **f)** o acusado somente quer a observância da regra violada; **g)** o art. 5º, II, da CR, determina que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*; **h)** o acusado não deve provar nada porque a norma violada está em vigor; **i)** quem defende o descumprimento, alegando a aplicação do art. 563, do CPP, é o acusador; **j)** atribuir ao acusado o dever de provar a ausência é **prova diabólica** (negativa); e, **l)** a violação da regra deve, no limite, também atribuir ao violador o ônus da ausência de prejuízo (a inversão não encontra fundamento lógico/jurídico). O acusado deve alegar o prejuízo, cuja demonstração de inexistência é ônus da acusação. Justamente o contrário das práticas dominantes que operam por meio de erro lógico (de boa ou má-fé);

"É antijurídico exigir, em desfavor do imputado, prova de prejuízo. Seja porque tem o potencial de lhe atribuir um dever, seja porque ofende o postulado de que, na dúvida, a decisão deve favorecer a liberdade, seja ainda porque não há prejuízo maior do que uma decisão que cerceie um direito fundamental seu." **Rosmar Rodrigues Alencar e Alexandre Morais da Rosa**

CPP, art. 156: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer...".

10) Hipóteses do CPP: O rol do art. 564 do CPP é exemplificativo.

I – Incompetência, Suspeição (Imparcialidade) ou Suborno do Juiz: Garantia da Imparcialidade da Jurisdição e do Juiz Natural (ainda que na CR/37 não houvesse norma específica). O suborno deve ser comprovado por meio de processo penal. Não há previsão de Revisão Criminal em favor do Estado (cabe em favor do condenado);

CPP, art. 567 "A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juízo competente".

II – Ilegitimidade de Parte: ausência de condição da ação. Distingue-se em: **a)** ilegitimidade para causa, da capacidade de exercer o direito de ação, cujo reconhecimento leva à extinção; e, **b)** ilegitimidade para o processo que pode ser ratificada, por exemplo, via instrumento de mandato;

III – Falta das Fórmulas ou dos Termos: elenco exemplificativo de hipóteses (as revogadas estão riscadas): **a)** a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, ~~a portaria ou o auto de prisão em flagrante~~; **b)** o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167; **c)** a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, ~~e de curador ao menor de 21 anos~~; **d)** a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública; **e)** a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa; **f)** a sentença de pronúncia, ~~o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas~~, nos processos perante o Tribunal do Júri; **g)** a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, ~~quando a lei não permitir o julgamento à revelia~~; **h)** ~~a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei~~; **i)** a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri; **j)** o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade; **k)** os quesitos e as respectivas respostas; **l)** a acusação e a defesa, na sessão de julgamento; **m)** a sentença; **n)** o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido; **o)**

a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos ~~de que caiba recurso~~; p) no Supremo Tribunal Federal

e nos Tribunais de Apelação, o *quorum* legal para o julgamento. Os temas estão dispersos no decorrer do Guia;

IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato: abre espaço ao reconhecimento da nulidade em face da violação dos pressupostos, requisitos ou condições (existência, validade e eficácia) de todos os atos e comportamentos do processo penal, efetivando-se o *Fair Play*, o Princípio da Confiança e da Boa-Fé Objetiva, além de evitar o *Doping* Processual;

V – em decorrência de decisão carente de fundamentação: a consequência jurídica da violação do dever de motivação e fundamentação (315, § 2º, do CPP);

"As nulidades deverão constar em um rol mínimo de situações jurídicas configuradas pelo legislador. Contudo, a possibilidade de uma nulidade não se esgota em tais circunstâncias, podendo haver a declaração de invalidade do ato quando houver infringência aos princípios conformadores do sistema acusatório, evidenciando uma abertura para casos não previstos expressamente. Esse princípio recebe o nome de taxatividade temperada." **Ricardo Jacobsen Gloeckner**

STF, HC 105.041 (Min. Gilmar Mendes): "Bem postas essas balizas, a despeito de reputar que o caso versa hipótese de nulidade absoluta, dado para mim elementar é que a defesa foi intimada pessoalmente do teor do acórdão resultante do exame da apelação, deixando transcorrer *in albis* o prazo para a interposição de recurso. Somente após a realização do novo Júri, ocorrido em 4.9.2007, impetrou habeas corpus no STJ, registrado no dia 5.11.2007, mais de um 1 ano e 6 meses depois da data de julgamento da apelação no Tribunal de Justiça estadual, que ocorreu em 2.2.2006. Assim, tenho para mim que – considerando-se o fato de a defesa ter sido devidamente intimada da publicação do acórdão e adotado a estratégia processual de se manter inerte – é o caso de afastar a alegada nulidade em virtude da falta de intimação pessoal do defensor da data do julgamento da apelação, sobretudo se se levar em conta que a defesa só se dignou a sustentar a nulidade após o julgamento do segundo Júri, 1 ano e 6 meses após a data de julgamento da apelação".

CPP, art. 315, § 2º, do CPP: § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

11) Efeitos no Processo: A legitimidade do provimento judicial dependerá do desenrolar correto dos atos e posições subjetivas previstos em lei, ou seja, do *Fair Play*. E a perfeita observância dos atos e posições subjetivas dos atos antecedentes é condição de possibilidade à validade dos subsequentes. Eventual mácula procedimental contamina as etapas subsequentes, já que o processo penal se encadeia em fases providas de funções definidas que, para validade do conjunto, precisam guardar referência com as anteriores. O ato praticado em desconformidade com a estrutura do procedimento é inservível à finalidade a que se destina. A decisão final, preparada pelo procedimento, em contraditório significativo, também se constitui como parte desse, ou melhor, sua parte final (incluídas as alegações finais), em que acontece o julgamento do Caso Penal; A nulidade **Absoluta** pode ser alegada por petição ou oralmente. Quanto aos **meios** para se obter o reconhecimento de nulidade **Relativa** – a qual exige da intervenção da parte para sua impugnação – podem ser mediante simples petição, oralmente, por via recursal, *habeas corpus* ou mandado de segurança, sob pena de preclusão**.** Também podem ser interpostos: **i) recurso em sentido estrito**, antes da sentença final, quanto às nulidades da instrução (artigo 581, inciso XIII, CPP) ou, em caso de sentença de extinção da punibilidade (art. 581, VIII, CPP); **ii) apelação**, em que: **a)** no procedimento comum poderá ser alegada nulidade como preliminar de mérito (artigo 593, § 4º, CPP), e **b)** no procedimento especial do Tribunal do Júri, cabe apelação a fim de se alegar nulidade posterior à denúncia (art. 593, III, a, CPP); **iii) agravo em execução penal** (art. 197, LEP); **iv)** em sede de **embargos infringentes e de nulidade**_também poderá ser discutida nulidade, e, **v)** nos **recursos especial e extraordinário**. Ainda, conforme o art. 251 do CPP, a nulidade relativa também poderá ser reconhecida diretamente pelo juiz, inserida no zelo pelo regular andamento do processo;

CPP, art. 573, §§ 1º e 2º: "A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência*";* "O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende".

"O STF, contemporaneamente, além de exigir o prejuízo para a declaração de nulidade, agora exige a não ocorrência da preclusão para as nulidades absolutas. Veja-se que tal entendimento apenas poderia ser aceito em uma modalidade na qual o julgador não poderia reconhecer de ofício a nulidade. Sendo nulidade absoluta, e podendo o judiciário reconhecê-la de ofício, não há falar em preclusão (seja qual for o princípio privatista invocado). Dessa maneira, se a nulidade 'absoluta' depende da demonstração do prejuízo e se ela está sujeita à preclusão,o único critério diferenciador, do ponto de vista prático, seria a possibilidade de declaração de ofício. Contudo, a possibilidade de declaração de ofício é incompatível com o regime de preclusão. Resultado: a partir da transformação do processo penal em um *playground* do direito civil, todas as nulidades são relativas." **Ricardo Jacobsen Gloeckner**

STF, EDcl HC 126.845 (Min. Teori Zavvaski): "Concedida a ordem para anular julgamento do recurso especial no STJ, que havia confirmado sentença de pronúncia, cumpre aclarar que os atos processuais subsequentes ao acórdão viciado se tornaram, por consequência, insubsistentes, incluindo a Sessão do Júri".

C – Controvérsia:

1) A Naturalização das Violações: A noção de "naturalizar" um comportamento significa o movimento em que as instituições

internalizam os desvios de conduta dentro das práticas normais, ou seja, os comportamentos são incorporados às práticas aceitas. Naturalizamos a tortura, a violência policial, o autoritarismo dos magistrados inquisidores, o punitivismo de membros do Ministério Público populista, enfim, as práticas ilegais são "naturalizadas" e salvas pela interpretação adesista (esquiva hermenêutica), mitigadora das nulidades em face do resultados. A resistência pressupõe luta incessante pelo esclarecimento democrático e a modificação do comportamento;

2) Erros lógicos, Falácias e Vieses: Podem ocorrer de boa ou má-fé. Em geral, o prejuízo é associado ao uso de falácias e vieses, na pretensão de confirmar a culpa pela consequência. A operação subjacente é a de que: "já sei que é culpado; por isso não vou reconhecer nulidade". A dissonância cognitiva é superada pela cláusula matreira da ausência de prejuízo;

3) Os Fins Justificam os Meios: Mesmo com uma vitória processual, no fundo, o que há é fraude. Se ganham fraudando, cabe a lembrança de que quem frauda aceita que o outro também fraude; e mais: joga sujo sempre, ainda que com boas intenções. O oportunista que se vale de *doping* ganha, mas vence "roubando", e sabe disso. Não importam as razões consequencialistas, somente o devido processo legal legitima a vitória. Aliás, uma vitória legítima tem um sabor/gosto diferente da fraudada;

"O ilegalismo congênito [...] não pode ser confundido com ausência de regras, como uma lacuna normativa no seio do procedimento. O sistema inquisitorial continha as regras as mais diversas, muitas delas inclusive oferecendo suporte ao funcionamento sistêmico desse engenho jurídico. Por ilegalismo congênito é possível entender os critérios de flexibilização das regras e a produção sempiterna de exceções, fluidificadas pela manobra linguística. Mais do que ausência de regras, o ilegalismo congênito significa a ampliação de zonas de exceção às normas, desaplicando-as quando conveniente." **Ricardo Jacobsen Gloeckner**

D – Estratégia:

1) Dominar o Teste da Escada EVE: O nosso agir estratégico não concorda, mas opera com a lógica dominante. Todos os comportamentos e efeitos (atos, provas, decisões etc.) devem ser analisados em 3 (três) dimensões/degraus: **a)** a **existência**; **b) validade**; e, **c) eficácia**. São momentos com funções distintas na constituição do ato ou do comportamento. O teste auxilia a identificar as possíveis nulidades;

2) Vantagem e Sinal Amarelo: A metáfora do semáforo nos auxilia a definir que os atos somente podem ser considerados válidos os comportamentos em conformidade com a expectativa de **Confiança** e de **Boa-fé Objetiva**: **a)** "Sinal Verde" (devido): atos em conformidade); **b)** "Sinal Vermelho" (proibido): atos vedados/nulos); e, **c)** "Sinal Amarelo" (permitidos até que ponto?; análise caso a caso). A determinação da conformidade vincula-se ao **Esquema Decisório** do juiz. A depender do enquadramento, pode conferir "vantagem" ao Estado acusador, fora das expectativas de confiança e de boa-fé, porque o pressuposto é de que o "Sinal Amarelo" deve pender ao acusado (presunção de inocência e proporcionalidade). Assumimos que sem a presença efetiva do agente punidor (juiz), garantindo a autoridade das regras democráticas, a tendência de subversão das garantias avança o "Sinal Amarelo" como se "Verde" fosse, por meio da esquiva hermenêutica da nulidade relativa;

3) Planejamento e *Accountability*: Enfrentar agentes processuais **oportunistas** demanda preparação e inteligência argumentativa. Não adianta esperar por um milagre ou reclamar na rede social. Precisaremos

operar como os demais agentes pensam (concordemos ou não). É preciso se antecipar e preparar a estratégia, sem cair na tentação do jogo sujo. Enfim, uma atuação em conformidade com as regras processuais faz com que a reputação do agente processual seja fomentada, enquanto uma derrapagem ou a tentativa de manipulação pode destruir a reputação. A escolha é sua, ciente de que recuperar reputações é muito mais difícil do que construir. Não faltarão oportunidades de ganho fácil, sob o risco de destruir o futuro e, também, de precisar evadir-se (fugir) o resto da vida para não ser descoberto (até um *hacker* aparecer).

João Gualberto Garcez Ramos cita o voto do juiz Louis D Brandeis: "Nosso governo é o poderoso, onipresente mestre. Para o bem e para o mal, ele ensina todo o povo pelo seu exemplo. O crime é contagioso. Se o governo se torna um infrator, cria ele inimizade com a lei, convida todos os homens a fazerem suas próprias leis; isso convida à anarquia. Declarar que na administração da lei penal os fins justificam os meios – declarar que o governo pode cometer crimes para assegurar a condenação dos criminosos não-estatais – tudo isso traria".

AGENTES PROCESSUAIS, CONHECIMENTO E RACIONALIDADES

RACIONALIDADES

< Capítulo 6 >
Agentes Processuais, Conhecimento e RacionalidadeS

6.1 Entender o Processo Cognitivo

Estamos de acordo que: **a)** julgamos ou buscamos prever os comportamentos (observáveis) dos agentes processuais; **b)** os agentes processuais decidem pelo critério do custo-benefício; e, **c)** o processo penal pressupõe a interação de agentes processuais. Mas não temos entendimento definido sobre como funcionam as habilidades e processos cerebrais/mentais sobre o conhecimento dos agentes processuais. Por mais que possamos observar os comportamentos dos agentes processuais pelas evidências (no mundo), nos faltam elementos para podermos entender **como funciona o processamento de informaçõe**s (atenção, memória, raciocínio, compreensão, resolução de problemas, tomada de decisão). Esse é o nosso desafio a partir de agora.

Para alcançarmos entendimento robusto e funcional, precisaremos integrar ao nosso modelo conceitos, noções e métodos de outros campos do conhecimento (psicologia, psicologia cognitiva, psicologia social, economia comportamental, neurociência, computação, dentre outros). A nossa pretensão é a de que o nosso modelo funcione o mais próximo da realidade e, para tanto, adotaremos a postura que nos acompanha: vamos dividir/quebrar em partes menores e buscarmos o entendimento mais eficaz para nossa finalidade: como os agentes processuais decidem?

Aqui é importante distinguirmos **cérebro** de **mente** do ponto de vista operacional. O nosso **cérebro** (aparato biológico) funciona com os estímulos sensoriais processados em módulos (partes específicas) dedicados à percepção, armazenamento, indexação, recuperação e raciocínio. A nossa **mente** é uma função superior do cérebro que nos confere o estado de consciência, pelo qual realizamos processos de cognição, de raciocínio e de comportamentos (no ambiente e demais agentes processuais). Por isso que as habilidades de decisão de cada agente processual dependem tanto do cérebro quanto da mente.

"A dinâmica, em conjunto, entre os genes, e o entorno é o que constitui e configure o ser humano; e é o cérebro o que nos permite analisar, raciocinar, formular teorias e juízos de valor, interagir com os demais e adaptar-nos a todos os contextos. [...] O 'atraso', o 'estancamento', a 'imaturidade'- chame-se como queira – das ciências jurídicas é fenômeno inconcusso que o dogmatismo e o isolamento endêmico das ciências sociais normativas deveriam fazer-nos reflexionar vivamente sobre o ponto de estancamento ao que estas chegaram: um conjunto de hipóteses escritas na areia". **Atahualpa Fernandez**

Partiremos do pressuposto de que: **a)** nós, os agentes processuais, nos relacionamos com o mundo (ambiente: mundo real, onde estão os demais agentes processuais); e, **b)** o nosso modelo de processamento de informação se dará por meio das nossas **funções cognitivas**: **1)** da entrada/ *input* de **sensações** captadas do ambiente (mundo); **2)** do processamento sensorial: **percepção**; **3**) do armazenamento: **memória** de curto ou de

longo prazo; e, 4) saída/output: **raciocínio** e **resolução de problemas**. Da nossa capacidade de **atenção consciente** dependerá a eficácia dos estágios de entrada/input e de armazenamento.

Estágios: Sensações Percepção Memória Raciocínio e Resolução de problemas

Os **estágios de processamento de informação** podem ser **a)** de cima para baixo (***top-down***) ou **b)** de baixo para cima (***bottom-up***), a saber, podem partir do ambiente (mundo, passando pelas sensações e chegando aos estágios de processamento, armazenamento e saída/*output*) ou partir dos conhecimentos que temos e as habilidades que dispomos para conhecer o ambiente. O processamento de informações, no caso dos agentes processuais, ocorre de forma interativa entre os processos de cima para baixo (dos conhecimentos e habilidades que dispomos) e de baixo para cima (do ambiente que interagimos e as sensações incorporadas pela atenção).

As nossas **funções cognitivas** são hierárquicas e dispostas em **3 (três) níveis** (como uma escada): **a)** no **primeiro** degrau estão a **Sensação** e a **Percepção** (como podemos compreender o ambiente); **b)** no segundo degrau está a **Memória**; (de Curto Prazo e de Longo Prazo: como podemos processar, indexar e lembrar de informações); e, **c)** no **terceiro** degrau estão a **Linguagem** (formas de comunicação: como entendemos e nos fazemos entender) e o **Pensamento** (como raciocinamos, argumentamos, resolvemos problemas e tomamos decisões).

Daremos especial atenção ao armazenamento de informações (**memória**), já que o processo penal opera com a constante evocação do discurso sobre os fatos, conhecimentos, credibilidade e confiabilidade da prova. Cada agente processual (e fonte probatória) armazena tanto o conhecimento da realidade, quanto de competências e habilidades ao exercício de funções processuais, limitadas pelos fatores cognitivos, biológicos, cerebrais e emocionais. A capacidade de processamento da informação é personalíssima e varia em cada agente processual (adquirir, armazenar e recuperar as informações). Além disso, a nossa capacidade de memória é escassa (não é infinita). O trajeto nos é importante para evitarmos os erros cotidianos e, principalmente, os de julgamentos penais, porque os erros dos agentes processuais, apesar de serem próprios, geram consequências (positivas e/ou negativas) em terceiros.

Associaremos as contribuições da **Psicologia Cognitiva**, a **Teoria da Perspectiva** e da **Economia Comportamental**. As descobertas de novos campos demostram que o agente processual nem sempre é **racional** e que o nosso processo decisório pode ser orientado por **heurísticas**, **vieses** ou ***nudge***. Além disso, a argumentação jurídica deve ser minimamente abordada, especialmente pelo uso oportunista das falácias no ambiente do processo penal.

6.2 Percepção e Atenção dos Agentes Processuais

A - Definição:

Percepção é a nossa capacidade de reconhecer, organizar e processar os dados de realidade captados pelos nossos sentidos (visão, audição, paladar, olfato, tato, –; alguns defendem também: equilíbrio e temperatura), nos limites de nossa capacidade de memória, para o fim de transformá-los em informação (já definimos que informação é o dado com sentido).
Atenção consciente é a nossa capacidade de melhorar o desempenho do nosso sistema sensorial, por meio de 4 (funções básicas): a) vigilância: a detecção de sinais ambientais denotadores de estímulos; b) atenção seletiva: escolha dos sinais relevantes; c) atenção dividida: a alocação paralela da atenção em mais de uma tarefa; e, d) busca: a procura ativa de um sinal específico dentre tantos sinais do ambiente.

"Atenção é o meio pelo qual se processa ativamente uma quantidade limitada de informação a partir da enorme quantidade de informação disponível por meio dos sentidos, da memória armazenada e de outros processos cognitivos"
Robert Sternberg

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Saber Distinguir Sinal de Ruído: Diante do imenso número de estímulos (visuais, auditivos etc.) que o ambiente (pessoal ou processual) nos proporcional, precisamos ter padrões de vigilância para os que nos colocam em perigo e possam acionar o gatilho da fuga ou enfrentamento das situações perigosas. Além da vigilância flutuante, devemos saber **distinguir** o que é **ruído** (conjunto total de estímulos sensíveis) e o **sinal** (o estímulo que nos é relevante). A nossa capacidade de tomar decisões qualificadas no processo penal depende da habilidade de busca/seleção de sinais e não só de ruídos. Deixar escapar um sinal pode ser fatal (na vida e no processo). A nossa habilidade de **atenção consciente** pode ser aprimorada. Quando interagimos com outros agentes processuais precisamos também saber se o que dizemos está na frequência do sinal ou do ruído, porque se não for sequer selecionado do conjunto de ruídos, equivale a inexistir (depois não adianta reclamar);

2) Atenção que não controlamos: A percepção no processo penal acontece por meio de escritos, vídeos e interações pessoais (audiência ou videoconferência). Em todas as modalidades, o nosso desempenho eficaz não depende somente da nossa disposição, porque dependeremos do grau de **atenção consciente** que consigamos obter e manter dos demais agentes e, principalmente, do julgador. Obter é o primeiro passo, manter é o desafio;

3) Interação entre Agentes Processuais depende de *Match*: as nossas decisões e a dos demais agentes processuais dependem não só da capacidade de comunicação (pode ser eficaz ou não) porque se o nosso alvo não estiver disposto a sequer prestar a atenção, a ação será irrelevante do ponto de vista estratégico (*"um tiro na água"*). Se queremos que os

"Portanto, quando diversos observadores olham para um quadro, uma máquina, um slide de microscópio ou o que quer que seja, há um sentido no qual todos eles estão 'diante de', 'olhando para' e, assim, 'vendo', a mesma coisa. Mas não podemos concluir que eles tenham experiências perceptivas idênticas. Há um sentido muito importante no qual eles não veem a mesma coisa e é sobre este último sentido que minha crítica da posição indutivista tem se baseado."
Alan Chalmers

demais agentes possam se valer do material que estamos integrando ao caso penal, devemos cuidar das condições contextuais. Suponho que não queiramos falar ou peticionar para as paredes;

4) Custo Benefício dos Agentes: Se levamos a sério o pressuposto de que os demais agentes são tendencialmente racionais, devemos também reconhecer que a alocação de atenção consciente depende da escolha vinculada ao custo-benefício (busca maximizar a utilidade esperada). O tempo e a atenção consciente (que demanda esforço cognitivo) são ativos importantes para o agente julgador. A escolha por ler uma petição ou prestar a atenção consciente a um depoimento, por exemplo, traz consigo o **custo de oportunidade** (poderia estar fazendo outras coisas; p.ex.: julgando outros casos);

5) A Rotina Cognitiva e as Heurísticas: quando realizamos as mesmas tarefas reiteradamente, criamos "**regras de bolso**", ou seja, **heurísticas** (que veremos a seguir), capazes de nos proporcionar eficiência decisória (menos esforço e tempo), com o efeito de aumentar os riscos de erros. O atalho que a heurística nos proporciona é o de chegar aonde queremos de modo mais rápido e com menos esforço cognitivo (eficiente, portanto). A **rotina** de casos similares tende a reduzir a disponibilidade de atenção consciente. A tendência humana é a de estabelecer certezas e controlar o ambiente para reproduzir suas convicções. O perigo desse modo inflexível e estático é o descompasso com a realidade da atividade processual. Devemos monitorar a disponibilidade de atenção dos agentes processuais que pretendemos influenciar com novos dados e informações;

6) A visão e o Enquadramento: Daremos especial relevo à **visão** porque é por ela que interagimos com o ambiente, vemos e somos vistos, além de ser o canal principal de recolhimento de dados das testemunhas. Aprendemos no colégio (e tendemos a ter esquecido) que o olho é um órgão humano com a função de captar a luz que interage com os objetos do ambiente (mundo), a saber, os olhos capturam somente dados, dentro do espectro que somos capazes (não vemos, p.ex. ondas infravermelhas ou ultravioletas), das limitações que tivermos (miopia, hipermetropia, astigmatismo, presbiopia, glaucoma etc.), do contexto e do nosso estado emocional. A nossa capacidade de ver depende das condições iniciais da experiência (p.ex. no mesmo ambiente, estando escuro, veremos melhor se acendermos a luz). O dado da realidade só se qualifica como informação quando o cérebro atribui sentido. Os nossos veículos são providos de espelhos retrovisores porque somente podemos olhar em uma direção e, como sempre, podemos não ver um aspecto da realidade, denominado de "**ponto cego**" (*Rui Cunha Martins*). Por mais que nos esforcemos, a nossa acuidade visual se restringe a promover a entrada/input de dados. Os produtores cinematográficos sabem que vemos 24 (vinte e quatro) imagens por segundo e, por isso, a película precisa se adaptar às nossas capacidades. Aliás, o cinema 3D manipula a nossa limitação dimensional, conferindo a sensação de profundidade e tamanho aos objetos. Essa é uma

das nossas necessidades constantes da **experiência visual**: estabelecer a profundidade e o tamanho das coisas, porque sem isso, seria impossível realizar tarefas cotidianas como andar na rua ou mesmo dirigir um veículo. A nossa avaliação das cores do mundo, também depende de diversas variáveis, dentre elas a possibilidade de distinguir o espectro. O nosso aparato visual tende a separar/quebrar o objeto em partes e depois as agrupar, para o fim de conferir sentido. Aprendemos com a *Gestalt* que temos a tendência de ver as coisas agrupadas, conferindo consistência ao "todo", hierarquicamente superior às partes, por meio dos seguintes princípios: **a)** proximidade; **b)** semelhança; **c)** fechamento; **d)** continuidade; **e)** unificação; e, **f)** simetria. Esse recurso nos autoriza, às vezes erroneamente, a gerar inferência de partes interdependentes. Em resumo, a nossa **capacidade** de recolhimento de **dados visuais** depende de variáveis: **a) ambientais**: objetivas do ambiente (quantidade e qualidade da luz, posição e distância do objeto, forma de apresentação); **b) pessoais**: objetivas (disfunções biológicas, com limitações sensoriais – drogas, álcool, medicação) e subjetivas do agente (emoções, estado de ânimo, conhecimento prévio sobre o objeto); **c) contextuais**: subjetivas do ambiente (pressões as mais variadas, complexidade); e, **d) objetais**: objetivas (em movimento ou parado; definido ou ambíguo; isolado ou integrado a um objeto maior, aparente ou coberto: total ou parcialmente). Quando realizamos a **análise visual**, temos que **distinguir reconhecer** de **identificar**. Por isso precisamos tomar cuidado para não cairmos na **armadilha** da "**generalização precipitada**", a saber, de uma pequena amostra de dados da realidade, inferirmos generalizações (o problema do indutivismo). O nosso aparato visual somente consegue incorporar os dados da realidade selecionados (muitos não foram) e integrados às nossas condições de atribuir sentido. No processo penal dependemos, ainda, dos nossos propósitos estratégicos, porque precisamos: **a)** enquadrar o problema no espaço, tempo e contexto; **b)** delimitar o objetivo; **c)** superar as etapas para obtenção. Podemos errar em qualquer das fases, assim como os demais agentes processuais;

7) Podemos ver os mesmos dados e tirarmos conclusões diferentes: A função dessa nossa abordagem preliminar foi a de demonstrar que a apreensão da **realidade** depende dos nossos sentidos (visão, audição, paladar olfato e tato), da capacidade de distinguirmos **sinal** de **ruído**, da intensidade de alocação da atenção, do contexto e das possibilidades de compreensão. Por isso podemos concluir que os mesmos agentes processuais, olhando para a mesma realidade processual (as variáveis são múltiplas), podem inferir diferentes situações. A **realidade** é muito mais complexa do que podemos apreender (mesmo nos esforçando o **contexto** é um **constructo subjetivo**) e, ainda que nossa sensação seja de estabilidade e consonância. Seguiremos nosso trajeto a partir de algumas questões relevantes sobre a manipulação da visão ou da atenção. Em seguida faremos a abordagem estratégica;

C – Controvérsia:

1) Neurociência: A pesquisa no campo da **neurociência** merece a nossa atenção. O **cérebro** é formado por neurônios (células individuais), articuladas por ligações, relações, inferências, mediante funcionamento modular, pelos quais se processam os dados da realidade, atribuindo uma realidade em nossa mente. E o nosso maior problema é o de que não temos condições de auditar os eventuais erros de processamento, porque a realidade nos é apresentada como resultado pronto. Não dispomos de mecanismos hábeis para distinguir, com precisão, a realidade da ilusão. Longe de ficarmos preocupados, essa afirmação nos deve servir como advertência de que nem tudo que vemos é o que há, motivo pelo qual a atitude de buscar mais evidência e fazer operar o raciocínio, pode mitigar os nossos erros. O que devemos reconhecer é que o **nosso aparato visual é limitado**. Não precisamos nos tornar neurocientistas para entender que o aparelho visual na realidade "não vê nada" e que apenas promove uma série de inferências, cujo resultado é a redução da complexidade do mundo. Embora sejamos influenciados pelos fatores externos, a compreensão é ato individual, pelo qual o agente cria a experiência da realidade. O nosso cérebro é uma máquina de produzir sentido, na busca de manter a consonância cognitiva. O resultado é que boa parte da percepção que temos é simplesmente preenchida pelos circuitos cerebrais, embora tenhamos a ilusão de que vemos as coisas como são. Daí que a análise das fontes probatórias é mais complexa do que fomos ensinados a acreditar. Só poderemos obter dados da realidade se tivermos a capacidade de recolhê-los, para depois processá-los. Justamente aí é que podemos ser manipulados facilmente. Basta perceber como os mágicos ganham a vida há séculos. Por meio de táticas de dissimulação conduzem o foco do aparato visual para determinado lugar e, caímos nas ilusões de ótica (esconder bola, tirar coelhos da cartola etc.). Por mais que vejamos "com nossos próprios olhos", sabemos que existe uma armadilha cognitiva, consistente na manipulação do **foco** de nossa **atenção**. Os pintores, por sua vez, foram os primeiros a manipular a nossa capacidade de atenção e cognição através do uso da **perspectiva linear**. A ilusão de ótica é a percepção visual dissociada da realidade observada, dada a capacidade de deslocar a atenção e obrigar a ver algo que não existe ou está manipulado. O que vemos se baseia nas nossas possibilidades antecedentes de ver, sentir, ouvir e pensar. Nosso sistema visual se compõe de expectativas de comportamento do mundo e quando a ação se passa sem maiores surpresas, não raro, deixamos que algo relevante escape. Enfim, seria muito bom que pudéssemos apreender a realidade como ela é, mas isso é impossível. O foco da atenção é fundamental para entender como as ilusões operam;

"É uma pena, mas simplesmente não se pode confiar nos próprios olhos. Inventamos grande parte daquilo que vemos. Completamos as partes de cenas visuais que o cérebro não consegue processar. Temos de fazê-lo por causa de a simples limitação do número de neurônios e conexões neuronais subjacentes aos processos sensoriais e mentais. [...] cada olho é mais ou menos equivalente a uma câmera de um megapixel". **Stephen Macknick e Susana Martinez-Conde**

2) Segmentar: Quem vê o prato feito não vê as partes (o todo se sobrepõe). A opção por **decompor** as partes/elementos da conduta e

verificar seus aspectos particulares, tende a melhorar a criar novas possibilidades estratégicas. O enquadramento precisa ser fomentado em elementos menores sempre que possível;

3) Cegueira Intencional/Deliberada: Os demais agentes, convencidos da decisão, podem agir de forma intencional para não prestar a atenção. Verificada a hipótese devemos avaliar a oportunidade probatória já para o recurso, no caso de não se dispor de nenhuma possibilidade de fisgar a atenção do julgador;

4) Ajustar: A nossa percepção da **realidade parece ser única**, afinal de contas temos o aparato cognitivo que nos autoriza inferir dados da realidade, ao mesmo tempo que temos limitações constitutivas (decorrentes da limitação sensorial: visão, audição etc.), de atenção (quantas vezes simplesmente não vimos o que ocorreu ou que alguém disse, embora estejamos de corpo presente no evento) e de conhecimento (quando por ausência de conhecimento, não sabemos o que significa o dado de realidade). Devemos saber a **probabilidade** de os agentes compreenderem o que se pretende trazer aos autos (se o juiz não conhece imputação objetiva, precisaremos ajustar a abordagem);

D - Estratégia:

1) Processos Cognitivos: O nosso **convencimento** sobre a importância da **percepção** e da **atenção consciente** deve estar apto a pensar as possibilidades estratégicas, a saber, as possíveis ações operacionais, no ambiente do processo penal, capazes de: **a)** melhorar a performance dentro do jogo limpo; **b)** evitar erros de abordagem; e, **c)** reconhecer e agir contra táticas ilegais, manipuladoras do foco de atenção consciente;

2) Atitude: Da nossa capacidade de **atenção consciente** (vigiar, alocar, dividir e buscar) dependerá a qualidade da informação produzida, capaz de nos autorizar o raciocínio e as decisões posteriores. Será o nível de atenção (o quanto nos focamos no dado) que promoverá maior ou menor impacto cognitivo. Estamos submetidos a infinitos dados de realidade e não conseguimos integrar todos ao nosso aparato cognitivo. A atenção serve para selecionarmos o foco: o que terá maior peso;

3) Gerenciamento do seu Tempo dos Agentes Processuais: O tempo é o nosso maior ativo (**custo de oportunidade**). Assim como não gostamos de ficar esperando, nem de perdermos tempo em questões irrelevantes, não podemos esperar que o julgador invista tempo e atenção consciente na leitura de longas petições sem sentido (com preliminares irrelevantes e citações intermináveis) ou a perguntas aleatórias em audiências (salvo se for vinculada à estratégia). O uso frívolo do tempo dos agentes processuais reduz a probabilidade de ser lido (petições longas, prova irrelevante). O **amadorismo** pode prejudicar o desfecho do caso ou da reputação no futuro (rótulo de amador persegue);

"Tal perspectiva processual, aqui denominada 'neoliberal', permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea 'c', CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da 'prestação jurisdicional', como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos). O Judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero órgão prestador de serviços". **Dierle Nunes**

4) Planejamento: os questionamentos devem ser mapeados para evitar o "tempo morto" entre as perguntas, denotando amadorismo e

falta de preparo. Estabelecer a ordem de prioridade das testemunhas em face dos objetivos estratégicos e da situação do caso (veremos depois os critérios). No processo penal uma oportunidade perdida não volta;

5) Limitações dos Agentes Processuais: perceber os limites humanos dos agentes, especialmente do julgador, porque a incidência de fatores limitadores pode impedir que o seu esforço probatório sequer seja percebido. Não conseguiremos sequer entrar na frequência de sinal; ficamos na de ruído;

6) *Visual Law*: adotar novos mecanismos de apresentação gráfica das petições, evitando a reiteração de julgados e as peças longas;

7) Adquirir Novas Habilidades: As indicações são meramente exemplificativas. O importante é reconhecer que o tempo não se compra, e deve ser alocado de modo eficaz (o seu e dos demais agentes). O nosso comportamento pode melhorar a apreensão dos sinais relevantes ao Caso Penal, desde que tenhamos o **enquadramento** correto do desafio da percepção e da atenção consciente. Será preciso investimento de tempo para qualificação e aquisição de novas **habilidades** (***skills***). Errar por não termos nos preparado adequadamente pode acabar com a nossa reputação. Quanto tempo demoraremos e a que custo para recompor uma boa reputação? Por isso, saibamos reconhecer nossos limites e deficiências, porque atuar no processo penal exige maior atenção e precisão operacional.

6.3 A Memória dos Agentes Processuais

A – Definição:

A memória é a capacidade de adquirir, armazenar e recuperar informações disponíveis no cérebro.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Evocação: Acabamos de estabelecer a definição de memória e, mesmo fazendo pouco tempo, não somos capazes de reproduzir a definição nos seus exatos termos, porque a nossa **Memória de Curto Prazo** (Memória de Trabalho) é muito pequena (em média de 4 itens), dura por cerca de 1 (um) minuto, além de ser tendencialmente auditiva. A **Memória de Longa Duração** armazena o restante, mas o nosso cérebro pode nos pregar peças. Em geral, armazenamos a noção principal e as sensações envolvidas no processo de aprendizagem, desde que tenhamos prestado atenção (consciente). Poderíamos estar pensando em outra coisa, enquanto rivalizávamos a atenção com a leitura do Guia;

2) Centro de Gravidade dos Agentes no Processo Penal: A **memória** é o centro de gravidade dos agentes no processo penal, porque os comportamentos, as provas, as interações, todos os atos demandarão a capacidade de adquirir, armazenar e recuperar informações. A atividade

de **memorização** pressupõe a superação da relação sensorial com o meio e a percepção, em que a perda de sinais relevantes ou os erros de percepção, necessariamente, nos acompanharão. A nossa representação da realidade depende do sucesso (sempre relativo) da percepção da realidade;

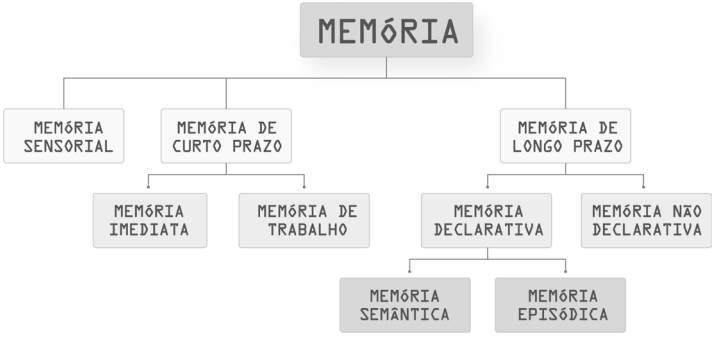
"Se memória é movimento, e o crime é memória, não se pode pensar em processo sem movimento". **Natalie Ribeiro Pletsch**

"Na codificação você transforma dados sensoriais em uma forma de representação mental. No armazenamento você mantém as informações codificadas na memória. Na recuperação você acessa ou usa as informações armazenadas na memória". **Robert Sternberg**

3) Escassez de Memória: Ao escolhermos nos dedicar ao processo penal, tivemos como consequência a necessidade de dominar, minimamente, o **aparato normativo**, doutrinário e jurisprudencial. O universo de dados que precisa ser lido, compreendido e integrado, para podermos nos situar no exercício das nossas funções, é inesgotável. Não temos tempo disponível, nem memória suficiente. Só a Constituição tem mais de 64 mil palavras. Além disso, com o caráter dinâmico dos informativos (STF e STJ), das publicações, dos sites especializados, a tarefa se renova todos os dias. Precisamos partir da noção de **escassez de memória** (não conseguiremos apreender tudo, com um agravante: só descobrimos que não sabemos quando precisamos ou erramos). Seria maravilhoso – e invejamos alguns conhecidos – justamente pela capacidade de se recordar de eventos comuns, em que compartilhamos o ambiente, mas não temos a mínima recordação. Às vezes conseguimos um fragmento que nos traz a evocação dos fatos; às vezes fingimos nos lembrar. O nosso arsenal de **Memória de Curto Prazo** é limitado e dispomos, em geral, de 4 blocos de dados (o tema é controverso, alguns falam entre 3 e 7);

"Todos creemos que podemos ver lo que está delante de nosotros, recordar acontecimientos importantes de nuestro pasado, comprender los límites de nuestro conocimiento, determinar de forma adecuada la causa y el efecto de distintos sucesos. Pero estas creencias intuitivas a menudo son equivocadas y se basan en ilusiones que encubren las limitaciones de nuestras facultades cognitivas. Es preciso que se os recuerde que no todo lo que brilla es oro, porque eso implica la creencia em que las aparencias son indicadores precisos de cualidades internas, que no están a la vista. (...) Una vez que conozca las ilusiones cotidianas, verá el mundo de otra manera. Notará cómo estas afectan sus propios pensamientos y acciones, así como el comportamiento de todos los que lo rodean". **Christopher Chabbis e Daniel Simons**

4) Estrutura da Memória: A maneira como a memória se constitui é objeto de disputas teóricas intermináveis. Seguiremos o caminho do *Robert Sternberg*, segundo o qual, a estrutura e funcionamento básico da memória se divide em: **a)** Memória Sensorial (MS); **b)** Memória de Curto Prazo (MCP); e, **c)** Memória de Longo Prazo (MLP):



Entre a **Memória Sensorial (MS)** (que temos contato pelos sentidos, como vimos antes) e a passagem à **Memória de Curto Prazo (MCP),** é preciso que o agente mantenha a atenção e/ou seja capaz de interpretar as informações (procure dar sentido). Como a Memória de Curto Prazo (MCP) possui pouco espaço, sendo porta de passagem para a **Memória de Longo Prazo (MLP)**, consegue-se trabalhar, em média, com 4 itens, agregados ou não (se adotarmos a Lei de *Miller*, serão em média 5 itens) de informações na **Memória Imediata (MI)** e na **Memória de Trabalho**

"A memória semântica armazena conhecimento geral do mundo. É a nossa memória para fatos que não diferenciados para nós e que não são lembrados em qualquer contexto temporal específico. A memória episódica armazena eventos ou episódios que a pessoa vivenciou".
Robert Sternberg

(MT). A Memória de Trabalho (MT) é a **memória ativa**, disponível para uso, em geral dura por volta de um minuto. O importante é que uma está pronta para ser usada, enquanto a Memória de Longa Duração (MLP) precisa ser evocada, já que está latente. Podemos indicar, ainda, em **Memória Semântica (MS)** (conhecimento geral do mundo, abstrato; conceitos, noções, teorias) e **Memória Episódica (ME)** (conhecimento vivenciado, experiência do agente). Utilizaremos as nomenclaturas no decorrer do trabalho, com algumas adaptações;

5) Aquisição e Armazenamento de Memória: o processo de **aquisição de memória** depende da qualidade da percepção, das condições em que foi recolhida, das possibilidades de indexação cerebral, associadas aos nossos conhecimentos disponíveis. Precisaremos estabelecer hierarquias para salvar os conceitos ou conhecimentos de modo a podermos recuperar quando necessário. Podemos utilizar a **analogia** com o nosso **computador**, mas de maneira limitada. Sabemos que precisamos **inserir** (entrada/*input*) **dados** relevantes. A capacidade de **processamento** do nosso computador depende do quanto de **memória** que ele dispõe para **armazenamento** (próprio ou em nuvem) e de **processamento** (memória RAM). A memória RAM é o equivalente à Memória de Curto Prazo, ou seja, a que está disponível para o uso. A quantidade de atividades paralelas que poderemos realizar (páginas, aplicativos, programas abertos ao mesmo tempo) depende da capacidade de memória RAM do dispositivo. Ao armazenarmos o arquivo com as informações no computador, precisaremos criar uma **estrutura** (árvore de arquivos). A nossa capacidade de organizar a estrutura será decisiva no momento em que precisarmos recuperar a informação. O tempo de recuperação pode variar muito se já soubermos onde procurar a informação. Sempre poderemos procurar pelos "aspectos/partes/elementos" que lembramos ter utilizado no arquivo, mas perderemos tempo. A **organização da informação** nos economiza tempo e alocação cognitiva. Podemos ainda ter salvado a informação (o arquivo) em local errado, termos deletado, misturando-a com outros involuntariamente. Além disso, podemos ter nos esquecido que temos arquivos salvos, nos surpreendendo (faça o teste e veja arquivos que você salvou e nem lembrava, mas estão guardados);

6) A Memória se Reinscreve/Reconsolida: tA nossa **recordação** de eventos está associada à descrição do evento e também à explicação, afinal de contas procuramos manter a consonância e coerência entre o percebido e o aparato cognitivo. O que aparece em nossa mente é o resultado do processamento cerebral, no qual há constante processo de **reinscrição** das informações, por meio da integração de novas informações às existentes. O armazenamento de memórias do mesmo evento altera-se com o tempo (acréscimo ou exclusão de fatos), por ações próprias ou por sugestão de terceiros e/ou contextos supervenientes. Quantas vezes contamos uma história que teria nos acontecido e somos corrigidos por nossos familiares, momento em que nos damos conta de que estamos

confundindo a lembrança? A memória depende da percepção e do que já temos estocado no nosso aparato cognitivo, bem assim do ambiente e da forma como estamos dispostos a aprender. Estudar para concurso ou prova é diferente do "estudar" livremente, além de que fatores emocionais (bom e mau-humor) podem interferir no processo de aprendizagem ou de apreensão do mundo e por isso são capazes de distorcer a memória;

"Codificação refere-se a como você transforma um dado físico ou sensorial em um tipo de representação que pode ser localizado na memória. Armazenamento refere-se ao modo como você retêm as informações codificadas. Recuperação refere-se à maneira como você ganha acesso às informações armazenadas na memória". **Robert Sternberg**

7) O Conteúdo da Memória: Podemos armazenar conceitos e conhecimentos. Em relação a algo: **a) fato**: o que é, ou o que significa; **b) visual**; **c) som**; **d) cheiro**; **e) toque**; e, **f) sabor**. Em seguida, o **cérebro** precisa **categorizar/indexar** (são vários os modelos e vamos adotar o de níveis hierárquicos) em níveis: **a) geral**; **b) básico**; e, **c) específico**. Por exemplo, o que estamos lendo vai indexado na pasta hierárquica de Direito/ProcessoPenal/Prática. Na **Memória de Longo Prazo (MLP) Declarativa** (explícita ou consciente) armazenamos o que conseguimos falar de nós, dos outros ou sobre conhecimentos adquiridos do ambiente (mundo). O armazenamento da MLP é dividido em: **a) Memória Episódica**: sobre episódios que vivenciamos, com menor ou maior duração, a depender da significância pessoal do evento (bom ou ruim); e, **b**) **Memória Semântica**: sobre os conceitos e conhecimentos do ambiente (mundo). Já a **Memória Não Declarativa** (implícita e inconsciente) é a que dispomos, mas não conseguimos nos expressar (explique como você nada, digita, fala, escreve etc.). A nossa Memória Episódica em situações impactantes, traumáticas ou significativas, pode gerar constante recordação, com detalhes (*flashback*), com a tendência de ser reescrita pelo agente ou por intervenção de terceiros (em geral terapeutas);

8) Os sete Pecados da Memória (*Daniel Schacter*): A nossa resistência em admitir a ausência de fidelidade da nossa memória pode nos gerar problemas sistêmicos. *Daniel Schacter* aposta que as distorções da memória tendem a ocorrer de 7 (sete) maneiras, aqui adaptadas: **a) Transciência**: a memória desaparece rapidamente (quem estuda de véspera para provas sabe como funciona); **b) Falta de Atenção**: a ausência de foco da atenção consciente faz com que não tenhamos a capacidade de captar os estímulos sensoriais adequados, não percebendo ou nos esquecendo de eventos; **c) Bloqueio**: identificamos algo ou uma pessoa, mas não conseguimos recuperar a memória (fica na ponta da língua); **d) Atribuição Errônea**: a incapacidade de lembrarmos a fonte da informação, ou seja, onde ouvimos, vimos ou lemos, pode ser integrada à memória do evento, de forma reescrita (aparentemente coesa e linear; julgamos que vimos o que não vimos); **e) Sugestionabilidade**: a memória é suscetível às sugestões, evocando memórias *fakes*, conforme se verifica em Falsas Memórias e em metodologias agressivas de interrogatório; **f) Viés**: a situação atual apresenta viés de recordação (pessoas com dor se recordam de terem sentido no passado; e o inverso também); e, **g) Persistência**: a recordação reiterada de fatos considerados importantes, mas que no

contexto amplo, não são (p.ex. recordar de um fracasso ou de um erro), mesmo irrelevante, de modo recorrente;

9) Esquecimento e Desaparecimento: Podemos nos **esquecer** das coisas, dos eventos, dos conceitos, enfim, muitas vezes precisamos esquecer para dar conta da vida. Dentre as causas do esquecimento, podemos indicar: **a)** não termos prestado muita a atenção; **b)** não termos indexado a informação corretamente; **c)** termos interferido nas memórias armazenadas; **d)** não termos acessado a informação durante a recuperação (pode se dar no futuro, em outro contexto); e, **e)** termos disfunções cognitivas (p.ex: Alzheimer). Além disso, podemos verificar o desaparecimento, a deteriorização, o esquecimento proposital ou a repressão da memória. Em todos os casos, perdemos o conteúdo da memória;

10) Prova Testemunhal: A prova testemunhal ainda é de grande importância para o Processo Penal. Não basta somente a testemunha/informante/acusado dizer, porque será preciso atribuir **fiabilidade** e **credibilidade** ao conteúdo do depoimento. No momento do depoimento, a testemunha já codificou, armazenou e está sendo instada a evocar, com os riscos de distorção. Reconhecemos que a **memória** da **testemunha** que comparece à audiência não é uma filmagem do evento, e sim a **reconstrução interpretada** do fato histórico, acrescida das informações supervenientes obtidas das mais variadas fontes (testemunhas, policiais, mídia etc.), reflexões de causa e efeito, enfim, diversas reinscrições do mesmo arquivo. Para retomarmos a metáfora do computador, o cérebro processa a memória, "como se": **a)** abríssemos um editor de texto, escrevêssemos uma carta e fechássemos o arquivo, salvando na nossa árvore de armazenamento (na memória com um nome específico); **b)** dias depois, abríssemos o mesmo arquivo, acrescentássemos conteúdo e excluíssemos outras partes do original, mais uma vez salvando na memória com o mesmo nome; **c)** repetíssemos a ação por centenas/milhares de vezes, rescrevendo o mesmo arquivo da memória (acrescentando/excluindo); e, **d)** sempre abríssemos o mesmo arquivo. A metáfora nos ajuda a compreender que quando abrimos a memória do evento, por oportunidade da **evocação**, nem desconfiamos que foi reescrito pelo cérebro, já que, diferentemente dos arquivos em computadores, nossa memória não nos permite acessar as datas e horários de abertura e alteração. Mais adiante iremos falar sobre **Falsas Memórias** e fornecer indicadores para planejar o depoimento;

"Nosso passado não é um registro fiel. Ele é uma reconstituição e às vezes pode beirar a mitologia. Quando analisamos as lembranças de nossa vida, devemos ter a consciência de que nem todos os detalhes são exatos. Alguns vêm de histórias que as pessoas nos contaram, outros têm partes do que achamos que aconteceu. Então, se a sua resposta para a pergunta 'quem sou eu?' se baseia simplesmente em lembranças, sua identidade se torna uma narrativa um tanto estranha, continua e mutável". **David Eagleman**

C – Controvérsia:

1) Categorias: O estabelecimento da compreensão mínima sobre o funcionamento da memória no nosso modelo de compreensão, será útil para podermos escolher planos de ação customizados ao contexto. É que teremos agentes que acreditarão na infalibilidade da memória, na credibilidade pressuposta do depoente e da confiabilidade de sua versão,

além da possibilidade de verdade real. O **planejamento** do Caso Penal deve levar em conta o universo cognitivo dos agentes vinculados e com poder decisório. Não adianta querermos impor o nosso modo de ver o mundo. Podemos seguir a nossa proposta, cientes de que:

2) Memória Limitada: A nossa memória está vinculada aos dados captados do ambiente e indexados na fase de Percepção, conforme as nossas capacidades de compreensão, armazenadas e evocadas, em processo de constante **reinscrição**. A nossa memória não é um gravador ou uma câmera de filmagem. A memória pode ser armazenada de diversos modos e sempre implica em reconstrução e interpretação do conteúdo armazenado;

3) Memória Reiscrita: Temos a ilusão de vermos o mundo e as memórias dele como se fossem expressões fiéis dos acontecimentos passados. As distorções da memória, principalmente em face do preenchimento de informações posteriores, como acontece com a testemunha que depois toma conhecimento de mais detalhes do evento, integrando os novos dados ao relator original, sem que muitas vezes sequer se dê conta. Não se trata de "mentira deliberada". Por isso a importância de se reconhecer a hipótese de incidência de "falsas memórias";

4) Memória dos Agentes Processuais: Em geral, associamos a questão da memória apenas às testemunhas, informantes e acusados, deixando de lado o fato de que o fator memória limitada (memória de trabalho e memória de longo prazo) ofuscam todos os agentes processuais. Quem de nós não se esqueceu do texto normativo, de uma Súmula Vinculante, enfim, somos muito limitados em nossa memória. As **distorções** da nossa memória (tanto semântica, como episódica), impedem que possamos narrar os acontecimentos passados como de fato ocorreram, passo a passo, em geral preenchendo as lacunas com imaginação para que, então, possam fazer sentido. Por isso, aliás, explicar depois é tão mais fácil, ou seja, explicar o percurso de uma decisão depois de tomada é muito mais tranquilo do que o caminho inverso;

D – Estratégia:

1) Excesso de Confiança: A abordagem estratégica será feita por oportunidade da abordagem da prova testemunhal e das audiências. O importante é não sermos tão ingênuos no tocante à memória. O excesso de confiança tende a ser desastroso.

6.4 Teoria da Racionalidade Limitada e Teoria da Perspectiva (S1 e S2)



A – Definição:

A Teoria da Racionalidade Limitada reconhece as limitações da racionalidade humana e aponta o critério heurístico (atalho de

processamento de informação e decisão), enquanto a Teoria da Perspectiva divide operacionalmente o Esquema Decisório dos agentes em dois Sistemas que funcionam associados: Sistema 1 (intuitivo e heurístico; processamento de dados e informações de modo rápido, emotivo, automático e sem raciocínio deliberativo, sujeito a vieses e ambiguidade: implícito) e Sistema 2 (deliberativo, algorítmico e raciocínio lógico; processamento de dados e informações de modo lento, prevalência da razão – lógica e raciocínio – em relação às heurísticas, demandando maior atenção, tempo e disposição cognitiva; explícito).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Teoria da Escolha Racional: Partiremos da premissa de que as decisões dos agentes processuais são tomadas na forma da **Teoria da Escolha Racional (TER),** em que a razão prepondera a partir da análise de **custo-benefício**, limitada pelos critérios internos ao Direito porque situada no contexto público do processo penal. O pressuposto é o de que o **agente racional maximiza a utilidade esperada** ao realizar a escolha entre as alternativas. Acrescentaremos as contribuições da **Psicologia Cognitiva**, da **Neurociência** e da **Economia Comportamental**, para o fim de ampliar o nosso horizonte compreensivo. Continuaremos operando a partir da Teoria da Escolha Racional (TER), modulada às novas perspectivas decisórias, capazes de identificar diferentes mecanismos da decisão humana, nem sempre racional, deliberada e maximizadora da utilidade esperada. Poderemos entender o nosso comportamento e também algumas posturas e decisões dos demais agentes processuais (especialmente os julgadores). O escopo é o de podermos conhecer o processo decisório a partir das "**heurísticas**" e dos "**vieses**". Não se trata, necessariamente, de má-fé decisória, e sim da nossa limitada capacidade cognitiva. Mas pode ser também instrumento de manipulação por parte de agentes processuais oportunistas;

"Ponto de partida é a incerteza de quem decide em face dos recursos limitados – tempo, matéria, comportamentos – de que dispõe para fazer face às condições que o ambiente lhe impõe; como a pessoa percebe o ambiente que a circunda de forma incompleta e não pode, no tempo disponível, obter toda a informação pertinente, deve escolher um dos comportamentos de seu repertório sabendo que, em certa proporção de casos, a resposta será inadequada". **Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau**

2) Teoria da Racionalidade Limitada: A Teoria da Racionalidade Limitada (*Herbert Simon*) reconheceu as limitações humanas (biológicas, cognitivas e funcionais do humano), impeditivas do processamento de todos os dados de realidade, informações, conhecimentos e raciocínios exigidos pela Teoria da Racionalidade (maximização da Utilidade Esperada: preferências completas, transitivas e estáveis). A **escassez** de recursos do processamento humano, associada à influência do **contexto** ambiental do momento da decisão, vale-se de **heurísticas** (padrões anteriores; atalhos mentais) que se "encaixam" ao caso (*match*) de modo rápido, implícito e fácil (com risco de **vieses**: erros sistemáticos), porque não somos uma calculadora científica ambulante, capaz de realizar cálculos de custo-benefício (e de **probabilidade**) todo o tempo;

3) Teoria da Perspectiva (*Daniel Kahneman* e *Amos Tversky*) Risco e Incerteza: O modelo neoclássico de agente racional não funciona em

todas as situações de escolha. Mantido o caráter operacional da TER, surgiram novas perspectivas de **ajuste**, a partir do reconhecimento de que o mundo pode não estar organizado adequadamente, as informações podem não ser de qualidade e quantidade suficientes, as avaliações de probabilidade podem estar equivocadas e o equilíbrio pode não funcionar. Enfim, o axioma da **independência** das **preferências** pode não se sustentar, a saber, diante das condições de **Risco** (tangível, mensurável) e de **Incerteza** (intangível, incomensurável), o comportamento dos agentes pode se modificar. A Teoria da Escolha Racional (maximizadora da utilidade esperada – avaliação neutra do conteúdo) do agente está condicionada à definição da **Hierarquia de Preferência** (**completa**: está apto a decidir; **transitiva**: coerência da escolha, já que uma exclui todas as demais alternativas; **estável**: só se altera por mudança alheia à sua vontade), da posição em relação ao **risco** (propenso; neutro; avesso) e pressupõe a capacidade cognitiva de percepção definida, clara e transparente das alternativas disponíveis no contexto situado. Preenchidos os requisitos descritos, a decisão racional pode operar. A questão é que na imensa maioria dos contextos decisórios, os requisitos da TER não estão preenchidos. Em **contextos obscuros** e **nebulosos**, em que as alternativas não estão facilmente definidas, são em grande número, realizadas em sequências de eventos, a racionalidade não funciona adequadamente. **É o caso do processo penal**.

A **Teoria da Perspectiva**, sem desprezar a TER, promove **ajustes estruturais**, pela substituição da "racionalidade", pela "heurística" (atalhos mentais). Associa aspectos psicológicos e cognitivos consistentes em: **a)** reconhecer as limitações cognitivas humanas de processamento e avaliação de alternativas; **b)** acolher a complexidade da escolha em relação à estimação de Risco (tangível, mensurável) e a incorporação do fator Incerteza (intangível, incomensurável); **c)** integrar fatores emocionais e psicológicos ao processo decisório, decompondo em etapas capazes de autorizar a quebra do axioma de independência das preferências dos agentes; **d)** constatar que diante de múltiplas alternativas, além da dificuldade de determinar o risco, associa-se a incapacidade de comparação do risco entre as alternativas; **e)** destacar o "**Efeito do Enquadramento**" e da "**Forma de Apresentação**", em face de alternativas opacas ou não transparentes o suficiente – as escolhas não se apresentam definidas adequadamente –, capazes de alterar a compreensão das escolhas, com violação reiteradas da premissa lógica (monotonicidade); **f)** reconhecer que as escolhas podem ser alteradas na sequência de eventos (altera-se o conjunto ordenado de preferência); **g)** considerar a probabilidade associada no intervalo de cada evento, definindo a função de utilidade de modo combinado, agregado à influência do evento anterior; **h)** adotar "pesos" para cada uma das parcelas das escolhas, medindo os efeitos dos ganhos e das perdas; **i)** admitir que os agentes desprezam, em geral, a escala/frequência de base (a probabilidade *a priori* dos eventos: frequência

relativa de ocorrência de um evento ou dado do ambiente); e, **j)** acolher a incidência contextual de fatores argumentativos, verbais e não verbais no processo decisório.

A distinção entre **Risco** (medida mensurável: aversão, neutro, propensão) e **Incerteza** (para além do tangível), **modifica** a estrutura da **Teoria da Escolha Racional** porque o **Risco** integrava o modelo racional como um fator linear a ser considerado, enquanto a integração da **Incerteza** descentra a condição da escolha racional, por violar o axioma da independência, ou seja, os agentes adotam critérios "**heurísticos**" de decisão, em vez de racionais, por força das limitações cognitivas humanas. O critério "heurístico" substitui o racional no **Esquema Decisório** de atribuição de utilidade. A condição da escolha (**heurística**) opera por: **1) código**: Enquadramento como ganho/perda e não riqueza e bem estar: a partir dos pontos de referência, do modo de formulação da questão ou das expectativas dos agentes; **2) combinação**: agrupamento de probabilidades associadas de resultados idênticos/equivalentes; **3) segregação**: sem padrões/indicadores transparentes, o agente classifica as alternativas em "arriscadas", "pouco arriscadas", "não arriscadas"; e, **4) cancelamento**: separação das alternativas conforme as expectativas do agente;

"A pergunta que se faz com mais frequência sobre as ilusões cognitivas é se elas podem ser dominadas. [...] Como o Sistema 1 opera automaticamente e não pode ser desligado a seu bel-prazer, erros do pensamento intuitivo muitas vezes são difíceis de prevenir. Os vieses nem sempre podem ser evitados, pois o Sistema 2 talvez não ofereça pista alguma sobre o erro. Mesmo quando dicas para prováveis erros estão disponíveis, estes só podem ser prevenidos por meio do monitoramento acentuado e da atividade diligente do Sistema 2"
Daniel Kahneman

4) S1 (rápido e intuitivo) S2 (devagar e racional): A partir da Teoria da Perspectiva, divide o **Esquema Decisório** em dois Sistemas: **Sistema 1** (intuitivo e heurístico; processamento de dados e informações de modo rápido, emotivo, automático e sem raciocínio deliberativo, sujeito a vieses e ambiguidade: implícito) e **Sistema 2** (deliberativo, algorítmico e raciocínio lógico; processamento de dados e informações de modo lento, prevalência da razão – lógica e raciocínio – em relação às heurísticas, demandando maior atenção, tempo e disposição cognitiva; explícito). Os Sistemas funcionam associados: o S1 funciona intuitivamente em primeiro plano, enquanto o S2 permanece em segundo plano (raciocínio explícito), acionado em face da complexidade e/ou da atitude de quem decide:

"Na dúvida, o Sistema 1 aposta numa solução, e a aposta é orientada pela experiência. As regras da aposta são inteligentes: eventos recentes e o contexto presente têm o maior peso em determinar uma interpretação. [...] O Sistema 1 não se mantém a par das alternativas que ele rejeita, nem sequer do fato de que havia alternativas. A dúvida consciente não está no repertório do Sistema 1: ela exige a manutenção de interpretações incompatíveis na mente ao mesmo tempo, o que exige esforço mental. Incerteza e dúvida são o domínio do Sistema 2"
Daniel Kahneman

S1: inconsciente, rápido, heurístico, implícito, sem esforço, rígido, assertivo, afetivo e intuitivo.

S2: consciente, devagar, algorítmico, explícito, com esforço, flexível, intencional, lógico e racional.

Cada profissão ou atividade (no processual penal também) acumula padrões decorrentes da experiência consolidada, transformadas pelo cérebro em padrões de referência às decisões posteriores. Se o cérebro verificar a ocorrência de padrões (equivalência suficiente), dispara o "conteúdo" da decisão de modo automático, sem mediação consciente/racional/mental, que "comparece do nada" e determina o comportamento, salvo se operar a (custosa) atividade **contraintuitiva** do agente. Basta lembrarmos de quando aprendemos a dirigir: tomávamos cuidado redobrado ao passar a marcha, olhávamos para os instrumentos com

atenção consciente, enfim, ações que passaram a ser automáticas com o decorrer do tempo (obtivemos perícia intuitiva e criamos "**heurísticas**" para dirigir);

A utilização da expressão 'inconsciente' não será exclusivamente psicanalítica, ampliando-se a compreensão, segundo **Marco Callegaro**: "encontramos a literatura dividida em duas vertentes básicas: de um lado, psicanalistas e humanistas que usam o termo inconsciente remetendo aos conceitos de Freud; de outro, cientistas que evitam o termo por suas conotações, procurando outras expressões como *processos implícitos* (neurociência da memória), *subliminares* (psicologia social) ou *automáticos* (psicologia cognitiva)".

C – Controvérsia:

1) O Risco de Dvecisões Automáticas: A maioria das decisões são tomadas pelo Sistema 1. Talvez seja o caso de se dar uma chance para versão contrária e levar a sério a função do processo penal. No *Filme 12 homens e uma sentença* (*Sidney Lumet, 1957*) a primeira impressão era a de que o acusado seria o autor do homicídio. A prova era convergente. O Sistema 1 deu a resposta imediata: culpado. Quando um dos jurados sustenta a dúvida *a priori* e atribui o ônus da prova a quem está convencido da culpa, as justificativas não se sustentam. A reflexão pode chegar ao mesmo resultado, todavia, qualificada pela compreensão do fenômeno e não apenas pela aparência;

D – Estratégia:

1) Ampliando o Modelo: Aceitaremos a incidência de **heurísticas** e **vieses** no contexto do processo penal. O modelo da Escolha Racional não será abandonado. Ajustaremos a condição da decisão ao contexto e às limitações humanas.

6.5 Heurísticas e Vieses: Rol para Uso

A – Definição:

Heurísticas são atalhos de processamento de informação que servem de condição para a tomada de decisão, enquanto Vieses são erros sistemáticos (irracionais), que podem ou não decorrer de heurísticas.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Heurísticas e Vieses: Para o fim de podermos entender o impacto no processo penal, indicaremos um **rol** (exemplificativo) de **heurísticas** e **vieses** (não faremos um *Codex*). As premissas são as de que diante do Risco e da Incerteza: **a)** a nossa capacidade cognitiva é limitada: escassez cognitiva; **b)** o mundo é muito mais complexo do que podemos apreender: incerteza sobre o mundo; **c)** percebemos o mundo do nosso "enquadramento" parcial e pessoal; **d**) os critérios da decisão nem sempre são racionais em face do contexto, da informação imperfeita, da ausência de tempo disponível, da nossa disposição (incentivos), crenças, emoções e conhecimentos; **e)** não somos máquinas de calcular ambulantes, especialmente para lidar com risco (probabilidade x consequência); **f)** criamos heurísticas, atalhos de processamento de informação para tomada de decisão, com base na experiência (nossa ou pessoal), suposições, conhecimento parcial, avaliações subjetivas, emocionais, etc.; e, **g)** podemos

"[...] teologicamente guiado pela busca de padrões coerentes o Sistema 1 confundirá familiaridade e conforto cognitivo com ilusões de veracidade. Em outras palavras, quanto mais consistente e coerente for a história gerada a partir dos *inputs* do Sistema 1, mais o Sistema 2 vai tender a simplesmente endossá-la, sem modificações.[...] Não se olvide, o Sistema 1 está, a todo momento, criando padrões coerentes de ideias buscando conforto cognitivo, de tal sorte que a consistência de sua narrativa, não raras vezes, aumentará à medida que diminui a quantidade de informação". **Paola Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa**

"Nesse sentido, produzem-se 'atalhos cognitivos' (*cognitive shortcuts*) ou 'regras de ouro' (*rules of thumb*), a partir das quais as pessoas realizam julgamentos simplificados sem que tenham de tomar em consideração todas as informações relevantes e contando apenas com um conjunto limitado de pistas". **Eduardo Fonseca Costa**

"Consideramos as opções individualmente e, então, selecionamos uma opção logo que encontramos aquela que é satisfatória ou suficientemente boa para atender ao nosso nível mínimo de aceitabilidade. Não levamos em consideração todas as possíveis opções e, então, julgamos cuidadosamente quais entre todo o universo de opções maximizará nossos ganhos e minimizará nossas perdas. Desse modo, examinaremos o menor número possível de opções necessário para chegar a uma decisão que, acreditamos, satisfará nossas exigências mínimas. Algumas provas indicam que, quando existem disponíveis recursos limitados de memória de trabalho, pode haver aumento do uso da satisfatoriedade para tomar decisões. Evidentemente, a satisfatoriedade é apenas uma entre diversas estratégias não tão boas que as pessoas podem usar". **Robert Sternberg**

estar sujeitos a erros sistemáticos: "vieses cognitivos", decorrentes ou não do uso de "heurísticas";

2) Cognitivas ou Motivacionais: A seguir iremos apresentar rol exemplificativo de heurísticas e vieses que afetam o **Esquema Decisório**. Podem ser individuais ou de grupo, do processo decisório ou do contexto, situadas no plano cognitivo, emocional, social ou institucional. A classificação não é homogênea e alguns itens podem se sobrepor ou mesmo terem equivalência. Em geral os conjuntos são denominados de: **a) Frios**: em face do processo **cognitivo** – qualidade, quantidade, enquadramento, processamento de informações; e, **b) Quentes**: em face das **motivações**, interesses, preconceitos, emoções, crenças, desejos. Podemos realizar a leitura cruzada com as **falácias**;

3) Rol de Heurísticas:

3.1.) Heurística da Satisfatoriedade (satisficing): consiste em **adotar a primeira opção que satisfaça à condição da decisão (preferências do agente)**, interrompendo a abertura cognitiva para novas alternativas ou opções explicativas. Não se trata da melhor dentre todas as alternativas possíveis. Obtida a primeira que satisfaça a condição do agente (padrão de preferência – *standard* cognitivo-probatório pessoal), toma-se a decisão. O custo de oportunidade opera, ao mesmo tempo em que perdemos eventos que poderiam ser bons (filmes, livros, produção probatória, p.ex.) porque tendemos a decidir sem todas as informações possível; No processo penal isso pode ser trágico. A redução antecipada do conjunto de alternativas tende a ser prejudicial à defesa, porque a argumentação do acusado somente ocorre depois da acusatória. O julgador convencido tende a não prestar a atenção consciente e enquadrar a prova defensiva como irrelevante (da ordem do estorvo cognitivo). Exige atividade estratégica;

3.2) Heurística do Enquadramento (Framing Effect): consiste em estabelecer o "**enquadramento**" do Caso Penal por parte dos agentes processuais, porque cada um deles selecionará (por culpa ou dolo) os aspectos que comporão o espaço amostral capaz de influenciar na decisão. Os contextos são múltiplos e o conteúdo dos elementos que serão considerados é variado. Definir, iluminar, trazer os aspectos relevantes ao enquadramento do conjunto de premissas que devem ser consideradas pelos demais agentes, depende da identificação e do monitoramento. Não podemos considerar aspectos implícitos, porque algo pode ter passado despercebido. A forma como as questões controversas ou as situações decisórias são colocadas, tendem a influenciar o resultado, principalmente pela aversão à perda em contexto de Risco e de Incerteza. P.ex: **a)** na formulação de proposta no ambiente da Justiça Negocial, em que podemos articular de duas maneiras: ***i)*** *o senhor pode aceitar o benefício e não ser processado, além de continuar inocente; ou* ***ii)*** *o senhor pode aceitar o benefício e não ser processado, mas poderá ser condenado se descumprir*; **b)** no reconhecimento de pessoas: *i) o senhor tem 100% de certeza?; ou* ***ii)*** *o senhor tem 0% de dúvida?;* **c)** na colaboração premiada, o êxito do acordo depende

da definição da punição, porque faz toda a diferença oferecer: ***i)*** *redução de 2/3 da pena a ser aplicada na sentença (benefício incerto e condicional à quantidade de pena incerta: evento futuro); ou* ***ii)*** *pena de 4 anos em regime aberto (definida e certa).* O enquadramento adequado modifica os incentivos e autoriza a condição da decisão. Durante a produção probatória e no campo da argumentação, o modo como a intervenção é planejada e executada pode fazer toda a diferença. Não basta ter um "bom caso"; será preciso ter um "bom conjunto de perguntas/argumentos" em face do contexto (não faz diferença cognitiva comprar um iogurte que tenha no rótulo "baixo teor de gordura" ou "menos 80% de gordura"?);

"A formulação de uma pergunta pode influir nas decisões, de modo que as pessoas evitam riscos quando a formulação implica ganho e buscam risco quando ela implica perda. Esses efeitos de enquadramento têm sido continuamente verificados em diversas situações. O trabalho de Frisch (1993) esclarece que as pessoas têm razões diferentes para sofrerem a influência dos efeitos do enquadramento. As pesquisas sobre esse efeito sugerem mesmo algum conselho prático: quando estiver tomando uma decisão importante, procure reformular a descrição da situação em que se encontra. Suponha, por exemplo, que você está buscando decidir sobre a carreira de seus sonhos. Pergunte a si mesmo como se sentiria investindo nessa opção e pergunte também como se sentiria não o fazendo". **Margaret Matlin**

"Quando dizemos que um resultado é improvável, estamos sempre dizendo, explicitamente ou não, que ele é improvável segundo determinado conjunto de hipóteses que fizemos sobre o mecanismo subjacente do mundo". **Jordan Ellenberg**

3.3] Heuristica da Correlação Ilusória: consiste em **confundir "correlação com causalidade**", associando parcela da informação disponível como "causa suficiente" do evento. A necessária inferência lógica exige conectores robustos, capazes de autorizar a atribuição de nexo (vínculo natural ou normativo) entre a premissa e a causa. Diante das múltiplas **concausas** paralelas de um mesmo evento, podemos cair na armadilha de atribuir correlação a causas de modo equivocado ou apressado. O art. 13 do Código Penal estrutura o conjunto de premissas que podem nos auxiliar, porque poderemos **distinguir as concausas** entre: **i)** absolutamente independentes (a concausa – preexistente, concomitante ou superveniente - não produziu o resultado); **ii)** relativamente independente (a concausa - preexistente, concomitante ou superveniente – contribuiu para o resultado): **iii)** absolutamente independente preexistentes; **iv)** absolutamente independente concomitante; e **v)** absolutamente independente superveniente. O agente pode se satisfazer, ainda que erroneamente, de critérios subjetivos (crenças, estereótipos, preconceitos, ideias etc.) ou emocionais, capazes de autorizar a tomada de decisão por meio de **atalhos** (redutores da complexidade), p.ex. **a)** estar na cena do crime ou de posse do bem subtraído ser suficiente à configuração do tipo; **b)** consultar a ficha de antecedentes do acusado como causa da responsabilidade penal em caso autônomo; **c)** considerar o conteúdo do depoimento sincero ou mentiroso *a priori* (policiais, crianças, vítimas, parentes do acusado, etc.);e, **d)** considerar atributos da fonte probatória (profissão, posição social, apresentação, etc.) ou a primeira impressão (efeito halo) como causas suficiente à fiabilidade. Podemos confundir "sinalizações" úteis à redução da incerteza (veremos adiante), como causa de conclusões irracionais. Associa-se ao conteúdo da falácia da correlação ilusória;

"Como sabe, uma correlação é uma relação estatística entre duas variáveis, mesmo que não haja evidência real dessa relação. Assim, ocorre uma correlação ilusória quando as pessoas acreditam que duas variáveis sejam estatisticamente relacionadas, mesmo não havendo evidência real dessa relação. De acordo com diversos estudos, muitas vezes acreditamos que certo grupo de pessoas tende a ter certos tipos de características, embora uma classificação exata mostre que a relação não é estatisticamente significativa. Pense em alguns exemplos de estereótipos que surgem das correlações ilusórias. Estas podem ou não ter base de fato; podem até ter muito menos base do que comumente se acredita. Vaja as seguintes correlações ilusórias: as mulheres não são boas em matemática, as loiras são muito inteligentes, homossexuais masculinos e femininos têm problemas psicológicos, e por aí vai. De acordo com uma importante abordagem atual, nossos estereótipos são influenciados por processos cognitivos, como a disponibilidade". **Margaret Matlin**

3.4] Heurística do Excesso de Confiança: Caso tenhamos nos convencido muito rapidamente de que não cairemos jamais em armadilhas cognitivas, talvez estejamos sofrendo de excesso de confiança. O nosso comportamento estima o futuro, sem que possamos determinar o êxito de antemão. Termos boas expectativas e, até certo ponto, confiança, não pode desprezar a ocorrência de erros de avaliação, nem da prévia estipulação de ajustes ou de planos alternativos. Mas prevalece, ainda

mais no ambiente jurídico, a **mística do excesso de confiança**, pela qual tendemos a confiar demais em nossas pretensas capacidades de tomada de decisão. A postura pode impedir a detecção de detalhes relevantes do contexto. *Margaret Matlin* narra o famoso caso de *Will Rogers*, Capitão da marinha americana que durante o conflito Irã x Iraque, em pleno Golfo Pérsico, ao verificar, pelo radar, a aproximação de uma aeronave não identificada, sem saber se era civil ou de guerra, precisava decidir: abater ou não? Com as informações que dispunha, deixando de amealhar mais detalhes, confiando em sua experiência, decidiu abater o avião, matando as 290 (duzentas e noventa) pessoas da aeronave civil iraniana. O incidente do *Vincennes*, nome do navio americano, gerou um novo protocolo de decisão (*Tactical Decision Making Under Stress* – TAMDUS), em que as hipóteses alternativas devem ser consideradas, podendo-se valer, nessa ordem de ideias, da "**técnica da bola de cristal**", segundo a qual se deve imaginar que a "bola de cristal" teria sinalizado que a primeira decisão não estava correta, exigindo novas hipóteses e/ou alternativas. A postura cética, de dúvida, sobre a primeira resposta, pode evitar que tomemos decisões erradas e, na pior das hipóteses, nos auxiliar a confirmar o acerto da primeira resposta. A questão complica-se pela exigência de velocidade, ausência de tempo e pressões estatísticas. Daí que pode incidir a "heurística da satisfatoriedade", pela qual, ainda mais com excesso de confiança, adota-se a primeira opção suficientemente adequada, evitando-se o contato com novas informações que podem ser dissonantes;

: "A supervalorização que uma pessoa faz de suas próprias aptidões" [...] "Em geral, as pessoas tendem a superestimar a precisão de seus julgamentos. Por que as pessoas demonstram excesso de confiança? Uma razão é que as pessoas podem não perceber o quão pouco conhecem. Uma segunda razão é que podem entender o que estão supondo quando se valem do conhecimento que possuem. Uma terceira razão pode ser não saberem que suas informações originam-se de fontes não confiáveis. [...] O motivo pelo qual tendemos a manifestar excesso de confiança em nossos julgamentos não está claro. Uma explicação simples é que preferimos não pensar na possibilidade de estarmos errados". **Robert Sternberg**

"A heurística do excesso de confiança, nesse contexto, pode agravar a situação de *cegueira* quanto à atuação dos vieses cognitivos e das heurísticas. As pessoas possuem a tendência de ser altamente confiantes em suas ponderações, respostas ou julgamentos, o que significa, olhando o outro lado da moeda, que há certa dificuldade em admitir dúvida, eventual ambiguidade ou incerteza quanto à questão apresentada". **Bianca Bez Goulart**

3.5) Efeito Dunnin-Kruger – Superioridade Ilusória e Síndrome do Impostor: consiste na postura adotada por agentes com menor conhecimento e/ou informação sobre o assunto, de acreditar saber mais do que agentes mais bem preparados e/ou com mais conhecimento especializado, levando-os a tomar decisões equivocadas e desprovidas de sentido. Ao mesmo tempo, em face da ignorância do agente, sequer é capaz de reconhecer o erro. As conclusões são: **a)** são incapazes de reconhecer sua própria incompetência; **b)** tendem a não reconhecer a competência de outras pessoas; **c)** não são capazes de tomar consciência de quão incompetentes são em determinado campo do conhecimento; e, **d)** podem ser capacitados para reconhecer a incompetência anterior. A incidência é assustadora no campo do Processo Penal. Seria um livro só de exemplos. Em churrascos familiares e encontros sociais a incidência do Efeito *Dunnin-Kruger* é recorrente. O Processo Penal está situado entre os *garantistas* (Fla) e *punitivistas* (Flu). Tomados pela emoção, aderidos às suas respectivas tribos, deixam de levar a sério o argumento da tribo/time adversário, tido como irrelevante, desde antes. Os dois lados dizem que os adversários são alienados, manipulados e trouxas. A **polaridade** somente pode ser quebrada com a inserção de novos fatores, novas teorias e autores, bem assim pela disposição ao consenso comunicativo, até porque a imensa maioria não sabe articular suas opiniões para além do senso comum. Qualquer debate sério é taxado como sendo academicismo

pelos *Terraplanistas* do Processo Penal. De outro lado, a **Síndrome do Impostor** faz com que agentes mesmo mais capacitados e com melhores informações, a saber, providos de competência real, possam enfraquecer a autoconfiança, subestimando sua capacidade de decisão ao acreditar que outros, menos capazes, são melhores**,** principalmente quando atuam em colegiado ou grupo;

3.6) Heurística da Disponibilidade: em decorrência da nossa dificuldade de estimação de risco e de decidirmos com o fator Incerteza, podemos nos valer dos **eventos**, **conhecimentos** ou **informações** que estão "**frescas**" na **memória**, por terem sido adquiridas recentemente, em interações processuais, leitura de doutrina ou julgados, pela cobertura da imprensa ou das redes sociais, por exemplo. As experiências adquiridas no exercício da função processual tendem a servir de padrão analógico, muitas vezes confundindo correlação com causalidade, isto é, desconsiderando a singularidade do caso, por equivalência suficiente de indicadores aos padrões pessoais (A apreensão de droga, no local X, por sujeito com antecedentes, não é condição suficiente à tomada de decisão). O grau de facilidade com que recordamos as situações similares, de seus pontos relevantes, do detalhe, pode fazer a diferença. A ordem dos depoimentos pode ativar o "efeito primazia" ou da disponibilidade de informações (provas) recentes que tendem a ganhar mais relevância (começar com a melhor fonte probatória ou guardar para o grande final?). Prevalecem as recordações mais recentes e não, necessariamente, as que poderiam ser mais relevantes. O que está mais disponível torna-se mais fácil e há tendência de supervalorizar o padrão. A disponibilidade pode operar em face do contexto interno e/ou externo ao Caso Penal;

3.7) Heurística da Representatividade: consiste em avaliar a amostra de um conjunto que nos parece mais crível quando representada por um **protótipo**, sem levarmos em consideração probabilidade e sim a representatividade. Diferentemente da heurística da disponibilidade em que é preciso evocar/lembrar, na heurística da representatividade é necessário avaliar as semelhanças. Um exemplo pode ajudar a compreender. Se indagados sobre qual sequência de nascimento entre filhos Homens (H) e Mulheres (M) poderia ocorrer no caso de oito filhos, seguidos, qual escolheríamos?: "**i) H M H M H M H M**; ou, **ii) M M M M H H H H**? Caso pensemos como o padrão, responderíamos a primeira opção, justamente porque ela aparenta/representa ser mais lógica do que a segunda, embora a probabilidade seja a mesmíssima. Em regra, a heurística da representatividade funciona, mas nem sempre o fato de "*ter focinho de porco e rabo de porco*", significa que estejamos diante de um porco. Pode ser muito complicado quando se analisa prova, especialmente indícios, já que podemos ser levados a erros graves, principalmente diante das experiências pessoais. Embora cada jogo processual seja independente, criamos mecanismos mentais para acreditarmos que estamos atravessando uma "maré de sorte", em que as vitórias anteriores

"Em face da complexidade do Direito, bem assim para evitar reflexão todo o tempo, acabamos adotando padrões de comportamento, resultado das experiências passadas, das pressões internas e externas, situação que se estende à tomada de decisão judicial. O Sistema S2, por sua vez, igualmente exposto por Kahneman, embora seja o mecanismo ideal de tomada de decisão, sobretudo, nos julgamentos penais, por apresentar como características a postura consciente, racional, voluntário, reflexivo e deliberado, demandaria muito tempo, razão pela qual o conforto decisional (súmulas, decisões consolidadas etc.), acaba sendo o atalho da decisão". **Alexandre Morais da Rosa e Giseli Tobler**

"Não avaliamos corretamente as pequenas probabilidades. Elas são ignoradas. Não se justificaria toma-las mais a sério do que o risco 'objetivo'. A superavaliação do risco aparece, especialmente, quando nos damos conta de um quadro vivo de perigo. Não podendo julgar diretamente as probabilidades, o espírito humano simplifica o problema apelando para a heurística disponível (*availability heuristic*), que nos fará decidir em função do exemplo que ainda está fresco na memória (espírito). Quando um avião cai, algumas pessoas desistem das reservas de voos em que deveriam embarcar nos dias próximos do acidente. Somos, igualmente, e com frequência, prisioneiros da 'gambler's run'. Se em julho chove, em média, três dias, mas choveu cinco dias desde o início do mês (de julho), acreditamos que, forçosamente, o restante do mês será de tempo bom". **Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau**

"Exemplos de cobertura distorcida poderiam ser a cobertura sensacionalista da imprensa, propaganda extensiva, o caráter recente de uma ocorrência incomum ou preconceitos pessoais. Geralmente, tomamos decisões nas quais os casos mais comuns são os mais relevantes e valiosos. Em tais casos, a heurística da disponibilidade representa, muitas vezes um atalho conveniente com poucos encargos. No entanto, quando casos particulares são mais bem lembrados por causa de distorções (por exemplo, sua visão de seu próprio comportamento em comparação com aquela das outras pessoas), a heurística da disponibilidade pode conduzir a decisões que deixam a desejar". **Robert Sternberg**

"Um artigo no *New England Jornal of Medicine* destaca como as decisões dos médicos podem sofrer a influência do efeito de recenticidade. O artigo relata o caso de um médico que relutava em recomendar determinado procedimento clínico porque pouco antes havia visto se desenvolver um transtorno neurológico grave em um paciente seu que passara por tal procedimento. Conforme destacaram os autores do artigo, 'Lembrar um paciente que sofreu uma complicação é um exemplo de heurística da disponibilidade'. (...) Outras pesquisas sugerem implicações para a psicologia clínica. MacLeod e Campbell (1992) descobriram que, quando as pessoas eram encorajadas a lembrar eventos agradáveis do passado, avaliavam esses eventos mais prováveis no seu futuro. Ao contrário, quando eram encorajadas a lembrar eventos desagradáveis, consideravam estes mais prováveis". **Margaret Matlin**

representam a "fase" de sucesso e que, portanto, a avaliação anterior seria o indicativo de êxito. A heurística da representatividade opera aqui na "Falácia do Jogador", em que acreditam em séries de sorte ou de azar, ou seja, de que se ganhamos duas vezes seguidas, subestimamos as expectativas na terceira rodada, sem se darmos conta de que **cada evento** é **independente** (fomos vítimas em cassinos, banco imobiliário etc.). O problema é acreditarmos no processo penal, já que é uma armadilha cognitiva. A avaliação da culpabilidade, por exemplo, pressupõe o juízo de o acusado "ter agido de modo diverso", em que o padrão dos julgadores não considera o contexto do caso, porque preso ao contexto pessoal dos agentes processuais (bem diferente, sabemos). Reconstruir o contexto do caso pressupõe sabermos que os padrões de comportamento do "agente médio" variam conforme o critério de referência. Não é válida a inferência a partir de um **espaço amostral** reduzido e singularizado. O mecanismo da representatividade opera, muitas vezes, em conjunto com a heurística da disponibilidade, para inferirmos, a partir de estigmas, estereótipos, locais do crime, tipo de crime, desprezando a singularidade, conclusões apressadas e fáceis**.** Não é todo morador do bairro X que é traficante, furtador ou excelente cidadão (erro comum e próprio do indutivista ingênuo);

A história de cada um – o êxito que até o momento hajam alcançado no jogo – influencia a atitude diante do risco".
Morton David Davis

"Outra razão pela qual, muitas vezes, usamos a heurística de representatividade é o fato de acreditarmos erroneamente em pequenas amostras (por exemplo, de eventos, de pessoas, de características) assemelham-se em todos os aspectos da vida a população da qual a amostra é obtida. Tendemos particularmente a subestimar a possibilidade de que as características de uma pequena amostra (por exemplo, as pessoas que conhecemos bem) de uma população representam inadequadamente as características de toda a população".
Robert Sternberg

3.8.) Heurística da Ancoragem ou da Referência (Ajuste): o processo de **ancoragem** se dá mediante a instauração de uma ação (auditiva, gestual, visual, sensível) que evoca (dispara) uma resposta padrão no agente. A evocação de uma situação manifesta-se em efeitos no cérebro, na atenção e/ou na memória, mesmo que não nos demos conta (gatilho implícito)**.** O mecanismo da ancoragem se dá a todo o momento, não só quando falamos, mas também quando gesticulamos, ouvimos, sentimos ou vemos algo. Faz parte do contexto humano. Em nossas atividades diárias a ancoragem se manifesta, por exemplo, quando estamos dirigindo um veículo ou andando. Sabemos o que significa o sinal de trânsito, as placas de sinalização, a sirene da ambulância, o gestual e o apito do guarda, o modo como o agente processual habitual (nosso conhecido de interações anteriores) reage em casos de êxito ou derrota (as expressões verbais e/ou corporais. A capacidade de **leitura do contexto** e de fazer as perguntas certas é um mecanismo poderoso no momento probatório. O processo de ancoragem guarda pertinência com o que temos armazenado em nossa memória e, por isso mesmo, pode ser sugerido em cada momento do processo, quer por argumentos, gestos ou sensações que promovam alteração na capacidade perceptiva, pela modulação da referência. Daí que a ordem das audiências pode fazer a diferença. Se pautados casos graves para o início da tarde e confirmada a condenação, fixa-se a âncora, muitas vezes, para análise do caso subsequente, com a tendência de se considerar um caso menos grave como sendo de bagatela. Por exemplo (aconteceu comigo): audiência no início da tarde de roubo (uso de armas e violência), com condenação, tendo, na sequência, o mesmo representante

do Ministério Público considerado o caso de furto que havia denunciado, como sendo insignificante. Se a ordem das audiências fosse invertida, talvez o resultado fosse outro. A referência ao julgamento anterior pode contaminar o seguinte. A elaboração de uma pauta de audiências pode mudar a história do caso. Dependemos das nossas crenças estabelecidas e temos o "viés de confirmação", a partir do qual tendemos a fazer correlações ilusórias. As heurísticas não operam isoladamente. Quando você recorrer de uma decisão condenatória com uma pena alta, mesmo não conseguindo a absolvição e somente a redução da pena, por exemplo, a heurística da ancoragem opera, já que o ganho relativo foi melhor do que nada. A mesma percepção você pode associar a agentes processuais formados na USP, para os quais a âncora da competência reconhecida da Instituição contamina seu egresso. Igualmente com de moradores de determinada região. Você nunca encontrou em viagem um conterrâneo e atribuiu a ele, pelo simples fato de ter nascido na mesma cidade, atributos positivos/negativos? E até mesmo quando fazemos uma simples pergunta no reconhecimento de pessoas, porque é diferente lançar a âncora do número: só reconheça se você tiver 100% de certeza faz diferença de sugerir que só vale se tiver 0% de dúvida. Em questão de segundos, a mesma pessoa, diz que reconhece com 100% de certeza, mas não é capaz de afirmar que a dívida é de 0%;

"Não se pode olvidar que o magistrado pode permanecer ancorado a uma decisão liminar anterior ou a alguma manifestação apresentada por uma das partes. Não é incomum, inclusive em razão da pressão por resultados, pela necessidade de cumprir metas, pelo número de processos em gabinete e pela eventual carência de pessoal e de infraestrutura, que os magistrados revisitem decisões proferidas ao longo do processo antes de prolatarem a sentença terminativa. Quer-se dizer, portanto, que esse *estado de coisas* do Poder Judiciário brasileiro, no qual se encontra o juiz, contribui para a atuação dos vieses cognitivos, sobretudo da heurística da ancoragem e do viés confirmatório. E quando estes elementos subjetivos se somam ao viés egocêntrico, mais dificultosa se torna a missão de conscientizar os operadores e os profissionais do direito acerca da existência desses atalhos cognitivos, pois, embora vulneráveis a eles, a crença de que se está acima da média pode levar a uma percepção de imunidade ou de resistência psicológica."
Bianca Bez Goulart

3.9) Heurística dos Custos Afundados: Uma armadilha comum é a de termos investido tanto tempo, esforço, que somos incapazes de perceber que chegou o momento de mudar o curso. É comum que as pessoas consertem um veículo e em vez de venderem, compreendem o gasto como a razão para sua manutenção, quando, na verdade, é o momento certo de se desfazer. Casais que estão sem mais vontade de permanecer juntos, mas já ficaram tanto tempo... A lógica de que já se investiu tanto que não vale a pena se desfazer pode ser devastadora. No processo penal a incidência desse mecanismo cognitivo pode se dar no momento da barganha, já que se deve analisar o custo benefício da manutenção do jogo ou do acordo. A falácia do custo afundado, também opera na postura da vítima em manter o processo, dado que o seu objetivo é inalcançável (jamais voltaremos ao *status quo ante*, momento em que a Justiça Restaurativa destaca-se). Insistir no processo, além dos custos diretos, implica em pagarmos o **custo de oportunidade**. Poderíamos estar fazendo outra coisa, atuando em outro processo. **Custos irrecuperáveis** aparecem em todas as opções: condenação/absolvição. O trânsito em julgado é um custo (quase) irrecuperável. Para a acusação sim, dada a impossibilidade de revisão criminal, enquanto para a defesa existem as possibilidades de colaboração premiada e revisão criminal. De qualquer forma, não há muito sentido em basear a decisão em um custo afundado. A análise dos custos (diretos e indiretos) deve ser realizada antes da propositura da ação, até porque uma nova rivaliza com outras que podem ser mais relevantes (Não há

Processo Penal Grátis). Depois, torna-se irrecuperável, devendo-se apurar o custo marginal de cada novo processo;

3.10) Efeito Halo (a primeira impressão) e Heurística do Afeto (simpatia ou antipatia): A interação humana exige que tomemos **decisões imediatas**, mesmo sem informação qualificada sobre os atributos das pessoas e coisas, razão pela qual surgem padrões baseados em nossas experiências anteriores, formadas a partir de crenças, ideias, e estereótipos pessoais ou sociais. Desde mecanismos atávicos de mensuração do risco (a pessoa é inofensiva, neutra ou perigosa), passando pelos fatores estéticos e de atratividade física (bonito, neutro, feio; bem vestido, neutro, malvestido; uniformizado, roupas comuns, munido de distintivos etc.), até inconscientes (não se sabe o motivo pelo qual o outro gera uma postura negativa, neutra, positiva). A decisão sobre a atitude em relação aos demais agentes que comporão a interação humana se dá pela **primeira impressão.** O ditado popular diz que "*a primeira impressão é a que fica*". Ainda que possa não acontecer em todos os momentos, no ambiente forense, não raro, há possibilidade de que a primeira avaliação do acusado, do defensor, da testemunha etc., possa contaminar o julgamento de outros fatores e, talvez, o resultado**.** O efeito halo opera pela expansão, contaminação, de uma característica da pessoa às qualidades (positiva ou negativa) que imaginamos. A primeira impressão pode estar equivocada ou mesmo, com o tempo, modificar-se, ainda que cognitivamente, tenhamos muitas dificuldades em apagar os efeitos que se protraem de julgamentos cognitivos, dado o viés confirmatório. O trabalho de destruir uma primeira impressão é algo que deve compor as estratégias em cada momento processual;

"Para Brewer, a formação de impressões será resultado de um processo de até "quatro etapas: identificação inicial, categorização/tipificação, personalização e individualização. Não necessariamente todas ocorrerão, pois o processo se encerra no momento em que a impressão é criada. De acordo com esse modelo, a mera apresentação de uma pessoa ativa automática e inconscientemente processos de classificação. Na fase de identificação (primeira vista), analisa-se previamente as características físicas básicas da pessoa (cor, sexo, idade, etc.), com isso, em alguns casos, opera-se uma categorização prévia. Caso essa categoria percebida seja permeada por um estereótipo, o processo termina aqui mesmo, sendo que as demais fases que deveriam ser percorridas são deixadas de lado pela certeza oferecida pelo estereótipo. O que normalmente ocorre é que quando a pessoa observada não é muito importante pessoalmente para o observador, este acaba utilizando apenas o processamento automático, inconsciente, baseado em categorias, porém, quando há um maior envolvimento com a pessoa observada, opta-se racionalmente pelo processamento mais controlado, seguindo as demais etapas". **Ariane Hamann**

4) Rol de Vieses:

4.1) Viés Retrospectivo (The Hindsight Bias): Explicar algo que aconteceu parece mais simples do que quando está acontecendo ou acabou de acontecer. Acalmados os ânimos, dispomos de maior capacidade cognitiva de explicar retrospectivamente as condutas, ainda mais quando a fonte originária de informações é acrescida com novas informações que atualizam, constantemente, a **memória do evento** (vimos que a memória é reescrita e dinâmica). P.ex.: a vítima foi atacada por um sujeito que encostou uma faca e, em menos de um minuto, arrebatou seu celular. O sujeito, todavia, é preso posteriormente e toma contato com a roupa, feições, informações anteriores sobre sua ficha de antecedentes, local onde mora, podendo, em seu depoimento judicial narrar informações de que não dispunha no exato momento do cometimento da infração. A nossa capacidade de estabelecer narrativas cronológicas, encadeando informações fragmentadas, pode alterar o resultado da versão. Além disso, sabemos que muitas decisões automáticas e implícitas do cérebro (Sistema S1), não se fizeram acompanhar de motivação, razão pela qual, depois, precisamos mentalmente criar alguma versão explicativa (contexto de descoberta e contexto de justificação). Enfim, **explicar depois nos autoriza**

a criar premissas anteriormente inexistentes. Esse viés retrospectivo é muito utilizado nos casos de estupro, por exemplo, em que se manipulam as premissas para inserir no contexto narrativo condutas que "culpam" abusivamente a vítima, por suas roupas e ações (introduzem sentidos despistadores do foco). O sentido de fatos anteriores é rearticulado para conferir dimensão diversa, às vezes de má-fé (oportunista). O viés retrospectivo nos autoriza a criar relações de causa e efeito *ad-hoc*. Incidem diversas variáveis capazes de construir a argumentação convincente ou não. O modo como o argumento será construído pode fazer a diferença;

"Em 1979, um homem chamado Lawrence Singleton atacou uma jovem que lhe pedira carona na Califórnia. Ele foi condenado a quatorze anos de prisão, mas cumpriu pena por oito – foi solto condicionalmente antes do tempo, por bom comportamento. Singleton então mudou-se para sua cidade natal na Flórida, onde viveu tranquilo por cerca de dez anos. Em 1997, atacou outra mulher, que morreu devido a golpes de várias facadas. Como pode imaginar, as pessoas se sentiram ultrajadas pelo fato de as autoridades da Califórnia terem posto Singleton em liberdade antes do tempo. Contudo, lembre-se de que Singleton tinha sido um prisioneiro modelo; pelas informações que tinham, as autoridades podem ter tomado a decisão certa. Repare como aqui está atuando um viés retrospectivo. Enquanto lia sobre Lawrence Singleton, não se sentiu tentado a concluir que as autoridades tinham sido tolas e inconsequentes por lhe concederem liberdade condicional precoce? Talvez você tenha superestimado a capacidade de elas preverem que Singleton voltaria a causar dano a alguém". **Margaret Matlin**

"A pesquisa de Carli [1999] nos ajuda a entender por que muitas pessoas 'culpam a vítima' depois de um fato trágico como um estupro. Na realidade, o que a pessoa fez antes pode ter sido perfeitamente apropriado. Contudo, as pessoas muitas vezes deixam de procurar no passado as razões pelas quais a vítima mereceu aquele resultado". **Margaret Matlin**

4.2) Viés de Confirmação: consiste no compromisso com a hipótese eleita *a priori*, mediante a busca de dados, informações e evidências convergentes, evitando, rejeitando ou desvalorizando o que for divergente. Pode operar na lógica da Dissonância Cognitiva, por meio das seguintes estratégias: **a)** invalidação; **b)** distinção; **c)** exceção; **d)** negação; **e)** evitação; **f)** percepção errônea; e, **g**) esquecimento seletivo. Tende a incorporar à convicção preliminar informações ambíguas e difusas "como se" fossem corroboradoras. O agente se fecha à dúvida. Podemos sempre estar errados;

4.3) Viés do Limiar Curto: consiste em nos focarmos somente nos **benefícios de curto prazo**, sem avaliar as consequências e/ou possibilidades no médio e longo prazo. Nem sempre será possível obter êxito em todas as etapas do processo penal e saber manter o foco no resultado final (meta) nos autoriza a sacrificar eventos intermediários. A parte em vantagem estratégica pode se valer dos benefícios imediatos para obter maiores benefícios, p.ex., colaboração ou ANPP com agentes presos cautelarmente, porque a "liberdade imediata" é muito mais tangível e próxima. Precisaremos ter a capacidade de manter o planejamento estratégico para não sermos vítimas dos aparentes benefícios imediatos;

"Não apenas os advogados e as partes estão à mercê da atuação do viés egocêntrico. Conforme pontua Theodore Eisenberg, os juízes tendem a se considerar 'justos, eficientes e diligentes', fator que pode dificultar a mitigação do campo de atuação do viés confirmatório. Se, eventualmente, o juiz se percebe como um profissional superior à média, é provável que tenha mais dificuldade de enxergar a atuação do viés confirmatório, que se refere à tendência de utilizar, procurar ou interpretar informações de forma que estas corroborem as suas preconcepções". **Bianca Bez Goulart**

"A *confirmation bias* se apresenta sob a forma de dois mecanismos: (a) primeiramente, na seleção da informação considerada relevante (aquela que confirma a crença) e (b) uma interpretação preferencial da informação disponível". **Ricardo Jacobsen Glockner**

4.4) Viés Otimista ou Pessimista: consiste em estimar de modo exagerado as probabilidadzes (para mais ou para menos), diante de cenário nebuloso de risco ou de Incerteza. Por ausência de planejamento adequado ou da leitura enviesada da realidade, os agentes podem criar cenários com "lentes cor de rosa" ou "catastróficas". "*Tudo vai dar certo*", "*pensamento positivo*", "*Fé em Deus*", são jargões ouvidos com regularidade no ambiente forense, principalmente por quem opera "com lentes cor de rosa". Mesmo sem preparação robusta, acreditam que, por mágica, tudo dará certo. Embora se possa adotar uma postura positiva, deve-se ter os pés no chão e realizar avaliações minimamente realísticas. Na natação e no atletismo, cada um disputa as provas dentro de suas categorias e habilidades. Ainda que alguns possam disputar diversas provas – *Phelps*, *Bolt*, etc. – não faz sentido colocar *Phelps* para correr e *Bolt* para nadar. Os atletas de ponta sabem no que são bons e no que não são. O agente processual pode ter a ilusão de que dá conta de qualquer crime. Esta ilusão – viés otimista – é fomentada pelo excesso de confiança, especialmente por concursados, não se dando conta que podem ocupar o lugar de ingênuo,

Também somos fundamentalmente afetados por recompensas a curto prazo, pelo que fazem os outros, pelo que está em jogo e pela forma como nos sentimos ao tomar essas decisões. Nossas emoções (que os economistas chamam de 'sentimentos afetivos' ou 'afetividade'), que incluem medo, ansiedade, amor, confiança e segurança, as quais nos ajudam a avaliar riscos e recompensas, são processadas rapidamente em nossa mente. Tais sentimentos formam o substrato neural e psicológico do que é importante para nós e guiam muitas decisões – a que os economistas denominam 'utilidade'. Nesse sentido, a confiança nos sentimentos nos permite ser agentes racionais em muitas situações importantes". **Erwann Michel-Kerjan e Paul Slovic**

O viés otimista significa "a tendência a superestimar a probabilidade de viver eventos positivos no futuro e subestimar a probabilidade de viver eventos negativos". **Tali Sharot**

O Flamengo foi campeão do mundo (1982) porque tinha um time complementar e coeso, em que o planejamento do técnico operava dentro de campo por um meio campo coeso (Zico, Adílio e Andrade), enquanto o ataque tinha matadores (Lico e Nunes). Fomos campeões novamente em 2020. A comutação, isto é, a troca de funções/posições dos mesmos jogadores poderia ser um desastre. Para cada função devemos ter um jogador capaz de exercer as atribuições com boa performance. Um excelente meio-campo pode ser um pífio atacante. Não podemos ser otimistas demais.

dado que manipulados por agentes profissionais. Aliás, quanto mais o agente se "achar invencível", capaz de atuar em qualquer modalidade (crime), mais amador será, embora possa ostentar a arrogância peculiar;

4.5) Viés da Ação ou "El Loco Abreu": Na Copa do Mundo da África do Sul houve momento singular que merece nossa atenção (veja no *YouTube*)**.** Na semifinal o Uruguai disputou com Gana a vaga para ir adiante – semifinal – e a decisão foi para os pênaltis. O jogo estratégico se dá entre o goleiro e batedor que devem escolher um dos cantos ou o centro do gol. O goleiro tende a se lançar para um dos lados, adivinhando o padrão do batedor – hoje amplamente estudado. Um dos autores de *Freakeconomics*, *Steven Levitt*, com outros pesquisadores, analisando padrões das Liga Francesa e Italiana, constatou que 75% dos pênaltis são convertidos e que 44% escolheram o lado contrário da perna eleita para batida, enquanto 38% o mesmo lado. O mais desafiador é que apenas 17% dos chutes aconteceram no centro do gol. Aí entra em cena "*El Loco Abreu*" que surpreendeu o goleiro ganês (*Richard Kingson*), com uma "cavadinha" no centro do gol, enquanto o goleiro caia à direita. O goleiro, assim como a maioria das pessoas, tem a tendência em partir para ação e se sentir menos culpado. A lógica é fazer algo e evitar ser criticado pela omissão de ficar parado. Acontece muito na decretação de cautelares, especialmente prisões em audiência de custódia, produção de provas de ofício, na conduta de "fazer algo" para evitar a absolvição, p.ex.. O **Risco Moral** de indeferir as cautelares tende a ser maior do que o de deferir;

4.6) Outras Espécies: A nossa **lista de heurísticas e vieses** seria enorme. Elencamos as principais, adicionando sinteticamente as seguintes: **a) Viés de Sugestão**: disponibilidade de se comportar ou de decidir por sugestão de terceiro (natural ou criada); **b) Viés da Pseudociência**: a crença prevalece sobre a evidência; **c) Viés da Manada**: fazer ou se comportar porque a maioria também faz assim; **d) Viés Maquiavélico**: o efeito do resultado sobreleva a inconsistência/incoerência do trajeto ou das premissas (os fins justificam os meios; **e) Viés do Ponto Cego**: tendência de não verificar os próprios vieses e somente o dos outros; **f) Viés do Agrupamento**: acreditar que as coisas aconteceram em conjunto por algum motivo e não por efeito aleatório; **g) Viés do Meu Olhar**: o mundo é aquilo que eu vejo e nada mais; **h) Viés da Pequena Nulidade**: desconsiderar pequenas nulidades por serem irrelevantes (nunca há prejuízo); **i) Viés da Dotação**: exigir muito mais do outro para desistir do que estaria disposto a pagar (o meu é igual, mas melhor); **j) Viés do Falso-Consenso**: tendência de afirmar que o seu posicionamento é o majoritário; **l) Viés Paranoico**: receber um estímulo vago, ambíguo, nebuloso ou aleatório como significativo e confirmatório das crenças pressupostas; **m) Viés da Generalidade Significativa**: acreditar em descrições gerais e vagas o suficientes para aplicação em muitas hipóteses simulares (decisões e depoimentos no estilo horóscopo); e, **n) Viés da Confabulação:** confusão

entre memória e imaginação ou mixagem de memórias de contextos de aquisição diversos.

C – Controvérsia:

1) No Processo Penal: As heurísticas ocorrem no processo penal (queiramos ou não, dando-nos conta, ou não). Devemos monitorar a incidência, não só em relação aos demais agentes, mas a nós mesmos. Nas varas criminais existem os crimes de sempre (furto, roubo, tráfico, receptação, porte/posse de arma) para os quais os agentes criam heurísticas, em que a **satisfatoriedade** opera. Os padrões (droga + local da prisão + ficha de antecedentes = culpado) gera a convicção antecipada e os detalhes parecem supérfluos, mesmo antes da instrução. Precisaremos nos preparar mais e melhor. Na prova testemunhal, o fato de se conhecer a testemunha de processos anteriores, dando ou não credibilidade (reputação), contamina, de alguma forma, a credibilidade que se empresta ao novo depoimento**.** Quando vamos ao supermercado e não somos "conhecedores" dos produtos, muitas vezes compramos a marca conhecida, usando a heurística da "disponibilidade". Do mesmo modo ela funciona em depoimentos judiciais. E assim por diante;

"Pode-se perceber, aprender, recordar, raciocinar e solucionar problemas com enorme precisão. Isso ocorre mesmo com uma grande quantidade de estímulos. Qualquer estímulo pode desviar o indivíduo do processamento adequado de informação. Todavia, os mesmos processos que nos levam a perceber, recordar e raciocinar com precisão na maioria das situações, também podem nos levar ao erro. Nossas recordações e raciocínios, por exemplo, são suscetíveis a certos erros sistemáticos bem identificados. Por exemplo, à medida que se percebe o quanto aprendeu a respeito da disponibilidade heurística, a tendência é supervalorizar a informação que já está disponível, e isso ocorre mesmo quando a informação não é totalmente relevante ao problema em questão". **Robert Sternberg**

D – Estratégia:

1) Atuação Contraintuitiva: O que pretendemos demonstrar no tópico foi a importância de nos darmos conta das limitações da Teoria da Escolha Racional, associando indicativos consistentes do critério de decisão heurístico, atrelado aos vieses cognitivos. A atuação **contraintuitiva** deve nortear o nosso **Esquema Decisório**. Dominarmos os mecanismos cognitivos que podem incidir, em maior ou menor grau, em cada caso singularizado, transforma-se em potente ferramenta de ação estratégica.

"Se desenvolvemos heurísticas e estamos infectados de vieses em nosso raciocínio para dar sentido ao mundo a partir de nossas limitações, o caso da teoria da mente não é uma exceção, e a maneira como desenvolvemos nossas estratégias de comportamento, que levam em conta a reação dos outros, também está carregada de regras de comportamento que talvez não se baseiem em raciocínios tão sofisticados como os que Von Neumann acreditava que tivéssemos". **Martín Tetaz**

6.6 *Nudge*: O empurrãozinho

A – Definição:

***Nudge* é o "empurrãozinho" ou a "cutucada" inserida na arquitetura do ambiente, capaz de influenciar a escolha desejada.**

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Arquitetura da Escolha: *Richard Thaler* e *Cass Sunstein* criaram a chamada *Nudge Theory*. Partindo do pressuposto das limitações da Teoria da Escolha Racional, propuseram que pequenas e sutis intervenções no contexto (e não na cognição do agente), poderiam ser capazes de influenciar o "enquadramento das opções" e alterar o comportamento dos agentes . Refere-se à arquitetura da escolha (*design thinking*), sem alteração significativa no regime de incentivos, nem restrição de alternativas, com custo baixo. É uma cutucada, um empurrãozinho, um gatilho cognitivo.

"Exemplo nem tanto político e econômico, mas extremamente elucidador da efetividade da *Nudge Theory*, é o problema relativo à limpeza dos banheiros do Aeroporto *Schiphol*, em Amsterdã. A simples colocação de adesivos em formato de moscas, sim, moscas (!), nos mictórios desses banheiros públicos ocasionou a redução de 80% dos "respingos" oriundos das urinas, já que os homens passaram a "mirar" exatamente naquele "alvo". A essência da resolução desse singelo problema está justamente na inserção de algo simples, porém capaz de chamar a atenção e de influenciar o comportamento do ser humano". **Bianca Bez Goulart e Alexandre Morais da Rosa**

Não é ordem e sim uma orientação. Altera o "enquadramento" das opções para o fim de estimular comportamentos em conformidade. É previsível porque atua em face limites cognitivos, dos hábitos, padrões de comportamento. O modo em que as opções são apresentadas (enquadramento), influencia e orienta a decisão;

C – Controvérsia:

1) Paternalismo Libertário: A noção de *Nudge* é críticada pela possível manipulação cognitiva e pelo Paternalismo Estatal. A resposta formulada é a de um Paternalismo Libertário;

D – Estratégia:

Acionar o gatilho dos agentes por meio de "empurrãozinho" argumentativo, cognitivo e/ou visual customizado, capaz de fazer girar o sentido (*plot point*), assim como a "mosca-alvo", passa a ser o desafio de quem se dedica a argumentar (*Visual Law* auxilia bastante a realçar a opção: destacar a evidência). A noção de *Nudge* tem espaço na argumentação jurídica e das audiências, quer pela disposição de quem, onde e como se senta, até pelo impacto do uso de algemas.

6.7 Fatores Biológicos dos Agentes Processuais

A – Definição:

Os agentes processuais podem ser influenciados por fatores corporais no contexto da interação processual.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Limitações do Corpo e da Mente: Assumimos que prestar **atenção consciente** é fundamental para podermos apreender aspectos da realidade. Se estivermos cansados, sob estresse, com alguma doença, por exemplo, podemos até participar de interações processuais, mas o nosso desempenho tende a ser reduzido. Levaremos a sério as condições físicas, mentais e emocionais dos demais agentes processuais, no contexto da interação. Acolher o fator humano é um ganho porque nem sempre o comportamento racional poderá comparecer. A vida dos agentes é arrastada para o contexto de interação processual. Os problemas pessoais, o humor, a alegria, a tristeza, a fadiga, o cansaço, as eventuais enfermidades (dor de cabeça, dor de dente etc.), a desmotivação, contaminação emocional por questões familiares e financeiras etc**.** Como a atividade será, marcantemente, cognitiva, até mesmo a taxa de glicose (por ausência de alimentação regular ou regime, p.ex.) e/ou hormonal podem fazer a diferença. Exagero nosso? Tente ficar sem comer durante 24 (vinte e quatro) horas e depois vá peticionar ou participar de uma

audiência de instrução e julgamento. O corpo faz exigências que reduzem a capacidade cognitiva;

2) Cansaço e Fadiga: É quase uma maratona o dia a dia de todos nós. Precisamos dar conta das tarefas diárias, desde tomar banho, alimentação, conferir caixa de email, ler informativos, preparamos para as audiências. Enfim, a aceleração da vida cotidiana, gera, ao final do dia (às vezes antes), o **cansaço** e a **fadiga**. O processo de tomada de decisão gasta energia, exige esforço mental. Caso estejamos doentes ou sem dormir, por exemplo, a capacidade cognitiva é alterada. Mas a audiência está marcada. Precisamos ir. Além disso, a pressão por **metas**, resultados, também para os julgadores, promove o uso mais fácil de heurísticas e menos esforço cognitivo alocado ao Caso Penal;

3) Agentes com Fome e/ou Dor: O **bem-estar físico e mental**, objeto de deboche de alguns, pode nos ajudar a compreender que os fatores biológicos incidem diretamente na capacidade cognitiva dos jogadores, do julgador e das testemunhas. É preciso dizer o óbvio: todos têm corpo e, assim, demandas biológicas. Não se trata de um programa de preparação físico para agentes processuais. O que precisamos admitir é que a dor, a fadiga, o nível de estresse, etc., alteram a possibilidade, muitas vezes, até mesmo de prestarmos a atenção. Os aspectos biológicos não deveriam entrar no processo penal? Eles acompanham os agentes. Acontece, também, de estarmos circunstancialmente em "dias ruins", **emocionalmente desfavoráveis**. Nessas ocasiões devemos manter a vigilância para não atrapalharmos a performance. Talvez seja o caso de solicitar um coadjuvante ou substituição. No caso de juiz, pode julgar depois e não ao final da instrução. O que importa é dizer que as condições físicas, hormonais, emocionais, enfim, variáveis que, imaginariamente, não impactam o sujeito do Direito, devem ser levadas a sério. **Juízes com fome** e **cansados** tomam a decisão mais fácil, intuitiva e automática (S1). O exercício da atividade jurisdicional demanda atenção consciente e reiterada. Daniel Kahneman aponta que a realização de tarefas que exigem atenção faz com que a taxa de glicose caia e, a tendência, nesses casos, é o manejo de decisões intuitivas, mais rápidas, em nome do conforto. Uma **pesquisa** merece ser destacada. Oito juízes de condicional de Israel foram submetidos a um teste. Durante 50 (cinquenta) dias, decidiram mais de mil casos regulares (reais). A pesquisa concluiu que cada magistrado demorou em média 6 (seis) minutos para deliberar cada pedido de condicional. A média geral de deferimentos foi da ordem de 35%. Acompanhados durante a pesquisa verificou-se que o gráfico dos deferimentos tinha uma constante, a saber, durante as duas horas após as refeições os pedidos eram deferidos e quanto mais próximo da refeição seguinte a tendência era de indeferimento. *Daneil Kahneman* sustenta que a melhor explicação é uma má notícia: "*juízes cansados e com fome tendem a incorrer na mais fácil posição* default *de negar os pedidos de condicional. Tanto o cansaço como a fome provavelmente desempenham um papel*". Não sem razão

"Não estamos mais nas sociedades disciplinarias de Foucault, nem nas sociedades de controle de Deleuze, para nos transformarmos em sujeitos do próprio rendimento, idênticos na aparente liberdade, banhados pelo significante: ***yes, we can.*** Enquanto a sociedade disciplinar produzia normais/anormais, loucos e criminosos, a sociedade do cansaço produz poucos vitoriosos e muitos depressivos e fracassados. Todos podemos fazer, sem limites, aumentando a eficiência. A competição e meritocracia mostram os vencedores, deixando de lado o cemitério de perdedores, mais numerosos. [...] O excesso de responsabilidade, a demanda incessante por inciativas, no imperativo do rendimento, torna o sujeito seu próprio algoz". **Salah Khaled Jr e Alexandre Morais da Rosa**

"Na esfera jurisdicional, o estabelecimento de metas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as quais "[...] buscam proporcionar à sociedade serviço mais célere, com maior eficiência e qualidade", é um claro exemplo de medida que pode fomentar a atuação do viés confirmatório. Ora, se ao juiz é indicado manter uma média de produção mensal de número de sentenças, independentemente da natureza da ação proposta, do direito material envolvido, do contexto e da dificuldade do caso, é evidente que eventual pressa para atingir a meta pode prejudicar a cognição reflexiva, aumentando as chances de ocorrência de decisões enviesadas". **Bianca Bez Goulart**

"São as decisões judiciais com base exclusivamente em leis e fatos? Formalismo jurídico sustenta que os juízes aplicam razões legais para os fatos de um caso de uma forma racional, mecânica e deliberativo. Em contraste, os realistas legais argumentam que a aplicação racional de razões legais não é suficiente para explicar as decisões dos juízes e que fatores psicológicos, políticos e sociais influenciam decisões judiciais. Testamos a caricatura comum de realismo que a justiça é 'o que o juiz comeu no café da manhã' em decisões de liberdade condicional sequenciais feitas por juízes experientes. Gravamos duas quebras alimentares diárias dos juízes, que resultam em segmentar as deliberações do dia em três distintas 'sessões de decisão.' Nós achamos que a percentagem de decisões favoráveis cai gradualmente a partir de ≈ 65% para quase zero dentro de cada sessão de decisão e retorna abruptamente para ≈ 65% depois de uma pausa. Nossos resultados sugerem que as decisões judiciais podem ser influenciados por variáveis externas que devem ter qualquer influência sobre as decisões judiciais".
Shai danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso

"Frente à cobrança contínua pela resolução de problemas e obtenção de produtividade, empregados ou trabalhadores que desenvolvem atividades diversificadas, em diferentes setores da economia, estão tendo dificuldades para perceber, refletir e agir em benefício da própria saúde e do bem-estar coletivo".
José Carlos Zanelli

era comum levar-se maçã aos professores. Da mesma forma que os demais fatores biológicos, a **fadiga** faz diferença. Acordar cedo e ter um longo dia de atividades na unidade jurisdicional faz com que a capacidade cognitiva, na quinta audiência da tarde, esteja exaurida. A ordem das audiências e os efeitos que as anteriores ocasionaram podem alterar a atitude na audiência. Manter a atenção depois de turnos exaustivos é cognitivamente complicado. A atenção e o esforço resvalam em tendência de conforto. Os processos criminais exigem produção probatória e colheita de depoimentos, demandando que o julgador prolate diversas decisões em condições de conflito. Havendo discussão anterior entre o julgador e um dos jogadores, testemunhas, vítimas, enfim, situações que tenha tornado o tom da comunicação agressivo, podem também gerar contexto de esgotamento cognitivo. A tendência é a de que julgadores com fome e/ou cansados tomem a decisão mais fácil. Podemos até ficar horrorizados com esta afirmação, mas não pode simplesmente fingir que não é verdadeira;

C – Controvérsia:

1) Razão Acima de Tudo: Apostar invariavelmente na razão é ingênuo demais. Assim como nós, os demais agentes processuais podem estar com o desempenho reduzido por fatores biológicos, mentais e/ou emocionais. Devemos monitorar os diversos aspectos para sabermos se vale a pena insistir, por exemplo, em pedidos que demandem alta reflexão ou mesmo prolonguem o "desconforto" circunstancial dos agentes. Mas quem pensa diferente pode continuar operando sem levar em consideração essa variável, afinal de contas, acredita que os fatores biológicos e/ou emocionais são irrelevantes;

D – Estratégia:

1) Monitorar o Contexto: Por mais que esperemos decisões racionais, desconsiderar o impacto das **vicissitudes corporais, mentais e emocionais** é atitude de amador. Não se trata de comportamento deliberado dos demais agentes e sim a incidência circunstancial de variáveis que tornam reduzidas as chances de atenção consciente e/ou de raciocínio. Basta lembrarmos da última "dor de dente" para que possamos, honestamente, reconhecer que os agentes sentem fome, cansaço e ficam doentes. Se a nossa interação for justamente nessas circunstâncias, devemos ajustar a estratégia, sob pena de ineficácia;

2) Momento Certo: Os fatores indicados devem ser considerados, por exemplo, no momento de realizarmos um pedido de liberdade ou mesmo quando usamos da palavra. Devemos avaliar se é o **momento tático adequado** para que a palavra entre de maneira justa**.** Talvez seja o caso de peticionar, em vez de requerer a palavra. As chances de obtenção de decisão favorável são tendencialmente menores quando o julgador está fatigado e/ou com a taxa de glicose baixa. Não se trata de má-fé.

É limitação humana. Um agente processual explícito pode levar um lanche ou distribuir balas, situação pouco recomendável em face do jogo de aparências forense. Mas nada impede que deixemos "algo" ao alcance dos olhos do julgador... e oferecer (inspirados pela lógica *Nudge*). Embora esses fatores possam parecer acessórios, no decorrer da interação, naquele momento, podem ser decisivos. Quantas vezes queremos fazer um convite/pedido aos nossos familiares, namorados, namoradas, filhos, chefes etc., mas percebemos que o "momento" não é o melhor. Adiamos o pedido. No processo penal também. Na investigação policial mais ainda, como percebemos nos flagrantes gravados: a disposição e a atenção dos Delegados de Polícia, em geral, é maior no início do plantão do que ao final. Levar esse fator em consideração é importante, por mais que pareça irrelevante. Vamos dar uma pausa para comermos algo?

6.8 Linguagem Corporal (o fator não verbal)

A – Definição:

Parcela da comunicação humana é realizada pelas manifestações corporais (gestual, postura, ritmo, expressão etc.).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) A Linguagem Não Verbal Comparece no Processo Penal: Por favor, nos acompanhe: Você já passou por isso (**tente** repetir os movimentos enquanto lê): Quando um agente processual faz "bico" com os lábios (faça "bico" agora, parece ridículo, mas vamos tentar) sabemos intuitivamente que está examinando o assunto antes de deliberar, assim como lamber os lábios e passar a língua sobre o lábio inferior (tente pelo menos). Verdade? A linguagem corporal comparece no ambiente do processo penal. Tudo bem que não podemos levar ao limite as táticas da série de televisão "*Lie to me*" (*Samuel Baum*, FOX), nem considerar que o fato de a testemunha estar lacônica, significa, "*prima facie*", que está mentindo, embora possamos dizer algo "levando tudo em conta". Mas nem por isso, podemos desprezar o **fator da linguagem corporal**, já que apenas 7% da nossa comunicação se dá pela fala (tom, ritmo etc.), todo o resto é linguagem corporal e o modo como se diz (tendemos a não prestar a atenção em palestras ou sustentações orais lineares; são chatas). Desde abordagens policiais até a interação em audiência, boa parte da comunicação não verbais, muitas vezes sem que percebamos;

"Você imaginaria que, quando encontramos uma pessoa pela primeira vez, 93% do que comunicamos é por nossa linguagem corporal? 55% da nossa atenção direciona-se à postura, ao gestual e à expressão facial do interlocutor, e outros 38% ao volume ou à melodia da voz. Sendo assim, o conteúdo do que ouvimos, em oposição à maneira como nos é transmitido, nos interessa 7%. Nenhuma surpresa, pois a linguagem corporal do interlocutor nos revela mais sobre a sua personalidade do que mil palavras". **Mônica Matschnig**

"Pois os dados da pragmática são, não só, as palavras, suas configurações e significados, que constituem os dados da sintaxe e da semântica, mas também os seus concomitantes não-verbais e a linguagem do corpo. Ainda mais, nós acrescentaríamos às ações comportamentais pessoais as pistas de comunicação inerentes ao contexto em que ela ocorre". **Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson**

2) Não é Determinante, mas Relevante: O comportamento não verbal pode ser fonte de indicativos relevantes no decorrer do processo. E **o corpo nos entrega muitas vezes**. Parcela significativa de nossas ações não passa pelo sistema reflexivo, já que são automáticas e intuitivas (S1). Desde cruzar os braços, arregalar os olhos, fazer cara de espanto, expor sarcasmo, jogar o corpo para trás, sorrir, tudo passa pelo que

dissemos e, fundamentalmente, pelo que nosso corpo diz, mesmo quando estamos despistando. Sabemos intuitivamente, a diferença entre um sorriso sincero e um falso/forçado, embora não descartemos os **oportunistas**, nem o *Masking*. Mesmo não sendo determinante, podemos usar como "sinalização fraca" das reações dos agentes com quem interagimos. Daí que indicar a importância na capacitação em mecanismos de leitura corporal parece significativo ao agente processual que não queira desprezar sinais (*tells*) que podem modificar a tática, por exemplo, no decorrer de um depoimento judicial. Além do que, no próprio comportamento processual dos agentes a postura, o gestual, as expressões, os sorrisos, os olhares, enfim, o modo como se apresenta, pode alterar o resultado (p.ex. defender o acusado, no Plenário do Júri, sentado e lendo a os argumentos, difere, significativamente, da postura ativa, confiante, acompanhada pelo gestual, a entonação e os silêncios). Os jogadores de ***poker***, por exemplo, usam chapéus e óculos nas mesas de jogo. Não se trata somente de idiossincrasias, mas também de evitar a leitura corporal pelo oponente;

"A ex-promotora federal em Washington, D.C., Allison Leotta, escritora de cinco livros de sucesso, escreveu para o *Jornal da ABA* (American Bar Association) que, da mesma forma, a linguagem corporal (incluindo expressões faciais, atitudes, comportamento) dos advogados e promotores que atuam no Tribunal do Júri é tão crucial quanto a eloquência verbal. 'É uma pena que as faculdades de Direito não incluam a linguagem corporal no currículo. Por isso, muitos advogados nunca usam esse recurso durante um julgamento. Já vi muitos advogados e promotores totalmente crus nessa 'disciplina', o que me deu uma chance de perceber o que estava errado e trabalhar no meu próprio desempenho.'".
João Ozorio Melo

3) Podemos nos Entregar por Excesso de Confiança: Os sinais reveladores que o corpo promove inadvertidamente podem ser usados contra nós, assim como os blefes corporais. Quem não acredita nisso é mais feliz, e ingênuo. O corpo pode fornecer importantes informações sobre a pretensão e a credibilidade dos agentes ou testemunhas/informantes. Devemos ter em conta que a leitura corporal funciona com maior vigor em quem não sabe que está sendo observado, já que poderemos enfrentar "**atores**" que se preparam para enganar (dissimulam, disfarçam). O dilema é que (quase) nunca se sabe se o alvo é autêntico ou fraudulento. O que podemos afirmar – com segurança – é que quem domina essa ferramenta possui melhores condições de ler o contexto da interação real**.** Podemos objetar que o domínio da linguagem corporal serve à manipulação**.** Entretanto, a linguagem corporal é prática comum nas abordagens e **interrogatórios policiais** e **judiciais**, fazendo com que, ao dominarmos a temática, possamos nos preparar melhor para enfrentar quem usa, ou não, no limite ético**.** Afinal, caso enfrentemos um agente que domina, não saberemos, sequer, que estamos sendo manipulado. Essa habilidade fornece mecanismos de contingenciamento à manipulação, porque, queiramos ou não, o "corpo diz o que nossa boca cala";

"Nós sustentamos que o termo deve abranger postura, gestos, expressão facial, inflexão de voz, sequência, ritmo e cadência das próprias palavras, e qualquer outra manifestação não-verbal de que o organismo seja capaz, assim que as pistas comunicacionais infalivelmente presentes em qualquer contexto em que uma interação ocorra".
Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson

"Embora você não deva se basear demais apenas na linguagem corporal, não há como negar que ela pode trazer informações valiosas. Por exemplo, se tiver a impressão de que alguém está mentindo, você pode tentar forçar a pessoa a lhe contar a verdade, procurar alguma evidência material ou talvez confirmar sua suspeita com informações de uma outra pessoa. A maioria das pessoas fica muito incomodada por mentir, e assim não é muito difícil pegar uma mentira se você souber em que prestar atenção. Você pode não ser capaz de provas as suas conclusões num tribunal – mas provavelmente não precisará fazer isto. Uma vez que a linguagem corporal de uma pessoa tenha lhe dado um sinal de que ela estaria mentindo, você pode confirmar sua suspeita por intermédio dessas outras fontes, se a situação permitir".
Jo-Ellan Dimitrius e Mark Mazzarella

4) Sem Determinismo ou Ingenuidade: Não se trata de um dicionário em que, de uma ação isolada, possamos inferir conclusões precipitadas, porque isso seria adotar postura selvagem e própria do indutivismo ingênuo. Podemos, em todos os casos, ficar atentos a três fatores: **a)** qual o nosso efeito sobre os padrões de percepção dos demais agentes?; **b)** quais indicativos corporais a testemunha, o oponente ou o julgador fornecem a cada momento da interação (conscientes ou não; balançar a cabeça positivamente; levantar os olhos e encarar a testemunha depois que diz algo relevante)?; e, **c)** em qual ambiente (amigável/hostil – depoente

eventual/depoente profissional) a interação se desenvolve? Ao contrário das palavras, somos capazes de controlar conscientemente apenas uma pequena parcela da linguagem corporal, embora possamos ensaiar e treinar para mentir, inclusive com utilização de "calmantes" ou outras drogas. A **relação** entre o que **se diz** e **se faz com o corpo** pode se dar**: a)** pela **confirmação** (são coerentes); **b)** a **linguagem corporal substitui** ao dito (o corpo se expressa sem fala: jurados costumam se entregar); e, **c)** pela **negação** (são incoerentes). No **primeiro** caso, o depoimento da vítima, angustiada, em conformidade com sua postura corporal, enquanto no **segundo**, muito comum, aliás, no decorrer do Júri o jurado balança a cabeça positiva ou negativamente e, no **terceiro**, o corpo se manifesta ao contrário (afirma pela boca, mas confirma com a cabeça). Claro que pessoas introvertidas (tímidas) e extrovertidas (expansivas), por exemplo, apresentam padrões corporais diversos. E os traços pessoais, muitas vezes, devem ser expostos pelos agentes processuais para evitar impressões de insinceridade ou de mentira. A **dissimulação** também é muito arriscada porque gera a dissonância entre a linguagem e corpo, conferindo impressão negativa, talvez antipatia, com efeitos na "credibilidade das declarações". Em se tratando de processo penal, em geral, o lugar do acusado e da vítima é difícil e, portanto, compreender o incremento adverso do ambiente forense é importante. A recordação de eventos, sob julgamento, faz com que o gestual coadjuve com a recordação das sensações, dolorosas ou alegres, gerando, com isso, estados corporais que podem ser vasculhados;

"Quando o tom de voz, as palavras e a linguagem corporal de uma pessoa estão sincronizados – quando se combinam num padrão consistente – é bem fácil interpretar o modo como ela está se sentindo e prever como irá reagir a diversas situações. A situação é bem diferente quando o tom de voz e a linguagem corporal não combinam um com o outro, ou com as palavras da pessoa. Nesse caso você precisa considerar quais os elementos que formam um padrão mais consistente e tirar conclusões adequadas". **Jo-Ellan Dimitrius e Mark Mazzarellaaw**

"Por essa razão torna-se importante aprender a realizar uma leitura corporal sem qualquer pré-julgamento e, muito menos, inclinado para um ou para outro lado**.** Ou seja, uma boa leitura corporal exige neutralidade e imparcialidade, pois somente assim poderá constatar os verdadeiros sentidos dos narradores. Outra questão importante é reconhecer que todos possuem limites interpretativos, portanto, qualquer pré-julgamento acarretará em uma análise superficial, assim, a construção de um padrão comportamental do falante torna-se indispensável, e isso só será possível a partir de pelo menos duas sessões em que se analisa sua linguagem corporal". **Priscila de Oliveira Margraf e Alencar Frederico Margraf**

"Ao utilizar o Sistema de Codificação da Ação Facial, identificamos os sinais faciais que denunciam a mentira. O que denominei microexpressões — movimentos faciais muito rápidos, que duram menos de um quinto de segundo — são fonte importante de escapamento, revelando uma emoção que a pessoa está tentando ocultar. Uma expressão falsa pode ser denunciada de diversas maneiras: em geral, é levemente assimétrica e carece de uniformidade da forma que flui de vez em quando da face. Meu trabalho a respeito da mentira me colocou em contato com juízes, policiais, advogados, o FBI, a CIA, o ATF (Bureau of Alcohol Tobacco and Firearms) e órgãos similares, em alguns países amistosos. Ensinei a todas essas pessoas como determinar com mais precisão se alguém está dizendo a verdade ou mentindo. Esse trabalho também me deu a oportunidade de estudar as expressões faciais e emoções de espiões, assassinos, fraudadores, criminosos, líderes nacionais estrangeiros e outros, que um professor não teria contato normalmente." **Paul Ekman**

5) Os Agentes Processuais Também se Entregam: A **postura negativa** do agente processual na audiência (abatido, triste, ombros caídos, cabeça baixa e canto de boca caídos, depois de uma testemunha muito desfavorável) ou **positiva** (erguido, feliz, peito aberto, cabeça para cima, depois de uma testemunha favorável) tende a alterar tanto a percepção sobre os acontecimentos, como também a dos demais sobre sua disposição sobre os fatos. O cuidado para não deslizar para postura arrogante deve ser constante. A linguagem corporal, durante a audiência, acontecerá. Como podemos nos preparar, depende da atitude de cada um;

6) Audiência e Prova Testemunhal: Podemos imaginar a seguinte situação que já nos aconteceu muitas vezes. Ao adentrarmos na sala de audiência e vasculharmos quem está presente ou mesmo depois, quando uma testemunha adentra, nosso mecanismo cognitivo opera, sem que sequer nos demos conta: **a)** no **primeiro minuto** avaliamos a idade, a aparência, as funções e classificamos como: i) ameaçador; ii) neutro; ou, c) amigável; **b)** no **segundo** e no **terceiro minutos** verificamos os detalhes do corpo, das mãos, das vestimentas, da postura corporal e ficamos atentos à voz e seu tom; **c)** no máximo no **quarto minuto** já temos a primeira impressão sobre a pessoa, sem muita reflexão, tomados pelos padrões do **S1**, associados ao **efeito halo**, antes mesmo de dialogarmos com ela. E mais uma vez, os detalhes comparecem, porque basta um

único sinal, certa arrogância, um risinho de canto de boca, a roupa fora do contexto, a postura, a confiança do contato visual, para que tenhamos um julgamento sobre a pessoa, por meio de **heurística** e/ou **vieses**, com os riscos decorrentes (erros comuns de julgamentos precoces). Em interações repetidas com os mesmos agentes, o domínio da linguagem corporal pode ser um ganho ainda maior. Assim como vamos conhecendo a linguagem corporal dos nossos familiares e amigos próximos, a constante interação com os demais agentes nos autoriza a conhecer as respostas corporais automáticas, instantâneas, incluída a facial. Com as declarações gravadas, desde a Delegacia de Polícia, analisar os depoimentos levando em consideração a linguagem corporal pode ser ferramenta relevante na identificação dos pontos fortes e fracos da narrativa, para o fim de planejarmos a ordem e a forma dos questionamentos à fonte humana, cientes de que é somente um traço indireto, não conclusivo. Atuar no processo penal de modo profissional exige certo domínio de linguagem corporal. Pode-se falar de uma face da linguagem corporal da **investigação** e/ou do **processo penal**. A capacidade de ler os indicativos corporais dos jogadores e demais intervenientes (testemunhas/informantes/peritos etc.) pode ser um ganho. Exemplificativamente: o sujeito pode tremer as mãos, movimento que pode ser fingido, mas facilmente verificável na sua modalidade genuína, indicando temor. Podemos ter agentes processuais que tremem todo o tempo, situação diversa da que acontece de súbito (o tremor súbito é, na imensa maioria das vezes, incontrolável). No ambiente da **Justiça Negocial**, a leitura corporal será fundamental, como se constata no "dar de ombros" diante de uma proposta ou ultimato, bem como no ritmo e tom de voz triste/alegre. Os agentes processuais que "blefam", em regra, usam o "consciente" para evitar sinais corporais, situação que também pode ser verificada pela atenção em não deixar o corpo reagir (o esforço para não se mover). Do mesmo modo, o nervosismo e a inquietude se constituem como meios de reagir à interação processual, variando de intensidade conforme à aderência ao desenrolar processual e às táticas/estratégias pretendidas. Um forte indicativo será o de prestar atenção na postura e nas mãos dos demais agentes (testemunhas, também), assim como o domínio e controle da respiração, justamente nos momentos de ataque/defesa, dado que poderá revelar o efeito do atoarealizado, até porque raramente se consegue controlar (todo) o corpo. A tensão e a excitação com posições de poder fazem com que a respiração fique mais forte, enquanto no blefe a tentativa de "manter as aparências" faz com que se prenda a respiração, na busca de disfarçar a posição subjetiva. Do mesmo modo, desviar o olhar é um modo comum de disfarce, enquanto olhar fixamente pode ser um modo de prestar a atenção, ainda que fingido. Desviar o olhar, em geral, é forma de demonstrar desinteresse ou atuação cênica, portanto, todo cuidado é pouco, além de gerar impacto sobre a credibilidade do que for dito. Ainda pode acontecer o olhar intimidatório como forma de blefe, especialmente na Justiça Negociada, já que quem

"Jo-Ellan e Mark apresentam um rol de comportamentos (pistas) para constatar se a pessoa está ou não mentindo durante a sua narrativa, pois o desconforto em expor uma história fantasiosa faz com que o *corpo literalmente fale de maneira diversa*, tais como: i) olhos que se movimentam frequentemente para os lados, buscando desviar o olhar do interlocutor inquisidor; ii) corpo inquieto; iii) exposição dos fatos de maneira apressada; iv) alteração na entonação da voz; v) inclinar o corpo para frente e para trás durante a fala; vi) suor e tremor; vii) colocar a mão sobre a boca e esfregar constantemente a cabeça; viii) esfregar a língua sobre os lábios. Apesar de ser apresentado um rol de comportamentos que *podem* indicar desonestidade por parte do narrador, tem-se que ter calma antes de afirmar categoricamente que tal depoimento se trata de uma mentira. Tais expressões corporais somente poderão ser consideradas como indícios de falsidade se aquele que está analisando conseguir fixar um *padrão comportamental do narrador*, ou seja, é muito arriscado afirmar que a pessoa está mentindo simplesmente porque está a falar com a mão em frente da boca, sendo que na verdade ela assim o faz porque tem vergonha de seus dentes ou de seus lábios. Bem como, é temeroso atribuir ao narrador o estigma de mentiroso apenas pelo fato de não falar olhando nos olhos, pois poderá ocorrer que ela sofra de nistagmo (doença dos olhos inquietos). Cabe aqui ressaltar que, em pesquisas realizadas pelo FBI ficou constatado que geralmente a narrativa mentirosa se dá por aquela pessoa que narra um fato 'olhando nos olhos' do ouvinte, pois acredita que se desviar os olhos será taxado como mentiroso, ou seja, desviar o olhar durante uma narrativa não significa, necessariamente, que esteja mentindo, mas narrar com olhar firme e penetrante, geralmente o é". **Priscila de Oliveira Margraf e Alencar Frederico Margraf**

tem cartas acusatórias ou defensivas fortes, em regra, não precisará intimidar. Os sinais acontecem durante a interação processual. Daí que devemos treinar a capacidade de ler os sinais da linguagem não verbal dos demais agentes, além das nossas próprias limitações, porque o corpo pode entregar todos (nós e eles). Devemos manter o foco em quem está sendo o objeto momentâneo da atenção (testemunha, informante etc.) e, também, em que proferirá a decisão sobre o Caso Penal, aferindo o efeito de cada evidência produzida;

Se você não concorda comigo já pode ter balançado a cabeça negativamente algumas vezes, xingado-me, ter jogado o corpo para trás, mostrando, definitivamente, que estou redondamente enganado, ou não. Está esbravejando. Sublinho, por fim, que se deve distinguir entre influenciar e manipular, uma vez que influenciar é se comunicar com qualidade e se fazer compreender, enquanto manipular é instrumentalizar o outro, com o fim de se obter vantagens ilícitas/ilegítimas (jogo sujo).

"Como bloquear sentimentos com o corpo: – Erga as sobrancelhas o mais alto que puder, arregalando bem os olhos, e então tente se sentir e parecer furioso. Provavelmente será impossível não rir de si mesmo durante essa tentativa frustrada. – Você tampouco conseguirá ter pensamentos negativos enquanto gira os olhos e passar a língua sobre os lábios. – Em contrapartida, você terá muita facilidade para demonstrar aborrecimento se estiver contraindo as sobrancelhas. Mas você é capaz de rir ou pensar em algo bonito enquanto faz isso? – Agora cerre os dentes com firmeza e tente pensar positivo. Praticamente impossível, não é?" **Mônica Matschnig**

"Apertar os lábios. Denúncia de extrema contenção, mobilizando todos os recursos da memória para resolver o problema imediato. Sinal de obstinação [...] Assim fiz e semelhantemente fizeram os meus alunos, em meio século de observação e convívio. Repete-se nos concursos universitários e questionários de televisão. [...] Esse movimento centrípeto é o inverso de entreabrir a boca, numa abstração devaneante e aleatória. Deve existir há milênios e milênios, desde que o pensamento tornou-se uma permanente dominadora e ao intermitência de sugestões, em todos os povos do mundo. É o índice visível da concentração mental". **Luís da Câmara Cascudo**

C – Controvérsia:

1) Desconfiança: A ausência de indicadores objetivos e válidos geram desconfiança. Não se trata de determinismo e sim de mais um mecanismo a ser incorporado à interação processual;

D – Estratégia:

1) Sinalização: É apenas mais uma habilidade que pode ser útil no contexto da interação, diante dos sinais corporais automáticos proporcionado pelos demais agentes, ao mesmo tempo que também pode ser tática dissimulada. O importante é que quando maior o controle do contexto, melhores condições teremos de "ajustar" as ações (funciona muito com jurados).

"Observe uma pessoa muito extrovertida: toda a sua linguagem corporal parece vívida e cheia de energia. Isso se manifesta tanto nos gestos amplos e efusivos, executados predominantemente de dentro para fora, quando em sua expressão facial significativa. Além de postura ereta, esse tido é caracterizado por sua forma rápida e balançante de andar. Bem diferente do tipo introvertido: nele tudo parece contido – pouca expressão facial, gestos pequenos, a maioria de fora para dentro, e postura curvada. Em linguagem corporal mínima revela pouco, razão pela qual pessoas desse tipo são pouco transparentes (à primeira vista)". **Mônica Matschnig**

"Cada gesto, cada olhar, cada movimento, cada pulsar de tensão e atenção absorve por completo o sujeito na tarefa que, naquele momento do jogo, pode ser muito cara para ele". **Jeferson José Moebus Retondar**

6.9 Tomada de Decisão: razão e emoção integradas

A – Definição:

Denomina-se Tomada de Decisão o processo cognitivo de escolha entre alternativas. Divide-se em: a) racionalistas (normativa: agentes racionais maximizam a utilidade esperada – uso do raciocínio lógico); e, b) não racionalistas (descritiva: limitações cognitivas, emocionais, morais, de tempo, de conhecimento, de contextos. – uso de heurísticas).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Tomada de Decisão (Modelos): O processo de **Tomada de Decisão** consiste na capacidade cognitiva de escolhermos entre alternativas em todos os campos de nossas vidas. Pelo que vimos até o momento, podemos distinguir dois modelos: **a) racionalista/algoritimo** (normativa: agentes racionais maximizam a utilidade esperada pelo critério do

custo benefício); e, **b) não racionalista/heurístico** (descritiva: agentes nem sempre racionais, por meio do reconhecimento das limitações cognitivas, associadas a fatores emocionais, de contexto, de tempo e de conhecimento). O que nos importa é demonstrar como o agente toma decisões na vida cotidiana e até que ponto o seu **Esquema Decisório** opera no campo do processo penal. Por esse motivo, iremos antecipar o diálogo em alguns pontos, especialmente por termos equivalência parcial entre o modo como resolvemos na vida privada os conflitos entre as alternativas possíveis, com informação parcial, evidências indiretas, leitura de contextos, avaliação de ambiguidades e controles difusos, integrando aos itens anteriormente descritos. O **Esquema Decisório** da Plataforma **RoadMapCrime** será **Construtivista**, conforme veremos mais adiante.

Para fins metodológicos, costuma-se dividir a **Tomada de Decisão** em **dois Sistemas**: **Sistema 1** (intuitivo e heurístico; processamento de dados e informações de modo rápido, emotivo, automático e sem raciocínio deliberativo, sujeito a vieses: **implícito**) e **Sistema 2** (deliberativo, algorítmico; processamento de dados e informações de modo lento, prevalência da razão – lógica e raciocínio – em relação às heurísticas, demandando maior atenção, tempo e disposição cognitiva: **explícito**). **Os Sistemas funcionam por módulos separados mas associados** (no cérebro). Em geral, o **S1 intuitivo, automático e implícito opera em primeiro plano, enquanto o S2, racional e explícito "supervisiona o S1, em segundo plano** (no banco de reservas), acionado em face da complexidade e/ou da atitude consciente do agente.

S1: inconsciente, rápido, heurístico, implícito, sem esforço, rígido, assertivo, afetivo e intuitivo.

S2: consciente, devagar, algorítmico, explícito, com esforço, flexível, intencional, lógico e racional.

O contato com esse novo modo de pensar nos gera uma dupla consequência, um tanto quanto paradoxal: **a)** faz sentido porque boa parte das nossas decisões não são tomadas pelo cálculo racional (hipotético-abstrato; algorítmico) do custo-benefício e sim de modo automático, implícito e heurístico (não fazemos cálculos o tempo e todo); e, **b)** como poderemos conciliar a conclusão de que não somos racionais todo o tempo, com a nossa sensação de que sempre decidimos de modo racional? Longe de excluirmos a nossa responsabilidade pessoal, o domínio do modo como "efetivamente" funcionamos e decidimos, pode nos auxiliar a tomarmos melhores decisões, evitando erros e manipulações cognitivas e emocionais de terceiros (culposas e/ou dolosas);

"Uma busca deliberada por evidência confirmadora, conhecida como estratégia de teste de positivo (*positive test strategy*), é também o modo como o Sistema 2 testa uma hipótese. (...) as pessoas (e os cientistas, muitas vezes) buscam dados que tenham maior probabilidade de se mostrarem compatíveis com as crenças que possuem no momento. O viés confirmatório do Sistema 1 favorece a aceitação acrítica de sugestões e o exagero da probabilidade de eventos extremos e improváveis". **Daniel Kahneman**

2) Os Sistemas: Racional e Heurístico: Todo modelo é uma redução da complexidade com a finalidade de explicar e entender o mundo. O pressuposto do modelo da **Escolha Racional** é o de que as nossas decisões

são tomadas por agentes racionais que otimizam a utilidade esperada. O novo modelo (S1 e S2), ao reconhecer as limitações do pressuposto (agente racional maximizador da utilidade esperada), aponta que, apesar de a TER nem sempre funcionar/operar, não deve ser descartada, ajustando o modelo TER pela distinção da dupla estrutura: as nossas decisões podem ser tanto reflexivas (explícitas; hipotético-abstratas), quanto automáticas (implícitas; heurísticas). O nosso **cérebro** opera por **módulos independentes e paralelos**, com atribuições decisórias específicas, sem, necessariamente, atividade consciente (mental), em que parcela de nossas decisões diárias, vinculadas às atividades corriqueiras do cotidiano (caminhar, subir escadas, falar, escrever etc.), deliberação sobre problemas menos complexos (dobrar à direita, à esquerda, escolha de trajetos etc.), resolução de questões jurídicas com padrão decisório já definido pelo agente (prisão preventiva, tipos penais, conhecimentos normativos, situações processuais, enfim, em que já temos posicionamento pessoal consolidado na **Memória de Longo Prazo** e facilmente evocável) ou mesmo decisões para as quais as nossas crenças, ideias, preferências e critérios sejam suficientes à decisão situada em contextos providos de alternativas claras e definidas. Mas quando o contexto não é tão bem definido, as alternativas são difusas, nebulosas ou ambíguas, associadas ao **Risco** e à **incerteza**, a escolha racional é substituída por critérios heurísticos. Por mais que acreditemos dominar as nossas decisões pela atividade mental do raciocínio (razão e lógica), as robustas pesquisas em Neurociência, Psicologia Cognitiva e **Economia Comportamental**, dentre outros campos, demostram que boa parte do nosso **Esquema Decisório** é **implícito** (sem atividade mental de raciocínio consciente: algorítmico), por meio de **heurísticas** (atalhos mentais) capazes de melhorar o nosso desempenho com menor esforço. Diante da escassez de tempo e da nossa limitada capacidade cognitiva de processamento de dados, a evolução da espécie humana criou mecanismos capazes de nos fazerem detectar riscos, estabelecer padrões decisórios para sobrevivermos. Ao mesmo tempo em que, pelo fato de podermos raciocinar, evocar recordações da memória e das construções filosóficas até então, acreditamos que somos guiados exclusivamente pela razão. A capacidade de raciocínio lógico por meio da atividade consciente (mental), convive com decisões tomadas pelo cérebro e que são simplesmente "comunicadas" e "cumpridas" por nós, sem que, necessariamente, ocorra a mediação racional. É verdade que a nossa atividade mental consciente pode impedir, modificar ou postergar os comandos que simplesmente "comparecem" ao nosso **Esquema Decisório**. Seria impossível sobrevivermos um dia sequer sem decisões implícitas, automáticas, "cumpridas" sem atividade racional consciente (seríamos ineficientes em atividades simples como dirigir, ler e escrever). A decisão heurística não é, necessariamente, "ruim"; só é mais suscetível a erros. Mesmo assim, todos os comportamentos são de nossa responsabilidade pessoal (***accountability***), porque não podemos

"Grande parte dos trabalhos sobre julgamentos e tomada de decisão concentrou-se nos erros que cometemos. A racionalidade humana é limitada. Ainda assim, a irracionalidade humana também é limitada. Agimos de fato, racionalmente, em muitos casos. Cada um de nós também pode aperfeiçoar nossa tomada de decisões por meio da prática". **Robert Sternberg**

"É relevante sublinhar que as heurísticas surgem porque temos recursos cognitivos e motivacionais limitados, razão pela qual precisamos usá-los de forma eficiente e rápida para lograrmos decisões cotidianas. Porém, embora elas geralmente contribuam para a nossa vida diária, às vezes as heurísticas resultam em desvios sistemáticos e previsíveis, que levam a decisões subótimas" **Eduardo Fonseca Costa**

"O ser humano não tem dois cérebros, um para pensar 'emocionalmente', e outro para tomar decisões 'racionais'. Na realidade, nosso pensamento é pautado pela eficiência econômica, mesmo nas decisões aparentemente 'emocionais'. O raciocínio humano nada mais é do que fazer escolhas em condições de escassez, ou seja, avaliamos as alternativas com melhor custo/benefício para decidir que caminho trilhar. Concordo que essa é uma maneira pouco poética de enxergar o ser humano, mas, feliz ou infelizmente, é exatamente isso o que acontece". **Raul Marinho**

atribuir o "conteúdo da decisão implícita" a um agente estranho que nos invadiu o corpo/mente. O **Esquema Decisório** de que nos valemos foi construído ao longo da evolução da espécie humana e da nossa história de vida pessoal (para o bem e para o mal). A atividade mental consciente pode filtrar as decisões que "comparecem" na mente, por funcionar em "segundo plano", de modo a "supervisionar" os comandos do cérebro, além de "assumir" a direção do raciocínio em casos novos, complexos, relevantes ou que exijam maior atenção. O funcionamento do sistema implícito/automático (S1) ocorre no cérebro, sem atividade racional mental consciente, nos obrigando, depois de termos decidido, a criar explicações racionais para o conteúdo da decisão. Procuramos "só depois" das nossas decisões e/ou comportamentos e "quando necessário", explicações racionais para o seu conteúdo. Algumas vezes conseguimos explicações razoáveis e lógicas, noutras simplesmente não sabemos explicar ou mesmo forçamos justificações;

3) Integrar o Controle dos Afetos e das Emoções: O papel dos **afetos** foi incorporado ao modelo de decisão humana, principalmente pela utilização automática de **juízos morais** próprios do agente (variável conforme o contexto), que simplesmente "invadem" as nossas mentes e influenciam a decisão. A inclusão de comandos "morais" automáticos, advindos do sistema cerebral implícito, em nossa vida cotidiana e jurídica, tem sido objeto de estudo de diversos pesquisadores (*Jonathan Haidt, Fredrick Bjorkund, Noel Struchiner, Marcelo Santini Brando, Rodrigo de Souza Tavares e Bárbara Guasque*, dentre outros). Principalmente nos "Casos Difíceis", para usarmos a gramática de *Ronald Dworkin*, o comparecimento automático, sem mediação consciente, de julgamentos morais (gosto-desgosto; bom-mau), é capaz de orientar "diretamente" a decisão do agente processual. O trajeto que percorremos até agora sobre o **Raciocínio Jurídico** acolheu a distinção entre **Contexto da Descoberta** (processo interno de decisão) e **Contexto da Justificação** (dever de justificar por evidências e argumentos lógicos, uma tese ou afirmação sobre o mundo), encontrando os melhores argumentos explicativos disponíveis, além de nos autorizar a entender mais sobre o processo decisório por "heurísticas" e, também, dos "vieses" (erros sistemáticos). Diante da narrativa da **conduta** criminalizada em denúncias, flagrantes ou requerimentos cautelares (descrição fática), a primeira **impressão moral** dos agentes processuais tende a comparecer automaticamente, a partir do processamento das informações no cérebro e do **enquadramento** realizado pelo **Esquema Decisório implícito** do agente processual (Contexto da Descoberta), de modo sintético e automático (sem raciocínio lógico reflexivo/consciente): "injusto"; "justo"; "absurdo"; "vergonhoso"; "correto"; "errado"; "crime"; "não crime" etc. Pode também gerar **julgamentos morais** sobre a **pessoa** do investigado/acusado (em geral estereótipos): "bandido"; "coitado"; "vagabundo"; "safado"; "azarado"; "explorador" etc. A "conclusão do julgamento moral *a priori*" comparece antes do "Contexto de Justificação", realizado

retrospectivamente. Procuramos dotar a conclusão de "boas razões", ainda que nem sempre seja possível explicar os passos do "aparente" raciocínio, momento em que se pode manipular/forçar as premissas ou, caso demonstrada a ausência de premissas lógicas, simplesmente dizer que "é assim que penso e pronto" (esquiva cognitiva). O nosso julgamento *prima facie* pode ser "derrotado" pelas informações e/ou evidências posteriores, "tendo tudo em conta"(TCC), ao mesmo tempo que tendem a enviesar a possibilidade de aceitação ou reconhecimento de robustez das novas informações, ainda que relevantes e adequadas (para mantermos a consonância cognitiva da decisão com as nossas crenças, ideias e conhecimentos, por meio das seguintes estratégias (dolo ou culpa): **a)** invalidação; **b)** distinção; **c)** exceção; **d)** negação; **e)** evitação; f**)** percepção errônea (*cherry picking*); e, **g)** esquecimento seletivo), perseverando as conclusões preliminares, nem sempre a partir de critérios lógicos e juridicamente válidos. No campo do **julgamento moral intuitivo e automático**, *Jonathan Haidt* e *Fredrick Bjorkund* propõem mais dois sistemas: **S3 (persuasão racional**: argumentação para sustentar a conclusão) e **S4 (persuasão social**: pressão da situação e do esquema moral coletivo, do grupo em que se identificam, admiram ou respeitam), vinculados à moralidade em meio ao contexto social (convicção pessoal do agente justificativa pela moral e/ou pelos afetos). Quando o agente não consegue adequar o conteúdo da decisão ao raciocínio lógico (S3), apoia-se nas crenças, ideias ou conhecimento do grupo de pressão que se identifica, mesmo que racionalmente inválidos. Os vínculos/elos estabelecidos pelos 4 (quatro) sistemas compõem o **modelo sócio-intuicionista** de raciocínios e julgamentos morais de *Haidt-Bjorkund*. Embora a maioria de nós não questione as crenças, ideias e conhecimentos que comparecem automaticamente nos julgamentos morais, *Haidt* aponta mais dois sistemas **S5 (julgamento fundamentado**: em que o conteúdo do julgamento moral/emocional automático/implícito, desde que o apelo moral/emocional seja fraco e o agente tenha ***accountability***, deve sobreviver ao escrutínio deliberado/racional das razões públicas a que o agente está submetido. Se o apelo moral/emocional for forte e/ou o agente não operar com ***accountability***, tende a não ser realizado;) e **S6 (reflexão em contexto privado**: o agente considera a possibilidade de que a sua decisão automática esteja errada, assumindo a tarefa sincera de avaliar o acerto, a validade e a solidez das premissas estabelecidas, desde diversos pontos de vista –, de pessoas ou campos do saber diferentes –, além de estimar as consequências da decisão: diretas e indiretas). O incremento de vínculos/elos, embora mantenha o aspecto subjetivo, por decorrer do **Esquema Decisório** privado do agente, busca mitigar o efeito ou dirimir os impasses do julgamento moral em relação aos fatos e às normas jurídicas. O **Esquema Decisório** dos agentes processuais, quando associado a conteúdo moral e/ou emocional (afetos), tende a ser implícito e automático, sem o devido e necessário escrutínio racional, consistente

"De acordo com Haidt e Bjorklund, intuição moral é o súbito aparecimento na consciência, ou na margem da consciência, de um sentimento avaliativo (gosto-desgosto; bom-mau) sobre o caráter ou ações de uma pessoa, sem qualquer consciência de se ter passado pelos passos da busca e balanceamento de evidências, ou pela inferência controlada de uma conclusão. Trata-se de atividade desempenhada pelo sistema 1: rápida, automática e inconsciente". **Noel Struchiner e Marcelo Santini Brando**

"Em suma, o primeiro elo, o sistema intuitivo atua no sentido de lançar o julgamento moral intuitivo inconsciente, enquanto o segundo elo, o sistema deliberativo, ficará a cargo da justificação desse julgamento, encontrando fundamentações rasas e desprovidas da razão. Isto porque, o ser humano não consegue ter acesso aos fatores que levaram o sistema intuitivo a emitir aquele julgamento moral". **Bárbara Guasque**

"Haidt e Bjorklund sustentam que esse tipo de informação (aquilo que causa o julgamento moral) não pode ser diretamente acessado por meio de raciocínio mental. Assim o sistema deliberativo, responsável por justificar o julgamento moral lançado pelo intuitivo, limita-se a buscar argumentos que darão suporte ao julgamento já alcançado". **Noel Struchiner e Marcelo Santini Brando**

"O juiz, antes de ser uma máquina de decisão, é um ser humano. [...] que sofre, que tem paixão, que tem emoção, que tem sentimento; que tem os mesmos problemas que qualquer outro mortal e, consequentemente, também tem a possibilidade de errar, coisa que, em geral, não admitimos e, em particular eles mesmos".
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

"É o momento em que juízes buscarão razões para justificar o julgamento 'isto é errado!' ou 'isto é correto!', no exemplo da antecipação terapêutica de feto anencefálico; ou para justificar o julgamento 'isto é obsceno!' ou 'não há nada de errado nisto!', no exemplo do diretor teatral. Trata-se de atividade desempenhada pelo sistema 2: lenta, controlada e consciente".
Noel Struchiner e Marcelo Santini Brando

"É preciso saber reconhecer aqueles pontos críticos em que o diálogo deixa de ser racional ou se afasta de uma linha melhor de argumentação".
Douglas Walton

"Juízes frequentemente elaboram argumentos retóricos recorrendo a subterfúgios ornamentais que mascaram a necessidade da produção de verdadeiros argumentos lógicos, mas ao mesmo tempo são mantras que todos gostam de ouvir e, portanto, capazes de gerar a persuasão. Não é incomum juízes invocarem noções como dignidade da pessoa humana, moralidade, liberdade e outras para defenderem suas respectivas posições, mas sem construir verdadeiros argumentos a favor delas. Como exemplos característicos desse tipo de prática indicamos os votos dos ministros Luiz Fux e José Delgado no Mandado de Segurança n.º 8.895-DF, relatado pela Min. Eliana Calmon e julgado pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em 22/10/2003 (DJ 07/06/2004)".
Noel Struchiner e Marcelo Santini Brando

no estabelecimento de premissas válidas e sólidas, justificadoras ("boas razões públicas" e não somente pessoais) das inferências e conclusões (lógico e sólido: baseado em evidências). O modelo de *Haidt* nos ajuda a melhorar o entendimento sobre os processos decisórios reais dos agentes processuais (nós e eles) em temas providos de conteúdo moral e/ou emocional (total ou parcialmente), fornecendo instrumentos hábeis ao enfrentamento estratégico no processo penal;

4) Metodologia de Controle da Tomada de Decisão Heurística: A hipótese por nós acolhida é a de que os agentes processuais (incluídos os julgadores) podem operar pela lógica implícita e automática (com ou sem julgamentos morais e/ou emocionais) em processos penais. Como estamos convencidos da eficácia do modelo explicativo, em acréscimo ao modelo da **Escolha Racional (TER),** ampliamos as possibilidades de entendimento, de atuação argumentativa e da influência eficaz na decisão penal, até porque assumimos a distinção entre o **Contexto da Descoberta** e **Contexto da Justificação,** em que depois de termos decidido, buscamos premissas que possam sustentar as conclusões. A integração da variável moral e/ou emocional (implícita e automática) ao **enquadramento** estratégico do Caso Penal, tende a oportunizar melhor entendimento sobre os "verdadeiros" critérios utilizados pelo julgador, ao mesmo tempo em que nos auxilia a reagir na hipótese de os argumentos utilizados pelas partes "deslizarem" para o campo emocional e/ou moral (agentes oportunistas se valem de argumentos morais, especialmente no Plenário do Júri). O agente processual pode seguir os passos sugeridos pelo modelo de *Haidt* para o fim de mitigar os erros, desde que tenha incentivos ou certa dúvida sobre a validade do conteúdo decisório, além da atitude sincera de levar a sério os argumentos divergentes, já que tende a operar pelo "viés de confirmação" (despreza o argumento adverso). Em geral, diante do conteúdo da decisão *prima facie*, sem incentivos ou postura cética, os agentes processuais tendem a evitar o escrutínio, tornando-a definitiva, sem mais;

"Com relação à seletividade da informação a ser colhida, há a tendência de se preferir determinados meios de confirmação da hipótese com a qual se trabalha, em detrimento dos meios que poderiam infirmá-la. Aqui é que já se projeta, desde a investigação preliminar, um primado dos meios confirmatórios da hipótese sobre a qual se trabalha, em detrimento dos elementos que apontariam rumos alternativos para a investigação. Quando ao segundo aspecto, a interpretação seletiva das informações disponíveis – que já se encontra sedimentada nos estudos sobre decisão e cognição mediante incontáveis testes – ocorre o fenômeno pelo qual as informações ambíguas são interpretadas como confirmatórias das próprias crenças. Naturalmente ocorrerá a situação na qual a mesma prova (ambígua) será desconsiderada para servir como mecanismo de exoneração da hipótese ou mesmo de uma nova hipótese. Dentro deste quadro aparece o que se chamou de *need for cognitive closure*, que designa o desejo de um atalho para uma decisão sobre determinada questão, evitando a ambiguidade e a confusão".
Ricardo Jacobsen Gloeckner

"Por trás de toda teoria normativa da tomada de decisão judicial se ocultam pressupostos acerca das capacidades mentais, das condições de trabalho, dos interesses pessoais e profissionais dos juízes, do papel da razão e da moral no direito etc. Quando não são contrafatuais, esses pressupostos frequentemente representam teorias ingênuas acerca da natureza ou da psicologia humana. Às vezes, reconhece-se que o juiz é um ser humano falível e sujeito a variações emocionais, para em seguida exigir dele uma racionalidade ilimitada".
Noel Struchiner e Marcelo Santini Brando

C – Controvérsia:

1) Entender Melhor: Admitirmos o funcionamento cérebro-mente a partir do trabalho paralelo, simultâneo e supervisionado pelo Sistema explícito (S2), amplia o horizonte de compreensão das nossas decisões e dos demais agentes processuais. Poderemos identificar, em maior ou menor medida, a perseverança de decisões tomadas pelo Sistema implícito (S1), ajustando as nossas estratégias argumentativas ao contexto cognitivo do Caso Penal. O efeito desse novo modo de pensar não é acolhido de maneira unanime porque é preciso ter coragem para admitir as premissas, especialmente a de que tomamos decisões sem mediação racional, ainda que as evidências sejam consistentes;

2) Não Legitima o Subjetivismo: Em geral, os críticos confundem o impacto da proposta com a autorização para decisões irracionais,

conclusão oposta a dos autores referidos: trata-se de reconhecer a limitação racional em contextos opacos, difusos e/ou contingentes. O propósito é o de melhorar a qualidade da decisão no ambiente do processo penal, evitando que as decisões automáticas (implícitas – S1) continuem a operar sem a mediação racional (explícita – S2). Objetiva indicar vínculos/elos para o fim de mitigar os possíveis impactos negativos que a tomada de decisão heurística, integrada por critérios morais e/ou emocionais, pode ocasionar;

D – Estratégia:

1) Planejar os Argumentos: As decisões que tomamos em nossas vidas manifestam-se em comportamentos, a partir do **Esquema Decisório** composto pelos dois Sistemas (S1 e S2), em funcionamento paralelo e simultâneo (cérebro e mente), sob a supervisão do sistema reflexivo mental consciente, sempre sob a nossa responsabilidade pessoal (***accountability***). A nossa postura **contraintuitiva** tende a melhorar o desempenho e a mitigar erros decorrentes da ausência de mediação racional dos comandos emitidos pelo cérebro. Opera com todos os agentes processuais. Superar a decisão imediata dos julgadores pressupõe o planejamento preciso e acurado do modo e do momento em que o argumento será apresentado a fim de obter, primeiro a atenção consciente de quem decide, para em seguida, integrar os elementos capazes de distinguir o caso e mudar o resultado (quando o juiz já decidiu, o esforço tende a ser bem maior; às vezes impossível, quando o caso tiver forte apelo moral e/ou emocional);

"Com a seleção dos meios de prova que devem ser levados em consideração no momento de decidir, igualmente se verifica a 'descomplexificação' da situação jurídica que requer decisão, sendo mais fácil, assim, encontrar elementos consonantes". **Ricardo Jacobsen Gloeckner**

2) Modelo Integrado: Razão, Emoção e Moral: O modelo por nós assumido incorpora, também, decisões automáticas a partir de juízos morais e emocionais, em que as nossas preferências pessoais e afetos são integradas ao **Esquema Decisório**, por meio de sistemas (3-6) que podem neutralizar e/ou mitigar o efeito do julgamento heurístico (nosso e dos demais agentes):

S1: inconsciente, rápido, heurístico, implícito, sem esforço, rígido, assertivo, afetivo e intuitivo;

S2: consciente, devagar, algorítmico, explícito, com esforço, flexível, intencional, lógico e racional;

S3: persuasão racional: argumentação para sustentar a conclusão;

S4: persuasão social: pressão da situação e do esquema moral coletivo, do grupo que se identificam, admiram ou respeitam;

S5: julgamento fundamentado: em que o conteúdo do julgamento moral e/ou emocional automático/implícito, desde que o apelo moral/emocional seja fraco e o agente tenha ***accountability***, deve sobreviver ao escrutínio deliberado/racional das razões públicas a que o agente está submetido. Se o apelo moral/emocional for forte e/ou o agente não operar com ***accountability***, tende a não ser realizado;

S6: reflexão em contexto privado: o agente considera a possibilidade de que a sua decisão automática esteja errada, assumindo a tarefa sincera de avaliar o

acerto, a validade e a solidez das premissas estabelecidas, desde diversos pontos de vista –, de pessoas ou campos do saber diferentes –, além de estimar as consequências da decisão: diretas e indiretas.

STANDARD PROBATÓRIO

RACIOCÍNIO,
INTERPRETAÇÃO,
ARGUMENTAÇÃO E
STANDARD PROBATÓRIO

< Capítulo 7 >
Raciocínio, Interpretação, Argumentação e Standard Probatório

7.1 Verdade no Processo Penal: "Para além da Verdade Real"



A – Definição:

Verdade no Processo Penal é do resultado do raciocínio judicial, a partir da premissa fática (suficiência probatória sobre o "discurso sobre os fatos", para além do limite mínimo do *Standard* Probatório), atendidos os pressupostos e condições do Devido Processo Legal, capaz de autorizar, por inferências epistêmicas, a atribuição do predicado provado à premissa fática.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Verdade: Todo processo penal trabalha com a noção de verdade. Afinal de contas, a razão pública exige o preenchimento de pressupostos e critérios mínimos, não se podendo submeter a "liberdade" (Direito Fundamental) ao julgamento "subjetivo" e/ou "caprichoso" de agentes públicos, motivo pelo qual o Dispositivo estabelece pressupostos e critérios à atribuição do predicado "**provado**" à imputação. O modo como se obtém a "**verdade**" é objeto de imensas discussões, incorporadas aos Sistemas Processuais. No modelo **Inquisitório**, a missão era a de "buscar a verdade real", sem qualquer barreira probatória, partindo-se da premissa de seria possível "descobrir" o fato investigado, independentemente do sacrifício de normas civilizatórias (Devido Processo Legal, Presunção de Inocência, Provas Ilícitas etc.). Ao juiz mobilizado pela lógica inquisitória a "apuração da verdade" deve se dar a qualquer custo. As premissas inquisitórias da capacidade de informação perfeita/total e do poder cognitivo pleno do juiz, são compatíveis com o "delírio autoritário irracional" e incompatíveis com a "racionalidade democrática". Embora isso, ainda encontramos adeptos da "busca a verdade real", basicamente por dois motivos: **a)** desconhecimento epistemológico sobre os limites do conhecimento humano; e, **b)** traço perverso próprio da mentalidade autoritária. Longe de se "desistir" da "verdade" como compromisso do Estado, consolidaram-se duas perspectivas: **a) objetivista**: "verdade como correspondência", por inferências indutivas; fixa critérios empíricos de suficiência do "discurso sobre os fatos" (*Standard* Probatório); e, **b)**

subjetivista: crença subjetiva sobre o mundo (o que está na mente; incontrolável, sem critérios determinados);

2) Decisão sobre a Imputação (inferência probatória): Para além da ilusão de totalidade da verdade, a decisão de mérito é obtida a partir do **silogismo** entre a **Premissa Normativa** (válida ou inválida) e a **Premissa Fática** (suficiência probatória sobre o "discurso sobre os fatos"). O processo penal, munido de garantias constitucionais, será o meio de recolhimento do material probatório do "discurso sobre os fatos", capaz ou não, de autorizar ao julgador a atribuição do predicado "provado", para além do limite estabelecido pelo *Standard* Probatório. Distribui-se os riscos de **erro** da decisão judicial por meio da atribuição assimétrica do ônus da prova (necessária à superação do *Standard* Probatório), além de normas limitadoras da definição do conjunto de elementos aptos à decisão judicial (provas, argumentos, custos etc.). O processo penal "como procedimento em contraditório significativo" é informado por controles de produção probatória (prova ilícita/ilegítima), limitações de tempo, oralidade e imediação, paridade de armas e participação efetiva das partes na construção do provimento judicial (**Economia da Desconfiança**). O ônus da prova da **Hipótese Acusatória** é do autor da ação penal: **a)** se não sobreviver ao teste de "suficiência probatória", deverá ser rejeitada; e, **b)** se sobreviver, será considerada "provada' (juízo de probabilidade; a Revisão Criminal poderá derrotar a suficiência da decisão no futuro). A sentença condenatória declara que, diante das evidências consideradas, não há condições, momentaneamente, de falsear a **Hipótese Acusatória** (juízo de probabilidade). É da ordem do transitório. A verdade sempre é a melhor resposta (boas razões públicas), dentro do contexto do Caso Penal, atribuída por meio de raciocínio lógico e inferências epistemológicas robustas (válidas e sólidas). Não há sentido lógico em se falar de Verdade Real (pleno e total capacidade de conhecimento da realidade; por impossível). Ao mesmo tempo, não se desiste da verdade, que comparece por meio e nos limites do Devido Processo Legal. O modelo é provido de regras de equilíbrio (Presunção de Inocência, Ônus Probatório, Prova Ilícita etc.) diante do risco de condenação de inocente. O esforço protetivo não impede que, atendido o *Standard* probatório, possa-se atribuir o predicado "provado". Esse o Dispositivo democrático: o processo penal justo. Rejeita-se a decisão baseada na "íntima convicção" ou mesmo no "livre convencimento subjetivo". O percurso a seguir será o de aprofundar o conhecimento sobre o raciocínio, a interpretação, a argumentação, a racionalidade limitada e as armadilhas cognitivas. O julgador é um ser humano e, salvo os providos de "excesso de confiança" (os mais ingênuos e mais fáceis de serem ludibriados), as armadilhas cognitivas operam por meio das limitações da racionalidade humana;

"O princípio inquisitório inspira-se na ideologia da defesa social e instrumentaliza a gestão centralizada de poder. Monopolizando toda informação relevante, o princípio prima pelo poder concentrado e sem controle, voltado para a realização do Direito Penal. Ele molda o método inquisitivo a partir de uma investigação secreta da verdade, na qual o Juiz investigador detém a gestão da prova e o poder de demonstrar a culpa antecipadamente. Dotado de elevado grau de racionalidade, o princípio inquisitório promove a descontinuidade entre a instrução e o julgamento e concentra na pessoa do Juiz inquisidor todo o conhecimento adquirido na investigação. Acumulando as funções acusatória, defensiva e judicante, em um procedimento sem partes, ele constrói sozinho, e em segredo, todo o saber que mais tarde será enunciado como verdade real".
Leonardo Marinho Marques

"Larga parte das correntes filosóficas atuais, mesmo quando se combatem umas às outras, fazem-no a partir de uma dúvida permanente em relação à verdade".
Rui Cunha Martins e Fernando Gil

"Em um nível epistemológico, a melhor escolha é se referir ao conceito de verdade como correspondência dos enunciados fáticos aos fatos reais que são descritos por esses enunciados. Este conceito corresponde a uma ideia atualizada e sofisticada do novo realismo, que explicita que quando uma proposição se refere a um fato real, é a realidade deste fato que determina se a proposição é ou não é verdadeira. Logo, uma história judicial pode ser considerada verdadeira se – e somente se – existirem bons motivos para acreditar que ela corresponde a realidade dos fatos que a história narra".
Michele Taruffo

"A chamada verdade processual versa sobre situações de fato, acerca das quais discorre em termos de conhecimento por experiência (generalizações de conhecimento empírico) em relação às quais se reconhece certa confiabilidade".
Perfecto Andrés Ibañez

"Qual o propósito de um julgamento criminal? Ingenuamente, poderíamos dizer que é descobrir se o réu cometeu o crime pelo qual está sendo julgado. Mas isso está errado. Há regras para a evidência que proíbem o júri de ouvir testemunhos obtidos de forma inadequada, mesmo que isso pudesse ajudá-lo a determinar com exatidão a inocência ou culpa do réu. O propósito de um tribunal não é a verdade, mas a justiça. Temos regras, e as regras precisam ser obedecidas. Quando declaramos que o réu é 'culpado', se tivermos cuidado com as nossas palavras, não estamos dizendo que ele cometeu o crime pelo qual é acusado, mas que foi condenado justa e corretamente de acordo com essas regras. Quaisquer que sejam as regras escolhidas, deixaremos alguns 'criminosos' livres e mandaremos para a prisão alguns dos inocentes. Quanto menos se fizer do primeiro, mais provavelmente se fará do segundo. Assim, procuraremos determinar as regras da maneira que a sociedade julga ser a melhor maneira de lidar com essa opção fundamental".
Jordan Ellenberg

C – Controvérsia:

1) Verdade Analógica (Salah Khaled Jr): A trajetória de Salah Khaled Jr sobre o impacto da verdade no processo penal merece ser lida. Além de demonstrar aa superação dos discursos "objetivista" e "subjetivista", lança a proposta da "verdade analógica", em que o evento histórico é narrado de modo analógico e não correspondente, porque a adequação entre o passado e o presente é impossível no processo (opera-se por rastro de significância);

"A verdade é produzida analogicamente no processo penal, a partir de uma narrativa sustentada em rastros do passado [...] Trata-se de uma verdade analogicamente produzida sob a forma narrativa, o que conforma um critério de verdade enquanto (re) produção analógica do passado e não enquanto correspondência – absoluta ou relativa – em relação a um evento que pertence a um tempo escoado". **Salah Khaled Jr**

2) A Verdade como Bricolage: A verdade processual não é espelho da realidade e a atividade cognitiva avivada no processo penal é mecanismo de "*bricolagem singular*", entendido, como em francês, como fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito. E nunca o é, por impossível (a informação perfeita é ingênua). A dita verdade processual trata de outra coisa: estruturada "como se fosse ficção" por agentes em negociação com a realidade (nem objetiva, nem subjetiva). Materializa-se pelo ato do julgador, acertando os fatos, com os instrumentos e elementos que comparecem (normativos, fáticos, científicos etc.), vertido inexoravelmente *na* e *pela* linguagem, (desprovida de verdade verdadeira). O resultado, por seus significantes, sempre autoriza diversas "narrativas" (alterando-se a disposição, a relação, os sentidos migram). É do encadeamento de significantes, da forma como serão dispostos, que se poderá verificar a legitimidade (democrática) da decisão, referenciada ou descolada da "realidade", por meio de controles "epistêmicos" (de produção e revisão da decisão). O princípio escolhido para o estabelecimento da cadeia de significantes altera o resultado, dada a modificação das premissas. A decisão *man made* sempre terá a pitada pessoal, ainda que vinculada às pretensões de validade das partes, já que o *bricoler* coloca nela alguma coisa de si, com a responsabilidade do lugar (**accountability**). O resultado da produção válida de significantes será composto pela motivação adequada do provimento judicial (decide-se com o que é possível ser dito e trazido, diante das limitações processuais e humanas);

D – Estratégia:

1) Inquisidor: Um juiz inquisidor, por exemplo, coloca-se na condição de Deus (onipresente, onisciente e onipotente). Embora se possa, eventualmente, buscar a perspectiva em "primeiro plano", do lugar de cada agente processual, para o inquisidor a costura de significantes se dará de **ponto de vista onipresente**, onisciente e onipotente: são os atributos divinos (lembrem-se das imagens nos filmes, que condicionam: o narrador sabe de tudo). Nada escapa ao juiz que diz a verdade real. Mas cabe reparar que essa Verdade não é qualquer uma, mas "Toda a Verdade". Logo, paranoica por definição – ocupa imaginariamente o saber total, de todos os fatos, corações e mentes. Enfim, não sem razão, porque a fantasia de ser o eleito divino, a Tropa de Elite dos Céus, aduba o

imaginário judiciário, dos julgadores portadores da Verdade Real. Talvez um "Rambo de Terno". E essa variável não pode ser excluída. Enfrentar um julgador que acredita em Verdade Real é diferente de outro que já superou essa fantasia. As táticas argumentativas serão diversas. Ou não? Será preciso customizar a estratégia;

"A chamada verdade processual versa sobre situações de fato, acerca das quais discorre em termos de conhecimento por experiência (generalizações de conhecimento empírico) em relação às quais se reconhece certa confiabilidade". **Perfecto Andrés Ibañez**

2) Adaptar aos Agentes: A depender do **Esquema Decisório** dos agentes processuais, os argumentos devem ser customizados para que possam fazer sentido, até porque parcela significativa da magistratura ainda acredita em Verdade Real. O efetivo cumprimento dos controles epistêmicos e dos pressupostos do Devido Processo Legal, é o desafio democrático: o *design* do processo justo, dentro das premissas democrática (obstáculo racional às intuições, heurísticas, vieses e deslizes subjetivos dos julgadores; verdade subjetiva). Adiante aprofundaremos a temática.

"Mas, é claro, a busca pela verdade encontra limites. Afinal, este não é o único objetivo do processo. No processo penal, com mais razão ainda, há que se olhar para outros valores a serem protegidos institucionalmente. A verdade importa, mas não a qualquer custo. Nenhum epistemólogo está disposto a rasgar direitos e garantias em nome da verdade. Logo, uma agenda preocupada com a porosidade à verdade de modo algum endossa abusos cometidos sob a escusa de que 'é preciso encontrar a verdade real'. O fato de que, ao longo da história, direitos foram violados sob o pretexto de se buscar a verdade real não é razão para abdicarmos da verdade. Nem por isso se justifica uma posição cética em relação ao papel da verdade. Uma analogia ilustra bem o argumento: se atrocidades foram cometidas em nome da ciência no passado, isto também não é razão para abdicarmos da ciência ou adotarmos uma posição negacionista." **Janaína Matida, Marcella Mascarenhas Nardelli e Rachel Herdy**

7.2 Raciocínio Jurídico: Lógica e Método

A – Definição:

Raciocínio é a capacidade de pensar a partir de juízos lógicos (coerentes e consistentes), no contexto interno ao Ordenamento Jurídico e das Normas Jurídicas.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) O Custo do Raciocínio: A nossa atividade processual exige decisões a todo o tempo (assim como a vida cotidiana), em que dependemos da alocação de energia física/mental, das limitações do sistema de processamento de informações (sensação, percepção e memória) e de tempo, associadas a nossa capacidade de racionar a partir de juízos lógicos (consistente e coerente). Os nossos comportamentos são resultado dinâmico das nossas interações com o ambiente, em que agimos em decorrência do processo de tomada de decisão automático ou reflexivo. Diante da necessidade de tomarmos muitas decisões e da escassez de recursos pessoais (alocação de atividade cognitiva, tempo investido etc.), precisamos escolher quais questões ou problemas devem receber nosso investimento pessoal (o nosso custo), a partir da análise de custo benefício, a saber, tendemos a somente alocar recursos às decisões mais importantes, em face do **custo de oportunidade** (sempre podemos nos dedicar a outras atividades ou questões: caminhar, assistir a série que estamos na metade, ler um livro ou mesmo não fazer nada, dentre infinitas opções);

2) Esquema Decisório: Para podermos superar as exigências de constantes decisões, nosso cérebro/mente cria padrões decisórios que nos são úteis e funcionais, tanto para decisões simples, como decisões complexas. Além das decisões relativas à sobrevivência (reconhecer situações de risco pessoal ou de perigo ao grupo), estabelecemos um

conjunto de princípios e regras (racionais, éticos, morais, deontológicos, normativos, pessoais) que nos servem de padrão (**Esquema Decisório**), isto é, estão pré-definidos para servir de critério e de suporte às decisões. Se não tivéssemos à disposição um conjunto de crenças, ideias, conhecimentos e prospectos disponíveis, nossa vida seria impossível;

STF, Rext. 140.370 (Min. Sepúlveda Pertence): "Há um defeito de fundamentação de sentença que se pode reputar equivalente ao de sua inexistência: é a falta de coerência lógica entre a motivação e o dispositivo".

3) Lógica Clássica ou Padrão: A estrutura de que nos valemos, em geral, é a da **Lógica Clássica ou Padrão** (Lógica Dedutiva: predicados de 1ª ordem), cujos princípios matemáticos nos são intuitivos e partem da análise formal entre as proposições (utilizaremos as proposições/sentenças contraditórias, ou seja, o conteúdo afirmado/negado em relação ao mundo, vinculando um sujeito a um predicado: "a" e "b"; p.ex.: "*Joana é advogada*"; "*a chuva é molhada*"; "*espero conseguir me vacinar*"; "*eu desejo absolver/condenar o acusado do caso penal*", isto é, pensamentos, ideias, crenças, preferências, atitudes, intenções etc.): **a) identidade**: "a" = "a": "*Joana só é advogada, somente se for advogada*"; **b) não-contradição**: "a" "b" ("*Joana é advogada*" e "*Joana não é advogada*" são contraditórias no mesmo contexto, porque se "*Joana é*" e "*Joana não é*", a conclusão é contraditória: uma será verdadeira e a outra falsa); e, **c) terceiro excluído**: entre "a" ("*Joana é advogada*") e "b" ("*Joana não é advogada*"), não existe terceira opção ("*Joana é meio advogada*").

Princípios da Lógica Clássica: 1º: Identidade; 2º: Não-Contradição; e, 3º: Terceiro Excluído

O tema é objeto de muitas controvérsias que transcendem o objeto do Guia. Mesmo assim, em complemento à Lógica Clássica, surgiram, dentre outras, a **Lógica Modal**, a **Lógica Deôntica** e a **Lógica Epistêmica**. Também existem diferentes lógicas que invalidam/derrogam princípios da Lógica Clássica, dentre elas: **a)** Lógica Paracompleta ou Intuicionista (invalidam o princípio do terceiro excluído); **b)** Lógica Paraconsistente (derrogam o princípio da contradição; vale conferir a produção do Prof. Newton da Costa); **c)** Lógica Probabilística; **d)** Lógica Polivalente; **e)** Lógica *Fuzzy*; **f)** Lógica Não Aléticas (derrogam o terceiro excluído e a contradição); e, **g)** Lógica Não-reflexiva (derrogam o princípio da identidade). O mundo complexo demonstrou a insuficiência da Lógica Clássica em muitos contextos, motivo pelo qual iremos, adiante, descrever a Teoria da Derrotabilidade, a Lógica *Fuzzy* e a MCDA-C aplicadas ao Direito. Os computadores, por exemplo, valem-se de lógicas **não monotônicas**, justamente pela necessidade de superar o modelo binário de "verdadeiro/falso", mediante a criação de "graus" capazes de acolher a indeterminação, inconsistência e a incoerência, principalmente no campo da probabilidade.

"Os termos 'raciocínio não monotônico' designam uma espécie de raciocínio baseado na 'inferência derrotável' (*defeasible inference*), ou seja, um raciocínio cotidiano em que o agente se reserva o direito de mudar suas conclusões quando obtém alguma nova premissa ou informação, de modo que algumas razões são 'derrotadas' por outras quando comparadas. O que leva uma razão a ser derrotada depende do critério utilizado pelo agente, que pode variar em cada situação particular, como o grau de certeza ou incerteza da informação obtida, ou a própria fonte de onde esta informação é obtida. Dessa maneira o agente obtém uma conclusão por tentativas". **Cesar Antonio Serbena**

Para podermos raciocinar no processo penal, dentro do espectro tradicional, em geral, nos valemos dos métodos que conjugam premissas (a primeira/maior, a segunda/menor, com a conclusão). Os métodos são:

a) dedução (dedutivo: em que o raciocínio parte de cima para baixo – ***top-down*** – pelo qual se todas as premissas são verdadeiras, o resultado também será verdadeiro); **b) indução** (em que o raciocínio parte de baixo para cima – ***down-up***); e, c) **abdução** (em que são criadas hipóteses que melhor explicam os fatos ou eventos);

4) Método Dedutivo: No método **dedutivo** partimos de generalizações sobre o mundo, situadas na premissa maior, deduzindo a conclusão (silogismo), desde que formalmente compatíveis, a saber, não se avalia o conteúdo das proposições, por isso ocorrem vários erros no processo penal, como veremos. Por exemplo: Premissa Maior: "*Joana é advogada*"; Premissa Menor: "*advogadas podem defender acusados criminais*"; Conclusão: "*Joana pode defender acusados criminais*". Partimos da verdade geral para os casos particulares. Mas precisaremos distinguir, ainda, dois modos de dedução (*Modus Ponens* e *Modus Tollens*), porque causam muitos erros de abordagem, diante da utilização de **proposições condicionais**: **a) *Modus ponens*** (afirma pela afirmação): argumento lógico válido no qual sabemos que as duas premissas ***sempre*** concorrem e uma **está** presente, logo, a **outra também deve estar**; e, **b) *Modus tollens*** (nega pela negação): argumento lógico válido no qual sabemos que as duas premissas ***sempre*** concorrem e se uma **não está presente**, portanto, a outra **também não deve estar**. Vamos exemplificar com a "heurística do depoimento policial" (que veremos adiante):

"Por exemplo: Se você é uma mãe, então tem uma criança. 1: Você é mãe: portanto, você tem uma criança; 2 Você não tem uma criança. Portanto, você não é uma mãe. 3. Você não é uma mãe. Portanto você não tem uma criança. 4. Você tem uma criança. Portanto, você é uma mãe". **Robert Sternberg**

A crença inválida sobre a fonte humana da prova:

Premissa 1: A testemunha policial sempre diz a verdade.	Premissa 1: A testemunha "flamenguista" sempre diz a verdade.
Premissa 2: A testemunha é policial.	Premissa 2: A testemunha é "flamenguista".
Conclusão: O conteúdo do seu depoimento é verdadeiro.	Conclusão: O conteúdo do seu depoimento é verdadeiro.

A estrutura da inferência (a forma) é absolutamente igual. Provavelmente não concordamos com o segundo exemplo, porque precisamos saber quem é o "flamenguista" e "o conteúdo do depoimento". Estamos de acordo. Por dever de coerência, também devemos concordar que no primeiro exemplo (policial) precisamos saber quem é o "policial" e "o conteúdo do seu depoimento", salvo se policiais nunca pudessem "mentir". O **erro lógico** em ambos os casos é idêntico**.** Não podemos deduzir o conteúdo do depoimento das premissas anteriores, porque "o conteúdo do depoimento" (a fiabilidade e a credibilidade) está condicionado ao evento futuro. Seria equivalente a dizermos que policial "nunca mente", situação insustentável para quem opera com humanos. O fato de o policial, diante da função que exerce, emitir "sinalizações de credibilidade", não nos autoriza à passagem direta à conclusão de que o "conteúdo de seu depoimento é verdadeiro, sincero e perfeito". A explicação para o comportamento da fonte de prova policial veremos mais adiante. O que

logicamente podemos constatar é que, nos dois exemplos, a premissa maior parte de um axioma (uma verdade dada), que formalmente é **válida**, mas não é **sólida**, porque além da validade formal, é preciso que as premissas sejam sólidas (conteúdo verdadeiro). A testemunha está apta a prestar compromisso; o conteúdo será valorado posteriormente, porque são momentos distintos e sequenciais, pouco importando se é "policial" ou "flamenguista". Não podemos colocar o "carro na frente dos bois". A distinção entre **forma** (validade) e **conteúdo** (solidez) nos será útil ao enfrentamento de questões complexas, principalmente no campo probatório e da argumentação (p.ex. falácias), em que os erros lógicos ornamentam, por terem aparência de validade, conclusões desastrosas. Sabermos reconhecer o **silogismo manipulado** é habilidade necessária ao agente processual. A ferramenta para nos protegermos é a de podermos imputar a participação do personagem ao grupo:

Premissa 1: Todos os homens são mortais.	Premissa 1: Todas as mulheres são mortais.
Premissa 2. Alexandre é um homem.	Premissa 2: Alexandre é mortal.
Conclusão: Alexandre é mortal.	Conclusão: Alexandre é mulher.

Poderemos nos prevenir de armadilhas lógicas ao estarmos atentos aos casos de **"*non sequitur*"** (não se segue): **a) Afirmação do consequente** (Se "a" então "b"; "b", Logo, "a"): um argumento inválido porque o resultado pode tanto *concorrer* com a premissa, como também com outra (p.ex: 1 – *Se acordo disposto, faço uma boa sustentação oral*; 2 – *Fiz uma boa sustentação oral*; 3 – *Logo, acordei disposto*); **b) Negação do antecedente** (Se "a" portanto "b"; "a" é falso, Logo, "b" é falso): um argumento inválido porque a premissa do argumento implica no resultado e, quando a premissa não está presente, o resultado ainda pode estar presente, por outras causas (1 – *As eleições só são válidas se eu ganhar*; 2 – *Eu não ganhei*; 3 – *As eleições não são válidas*). Lógica faz bem à democracia processual, principalmente no uso de proposições condicionais, porque as conclusões "não se seguem". O uso de **conectores lógicos** (mediador, confundidor e colisor) tende a evitar erros de raciocínio;

5) Método Indutivo: Parte dos casos particulares observados que, em seu conjunto, autorizam a inferência de uma verdade geral. Ao inverso da Dedução, a lógica é partir do ambiente em direção às conclusões (*down-up*). Por esta abordagem seria necessário que: a) o número de observações seja significativamente grande; b) devam ser repetidas sob uma ampla variedade de condições; e c) nenhuma observação conflite com a lei universal derivada. A pretensões do indutivismo são as de **explicar e prever**, com riscos maiores porque apesar de as premissas estarem corretas, a conclusão pode ser falsa, dada a insuficiência da lógica indutiva. A limitação sobre a previsão do futuro decorre do movimento circular (problema da indução), das dificuldades de fixação do critério do grande número de observações e ampla variedade de circunstâncias. Ainda que

O princípio da indução consiste em: "Se um grande número de *As* foi observado sob uma ampla variedade de condições, e se todos esses *As* observados possuíam sem exceção a propriedade *B*, então todos os *As* têm a propriedade *B*."
Alan Chalmers

"Um exemplo mais interessante embora um tanto medonho é uma elaboração da história que Bertrand Russel conta do peru indutivista. Esse peru descobrira que, em sua primeira manhã na fazenda de perus, ele fora alimentado às 9 da manhã. Contudo, sendo um bom indutivista, ele não tirou conclusões apressadas. Esperou até recolher um grande número de observações do fato de quer era alimentado às 9 da manhã, e fez essas observações sob uma ampla variedade de circunstâncias, às quartas e quintas-feiras, em dias quentes e dias frios, em dias chuvosos e dias secos. A cada dia acrescentava uma outra proposição de observação à sua lista. Finalmente, sua consciência indutivista ficou satisfeita e ele levou a cabo uma inferência indutiva para concluir: 'Eu sou alimentado sempre às 9 da manhã'. Mas, ai de mim, essa conclusão demonstrou ser falsa, de modo inequívoco, quando, na véspera do Natal, ao invés de ser alimentado, ele foi degolado. Uma inferência indutiva com premissas verdadeiras levara a uma conclusão falsa."
Alan Chalmers

associada à **probabilidade**, trata-se de ***conhecimento provavelmente verdadeiro***, consubstanciado no maior número possível de observações que autorizam, por dedução, as generalizações expostas em leis universais. Os indutivistas mais modernos aderiram à diferenciação salvadora, consistente na distinção entre **Contexto da Descoberta** e **Contexto da Justificaçã**o, pela qual a *descoberta* não seria logicamente explicável e a *justificação* poderia se adequar aos cânones *indutivistas*;

6) Método Abdutivo: A partir de um **conjunto de dados**, informações ou fatos ("b"), que pode explicar "a", **é provável** que esteja certo. A inferência é em "busca da melhor explicação causal", a saber, dentre as diversas hipóteses, a "melhor explicação", no quadro de alternativas, deve prevalecer. Identificam-se relações de "causalidade" entre o conjunto de evidências disponível e a **melhor explicação plausível**. Muito utilizado, corretamente, no âmbito das investigações criminais, em que a autoridade investigante precisa elaborar "as melhores explicações causais" da cena do crime para o fim de estabelecer as linhas de ação (p.ex. a apuração de um feminicídio, tendo em vista que não houve arrombamento, os vizinhos não viram nenhum estranho entrar e o marido está desaparecido, em princípio, suspeitar dele é a melhor explicação provisória, a ser objeto de investigação). É uma hipótese provavelmente verdadeira, sem força de verdade. Consiste na **seleção das hipóteses causais** com a finalidade de estabelecer um conjunto de explicações plausíveis/prováveis. A decisão penal não pode se valer da "inferência da melhor explicação" (IME) para condenar o acusado, porque incompatível com a lógica de "suficiência" do *Standard* Probatório (adiante veremos);

7) Falsificacionismo: A pretensão do falsificacionista é a de explicar algum aspecto do mundo manejando certo **conjunto de hipóteses** tendentes a descrever ou explicar o objeto. A hipótese, para ser científica, deve ser ***falsificável/contraditável***. O falsificacionismo acolhe que a observação deve ser manejada em face da teoria que o informa, rejeitando a possibilidade de as teorias serem tomadas como verdadeiras diante da observação. É a partir das ***conjecturas* e *refutações*** (*Karl Popper*) especulativas, em face do ***paradigma* científico** (*Thomas Kuhn*) e dos problemas encontrados, que se pretende readequar a teoria. Para que as teorias possam ser consideradas científicas, precisam ser falsificáveis e também resistir aos testes, sob pena de descarte. Nesse movimento de tentativa e erro, somente as teorias mais resistentes sobrevivem. Conquanto não se possa dizer que a teoria é verdadeira, pode-se considerá-la melhor do que a anterior, pela eficácia da resposta em face das indagações supervenientes. Por exemplo: '*Ou está chovendo ou não está chovendo*.' A afirmação é *infalsificável*. É que se a comprovação deve se dar pela observação, necessária a existência de uma hipótese a ser comprovada. Do contrário, trata-se de mera opinião valorativa e incontrolável. A acusação descrita na **Hipótese Acusatória** precisa ser refutável/falsificável, sob pena de se transformar a decisão penal em simples opinião subjetiva, a

saber, a pretensão de validade descrita na **Hipótese Acusatória** precisa ser comprovada de modo "suficiente" por inferências válidas e sólidas decorrentes da prova produzida em contraditório, para o fim de obter o juízo de probabilidade "provado" (função de verdade);

"Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma. [...] Os paradigmas são algo compartilhado pelos membros de tais comunidades." **Thomas Kuhn**

"Todo teste genuíno de uma teoria é uma tentativa de refutá-la. A possibilidade de testar uma teoria implica igual possibilidade de demonstrar que é falsa." **Karl Popper**

8) Contexto da Descoberta e Contexto da Justificação: As nossas decisões são tomadas por diversos critérios e mesmo que nos esforcemos para explicar o trajeto cognitivo, muitas vezes, temos imensas dificuldades. Os avanços da Neurociência, associados aos da Psicologia Cognitiva, demonstram que as decisões podem não decorrer de nossa atividade mental consciente. Nos é relevante a distinção entre o **Contexto da Descoberta**, composto pelos processos de decisão internos (cerebrais, psicológicos, culturais, sociais etc.) e o **Contexto de Justificação**, entendido como o dever de justificação por evidências e argumentos lógicos (uma tese ou afirmação sobre o mundo: Inferências Epistemológicas). Os processos internos do **Contexto da Descoberta** são de difícil explicitação consciente, inclusive para quem decide. Já o **Contexto de justificação** é observável e capaz de autorizar controles sobre os fundamentos acolhidos e os rejeitados. No que nos interessa, a distinção pode gerar sérios problemas de imparcialidade em face da manipulação retórica das preferências pessoais dos agentes processuais, para além do que a legalidade permite (***accountability***: violação da imparcialidade). Entre a explicação e a justificação pode existir um hiato democrático e oportunista;

"O trabalho de decidir causas se faz diariamente em centenas de tribunais de todo o planeta. Seria de imaginar que qualquer juiz descrevesse com facilidade procedimentos que já aplicou mais de milhares de vezes. Nada poderia ser mais longe da verdade. O que é que faço quando decido uma causa? A que fontes de informação recorro em busca de orientação? Até que ponto permito que contribuam para o resultado? Até que ponto devem contribuir? [...] Com frequência, é graças a essas forças subconscientes que os juízes mantêm a coerência consigo mesmos e a incoerência entre si. Numa notável passagem [...] William James nos lembra que cada um de nós [...] tem [...] uma filosofia de vida subjacente. Há, em cada um de nós, uma corrente de tendências – que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes, como todos os mortais, não podem escapar a essa corrente. Ao longo de suas vidas, são levados por forças que não conseguem reconhecer nem identificar – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas; o resultado é uma perspectiva de vida, uma concepção das necessidades sociais, um sentido. [...] Nessa configuração mental, cada problema encontra seu contexto. Podemos tentar ver as coisas com o máximo de objetividade. Mesmo assim, jamais poderemos vê-las com outros olhos que não os nossos". **Benjamin Cardozo**

9) Justificação da Norma em Frederick Schauer: podemos partir (com adaptações) da proposta de *Frederick Schauer*, dentro do paradigma "**positivista decisional**", em que a distinção entre Direito e outras esferas é mantida, na linha do "**positivismo conceitual**" (Direito estável e sem elementos morais) e do "**positivismo normativo**" (com modulações de significado pelos agentes na prática jurídica da sociedade em que vivem, busca-se a produção normativa mais precisa e a redução da discricionariedade judicial, por meio da fixação prévia do conjunto de fontes identificáveis à decisão judicial, principalmente nos casos de antinomia e conflitos de normas), compreender o pressuposto de que as normas jurídicas são produzidas em face de **generalizações** de comportamentos e situações do cotidiano (conjunto de classes com as propriedades "x") que, diante das múltiplas variáveis do mundo, podem ou não ter sido antecipadas/previstas pela norma jurídica. As **regras prescritivas** (que proíbem, obrigam ou autorizam comportamentos) são decorrentes de processo legislativo (o Legislativo representa o conjunto de preferências coletivas agregadas) em que, dentre as diversas alternativas possíveis, o Parlamento escolhe a que se tornará de observância compulsória (lei). Cada processo legislativo elege a **justificação da norma** (a meta a ser obtida ou o dano a ser evitado) da edição do comando normativo, com o qual as nossas preferências (crenças, opiniões e conhecimento) podem ser dissonantes ou consonantes. A função própria dos procedimentos legislativos é a de promover o debate entre as alternativas e, em seguida, deliberar em nome

de todos. Devemos tomar cuidado para não confundirmos a "função parlamentar", com os "parlamentares eventuais", sob pena de agirmos contra o **Princípio da Legalidade** que deve nos reger. O aprimoramento da função parlamentar não é justificativa válida à inobservância dos comandos normativos. Muitas das posições polarizadas desconsideram o pressuposto da democracia: o **Princípio da Legalidade**, cuja função é a de conferir **estabilidade** aos padrões de comportamento proibidos, permitidos e obrigatórios, as respectivas sanções e prêmios, pelos quais todos podemos estabelecer expectativas, de boa-fé e com confiança, de que serão observados e garantidos pelos instrumentos processuais disponíveis e pelos agentes estatais (que não agem em nome próprio, e sim na condição de subordinados). Ao mesmo tempo, o aparato normativo autoriza que os agentes processuais (principalmente os públicos) devam realizar juízos de "controle de convencionalidade", de "constitucionalidade" e de "adequação" aos casos singularizados, a partir da **justificação** de produção da norma. Não podemos confundir esse modo de pensar com as discussões (superadas) acerca da prevalência da "vontade da norma" ou da "vontade do legislador", porque o importante a ser destacado é a razão forte estatal – a "justificação normativa" de sua produção.

"É a justificação da regra que determina quais são as propriedades do caso particular que devem ser levadas em conta no momento da construção do predicado factual, indicando a direção e o grau de generalidade do mesmo. Uma infinidade de generalizações pode ser logicamente estipulada a partir de um caso particular. Porém, as possíveis abstrações operadas em relação às propriedades de um caso particular, podem ser razoavelmente restringidas se temos em mente os objetivos (justificação) da regra. A diferença entre a generalização descritiva e a generalização prescritiva se dá em função de a última ser lapidada de acordo com uma justificação que representa uma meta que se pretende alcançar ou danos que devem ser evitados. A quantidade de generalizações logicamente e empiricamente possíveis a partir de um caso concreto é sempre muito maior do que a quantidade de generalizações prescritivas, que estão norteadas pela justificação. A justificação determina qual, entre várias generalizações de um evento particular, será selecionada como predicado factual da regra que está sendo construída".
Noel Struchiner

A característica **genérica** da norma em matéria penal (taxatividade) e processual penal (tipicidade processual) não consegue prever todas as futuras hipóteses de incidência, já que mesmo que tenha havido esforço legislativo, o mundo é mais complexo, motivo pelo qual devemos dispor de mecanismo de controle de aplicação. Ao adotarmos a proposta de *Schauer*, podemos, em cada caso concreto, verificar a **satisfação das duas condições de incidência** (adequação fática ao comando prescritivo; e, compatibilidade do caso singular ao objetivo a ser alcançado ou dano a ser evitado pela "justificativa da norma"). Em cada caso penal, poderemos constatar os seguintes cenários:

Apliquei a proposta de Schauer no julgamento do HC 5006523-23.2020.8.24.0090, em que fui relator na 3ª Turma Recursal, do TJSC, sobre o uso de Canabidiol: "Assim é que: (i) está comprovado que o paciente é portador de Mal de Parkinson; (ii) que os tratamentos anteriormente ministrados não surtiram efeitos; (iii) o quadro de saúde se agravou; (iv) o uso de canabidiol apresentou melhoras em seu quadro de saúde; (v) há recomendação médica, com evidências científicas comprovadas; (vi) o custo de importação do medicamento é inviável; (vii) há possibilidade de produção artesanal e para uso terapêutico; (viii) que o paciente é credor da efetivação da dignidade da pessoa humana em face do direito fundamental à saúde; e, (ix) que há proibição genérica prevista no art. 28 da Lei 11.343/06 e o paciente pretende autorização para conseguir ter uma vida melhor, sem o receio de ser responsabilizado penalmente. [...] Então, para o devido enquadramento da questão, deve-se levar em conta que a generalidade do art. 28, da Lei 11.343/06 (sem prejuízo da própria justificativa), não pode abranger as situações em que há recomendação médica para o uso respectivo na garantia da saúde e não uso recreativo ou de consumo pessoal de maconha. Na hipótese de uso de canabidiol para fins terapêuticos, assim, os fatos operativos não geram a consequência da justificação, podendo se concluir como regra sobreinclusiva. Em resumo, não incide a proibição para fins terapêuticos".

a) aplicação: hipótese de incidência fática do comando normativo **verificada** e **coerente** com a "justificação da norma"	**b) não aplicação**: hipótese de incidência fática do comando normativo **verificada** e **incoerente** com a "justificação da norma"	**c) não aplicação**: hipótese de incidência fática do comando normativo **não verificada**, mas **coerente** com a "justificação da norma"

A aplicação da norma somente poderia acontecer na hipótese "a", sendo rejeitada nas demais: "b" e "c", porque a metodologia da **dupla verificação** exige a análise da conduta em face do comando legal e a coerência da conduta com a "justificação da norma". O que nos chama a atenção é o fato de que na hipótese "c", embora haja coerência entre a "justificativa da norma" e a conduta verificada, não há previsão legal suficiente/sólida, ou seja, a regra (o texto0, no momento de produção, não autoriza a incidência na situação factual (falta lei em sentido estrito à sua aplicação). A nomenclatura proposta por *Schauer* é a de considerarmos a norma como: **a) Sobreinclusiva**: quando o efeito da incidência da regra

ao caso analisado excepciona a justificação da norma (objetivos a serem alcançados ou danos a serem evitados); e, **b) Subinclusiva:** quando a regra deixa de fora do seu âmbito de incidência predicados factuais que a "justificação da norma" pretendia abranger.

"Uma regra é **sobreinclusiva** quando seus fatos operativos englobam casos particulares que não geram a consequência que representa a justificação da regra". Uma regra é **subinclusiva** quando os predicados factuais da justificação da norma "deixam de tratar de certos casos que acarretam a consequência que representa a justificação da regra". **Noel Struchiner**

O efeito da adoção preliminar do "**positivismo decisional**" de *Schauer* é o de podermos nos servir dos seus aportes para estabelecermos uma "**regra normativa de referência**", em que as opiniões, crenças ou comportamentos podem ser avaliados pelo **juízo binário** de: **a) conformidade** (hipótese de incidência + coerência com a justificação da norma); ou, **b) desconformidade** (hipótese de incidência + incoerência com a justificação da norma). O nosso ganho é o de limitar os comportamentos oportunistas dos agentes processuais, dado que o **enquadramento** dos casos penais se dá de modo diverso, porque interno ao Direito (penal e processual penal) e não por opiniões, crenças ou conhecimentos pessoais, estranhos ao campo do Direito, em geral incontroláveis. Por via de consequência, podemos estabelecer que a função do aparato estatal (Polícia, Ministério Público, Defensoria e Judiciário) é a de promover a adequação das normas jurídicas (penais e processuais penais), gerais e impessoais, ao caso singularizado, avaliando se a hipótese de incidência é equivalente (tipo penal conduta provada justificativa da norma), por meio do processo penal, dispositivo pelo qual se estabelece o debate circunscrito aos critérios e argumentos do campo do Direito (serão inválidos os de ordem moral, ética, pessoal, Justiça etc.), em contraditório, das condições fáticas de incidência normativa (especialmente a comparação entre a "justificativa da norma" e o caso específico).

Tipo Penal Conduta Provada Justificativa da Norma

A nossa proposta, como modelo de abordagem do processo penal, reconhece que a argumentação e a decisão podem subir o nível dos debates para o plano dos princípios, desde que circunscritos ao material jurídico disponível, sem invenções oportunistas (não se pode inventar/deturpar princípio). O importante é que partiremos com a **ferramenta** capaz de nos prevenir sobre o **conteúdo** dos debates e decisões judiciais em que formos atuar, evitando armadilhas argumentativas. A mistura de argumentos internos e externos ao Direito pode ocorrer por erro involuntário ou por dissimulação. Em qualquer caso, poderemos distinguir os argumentos **internos** e **externos** ao Direito, reestabelecendo os limites válidos do **enquadramento** da questão;

"A lógica clássica e a lógica silogística são monotônicas no sentido que, de um conjunto de premissas, podemos deduzir um conjunto de conclusões; porém, quando adicionamos novas premissas ao conjunto inicial de premissas, as mesmas conclusões já deduzidas continuam valendo. Uma lógica não-monotônica é uma lógica diferente da lógica clássica e da lógica silogística, uma vez que nela, de um conjunto inicial de premissas, deduzimos certa conclusão, mas, uma vez adicionada uma outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões não continuam valendo necessariamente. Dependendo da premissa adicionada, ela pode 'derrotar' a conclusão original e proporcionar uma nova conclusão. [...] Percebe-se que o raciocínio jurídico é um típico exemplo de utilização da inferência não monotônica ou do raciocínio derrotável: basta pensar que o magistrado, ao partir de um conjunto inicial de fatos provados, pode mudar radicalmente sua convicção inicial frente a uma nova prova produzida ao final do processo e sentenciar de uma forma contrária à decisão inicialmente formulada mentalmente. Da lógica deôntica não monotônica ou derrotável, a derrotabilidade migrou rapidamente para a Teoria do Direito". **José Renato Gazieiro Cella**

10) Teoria da Derrotabilidade (Lógica Não Monotônica): Diante da insuficiência da **Lógica Clássica** (monotônica) em conferir (sempre) respostas adequadas ao fenômeno jurídico no campo pragmático (no contexto do Caso Penal), surgem novas perspectivas capazes de nos conferir suporte teórico.

A **Teoria da Derrotabilidade** (*defeasibility*) parte da premissa (por nós acolhida) de que podemos distinguir os campos da linguagem (**sintático**;

"É possível "afirmar a existência de um núcleo comum atribuído ao seu conceito, consistente na ideia segundo a qual a consequência da norma jurídica pode ser derrotada, afastada, não-aplicada, em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível. Em termos processuais, pode-se falar em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos capazes de infirmar a norma '*prima facie*', derrotando-a a fim de permitir a aplicação de uma norma excepcional, diferente daquela prevista *a priori* a partir da literalidade textual".
Fernando Andreoni Vasconcellos

"A derrotabilidade, enquanto propriedade formal de certas regras de inferência, poderia cumprir o importante papel de servir como modelo para o raciocínio jurídico a partir dos princípios constitucionais. [...] Tais princípios, na maioria dos casos, são fórmulas tão gerais que, partindo de um mesmo princípio, podemos chegar a conclusões contraditórias. Creio que basta citar o conhecido princípio da dignidade da pessoa humana".
Cesar Antonio Serbena

"Torna-se possível falar em derrotabilidade da norma jurídica e do fracasso da solução *prima facie*, exatamente no momento em que o texto deixa de ser simples texto e passa a servir de matéria-prima para a produção normativa do intérprete".
Fernando Andreoni Vasconcellos

"Ao se verificar o princípio da insignificância, e o que ele compreende, podemos afirmar que sempre que determinado comportamento se adequar a um modelo penal, no caso, a uma norma penal incriminadora (aquela que define crimes e impõe sanções penais), ocorrendo uma ínfima ofensa ao bem jurídico, aí compreendida sua natureza e extensão da ofensa, pela atuação do princípio da bagatela, tal norma penal é derrotada, em virtude do que deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Vale lembrar que isso não significa a revogação dessa lei penal, mas sim sua não aplicação a determinado caso".
José Eduardo Lourenço dos Santos

"O que importa sublinhar, para que fique clara a aplicação da noção de derrotabilidade no âmbito do direito penal, é que, por serem os tipos penais incriminadores, condições insuficientes para determinarem as consequências penais, como qualquer outra norma jurídica, acabam sendo derrotados por condições ou exceções implícitas, que, no direito penal, são chamadas de causa supralegais de exclusão de tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade".
Francisco Bissoli Filho

"Alguns criticam a derrotabilidade afirmando que ela traz insegurança jurídica. A crítica é infundada, pois, geralmente, quem a formula não é consciente de que, ao raciocinar, a utiliza na maioria dos casos condicionais derrotáveis, porém não admite expressamente essa realidade, ou por artifício retórico ou por falta de rigor científico, ou mesmo por desconhecimento. [...] Se quer significar que as normas jurídicas não serão sempre derrotadas, mas podem ser, ao menos em tese, consideradas derrotáveis. Em outros termos, a norma jurídica é necessariamente derrotável, porém, contingencialmente derrotada. Este ponto de vista afigura-se mais realista e razoável, porque reconhece a falibilidade de todas as normas jurídicas, fugindo da utopia que seria propor a inderrotabilidade de todas as normas, além de escapar do subjetivismo que seria apontar somente um conjunto de normas derrotáveis".
Fernando Andreoni Vasconcellos

semântico; e **pragmático**), ao mesmo tempo em que_não podemos confundir "texto" com "norma". O "texto" é um *a priori* genérico e universal (material básico do Direito), dentro das limitações da linguagem natural ou mesmo técnica (vagueza, ambiguidade, vinculada aos critérios antecedentes, em maior ou menor grau), que somente se transforma em "norma" quando o sentido é atribuído, de modo abstrato (doutrina) ou de modo concreto (no contexto do Caso Penal). A atividade dos agentes processuais, dentro dos limites normativos internos (A TD filia-se ao positivismo: fonte normativa e separação entre Direito e Moral), impede a inclusão de elementos externos. Por certo que há limites sintáticos e semânticos ao "texto", que não poderá se transformar no que desejar o agente processual, do mesmo modo que há pluralidade de normas invocáveis à atribuição de sentido em contextos reais (mundo da vida).

No momento, a pretensão é a de demonstrar a funcionalidade da TD que, mesmo com diversas vertentes teóricas, reconhece que as normas formais podem ser derrotáveis em potência, diante da singularidade do Caso Penal. A hipótese de incidência *Prima Facie* (PF) da norma ao Caso Penal pode ser excepcionada por novas informações, evidências, argumentos, capazes de torna-la incompatível, "*tendo tudo em conta*" (TCC), a imposição da consequência contida formalmente na norma. O texto jurídico estabelecido de modo geral e abstrato não consegue, por definição, dar conta de todas as hipóteses do mundo, exigindo-se, sempre, a discussão das condições necessárias e suficientes à atribuição das consequências jurídicas. *Prima facie* (PF) a norma geral e abstrata deve ser mantida, '**a menos que'** surjam situações fáticas do caso concreto que justifiquem a exceção de sua incidência, "*tendo tudo em conta*" (TCC), como verificamos nos casos de bagatela/insignificância. Embora possamos excepcionar a aplicação ao caso, a norma não deixa, necessariamente, de se manter como válida no ordenamento jurídico. Apenas não opera no caso singularizado, dada sua derrota para outra norma jurídica.

Longe de legitimar o "decisionismo", a proposta da **derrotabilidade** aceita a coexistência válida de diversas normas jurídicas, cuja eficácia dependerá de mecanismo de estipulação/acréscimo das premissas e da adequação ao Caso Penal (suporte fático/normativo). O elenco de premissas *a priori* pode se alterar '*tendo tudo em conta'* (TTC). A questão das premissas da tomada de decisão será relevante, porque deverão ser motivadas e não há algo "dado" no Direito. As normas jurídicas devem ser revisitadas no tempo e espaço, ganhando significação temporal, apurada a incidência na hipótese específica. A incidência da consequência da norma depende do **contexto** realista em que será aplicada, isto é, no plano pragmático (modos, usos e funções da linguagem, vaga e ambígua, por definição), em que a interação humana (via linguagem e argumentação jurídica), apresenta-se como decisiva. Somente assim será possível estabelecer ambiente comunicacional capaz de mensurar a prevalência ou não de normas jurídicas em certo contexto, exigindo-se

coerência e consistência dos argumentos prevalecentes, devidamente rejeitados os demais, em decisão motivada e fundamentada (CPP, art. 315, § 2º; CPC, art. 489).

Pela **Teoria da Derrotabilidade** mesmo que os requisitos necessários e suficientes à incidência da norma jurídica *Prima Facie* (PF) estejam presentes, diante do contexto pragmático do Caso Penal (fático, jurídico, probatório, cognitivo, processual), poderemos excepcionar/derrotar a incidência '*tendo tudo em conta*' (TTC);

11) Raciocínio Jurídico: O dever de conformidade dos agentes processuais se dá na relação "sobre o Direito" (descritivo e teórico) e "no Direito" (nas práticas operativas do processo penal, por exemplo). O **Contexto da Justificação** é passível de controle democrático efetivo por exigência constitucional (CR, art. 93, IX) de motivação e fundamentação das decisões (dentro dos padrões internos ao Direito, enquanto o **Contexto da Descoberta** resta implícito e silencioso, sem condições de controle. A justificação **interna** é a coerência da decisão em face das premissas normativas (válidas, vigentes e eficazes), das fáticas (verdadeiras ou falsas) e das conclusões (inferência lógica), enquanto a **externa** é a compatibilidade com o paradigma científico prevalecente ou as verdades advindas de outros campos do conhecimento.

No processo penal estamos longe do "silogismo perfeito" de *Beccaria*, dada a complexidade do material normativo e fático, cujo trabalho argumentativo e interpretativo é objeto de atribuição de sentido em contexto determinado (pragmático).

A partir da rejeição do "*silogismo prático perfeito*"' de *Beccaria*, *Luigi Ferrajoli* propõe um modelo de racionalidade judicial baseado em *três inferências*: **a)** *inferência indutiva* (de fatos/provas); **b)** *inferência dedutiva* (dedução legal); e, **c**) *silogismo prático* (de disposição/aplicação). A regularidade das duas primeiras inferências é que legitimará a sanção imposta no terceiro momento, conforme a *singularidade* do caso, a saber, pelos efeitos concretos da aplicação da pena. Aplicada uma sanção ao arrepio dos dois primeiros momentos, esta será arbitrária e incontrolável epistemologicamente. Com esse modelo de 'verdade processual', busca-se relegitimar a racionalidade das decisões penais. Em resumo, os passos adequados são: **I) Premissa Normativa**: nos limites da perspectiva interna, verificar se a norma é: **a)** vigente (formalmente incluído no ordenamento; **b)** válida (válido em seu conteúdo material); **c)** eficaz (no sentido de observância sociológica); **d)** o texto da norma é definido (sem ambiguidade, vagueza, indeterminação ou insuficiente ao estabelecimento das condições de aplicabilidade); **e)** há precedentes ou decisões que estabeleceram sentido anteriormente (dominante ou vinculante); e, **f)** há conflito ou controvérsia (compatibilidade constitucional, convencional ou de normas; se incide a derrotabilidade); **II) Premissa Fática**: verificar se atende ao trajeto de: **a) Hipótese Acusatória** estabelecendo a pretensão de validade (a descrição da conduta imputada de modo falsificável);

"A derrotabilidade, portanto, encontra-se em uma perspectiva pragmática do direito e em seu estudo são enfrentadas questões como: as previsões do direito positivo, muitas vezes dotadas de ambiguidades e vaguezas, permitem antever, com a marca de definitividade, o conteúdo da norma jurídica aplicável? Até que ponto o fenômeno da constitucionalização de direitos afeta a cognição de dispositivos infraconstitucionais? A interpretação sistemática gera a indeterminação completa do direito positivo? O direito que fundamenta uma pretensão judicial é derrotado em razão do acolhimento de uma exceção oposta pela outra parte? É possível falar em incidência automática e infalível de uma previsão textual imiscuída de interferências fáticas ou jurídicas?"
Fernando Andreoni Vasconcellos

"O raciocínio não monotônico (ou por defeito) permite o tratamento de contextos normativos dotados de informações incompletas. Nele torna-se viável a extração de conteúdos normativos *prima facie* a partir de interpretações de disposições do direito positivo, mesmo sendo factível a existência de exceções (explícitas ou implícitas) que possam alterar o sentido e alcance da norma".
Fernando Andreoni Vasconcellos

"A relação entre ciência e decisão judicial, o que se deve exigir da parte dos nossos juízes no atual cenário é que enfrentem de forma responsável o argumento técnico oferecido pelos especialistas. Juízes não podem decidir quem deve ser preso, mantido em prisão ou solto com base em achismos, preconceitos e desinformações – sobretudo quando se está em jogo a vida das pessoas. À semelhança da deferência que esperamos da população em geral, quando o assunto é direito, também devemos exigir dos juízes uma postura deferencial quando o assunto escapa de suas capacidades epistêmicas. É claro que deferir à ciência não se confunde com deferir a qualquer coisa –é preciso sempre ter cuidado com as muitas formas de pseudociência".
Rachel Herdy e Janaína Matida

"O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A premissa *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não a lei; a *consequência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro."
Cesare Beccaria

"O modelo de Beccaria não atenta para a importância da construção mesma das premissas, como também não dá conta das cadeias de raciocínios que se distinguem e que não seguem o silogismo. Porque a premissa normativa não está já pronta apenas por ter sido 'criada pelo legislador', e tampouco a questão de fato já é evidente apenas 'dizendo-se o que ocorreu'. A norma que é individualizada pelo juiz decorre de trabalho de justificação, como a análise do fato afirmado consiste em atividade de se argumentar fornecendo razões que atestem a plausibilidade do que se afirma e a sua adequada qualificação jurídica".
Adrian Sgarbi

b) produção "suficiente" de evidências/provas válidas (testemunhal, documental etc.) em face do "discurso sobre o fatos", para além do ***Standard* Probatório** exigido para o Tipo Penal; e, **III) Silogismo**: decisão judicial (motivada e fundamentada) em que as premissas normativa e fática, estabelecidas em contraditório significativo, com observância da tripla inferência probatória (normativa, fática e pragmática, com o uso da "Teoria da Derrotabilidade", atentando-se para a aderência do Caso Penal à justificação subjacente da norma jurídica relacionada (sobreinclusão ou subinclusão). A devida motivação é dever de **accountabiity** do julgador, consistente na efetiva análise das teses e das premissas normativa e fática invocadas pelas partes, capaz de propiciar a análise das justificações acolhidas pelos agentes processuais, à instancia recursal e à coletividade (CPP, art. 315, § 2º);

12) Controle de Constitucionalidade: O Sistema brasileiro adotou o modelo de controle **concentrado** (STF e Tribunais) e o **difuso** (efetivado pelo juiz incidentalmente e os Tribunais, com reserva de plenário – CR, art. 97). O controle pode ser de constitucionalidade e/ou convencionalidade. Diante da complexidade do mundo da vida, pode-se modular os efeitos, dentre outras possibilidades (Leis 9.868/99 e 9.882/99), pela "**interpretação conforme a Constituição**" e a "**nulidade parcial sem redução do texto**" (utiliza-se o "desde que"). A diferença primordial entre as duas possibilidades situa-se no aproveitamento da norma. Enquanto a interpretação conforme a Constituição reconhece a constitucionalidade das hipóteses que declara, a nulidade parcial sem redução do texto explicita as hipóteses em que a norma é inconstitucional, sem prejuízo de sua manutenção genérica (validade) para o futuro e, assim, em outras hipóteses. Pode-se, também, declarar a compatibilidade com efeitos futuros, retroativos, a partir de determinada data ou se excepcionar a aplicação ao caso concreto. Todas as modalidades apresentam-se como meios de **derrotabilidade** das normas em face dos casos. A lógica binária (válida/nula) é superada pela possibilidade de escalonamento;

13) Falácias Argumentativas em Relação às Normas (Justiça, Ética, Normativa e Realista): Adiante iremos trabalhar a questão das **falácias**. No espectro do raciocínio jurídico, não raro, comparecem argumentos inválidos (externos ou mal situados). Com o apoio de *Luigi Ferrajoli* podemos identificar as falácias mais recorrentes:

a) Falácia Jusnaturalista: confunde validade das normas (interno) com Justiça das normas (externo), impedindo que se reconheça a existência de uma norma jurídica injusta;

b) Falácia Ético-legalista: confunde Justiça das normas (externo), com a validade das normas (interno), impedindo a existência de normas injustas, apesar de válidas;

c) Falácia Normativista: confunde a vigência das normas (aspecto formal) com a validade (aspecto material/conteúdo), impedindo a existência de normas inválidas, apesar de vigentes;

d) Falácia Realista: confunde validade e/ou vigência com ineficácia, impedindo o reconhecimento da existência de normas válidas e/ou vigentes somente porque são ineficazes (alguns chegam a defender a inexistência das normas pelos critérios da ineficácia).

Embora a "**Falácia Normativista**" seja interna ao Direito, em geral, é invocada com a finalidade de encobrir motivações externas. Agora que dispomos da ferramenta adequada para objetarmos em debates que misturam argumentos internos com externos, podemos discernir o campo em que o debate está sendo travado. Devemos sempre nos perguntar, em cada interação processual (se precisarmos), qual a frequência do debate: **a) Interna** ao Direito (princípios e regras); ou, **b) Externa** ao Direito (moral, ético, pessoal etc.). Situado o campo de debate, a depender do que desejamos, podemos articular modos diversos de argumentação e ação estratégica, ainda mais quando se trata de Direito Penal (taxatividade) e Processo Penal (tipicidade processual). Mas quando o agente interlocutor estiver de má-fé, as ideias ou os argumentos não correspondem aos fatos, diria *Cazuza*, a estratégia contra o oportunista precisará ser diversa;

C – Controvérsia:

1) Critérios Internos ao Direito: O discurso jurídico aposta no controle dos agentes processuais por meio de restrições normativas das mais diversas ordens, para o fim de garantir que as decisões possam obedecer as determinações do campo jurídico. Mesmo assim, diversos fatores comparecem no ato de decidir. O nosso trabalho é o de buscar manter a discussão dentro das expectativas democráticas de comportamento, evitando critérios externos ao Direito, nem sempre com sucesso. Definir com precisão o que se pode exigir e o modo de exigência, depende do comportamento estratégico dos agentes processuais;

2) Planejar a Argumentação: A possibilidade de convencimento não depende exclusivamente dos fatos provados e sim do domínio da técnica argumentativa, a saber, tanto a escolha das palavras, quanto a ordem e o modo como serão apresentadas (veremos na argumentação adiante), ao mesmo tempo em que devemos dominar os pressupostos lógicos do raciocínio jurídico e as condições da linguagem jurídica;

3) Risco de Manipulação: As variáveis decorrentes das limitações cognitivas dos agentes processuais precisam de maior cuidado porque podem ser manipuladas de boa ou má-fé. Em todo o caso, nossa perspectiva adotará a importância das heurísticas no processo de decisão do processo penal, pelas quais o raciocínio jurídico pode ser manipulado;

D – Estratégia:

1) Dominar as Categorias Lógicas: Se o raciocínio jurídico é, em grande medida, a capacidade de pensar a partir da lógica, devemos dominar as categorias básicas (e métodos), sob pena de sermos enganados

facilmente por raciocínios inválidos ou não sólidos. Adiante iremos apresentar algumas falácias utilizadas principalmente no regime probatório e argumentativo;

2) Raciocínio e Erros: Se fosse desnecessário o raciocínio jurídico, poderíamos confiar sempre na intuição. O problema é que sabemos dos limites da nossa intuição que, muitas vezes, está errada. As decisões que tomamos de modo rápido e intuitivo (heurísticas), sem os cuidados do raciocínio lógico, podem gerar efeitos negativos. Precisaremos **dominar** os nossos erros, a nossa possível ansiedade decisória, adotar mecanismos de mitigação e monitoramento de possíveis armadilhas e manipulações, capazes de melhorar o nosso desempenho. Para isso precisaremos alocar tempo e atenção consciente;

3) Ferramentas Teóricas: Apresentamos algumas ferramentas. A Teoria de *Frederick Schauer* nos dotou de mecanismo à discussão sobre a "**justificação da norma**" (sobreinclusiva ou subinclusiva). A **Teoria da Derrotabilidade**, por sua vez, é adequada à discussão sobre a modificação do quadro das premissas (Normativa e Fática) e, principalmente, da inferência pragmática (no mundo da vida), pela qual poderemos argumentar, de modo coerente e consistente, para o fim de derrotar da solução *Prima Facie* em decorrência da inserção de argumentos sólidos do caso concreto ('*tendo tudo em conta*' – TCC), justificadores da exceção da consequência à hipótese (do Caso Penal). Devemos tomar cuidado, também, com o uso oportunista da TD. Apontamos, ainda, a possibilidade de uso da "*nulidade parcial sem redução do texto*" e a "*interpretação conforme a constituição*", no controle de constitucionalidade. Por fim, antecipamos algumas **falácias** que pretendem descolar do campo jurídico o foco das discussões.

"A dúvida reside na averiguação de quando essa leitura constitucional de determinada previsão é legal e cabível e quando ela é oportunista, criada apenas para distorcer o sentido de uma previsão constitucional".
Fernando Andreoni Vasconcellos

"Vamos entender que o direito não é simplesmente um processo em que o juiz subsume um caso particular numa espécie de princípio universal. Vamos começar a perceber que este princípio, do qual tanto se faz uso no direito – da subsunção –, é um caso concreto, [...] faz parte de um mundo comum, de onde a lei emerge e de onde o juiz, de certo modo, retira os critérios últimos para aplicar a lei a um caso. Quer dizer, começamos a perceber em todos os campos das ciências humanas esta questão do *mundo vivido*."
Ernildo Stein

7.3 Analogia e Interpretação Extensiva no Processo Penal

A – Definição:

Consiste na identificação de lacuna jurídica (regra) e o seu preenchimento, pelo uso do recurso à analogia, à interpretação extensiva ou aos princípios gerais do direito, desde que preservada a autonomia do processo penal.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Autonomia do Processo Penal: O processo penal é campo específico e autônomo, informado por princípios e regras próprias, vinculados aos Direitos de Liberdade. O art. 1º do CPP expressa: "*o processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código*", associadas às normas de Direitos Humanos e às competências especiais. O conjunto de regras jurídicas está contigo no CPP, submetidas ao controle

de constitucionalidade e de convencionalidade. Constituem a "**Tipicidade Processual**". Por via de consequência, não faz sentido a aplicação, em primeiro plano, de regras de outros campos (CPC, CLT etc.). A aplicação se dá em segundo plano;

2) Lacuna: A lacuna ocorre quando as regras de processo penal não apresentam respostas diretas às questões surgidas na interação processual. A identificação da lacuna exige a ausência de resposta à questão própria do processo penal. O fato de se ter produzido material normativo no processo civil, trabalhista etc., não é causa suficiente à importação artificial ao processo penal, sob a justificativa oportunista de "lacuna". A ausência de produção de normas no campo penal é deliberação parlamentar. Quando identificada "lacuna genuína", o CPP, no art. 3º: "*A lei processual admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*". Do contrário, explode-se a autonomia do processo penal: a lacuna precisa ser "genuína". Embora possamos invocar "pontes" entre o processo civil (em geral direitos disponíveis) e o processo penal (direitos indisponíveis), justamente por serem diversos os princípios informadores, deve-se ter cuidado para não se tomar uma coisa por outra. A **autonomia** do processo penal deve prevalecer em face de normas de diplomas diversos, não obstante dialoguem. A analogia somente pode ocorrer quando faltarem regras e não quando disposto de modo diverso ou em decorrência de ausência deliberada (o regime de má-fé do CPC não se aplica ao CPP). Não é porque o processo civil regulamenta de um modo que se deve buscar "ajustar" o processo penal conforme o processo civil, pensados em lógicas diversas, sob pena de ocorrer "parasitismo", como aponta a metáfora da "Cinderela" de *Carnelutti*. Caso exemplar foi a decisão do STF na hipótese de não aplicação da suspensão dos prazos no período de janeiro, previsto no NCPC, nem a contagem de prazos em dias úteis porque no Processo Penal há norma específica, sendo inaplicável a Lei 13.728/18. A autonomia do Processo Penal precisa ser sustentada;

"Después de todo, según el modo como se han definido hasta ahora las relaciones entre ambos procesos, entre ambos derechos, civil y penal, surge claramente la oposición entre ellos; y la oposición se resuelve en la igualdad. Ninguna de las dos ciencias debe vivir a expensas de la outra; más bien una y otra deben rendirse mutuos servicios. Si el estúdio del proceso penal ha contraído ciertas deudas con la ciencia procesal civil, pronto estará en condiciones de pagárselas con usura. Y la teoría general del proceso no puede prescindir de las contribuciones del cultivo de aquel territorio del proceso penal que presenta, ya a primera vista, una incomparable fecundidad. A este fin uma preparación civilística es preciosa, pero más que para comprender lo que es el proceso penal, sirve para comprender que no es". **Francesco Carnelutti**.

STF, Reclamação 0006866-92.2016.2.00.02000 (Min. Carmen Lúcia): "O processo penal tem princípios, regras e conteúdos distintos do processo civil, razão pela qual não é possível aplicar indistintamente as normas do segundo sobre o primeiro, sob pena de subverter a lógica processual com base na qual foi construído o processo penal."

3) Analogia: A ausência de previsão legislativa deve ser resolvida por dois recursos, sem que possa ser utilizada para prejudicar a posição do acusado (sem a mais favorável): **a) analogia legis**: a regra selecionada é obtida no conjunto de outras regras jurídicas; e, **b) analogia juris**: a construção da regra se dá pelo recurso aos princípios do ordenamento jurídico, privilegiando-se o que informam o processo penal. A analogia *legis* é utilizada, dentre outras hipóteses, na citação por edital, na identidade física do juiz, no número de testemunhas do procedimento sumaríssimo e nos recursos especial e extraordinário;

"Na dúvida, os direitos [fundamentais] devem prevalecer sempre sobre as restrições (*in dubio pro libertate*); e as leis restritivas devem ser interpretadas, senão restritivamente, pelo menos sem recurso à interpretação extensiva ou à analogia". **Jorge Miranda**

4) Interpretação Extensiva: consiste na ampliação da hipótese de incidência da regra jurídica, para o fim de abarcar situação equivalente, familiar ou próxima;

"Por 'interpretação extensiva' é reconhecida a atitude interpretativa de se atribuir significado mais abrangente possível de um enunciado jurídico, a fim de que, com esta estratégia, se possa alcançar situações dele excluídas caso se procedesse a uma leitura 'ao pé da letra'". **Adrian Sgarbi**

"Diga-se que ainda que sejam técnicas próximas, não se pode confundir a analogia e a interpretação extensiva. A diferença mais elementar é que uma coisa é decidir o significado de um texto normativo (interpretação extensiva); outra, é construir uma disposição (analogia)". **Adrian Sgarbi**

5) Princípios Gerais do Direito: A invocação de princípios gerais de direito deve ocorrer de modo suplementar;

C – Controvérsia:

1) Sem Confundir:

Não se pode confundir a analogia com o "diálogo das fontes" ou com a influência de teorias de processo (p.ex. o princípio da não-surpresa é legítimo no processo penal);

"O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (*cohérencedérivée* ou *restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e a microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'".
Claudia Lima Marques

D – Estratégia:

1) Autonomia do Processo Penal: A autonomia do processo penal deve prevalecer em face de tentativas argumentativas oportunistas, consistentes na transposição de institutos ou de regras de campos distintos.

7.4 Intepretação do Direito no Processo Penal

A – Definição:

Interpretação no processo penal é a atividade realizada pelos agentes processuais com o objetivo de atribuir sentido ao material normativo e às evidências do "discurso sobre os fatos" referente ao Caso Penal.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

"A questão de saber qual é, entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigida ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. [...] Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão julgador do Direito, [...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva."
Hans Kelsen

"Consiste em regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária. A forma mínima de julgamento consiste numa série de determinações, e designaremos as regras secundárias que atribuem o poder de as proferir como 'regras de julgamento'. Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir. Tal como as outras regras secundárias, estas acham-se num nível diferente das regras primárias: embora possam ser reforçadas por regras ulteriores que imponham deveres aos juízes para julgar, não impõem deveres mas atribuem poderes judiciais e um estatuto especial às declarações judiciais sobre a violação de obrigações."
Herbert Hart

1) Os Limites da Abordagem: A temática da interpretação do Direito foi trabalhada incidentalmente nos itens anteriores, motivo pelo qual aprofundaremos algumas questões mais específicas, tendo em vista o escopo do Guia. Há farta bibliografia e controvérsia sobre interpretação e hermenêutica;

2) Critérios Internos ao Direito: A interpretação no processo penal está vinculada à legalidade (taxatividade penal e tipicidade processual). A distribuição da confiança ao agente público pressupõe a observância do **Princípio da Legalidade** (estrita) e do reconhecimento da condição de submetido, a saber, o dever de conformidade aos parâmetros normativos internos ao Direito. A herança do positivismo, especialmente da abertura interpretativa em *Hans Kelsen* (moldura) e *Herbert Hart* (discricionariedade), deu azo ao manejo de argumentos morais e subjetivos pelos julgadores. O modelo não-positivista, por sua vez, rejeita o fundamento exclusivo das fontes normativas. O resultado, em ambos os modelos, é a prevalência do protagonismo subjetivista dos julgadores, em que as expectativas de comportamento jurisdicionais de conformidade normativa, dependem, em maior ou menor grau, de critérios externos ao Direito "selecionados" conforme as "preferências" dos agentes processuais;

3) O Equívoco do Modelo Prevalente: O modelo padrão de interpretação no Direito brasileiro vale-se das lições de *Carlos Maximiliano*, segundo o qual o papel do intérprete é o de "*descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, extrair da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das*

expressões do Direito". Diante da **verdade** contida no texto, o intérprete irá, pelo **método**, reconfortar-se com a **certeza** de ter **descoberto** a **verdade**. A discussão ainda navega nos mares metafísicos da descoberta de sentido (ontológico) das normas jurídicas – **vontade da norma** (objetivismo) ou em **vontade do legislador** (subjetivismo). O modelo é ingênuo e equivocado por diversos motivos. Iremos destacar o básico: acredita em "**descobrir**" o sentido que se **esconde** no "**texto**", **confundindo** "**texto**" com "**norma**". O que nos importa é sublinhar que a interpretação do Direito, a partir da distinção entre "texto" e "norma" (a norma é o resultado e não a descoberta do sentido atribuído ao texto), deve buscar referenciais no horizonte das fontes estatais;

4) A Construção de Sentido no Processo Penal: Os "**realistas**" entendem que o mundo existe fora de nós, independentemente das nossas percepções humanas, enquanto os "**subjetivistas**", defendem o mundo somente existe como percebido, situa-se a compreensão "**construtivista**", cujo pressuposto é o de que a interação sujeito-objeto é o resultado da negociação entre o sentido compartilhado pelos agentes processuais, a saber, nem objetiva, nem subjetiva, mas estabelecida no tempo e no espaço por uma instância coletiva, com poder de enunciação sobre o mundo. A realidade decorre desse processo contínuo de mediação intersubjetiva e dinâmica. Um exemplo é o da prisão em segunda instância, em que o enunciado sobre a constitucionalidade ou não, depende de 11 (onze) Ministros do STF, com o "poder de dizer o direito" (certo ou errado; **Fator *Julia Roberts***). Entre a descoberta do significado (objetivista) e a imposição de sentidos pelos sujeitos pensantes (subjetivista), o **construtivismo** aceita que o sentido é fruto da mediação/interação dinâmica entre o mundo dos objetos e os processos mentais dos sujeitos com poder de estabelecer sentido. O modelo por nós adotado é **construtivista**: o sentido atribuído no processo penal depende tanto da realidade como do ponto de vista dos agentes processuais (com realidades múltiplas), por meio da integração das diversas perspectivas, no contexto do Caso Penal, dentro dos limites internos do Direito (nem sempre funciona, mas é a nossa aposta;

C – Controvérsia:

1) Controle dos Critérios: Não teríamos espaço para desenvolver as imensas controvérsias e pressupostos à compreensão dos campos da interpretação, aplicação e da hermenêutica. O nosso propósito é definido, sem prejuízo de leituras complementares. No processo penal o controle linguístico é tarefa democrática inafastável. O Direito possui objeto normativo e fático construído em contraditório, por meio da atribuição de sentido contextual, desde critérios internos, rejeitando, ademais, conotações e denotações vulgares, isto é, sem controle normativo;

"Quem controlará o controlador do controle? Afinal, já se disse que não há Poder Judiciário no Brasil, mas milhares de juízes. Ocorre que no processo de utilização ou aplicação do *standard* jurídico (e suas espécies), verifica-se a potencialização da discricionariedade judicial, posto que o juiz vai (muito) além da lei para decidir determinado caso, valendo-se, portanto, de valores, em tese, vigentes, inclusive, utilizando-se de paradigmas metajurídicos se necessário". **Paulo Thiago Fernandes Dias**

2) Hermenêutica "*Walking Dead*": Com *Aury Lopes Jr* escrevi sobre a hermenêutica "*Walking Dead*" do MSI, consistente no comportamento de membros do Movimento da Sabotagem Inquisitória (MSI) de se

valerem das antinomias aparentes das reformas parciais, em especial, a não revogação expressa de dispositivos logicamente incompatíveis com o conteúdo dos novos artigos, para aproveitar os dispositivos "zumbis", reanimados pelo elixir mágico do princípio inquisitório;

D – Estratégia:

1) Texto e Norma: A distinção entre "texto" e "norma" (norma é o resultado do processo de atribuição de sentido) abre espaço para compreensão da importância da argumentação jurídica, do raciocínio lógico e da teoria da decisão judicial. Estamos longe da noção ultrapassada de que a "arte de interpretar" busca descobrir um núcleo fundante, imanente, do texto. Em face da controvérsia instaurada sobre as fontes do Direito, devemos tomar cuidados adicionais sobre a origem dos argumentos. A nossa proposta situa-se no campo interno ao Direito, em que os princípios, que fecham o sistema (e não abrem/explodem), devem ser localizados no próprio Ordenamento Jurídico. Pode ser que os demais agentes com poder de decisão pensem de modo diverso. Será preciso modular a compreensão, porque o modo como pensam está fora do nosso poder de gerência;

2) Modular os Argumentos: Se os agentes processuais tiverem compreensões distintas sobre o modo de interpretar no processo penal, seremos obrigados a dialogar na lógica deles, afinal de contas, não se trata de tese acadêmica, nem podemos ser otimistas que modificarão suas crenças por meio de um arrazoado complexo. Devemos modular o discurso para podermos nos comunicar adequadamente, dentro do **Esquema Decisório** dos agentes que pretendemos influenciar. A postura pragmática nos acompanhará.

"Las normas dicen lo que algunos hombres dicen que ellas dicen." **Carlos Carcova**

7.5 *Standard* Probatório

A – Definição:

***Standard* Probatório é o grau de suficiência probatória exigido para o acolhimento da Hipótese Acusatória. Distingue-se entre: a) subjetivo; b) objetivo, e, c) construtivista.**

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Livre Convencimento e *Standards* Subjetivos: O regime da **Prova Tarifada** (valoração racional, numérica e *a priori*) restringia a liberdade do julgamento humano, sobrepondo o valor dos meios probatórios (provas plenas, semiplenas, quarto de prova etc.) à verdade dos fatos. A "**confissão**" era considerada a "**rainha das provas**" (*regina probationum*) e a "**tortura**" o caminho adequado à obtenção da **prova plena**. A superação da "prova tarifada" pelo **Livre Convencimento**, no contexto em que surgiu, representou a aposta no subjetivismo humano, por meio da

"íntima convicção", "conforme a consciência moral" do julgador (critério incontrolável e imotivado). Na sequência, conjugando os dois modelos, comparece o "**Livre Convencimento Motivado**", em que se exige motivação do julgador em face das balizas legais da prova;

2) *Standard* Probatório: Critérios Racionais de Valoração da Prova: Pressupomos que os julgamentos devem se basear em **evidências válidas**, capazes de autorizar, lógica e racionalmente, a declaração de "suficiência probatória" da **Hipótese Acusatória (HAc)**. Além da motivação e fundamentação da decisão judicial, a fixação de critérios vinculativos de ***Standard* Probatório** objetiva controlar o "modo" e o "nível de exigência probatória" necessários à declaração do predicado "**provado**" à **Hipótese Acusatória**. A influência do Direito americano, associada ao discurso do **Tribunal Penal Internacional** (TPI), projetaram a discussão sobre ***Standard* Probatório**. Nos EUA, podemos identificar os seguintes *Standards*, por grau de exigência (o penal é o último): **a) *PoE: preponderance of the evidence*** (preponderância de probabilidade da prova; a mais provável prevalece); **b) *CCE: clear and convincing evidence*** (prova clara e convincente); e, **c) *BARD: Beyond Any Reasonable Doubt*** (para além de qualquer dúvida razoável). O TPI adota o *Standard BARD* (Estatuto de Roma, art. 66.3) com imensos problemas de ausência de objetividade. O tema é controverso e, nos limites do Guia, faremos o trajeto que julgamos necessário à compreensão mínima do tema;

3) *BARD*: "*Beyond Any Reasonable Doubt*" (Para além de toda Dúvida Razoável): A inserção da lógica do ***Standard* probatório** no processo penal brasileiro, especialmente da genérica denominação de "*para além de toda dúvida razoável*", desconsidera o pressuposto: **o *BARD* é um *Standard Probatório* subjetivista**, indeterminado, intangível, independentemente de critérios objetivos, em que o predicado "provado" opera longe do controle racional. A invocação, em geral, busca legitimar, sob nova roupagem, a "íntima convicção" (conforme a consciência, certeza etc.). Por mais que o *BARD* represente, em tese, maior grau de exigência do "discurso sobre os fatos", quando integrada a **Esquemas Decisórios subjetivistas**, sem a fixação participativa e explicitação de quais são, afinal, os critérios, transforma-se em mero "jogo de cena", "roupagem *chic* subjetivista" (*Il gattopardo*, de *Lampedusa*), pouco modificando as práticas, como demonstraram *Janaína Matida* e *Antonio Vieira*;

4) *Standard* de Prova Objetivo: Assumir a tradição **realista/objetivista** da prova cobra consequências. A "**verdade como correspondência com os fatos**", pressupõe a "crença" de que as "coisas" existem independentemente do nosso conhecimento delas. Por via de consequência, a comprovação da "probabilidade" lógica e indutiva da atribuição da "função de verdade" ao discurso "sobre os fatos" depende do grau de confirmação das **Inferências Epistêmicas**. **Distingue-se o "Raciocínio Probatório" do "*Standard* Probatório"** em face da função diversa nas etapas da determinação de suficiência da prova, isto é, a operacionalização do **Standard Probatório**

"Trata-se de uma estratégia que busca compatibilizar a valoração livre das provas com a necessidade de controlar a racionalidade das decisões judiciais". **Janaina Matida e Antonio Vieira**

STF, AP 521 (Min. Rosa Weber): "A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o '*standard*' anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável –, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional".

A partir das decisões do TPI: "A menos que alguien asuma que hay criterios objetivos para ponderar principios fundamentales, o más aún, que hay una moral objetiva en virtud de la cual concretan esas ponderacíones, habrá que reconocer que él límite de suficiencia probatória queda relegado em todos los casos a la íntima convicción". **Diego Del Vecchi e Juan Cumiz**

"Soa como um certo modismo, [...] como se a mera presença discursiva da expressão, por si só, já garantisse racionalidade à decisão, sendo capaz de livrá-la dos perigos dos subjetivismos e dos caprichos judiciais". **Janaina Matida e Antonio Vieira**

"Uma ida às sentenças e acórdãos dá-nos conta da franca adoção do "além de toda dúvida razoável", sem que, entretanto, isso represente clareza quanto ao que de fato a exigência representa. Em outro texto, aliás, um dos autores deste artigo [Janaina] já trabalhou sobre o uso retórico-argumentativo do além de toda dúvida razoável, o qual, contudo, não reflete um conteúdo que vá além do mero convencimento íntimo e subjetivo do julgador". **Janaina Matida e Alexandre Morais da Rosa**

"Em suma, uma coisa são os *standards* probatórios nos processos penais de *common law*, outra coisa são os standards probatórios nos processos penais de *civil law*, como o brasileiro. Lá, o 'saltador' (com sua 'hipótese fática acusatória') deve passar o "sarrafo" na altura em que ele está; e o juiz espera, quiçá para confirmar um 'not guilty' se ele não conseguir. Aqui, o 'saltador' é o próprio juiz (o que mostra quão absurdo é o sistema inquisitorial), que maneja o discurso como quiser (se tiver só um pouco de preparo) e faz tudo estar ou não (depende sobretudo dele) 'além de toda dúvida razoável'. [...] Neste ponto, há de se voltar para o standard probatório e o que pode significar, para ele, um conceito tão indeterminado como o de dúvida razoável. Afinal, é o jogo em torno dele que se tem usado para condenar gente, no processo penal brasileiro, sem nada de provas; ou só com convicções. A realidade, portanto, é extremamente dura". **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

Prevalece a versão subjetivista: TRF 4ª Região, ApCrim. 5026212-82.2014.4.04.7000 (Des. João Pedro Gebran Neto): "A prova acima de uma dúvida razoável implica no firme convencimento acerca da ocorrência do fato e da culpa do acusado. Não é necessária a existência de certeza absoluta, porquanto esta seja praticamente impossível ou ao menos inviável. Entretanto, as evidências devem levar o julgador, para que possa ser emitido um decreto condenatório, ao firme convencimento da culpa, sendo que a dúvida deve levá-lo à absolvição".

se incorpora ao denominado q **Raciocínio Probatório**, consistente nas inferências do trajeto entre as provas produzidas, os fatos relevantes e ao desfecho do Caso Penal. Em geral, diante das dificuldades de entendimento e de definição sobre os critérios de valoração probatória, prevalece a "íntima convicção" (consciência incontrolável do julgador; não exposta na motivação). O comportamento dominante retoma, silenciosamente, o modelo inquisitório da "verdade subjetiva", inescrutável, unilateral e desprovida de controle racional, além de confundir a atribuição da "função de verdade" com a própria "verdade dos fatos" (desconsidera que entre o "provado" e a "verdade" está o risco de erro: nunca igual a zero). A "função de verdade" é questão de lugar: o "provado" assume a função de "suficiência probatória" em relação ao "espaço de confiança atribuído à amostra" (juízo de probabilidade). A "suficiência probatória" vincula-se aos "bons motivos" decorrentes do **método** utilizado, capazes de sustentar/conferir certo grau de conhecimento da "função de verdade" (como correspondência: objetivista), entre os "enunciados sobre os fatos" e a **Hipótese Acusatória** ("fatos imputados"). A corroboração do "enunciado sobre os fatos" não opera pela "crença subjetiva" (íntima convicção). Decorre de indicadores probatórios objetivos, metodologicamente justificados (definidos de modo claro e tangível), capazes de, no conjunto, autorizar probabilisticamente a **Inferência Probatória**: "provada";

"Por outro lado, tais enunciados não são dados *a priori*, tampouco são determinados objetivamente por alguém: enunciados fáticos são construções linguísticas definidas pelas partes e pelo juiz. Seus autores os estabelecem com base em diversos critérios, tais como regras de linguagem, fatores institucionais, categorias de pensamento, valores éticos e sociais, disposições jurídicas pertinentes, entre outros. Desse ponto de vista, a construção dos enunciados é uma questão de escolha: formular um enunciado acerca de um fato significa eleger uma descrição desse fato entre um número infinito de suas possíveis descrições". **Michele Taruffo**

5) Modelos de *Standard* Probatório Objetivistas (SP): Os modelos "objetivistas" partem da "verdade como correspondência", influenciados pela matriz de *Michele Taruffo*. Apresentaremos, em resumo, duas propostas: **I) Contribuição de *Marina Gascón Abellán***: a partir da decisão política sobre as normas de suficiência probatória (indutivo probabilística), a proposta segue o trajeto: **a)** a **Hipótese Acusatória (Hc)** não foi refutada; **b)** Estabelece-se os graus (maiores ou menores) de exigência de confirmação da Hc, considerado o conjunto de provas (1 valor de confirmação sólido: somente fazem sentido se HAc for verdadeira, porque incompatível com a contrária e com explicações alternativas; 0,5 valor de confirmação deficiente ou insuficiente: a Hc é verdadeira, mas não é incompatível com a hipótese contrária; e 0 de ausência de confirmação: não fazem sentido com nenhuma hipótese), organizados entre **Hipótese Acusatória** (Hc) e **Hipótese Tolerada** (Hi). **II) Contribuição de *Jordi Ferrer Beltrán***: a definição dos *Standards* Probatórios objetivos dependem da prévia fixação dos critérios metodológicos (regras que justifiquem as conclusões em face do acervo probatório; limite para tomada de decisão, em que, uma vez superado, considera-se provado; limite definido sem recurso à probabilidade matemática; níveis de exigência progressiva em cada fase ou crime apurado). Para que o julgador decida qual a hipótese ("*está provado que p*" ou "*não está provado que* p") pode ser sustentada, deve adotar os *standards* probatórios como modelo-referência da decisão (grau de confirmação definido no momento de valoração dos elementos de juízo: provas). O julgador terá uma "**atitude proposicional**", condicionada ao

"conhecimento" ou à "aceitação da verdade" da proposição. Estabelece **6 (seis)** ***Standards*** **de Prova** das proposições "sobre os fatos", dos quais destacaremos apenas os 3 (três) mais exigentes: **a)** a **Hipótese Acusatória** é capaz de explicar de modo coerente todos os dados disponíveis e os dados das Hipóteses derivadas, com a capacidade de refutar todas as Hipóteses Defensivas plausíveis (excluídas as *ad-hoc*); **b)** condições da "a", refutando somente a Hipótese Defensiva sustentada; e, **c)** é "a melhor explicação" disponível da Hipótese Acusatória, considerando a relevância (peso) e tendência de completude dos elementos probatórios (o terceiro inaplicável ao penal);

"Así, en línea de principio, y sin ninguna intención de exhaustividad, podría decirse que el grado de confirmación de una hipótesis (o la solidez de la confirmación), aumenta o disminuye en función de los siguientes elementos: el *fundamento cognoscitivo de las leyes causales* que conectan las pruebas con la hipótesis (no es lo mismo que esas leyes causales gocen de un sólido fundamento científico, que sean genéricas e imprecisas máximas de experiencia, o que reproduzcan simples tópicos o prejuicios difundidos); la *solidez epistemológica (o el grado de certeza) de las pruebas* que la confirman (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por el resultado de una prueba de ADN o por un testimonio no demasiado sólido); el *número de pasos inferenciales* que separan las pruebas de la hipótesis (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una prueba directa o por una prueba circunstancial); la *cantidad de pruebas o confirmaciones* (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una sola prueba, por algunas pruebas o por muchas pruebas); y la *variedad de pruebas o confirmaciones*, pues la variedad de pruebas proporciona una imagen más completa de los hechos (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada sólo por testimonios directos o que venga confirmada por testimonios directos, pruebas científicas e pruebas indiciarias)". **Marina Gascón Abellán**

6) Epistemologia da Prova: O estudo da **Epistemologia** (com *Janaína Matida* e *Rachel Herdy*) é importante para o fim de estabelecer os **critérios necessários** à justificação das "proposições sobre questões de fato, em um processo judicial", a saber, sobre "como" e "em que condições", a proposição do "discurso sobre os fatos" pode, em face das evidências e das inferências racionais, receber a atribuição de "função de verdade" (verdadeira ou falsa). O "discurso sobre os fatos" é determinado e "não descoberto", porque o contexto do acontecimento "dos fatos" não "entra" no processo; tão somente o "discurso das fontes probatórias sobre os fatos". Essa **distinção** parece **sutil** e faz toda a diferença na abordagem. Para determinar se "os fatos estão suficientemente provados", criam-se regras metodológicas e operacionais (lógico-racionais de "checagem" da proposição). O processo "**não descobre**" se o acusado é o autor do fato ou não; **determina** "se há prova suficiente" para atribuir a responsabilidade penal. Nunca é "juízo de certeza" (subjetiva/moral) e sim "juízo de probabilidade" (a Revisão Criminal é eterna). O esforço será o de obter a maior "verdade dos fatos" descrita na **Hipótese Acusatória** (HAc), isto é, o trabalho de boa-fé, dentro das limitações do Devido Processo Legal, de angariar evidências capazes de autorizar (lógica e objetivamente), a partir dos critérios fixados pelo *Standard* Probatório, a atribuição de suficiência probatória das proposições "sobre as hipóteses" apresentadas (acusação e defesa). Não se confunde com o discurso da "Verdade Real", cujos pressupostos "explodem" as limitações democráticas, em nome da perseverança de crenças/opiniões subjetivas do julgador. Perceba-se que **não se desiste da "verdade dos fatos"** e sim da "busca a qualquer preço", em que o salto conclusivo da "culpa" decorre de "crença subjetiva", estabelecendo-se o devido respaldo epistemológico, normativo e interpretativo válido. A distribuição da **Confiança** na decisão do julgador deve atender ao *design* institucional (regras de validade e de inferência probatória) e ao intervalo temporal do cumprimento do ônus da prova (o tempo do processo). O dever de conformidade do julgador é interno ao Direito e, por mais que possa ter "um palpite" sobre a culpa ou inocência do acusado, o julgador está vinculado aos critérios públicos (o juiz é agente do principal: Estado). Do contrário, a decisão será **oportunista** e ineficiente. O provimento judicial deve levar em conta

somente o "espaço de confiança da amostra probatória", entendido como o das evidências/provas que sobreviveram às regras de exclusão (epistemológica, normativa e interpretativa). O método a ser utilizado é o da **Inferência Probatória** (epistemológica, normativa e interpretativa), pelo qual, os fatos provados formam a premissa do "discurso sobre os fatos" (hipótese probatória: premissa menor), capaz de ser integrada à Premissa Normativa (premissa maior), autorizando a conclusão (silogismo; dedução). Diretamente, com *Janaína Matida* e *Rachel Herdy*: ***Sempre que o Fato Operativo estiver comprovado, Então a Consequência Normativa pode ser aplicada***. A **Inferência Probatória** decompõe-se em: **a) Inferência Probatória Epistêmica** (regras da experiência, científicas, técnicas, reconhecidas coletivamente, capazes de autorizar, por raciocínio lógico, associações válidas e sólidas); **b) Inferência Probatória Normativa** (regras jurídicas de *design* institucional: presunção de inocência e carga probatória da acusação); e, **c) Inferência Probatória Interpretativa**: (a partir das regras de interpretação, de modo válido, sólido, coerente e consistente). Enquanto na **IP Epistêmica** as limitações são externas ao Direito, por estarem vinculadas ao raciocínio lógico e aos padrões coletivamente reconhecidos pelo paradigma científico prevalecente, na **IP Normativa**, incidem as restrições jurídicas de atribuição do ônus probatório e dos critérios de decisão. A escolha política do **Dispositivo** do processo penal foi a de que, quando o "espaço de confiança da amostra fática de inferência" for nebuloso (não determinado), por não cumprimento do ônus da prova, o critério de decisão é o da Presunção de Inocência. A **IP Interpretativa** consiste na Confiança depositada no intérprete de, a partir do material normativo genérico e abstrato, definir e singularizar as condições normativas da decisão a ser proferida (sentido e "justificação da norma" da premissa maior, vinculados ao caso), conjugadas com a verificação (válida e sólida) da "suficiência das proposições sobre os fatos" conforme o *Standard* Probatório adotado. Ainda que lícita/legítima, no momento da "valoração", as regras de **Inferência Probatória** podem reduzir ainda mais o "espaço de confiança da amostra". Não basta a **Inferência Epistêmica** isolada, porque a conclusão está condicionada à satisfação da **Inferência Normativa** e da **Inferência Interpretativa**. É do compromisso decorrente do conjunto de **Inferências** (epistêmica, normativa e interpretativa) que a **Inferência Probatória** estará autorizada;

7) *Standards* Probatórios a partir da metáfora do Salto com Vara (*avec* Janaína Matida; adaptado da Conjur): A falta de controle quanto à racionalidade do julgador, tão necessário em democracias, serve-se justamente da pouca compreensão geral do que seja um *Standard* probatório. Como as metáforas servem de pontes que ligam situações já conhecidas àquelas que precisamente queremos compreender melhor, sugerimos ao leitor que recupere o que já sabe da modalidade esportiva do salto com vara. Com auxílio de uma vara, o atleta deve saltar por cima de um sarrafo. O sarrafo, por sua vez, é posicionado em alturas cada vez

mais elevadas conforme a competição se desenvolve, de modo que, o que era necessário para ingressar na prova não será suficiente para finalizá-la. Invariavelmente, o atleta não consegue realizar seu salto sem provocar a queda do sarrafo ("Um atleta falha se: após o salto, a barra não permanece nos suportes devido à ação do atleta durante o salto"). Nessas condições, o salto não conta para a competição. Pois bem, é exatamente neste ponto que gostaríamos de propor a conexão entre os conhecimentos já acumulados sobre salto com vara e a melhor compreensão que se quer alcançar sobre os standards probatórios: **um *Standard* probatório funciona como o *sarrafo* no salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara, graus distintos de dificuldade ao agente**. No contexto do processo penal - que, ao menos supostamente, parte do pressuposto de que a condenação de inocentes é erro que deve ser mais evitado do que o erro da absolvição de culpados – a estratégia consiste em posicionar o sarrafo alto para a hipótese acusatória, dificultando que hipóteses acusatórias de menor qualidade cheguem a produzir resultados. Isso mesmo, a hipótese acusatória é o *saltador*; é ela quem deve superar o *standard*, saltar mais alto do que o sarrafo está posicionado. Para explorar com mais detalhe o potencial explicativo da metáfora: se no salto com vara os limites demarcados à área de corrida e à área de queda devem ser respeitados pelo saltador, o mesmo se diz sobre a hipótese fática acusatória: a corrida que precede o salto não é indefinida; a queda que se segue a ele tampouco. Não pode o saltador correr o quanto queira para então dar seu salto; nem buscar saltar tão alto sem a preocupação de respeitar os limites da área de queda. Ou seja, a hipótese fática acusatória (saltador) precisa superar o standard (saltar mais alto que o sarrafo) com a observância de limites predeterminados (não há vale-tudo probatório). O ***Standard* Probatório** precisa ser alcançado para que dada hipótese acusatória seja tomada como suficientemente provada (considerada juridicamente verdadeira). Não vale recorrer a certezas íntimas que não podem ser racionalmente explicadas. Portanto, está fora do poder do julgador (árbitro), afirmar que o salto é válido "porque sim"; antes, terá de recorrer à satisfação das condições previamente impostas de modo a atestar o resultado do julgamento (competição). Assim sendo, a adoção de um standard probatório corresponde ao objetivo institucional de se promover uma determinação dos fatos mais rigorosa e racional, cuja regularidade dos passos constitutivos do resultado final possa ser verificada por outros sujeitos interessados. [...] Neste cenário, a aplicação séria de *standards* probatórios representa um considerável desafio. Para recuperar o início de nossas reflexões sobre standards a partir do salto com vara, fica evidente que o sarrafo não está posicionado em altura condizente à fase final do processo; não se se quer garantir uma distribuição que dificulta a condenação de inocentes. A genuína adoção de um standard probatório exigente em matéria penal faz necessário alguns ajustes. Sem pretensão

"Alguns de vocês podem se sentir pouco à vontade com uma premissa que venho insinuando e que gostaria de explicitar: *nunca* seremos capazes de fazer previsões perfeitamente objetivas. Elas serão *sempre* manchadas pelo ponto de vista subjetivo". **Nate Silver**

"Critérios para aferir a suficiência probatória, o 'quanto' de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério de suficiência que legitima a decisão". **Aury Lopes Jr**

"Concluindo, toda e qualquer decisão judicial que exarar uma conclusão de fato deve explicitar, fundamentadamente e de forma clara e precisa, qual 'modelo de constatação' será utilizado na formação do juízo de fato, submetendo-o, assim, ao contraditório". **Danilo Knijnik**

de esgotar todas as modificações necessárias, aqui vão algumas: **a)** em primeiro lugar, que exijamos mais de nossos saltadores. Uma hipótese fática acusatória fundada em conjunto probatório capaz de excluir as explicações alternativas trazidas pela defesa; **b)** em segundo lugar, que estejam mais bem demarcados os limites da área da corrida e queda pós salto do atleta. Não há espaço para vale-tudo probatório, Isso significa: proibição da prova ilícita e juízo de admissibilidade cuidadoso para as provas irrepetíveis e elementos informativos colhidos no decorrer do inquérito. Assim: **b.1)** a forma como as provas são produzidas (e também os elementos informativos na fase pré-processual) importa ao resultado do processo; **b.2)** a preservação da *cadeia de custódia* é elementar à confiabilidade do desfecho do processo judicial. As competições olímpicas são gravadas e a produção das provas também devem receber registro adequado;

8) Para um Modelo Construtivista de *Standard* Probatório: O modelo que propomos integra e associa as propostas (objetivista e subjetivista) de modo a indicar quais os critérios, as regras e os procedimentos (pressupostos, requisitos e condições) necessários à atribuição do predicado "provado". Não caímos no **Falso Dilema**: "objetivista ou subjetivista". Adotamos a postura **Construtivista**, pela qual a "determinação da realidade" é **antirrealista**, ou seja, constantemente **negociada** entre os agentes (singulares), com diferentes "observações" da mesma "realidade objetiva', que interagem entre si no processo, regulados por limitações normativas, epistemológicas, probatórias, contextuais e interpretativas (rejeitamos o "observador imparcial objetivo" do modelo indutivista). Ao mesmo tempo em que rejeitamos o "Livre Convencimento Motivado" e o *BARD*, por reproduzirem os problemas "subjetivistas" ("conforme a consciência", "íntima convicção", "para além da dúvida razoável" do julgador etc.), reconhecemos, a partir da leitura de *Stephen Read*, que o modelo de *Standard* Probatório "objetivista" apresenta solução "inconsistente". É que se a "verdade como correspondência" é "relacional" ("proposição sobre o discurso do fatos", comprovada por referencial de "prova", autorizado pelas inferências, de modo "substantivo") e o modelo objetivista é "**realista**", tanto no aspecto "ontológico", como "epistemológico" (os fatos existem independentemente de sabermos ou não da sua existência), por meio da atividade "conectiva" entre a "condição de verdade da proposição" e um "objeto correspondente", capaz de atribuir o predicado verdadeiro ou falso (bivalência), o problema reside justamente no "**como**", isto é, qual é a "metodologia objetiva", da relação de correspondência? As respostas "substanciais" ou "automáticas", são incapazes de "descrever" o "salto" entre as "proposições" e o "conector lógico", a saber, "não há substância" na noção de verdade. A constatação, por sua vez, não faz com que abandonemos a "utilidade do predicado verdade", nem tenhamos que nos posicionar entre objetivistas ou subjetivistas. Por rejeitarmos a "noção plena" de "verdade como

correspondência", porque questionamos "o que", de fato, é obtido com a "atribuição de verdade" (da proposição), diante do reconhecimento de que "a verdade não é uma propriedade" (não há uma propriedade comum e compartilhada pelas proposições verdadeiras", sob pena de cairmos no "regresso infinito", diz *Stephen Read*: *"As sentença-T nos mostram que predicar a verdade de uma proposição é equivalente a asserir essa proposição. O que o predicado-verdade acrescenta é a generalidade: nos torna capazes de fazer afirmações gerais abstraindo das particulares; e o endosso: o papel anafórico da verdade ao responder e comentar outras afirmações'*. Estaremos, então, sempre vinculados à perspectiva interna, ou seja, "dentro de um esquema de descrição". No processo, o modelo objetivista, embora tenha por objeto a "realidade externa" (existente; realidade ontológica e epistemológica), parte do pressuposto inválido do "observador imparcial" sequer dos "fatos" e sim do "discurso sobre os fatos", além de extrair conclusões de uma única **observação indireta** (processo penal, sem repetição e/ou variedade de condições; descritiva), em que a **probabilidade** se conforma, paradoxalmente, em "atitude proposicional", condicionada "à crença na verdade da proposição" e ao "conhecimento". A denomina "crença" remonta ao **problema** básico do **"indutivismo**": o "salto", a "ponte", entre o "mundo objetivo" e o "discurso sobre os fatos". Por mais que reconheçamos o esforço lógico, racional e epistemológico, a "crença" será "subjetiva (ato de fé). O "**Calcanhar de Aquiles**" do "indutivismo" não foi resolvido pelas teorias de *Standard* Probatório objetivo. Diante da "inconsistência" da proposta, desloca-se a abordagem para o campo da "probabilidade", também fundamento "indutivista" (*Francis Bacon*), pelo qual o "conhecimento será provavelmente verdadeiro", mas "ajusta-se" os axiomas de modo insustentável. A alegação de que a "probabilidade" acolhida é a de *Francis Bacon*, rejeitando *David Hume* ou, ainda, *Thomas Bayes*, confirma o "apelo à experiência" (no processo penal de segunda mão: indireta), sem problematizar o "**observador imparcial**". Enfim, por mais que a experiência seja do "observador julgador", a suficiência "sobre o discurso dos fatos" opera de modo "forçado" aos "axiomas indutivistas". A situação passa a ser mais complicada, ainda, quando agentes processuais oportunistas de valem da "melhor explicação", deixando o campo "indutivo", para invadir perigosamente o "**abdutivo**", em que dentre as diversas hipóteses, a "inferência pela melhor explicação" (IME), no quadro de alternativas, deve prevalecer (identificam-se relações de "causalidade" entre o conjunto de evidências disponível e a "melhor explicação plausível"). O método "abdutivo" é **válido** quando a **autoridade policial**, no início das investigações de um crime, precisa imaginar as linhas investigativas que "melhor explicam os dados de realidade", mas **inválido** para atribuir culpa no processo penal porque descolado de qualquer *Standard* Probatório democrático, além de favorecer o "viés confirmatório" e a prevalência das "narrativas" sobre as "evidências", enfim, "subjetivista" (incontrolável, já temos evidências). O

"O BARD não se configura como solução adequada ao propósito de reduzir os espaços da irracionalidade e decisionismo jurídicos no Brasil. [...] acaba funcionando como um "anti-standard", isto é, que tão somente se promove como ferramenta persuasiva." **Janaína Matida e Antonio Vieira**

"A objeção que será apresentada é a seguinte: fornecer um tratamento do significado e da compreensão que inclua as proposições de verificação-transcendente. O realismo ainda não respondeu a essa objeção". **Stephen Read**

"O ponto essencial é a necessidade de decodificar: dado um tal número, deve existir um procedimento para determinarmos qual expressão ele nomeia. [...] Não seremos capazes de especificar as condições sob as quais cada proposição é verdadeira se não pudermos expressar na metalinguagem tudo o que pode ser expressado na linguagem-objeto". **Stephen Read**

"A IME conduz à conclusão de que uma dada hipótese é (provavelmente) verdadeira pelo fato de que ela é aquela que melhor explica a evidência. Chega-se à conclusão de que foi o gato que arranhou o sofá novo (hipótese), por vê-lo, com suas garras afiadas, sobre o sofá cujo tecido está estraçalhado (evidência), e pelo fato de ser hipótese aquela que, dentro das circunstâncias, melhor explica a evidência". **Deltan Martinazzo Dallagnol**

método "**abdutivo**", da **"Inferência pela Melhor Explicação" (IME**) foi defendido e utilizado pelos agentes da "LavaJato", conforme defendido (em livro) por *Deltan Dallagnol*. Por esses motivos, acolhendo parcialmente a proposta "objetivista", associada à herança "subjetivista" operante (mesmo que não concordemos, julgadores continuam decidindo assim), adiante proporemos um modelo **Construtivista do *Standard* Probatório**, adaptado ao processo penal brasileiro;

9) A Verdade Relativa e Subjetiva (Efeito *Roshomon*): Assumimos que o contexto Externo pode influenciar a decisão dos agentes processuais e a que **Inferência Probatória Epistêmica** depende de referenciais externos (regras da experiência, científicas, técnicas, reconhecidas coletivamente, capazes de autorizar, por raciocínio lógico, associações válidas e sólidas). A construção de decisões baseadas em evidências empíricas enfrenta a oposição decorrente da "naturalização" de decisões baseadas em pura convicção, descoladas de suporte normativo ou científico válidos. A adoção **oportunista** da "melhor versão subjetiva", vale-se da "pescaria seletiva de evidências" (*cherry picking*), ajustadas à consolidação de "meias-verdades" sustentadas por crenças externas ao Direito. Com isso, a tática de "**desinformação**" invadiu o raciocínio probatório, associada ao "relativismo" normativo e científico, em que "tudo é relativo", mesmo constructos mentais não testados e sequer testáveis. O retorno da 'íntima convicção", sob as vestes da **indiferença à verdade** no processo penal (ainda que na versão "*chic*" *BARD*), leva os agentes processuais à deriva de referenciais, afinal de contas, sem amarras minimamente objetivas, a ciência e os critérios jurídicos passam a ser questão de preferências pessoais. Se tudo é "narrativa" e cada um pode ser a sua, voltamos ao "estado de natureza", no qual quem detém o poder pode "dizer o que é", impunemente (tudo vira questão de *storytelling*). Reconhece-se, do ponto de vista epistemológico, a importância da coerência interna ("coerentismo"). A oposição se dá quanto ao uso instrumental e **oportunista** dos pressupostos do "coerentismo" para o fim de conferir aparência científica ao que não passa de "doxa". Manipulam-se teorias, a história é recontada, os fatos são revisados, tudo se adapta às concepções e finalidades pessoais, potencializadas pela rivalidade ideológica. Tomados por pseudocientistas, "teorias conspiratórias", "slogans totalitários", "desprestígio da ciência", a dissimulação e o oportunismo imperam. Tudo isso para dizer que estamos procurando, com a fixação de *Standards* Probatórios, justamente controlar as decisões pela racionalidade, no contexto em que a objetividade é desvalorizada, em nome da "minha verdade". Na feliz expressão de *Michiki Kakutani*, além da "Morte da Verdade", do sucesso de *Fake News* e dos "fatos alternativos", a realidade opera pelo "***Efeito Roshomon***" (filme que pode ser visto no *Youtube*, em que **tudo depende do seu ponto de vista**). Por outra parte, acolhemos o risco, em potência, de que os julgamentos possam ser influenciados por "erros lógicos", "heurísticas" e "vieses cognitivos". A criação de expectativas de

comportamento depende do fato de o juiz "julgar condutas ou pessoas". Do ponto de vista normativo, o juiz pode até dizer (da boca para fora) que não é influenciado por armadilhas cognitivas, mas ao responder assim, de plano, a tendência é justamente a contrária. Indicamos anteriormente as possibilidades de "heurísticas" e "vieses cognitivos", para os quais recomendamos retorno (quando possível). O percurso foi necessário para não fazermos discurso bonito e ineficaz, a seguir delineado;

"É por isso que a pseudociência floresce – os pseudocientistas sabem que suas ideias devem pelo menos parecer científicas, porque a ciência é a pedra de toque da verdade na nossa cultura". **David Sumpter**

"A ênfase será apenas nos seguintes efeitos e viés cognitivos: (i) efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida e (ii) efeito busca seletiva de informações; e (iii) viés de confirmação". **Débora Carvalho Fioratto**

"A informação deixou de ser um bem escasso: hoje, temos uma quantidade tão grande de informação que não sabemos como usá-la. Todavia, a quantidade de informações úteis é relativamente reduzida. Nós as percebemos de forma seletiva e subjetiva, sem dar atenção às distorções resultantes. Pensamos querer informações quando, na realidade, queremos conhecimento'. **Nate Silver**

C – Controvérsia:

1) Senso Comum Decisório: Os agentes processuais, em geral, não fazem a mínima ideia da discussão sobre as condições de possibilidade do conhecimento humano. O discurso que apresentamos, além de complexo, não se adequa ao **Esquema Decisório** da maioria dos julgadores (não só brasileiros), dada a herança "subjetivista". Enfim, precisaremos lidar com o "senso comum decisório" que confunde uma coisa com outra, mesmo "vestido elegantemente" pelo "slogan" *BARD*: "para além de toda a dúvida razoável" (os gentes chegam a estufar o peito de tão excitados de poderem confirmar, para si mesmos, que estão certos);

"Por modelos de controle do juízo de fato (ou *standards*, critérios etc.) provisoriamente definimos enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão. Por seu intermédio, ao invés de os partícipes de uma relação processual simplesmente pretenderem a prevalência de uma convicção sobre a outra (p. ex., a do Tribunal sobre a do Juiz; a do autor sobre a do réu etc.), cria-se um complexo de regras lógicas de caráter auxiliar, capazes de estabelecer um arsenal crítico comum para o debate acerca da convicção". **Danilo Knijnik**

D – Estratégia:

1) Definir o Esquema Decisório: O mapeamento do **Esquema Decisório** dos agentes processuais é pressuposto ao agir estratégico, afinal de contas, se o julgador for subjetivista (a maioria), os argumentos devem ser apresentados de modo que possamos influenciar, porque não lidamos com os agentes que "sonhamos" e sim "com os que temos", motivo pelo qual se não observarmos o **enquadramento** factível do "discurso sobre os fatos" (que eles entendem ser os fatos *in natura*), "falaremos para as paredes". A pesquisa teórica precisa ser aceita pela atividade jurisdicional. Os avanços são significativos, ao mesmo tempo em que não podemos acreditar que "todos os julgadores" estão dispostos a "colocar em questão" a maneira "como sempre" decidiram. É preciso ter coragem;

2) Incluir no Caso a discussão dos critérios do *Standard* Probatório: A tática de inserir, por meio de petição direta e objetiva, no contexto do processo, a discussão e o questionamento específico sobre **quais os critérios** do *Standard* Probatório a ser observado pelas partes e pelo julgador, evitando a "surpresa" subjetivista, pode ser um caminho importante. A nossa proposta é a de evitar o "implícito", o "ambíguo", enfim, estabelecer por meio do "contraditório participativo", os indicadores objetivos do ***Standard* Probatório** do Tipo Penal constante da **Hipótese Acusatória** (podem variar conforme a conduta imputada), além dos **critérios de valoração da prova**. Sem o **movimento ativo** de inserção da discussão sobre o *Standard* Probatório, a reclamação posterior, na fase recursal, "perde a chance argumentativa" e reduz o impacto do tema. O **momento adequado** é o de, na primeira oportunidade de participação no processo, ou seja, o acusador na denúncia/queixa e a defesa na resposta preliminar,

inserir a indagação explícita às partes e ao julgador, apresentando a proposta de indicadores objetivos, tanto do *Standard*, quanto dos critérios de valoração da prova, além de deixar bem definido o "ônus da prova".



7.6 Presunção de Inocência

A – Definição:

***"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"* (CR, art. 5º, LVII). *"Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso"* (LINDB art. 6º, § 3º).**

"Muito mais do que afirmar que não há presunção de inocência no código de processo penal, elaborado em 1940 e ainda hoje vigente, o que se deve ter em mente, devido àquela clara e direta influência positivista italiana, é que o atual código rejeita em sua estrutura toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência. Está forjado estruturalmente com base na concepção de que o que há é uma – presunção de culpa-e sempre um – inimigo a ser perseguido e punido". **Maurício Zanoide de Moraes**

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Presunção de Inocência: Diante dos **Erros Judiciários** e da possibilidade de se condenar um inocente, a Presunção de Inocência foi a escolha Política dos Estados Democráticos de Direito. Nas hipóteses em que não for satisfeito o *standard* de suficiência probatória, deve prevalecer a presunção *juris tantum* de inocência (*in dubio pro reo*). A Presunção de Inocência, por ser *juris tantum*, cede espaço à condenação, desde que obtida "suficiência probatória" da Premissa Fática (a conduta), "para além do *Standard* Probatório", em processo penal informado de garantias (Penais e Processuais) e o ônus da prova atribuído à acusação. Para além da "má-fé" ou do "excesso de confiança" dos agentes processuais, o **Dispositivo** do processo penal reconhece a possibilidade de erros. A Presunção de Inocência realiza a distribuição assimétrica dos riscos da condenação errada (falso positivo), em favor do acusado. A eterna possibilidade de **Revisão Criminal** é o sintoma de que o **Dispositivo** acolhe a probabilidade (alta) de **Erros Judiciários**;

CADH, art. 8º, 2. "Toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprovem legalmente sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas [...]"

"[...] a natureza de regra de fechamento, quer dizer, horizonte de expectativa a ser preenchido com a decisão política auferida na sentença quando persistir a dúvida a ser convertida em certeza jurídica. [...] A presunção de inocência, como retrato ao portador (do réu) da evidência como aliada, tem papel central na arena do convencimento. Ela funciona, para o bem de uma lógica acusatória, como estabilizadora de expectativas, quando não significando, pelo próprio mecanismo da confiança por ela desencadeado, a realização de um desejo de preenchimento de um sistema acusatório". **Augusto Jobim do Amaral**

2) Fundamento Legal: Prevista na Declaração dos Direitos do Homem (1789), foi expressamente declarada na Constituição da República (art. 5º, LVII): "*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". A LINDB (art. 6º, § 3º), em complemento, define: "*Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso*". Se no **Dispositivo** processual houver "recurso" (ordinário, especial ou extraordinário) em tramitação, não se opera a "coisa julgada";

"Dizer que a verdade é contingencial significa abrir mão desse fim – a busca da verdade – e assumir outro horizonte, no qual o juiz deverá estar predisposto a absolver, por exigência da presunção de inocência: em outras palavras, o valor inocência deve ser estruturante e fundador do processo penal, inclusive no que se refere à missão e função do juiz, possibilitando dessa forma o rompimento com a epistemologia inquisitória orientada à persecução do inimigo". **Salah H. Khaled Jr**

"*'In dubio pro reo'* traz em si uma ideia de que há 'dúvida' (*'in dubio'*) e de que ela deve ser resolvida favoravelmente ao réu (*'pro reo'*). *'Favor rei'*, por sua vez, é uma escolha valorativa que não tem como causa a 'dúvida', sua base informadora são os ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão, por meio de um devido processo legal". **Maurício Zanoide de Moraes**

3) O STF (HC 126.292, ADCs 43, 44 e 54): Havia se estabilizado (STF, HC 91.232, Min. Eros Grau) a compreensão de que a prisão em decorrência de sentença condenatória dependeria do julgamento definitivo de todos os recursos (a fase recursal é parte integrante do *iter* processual). Tanto assim que o ex Presidente do STF, Ministro *Cezar Peluso*, tentou emendar a Constituição para que o trânsito em julgado ocorresse quando do julgamento do recurso ordinário pelos Tribunais. Mesmo sem alteração normativa, o STF ao julgar o HC nº 126.292 (na linha das "Medidas Estruturantes"), declarou a constitucionalidade do

imediato cumprimento da pena em decorrência da decisão de segundo grau (Tribunais), independentemente de Recurso Especial (STJ) e/ou Recurso Extraordinário (STF). Em seguida, nas ADCs 43 e 44, o STF retomou a Presunção de Inocência até o julgamento de todos os recursos (STJ e STF), sem prejuízo da decretação de prisão preventiva (desde que atendidos os requisitos legais). O **quadro atual** é de que prevalece a Presunção de Inocência até o trânsito em julgado de todos os recursos;

"Por ser o conhecimento humano, por natureza e definição, incompleto, é impossível chegar à certeza absoluta do fato. A certeza absoluta, decorrente de um juízo lógico, como a certeza que se pode chegar no campo da lógica formal, jamais será atingida pelo juiz. Por ter que trabalhar como uma reconstrução histórica, o juiz – assim como o historiador – jamais terá absoluta certeza de que a alegação sobre um determinado fato é verdadeira ou falsa". **Gustavo Badaró**

4) Prisão Cautelar: A premissa da Presunção de Inocência deve compor o **Esquema Decisório** da prisão cautelar (e das medidas cautelares em geral), sem que impeça a decretação, porque o fundamento cautelar é vinculado ao objeto do processo e diverso da execução da pena (decisão condenatória transitada em julgado);

"O Código Penal presume que ninguém é culpado até prova em contrário. Essa é uma forma de argumento *ad ignorantiam*, mas que pode ser razoável no contexto das regras de argumentação do direito penal. Nesse contexto, o ônus da prova cabe à acusação, que deve provar que o réu é culpado *sem deixar nenhuma dúvida razoável*. [...] Por isso o ônus da prova é assimétrico". **Douglas Walton**

5) Norma de Tratamento, Probatória e de Juízo/Julgamento: O efeito da Presunção de Inocência comparece no processo penal como: **a) Norma de Tratamento**: o "acusado" não pode ser tratado como "condenado" antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Em consequência, a limitação/restrição a direitos do acusado deve partir da presunção *juris tantum* de inocência. O deferimento de qualquer medida cautelar pressupõe: **i)** motivação concreta do Caso Penal (CPP, art. 315, § 2º); **ii)** preenchimento dos requisitos legais; **ii)** superação do *Standard* Probatório da medida requerida; e, **iv)** demonstração da **proporcionalidade** da consequência da decisão (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito); **b) Norma Probatória**: a atribuição do ônus da prova é de quem acusa. Em face da **Ampla Defesa**, associada à Presunção de Inocência, o indeferimento de provas requeridas pelo acusado deve ser devidamente justificado, por meio de decisão motivada (CPP, art. 315, § 2º), sob pena de cerceamento de defesa; **c) Norma de Julgamento**: O juízo de preenchimento da **Premissa Fática** deve "pender" em favor do acusado. No julgamento "subjetivista" opera por meio do: "para além de toda dúvida razoável" (*BARD*), enquanto no "objetivista", aplica-se a "insuficiência probatória" pela não superação do "*Standard* probatório". Em ambas as hipóteses, o julgamento exige grau elevado de "confirmação" (subjetivo ou objetivo) da imputação;

"[...] o conceito de presunção pode e deve ser reconstruído a partir da compreensão de que as regras que determinam a ocorrência de fatos a partir de generalizações empíricas são compatíveis com a busca pela verdade, pois, em certas situações, são o melhor que temos. Construir ferramentas epistemicamente potentes à seleção da proposição que finalmente servirá de premissa fática do raciocínio judicial não é algo menor. Um processo efetivamente comprometido com a máxima integração de proposições fáticas verdadeiras deve erguer colunas que sustentem um procedimento probatório sensível à apreensão da realidade objetiva sem descuidar dos expedientes residuais, de caráter subsidiário, desenhados como antídoto das situações marcadas por insuficiências e dúvida persistente. Considerando esses contextos, a presunção se apresenta como um elogio realista à verdade: ela embarca numa busca humilde e que, apesar de suas limitações, pode contribuir ao estreitamento dos laços entre o direito e a verdade". **Janaína Matida**

6) Tribunal do Júri: O **Tribunal do Júri** está previsto no art. 5º, XXXVIII, da Constituição, mesmo Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, isto é, no idêntico patamar constitucional da Presunção de Inocência (o objeto do recurso dos julgamentos em plenário é mais restrito, mas existe). Por via de consequência, a disposição infraconstitucional do art. 492, I, "e", do CPP ("execução provisória", inserida pelo Pacote Anticrime), é incompatível com a Constituição. Mas está vigente e sendo utilizada para o fim de antecipar a pena dos condenados a mais de 15 (quinze) anos de reclusão. O STF havia reconhecido a possibilidade da "execução direta" da pena (HC 118.770), mas antes do julgamento das ADCs 43, 44 e 54. O tema pende de julgamento no STF. É o sintoma da permanência da mentalidade autoritária nas práticas processuais penais.

"Caso a tese correta pudesse ser a de uma 'soberania do júri' domesticadora dos poderes de correção dos tribunais, a dar origem a um 'direito fundamental coletivo' à execução imediata da pena imposta ao condenado no júri, a solução eliminaria qualquer possibilidade de concordância normativa com a presunção de inocência, que ao exigir o esgotamento dos recursos para a execução da pena considera os efeitos do controle da legalidade do processo, da acusação, da obtenção das provas, da garantia do contraditório, etc. sobre toda e qualquer decisão criminal. Não haveria concordância normativa, mas pura e simples exclusão da incidência de normas constitucionais asseguradoras de direitos fundamentais"
Geraldo Prado

"Pena se cumpre após coisa julgada. Se a coisa (culpa) não foi definitivamente julgada, porque cabe recurso, há coisa não julgada, na qual cabe prisão cautelar e não definitiva".
Lenio Streck e Alexandre Morais da Rosa

"Um processo de inspiração inquisitória, fundado na lógica da persecução ao inimigo: in dubio pro hell"
Salah Khaled Jr e Alexandre Morais da Rosa

O recurso de apelação no Júri é direito do acusado e sua subtração é incompatível com a presunção de inocência, seja qual for a pena aplicada;

C – Controvérsia:

1) Mentalidade Inquisitória: O Sistema Inquisitório acolhe a prisão cautelar (ou execução provisória) como regra de funcionamento padrão, "performando" a mentalidade de boa parte da geração de julgadores que, apesar de superados democraticamente, permanecem com as práticas autoritárias;

2) In Dubio pro Hell: Juntamente com **Salah Khaled Jr,** produzimos diversos textos, atualmente reunidos em 4 (quatro) volumes, em que discorremos sobre a inversão inquisitória: transformaram "in dubio pro reo" em "in dubio pro hell";

D – Estratégia:

1) Defesa Ativa: A postura de presumir a inocência, embora reconhecida pelo STF e decorrente da imposição da estrutura acusatória, no ambiente de magistrados inquisidores (a ampla maioria, por enquanto), é dominada. Como em tudo na vida, prepare-se para o pior: parta do pressuposto de que o juiz irá condenar o acusado. Se a Presunção de Inocência não serve de muralha defensiva, a atividade probatória deve ser ampliada. O monitoramento do julgador, a atitude para com as partes (p.ex. alinhamento com a acusação), exige flexibilidade estratégica para identificação das oportunidades probatórias e argumentativas factíveis no contexto. A espera de um milagre é própria de amadores. Será preciso antecipar possíveis pontos de virada (*plot point*), enfim, atuar positivamente (por meio da teoria do caso e da investigação defensiva);

2) Tribunal do Júri: Diante da tendência ao indeferimento de "habeas corpus preventivo", sob a "esquiva" de que não existem indicadores concretos da prisão, é importante preparar (a petição e os documentos) da impetração "repressiva", além da interposição *incontinenti* do recurso de apelação.

7.7 Ônus da Prova (Acusação, Álibi e Inversão)

A – Definição:

Ônus da prova é a atribuição do dever (a carga) a quem acusa de, por evidências válidas e sólidas, superar o limite exigido (*Standard* probatório), para o fim de obter, probabilisticamente, o predicado "provado" sobre a premissa fática.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Ônus da Prova da Acusação (ônus da prova): Se a "conduta" descrita na denúncia/queixa precisa ser comprovada no processo em

contraditório, por decisão proferida pelo julgador terceiro e imparcial (não conhecedor dos fatos), alguma das partes precisa ter o ônus (incumbência, dever ou atribuição) de apresentar provas suficientes à superação do *Standard* Probatório do tipo (crime) imputado. A sentença condenatória pressupõe a "validade" da **Premissa Normativa** (Tipo Penal Imputado) e a declaração de "suficiência probatória" da **Premissa Fática** (a conduta descrita na peça acusatória). A denúncia/queixa estabelece quais os indicadores fáticos da **Hipótese Acusatória**, objeto da instrução processual. Por ser o acusado "presumidamente inocente" (*juris tantum*), não faz sentido lógico qualquer dever (ônus) de comprovar a situação que se encontra (presumida inocente). Atribui-se à acusação o ônus da prova (CPP, art. 156) até o limite do *Standard* Probatório (específico do tipo penal) que, uma vez superado, autoriza a declaração de "suficiência probatória" da **Hipótese Acusatória** (probabilidade, nunca certeza). Preenchidas as **Premissas** (**Normativa**: "válida"; **Fática**: "suficiência probatória"), o julgador está autorizado a prolatar sentença condenatória. **Em resumo**: **a)** o acusado é presumidamente inocente (*juris tantum*); **b)** o ônus da prova sobre a **Premissa Fática** é todo de quem acusa (CPP, art. 156); **c)** a atividade probatória defensiva está autorizada, sem se constitua em ônus (porque não atende a nenhum dever: só faz sentido a noção de "ônus" se houver alguma consequência do descumprimento); **d)** Ao **Juiz**: **i)** no **modelo acusatório** cabe, no máximo, a atividade complementar (nos limites das linhas apresentadas pelas partes, sem inovação, nem gestão da prova); **ii)** no **modelo inquisitório** dispõe de amplos poderes de gestão da prova (protagonismo e iniciativa sem limites);

STF, HC 84.580 (Min. Celso de Mello): "AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE EXCLUSIVAMENTE A QUEM ACUSA – Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso Sistema de direito positive, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes totalitários, a obrigação de provar a sua própria inocência (Decreto-lei n. 88, de 20/12/37, art. 20, n.5)".

CPP, art. 156: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida: II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."

2) Atividade Probatória do Julgador: Em face do dever de **Imparcialidade** e da existência de órgão público com atribuição definida de acusação (Ministério Público: CR, art. 129, I; CPP, art. 24), a atividade probatória do julgador desequilibra a **paridade de armas**, além de proporcionar a incidência de "heurísticas" e "vieses". O fundamento dos que defendem a produção de prova pelo juiz é o da "indisponibilidade do objeto" do processo penal e/ou a inspiração inquisitória, cujo sintoma ainda perdura (CPP, art. 156, II). **Em primeiro lugar**, a "indisponibilidade do objeto' está garantida em face da atribuição expressa e privativa da função acusatória ao Ministério Público (órgão componente do Estado; CR, art. 129, I). **Em segundo lugar**, o desenho constitucional do processo pressupõe decisão proferida por terceiro (não parte: imparcial), composto de forma separada do órgão acusador: Judiciário (julgadores). **Em terceiro lugar**, a questão pressupõe a discussão sobre os "limites" e "possibilidades" epistemológicas do "regime de verdade" do processo penal, ou seja, a posição do julgador acerca do resultado da prova (subjetivista ou objetivista): **a) Julgador da Certeza Subjetiva**: "verdade substancial como certeza subjetiva"; ou; **b) Julgador da Probabilidade Objetiva**: "suficiência probatória" objetivista do "discurso sobre os fatos" (juízo de probabilidade e nunca de certeza). São dois pontos de vista

diferentes. **a) Julgador da Certeza Subjetiva**: ao operar a partir da noção de "verdade subjetiva" ("conforme a consciência"; "íntima convicção", "livre convencimento motivado e subjetivo"), a "condição da decisão" é o critério da "certeza subjetiva", vinculada aos fatores de seu Esquema Decisório, em que a "dúvida" é insuficiente porque não exclui totalmente a Hipótese Acusatória, motivo pelo qual tende a produzir provas de ofício para o fim de "qualificar a dúvida" (busca evitar a absolvição de um culpado: "falso negativo'). O **Esquema Decisório da Certeza Subjetiva** integra à função julgadora o "ônus da prova suplementar", consistente no dever de "ampliar" o conjunto probatório por "apostar/acreditar" na culpa do acusado (absolver cria dissonância cognitiva). Ao exigência da "dúvida qualificada" (certeza subjetiva da inocência), desconsidera a presunção *juris tantum* de inocência, mas mantêm a consonância cognitiva ("fez o que podia para comprovar a culpa"); **b) Julgador da Probabilidade Objetiva**: ao assumir a "verdade objetiva", em que a proposição do discurso "sobre os fatos" (hipótese fática acusatória) somente estará autorizada a receber o predicado "provada" quando superado o *standard* probatório do tipo penal, a condição da sentença decorrerá das "inferências epistêmicas" capazes de, considerado o conjunto de evidências, justificar por "boas razões", a declaração de "suficiência probatória" da premissa fática (juízo de probabilidade, nunca de certeza). O modelo leva á sério a presunção de inocência como regra de tratamento, sem excluir a possibilidade "complementar" (e não "supletiva") do julgador no "esclarecimento adicional" do conteúdo probatório já trazido pelas partes. É a partir do **enquadramento epistemológico** que se pode compreender, na maioria dos casos, a atividade probatória do julgador. Mesmo adotada a postura "subjetivista", o **Dispositivo** do processo penal contenta-se com a "dúvida" e não exige "dúvida qualificada". O equilíbrio democrático entre as funções de acusar e julgar, no modelo eminentemente acusatório e desprovido das ilusões de "verdade substancial", veda "iniciativas probatórias dos julgadores", de modo a impedir a "coautoria" acusatória entre a parte acusadora e o julgador. No limite do possível, dentro das linhas argumentativas do "enquadramento acusatório", pode o juiz "**desambiguizar**" a prova produzida em audiência (CPP, art. 212, parágrafo único), consistente exclusivamente em "esclarecer" o "conteúdo do depoimento" depois do acusador já ter cumprido seu ônus. A justificativa é a de que a linguagem ou o modo de comunicação da fonte humana pode ser "ambígua" ou "vaga", comparecendo exclusivamente para "definir" ou "determinar" o seu conteúdo, sem jamais inovar e ampliar o enquadramento do conteúdo já trazido aos autos;

3) Atividade Probatória Defensiva: A defesa, em geral, ocupa a posição de contra-ataque em face dos movimentos produzidos pela acusação (refuta). Não há obrigação de "não provar" porque a prova negativa é denominada "diabólica". Pode assumir postura ativa (investigação defensiva, álibi, probatória ou argumentativa);

"A nova lei, na redação dada ao art. 156, foi além do que deveria, ao permitir ao juiz ordenar, de ofício e 'mesmo antes de iniciada a ação penal', a produção antecipada de provas urgentes e relevantes, o que, como já dito, pode comprometer sua imparcialidade e desfigurar a estrutura acusatória do processo penal". **Rogério Schietti Machado Cruz**

"Assim, pode-se dizer que os poderes instrutórios são ilimitados, digamos assim, na profundidade, mas não na extensão nem no modo de exercê-los. Em outras palavras, trazidas as provas pelas partes, é legítimo ao juiz perquirir sua credibilidade, autenticidade, sanidade e todos os demais atributos, pois a ele cabe valorá-las. Mas não lhe cabe chamar a depor a testemunha não arrolada nem determinar a juntada de documentos não solicitados pelas partes. Na extensão, ou seja, diante da pluralidade de possíveis fontes e meios de provas, não lhe cabe determinar a produção de tal ou qual prova. Seus poderes instrutórios são ilimitados na profundidade das provas trazidas pelas partes, mas limitados na extensão das provas requeridas pelas partes". **Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho**

"Em suma, o julgamento criminal não é uma disputa simétrica, em que o argumentador tem que provar a proposição A e o outro tem que provar a sua negação, não-A. É um tipo de disputa assimétrica, em que o ônus da prova incide com mais força sobre um dos lados. Na verdade, o ônus da prova incide (positivamente) apenas sobre um dos lados. Ao outro lado, basta se defender refutando o argumento do primeiro de maneira fraca. Vamos chamar esse tipo de diálogo de disputa *fracamente contestatória* ou *disputa assimétrica*." **Douglas Walton**

STF, Inq. 4831 (Min. Celso de Mello): "**No contexto** *de um processo penal democrático*, o Ministério Público **não pode manifestar**, *legitimamente*, **pretensão que busque pautar**, *para restringi-la*, **a atividade probatória** *daquele que sofre persecução penal* (**não importando** se se trata do estágio pré-processual **ou** se se cuida da fase judicial), **fazendo-o com apoio** *em inadmissível alegação* do descabimento **ou** da desnecessidade de produção da prova desejada pelo investigado ou pelo réu, **pois é deste** – *e não do Estado* – **a prerrogativa insuprimível de avaliar** a oportunidade, a conveniência, a utilidade, a essencialidade e, *também*, a própria necessidade da produção probatória por ele vindicada, sob pena de total frustração de sua estratégia de defesa".

4) Álibi Defensivo: Se a defesa inaugura nova narrativa, alternativa e fora dos limites da narrativa acusatória, chama para si o ônus de comprovar (somente) o álibi (Hipótese Defensiva Alternativa). P.ex. caso a defesa afirme que o acusado estava em local diverso, incumbe-lhe provar o fato. A narrativa alternativa mantém o ônus probatório da acusação em relação à **Hipótese Acusatória**. O risco é o da armadilha cognitiva: a tendência de o julgador associar o insucesso da defesa, quanto ao álibi, como equivalente à comprovação da Hipótese Acusatória. Opera da seguinte maneira: **i)** a defesa alegou o álibi; **ii)** não comprovou; logo; **iii)** a denúncia é verdadeira. O problema é que essa "lógica" parte de uma premissa inválida (paralogismo): *o fato de não provar que estava em outro local também não prova que estava no local apontado pela acusação*. Aparentemente, por erro lógico, a acusação estaria exonerada da comprovação da conduta descrita na denúncia. A conclusão adequada, a partir da Presunção de Inocência e do Ônus da Prova (de quem acusa), é a de que mesmo alegado e não comprovado o álibi, tal circunstância não é "causa suficiente" à conclusão de que a autoria está verificada. O "não provado" é da hipótese defensiva "paralela e alternativa", sem que se possa atribuir "conector lógico" (mediador) entre a "não comprovação" e o cumprimento do 'ônus da prova" da Hipótese Acusatória. Nada modifica o ônus da prova atribuída ao acusador. Pensar diferente é cair nas armadilhas da cognição e da argumentação, na maioria dos casos, de boa-fé. Em geral, aos mais desavisados, funciona como mecanismo confirmador da culpa. Confunde-se a ausência de comprovação do álibi, com a "evidência de culpabilidade". A invocação de álibi defensivo pressupõe prova robusta, porque a armadilha lógica tocaia o **Esquema Decisório** de boa parte dos julgadores que se sentem desonerados da exclusiva carga acusatória. O álibi precisa ser verossímil (não pode ser fantasioso), sob pena de descrédito *a priori*, além de estar provado por evidências robustas. Do contrário, vira mera "versão";

STF, HC 70.742 (Min. Celso Velloso): "Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu".

STJ, AgRg Resp. 1.367.491 (Min. Jorge Mussi): "Não desrespeita a regra da distribuição do ônus da prova a sentença que afasta tese defensiva de negativa de autoria por não ter a defesa comprovado o álibi levantado".

"Assim é que cabe à defesa comprovar que o acusado estava no local indicado (trabalhando), com as cargas daí decorrentes (prova documental, testemunhal etc.)".
Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa

"Una falacia formal tiene lugar cuando parece que se ha utilizado uma regla de inferencia válida, pero en realidad no há sido así; por ejemplo, la falacia de la afirmación del consecuente (que iría contra uma regla de la lógica deductiva) o de la generalización precipitada (contra uma regla de la inducción). Em las falacias materiales, la construción de las premisas se há llevado a cabo utilizando un criterio solo aparentemente correcto".
Manuel Atienza

"A questão de uma proposição ter sido provada ou não é distinta da questão de ela poder ou não ser provada"
Douglas Walton

5) Inversão do Ônus da Prova: A inversão do ônus da prova é um erro (grave) de raciocínio lógico. Por força da Presunção de Inocência, a acusação deve provar de modo suficiente a premissa fática, enquanto a defesa nada precisa provar. Se ambas as partes não provam "nada" sobre a premissa fática, **é inválido inferir que do "nada" se "comprova" algo** (STF: HC 107448; HC 97.701; HC 70.274). A ausência só é prova por meio da falácia do *Argumentum ad Ignorantiam.* A utilização da inversão do ônus da prova decorre de erro lógico ou de má-fé. P.ex: nos casos de furto (CP, art. 155), o fato de o acusado "*estar na posse dos bens subtraídos*" pode ser suficiente ao (menor) *Standard* probatório da prisão em flagrante (CPP, art. 302: "era a melhor explicação"; "método **abdutivo**" válido), mas que, isoladamente, é insuficiente à condenação do acusado (*standard* maior: subjetivo ou objetivo). Do "fato provado" de que o acusado estava na "posse dos bens", não se infere, com validade e solidez, os requisitos de atribuição da conduta descrita no Tipo Penal. O **enquadramento**, em

geral, é manipulado, porque o processo precisa amealhar evidências sobre os elementos normativos e não sobre as circunstâncias do "flagrante", isto é, não se discute o "flagrante" (objeto da audiência de custódia) e sim a conduta antecedente descrita no preceito primário (os elementos constitutivos do tipo imputado; método indutivo). O flagrante é **indício**; **não é prova** da conduta. A **Corte Suprema da Espanha** assentou, desde a década de 90, a doutrina dos "**fatos meramente indiciários**", pela qual, partindo da Presunção de Inocência, a inferência sobre a verificação do furto somente em decorrência da "*posse das coisas subtraídas*" não se adequa nem às regras lógicas, por ser excessiva, nem aos "princípios da experiência" (STC, 105/1998). É que da "posse fática" não se infere "como" a "coisa" fora obtida, nem especificamente "de que" a conduta atende as "*elementares do tipo penal*", exigidos pelo Código Penal. A mera posse de materiais para o crime também não permite presumir a sua realização (STC, 195/1988). Enfim, dentre as mais diversas alternativas verossímeis (explicações) para uma conduta, a que implica na aplicação de pena deve ser sustentada por provas independentes da situação de flagrante, de modo a justificar a exclusão de todas as hipóteses verossímeis favoráveis ao acusado. Não é compatível com o Devido Processo Legal e às regras lógicas, a adoção da Hipótese Acusatória sem a prévia exclusão motivada (válida e sólida) das Hipóteses Excludentes. Logo, a "inversão do ônus da prova" não se sustenta democraticamente. Do mesmo modo, do fato de "não ter sido apreendida a arma", não se pode inferir que era "arma de fogo". Transfere-se ao acusado ilegitimamente o ônus de **prova diabólica**, consistente em "não provar o que o crime aconteceu", desonerando-se – matreiramente – o acusador. Esse modo de pensar é um "paralogismo", modalidade de "erro lógico", operante no dia a dia forense, sob a modalidade da **Falácia** do "*Argumento da Ignorância*" (de quem aplica). Mas se o julgador adotar o modelo subjetivista, o "seu convencimento íntimo" tende a explodir as regras lógicas, em nome da crença pessoal e incontrolável da "verdade". Teremos que lidar com agentes que "se dizem racionais", embora "violem as regras da lógica" de modo recorrente;

"A falácia do *argumentum ad ignorantiam* (argumento da ignorância) pode ser ilustrada pelo argumento de que os fantasmas existem porque ninguém conseguiu provar que eles não existem. Esse tipo de argumento mostra que é perigoso argumentar com base na ignorância, e que a impossibilidade de desmentir uma proposição nem sempre a comprova". **Douglas Walton**

"Não precisa provar nada. *São os acusados que devem provar que não forem eles os autores!* Se a moda pega... Ora, se é possível inverter o ônus da prova no crime, não precisamos mais de processo. Basta que esteja provado *"o fato"*. Se o acusado não conseguir provar o contrário, bingo! A 'justiça' estará feita...!" **Lenio Streck**

"Não é difícil encontrar nos julgados a tese de que, por exemplo, no caso de furto, se a coisa furtada for encontrada no poder dos acusados, cabe a eles a comprovação da origem lícita dos objetos, o que viola, frontalmente, a inocência inerente a todos as pessoas. A inversão do ônus da prova no processo penal é, na verdade, uma flexibilização da presunção de inocência, ou seja, flexibilização de preceito constitucional em face de política criminal". **Gregorio Camargo D'Ivanenko**

C – Controvérsia:

1) Juiz Parte: Em nenhum embate entre partes ou mesmo competição/disputa o juiz participa ativamente dos golpes? Nunca vimos um juiz de boxe desferir golpes, nem de futebol fazer gols, salvo quando estão comprados ou não sabem manter seu lugar de imparcialidade (objetiva, subjetiva e cognitiva). Temos, mesmo assim, juízes que entram em campo e por debaixo das togas "vestem" a camisa da "acusação". Nessa situação, deve-se adotar táticas de contenção e enfrentamento, especialmente pela violação da estrutura acusatória**.** A devida atitude complementar não se compadece com o ativismo probatório, dado que guarda, ao mesmo tempo, respeito à iniciativa probatória/narrativa dos agentes de acusação/

defesa e garante o caráter público do processo, mediante esclarecimentos meramente supletivos;

D – Estratégia:

1) Apontar o Erro Lógico: Apontar os pressupostos do Devidodo Processo Legal (Presunção de Inocência e Ônus da Prova) e os erros de abordagem do **Esquema Decisório**. No caso da inversão do ônus da prova, o erro lógico do raciocínio empregado, afinal, é ilógico inferir que "*ETs*" existem pelo fato de sermos incapazes de provar "a sua não existência". As decisões judiciais devem se basear em fatos provados e não em palpites. A soma de palpite, poder e irracionalidade, chama-se de "inversão do ônus da prova".

"Deve pedir ao autor da pergunta que apresente provas dos seus pressupostos, ou caso isso não seja possível, que os retire. [...] Em suma, questionar a pergunta é um recurso ao mesmo tempo racional e estrategicamente correto". **Douglas Walton**

7.8 Perda de Uma Chance Probatória

A – Definição:

A Perda de Uma Chance Probatória consiste na interrupção antijurídica (omissão, desistência ou indeferimento) do dever de colheita/produção de todas as evidências identificáveis, tangíveis, possíveis e razoáveis, por parte dos agentes públicos, capaz de gerar a perda de uma oportunidade defensiva provável (pleno exercício da ampla defesa e do contraditório) sobre a "suficiência da premissa probatória" (*standard* de prova).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Perda de Uma Chance Probatória: O diálogo entre os institutos jurídicos se dá pela "logica interna" em todas as esferas (civil, penal, trabalhista etc.) o Direito opera a partir do **Princípio da Confiança** e da **Boa-fé**. A analogia com a noção de "Perda de Uma Chance Probatória" acontece por sua "**estrutura**", porque jamais defendemos a aplicação "direta" ao processo penal. Aliás, a equivalência com institutos civilistas é realidade no processo penal, tanto assim que se fala no "dever de mitigar o prejuízo", do "*venire contra factum proprium*", inclusive com o acolhimento pelos Tribunais. Por isso, o que nos importa são os "**pressupostos**" e "**fundamentos**" da **Perda de Uma Chance (TPC)**. Surgida no ambiente francês, a TPC buscou suprir a lacuna jurídica do tratamento da antijuridicidade da interrupção de evento aleatório provido de chance probabilística futura (aposta), em que as teorias de relação de causalidade (causa, nexo e efeito) não se adequavam. O STJ julgou parcialmente procedente (R$ 125.000,00) o caso do "Show do Milhão" (STJ, REsp. 788.459, Min. Fernando Gonçalves), em que a participante do programa de televisão desistiu de responder à ultima pergunta, perdendo a chance de ganhar o prêmio, porque as 4 (quatro) alterativas apresentadas estavam incorretas. Também é reconhecida, dentre outras hipóteses: **a)** indisponibilidade de quarto de hotel ou de voos previamente

reservados, em que os agentes "perderam a chance" de realizar provas de concurso público ou de entrevista de emprego; e, **b)** demora injustificada no fornecimento de medicamentos/tratamentos médicos adequados, com a "perda da chance" de obter a melhora do quadro de saúde ou de sobrevida do paciente;

"Na lição de François Chabas, existem algumas características principais: a vítima deve estar em um processo aleatório, que foi interrompido pelo ato do agente e que ao final poderia lhe representar uma vantagem. Assim, pode-se afirmar que há uma 'aposta' perdida". **Rafael Peteffi Silva**

"Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso poderemos falar em *frustração da chance de obter uma vantagem futura*, no segundo em *frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido* (portanto, *dano presente*)". **Fernando Noronha**

2) Chances Possíveis e Razoáveis: Do contexto fático deve ser possível estimar a probabilidade da ocorrência do evento futuro interrompido. Não se trata de mera alegação imaginária ou abstrata, desprovida de suporte fático, porque objetivamente devem justificar a inferência por hipótese, determinando-se a probabilidade e ocorrência e o possível efeito;

3) Confiança na Colheita/Produção de Todas as Provas/Evidências Possíveis e Razoáveis: A estrutura da Teoria da Perda de Uma Chance Probatória aplicada ao processo penal parte das seguintes premissas: **a)** a Presunção de Inocência implica no dever de o **Estado acusador** de produzir provas suficientes ao estabelecimento da premissa fática (**ônus da prova**); **b)** o Estado investigador **deve "colher todas as provas** que servirem ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias" (CPP, art. 6º; III), tanto para incriminar, quanto exonerar; **c)** a defesa do investigado/acusado, dentro do quadro de expectativas razoáveis de **Confiança** e de **Boa-fé Objetiva**, pode "**apostar/acreditar**" no dever atribuídos aos agentes públicos (***accountability***) de colher todas as provas/evidências identificáveis, tangíveis, possíveis e pertinentes e relevantes ao estabelecimento da premissa fática (filmagem, depoimento de testemunha referenciada, câmera de segurança, digital, DNA, perícia requerida oportunamente etc.); **d)** existem indicadores fáticos suficientes de que as provas/evidências **estavam disponíveis** ou **poderiam ser recolhidas/produzidas** por oportunidade da investigação ou da instrução processual, sem risco pessoal ou violação de regras por parte dos agentes públicos, **e)** o **curso de obtenção** da evidência foi interrompido ou evitado pelos agentes públicos, com a consequente redução do acervo probatório disponível à defesa; e, **f)** a defesa consegue demonstrar a **probabilidade** de a evidência/prova suprimida ou omitida, corroborar a Hipótese Defensiva ou excluir a Hipótese Acusatória, alterando de modo significativo a distribuição do risco da condenação (mitigação do ônus da prova);

"A observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais para separar as chances potenciais e prováveis [...] as chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-se das simples esperanças subjetivas. [...] A verificação objetiva das chances sérias e reais é muito mais uma questão de grau do que de natureza. Assim, somente a análise dos casos concretos possibilitará ao magistrado a verificação da real seriedade das chances". **Rafael Peteffi Silva**

"Apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria *chance perdida*, isto é, pela oportunidade que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer". **Fernando Noronha**

4) Investigação Criminal: A função da investigação é a de "*colher todas as provas que servirem ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias*", não se confundindo com "*todas as provas de acusação*", porque o **enquadramento adequado** é o do "*esclarecimento dos fatos*". A **autoridade investigante** não pode se dar por satisfeita com a hipótese acusatória e dispensar ou mesmo não produzir evidências que ampliem explicações alternativas. Também deve produzir "todas as provas" que possam corroborar a Hipótese Acusatória. A autoridade investigante tem o poder de conduzir as investigações de modo imediato e eficiente. O investigado/acusado não dispõe dos mesmos poderes da investigação pública (poder de requisição, de diligências etc.). Eventual **investigação defensiva** é paralela e com

STF, HC 96.905 (Min. Celso de Mello): "**O fato de o Poder Judiciário considerar suficientes os elementos de informação** produzidos no procedimento penal não legitima nem autoriza a adoção, pelo magistrado competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre persecução penal, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio acusado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. **Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do 'due process' a supressão ou a injusta denegação, por exclusiva deliberação judicial, do direito à prova**, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado por quaisquer autoridades e agentes públicos, que não podem impedir, sob pena de nulidade processual absoluta, que o réu, nos procedimentos de persecução contra ele instaurados, produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva do Estado, ainda mais quando se tratar de testemunhas arroladas com a nota de imprescindibilidade (CPP, art. 461, 'caput', na redação dada pela Lei no 11.689/2008)."

margem probatória restrita. A reconstrução do "contexto" da conduta criminalizada deve se operar com a maior qualidade e quantidade de evidências arrecadáveis (especialmente quando deixam vestígios). A restrição do conjunto de evidências, por decisão (comissiva ou omissiva) do agente investigador, pode excluir a oportunidade do exercício da ampla defesa e do contraditório sobre a premissa fática, frustrando expectativa legítima, por meio do incremento do risco de condenação (prejuízo). A oportunidade defensiva pode ter sido ceifada pelo comportamento do agente estatal;

5) Instrução Criminal: Enquanto a "dispensa" investigatória das hipóteses exoneratórias impede a oportunidade de obtenção de uma "vantagem probatória defensiva", a "dispensa" por meio do "**indeferimento**" **judicial** de perguntas, diligências e provas tempestivas, pertinentes, relevantes e justificadas formuladas pela defesa, no sentido de esclarecer e aprofundar a premissa fática da hipótese acusatória (qualidade, quantidade, credibilidade e fiabilidade das evidências), pode restringir o exercício da ampla defesa e do contraditório. A demonstração do "prejuízo" pode ser feita pela via da **Perda de Uma Chance Probatória**, porque a superação do *Standard* Probatório do "discurso sobre os fatos" pressupõe a efetiva participação, com paridade de armas, das partes. Evitar ou impedir a atividade de **refutação** defensiva sobre a credibilidade e fiabilidade da fonte probatória, viola o "contraditório significativo". O indeferimento de provas, no limite, vincula-se à impertinência, à irrelevância e/ou à repetição, desde que concretamente motivada e pressupondo que a atividade probatória é interesse da parte, não do julgador. É muito comum os julgadores afirmarem que, por serem os destinatários das provas, no exercício do "**Livre Convencimento**" (subjetivista, já criticado anteriormente), podem restringir a atividade probatória defensiva, sem se dar conta de que ainda não é o momento de julgar, isto é, só devem julgar ao final. A postura demonstra que já estão convencidos e que a defesa é, no fundo, da ordem do "estorvo". Embora seja dever legítimo do juiz evitar o "abuso do direito" das "posições processuais", o critério da restrição não pode ser o do "convencimento precoce da hipótese acusatória" e sim a pretensão ilícita de postergar o encerramento do processo por meio de condutas dilatórias, situação não equivalente ao indeferimento "pelo mérito";

"Assim é que se afirma a possibilidade de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance para fundamentar, em cada caso específico, a absolvição por falta de provas possíveis, as quais poderiam ter sido produzidas, mas não o foram (por dolo ou culpa dos agentes estatais), de modo que se supera a mera condenação por indícios e/ou provas rarefeitas, dando-se prevalência a importância de produção de todas as provas possíveis pela acusação". **Fernanda Mambrini Rudolfo e Alexandre Morais da Rosa**

6) Flagrante e Operações Policiais: A conformidade legal das ações policiais poderia (facilmente) ser demonstrada pelo uso de **mecanismo tecnológico** capaz de garantir a integridade da ação, evitar alegações de abuso de autoridade (maus tratos e tortura), ampliar a confiabilidade das evidências recolhidas, enriquecendo cognitivamente os mecanismos de controle dos atos de restrição de Direitos Fundamentais. Se uma "operação policial" é minimamente planejada, não faz sentido deixar de **documentar** ou **filmar toda a ação** em face do dever de transparência (***accountability***).

"Para comprovação da situação de flagrante, câmeras de segurança, artefatos tecnológicos, filmagens dos próprios agentes da lei são necessárias quando possíveis. Se cada policial dispõe de câmera e pode filmar a operação, em caso de dúvida, deve prevalecer a doutrina da perda de uma chance, por parte do Estado. Todo ato de investigação é necessário, ainda mais quando se pode manipular as narrativas". **Luiz Eduardo Cani e Alexandre Morais da Rosa**

"A teoria da perda de uma chance é utilizada devido à impossibilidade de se saber se a 'aposta', isto é, o processo aleatório, apresentaria um resultado positivo". **Rafael Peteffi Silva**

STF, Inq. 4.831 (Min. Celso de Mello): "***O fato*** *de o Poder Público* ***considerar suficientes*** *os elementos de informação* ***produzidos*** *no procedimento administrativo* ***não*** *legitima* ***nem*** *autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente,* ***de medidas*** *que, tomadas em detrimento daquele* ***que sofre*** *a persecução administrativa,* ***culminem por frustrar*** *a possibilidade* ***de o próprio*** *interessado* ***produzir*** *as provas* ***que repute indispensáveis*** *à demonstração de suas alegações* ***e que entenda essenciais*** *à condução de sua defesa.* ***Mostra-se*** *claramente lesiva à cláusula constitucional do 'due process'* ***a supressão****, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que,* ***por compor*** *o próprio estatuto constitucional do direito de defesa,* ***deve ter*** *o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades* ***e*** *agentes administrativos,* ***que não podem impedir*** *que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis* ***e que sejam*** *eventualmente capazes, até mesmo,* ***de infirmar*** *a pretensão punitiva da Pública Administração*".

Em geral, a conduta somente "filma" a parte que interessa, sonegando evidências à defesa;

7) Provas Possíveis e Razoáveis: Em 2021, diante do dever de ***accountability*** dos agentes públicos, do **Princípio da Confiança** e da **Boa-Fé Objetiva** e acessibilidade aos recursos tecnológicos (baixo custo e muitos já instalados do ambiente policial), não faz sentido deixar de incorporar aos autos, dentre outras evidências: **a)** a filmagem completa da ação policial (sem cortes ou edições); **b)** a filmagem do flagrante (quando possível); **c)** filmagem de câmeras públicas e/ou privadas da cena do crime (a vigilância pública e privada é facilmente localizável); **d)** a indicação e singularização das testemunhas independentes (usuários, transeuntes, populares etc.); **e)** o GPS das viaturas para demonstrar que estavam no local (p.ex. realizando "campana" ou investigando); **f)** indeferimento ou demora na análise e obtenção das provas requeridas pela defesa (CPP, art. 14); **g)** ausência de justificativa da não realização de exames periciais na cena do crime ou do caso (corpo de delito e perícias); **h)** violação ou quebra da cadeia de custódia; **i)** manipulação ou omissão de provas à defesa (*Fair Disclosure*; Regra de *Brady*); e, **j)** indeferimento sem justificativa de iniciativas probatórias defensivas pertinentes, relevantes e adequadas, dentro da ampla defesa e do contraditório;

C – Controvérsia:

1) Condenações Exclusivamente com Prova Policial: Quando do contexto do crime houver indicativo de **fontes probatórias independentes** (testemunhos, informantes, populares, filmagens, câmaras de segurança etc.), capazes de corroborar a hipótese acusatória ou defensiva, a reprodução exclusiva dos depoimentos policiais é insuficiente à satisfação do *standard* probatório (mesmo o *BARD*: para além da dúvida razoável). Os depoimentos, isoladamente, podem justificar a prisão em flagrante, a investigação policial e, a depender do caso, o exercício da ação penal, porque o *Standard* probatório desses momentos é menor. Para fins de decisão condenatória, na hipótese fática em que houver indicador de fontes probatórias independentes, a omissão, a restrição, a dispensa ou o indeferimento da colheita e/ou produção de "todas" as evidências/provas possíveis e razoáveis (CPP, art. 6º, III), desde que compatíveis com a hipótese defensiva, opera em favor do acusado, por configurar a Perda de Uma Chance Probatória Estatal;

2) Tráfico: Em casos de tráfico, a compra e venda poderia ser filmada, o usuário identificado, as placas dos veículos anotadas, o GPS da viatura poderia comprovar a efetiva realização da "campana". O exclusivo depoimento policial pode ser suficiente desde que justificada a impossibilidade no **contexto** (não por falta de meios tecnológicos adequados) ou a ausência de razoabilidade. Os agentes de segurança pública, muitas vezes, deixam de colher prova potencialmente isenta não por ausência de possibilidade de produção mais adequada e robusta,

mas sim pela cômoda adoção da lei do menor esforço, associada ao comportamento jurisdicional dominante de atribuir alta confiabilidade aos relatos policias de modo inválido, demostrou *Marcelo Semer*. Em geral, omissão dos agentes estatais abre espaço à aplicação da Perda de Uma Chance Probatória, por não excluir a hipótese defensiva alternativa. Se a atuação é informada pela lógica do Inimigo e da Guerra, não poderíamos esperar outro comportamento, embora seja incompatível com as conquistas civilizatórias. Enfim, toda a prova possível e razoável não pode ser dispensada pelos agentes públicos, porque se trata de direito à prova do imputado;

3) Uso Oportunista da TPCP: O dever de ***accountability*** também é defensivo, motivo pelo qual a invocação da Teoria da Perda de Uma Chance Probatória não pode ser realizada por criação, invenção ou manipulação do contexto fático. É ferramenta adequada para os fins a que se destina, não podendo ser vulgarizada por agentes defensivos **oportunistas**. Os indicadores independentes precisam decorrer de inferências válidas, com suporte fático. Buscar forçar a incidência oportunista gera descrédito à reputação e a perda de tração da TCP quando for adequada;

"A pesquisa de Marcelo Semer (Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento) também serve a denunciar o caminho aberto que a heurística da satisfatoriedade encontra entre nossos julgadores. A palavra do policial eleva-se ao máximo objeto de satisfatoriedade nos processos de tráfico de drogas. Em 800 sentenças, colhidas em 8 estados diferentes, 315 municípios, proferidas por 665 juízes ao longo do período compreendido entre 2013 e 2015, é impossível fechar os olhos para o valor conferido à palavra do policial. O juiz brasileiro entende que a palavra do policial deve prevalecer "à luz da dignidade e da importância da função que exercem", por serem "possuidores de boa-fé", porque são "pessoas sérias e idôneas", porque têm "especial credibilidade". O policial sempre fala a verdade, enquanto o réu sempre mente. Incoerências no relato do policial são tidas como "pequenas discrepâncias"; presentes nos depoimentos do acusado são sinais indubitáveis de "notáveis divergências". A presunção de veracidade de tudo o quanto é afirmado pelo policial destoa, de modo manifesto, a mínimas exigências de racionalidade na valoração das provas. Com isso, não estamos aqui afirmando que o policial sempre mente (o que seria equivalente a tentar justificar uma presunção de mentira), mas estamos sim, colocando em destaque a distinção que nunca deve se perder de vista entre a alegação de um fato e o fato mesmo. O que é afirmado por alguém deve ser corroborado por elementos probatórios diversos e independentes. Ainda mais em tempos de tantos avanços tecnológicos capazes de determinar com mais acurácia os fatos que ao direito parecem relevantes".
Janaina Matida e Alexandre Morais da Rosa

"Em uma campana policial por tráfico de drogas, por exemplo, é possível que o policial faça filmagens da negociação de entorpecentes entre o suspeito e usuário, sendo possível ainda, realizar a abordagem do usuário para que o mesmo preste depoimento sobre os fatos em juízo, sendo utilizado como meio prova pela acusação".
Franciele da Silva

D – Estratégia:

1) Impacto na Premissa Fática: As partes devem promover ações (diligências, petições etc.) com o fim de demonstrar a (in)suficiência do conjunto probatório, especialmente sobre as provas possíveis, cuja colheita/produção era razoável, mas que tiveram o curso de obtenção interrompido, fora do quadro da Presunção de Inocência, do Direito à Prova e do Ônus Probatório, com a consequente "Perda da Chance Probatória". Deve-se argumentar de forma robusta, se cabível, sobre a **probabilidade** de alteração da "suficiência probatória" da Premissa Fática, capaz de modificar a conclusão do provimento jurisdicional.

7.9 Argumentação Jurídica

A – Definição:

Argumentação Jurídica, situada no processo penal, é a que se realiza no contexto e sobre o estabelecimento das premissas (normativa e fática) do Caso Penal, com a finalidade de convencer ou provar o oponente ou o julgador, a partir dos critérios jurídicos e lógicos (em abstrato ou em concreto), sobre a validade da Premissa Normativa e a suficiência da Premissa Fática (em relação ao *Standard* Probatório).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Esquema Argumentativo: Se a legitimidade da **decisão judicial** pressupõe o "contraditório significativo" (participação e influência na construção da decisão) e "ampla defesa", o comportamento argumentativo

dos agentes processuais será o modo de construção democrática da decisão. O campo da argumentação jurídica é amplo e controverso, dissociado do "senso comum" ou do "bom senso", porque circunscrito aos padrões internos ao Direito e científicos: é uma "argumentação institucional" e não "argumentação substantiva". Adotaremos um **Esquema Argumentativo** operacional, conjugando os elementos da **lógica** (pensar corretamente), **retórica** (bem falar) e **dialética** (bem dialogar) de modo funcional aos propósitos do processo penal, a saber, mesmo com a proeminência da **lógica**, não desprezaremos o fator **emoção**, em geral, rejeitado pelo modelo argumentativo padrão. Argumentar é construir um esquema coerente e estável, pelo qual os elementos/objetos possam ser definidos (atribuição de sentido compartilhada ou conflituosa), sustentados por "boas razões" lógicas, capazes de obter assentimento/adesão dos demais participantes (especialmente do julgador). A adesão precisa integrar-se ao **Esquema Decisório** dos demais agentes, porque é situada em face de um Caso Penal, em que as diferentes pretensões (acusação e defesa), trabalham para atribuir o sentido prevalecente. Será preciso **organizar** o **discurso**, **categorizar** e definir cada elemento (desambiguação do contexto), estabelecer os "**pontos fixos**", capazes de suportar os argumentos e a conclusão desejada. O modo como o argumento é planejado (roteiro) gera expectativas de comportamento aos demais participantes da interação. Poderemos argumentar de modo oral ou por escrito, em interações cooperativas/respeitosas ou conflituosas/belicosas;

"A argumentação substantiva apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social etc. O cientista político, o filósofo moral, o jornalista que escreve um artigo, o leitor que manda a sua opinião para o jornal, o motorista de táxi, o amigo que bebe conosco urna cerveja no bar, todos costumam argumentar de maneira substantiva*", enquanto "*a argumentação institucional, por outro lado, não apela livremente a considerações morais, políticas, econômicas e sociais. Ela é mais burocrática, engessada e – alguns diriam – artificial. Quem argumenta institucionalmente não está preocupado em defender aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão. Quem argumenta institucionalmente, em geral, ocupa uma posição social que exige certo respeito em relação a regras e procedimentos previamente estabelecidos*".*
Fabio Shecaira e Noel Struchiner

"O que é senso comum? Prefiro não definir. Talvez simplesmente dizer que senso comum é aquilo que não é ciência, e isso inclui todas as receitas para o dia a dia, bem como os ideais e esperanças que constituem a capa do livro de receitas. E a ciência? Não é uma forma de conhecimento diferente do senso comum. Não é um novo órgão. Apenas uma especialização de certos órgãos e um controle disciplinado de seu uso".
Rubem Alves

2) Argumentação Formal, Material e Pragmática (*Manuel Atienza*): Para a argumentação jurídica de cariz analítico, o Direito é concebido como empresa dirigida à resolução (ou ao tratamento) de certos tipos de problemas em que a argumentação é o meio para a tomada de decisões**.** No campo do processo penal, as deliberações precisam ser motivadas e, por isso, a discussão sobre as razões passíveis de manejo e acolhimento ganham destaque. Argumentar e decidir são faces de uma mesma realidade. Participar da atividade argumentativa por meio da linguagem (oral ou escrita) deve se pautar pelas razões (boas e ruins) que podemos invocar, para além do uso da força física e das coações psicológicas. *Manuel Atienza* distingue **3 (três) concepções de argumentação**: **a) formal**; **b) material**; e, **c) pragmática**. A **argumentação formal** é a **lógica**, em que as inferências e a deduções implicam-se no trajeto entre as premissas e as conclusões, tratando-se, no fundo, de esquemas argumentativos, com duas limitações: i) ausência de preocupação com o conteúdo; e, **ii)** a insuficiência dos esquemas argumentativos para dar conta de todos os casos. Nem por isso podem ser desprezados, já que os esquemas podem ordenar os argumentos, auxiliar na interpretação e conceituação, bem assim ensejar um critério para o controle dos argumentos, na perspectiva de derrotar o adversário. Já a **argumentação material** investe no **conteúdo** do argumento (se é bom ou ruim) em face da produção de

crença ou como estímulo para realização de determinada ação, conforme o **Esquema Decisório** dos agentes processuais. Embora possa se valer da argumentação formal, deve-se comprometer com a 'verdade' dos argumentos para só então justificar a conclusão. Por fim, na **argumentação pragmática**, diferentemente das duas primeiras, em que o trabalho se dá, basicamente, pelo próprio sujeito, prepondera a interação humana entre os argumentantes, em que o êxito depende da capacidade de **convencimento ou persuasão** dos demais agentes, com respeito a certas regras. Pode se dar pela "retórica", centrada na ideia de persuadir/convencer o auditório, em que a postura é estática, ou dialética, entre o proponente e o oponente, com a dinamicidade da interação;

3) Planejar o Esquema Argumentativo de Modo Flexível: Planejarmos o **roteiro** do **Esquema Argumentativo** de modo **flexível**, adaptável ao desenrolar da interação é a melhor forma de nos prevenirmos. O modo inflexível fica sem alternativas diante da modificação repentina da orientação argumentativa (o rumo que tomou). Devemos antecipar os nossos argumentos, os prováveis dos demais, hierarquizamos os que utilizaremos, organizando planos alternativos (Plano B). Podemos simplesmente confiar em nossa capacidade, com maiores riscos, porque não teremos tempo para reflexão. Argumentar no processo penal precisa de certa dose de "improvisação" na implementação das estratégias argumentativas, ao mesmo tempo que sem planejamento, contando somente com a capacidade de improvisação, estaremos mais expostos a erros. Se o nosso argumento não comparecer no contexto, porque esquecemos, ele simplesmente não existirá. Planejamento flexível, com a capacidade de improvisação, são qualidades do "*Game-Changer*";

"Frequentemente a argumentação é como um jogo de tênis, em que devolver a bola sem força suficiente faz com que o jogador perca pontos e até mesmo o jogo". **Douglas Walton**

4) Argumentar em que contexto? Para quem?: Se a argumentação pragmática busca influenciar e convencer alguém, devemos estabelecer as variáveis do contexto e do **Esquema Decisório** a quem nos dirigimos/argumentamos, para somente então podermos fixar as estratégias argumentativas: contexto, alvo a influenciar/convencer e estratégia. Um pouco mais adiante vamos situar a noção de **contexto** de modo robusto. O alvo depende do nosso ponto de vista (acusação ou defesa), das possibilidades efetivas de convencimento do oponente e do julgador (singular ou colegiado). O **alvo** da argumentação pode ser, a depender do contexto: **a)** o **oponente**; **b)** o **julgador**; **c)** o **colegiado de juízes em primeiro grau**; **d) Tribunal**; e, **e) Mídia** ou **Terceiros**. Se a argumentação for cooperativa, o oponente pode também ser um alvo (oponente mais o julgador); caso seja conflituosa (entrincheirada), o alvo passa a ser somente o julgador (juiz ou colegiado); na hipótese de o julgador já estar convencido contra a nossa tese, superada a possibilidade de alterarmos o **roteiro**, o alvo passa a ser o Tribunal. Em todas as hipóteses, conforme os benefícios pessoais dos agentes (reputação, prestígio, vaidade etc.) a performance pode estar vinculada ao impacto na mídia, familiares, grupos de pressão ou terceiros. É preciso saber quem é o alvo em cada contexto;

"Se tento convencer ou desconvencer alguém apresentando fatos ou chamando atenção para cadeias de consequências lógicas, estou argumentando. O sucesso da argumentação depende de que os fatos sejam examinados e de que a cadeia de consequências lógicas seja verificada". **Anatol Rapoport**

5) Definir o Esquema Decisório do Alvo: Apontado o alvo da argumentação, devemos entender o Esquema Decisório do Alvo, para o fim de sabermos o grau, a qualidade e os referenciais teóricos e práticos que podem fazer efeito. Será preciso, também, a obtenção e sustentação de sua "atenção consciente". Se formos argumentar em português a um juiz japonês, não nos faremos entender. Do mesmo modo, se não modularmos o discurso à capacidade de compreensão do nosso alvo, estaremos falando português a um juiz japonês. De nada adianta a forma e o conteúdo serem suficientes para "nos convencer", porque o fundamental é influenciar/convencer "os outros agentes" humanos que, em princípio, não estão convencidos ou adotaram posições contrárias. Os critérios para o convencimento do alvo podem (e na maioria dos casos são) diferentes dos nossos, razão pela qual importa definir quais são os critérios do alvo (que podem ser jurídicos ou não; explícitos ou implícitos). Na argumentação é muito complicado lidar com quem "não consegue ver o que vemos". Olhando para o mesmo conjunto de evidências probatórias, tanto o oponente quanto o julgador podem "ver" outras conclusões. Pode ser a "cegueira deliberada" de "não ver" ou a nossa incapacidade de fazê-los compreender o significado do conjunto de evidências. Por nem sempre partilharmos o mesmo conjunto de premissas implícitas, o agente/alvo pode ser incapaz de compreender a nossa perspectiva. Quando nos referimos, por exemplo, à proporcionalidade, sem atribuirmos a definição e o nexo com o caso, corremos o sério risco de o argumento não ser entendido porque são múltiplas as possibilidades de sentido a partir do mesmo significante. Dar-se conta disso altera o modo como podemos, com certa paciência, vasculhar o ponto em que a divergência se apresenta, reapresentando o argumento de modo a ser compreendido (muitas vezes com o uso de *Visual Law*, exemplos e/ou metáforas). A barreira pode ser mais complexa se for em ambiente entrincheirado de posições inflexíveis. As táticas podem ser várias, mas aumentar a voz ou tachar o outro de "ignorante/incompetente" tende a não funcionar. A postura tolerante e didática do argumento (sem ser professoral: é arriscado e arrogante demais querer dar aula aos demais agentes) é um dos caminhos para inversão da conclusão do agente dissidente. Para que os nossos argumentos possam ter eficácia, primeiro precisam ser entendidos. Do contrário, argumentaremos "para as paredes" ou para nós mesmos, em ambos os casos, seremos irrelevantes. Não adianta colocarmos a culpa na incapacidade de compreensão do alvo, porque não são os agentes que queremos ou sonhamos, mas os que temos. Nós precisamos nos adaptar; não eles;

6) Respeitar a Capacidade do Oponente e do Julgador: O agente processual deve ser respeitado por seu **Esquema Decisório**, afinal de contas, está "fora do nosso poder de gerência", além de adotarmos a posição de "equivalência processual' (exigimos e conferimos respeito). A melhor forma de anteciparmos os comportamentos argumentativos é o de

podermos "pensar como ele pensa", desde que não caiamos na armadilha de levarmos o nosso **Esquema Decisório** no lugar dele, justamente porque precisamos entender como agirá em face do seu próprio Esquema Decisório. Podemos nos valer da proposta da Teoria dos Jogos. Pouco adianta o nosso julgamento de os demais agentes serem inflexíveis, cruéis, ou mesmo "cabeça-dura", sem nos darmos conta de que, neste exato momento, ele pode estar fazendo a mesmíssima leitura de nós. Muitas vezes nosso juízo crítico sofre de "cegueira de proximidade", a saber, "somos tão nós mesmos', que não conseguimos ver nossas deficiências (excesso de confiança). Será que não nos parecemos com eles na nossa postura? Modificar esta abordagem pode significar "ouvirmos" e "sermos ouvidos". Devemos tomar o cuidado de não transformarmos o processo penal em "questões pessoais" (por vaidade, inexperiência, truculência, rancor, ódio, vingança, amor etc.), porque tendemos a perder a dimensão racional, adotando postura visceral, impulsiva e, no fundo, amadora. Pode ser que tenhamos que enfrentar agentes movidos pelo êxito a qualquer custo (inclusive violando normas), como em qualquer interação humana. Devemos ter a capacidade de entender os demais agentes "pelo que são" e "não pelo que imaginamos/sonhamos". Adotarmos a postura profissional consiste em saber diferenciar o "caso" dos "agentes", sob pena de ofuscarmos a leitura do contexto e nos transformamos no personagem do "Dilema do Corajoso";

7) Limitações Humanas da Memória dos Agentes Processuais: Devemos considerar as limitações cognitivas, especialmente as de memória. Assumimos anteriormente o fato de ser a **Memória de Trabalho** limitada e que a consolidação da **Memória de Longo Prazo** (a que poderá ser evocada no momento da decisão) exige esforço de "atenção consciente" dos agentes processuais. O encadeamento de informações deve respeitar a possibilidade de construção de sentido, evitando a apresentação desorganizada, a saber, a nossa "orientação argumentativa" deve proporcionar condições de sentido;

8) Gerenciar o Tempo (nosso e dos demais agentes): O nosso maior ativo é o **tempo**. A alocação de tempo implica em custo (direto, indireto e de oportunidade: poderíamos estar fazendo outra coisa, analisando outros casos etc.). O processo penal obedece ao tempo cronológico, com prazos, enfim, uma **agenda**. O modo como utilizaremos as nossas oportunidades argumentativas, depende muito da disposição dos agentes alvo de nos ouvir ou ler.. Assumimos anteriormente que não basta a aparência de atenção dos demais agentes (que podem estar no "Piloto Automático") e sim a "atenção consciente", ou seja, convencidos *a priori* de que "merecemos" ser ouvidos ou lidos. Tudo bem que podemos não concordar com a afirmação, dizendo que os agentes públicos "devem" nos ouvir e nos ler sempre, por serem pagos para isso. O brado não é realista. Assim como não gostamos de ficar esperando em filas, consultórios ou mesmo revendo a abertura da série preferida do *Netflix*

(pulamos a abertura depois de termos visto algumas vezes), também não ouvimos ou lemos argumentos mal organizados, improvisados, mal escritos, repetitivos ou irrelevantes. O modo como fomos ensinados a peticionar (*old style*), em geral, faz um relatório irrelevante (salvo situações complexas em que algo precise ser destacado), contém longas citações (doutrinárias e/ou jurisprudenciais), reprodução literal de dispositivos legais, que adiam (demais) o início da argumentação. Em regra as partes (clientes) e órgãos de controle avaliam a "qualidade" do trabalho pelo referencial ultrapassado. Se quisermos ser "efetivamente lidos e ouvidos", precisaremos ser assertivos, diretos, sem adereços orbitais, levando a sério a escassez de tempo dos agentes processuais. Do contrário, corremos o risco de não sermos lidos ou obtermos uma leitura apenas superficial. Precisamos saber "como" investir o tempo dos agentes processuais, dada a multiplicidade de casos que rivalizam e a mesmice das manifestações. Insistir em preliminares e teses ultrapassadas/dominadas, perguntas irrelevantes, abusivas ou aleatórias, tende a não chamar a atenção e ofuscar a possibilidade de nos fazermos ouvir quando for importante. Um bom exercício é nos colocarmos no lugar de quem nos ouve ou nos lê: qual seria a nossa "atenção consciente"? O pior é que a consequência do nosso comportamento argumentativo inconveniente, além de poder nos prejudicar nas interações processuais futuras, traz o risco de prejudicar o acusado ou a vítima. A pretensão de sermos eficazes passa pelo reconhecimento das limitações cognitivas do modo "com que sempre argumentamos", integrando novas habilidades (p.ex. *Visual Law*, técnicas de redação etc.);

"Do ponto de vista pragmático, cada argumento tem que ser considerado no contexto de um ambiente de diálogo determinado. A sensibilidade às características especiais dos diferentes contextos de diálogo é uma exigência para a análise racional de um argumento". **Douglas Walton**

9) Foco no Caso Penal: O desenho do processo penal ideal é: a acusação propõe a imputação (Hipótese Fática), a defesa se opõe (ativa ou passivamente), o julgador adota a postura de presumir a inocência na hipótese insuficiência probatória, para além do *Standard* probatório do tipo penal. Para a devida atuação, será preciso decompor o Caso Penal em partes, identificando os **pontos controvertidos** (que demandam maior atenção) e **os pontos incontroversos** (que demandam integração na argumentação). Ao mesmo tempo, deve-se tomar cuidado com a **importância relativa**, ou seja, a alocação de tempo e esforço argumentativo em determinado ponto revela-se como um ponto importante e, em regra, um ponto fraco de quem argumenta, motivo pelo qual a distribuição de tempo, a ordem e o ritmo devem ser modulados. Adiante desenvolveremos a Teoria do Caso adaptada ao **RoadMapCrime**;

10) Cuidado com o Implícito: As armadilhas **lógicas e cognitivas** devem ser antecipadas e monitoradas, já que podem mudar a orientação do Caso Penal. Conhecer os **Esquemas Decisórios** dos demais agentes processuais é uma vantagem estratégica, já que autoriza formular roteiros argumentativos adequados (plausíveis) ao contexto, ampliando a possibilidade de compreensão e de adesão (é preciso customizar o roteiro em face do auditório a quem se dirige). Os agentes processuais, diante

dos múltiplos sentidos possíveis, devem definir o sentido dos conceitos manejados (CPP, art. 315, § 2º), para o fim de evitar a **premissa implícita**, a saber, por se tratar de encadeamento relacional de conceitos e provas, a existência de uma premissa não expressa (solta; subtendida: entinema), tende a ser fatal. A constante definição do que significa "algo" no contexto é muito importante, porque se ficar difusa, autoriza o preenchimento unilateral e, talvez, **oportunista** (CPC, art. 10, não surpresa). A invocação genérica da "Equidade", "Justiça", "Proporcionalidade", "Legalidade", enfim, das noções jurídicas, não poderá ocorrer pela simples referência superficial, porque será necessário esclarecermos, naquele caso, em sua singularidade, o cabimento e extensão do sentido. Devemos definir o sentido abstrato e a singularização à hipótese, com dever de coerência futuro (mesmo caso, igual resposta). O desafio é levar a sério a motivação democrática, por razões sólidas e capazes de justificar o trajeto argumentativo;

"Nenhum discurso jurídico será considerado significativamente legítimo se contradizer as formas axiológicas dominantes. [...] Um juiz para produzir uma decisão seleciona seus argumentos não só tratando de persuadir sobre o tecnicismo sua decisão, mas também atendendo à função socializadora que a sua sentença passará a cumprir. A argumentação judicial é sempre uma instância reprodutora dos valores dominantes". **Luis Alberto Warat**

11) A Argumentação Explica Depois: Retrospectiva: A atividade argumentativa situa-se depois de os eventos terem ocorrido, isto é, o "discurso sobre os fatos", o acoplamento normativo e as consequências são debatidas no presente, com referência ao passado e implicações futuras. O processo penal é uma simplificação do evento histórico, com limitações normativas, epistemológicas, lógicas e cognitivas: a conduta poderá ser afirmada ou não por inferências epistemológicas (não há reprodução do evento: o máximo que poderemos fazer é uma "reconstituição" na fase de investigação). A nossa disposição por buscarmos as melhores evidências que autorizem inferências "sobre os fatos" (a realidade) continua presente, já que não podemos aceitar a verdade subjetiva da "cabeça" dos julgadores, motivo pelo qual dispomos de regras de inferência e de devida motivação/fundamentação das decisões. Só não temos condições lógicas de sustentar a ilusão da "Verdade Real". Se a argumentação é a de promover uma explicação (versão) do evento pretérito (fatos), devemos estabelecer **coerência cognitiva e discursiva** do conjunto de materiais validamente arrecadados aos autos. Para articularmos o sentido, não basta sabermos "*o que*" ocorreu, mas sim "*como ocorreu*", a partir do método tópico-interrogativo *(Quem, o que, onde, quando, com que meios?*). Será necessário que os fatos sejam contados em movimento dinâmico ("por que" e "de que modo"), ou seja, em *curso de ação***.** A argumentação precisa aderir ao suporte fático comprovável, sob pena de ser meramente retórica e desprovida de eficácia. A forma com que a narrativa é disposta (contagiante, comovente, convincente, sem ser piegas ou forçada) depende dos "pontos de amarração" e do conteúdo da tese defendida (p.ex. se for pela misericórdia dos jurados). O **encadeamento** dos eventos, por "**conectores lógicos**" adequados, ao mesmo tempo em que ilumina os "pontos fortes", deve abordar os "pontos fracos", definindo cada tema relevante, sob pena de aparentar ser unilateral. Nem sempre será possível sustentar a "melhor versão", mesmo que verdadeira, por ausência de

aderência lógica (credibilidade *a priori*). O **enquadramento** do argumento, ainda que deva englobar a conduta imputada, pode **retornar** no **tempo** para associar elementos importantes (situações e personagens pretéritos) ou **adiantar** o **tempo** para se focar nas consequências da decisão, capazes de alterar o resultado. Comparecem diversas suposições na atribuição de sentido, motivo pelo qual é possível a identificação e a acomodação ao **Esquema Argumentativo**, sem perder a aderência aos fatos provados e ao jogo limpo. Não se deve manipular a narrativa em nome do resultado. Podemos partilhar a narrativa sobre os fatos até determinando momento, abrindo-se alternativas explicativas consistentes do desenrolar do evento (não convence negar pontos incontroversos). Se o acusado, por exemplo, confessou na fase policial, a negativa em juízo precisa de uma justificativa plausível (dizer que não leu ou foi pressionado, em geral, não funciona). O **Esquema Argumentativo** deve se ajustar ao que é possível para obtenção de aderência dos demais agentes, principalmente do julgador. Deve ser viável, cabível, compatível, provável e não meramente possível, sob pena de perda da credibilidade/confiança *a priori*. A habilidade argumentativa pode ser natural ou aprendida (e constantemente treinada). O **Movimento de Direito e Literatura** abre boas perspectivas de melhora da capacidade narrativa;

"Na vida quotidiana, muitas vezes ouvimos ou lemos descrições de um determinado ambiente. Uma amiga lhe informa como se vai à casa dela. Você nunca foi lá antes e, mesmo assim, vê-se criando um mapa cognitivo para representar o itinerário. De modo semelhante, um vizinho descreve o local em que seu carro foi atingido pelo caminhão, ou você lê uma história de detetive que explica onde o cadáver foi achado em relação ao vaso quebrado e às impressões digitais do mordomo. Mais uma vez, você cria mapas cognitivos. Esses mapas nos permitem simular aspectos espaciais de nosso ambiente externo. Essas representações que ilustram situações, representações que derivamos de descrições verbais, são chamadas modelos mentais". **Margaret W. Matlin**

12) Estratégias Argumentativas (Refutação e Objeção): Distingue-se a **refutação** (derrubar o mérito do argumento) da **objeção** (opor um obstáculo ao argumento). Além dos argumentos racionais e lógicos, comparecem variáveis cognitivas, psicológicas, sociológicas, ideológicas, emocionais, morais, éticas, dentre outras, que precisam ser mapeadas no **Esquema Decisório** do alvo. A lógica é necessária, mas nem sempre suficiente, especialmente quando envolvem carga emocional ou moral (Júri por todos). Se há espaço para persuasão não somente racional, as **emoções** comparecem no campo da argumentação jurídica. Busca-se criar empatia e mitigar a antipatia, evocando-se emoções de base, para o fim de mobilizar os afetos (piedade, compaixão, amor, ódio, vingança etc.) e capturar os julgadores. Valem-se de argumentos externos ao Direito e podem ser a abertura para o jogo sujo. A invocação de emoções deve levar em conta a possibilidade de êxito e não deve subestimar a inteligência dos julgadores. As falácias (paralogismo) utilizam-se de erros lógicos, cognitivos e de emoções (estão descritas no tópico seguinte). O **Esquema Argumentativo** deve buscar demonstrar e provar (ratificação/verificação de experiência relativa ao mundo) em observância à **Lógica** (apreensão, juízo e raciocínio), por meio de constante negociação com os Esquemas Decisórios dos demais agentes processuais, atentando-se às condições de ônus da prova (em geral devemos apontar a quem compete e quais as condições). A prova estabelece um vínculo (nexo) entre o suporte fático e a hipótese, integrando-se por meio da coerência argumentativa. A inferência probatória sobre os fatos exige indicadores de realidade verificáveis por procedimentos aceitos, excluindo-se a mera opinião dos

julgadores. O encadeamento cronológico, o ritmo, o fluxo, o conjunto do relato (conteúdo) do **Esquema Argumentativo** dependem da capacidade de apuração preliminar do contexto da audiência, do plenário e do **Esquema Decisório** de quem tem o poder de decidir. No percurso, os "**pontos de referência**" devem ser sublinhados, atentando-se para o monitoramento constante dos efeitos nos julgadores. A referência a um significante deve ser **definida** para se evitar que adiante, o destinatário possa se confundir ou não entender o encadeamento proposto (ônus da constante *desambiguação* do contexto comunicativo: fala ou escrita). Se necessário, devem ser feitas recapitulações periódicas, com o escopo de manter a coerência e sustentar a conclusão.

No filme *Eric Brockovich* (Steven Soderbergh, 2000), a protagonista traz um copo de água que a parte adversa diz não estar contaminada, sugerindo que os adversários bebam (já que não estaria contaminada). Esse trunfo pode ser pensado no processo penal. Diante do narrado o que o julgador/jogador adversário faria. Inserir o adversário no enredo é fundamental para poder demonstrar o paradoxo da estratégia. Mas isso precisa ser bem construído para se evita o efeito rebote.

"O choque das espadas é substituído, com civilidade, pela polêmica dos argumentos; mas estes representam, neste contraste, o furor de uma partida. Razão se dará a quem souber melhor raciocinar e, se ao final o juiz outorgar o triunfo a quem melhor souber persuadí-lo com sua argumentação, pode-se dizer que o processo transformou-se, de brutal encontro de impetuosos guerreiros, em jogo sutil de engenhosos raciocínios". **Piero Calamandrei**

13) *Plot Point* (Ponto de Virada): A identificação dos "pontos fundamentais", nos quais a narrativa pode **mudar o rumo**, constitui-se como tarefa antecipada do planejamento do Caso Penal. O **ponto de virada** deve ser identificado e destacado do contexto, para o fim de receber tratamento argumentativo diferenciado. Os "pontos fracos" do oponente também devem ser explorados, dentro do jogo limpo, para o fim promover alternativas de virada do argumento contrário. Para que tenha efeito, deve poder causar impacto cognitivo suficiente de alteração das posições originais dos agentes processuais (factível ao contexto, não imaginário);

14) Sinalizações Indiretas: A adesão ao argumento pode contar com fatores sutis, indicadores indiretos, que podem roubar a cena. Diante da ausência de informações ou mesmo no caso de dúvida, a consulta aos **antecedentes criminais** do acusado pode mudar os rumos do caso. O **antecedente positivo não é causa** da conduta atual, por ser **correlação inválida**, mas opera no ambiente criminal. Manipula-se o argumento para associar os antecedentes (positivos ou negativos) ao argumento (acusatório ou defensivo). Da mesma forma a qualificação, a aparência, a linguagem corporal, enfim, indicadores orbitais que ganham protagonismo silencioso e, por vezes, trágico (a "condição da decisão" passa a ser estranha à conduta e às evidências relativas ao Caso Penal);

15) A Criação de Alternativas Factíveis: A depender do **contexto**, a nossa pretensão pode ser inviável (infacível, mesmo que verdadeira). As preferências pessoais e/ou filiações teóricas dos julgadores, por exemplo, sofrem, em maior ou menor medida, pressões dos mecanismos institucionais de controle (Corregedorias, CNJ, pressão estatística, conformidade normativa, etc.). O julgador "abolicionista" ou "punitivista" (para ficarmos nos extremos) devem adaptar suas preferências ao contexto do Caso Penal. A apresentação de teses ou alternativas de escolha que promovam a "redução de danos" das consequências da decisão pode ser o melhor caminho. Não adianta obter uma sentença favorável, com forte tendência de reforma no órgão recursal, porque somente adia pior cenário. Em vez de buscarmos a meta originária, diante do contexto,

capitular (anuir/ceder) parcialmente, pode manter o "ganho relativo" e evitar a perda total (vide: Dilema do Prisioneiro).;

16) Armadilhas e Falácias: O trajeto argumentativo (sequência racional) será realizado desde um ponto de vista, em que alguns aspectos serão iluminados e outros serão esmaecidos, para o fim de orientar a conclusão pretendida. No caminho, além da lógica, podem comparecer **falácias** (paralogismos), perceptíveis somente aos dotados de habilidades de detecção (assim como **heurísticas** e **vieses**);

17) Objeções: A objeções consistem na criação artificial de incidentes argumentativos (pela ordem; contradita; objeção às perguntas; concede-me um aparte; sobreposições, frases soltas: é mentira, etc.) ou a inserção de falas obtusas, inteligíveis, paradoxais, longe do objeto do Caso Penal, objetivam mitigar o impacto do argumento contrário (quebram o ritmo do encadeamento);

C – Controvérsia:

1) Fator Safiya: Para demonstrarmos a **importância do contexto**, vamos apresentar o exemplo de "*Safiya Hussaini Tungar Tudu*". A narrativa comove. Nigeriana de nascimento, *Safiya* cresceu na savana, em uma comunidade regida pela religião muçulmana, na qual a mulher é inferiorizada aos padrões ocidentais. Teve o clitóris arrancado quando nasceu. Casou-se pela primeira vez aos 13 anos. Nos seus quatro casamentos, foi repudiada e desprezada pelos maridos (que possuíam diversas mulheres e as tratavam como objeto). O repúdio é a maior vergonha que a mulher nigeriana pode receber. Depois do último repúdio, voltou a viver com seus pais, cuidando dos filhos. Então, apaixonou-se por *Yacubu*, com o qual manteve quatro encontros amorosos, restando grávida. Os encontros não eram legítimos perante a *Sharia* (lei draconiana vigente desde 1999 em algumas regiões da Nigéria, dentre elas *Sokoto*, onde reside). *Yacubu* a recusou como mulher e também não reconheceu as relações sexuais. *Safiya* estava grávida e sem marido, conduta criminal de "adultério", prevista na *Sharia*, cuja *pena* é a de *apedrejamento*. Denunciada por seu irmão, membro convertido ao novo regime, acabou sendo processada e condenada. Cabe anotar que na primeira investigação dos fatos, *Yacubu* disse ter mantido encontros com *Safiya*, mas depois se retratou, dizendo que sequer a conhecia (o depoimento de um homem prevalece contra o de uma mulher no contexto nigeriano). A realização de exame de DNA foi rejeitada pela Corte. O caso de *Safiya* gerou comoção internacional, especialmente porque violava as normas de Direitos Humanos, das Mulheres, enfim, todo o ordenamento ocidental. A questão é que para os magistrados responsáveis pelo julgamento, esses argumentos eram irrelevantes. Não faziam sentido dentro do **Esquema Decisório Nigeriano**. Os documentos de Direitos Humanos não entram nos jogos de linguagem prevalecentes no ambiente forense da Nigéria, cuja fonte do Direito é o *livro sagrado*. O advogado responsável pelo último

recurso, todavia, lançou mão da tática vencedora: um *plot point*. Os fatos comprovados eram de que *Safiya* tinha sido casada anteriormente e que estava divorciada havia menos de três anos, quando manteve relações sexuais com outro homem, restando grávida. Nasceu Adama (o nome da filha). Então, o advogado *Abdulkadir Imam Ibrahim* lançou mão do único argumento que poderia convencer – capturar o sentido – dos julgadores**.** Além da pressão internacional pelo evento, uma vez que a BBC deu publicidade ao caso, a tese defensiva era "verdade religiosa irrefutável": *O que o profeta Maomé disse no Alcorão ninguém pode fazer objeção*. E no **Livro Sagrado** há uma *sura* (capítulo) em que se afirma: *a semente do homem pode permanecer inativa, no ventre da mulher, por até três anos antes de despertar e gerar uma criança, bem como fecundar se for um óvulo adormecido.* O leitor apressado dirá que isso é impossível, viola as regras biológicas, logo, argumento inválido. Mas no contexto é válido. No julgamento, os magistrados acolheram o argumento de que a criança pode não ter nascido do relacionamento com *Yacubu* – até porque ele negara – mas sim do último marido e, embora não se pudesse provar a paternidade, também não se podia excluí-la, diante da possibilidade, incontestável – porque está no livro sagrado – de o sêmen permanecer três anos no ventre da mulher e de fecundar o óvulo. **A conclusão foi: *absolvida***. Alguns podem objetar que essa leitura é de uma tradição diferenciada. Talvez seja argumento que possa ser usado depois. O que no momento procuramos sublinhar, é que os julgamentos são humanos e os fundamentos são culturais, com *argumentos vencedores*. Caso o advogado (verdadeiro *Game-Changer*) de *Safiya* não tivesse procurado a *sura*, nem a invocado, o apedrejamento teria acontecido. A vida de *Safiya* manteve-se pela confluência de fatores contingentes e de sorte – comoção internacional, advogado estratégico e argumento dentro do **Esquema Decisório dos magistrados.** Disso resulta que, embora tenhamos conhecimento das normas aplicáveis, encontrar uma citação perdida em um **livro sagrado** (e aqui antecipamos que os livros sagrados podem ser lidos como os manuais de Processo/Direito Penal e/ou Tribunais reconhecidos com autoridade) pode ser a salvação. Por isso, recomendamos acompanhar a produção das mais variadas fontes. A autoridade do argumento pode ser maior se o agente processual conhecer as preferências do julgador (e seus assessores, acompanhar seus julgados e os livros de sua estante). O manejo do argumento correto, no contexto exato, muda o resultado do Caso Penal (*Plot Point*). Fiquemos atentos aos **Fator Safiya**.

"Verdade que em sociedade funcionam 'jogos de linguagem' e não existe um jogo único que possa ser jogado por todo mundo. Mas existe um jeito de reunir os jogos, um elemento que constrói o 'comum': o diálogo."
Márcia Tiburi

2) Blefes, Truques e Trunfos: A argumentação opera com blefes, trunfos, truques, associados a erros básicos. As palavras não conseguem dizer as coisas. Caso ainda reste dúvida, a experiência de ir ao restaurante pode auxiliar. A leitura do cardápio não se confunde com o gosto e a estética do prato (que virá somente depois). Do contrário, o gosto estaria antes, já no momento da escolha (no cardápio). O uso das palavras no processo penal equivale-se ao cardápio: não se diz "as coisas como foram"

(experiência da testemunha ou do agente) por meio das palavras porque são apenas o cardápio. O sentido atribuído pelos demais agentes pode não ser equivalente ao emprestado por quem diz. Uma pequena variação pode ter efeitos sistêmicos. Existem diversos modos de dizer as mesmas coisas e, também, coisas diferentes com o mesmo significante. Agentes podem usar as qualidades e deficiências da linguagem para obtenção de êxito estratégico. Ser capaz de usar a palavra correta, no contexto e momento adequados, faz toda a diferença. Pode-se dizer que o uso do "não" é bem perigoso. Tente **não** imaginar um elefante amarelo com as unhas pintadas de azul. Conseguiu? Impossível. A nossa capacidade de pensamento exige que imaginemos o elefante amarelo de unhas azuis para, depois, podermos negar. O **não** existe na linguagem. Faz diferença dizer que o acusado "não é culpado" e "é inocente". O negativo, "não sou culpado", é modo dominado em relação ao "sou inocente". O "não" no plano da linguagem precisa do referente positivo. Não leia esta frase. Se leu, esqueça. Conseguiu? Usar a tática da frase no positivo é dominante. O uso do **mas** também é arriscado. É comum essa situação. Por oportunidade dos términos, quem deseja terminar inicia elencando qualidades (legal, gente boa, parceirx etc.), mas não quer mais viver junto. O **mas** faz com que a primeira parte da frase seja negada. Substituir por "e" gera efeito muito mais promissor. Assim, o uso do "mas" deve ser tático, quando se reconhece alguns atributos, justamente para negá-los. Pode ser recurso hábil para dizer que há prova da materialidade, mas falta da autoria. O **embora** e o **ainda** também se prestam a construções de argumentos com essa estrutura. São só algumas demonstrações de como um aparente detalhe muda o sentido. Por exemplo: a) embora a prova seja consistente, o depoimento X retira a credibilidade da versão; b) o depoimento da testemunha é coeso, mas não o suficiente por ser incompatível com o conjunto das provas etc. Toda vez que o relator no Tribunal começa elogiando.... virá o mas... Essas armadilhas da cognição operam e uma simples mudança pode ser valiosa;

"As condições de produção, que constituem os discursos, funcionam de acordo com certos fatores. Um deles é o que chamamos relação de sentidos. Segundo essa noção, não há discurso que não se relacione com outros. Em outras palavras, os sentidos resultam de relações: um discurso aponta para outros que o sustentam, assim como para dizeres futuros. Todo discurso é visto como um estado de um processo discursivo mais amplo, contínuo. Não há, desse modo, começo absoluto nem ponto final para o discurso. Um dizer tem relação com outros dizeres realizados, imaginados ou possíveis". **Eni Orlandi**

D – Estratégia:

1) Estrutura do Argumento: A **Estrutura do Argumento** pode variar conforme o alvo da argumentação, o estilo do agente processual e as circunstância do contexto. Podemos ainda, apresentar a conclusão antecipadamente ou deixá-la para o final, a depender do cenário estimado. Em geral podemos nos valer da seguinte estrutura sequencial: **a)** apresentação de uma hipótese ou a sua refutação, englobando **todos** os elementos constantes na **Hipótese Acusatória** por meio da definição, categorização e encadeamento lógico dos elementos constitutivos do tipo penal e o *Standard Probatório* a ser superado; **b)** articulação do "discurso sobre os fatos" a partir dos "**pontos incontroversos**" integrados de modo a autorizar, em seguida: **c1) Acusação**: a superação dos pontos "controversos", para além do *Standard Probatório*, por meio de inferências

válidas e sólidas entre as evidências e a Hipótese Acusatória, para o fim de obter a declaração de "suficiência probatória"; **c2) Defesa**: a **refutação** da validade e solidez da **Hipótese Acusatória** diante da relevância e impacto negativo dos **pontos controvertidos**, incapazes de sustentar (dar garantia) o cumprimento do *Standard Probatório* exigido para o tipo imputado; **d)** estabelecer o **nexo** (ou sua ausência) por meio de **conectores lógicos** (mediadores, confundidores ou colisores), **sustentados** por normas (jurídicas, científicas ou da experiência) do conjunto de provas, discutindo a licitude, a relevância, a credibilidade e fiabilidade de cada elemento e do seu conjunto, de modo a: **e1) Acusação**: comprovar a suficiência das inferências e o juízo positivo de **probabilidade**, ou seja, da **correlação** entre a **causa e o efeito** (juízo de causalidade) da Premissa Fática constante da Hipótese Acusatória; **e2) Defesa**: **refutar** a Hipótese Acusatória por meio da demonstração de **incoerência** e/ou **inconsistência** do conjunto de evidências, insuficientes ao juízo positivo de **probabilidade** exigido pelo *Standard Probatório*, isto é, ausência de inferências válidas e/ou sólidas de **correlação** e **causalidade**; **f) rejeição** direta e objetiva das **restrições argumentativas** apresentadas pelo oponente (invalidade, incoerência e/ou inconsistência); e, **g)** estabelecimento direto e robusto das **Premissas i) Normativa** (Maior: juízo de validade do preceito primário) e **ii) Fática** (Menor: juízo de validade e solidez do "discurso sobre os fatos"), **deduzindo** a **Conclusão** (**Silogismo**: Premissa Maior / Premissa Menor), conforme a tese defendida (**Acusação**: "provado" e **Defesa**: "não provado").

2) Planejamento do Esquema Argumentativo: O planejamento do **Esquema Argumentativo** deve ser realizado e executado de modo flexível, ajustando-se ao desenrolar do processo penal; A atividade argumentativa deve ser otimizada nos pontos em que a controvérsia está situada, antecipando as pretensões dos demais agentes e as estratégias de superação, dentro do *fair play*. O dever de influenciar das partes (acusação e defesa) pode ser deslocado (ilegalmente) à manipulação (situação muito verificada no Plenário do Júri, por exemplo). Para que o plano argumentativo tenha maior eficácia, o julgador deve estar em condições de entender os argumentos, isto é, aberto às novas informações, sob pena de se "falar para as paredes", motivo pelo qual a investigação preliminar e o monitoramento do comportamento do julgador (sinais de aprovação ou rejeição) devem ser constantes. Verificada a adesão antecipada do julgador a uma das teses, o roteiro deve ser ajustado (não mais convencer; será preciso modificar a conclusão do julgador), identificando-se possíveis pontos de virada (*plot point*), dado que insistir no argumento ineficaz é improdutivo (o **roteiro** deve prever alternativas manejáveis). Pode também autorizar o assentimento parcial estratégico (concessão), a saber, concordar com uma parte do argumento contrário para não perder todo o Caso Penal (negociar uma condenação menor, a pena reduzida);

3) Argumentação Oral ou Escrita: Podemos argumentar falando ou escrevendo. Não são equivalentes. Devem ser customizadas em face das distinções de abordagem e a quem se destinam, com encadeamento lógico dos argumentos. As manifestações (orais, petições, alegações, recursos, etc.) devem ser assertivas, diretas, encadeadas e coerentes. Muitos fazem relatório do caso, criando mais uma barreira à leitura. Por isso, a preparação será muito relevante, afinal de contas, ninguém presta a atenção em agentes processuais que demonstram não conhecer (muito bem) o caso e se perdem em páginas, provas, desconhecendo detalhes da hipótese em julgamento (causa péssima impressão). Claro que podemos nos esforçar para prestar a atenção, mas será menos efetivo do que a performance planejada, em que não há a impressão de tempo perdido, com abordagem direta aos pontos essenciais, demonstração de inferências lógicas dos argumentos, em linguagem bem articulada, coerente e aderente ao que pretendemos (estratégia). Devemos saber distinguir o essencial do supérfluo e, também, os "pontos fortes" dos "pontos fracos" de cada hipótese apresentada pelas partes. Aliás, as alegações finais servem justamente para propiciar o debate em contraditório, embora alguns entendam o seu caráter ornamental, principalmente os "subjetivistas". Sem respeito e atenção às alegações finais, reedita-se o modelo autoritário de processo penal, desprezando-se o contraditório como fundamento democrático da construção decisória;

Por exemplo, o tipo da letra usada deve ser a que o julgador usa em suas decisões, evitando-se adereços chamativos – afinal você quer chamar a atenção para isso? –, longas citações, petições enormes, cujo efeito, ao fim e ao cabo, será o de sequer serem lidas adequadamente. Assertividade, objetividade e robustez devem presidir a escolha do modo como se argumenta. Por mais que exista a tentação estética, cuidado com os exageros. *Visual Law* não é salão de beleza de petição; é assertividade cognitiva.

4) Contexto Polarizado: Na hipótese de o Caso Penal estar **polarizado (nós contra eles)**, as estratégias argumentativas devem buscar singularizar a situação, evitando o enquadramento coletivo, sob pena de ampliar, em demasia, os temas em discussão, ocupando o espaço do caso com a "violência urbana", "injustiças" etc. Por isso, constitui-se como tarefa recorrente a análise dos limites e graus do "espaço de argumentação" disponível no contexto;

"O sujeito autoritário tem orgulho de seus pensamentos como se fossem verdades teológicas que somente ele detém. Daí que haja tanta autoritária professando verdades. Toda pessoa autoritária se sente meio sacerdote de alguma coisa. [...] Como se não existisse 'outro' ponto de vista, outro desejo, outro modo de ver o mundo, outro que conhecer, ele procede mentalmente como o paranoico que detém todas as verdades antes de chegar a pesquisar o que as sustenta. E é claro que não dialoga com ninguém, porque a operação linguística que implica o outro é impossível para ele". **Márcia Tiburi**

5) Teoria da Derrotabilidade: Poderemos nos valer da funcionalidade da Teoria da Derrotabilidade para o fim de distinguir entre o sentido da norma "*prima facie*" (PF) e o "tendo tudo em conta" (TTC), em que a percepção abstrata da norma ganha novos matizes no contexto de uma singularidade. Por sua vez, o uso de doutrina e jurisprudência deve levar em conta a "empatia" dos demais agentes processuais. O uso deve ser moderado e estratégico (salvo se for algo muito novo e de fonte relevante, poucos prestam a atenção. Ler dispositivos legais traz como pressuposto o desconhecimento por parte do destinatário (que até pode ser verdadeiro, mas não deve ser exposto ostensivamente), motivo pelo qual deve ser usado com muita parcimônia (salvo com jurados) e por meio de recursos "suavizantes" (embora todos nós saibamos, vale a pena ler o disposto no art...);

6) Manter a Coerência: A **coerência lógica** da estratégia deve ser mantida. Por exemplo, o acusado perde tração quando primeiro alega "negativa de autoria" e, "caso rejeitada", defende a "tentativa". Existe

uma máxima no plenário do júri que diz: *quem tem muitas teses, não tem nenhuma*. A credibilidade das teses contraditórias se desfaz no plano narrativo. Será preciso escolher dentre as possibilidades, a que congrega maior probabilidade de acolhimento. Reconstruir o **Esquema Argumentativo** do oponente até o ponto em que se bifurca, situando o "ponto de referência", com a demonstração das forças do nosso argumento e a fraqueza do oponente, pode angariar melhores resultados do que o confronto inflexível. A busca por convencer deve ser alinhada com o dever de ouvir atentamente o oponente. Entender a dinâmica do argumento do oponente nos auxiliará a ajustar o Esquema Argumentativo;

7) Melhorar Sempre: Quem argumenta precisa inspirar confiança, honestidade, ética, inteligência, enfim, assumir a "persona" do lugar, com o cuidado de não parecer arrogante, vaidoso, presunçoso ou abusivo (jamais adote o tom "professoral"). Devemos melhorar as nossas habilidades argumentativas de modo recorrente, tanto com conhecimentos adequados, quanto pela observação de quem se destaca no campo do Direito. Sempre poderemos melhorar, evitando o trágico "excesso de confiança".

7.10 Falácias no Processo Penal

A – Definição:

Falácias são argumentos ruins que parecem bons, por violação lógica (paralogismo) ou por terem fundamento em fatores externos ao Direito.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Falácias na Argumentação: Na argumentação jurídica é comum o uso persuasivo das **falácias**, entendidas como **argumentos ruins que parecem bons**. *Manuel Atienza* demonstrou a importância de dominarmos a estrutura das falácias para que possamos identificar e desvelar a "trampa". Ser vítima ou usar falácias faz parte do cotidiano argumentativo, de boa ou má-fé. Podem ser articuladas do ponto de vista lógico, cognitivo, semântico ou pela invocação de critérios externos ao Direito. Iremos perceber como, às vezes, nos valemos de falácias sem sequer percebermos, enquanto outras vezes, o seu uso é tendenciosamente de má-fé. A nossa tarefa é a de apresentar o modo de funcionamento para que não caiamos no "conto do vigário". Mais adiante falaremos sobre heurísticas e vieses, que se associam ao conjunto de erros de abordagem de que somos vítimas e algozes ao mesmo tempo. Apresentaremos um rol meramente exemplificativo (a partir das contribuições de *Manuel Atienza*, *Douglas Walton*, *Adrian Sgarbi* e *Ali Almossawi*).

O conto do Vigário: "É um laço armado com habilidade à boa fé do próximo ambicioso. É o caso em que os espertos se fazem de tolos e o tolo quer ser esperto". **José Augusto Júnior**

"Alegar que um argumento contém uma falácia é uma crítica forte, pois significa que ele contém um sério erro de lógica ou, o que é ainda mais forte, que se baseia numa falha fundamental de raciocínio, podendo então ser refutado". **Douglas Walton**

Falácia Lógica: "Erro no raciocínio usado para fazer a transição de uma proposição [afirmação que pode ser verdadeira ou falsa, mas não pode ser as duas coisas ao mesmo tempo] para outra, resultando em um argumento falho. Falácias lógicas violam um ou mais dos princípios que constituem um bom argumento [série de proposições com o intuito de persuadir por meio do raciocínio], como boa estrutura, consistência, clareza, ordem, relevância e completude. É importante observar que encontrar uma falácia num argumento não equivale a provar que a conclusão é falsa – a conclusão pode ser verdadeira, mas necessitar de um raciocínio melhor para embasá-la". **Ali Almossaw**

2) Argumento de Autoridade: **a) Ataque**: "*Se o STF (ou o autor X) entende assim, é porque está certo*"; **b) Forma**: prevalece "*quem disse*" ou "*o que uma pessoa fez*" sobre as razões fortes. Em todo o caso, será necessário

associar credibilidade, por meio de documentação adequada, já que o peso do argumento se modifica e, apresentada com fontes fidedignas, ao menos faz com que o julgador tenha de enfrentar motivadamente o argumento. Se for somente invocada na superficialidade, tende a ser rejeitada também superficialmente; **c) Defesa**: i) distinguir o contexto ou o caso; ii) analisar as razões do argumento vencedor; iii) apontar a divergência entre outras fontes;

"Essa estratégia revela uma antiga falácia que deveria ser facilmente identificada pelos juristas, especialistas em argumentação: a falácia *ad verecundiam*, também conhecida como 'apelo à autoridade'. O argumento dos juristas recorre à reputação de uma pessoa (especialista) para validar uma proposição. Acontece que uma proposição a respeito de um fenômeno qualquer não se torna verdadeira porque uma autoridade a enunciou; sobretudo quando a autoridade em questão ignora as evidências disponíveis e os estudos de outros especialistas, ou comete erros metodológicos". **Rachel Herdy**

A Súmula 231 do STJ é reproduzida sem fundamento normativo válido, somente pelo argumento de autoridade. "Como dito anteriormente, não existe no ordenamento qualquer proibição para a incidência da atenuante quando a pena encontra-se no mínimo. Aliás, desrespeita-se tal ordenamento que prescreve que as atenuantes são de aplicação obrigatória". Cezar Bitencourt está correto ao afirmar que não reduzir a pena na segunda fase "é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal". **Aline Bozza**

3) Argumento de Autoridade Difusa ou Irrelevante: a) Ataque: "*Conforme orientação pacificada dos Tribunais ou da Doutrina (sem definir qual a referência do julgado ou da doutrina*)"; "*Conforme orientação do autor X*" (se o autor for desconhecido ou irrelevante do ponto de vista dos agentes com poder de decisão, de nada serve); **b) Forma**: buscar, sem especificar as razões fortes, argumentos de apoio (pode se dar por ausência de preparação ou como armadilha ao oponente (porque se protestar por não conhecer, pode ser ridicularizado pela ignorância; no caso de precisar invocar julgado ou autor deve-se antecipar o possível acolhimento por parte do julgador, porque, além de irrelevante, será amador. Ao juntar um parecer ou a oitiva de perito, deve-se apresentar as suas credenciais; **c) Defesa**: i) protestar pela indicação precisa da fonte genericamente indicada; ii) apresentar julgado ou doutrina relevante e especificada; iii) perguntar quem é a fonte (cuidado porque pode ser uma armadilha para demonstrar seu desconhecimento sobre o tema);

4) Argumento *ad hominem* ou do "Poço Envenenado": (pessoas ou grupos): a) Ataque: "*Diz isso porque é garantista/punitivista*"; "*Como alguém assim (formação, aparência, imoral, antiético, com antecedentes criminais, que não conhece a realidade das ruas porque vive no ar condicionado dos gabinete, etc.) pode ser levado a sério*"; "*Claro que absolveu o acusado porque é garantista ou membro da Associação de Juízes para Democracia (AJD)*"; "*Claro que condenou porque é membro do FONAJUC (Fórum Nacional de Juízes Criminais)*"; "*Como podemos acreditar nas testemunhas (ou acusado) que mora em tal bairro violento?*"; **b) Forma**: desqualifica a fonte e não o argumento; desloca o foco para a fonte (para a origem e/ou filiação teórica do agente); **c) Defesa**: i) distinguir a fonte do argumento; ii) focar no argumento; iii) apontar o preconceito ou estereótipo;

"O ataque pessoal é dirigido com bastante frequência contra a ética do argumentador, sugerindo que ele é desonesto, não é digno de confiança ou não é uma pessoa íntegra. Em outros casos, o ataque pessoal põe em dúvida a credibilidade do argumentador ou sua capacidade de argumentar racionalmente. Pode-se até mesmo sugerir que o argumentador é louco ou mentalmente desequilibrado e que, portanto, seu argumento não merece atenção". **Douglas Walton**

"Quando o crítico questiona a sinceridade ou objetividade do argumentador, insinuando ou afirmando que ele tem alguma coisa a ganhar com a defesa de um determinado argumento. Esse argumento é chamado também de *poço envenenado* porque sugere que o argumentador atacado tem um interesse oculto – que defende o seu ponto de vista por interesse ou por algum outro motivo escuso – e, por isso, não merece confiança como defensor de um argumento a respeito de qualquer questão. Enquanto fonte confiável, esse argumentador se torna um 'poço envenenado', por assim dizer, pois qualquer coisa que diga é suspeita, já que reflete sua posição unilateral". **Douglas Walton**

5) Afirmação do Consequente: a) Ataque: No caso de inversão ilegal do ônus da prova: "*O fato de o acusado estar na posse das coisas subtraídas é suficiente à condenação*"; "*O acusado está com droga, dinheiro e celular em local consabido de tráfico, então traficante*"; **b) Forma**: consiste na manipulação do "modo ponens", ou seja, quando as afirmações se confirmam (Se A – antecedente –, então C – consequente; A, portanto, C). O fato de o acusado estar na posse das coisas subtraídas não implica na realização do furto, enquanto ter praticado o furto implica em saber onde as coisas foram entregues ou estão (mas não autorizam a primeira conclusão). Do mesmo modo: estar em local de tráfico com droga, dinheiro e celular não implica em ser traficante, porque ser traficante não é estar com droga,

dinheiro e celular, já que seria necessário demonstrar a elementar do tipo, que simplesmente se "deduz" por mágica (claro que se mais elementos convergirem, pode-se condenar; isoladamente é uma falácia); **c) Defesa**: i) distinguir o contexto ou o caso; ii) apontar a existência de causas e explicações autônomas; iii) sublinhar a presunção de inocência e o ônus da prova;

6) Argumento a partir das Consequências: **a) Ataque**: "*Se reconhecemos a prova como ilícita, o acusado deveria ser absolvido, então ela deve ser considerada lícita porque foi ele*"; "*se reconhecermos a nulidade, teremos que refazer a instrução, motivo pelo qual rejeitamos a nulidade por ausência de prejuízo"*; **b) Forma**: prevalece o foco nas consequências e não na regularidade do ato; **c) Defesa**: i) distinguir a formação válida do ato como pressuposto (algo não pode ser válido pelas consequências); ii) sublinhar a premissa válida e a incoerência de que o resultado seja premissa lógica no processo penal;

7) Argumento do "Agente de Verdade" (ou da laranja podre): **a) Ataque**: "*Nenhum Juiz de Verdade decide assim*"; "*Nenhum Policial de Verdade mente*"; "*Nenhum Promotor/Advogado de Verdade joga sujo*"; **b) Forma**: buscar excepcionar e isolar o comportamento do agente das qualidades do grupo a que pertence; **c) Defesa**: i) focar no conteúdo do comportamento; ii) apontar que o grupo não está em julgamento; iii) sublinhar que já aconteceu antes e pode ter acontecido;

"Essa falácia foi descrita pela primeira vez em 1975 por Antony Flew em seu livro *Thinking about Thinking* (Pensando sobre pensar), em que ele nos dá o seguinte exemplo: Hamish está lendo o jornal e se depara com uma notícia sobre um inglês que cometeu um crime hediondo, à qual reage: 'Nenhum escocês cometeria algo tão terrível'. No dia seguinte, ele lê outra notícia em que um escocês é autor de um crime ainda pior. Em vez de mudar sua opinião sobre os escoceses, Hamish afirma: 'Nenhum escocês de *verdade* faria tal coisa'." **Ali Alossawi**

8) Raciocínio Circular (Petição de Princípio): a) Ataque: "*A acusação é falsa porque está baseada em falsidades*"; "*A acusação é verdadeira porque é verdade*"; "*O caso viola a dignidade humana porque o art. 1º da Constituição garante a dignidade humana*"; "*A decisão não é Justa e precisa fazer Justiça*"; "*A prova é robusta porque há prova*"; "*O acusado deve continuar preso porque está preso*" ou "*O acusado é mentiroso porque mente*"; **b) Forma**: A conclusão decorre de uma premissa afirmada, manipulada (com aparência) de conclusão; **c) Defesa**: i) demonstrar que o argumento é circular; ii) não há inferência lógica;

"Falácia da *petitio principii* ou da circularidade surge quando, com ligeiras modificações, a conclusão aparece nas premissas. Por exemplo, diz-se que exatamente pela testemunha estar dizendo a verdade ela não está mentindo. Para combater esta falácia deve-se mostrar que para aceitarmos as premissas já teríamos que aceitar a conclusão, o que não faz sentido". **Adrian Sgarbi**

9) Correlação Ilusória ou Causa Questionável: **a) Ataque**: "*Se o acusado foi encontrado com as coisas furtadas, é claro que é o autor do crime*"; "*Com a ficha de antecedentes do acusado, é claro que foi o autor do crime*"; **b) Forma**: correlação não é equivalente a causa eficiente, porque necessário acrescentar uma inferência válida (exige conector lógico). Da premissa não se infere a conclusão, porque estar no local do crime é suficiente à investigação (uma hipótese ablativa) e insuficiente à condenação, do mesmo modo que possuir antecedentes criminais não significa ser o autor. Ainda, o fato de se estar em determinado local ou em conjunto com outras pessoas não significa vínculo psicológico para prática de crimes, como ocorre nas imputações de tráfico e associação (especialmente com mulheres e familiares, em que a condenação se dá por arrastamento); **c) Defesa**: i) apontar outras alternativas e a carga probatória da acusação na demonstração, no processo; ii) utilizar de conectores lógicos para excluir

a inferência, demonstrando o erro lógico do raciocínio; iii) indicar outras causas possíveis e/ou prováveis do evento;

10) Generalização Precipitada: **a) Ataque**: "*O local do crime é um ponto de venda de drogas, conforme já julgamos muitas vezes antes, então é claro que o acusado é traficante*"; "*O modus operante é similar de condutas em que o acusado foi condenado, então deve ser o autor do crime imputado*"; "*Esse Promotor/Advogado/Delegado sempre joga sujo*"; **b) Forma**: a partir de um conjunto amostral reduzido (poucos comportamentos), atribuir generalizações inválidas. O fato de terem sido condenadas cinco pessoas por tráfico no mesmo local, não significa, somente pelo fato, que o sexto também seja traficante. A generalização também é perigosa quando algum dos agentes processuais ganha má-fama por algum deslize. Um erro pode ser generalizado para sempre e manchar a reputação; **c) Defesa**: i) distinguir o contexto do caso; ii) sublinhar a ausência de correlação lógica; iii) apontar a possibilidade de erros e de comportamentos em conformidade (autonomia do contexto e da interação);

11) Falso Dilema: **a) Ataque**: "*Você está do lado do Bem ou do Mal ao decidir?*"; "*Se reconhecer a prova ilícita você estará absolvendo um culpado?*"; "*É verdadeira a acusação que lhe é feita?*"; "*Você é a favor da punição ou garantista?*; "*Qual sistema processual você adota: Inquisitório ou Acusatório?*"; **b) Forma**: busca reduzir as opções a duas, reduzindo as alternativas. Todas as questões colocam o agente em posição de ter que diversificar para apontar outras opções, porque se responder diretamente pode cair na armadilha de depois ter que concordar com a pergunta subsequente em face da coerência lógica. Muito utilizado no questionamento testemunhal porque com uma primeira pergunta (sim ou não) se reduz o espectro de possibilidades de resposta; **c) Defesa**: i) apontar a existência de outras alternativas; ii) distinguir o efeito do compromisso prévio;

12) Argumento de Força (*ad baculum*): **a) Ataque**: "*Se você não aceitar será pior*"; "*Se você colaborar será melhor*" **b) Forma**: prevalece a ameaça do uso da força (física, processual, enfim, do poder lícito ou ilícito) sobre a força do argumento; **c) Defesa**: i) enquadrar a discussão em razões públicas; ii) dissociar o efeito da ameaça ao caso;

13) Argumento da Ignorância: **a) Ataque**: "*Não há prova de que o acusado é inocente*"; "*Não há prova de que o acusado não irá fugir ou reincidir*"; "*Não sabemos o que aconteceu, mas é a melhor explicação*", *"Não há nulidade porque o acusado não demonstrou o prejuízo"*, "*O acusado não provou que a arma era falsa"*; **b) Forma**: manipula a assimetria de informações sobre o passado ou a incerteza sobre o futuro para considerar provado algo sem evidências demonstradas (lógica não válida ou sólida). Consiste em tomar por verdadeiro um argumento que não foi demonstrado falso, manipulando-se a ausência de prova, em prova, por ausência de prova contrária. A ausência de prova, magicamente, transforma-se em prova; **c) Defesa**: i) situar a proposição no conjunto das normas processuais (presunção de inocência, devido processo, carga probatória da acusação

e de inferência probatória válida); ii) provar não ser falso, não significa que seja verdadeiro (álibi);

14) Argumento do Espantalho: **a) Ataque**: No plenário do Júri a acusação antecipa as possíveis teses defensivas de modo simplificado, distorcido, construindo um espantalho. A defesa, por sua vez, perde tempo e argumentos para desfazer a imagem que a acusação plantou. Durante a Audiência de Instrução e Julgamento: "*só falta dizer que não foi crime? Que o acusado é inocente"*; **b) Forma**: antecipar o argumento do oponente de modo deturpado, caricato e/ou deturpado, para reduzir o impacto ou a eficácia, exigindo que o oponente tenha que desfazer o argumento (tomando tempo). Quando dirigido ao Tribunal do Júri tem efeito mais impactante do que, em geral, ao Juiz togado. De qualquer forma, deve ser usado com moderação, porque submeter o adversário ao ridículo ou mesmo demonstrar que não respeita o ponto de vista opositor, pode ser prejudicial. O que importa é que o auditório (juiz ou júri) possa aderir à sua versão. Desqualificar para além do razoável somente é viável quando a tese do adversário for manifestamente inverossímil. Do contrário, pode soar arrogante e ter efeito contrário; **c) Defesa**: i) ressaltar o respeito pelo oponente e por suas teses; ii) apontar o erro descritivo e as razões do argumento; iii) sublinhar que o argumento foi desqualificado porque é forte e o oponente quer obscurecer o debate;

15) Culpa por Associação Eventual: **a) Ataque**: "*Se estava junto é porque sabia do crime"*; *"Se fazia parte do esquema de algum modo, deveria saber"*; *"Não dá para levar a sério o que diz porque faz parte da AJD/FONAJUC*". Também: "*Meu oponente acredita que o Processo Penal é de garantias. Sabe quem pensa assim? Todo bandido*"; "*Como o bairro é dominado por tal facção ou traficante, a alegação do acusado de que não faz parte do movimento não se sustenta*"; **b) Forma**: consiste em generalizar a ideia aos atributos de algum grupo malvisto pela parcela jurídica prevalecente. Incide na Cegueira Deliberada, dolo eventual, nos casos de associação criminosa e de coautoria (comum em condenações, por arrastamento, de familiares e mulheres no art. 35 da Lei de Drogas); **c) Defesa:** i) distinguir o contexto ou o caso; ii) sublinhar a inexistência de conectores lógicos; iii) apontar alternativas para a conduta;

16) Apelo ao Medo/Terror: **a) Ataque**: Nos pedidos de prisão cautelar e/ou nas decisões que se valem da falácia da "*escalada de violência*", de que, no caso de garantia da ordem pública, "*a imputação é de crime grave e a sociedade precisa de uma resposta em face do agigantamento da criminalidade*"; *"de credibilidade das Instituições"*; **b) Forma**: deslocamento do caso singular ao contexto coletivo de insegurança e medo, típico de sociedades complexas e desiguais (utiliza-se da heurística da disponibilidade pela constante notícia sobre crimes na mídia), desprovido de evidências concretas e cientificamente válidas (não há pesquisa empírica, nem dados adequados). Muito comum no plenário do Júri, em que o acusado fala dos crimes, da insegurança, enfim, de outra coisa que não o caso, mas

"Num julgamento criminal, a acusação precisa provar que o réu é culpado de assassinato. No entanto, o promotor argumenta que o assassinato é um crime horrível. Mostrando a camisa ensanguentada da vítima para o júri, ele se estende longamente sobre o horror desse crime e de todos os assassinatos. Se a argumentação da acusação continuar nessa mesma linha, pode ser que o tribunal ponha em dúvida sua intenção de argumentar que aquele réu é culpado do crime, sabidamente horrível, de assassinato. À medida que se torna razoável perguntar se tal argumento vai ser apresentado, é apropriado questionar a pertinência da linha de argumentação do promotor até o momento. Caso ele termine sua argumentação sem mencionar a questão da culpa do réu, poderá ser justificadamente acusado de cometer um caso clássico de *ignoratio elenchi*, pois deixou de provar o que sua argumentação deveria provar. Em suma, é razoável supor que ele tentou convencer o júri de que a questão em julgamento é se o assassinato é ou não um crime horrível. Mas é evidente que essa conclusão não é base para uma condenação".
Douglas Walton

consegue ganhar porque seduz falaciosamente os jurados. Também na concessão das cautelares como meio de evitar a motivação concreta; **c) Defesa**: i) foco no caso e singular e não no contexto social, a partir dos requisitos legais; ii) ausência de evidências científicas ou pesquisas válidas, além da fragilidade das estimativas, por ser mera opinião de quem argumenta; iii) apresentar evidências em sentido contrário;

17) Falácia da Bola de Neve ou da Ladeira Escorregadia: a) Ataque: Em audiência de custódia: "*Se o conduzido for solto voltará a praticar crimes e colocará toda a sociedade em risco*"; "*Se o acusado for absolvido, voltará a delinquir*; **b) Forma**: implica na afirmação desprovida de evidência, ainda que probabilisticamente possíveis, de que a aceitação levará inevitavelmente a resultados catastróficos**.** Derivação é a ladeira escorregadia; **c) Defesa**: i) distinguir o contexto ou o caso; ii) Não há base sólida e apelo ao pânico imaginário; iii) apontar a fragilidade do argumento genérico;

"A falácia da ladeira escorregadia ocorre quando uma proposta é criticada, sem provas suficientes, sob a alegação de que vai levar, por uma sequência inevitável de consequências estritamente ligadas, a um resultado catastrófico."
Douglas Walton

18) Argumento de Misericórdia ou Piedade: a) Ataque: "*Por favor, me dê mais uma chance*"; "*Preciso muito dessa liminar ou da cautelar porque é a minha chance de provar a culpa*"; **b) Forma**: apela para piedade e confiança do agente processual, sobre as razões públicas; **c) Defesa**: i) distinguir a necessidade ou o estado apontado e as razões públicas (gerais e abstratas); ii) apontar que o argumento não é uma exceção legal válida;

19) Falácia da Pergunta Complexa: a) Ataque: (sem pausa para resposta entre as perguntas) "*O assaltante usou uma arma? É a arma apreendida?"*; "*O senhor foi assaltado? O acusado foi o autor?"*; "*A testemunha estava no local do crime? Reconhece o acusado presente nesta sala de audiências?"*; **b) Forma**: agrupar duas proposições a serem respondidas em conjunto com "sim" ou "não", sem que haja coerência necessária nas respostas (muito utilizado na prova testemunhal e nos interrogatórios); **c) Defesa**: i) objetar e distinguir cada proposição em separado porque as respostas podem divergir; ii) demonstrar que uma pode ser verdadeira e a outra falsa; iii) apontar a indução da forma do questionamento (CPP, art. 212);

20) Falácia da Ênfase (Probatória): a) Ataque: "*O acusado não usou drogas hoje?*"; "*O acusado já parou de furtar?"*; **b) Forma**: a reposta "sim" ou "não" implica em admitir a conduta pretérita; traz consigo questionamento oculto; **c) Defesa**: i) objetar pela pergunta capciosa e indutiva (CPP, art. 212); ii) distinguir a pergunta atual da antiga; iii) apontar a má-fé do questionamento;

21) Apelo à Popularidade: a) Ataque: "*Todo mundo decide assim*"; "*Todo mundo sabe*" "*A maioria do Tribunal pensa assim*"; **b) Forma**: consiste em afirmar que se os demais acreditam na mesma coisa , só por isso é verdadeira, demitindo-se do ônus de provar o argumento**; c) Defesa**: i) exigir o ônus da prova, com evidências; ii) apontar a incoerência do argumento; iii) apontar a divergência com outras fontes;

"O que é passível de crítica num argumento *ad populum* é o uso do apelo emocional para disfarçar o fato de a verdadeira questão não ser abordada".
Douglas Walton

22) Apelo à Hipocrisia: a) Ataque: "*Você mente! – Mas você mente mais*"; "*Você joga sujo – Mas você também joga sujo, ou mais sujo*"; "*Quando no Júri o advogado impugna uma afirmação do Promotor de Justiça em relação à prova*

e responde que ele tem interesse porque recebe honorários do cliente, enquanto o Promotor Público defende a sociedade"; b) Forma: Significa deslocar o foco do argumento para a pessoa (*ad hominem*), em que o ataque pessoal procura ofuscar o argumento, apontando uma contradição anterior; c) Defesa: i) distinguir o argumento da pessoa; ii) apontar qual é o foco do argumento; iii) equivalência moral é inválida;

C – Controvérsia:

1) Fator *Júlia Roberts* (Decisão "Porque sim"): Fator *Júlia Roberts* significa a possibilidade de superarmos o argumento forte (*ratio decidendi*) das decisões do STF ou do STJ, construído pela doutrina (*Sérgio Cademartori, Lenio Streck, Jose Juan Moreso*), a partir da festejada atriz de cinema que protagonizou o filme "Dossiê Pelicano" (*Alan Pakula*, 1993, a partir do livro de *John Grisham*). Sobre os limites da privacidade e a criminalização da sodomia pelo Estado da Geórgia, nos EUA (*Bowers* vs. *Hardwick*), a Corte Suprema Americana, em 30.06.1986, por apertada votação (5x4), decidiu pela constitucionalidade. Na película, em invés de explicar e debater os argumentos, o Professor afirmou que o "precedente" estava dado, no que *Darby Shaw*, a aluna interpretada por *Julia Roberts*, diz que a Corte Suprema errou**.** O "precedente" merece respeito em face do caminho argumentativo, mas não é tombado/intangível. Pode ser revisitado em face de novos argumentos ou distinguido no caso em julgamento;

2) Efeito Manada e o Fator Voto Vencido: Somos forjados pela necessidade de estarmos atualizados. Ler jornal de ontem e revista da semana passada parece algo incompatível com a nossa exigência, na era da velocidade (*Paul Virilio*), de estarmos ávidos por lançamentos**.** A busca incessante por novidades e o medo de termos ficado para trás. As novidades brilham na jurisprudência, doutrina e, na lógica dos informativos online, sinceramente, não conseguimos chegar ao final do dia com as tarefas cumpridas. Viciados em novidades, fomos condicionados na lógica da obsolescência programada, em que o modelo mais novo, a nova geração, as tendências, mesmo que sejam reiteração e/ou maquiagem das anteriores, aparentemente apaziguam a insatisfação e o medo de não estarmos na moda. A tendência é a de usarmos os julgados sem buscar compreender a *ratio decidendi*, embora o nosso compromisso seja diverso: o que vale são os argumentos e não a "ementa". Há uma compulsão por admirar, copiar e legitimar quem nos conduz. A decisão judicial está vestida com as roupas da última coleção e garantida pela grife: STF e STJ. A lógica que preside essa situação é interna e a de reprodução do mesmo. **É um dos sintomas do "efeito manada". Por ele, alguns agentes processuais acabam fazendo como todo mundo faz, embora não saibam muitas vezes a razão.** A novidade jurisprudencial ativa a tendência de conforto hermenêutico, e faz com que o sujeito se demita da necessidade de pensar, economizando energia mental e precioso tempo. A decisão pronta que pode ser usada, sem maiores indagações. Devemos procurar,

A embalagem da ementa e do voto vencedor exclui da área de visão os votos e argumentos vencidos, diz *Salah Khaled Jr.* Em estamentos organizados, como magistratura e Ministério Público, os grupos evitam, de regra, o debate superado**.** O "facilita a compreensão e autoriza a conclusão de que a temática está resolvida. Ouvimos muito que "a questão está superada", e em vez de discutirmos o trajeto do argumento, as variáveis da compreensão, quedamo-nos com a conclusão que omite, muitas vezes deliberadamente, os equívocos de raciocínio ou as premissas equivocadas. E os votos vencidos podem ser preciosidades, até porque podemos decidir de maneira diversa diante da variação das premissas fáticas ou por novos argumentos. Mas, quem não sabe as razões da conclusão é incapaz de decidir autenticamente.

"Soam como outros tantos provérbios da sapiência jurídica (por exemplo: *"ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositivo" – "cessante ratione legis cessat et ipsa lex" – "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" – "inclusio unius exclusio alterius" – "in eo quod plus est semper inest et minus" etc.),* e são por vezes o mais perigoso instrumento nas mãos do juiz, desde que seja pouco experimentado na difícil arte de interpretar. Têm na verdade a aparência de princípios gerais e absolutos e, pelo contrário, não há um único que não seja falso como máxima geral: parecem as mais das vezes contraditórios e antitéticos, visto que em face de um, que afirma dada regra, é sempre possível encontrar um segundo que contenha regra oposta; tem cada um dêles um campo de aplicação com limites próprios, fora dos quais vigora a regra oposta, mas não exprimem quais sejam êsses limites. Ora um grande número dos erros cometidos na aplicação dos textos de lei, tem a sua causa direta e imediata no abuso que todos os dias os juízes e advogados fazem dêstes aforismos que, como foi dito, são todos eles falsos na sua generalidade". **Roberto Ruggiero**

STF, HC 87.926 (Min. Cezar Peluso): "Estou em que fere, igualmente, as garantias de defesa todo o expediente que impeça o acusado de, por meio do defensor, usar da palavra por último, em sustentação oral, sobretudo nos casos de julgamento de recurso exclusivo da acusação. **Invocar, para negá-lo, a qualidade de *custos legis* do Ministério Público perante os tribunais, em sede recursal, parece-me caracterizar um desses artifícios linguísticos que tendem a fraudar as garantias essenciais a sistema penal verdadeiramente acusatório ou de partes.** [...] Desse modo, entendo difícil, senão ilógico, cindir a atuação do Ministério Público no campo recursal, em processo-crime: não há excogitar que, em primeira instância, seu representante atue apenas como parte formal e, em grau de recurso – que, frise-se, constitui mera fase do mesmo processo –, se dispa dessa função para entrar e agir como simples fiscal da lei. Órgão uno e indivisível, na dicção do art. 127, § 1º, da Constituição da República, não há como admitir que o Ministério Público opere tão só como custos legis no curso de processo onde, em fase diversa, já tenha funcionado, mediante outro órgão, como encarregado da acusação, sob pena de se violentar a própria sintaxe acusatória do processo penal".

além da "ratio decidendi" dos votos vencedores, o conteúdo dos votos vencidos, em geral bem fundamentados, com alternativas argumentativas ricas. Logo: **a)** respire aliviado, porque é impossível acompanhar tudo e procure se informar em fontes que já separam a informação mais qualificada, desconfiando, sempre; e, **b)** preste atenção nos votos vencidos, dado que são verdadeiras fontes argumentativas, já que o vencido se esmera em demonstrar os equívocos dos vencedores;

3) Mantras, Adágios, Slogans (decisão intuitiva, sem reflexão): Durante a argumentação surgem "Mantras", "Adágios", "Slogans", muitos deles inspirados em "heurísticas" e "vieses cognitivos", desprovidos de racionalidade, capazes de apresentar a "Verdade Dada" pronta para o uso, promover "o fascínio da evidência ocular", enfim, impedem discussões racionais (como ementas, súmulas, dentre outros jargões do ambiente forense). Formam as ferramentas da "argumentação intuitiva", da "aparência de racionalidade';

4) Ministério Público é Imparcial: *Se o Ministério Público pode pedir a absolvição ou a condenação, por evidente, é imparcial*. **O argumento é falacioso**. O fato de poder pedir absolvição ou arquivamento é inerente à função acusatória no Brasil e no Mundo. Não existe correlação lógica entre o dever de requerer a absolvição em face da não comprovação da hipótese acusatória e a função de "parte-imparcial". A decisão do membro do Ministério Público pode procurar ser "imparcial" do ponto de vista objetivo e subjetivo, condição que não retira o lugar de fala: sempre será a parte acusadora. O lugar da imparcialidade no processo penal é somente do julgador. Mesmo quando intervém na queixa-crime, a função, age como "curador" do querelante (CPP, art. 45). Essa trampa lógica – paralogismo – é manejada como argumento de convencimento por certa parcela do Ministério Público, especialmente no Júri. O argumento é forte do ponto de vista da influência e contaminação cognitiva do corpo de jurados. A artimanha opera-se da seguinte forma**: a)** transfere-se o lugar de acusador para o "Promotor de Justiça", bradando em "alto e bom tom": "Justiça" (justo, neutro e consciente da defesa social); **b)** em que a função é a de procurar "Justiça", tanto que o nome é o de "Promotor de Justiça" e não "Promotor de Acusação"; **c)** afirma que já requereu a absolvição muitas vezes, sempre em nome da Justiça; e, **d)** com isso gira seu lugar de fala (de interessado, para imparcial) e, então, requer a condenação, por Justiça também. O *script* é banal, oportunista, ilógico e só convence leigos, ingênuos ou quem não parou para pensar sobre os lugares e funções das partes. Vale-se do mesmo estratagema para sugerir que o lugar de "Promotor de Justiça", imparcial, pode "mudar-se" para o testemunha isenta, para além da sua função, arregimentando o argumento de autoridade, como defensor da sociedade, para persuadir os julgadores de que devem condenar. Quando precisa se valer dessa argumentação é porque falta prova ou joga sujo. Perceba-se que o agente oportunista desloca o foco do conteúdo da prova dos autos, para cumprir a função

de "meio de prova". É golpe falacioso. Se o Ministério Público é parte, com relevantes funções constitucionais atribuídas (CR, art. 129, I), não deveria ter vergonha de ocupar o lugar demarcado. Aliás, assumir o lugar de parte é demonstração de ***accountability***;

Em geral quem entra em uma interação processual entra para ganhar, nem que ganhar seja pedir a absolvição (no caso do Ministério Público). **Explico**. Percebendo que irá perder o processo, quer no procedimento com juiz togado ou júri, a tática de pedir absolvição pode ser uma forma de ganhar.

"O discurso em favor da imparcialidade do Ministério Público serve tão somente para conferir maior credibilidade à tese acusatória, supostamente neutra e justa, em detrimento da argumentação defensiva". **André Augusto Mendes Machado**

"A afirmação do Promotor de 'Justiça' de que 'somente pede a condenação quando tem certeza' e de que o juiz-presidente seria testemunha disso (o que não foi rebatido pelo juiz, logo, confirmado), tem uma imensurável capacidade de aprisionamento psíquico do jurado leigo e contaminar o *fair play*, claro que em nome do Bem, do Justo, da Segurança Pública". **Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa**

5) In dubio pro reo e In dubio pro HELL: Decorre da Presunção de Inocência a regra de Juízo: se a hipótese acusatória não tiver suporte probatório, pela dúvida, absolve-se. Com a onda punitivista, juntamente com Salah Khaled Jr, indicamos a "mutação oportunista" para o *'In dubio pro HELL'*, com inversão do ônus da prova, sonegação/manipulação probatória e de inferências desprovidas de lógica e robustez. Daí que a vontade deliberada de condenar inverte a lógica do processo penal democrático, segundo a qual o acusado será ainda julgado, partindo-se da condenação preliminar que poderá ser desfeita pela defesa, em trabalho possível, mas improvável. Quando o juiz está "jogando junto", não há processo: há coautoria acusatória (CP, art. 29). Não é à toa que exigem do acusado "prova diabólica", afinal, "*In dubio pro HELL*";

"Em última análise, é preciso fazer uma clara opção pelo devido processo substancial, cada um no seu quadrado, sem funções de acusação e gestão da prova por parte do julgador (não pode se confundir com um dos jogadores), fundado na dignidade da pessoa humana – e, logo, na presunção de inocência -, ou por um processo de inspiração inquisitória, fundando na logica da persecução ao inimigo: in dubio pro reo ou in dubio pro hell?" **Salah Khaled Jr e Alexandre Morais da Rosa**

6) In Dubio Pro Societate: A única Presunção é a da Inocência. O fato de o *Standard* de Prova ser menor na admissão da acusação ou na decisão de pronúncia, não se correlaciona com o dito "*in dubio pro societate*". O uso se dá por conveniência (para evitar trabalho) ou oportunismo (para manipular a insuficiência probatória). É muito utilizada no recebimento da denúncia e na decisão de pronúncia, em que se omite deliberadamente a necessidade de motivação (incompatível com o art. 315, §2º, CPP), atribuindo-se poderes mágicos ao "*in dubio pro societate*". Ninguém que leia com olhos minimamente democráticos o texto de *Paulo Thiago Fernandes Dias* (A decisão de pronúncia baseada no *in dubio pro societate*) terá a coragem de continuar invocando esse mecanismo retórico de drible da singularidade do caso. Atualmente há movimento relevante para sua rejeição (STF, ARE 1.067.392; Min. Gilmar Mendes);

"O tema é o mero aforismo – não um princípio de Direito – *in dubio pro societate*, como eventual fundamento da decisão interlocutória de pronúncia, emergente no procedimento especial de Júri (art. 408, *caput*, do Cód. de Proc. Penal)". **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**

"Daí que a utilização em qualquer momento da regra de bolso do *in dubio pro societate* é uma 'gambiarra' retórica utilizada por atores jurídicos preguiçosos e muitas vezes alienados do seu respectivo papel de compreender autenticamente o regime probatório existente, analisando motivadamente o recebimento da denúncia, a decisão de pronúncia e a revisão criminal, três momentos em que se utiliza da regra de bolso do *in dubio pro societate*, uma das faces do I dubio pro hell". **Salah Khaled Jr e Alexandre Morais da Rosa**

D – Estratégia:

1) Raciocínio Lógico: Em cada item apontamos os meios de defesa. No decorrer do Guia voltaremos à questão das Falácias, também vinculadas ao modo heurístico de decidir. A defesa sempre será a de exigir "boas razões" lógicas (válidas e sólidas). Nem sempre Falácias são aplicadas de modo oportunista, mas devemos estar preparados para o uso estratégico.

ROADMAPCRIME APLICADO

ROADMAPCRIME

< Capítulo 8 >
RoadMapCrime Aplicado:
Mapeamento do Esquema
Decisório Construtivista

8.1 Funcionamento do Dispositivo do Processo Penal



A – Definição:

O Dispositivo do processo penal é composto por Normas de Estrutura (*standard*) e de Funcionamento (operacionais). Enquanto as Normas de Estrutura organizam o Dispositivo, as Normas de Funcionamento regulamentam a suaoperacionalização.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Normas de Estrutura (NE) e de Funcionamento (NF): Assumimos a relevância da distinção entre **Normas de Estrutura** (*standard*) e de **Funcionament**o (operacionais). Enquanto as **Normas de Estrutura (NE)** organizam e definem o **Dispositivo**, as **Normas de Funcionamento (NF)** regulamentam a operacionalização. Em cada etapa da persecução penal (Investigação Criminal, Justiça Negocial e Processo), as NE distribuem a função de comando e o poder de condução/impulso, por meio da aplicação das NF. As normas de organização do Poder Judiciário não são normas processuais, embora incluídas no estudo do Processo Penal justamente porque são prévias, diz *Gregório Robles*. É por elas que são estabelecidos os agentes que atuarão e o lugar do processo, fixando os lugares e as funções processuais. Essas normas criam as competências e preexistem ao processo singularizado, sendo, portanto, condição de possibilidade, ainda que possam ser discutidas (v.g. competência). A Constituição estabeleceu os órgãos julgadores, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia e estipulou as regras de fixação de competência. É somente a partir delas que se pode fazer acontecer o processo penal**.** E as regras dependem da convenção Estatal, ou seja, da elaboração de produção normativa. São um produto convencional, tanto assim que as regras – estrutura e funcionamento – variam conforme os países. Como estão postas por atos normativos, são linguagem, suscetíveis aos "jogos de linguagem". A nossa pretensão é a de melhorar o padrão da informação disponível (quantidade e qualidade) sobre as categorias do Dispositivo do processo penal, de modo organizado e integrado, com o fim de apoiar

"As regras que indicam no xadrez como os jogadores têm que mover os diferentes tipos de peças no tabuleiro e como têm que 'comer' são um exemplo claro de regras técnico convencionais. [...] O jogador é livre na decisão de mover ou não uma determinada peça, mas se decidir fazê-lo não estará livre para movê-la a seu bel-prazer. A regra que determina como se tem que mover uma peça no xadrez para que o movimento seja uma ação do jogo é uma regra necessária, não infringível".
Gregório Robles

"O termo 'jogo de linguagem' deve aqui salientar que o falar da linguagem é uma atividade ou uma forma de vida".
Ludwig Wittgenstein

o nosso Esquema Decisório. Por enquanto, precisaremos estabelecer o entendimento sobre alguns **conceitos operacionais** (**COP**; *Cesar Pasold*), ampliados na sequência, com o escopo de evitar confusões;

2) Desenho do Processo Penal: A **arquitetura** do processo penal tende a: **a)** estabelecer as normas jurídicas (princípios e regras) que regulamentam a estrutura, os lugares e as funções (poderes, deveres, direitos, oportunidades) dos agentes processuais; **b)** ser o modo pelo qual se verifica/estabelece a suficiência probatória da premissa fática, por meio de evidências (provas) válidas, produzidas em conformidade com as regras de existência, validade e eficácia; **c)** atribuir ou não a responsabilidade penal do acusado, através do silogismo entre a Premissa Normativa (válida) e a premissa fática (suficiência probatória do "discurso sobre os fatos"); e, **d)** aplicar ou não a pena (juízo de adequação das consequências);

3) Justiça Negocial ou Controversa: **a) Consensual**: Não há decisão do juiz sobre a conduta e sim homologação do negócio jurídico realizado pelas partes (acusação e defesa). As modalidades são: **i)** acordo de não persecução penal; **ii)** transação penal; **iii)** suspensão condicional do processo; e, **iv)** colaboração premiada (parcialmente); **b) Controversa**: a decisão do juiz atesta a "suficiência probatória" em face do *Standard* de Prova, promovendo a dedução entre a **Premissa Normativa** (válida) e a **Premissa Fática** (provada) e, caso positivo, atribui responsabilidade penal (aplica ou não a pena). A sentença é de mérito. Pode acontecer, antes da análise do mérito, a extinção do processo por circunstâncias definidas (p.ex. CP, art. 107; CPP, art. 61);

"A tese de que os contextos são construtos subjetivos dos participantes também dá conta da unicidade de cada texto ou conversa (ou de seus fragmentos), bem como da base comum e das representações sociais compartilhadas pelos falantes, na medida em que são aplicadas em sua definição da situação que chamamos de contexto".
Teun A. van Dijk

4) Singularidade: Cada caso penal é único (singular) porque não se repetem os componentes humanos (agentes processuais, acusado, vítima, interessados etc.) e o **contexto** em que são estabelecidas as verdades (situado no tempo e no espaço);

"Quando um cientista não sabe a resposta de um problema, ele é ignorante. Quando tem um palpite de qual seja o resultado, está incerto. E quando tem uma baita certeza de qual será o resultado, tem alguma dúvida. Descobrimos que, para progredir, é importantíssimo admitir a ignorância e deixar espaço para dúvidas. O conhecimento científico é um corpo de afirmativas com graus variados de certeza: algumas muito incertas, outras quase certas, nenhuma *absolutamente* certa. Mas nós, cientistas, estamos acostumados com isso, e partimos do pressuposto de que é perfeitamente coerente não ter certeza, que é possível viver *sem* saber. Mas não sei se todo mundo percebe que isso é verdade".
Richard P. Feynman

5) A incerteza e a dúvida inicial sobre os fatos: **a)** No **modelo Consensual** as partes (acusação e defesa) negociam a verificação, estabelecem os fatos e os efeitos (penais); **b)** No **modelo Controverso** a hipótese acusatória (a conduta imputada) se refere a evento pretérito (sempre aconteceu no passado e na realidade do mundo) a ser verificado no processo penal, a partir interação: **i) normativa** (aparato legal e científico); **ii) interacional** entre os agentes intervenientes (os que participam do caso penal); e, **iii)** do **contexto** situado no tempo e no espaço (as variáveis que comparecem no procedimento);

6) Agentes Processuais (Internos e Externos): Não se restringem aos Sujeitos Processuais tradicionais, incluindo todos os que podem influenciar no processo penal. Distinguem-se entre **Interno** (diretos; explícitos) e **Externo** (indiretos; ocultos).

Agente Processual Interno é o que participa, em maior ou menor grau, das etapas procedimentais: **a)** Juiz, Desembargador e Ministro; **b)** Promotor e Procurador; **c)** Defensor Público; **d)** Advogado Privado/

Liberal; **e)** Assistente de Acusação; **f)** Delegado e Investigador; **g)** Perito, Intérprete e Servidor; **h)** Acusado; **i)** Vítima; **j)** Testemunha e Informante; e, **l)** *Amicus Curiae*;

Agente Processual Externo: é o que não participa diretamente, por estar fora do desenho normativo, com a potência, em maior ou menos grau, de influenciar o resultado: **a)** Mídia (Imprensa e Redes Sociais); **b)** Instituições (Tribunal, CNJ, Polícia, Governo etc.); **c)** Grupos de Pressão (Movimento Social, Clubes de Serviço etc.); e, **d)** Familiares e Amigos;

7) Comportamentos dos Agentes: para materialização do processo, os agentes processuais (internos ou externos) realizarão comportamentos em conformidade ou não às normas. O desenho normativo parte do comportamento de **Boa-Fé Objetiva**, ao mesmo em tempo que limita as possibilidades comportamentais. **A Boa-Fé se materializa** no: **a) procedimento**: o desenho normativo deve atender aos princípios democráticos; **b) agente processual**: comportamento individual de conformidade. Os **agentes tomam decisões (Esquema Decisório)** com base em seu aparato cognitivo (possibilidades e limitações) e critérios/preferências: **a) normativos** (ordenamento em geral), **b) processuais** (normas de processo); **c) éticos** (pessoais); **d) morais** (coletivos); **e) deontológicos** (regulamentos profissionais); e, **f) pessoais** (próprios e variados, conforme suas crenças, ideias e conhecimentos). O marcador é de "sim" ou "não" (não existe comportamento meio ético/moral/deontológico/normativo). A escala é binária, a partir dos critérios previamente estabelecidos, que podem ou não estar em consonância com a posição dominante (**accountability**);

8) Complexidade: o nível de complexidade de cada Caso Penal deve ser avaliado a partir de diversos fatores, dentre eles: **a)** a quantidade de acusados (no mesmo processo ou em paralelos: grandes operações); **b)** o grau de cooperação dos acusados e agentes processuais; **c)** a participação externa ao processo da mídia e/ou de grupos de pressão; **d)** a incidência de espaços negociais (ANPP e colaboração premiada); **e)** a restrição procedimental e recursal; **f)** a dificuldade probatória; **g)** a complexidade argumentativa; e, **h)** a possibilidade de arranjos paralelos e/ou ocultos. Adotaremos a classificação: **i) Máxima** (maxiprocessos); **ii) Alta**; **iii) Média**; ou, **iv) Baixa**;

9) Planejamento: O planejamento de cada Caso Penal deve ser customizado conforme os indicadores diagnosticados na fase de levantamento e o gerenciamento de riscos associados a cada alternativa (**RoadMapCrime**). Deve atender a estrutura hierárquica dos níveis: **a) Estratégico**; **b) Tático**; e, **c) Operacional**.

10) Custos da decisão do Agente Processual: cada decisão e comportamento do agente processual decorre da análise de **custo-benefício** entre as alternativas possíveis, associadas ao gerenciamento de risco. Cada escolha exclui as demais alternativas possíveis (**custo de oportunidade – *trade-off***). Em uma bifurcação ou trevo, por exemplo,

TJSP, Ap 1011567-56.2015.8.26.0011 (Des. Ronnie Herbert Barros Soares): "DIREITO À IMAGEM – EX-PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA – FOTOGRAFIA DE CAPA DA REVISTA VEJA E REPORTAGEM APONTADAS COMO OFENSIVAS À HONRA [...] Ao mesmo tempo em que o político se submete a um processo de construção de imagem pessoal, destinado a conduzi-lo a ocupar cargo público, igualmente fica subordinado a uma renúncia de privacidade – e às vezes até mesmo da intimidade – a que não se converte o cidadão comum. [...] Do ponto de vista subjetivo não se exige de revista que mantenha neutralidade. A imparcialidade é atributo próprio de juízes e, embora por vezes se pretenda cunhar a imagem de isenção nos organismos de mídia, esse não é seu pressuposto. Ao contrário disso, o que se verifica nos dias atuais é a assunção de posições, a manifestação de opiniões pessoais ou institucionais por jornalistas, o desenvolvimento de crônicas, ou seja, a transmissão de informação adjetivada. A reportagem e a capa da revista não configuraram violação aos arts. 1º, inciso III; 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, ou aos arts. 12, 17 e 21 do Código Civil, não importando em ilícito previsto no art. 186 do mesmo Código".

escolhemos uma das possibilidades por vez (ou será preciso voltar depois, se tivermos escolhido errado). As decisões ocorrem a todo o tempo e são exteriorizadas por comportamentos. Desde a decisão de realizar ou não uma diligência, aceitar ou não o ANPP, denunciar, acolher a defesa, enfim, a todo o momento realizamos análise dos custos da decisão (objetivos e subjetivos) e de risco. **Os custos dividem-se** em: **a) objetivos** (diretos ou indiretos), **b) subjetivos** (pessoais ou de terceiros, inclusive acusado e vítima); e, **c) processuais** (custo das escolhas: aceitar ou não uma proposta de ANPP, interpor recursos ou *habeas corpus*, por exemplo, diante das consequências). Nos **custos objetivos** inserem-se os: **i) diretos** (fixos ou variáveis): físicos, alocação de tempo, **custo de oportunidade** (da alternativa excluída; também poderíamos estar atuando em outro caso com maior disponibilidade etc.), internalizados pela estrutura (pública ou privada) do agente processual; e, **II) indiretos**: terceirização de tarefas ou de ações operacionais. Nos **custos subjetivos**: **i) pessoais**: tempo, atenção, cognição, reputação, estresse, custo de oportunidade (poderíamos estar fazendo outra coisa, jogar futebol, correr, andar pelo mundo etc.), prejuízo nos relacionamentos profissionais e/ou pessoais etc.; e, **ii) externos**: consequências ou **externalidades negativas** incidentes em familiares, parentes, amigos e/ou clientes. Nos **custos processuais** (estratégico, tático e operacional): **i) perda das oportunidades** não escolhidas; **ii) preclusão** de fases procedimentais, probatórias e de justiça negocial; e, **iii) sistêmicas** em decorrência das consequências dos comportamentos (em geral pelo precário gerenciamento de risco). Por isso, a preocupação com a **mensuração de custos de modo dinâmico** (no decorrer da interação processual) é importante para podermos avaliar a decisão do ponto de vista dos custos associados e da estratégia. Até porque, a alocação de recursos (sempre escassos), demanda análise racional e não emocional. A contabilidade dos custos (manter os registros adequados) também autoriza a melhoria da gestão dos custos diretos (administração dos recursos alocados) do agente processual em cada caso concreto (custo do caso, da estrutura e dos profissionais, das escolhas), além de ser fundamental para estabelecer o orçamento do que se quer (todas as ações operacionais), de qual será a ordem de prioridade/urgência e quais serão as ações possíveis (factíveis diante do tempo, dos recursos e da eficácia pretendida). Configura-se como ganho estratégico a adoção de métodos de coleta, processamento e disponibilização de dados transformados em informação. Diante do aspecto dinâmico das variáveis que interagem e se influenciam, a capacidade de monitoramento efetivo (com recursos tecnológicos) tende a melhorar o desempenho do **Esquema Decisório**;

C – Controvérsia:

1] Máscaras Adequadas ao Contexto: A assunção do lugar de agente processual ocorre em ambiente institucional, apartado da vida privada, em que as preferências pessoais devem conviver com as imposições

institucionais e as atitudes dos demais agentes, por meio de máscaras (persona) adequadas à função e às necessidades contextuais da interação. Especialmente no Direito, *Johan Huizinga* aponta o processo como uma competição. O **Tribunal** é o lugar institucional em que a **estética** é diversa (toga, indumentária e ambiente), capaz de criar "realidade" separada do mundo da vida, onde ocorrer o espetáculo do crime e do castigo. O mistério e o enigma do processo, o caráter aleatório, as possibilidades de surpresa e mudança, tendem a fascinar**.** Os agentes podem estar dominados pela vitória a qualquer custo, afinal, ninguém entra, aparentemente, no jogo para perder. A estética e a performance podem roubar a cena. O espetáculo processual lança luzes narcísicas, promove o aparecimento de traços não existentes e/ou obliterados na vida privada. Pulsa. Agita. Explode. É o rito coletivo pelo qual a punição se realiza e, em muitos casos, "limpa" a sociedade do *bode expiatório* (René Girard). Por isso a necessidade de não se deixar seduzir pelo espetáculo emocional da punição, adotando a persona (máscara) mais adaptável ao contexto, de modo a manter a integridade, o *Fair Play* e a racionalidade (a habilidade deve ser treinada);

"Destruindo a vítima expiatória, os homens acreditarão estar se livrando de seu mal e efetivamente vão se livrar dele, pois não existirá mais, entre eles, qualquer violência fascinante". **René Girard**

"Afirmo que há poucas coisas na vida que sejam tão sérias quando o estado de jogo no qual os indivíduos se disponibilizam. Daí não ser tão incomum observarmos no cotidiano das crianças, dos adolescentes, dos adultos e dos idosos, discussões sérias emergirem em função de um jogo e, em alguns casos, chegando ao extremo da desavença". **Jeferson Retondar**

D – Estratégia:

1) *Accountability*, *Compliance* e Responsabilidade pessoal do Agente Processual: cada agente é responsável pessoalmente pelos direitos e deveres decorrentes da participação no processo penal, devendo ser responsabilizado pelos resultados "bons" ou "ruins" de suas decisões, sem a possibilidade de transferência de responsabilidade, em caso de resultados negativos, a terceiros. Consequência do dever de conformidade e ***accountability***. A conformidade do comportamento será julgada por diversas instâncias/órgãos, com a possibilidade de consequências negativas ou positivas, além do julgamento público, em especial pelas redes sociais.

8.2 *Compliance* Processual Penal

A – Definição:

***Compliance* Processual Penal é o conjunto de medidas, procedimentos e mecanismos (individual e/ou coletivo) estabelecidos com o escopo de evitar, detectar e intervir no caso de comportamento em desconformidade (irregular, fraudulento, ilícito, ilegal ou criminalizado), com o escopo de garantir o *Fair Play*.**

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) O Dever de Conformidade e de *Accountability*: Cada vez mais o regime de responsabilização dos agentes processuais exige medidas preventivas e de monitoramento de possíveis desvios do agente individualmente, da sua equipe e dos demais com quem intervém.

Embora pensada para pessoa jurídica, são as pessoas físicas que respondem pessoalmente pelas violações legais. O tema nos interessa pela perspectiva processual, a partir da **Boa-fé Objetiva**, do jogo limpo (*Fair Play*) e da ***accountability***. A denominação genérica de ***Compliance*** se vincula ao conjunto de medidas, procedimentos e mecanismos (individual e/ou coletivo) com o escopo de evitar, detectar e intervir no caso de comportamentos em desconformidade (irregulares, fraudulentos, ilícitos, ilegais ou criminalizados). Às vezes explícitos e noutras vezes mais sutis (gentilezas, favores etc.). Dispomos de regras de observância nos mais variados campos (penal, cível, administrativo, tributário, trabalhista, profissional, empresarial, processual etc.) e uma **Lei Anticorrupção** específica (Lei 12.846/20013). Em linhas gerais, as providências da Lei Anticorrupção, associadas ao sistema de governança anticorrupção (ISO 37.001 e regras do Guia FCPA), obrigam as empresas a implementar ações de comprometimento da alta direção, de criação de códigos de conduta e procedimentos, de treinamento dos funcionários sobre o comportamento em conformidade, de criação ou aprimorar mecanismos de controle interno, de promoção do gerenciamento de risco, de estabelecimento de canais de denúncia e de monitorando de forma contínua (investigações internas, *due dilligence* e punições);

Accoutability é uma forma de atribuir a cada um de nós a responsabilidade individual pelas consequências de nossos comportamentos (comissivos ou omissivos) e responsabilidades decorrentes do lugar e funções que exercemos, com a proibição de transferência de responsabilidades a terceiros

"As políticas de *compliance* tem por escopo garantir o cumprimento das normas direcionadas à área de atuação de determinada organização com o fim de evitar problemas jurídicos e de imagem oriundos de falhas de organização interna. A identificação precoce de falhas pelo sistema de *compliance* oportuniza a antecipação de problema, a diminuição de penalidades e o aperfeiçoamento interno dos controles para evitar a sua repetição. Por fim, além de assegurar a boa imagem empresarial no mercado, confere confiabilidade e evita embaraços intrínsecos a suspeita de colaboração com o crime organizado". **Fernanda Fragoso**

"A maior parte dos exemplos de corrupção não dizem respeito a valores em dinheiro, mas a gentilezas, influências, interpretações mais favoráveis, aceleração de trabalho, retardamento de outros, troca de favores... atos que se dificilmente resistiriam a uma análise legal e que indubitavelmente podem ser definidos como imorais e fraudulentos, sem, necessariamente, envolver valores financeiros". **Francisco Monteiro Rocha Júnior e Guilherme Bueno Gizzi**

2) Custo Benefício do Agente Racional: A decisão de cumprir ou descumprir as normas de conduta leva em consideração os custos (objetivo e/ou subjetivo) e os riscos (probabilidade x consequência). Está presente em nosso ambiente mais do que imaginamos. Basta vermos as "clausulas penais" dos contratos para percebermos que o Direito, embora regulamente a observância, também autoriza a estipulação de cláusulas pelo descumprimento. As normas penais, contratuais e processuais fixam o preço (consequência) da hipótese de violação do dever de conformidade. A decisão de cometer ou não uma infração, do ponto de vista do agente racional e econômico, depende da avaliação do custo-benefício, a saber, estimando se os benefícios decorrentes do comportamento serão maiores do que o preço da punição (consequência multiplicada pela probabilidade de ser descoberto e punido), decide transgredir; se forem menores, obedece. Sabemos, também, que calcular a probabilidade depende de dados confiáveis e da capacidade cognitiva do agente, mas mesmo assim, podemos tomar a lógica como válida. Em geral, diante de nossas limitações cognitivas, a decisão se dá por critérios intuitivos, emocionais, heurísticos, enfim, o que tivermos disponíveis no **contexto**. Independentemente de nossa capacidade cognitiva de avaliação, cada comportamento gera um custo potencial a ser pago (imediatamente ou no futuro);

"Por *criminal compliance*, por sua vez, compreende-se o sistema de contínua avaliação das condutas praticadas na atividade da empresa, tendo como objetivo evitar a violação de normas criminais, prática de crimes contra a empresa ou mesmo práticas danosas sob a perspectiva criminal". **Márcio Adriano Anselmo**

3) Dever de *Compliance* no Processo Penal: Somos submetidos ao dever de conformidade (***to comply***) no processo penal. O nosso comportamento pode ser obrigatório, proibido ou autorizado. Além das normas jurídicas, a depender do **contexto** em que o comportamento

ocorrer, da função que desempenharmos ou das pressões ambientais, estamos submetidos a diversos tipos de regramentos (*hard* e/ou *soft*). Teremos, ainda, os julgamentos de ordem ética (individual), moral (coletiva) e de desempenho (conforme seus objetivos estratégicos). Devemos nos lembrar que o Estado, na distribuição da **Confiança**, impõe normas das mais diversas ordens para evitar o comportamento **oportunista** dos agentes processuais (**Risco Moral** – Moral *Hazard*). As normas conferem expectativas de comportamento dos agentes estatais, afinal de contas, seria impensável aceitarmos que o Estado, por seus agentes, pudesse jogar sujo (fraudar, manipular, desconsiderar) as regras processuais. Sabemos que as regras de garantia do processo penal limitam o arbítrio e o abuso de poder. Por via de consequência, de boa-fé, podemos esperar o dever de lealdade normativa dos agentes processuais, embora nem sempre funcione, quer por inefetividade dos mecanismos de controle, quer por tolerância culposa ou dolosa das agências de controle;

Risco moral (*Moral hazard*) é a denominação da possibilidade de um agente mudar o seu comportamento em face do **contexto**, vinculada à questão da informação assimétrica, em que uma das partes possui informação em maior quantidade e/ou qualidade. Verifica-se nas relações principal-agente, diante da dificuldade de monitoramento de conformidade de todos os comportamentos do agente pelo principal (age no interesse próprio e não do principal).

"Inicialmente, cumpre destacar o papel importante que tem assumido a implementação de programas de *compliance* nas grandes corporações e, em consequência, as investigações preventivas ou posteriores a fatos lesivos a empresa ou suspeitos em relação a entes públicos. Tais programas têm estimulado as empresas a desenvolver um ambiente mais sadio de práticas comerciais, bem como, se devidamente implementados, possibilitam boas ferramentas de investigação interna que podem apresentar importantes subsídios às investigações criminais posteriores ou concomitantes". **Márcio Adriano Anselmo**

4) Prêmios e Punições: O enquadramento que faremos é o do processo penal, em que as normas procedimentais deveriam ser observadas e sustentadas pelos agentes públicos. Os estímulos adversos no processo penal podem ocorrer por: **a)** aplicação de multas processuais; **b)** punições administrativas, penais e civis, inclusive de abuso de autoridade; **c)** perda de prestígio, reputação ou relacionamento; **d)** condenação em custas; **e)** punições processuais em face da violação da Boa-fé Objetiva; e, **f)** prêmios (colaboração premiada, condecorações de mérito etc.). Em todos os estímulos (prêmios ou punições), o impacto deve ser suficiente para **extinguir** o comportamento operante alvo. A punição no processo penal, além das consequências diretas (pretendidas), pode gerar efeitos colaterais, vinculados ao **estigma** dela decorrente, a perda de reputação, o sentimento de injustiça, a ausência de responsabilidade pessoal, o desejo de vingança, a ira, o ódio e o revide, dentre outros (olho por olho). Avaliar o impacto da punição na interação processual presente e futura deve se realizar antes da decisão. Ainda pode o agente punidor valer-se da tolerância com o comportamento punível para reiterar o seu lugar do "poder", a saber, não pune o comportamento para obter a cooperação imediata ou futura do "agente punível" (tecnicamente prevarica). Pode, também, o **agente público** do comportamento operante ilícito/ilegal, valendo-se do "efeito esquiva", agir de duas maneiras: **a)** criar mecanismos diretos ou indiretos de **evitação** da atuação de instâncias de controle (ameaças, chantagens, fraudes, etc.); e, **b)** "esquiva hermenêutica" (no caso de decisões judiciais: omissão decisória, uso de retórico de falácias, de interpretações forçadas e dominadas, sem coerência normativa ou lógica etc.). Em ambas as maneiras, o agente busca mecanismos estratégicos capazes de camuflar/dissimular a manutenção do comportamento punível (reduz o risco de ser descoberto) e se "esquiva" da punição;

C – Controvérsia:

1) Controle Efetivo: A afirmação sobre o dever dos agentes estatais de observância das normas processuais pode nos parecer óbvia. O trabalho, no decorrer do livro, será o de demonstrar a existência de diversas condutas vedadas, mas que prevalecem, diante da ausência de mecanismos hábeis à **extinção** do comportamento operante. Para além das divergências interpretativas legítimas, de temas controversos, o fenômeno pode ser analisado pela constatação de que os mecanismos de reforço do comportamento "*Free Style*" (decida conforme bem lhe aprouver, desde que tenha aparência de motivação, modalidade de "esquiva interpretativa") precisa de objeções e atuação dos órgãos institucionais de controle para impor a conformidade, não necessariamente por punições. Mecanismos de ***Complicance*** decisório comportamental podem ser implementados com o uso da tecnologia. Mais adiante demonstraremos que mesmo com a introdução, pelo Pacote Anticrime, de norma processual expressa, impedindo o Juiz de decretar prisão preventiva de ofício (CPP, art. 311 e 282, §§ 2º e 4º), com confirmação da impossibilidade pelo STF (HC 188.888, Min. Celso de Mello), ainda assim o comportamento contrário continua operante. A adequação judicial ao comportamento desejado (não decretar prisão de ofício), depende da efetiva existência de responsabilização, mecanismos de ***Compliance*** e, se necessário, punição. Do contrário, cada juiz continuará a fazer o que bem entender, potencializando a continuidade do atual "estado da arte", em que não há estabilidade, coerência, consistência e previsibilidade do comportamento judicial. A modificação dos textos legais (como o Pacote Anticrime), com a imposição de novos comportamentos, na função de estímulo adverso normativo, promove a resposta dos intérpretes, mantendo ou extinguindo o comportamento (comportamento respondente). Mas se o custo de descumprir for baixo, já sabemos a resposta;

2) Judiciário do Compadrio: A "coautoria acusatória" entre o Ministério Público e o Juiz destrói a função de garantia do processo penal, porque o lugar de quem deveria sustentar as regras fica vazio. O processo passa a ser performático;

D – Estratégia:

1) Contexto Punitivo Institucional: A matriz de custo-benefício pode nos servir de uma chave interpretativa para entendermos a constante violação de regras probatórias, argumentativas e processuais por parte de agentes processuais (Magistrados, Ministério Público, Delegados, Defensores etc.), porque diante da pequena quantidade de membros descobertos e punidos (ainda que denunciados), muito pela incidência do "espírito corporativo" de proteção dos "seus pares", reduz-se a probabilidade de punição. A existência de normativa é condição à responsabilização, mas não suficiente, dado que exige a disposição

institucional, muitas vezes direcionada somente aos oponentes/inimigos internos ou para os casos de repercussão midiática. De qualquer forma, antes da punição, em qualquer situação, seria interessante a proposição de mecanismos de conformidade futura e de monitoramento;

Vale conferir o livro de Brandon L. Garret (*Too Big to Jail – How prosecutors compromise with Corporations*. Belknap Press, 2016) porque narra o modo *flex* como as grandes corporações são tratadas no ambiente judicial americano, preservando-se o mercado em vez da exclusiva punição, dado os efeitos sistemáticos que pode ocasionar na economia, privilegiando-se mecanismos de *compliance*. Deveria ser lida pelos agentes públicos no Brasil que muitas vezes agem desprezando os desastres que ocasionam por suas ações de horizonte limitado, ou seja, por ausência de capacidade cognitiva, má-fé ou *lawfare*.

2) Denunciar não é Sucedâneo de Recurso: Denunciar um agente público não é instância recursal, a saber, não se pode confundir as esferas. O uso instrumental da representação faz com que a tese processual debatida tenda a perder tração. Ademais, a violação comportamental precisa estar devidamente comprovada, para evitar o efeito rebote (ação penal e cível de indenização);

3) Rede Social não é Muro de Lamentações: A sensação fugaz de ter "dito o que queria" nas redes sociais pode ter o efeito pessoal de alívio, incompatível com o planejamento estratégico. Nenhuma ação deve ocorrer por impulso, já que uma vez na "rede", perde-se o controle dos efeitos. A utilização das redes sociais deve ser coordenada com finalidades maiores do que o "alívio imediato";

4) Não aceite, nem peça favor. O preço pode ser muito alto: Um favor, pelas regras costumeiras, rende um crédito a quem ofereceu. Mas como não há tabelamento no mercado de favores, em geral, surge o problema da assimetria entre custo-benefício**.** É uma operação de crédito/débito social que opera no ambiente jurídico. Importante é pensar os efeitos da delação premiada, tanto no ambiente judicial, como privado, dado que algumas organizações são violentas. *Raul Marinho* utiliza-se do filme "O poderoso chefão" para metaforizar o mecanismo, valendo-se do padrão criado por *Mario Puzo*: *Dom Corleone* (Padrinho e/ou *Godfather*): todo favor será cobrado, com juros; pagar pelo serviço é uma forma de não dever favores**.** Podemos evitar constrangimentos não pedindo, nem fazendo favores.

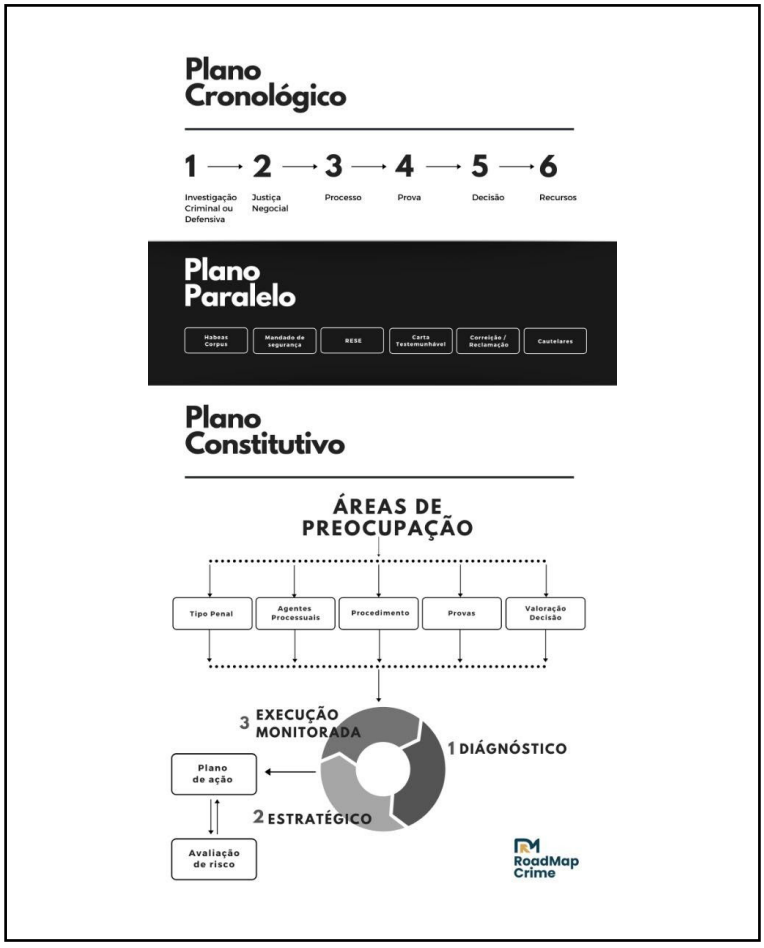
8.3 Processo Penal Estratégico: RoadMapCrime

O Modelo **RoadMapCrime** será aprofundado no decorrer livro. Buscaremos integrar os múltiplos critérios da decisão situados no contexto (tempo e espaço), a partir do ponto de vista defensivo, nos seguintes planos: **a) normativo** (jurídico ou científico); **b) subjetivo** (dos agentes isolados; expectativas de comportamento do agente individualizado); e, **c) interacional**: (do comportamento do agente processual no contexto da interação processual). O Planejamento do **RoadMapCrime**, ainda que aparentemente complexo, servirá para gerenciarmos adequadamente as nossas opções, porque **não faz sentido planejar e depois agir de modo irracional**. O esforço de planejar deve ser associada à disposição de implementar, por força do reconhecimento das limitações do nosso **Esquema Decisório**. Ao estabelecermos o conjunto de possíveis escolhas, estaremos melhor preparados à deliberação imediata (fixamos a hierarquia a partir da melhor opção).

A consequência da **integração dos pontos de vista** é o de que o conhecimento do caso é construído ativamente pelos agentes processuais (com seus aspectos biológicos, cognitivos, psicológicos, emocionais, epistemológicos etc.) em relação ao ambiente (realidade). É da **negociação** dinâmica (**construtivista**) entre os agentes, o procedimento de interação e o ambiente, que se estabelece a atribuição de sentido, sempre situada no contexto (tempo e espaço). A depender das condições do agente e as interações com o meio, podem surgir múltiplas respostas. Dito de outra forma: o *output* (resultado) depende do *input* (do que é inserido – dados e informação) e dos critérios do modo como é processado e avaliado. Com isso, os modelos de aplicação do Direito que desconsideram o aspecto dinâmico da constante integração entre agentes (com poder de dizer) e ambiente (com suas múltiplas facetas) não atende às nossas demandas de atribuição de sentido realísticos. Não há respostas antes das perguntas e do que será levado em consideração na decisão por quem detêm o poder de decidir. Os agentes processuais serão tidos como tendencialmente racionais, maximizadores da utilidade (esperada e não esperada), a partir da análise do custo-benefício. Reconhecemos as limitações humanas das mais diversas ordens (cognitiva, biológica, racional, emocional etc.) capazes de comparecer no ambiente processual. Os comportamentos serão avaliados pela conformidade normativa associados à performance do processo decisório e o gerenciamento de risco. A metodologia se vale de fases **não lineares** e que se interligam de modo cíclico e dinâmico (não sequencial), integrando-se na medida em que é elaborada no caso penal, conferindo robustez ao resultado final. Adotamos o **Processo Penal Estratégico** a partir das contribuições da Teoria dos Jogos e da MCDA-C, integradas a outras ferramentas cognitivas, lógicas, argumentativas, dentro do contexto da distribuição da **Confiança**, da **Boa-fé Objetiva** e do *Fair Play*.

Entre os "realistas" (o mundo existe fora de nós, independentemente das nossas percepções humanas) e "subjetivistas" (o mundo existe somente na percepção subjetiva), a nossa compreensão é "construtivista", cujo pressuposto é de que a interação sujeito-objeto é o resultado da negociação entre o sentido compartilhado pelos agentes processuais, a saber, nem objetiva, nem subjetiva: decorre da interação e do regime de verdade estabelecido como resultado do processo. A realidade decorre desse processo contínuo de mediação intersubjetiva e dinâmica.

A **síntese** da proposta Operacional do **RoadMapCrime** é:



Primeiro Passo: Definimos a existência de 3 (três) **Planos de Abordagem do Caso Penal** autônomos (que se influenciam entre si, mas podem ser decompostos isoladamente): **a) Plano Cronológico** (fases procedimentais); **b)** Plano Paralelo: Recursos e/ou Impugnações Incidentais do Caso Penal; e, **c) Plano Constitutivo**: Elementos Constitutivos do Caso Penal.

Segundo Passo: Estabelecemos 3 (três) **Etapas** definidas por ações que interagem e são adaptadas de modo dinâmico: **a) Diagnóstico** (finalidade: diagnosticar); **b) Estratégico** (finalidade: avaliar e decidir); e, **c) Execução Monitorada**: (finalidade: executar monitorar e ajustar os planos de ação).

Terceiro Passo: A singularização do Caso Penal opera-se pela decomposição em 5 (cinco) grandes **Áreas de Preocupação**: **1) Tipo Penal** (aspectos do crime imputado: requisitos para configuração, gravidade e qualidade); **2) Agentes Processuais** (perfil, qualificação, formação teórica, nível de relacionamento: expectativas de comportamento); **3) Procedimento** (as regras aplicáveis e as diversas alternativas de compreensão dos agentes processuais); **4) Provas** (o regime probatório: existência, validade e eficácia); e, **5) Valoração/Decisão** (*standard*

probatório, critérios de valoração e as expectativas de decisão dos agentes processuais). Cada **Área de Preocupação** é decomposta hierarquicamente até definirmos os **descritores** das variáveis relevantes à melhoria da compreensão e do desempenho, momento em que é avaliada e integrada de modelo (Plano Geral do Caso Penal).

Quarto Passo: Munidos de objetivos bem definidos e da avaliação de cada etapa intermediária, poderemos executar **Planos de Ação** robustos, mensuráveis e ajustáveis à Estratégia, associados ao gerenciamento de risco. Nos valemos de instrumentos de gestão (5W2H, SWOT, GUT, árvores de decisão etc.), capazes de melhorar o processo decisório. O **fluxo** é: **a)** decisão estratégica sobre a necessidade, objetivos e parâmetros do Plano de Ação; **b)** planejamento tático e pormenorizado do Plano de Ação; **c)** execução do Plano de Ação; **d)** monitoramento do desempenho estratégico do Plano de Ação; **e)** avaliação e ajustes do Plano de Ação; e, **f)** integração dos resultados no Plano **Estratégico Geral do Caso Penal**, com ou sem necessidade de novo **Plano de Ação** do indicador ou dos correlatos.

"Nesta matriz são cruzadas as forças (Strengths) e fraquezas (Weaknesses) bem como as oportunidades (Opportunities) e as ameaças (Threats) na análise de uma situação de interesse. Trata-se de relacionar as oportunidades e ameaças presentes no ambiente externo com as forças e fraquezas mapeadas no ambiente interno da organização que encampa o esforço estratégico. Estes quatro elementos servem como indicadores da situação da organização". **Adriano Mendes Barbosa**

< / >

A ferramenta apresenta os resultados consolidados a partir de **apenas um Ponto de Vista** dentre os agentes processuais (ou terceiros), porque parte das preferências pessoais e situadas no contexto do Caso Penal. Caberá ao usuário definir qual o seu lugar de abordagem (acusação, defesa, julgamento ou terceiro), desde seu ponto de vista **Estratégico** (qual o seu objetivo/meta), estabelecer os **aspectos** (elementos ou partes) de cada etapa do **Diagnóstico** (Estrutural, Dominante e Operante), mediante a construção da **Árvore de Decisão** do Caso Penal (**Áreas de Preocupação** hierarquicamente dispostas pelo agrupamento de aspectos/elementos homogêneos e relevantes), a fixação das preferências da **Escala Ordinal** que servirão de parâmetro de avaliação dos **descritores** situados no "nó terminal" de cada **Área de Preocupação**, a estimação dos **cenários** de **avaliação de risco** e a atribuição dos **pesos** de cada **Área de Preocupação** do Caso Penal. O **resultado** do preenchimento dos aspectos/elementos, por meio da inferência reversa e a transformação da **Escala Ordinal** das preferências ("Bom" e "Neutro") em **Escala Cardinal** (um valor numérico), demandará cálculos mais complexos. Para realização do cálculos, forneceremos duas opções: **a) Analógica**: consistente na necessidade de você realizar as operações matemáticas, com os recursos que dispuser (daremos indicações de métodos); ou, **b) Digital**: consistente na utilização da ferramenta **RoadMapCrime**, em que o cálculo é automático e rápido.

O Planejamento nos ajuda a consultar as informações e agir imediatamente, evitando o esforço de procurar os indicadores de cada decisão programada ou das mudanças abruptas de rumo. Os "ajustes" poderão ser realizados de modo mais eficaz, mantida a disposição

estratégica. Por mais que seja necessário investir tempo no planejamento, a compensação na hipótese de algo "não sair como previsto", confere "vantagem competitiva" ao agente processual, especialmente porque o tempo disponível tende a ser curto (evitamos nos lamentar depois de não termos dado a melhor resposta). Essa é a descrição **sintética** da Plataforma **RoadMapCrime**. Nos itens seguintes, daremos exemplos de "como" se pode realizar a decomposição em cada uma das **Áreas de Concentração** do Caso Penal (Tipo Penal, Agentes Processuais, Procedimento Legal, Provas e Valoração/Decisão).

8.4 ContextoS do Caso Penal (na visão do Agente Processual)



A – Definição:

Contexto do Agente Processual é um constructo subjetivo, singular e individual, formador do modelo mental dinâmico (em face dos estímulos da experiência ambiental), a partir de Esquemas Mentais capazes de controlar a produção e a compreensão do discurso, integrados à base social, constantemente atualizados e condicionado ao Esquema Decisório do agente. O Contexto do Caso Penal é estabelecido a partir da constante negociação/construção entre os contextos individuais e as posições de poder dos agentes processuais: o Contexto do Caso Penal é o conjunto agregado de Contextos Individuais dos agentes processuais.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) O contexto do Caso Penal? Em um primeiro momento, o esforço para definirmos Caso Penal pode parecer desnecessário ou simples, afinal de contas, em tese, nada mais é do que a conduta humana investigada ou julgada. O problema não é a definição abstrata e sim a concreta: quais os **pressupostos, requisitos e características** que definem o que será considerado Caso Penal no contexto, em nossa situação processual? Então vamos com calma, definindo, em partes, os possíveis contextos de atribuição, a saber, os momentos e **enquadramentos** que alteram a categoria "caso" à qualificada de Caso Penal. Vamos adotar como definição preliminar da palavra "caso": ocorrência, o que acontece, aconteceu ou pode acontecer;

"Pouca dúvida existe de que muitas vezes os jogadores deixam de perceber tudo quanto há por perceber num jogo".
Morton David Davis

2) Discurso sobre os fatos: a) a quantidade de fatos que se sucedem na realidade (física ou virtual) é infinito; **b)** a seleção de um fragmento, situado no tempo e no espaço, precisa ser destacada por alguém para que possamos atestar se: ocorreu/aconteceu (sim, em parte, não); **c)** alguém afirma ter tido contrato com o "caso", por meio dos sentidos (visão, audição, olfato, paladar e tato), enunciando a descrição da realidade empírica por meio de uma proposição, a ser corroborada por

outras evidências (provas: testemunhas, filmagens etc.); **d)** é impossível voltarmos no tempo para reproduzir novamente o fato histórico (não há *replay* ou VAR); **e)** o enunciador teve contato com os fatos em um contexto específico, situado no tempo e no espaço, com as limitações sensoriais, cognitivas, de conhecimentos prévios e do interesse subjetivo; **f)** o enunciador (vítima ou testemunha) pode ter cometido erros no processo perceptivo ou pode estar inventando o "caso"; **g)** o "caso", para se qualificar como "penal", exige que o "enunciado sobre os fatos", trazido pelo comunicante (corroborado ou não por outras evidências), possa ser inicialmente "acreditado" e "enquadrado penalmente" pelo agente estatal (responsável pela investigação criminal); **h)** aplica-se como método, nesse momento, a "abdução", consistente em se indagar: se o conjunto de enunciados fáticos trazidos pelo comunicante/enunciador pode explicar a relação de causalidade necessária para apuração de um crime determinável; **i)** a partir do juízo positivo da autoridade investigante, qualifica-se como Caso Penal, a ser apurado, por meio de regras de produção e validade probatórias, a existência de dados da realidade válidos e suficientes para que o "enunciado do caso histórico feito pela vítima/testemunha", **exclusivamente** "*no plano do discurso sobre os fatos*", possa ser verificado probabilisticamente; **j)** não podemos confundir, nem sobrepor o "fato histórico" (passado que não volta mais) com as evidências/provas que podem nos autorizar, por meio do processo penal, a inferir a "suficiência probatória". A diferença pode parecer sutil, mas será fundamental para evitamos os erros de enquadramento do Caso Penal, a saber, o que nos importará é o "plano do discurso sobre os fatos". Pelo trajeto que fizemos, podemos concluir que o Caso Penal apurado pela autoridade investigante, analisado pelo Ministério Público e julgado pelo Juiz, não se refere à dimensão empírica (ao fato pretérito), justamente porque não podemos voltar no tempo. O esforço do Estado é o de criar mecanismo hábil (processo penal) à produção de evidências válidas e sólidas para, por seus agentes públicos, poder estabelecer o grau de suficiência probatória (inferências epistêmicas) sobre os "*enunciados dos fatos*", "*no plano do discurso sobre os fatos*". **Em resumo**: **a)** as vítimas e testemunha descrevem (enunciam) as suas percepções sobre o evento histórico (um furto, por exemplo); **b)** o agente público, diante do que é enunciado, investiga evidências que possam corroborar o "*enunciado sobre os fatos*" (o furto), não no plano empírico de ocorrência (na mesma data e circunstâncias), por absoluta impossibilidade lógica (o tempo não pode retroceder ao momento em que o caso se sucedeu); **c)** o máximo que o agente público pode fazer é verificar se o "enunciado fático" (a proposição) do Caso Penal (furto), "*no plano do discurso sobre os fatos*" (interno ao processo penal), pelo conjunto de premissas e evidências válidas, acumulou a suficiência probatória necessária à conclusão de que a **probabilidade** de o Caso Penal (o enunciado sobre os fatos: furto) ter ocorrido, autoriza a imposição de sanções penais ao acusado. Os

nossos procedimentos conseguem, no máximo, **alta probabilidade**, nunca verdade real, até porque sempre existe a possibilidade de Revisão Criminal, ou seja, o próprio Sistema foi desenhado para lidar com possíveis erros. Daí se segue que trabalharemos com "proposições" (enunciados sobre os fatos) no "plano do discurso sobre os fatos" (processo penal). Por via de consequência, estamos autorizados a antecipar a imensa quantidade de variáveis que podem modificar as conclusões sobre a verificação ou não do Caso Penal. Dependeremos sempre de uma sequência de **enquadramentos** realizados por agentes humanos, no **contexto** específico, tendencialmente ambíguo, a partir de suas capacidades cognitivas e conhecimentos sempre limitados (submetidos aos processos de sensação, de percepção, de memória, de raciocínio e tomada de decisão);

"Taruffo adverte quanto aos riscos de confusão entre a dimensão empírica e o enunciado dos fatos no plano do discurso sobre os fatos. Quando, por exemplo, alude-se à construção discursiva dos fatos, cuja validade depende do contraditório, segundo Taruffo – e concordo com ele – o que se tem em mente não é o fato histórico, como realidade empírica, mas 'enunciados de distintas natureza, que se referem a ocorrências que se supõem que tenham acontecido no mundo da realidade empírica'." **Geraldo Prado**

3) ContextoS: É comum ouvirmos, principalmente nas redes sociais, que uma frase efetivamente dita pela pessoa, foi reproduzida "fora do contexto", a saber, a frase foi empregada com sentido diverso/manipulado do atribuído no "contexto de produção". Precisaremos entender um pouco mais sobre contextos porque trabalhamos, no processo penal, com textos, depoimentos, "discurso sobre os fatos", produzidos, valorados e utilizados em contextos diferentes. Não sabermos distinguir os "contextos", na condição de agentes processuais, ocasiona diversas confusões, ambiguidades, usos fora do contexto, debates improdutivos, além de podermos ser vítimas da manipulação de contextos, tática muito utilizada por agentes oportunistas (especialmente no Tribunal do Júri).

Percepção é a nossa capacidade de reconhecer, organizar e processar os dados de realidade captados pelos nosso sentidos (visão, audição, paladar, olfato, tato, –; alguns defendem também: equilíbrio e temperatura), nos limites de nossa capacidade de memória, para o fim de transformá-los em informação (informação é o dado ambiental, com sentido atribuído).

Atenção Consciente é a nossa capacidade de melhorar o desempenho do nosso sistema sensorial, por meio de 4 (funções básicas): a) vigilância: a detecção de sinais ambientais denotadores de estímulos; b) atenção seletiva: escolha dos sinais relevantes; c) atenção dividida: a alocação paralela da atenção em mais de uma tarefa; e, d) busca: a procura ativa de um sinal específico dentre tantos sinais do ambiente.

Pode parecer complicado assumir a premissa, mas vamos insistir: apesar de estarmos na mesma situação fática, por exemplo, uma audiência, a percepção dos eventos varia, ou seja, cada um dos agentes seleciona elementos da realidade para o fim de estabelecer o "contexto da audiência". É comum estarmos com outras pessoas e vermos partes da mesma realidade que não foram notadas pelos outros. Em geral, se não vemos, a situação, para nós, simplesmente não existe. Por enquanto, nos interessa fixar que, apesar de acreditarmos que estamos percebendo todo o ambiente, a nossa leitura da realidade é um "**constructo"**, a saber, uma construção mental pela qual organizamos e integramos os dados da realidade capturados pelo nosso aparelho sensorial, com atribuição de sentido pelo nosso cérebro, a partir do nosso conjunto de crenças, de ideias e de conhecimentos que dispomos em nossa memória (pressões internas: objetivas e subjetivas), associadas a pressões externas (objetivas e subjetivas). O resultado desse processamento de variáveis nos dá a (falsa e ingênua) impressão de que há plena correspondência entre o mundo que vemos e como ele efetivamente é. Em sendo a noção de **realidade um constructo subjetivo e individual**, submetido a diversas variáveis, é inválido pressupormos que a nossa particular apreensão da realidade é equivalente a dos demais agentes processuais. O que teremos é um conjunto situado de "realidades" em consonância ou dissonância, compartilhando ou não indicadores de realidade, cuja definição é

constantemente negociada/construída pelos agentes processuais. Em geral, as divergências não são relevantes e nos autorizam a conviver com os demais agentes, embora se vamos a uma reunião social, religiosa ou de grupos específicos (policiais, advogados, magistrados, membros do Ministério Público ou de vítimas de crimes, por exemplo), o conjunto de pressões ambientais (ou do grupo) podem nos gerar certo estranhamento (muitas vezes nos perguntamos: em que mundo vivem?). Sabermos que a apreensão da realidade é um constructo individual não nos autoriza a aceitar que cada um pode, no espaço do processo penal, fazer valer o "seu" constructo mental descolado da realidade e d dos critérios jurídicos. Por esse motivo, desde o início, deixamos evidenciado que o exercício de funções públicas exige conformidade aos padrões normativos e científicos. As disposições legais, na distribuição da **Confiança**, estabelecem critérios às decisões dos agentes públicos. O "efeito de realidade", mesmo assim, pode operar de maneira sutil no ambiente processual.

"O fenômeno permanece inexplicável enquanto o âmbito de observação não for suficientemente amplo para incluir o contexto em que o fenômeno ocorre". **Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don Jackson**

"Enquanto percepção social, a formação de impressões é genericamente influenciada por fatores de ordem cognitiva, como, por exemplo, as teorias implícitas, os estereótipos, os constructos pessoais, os esquemas de si próprio, as expectativas, as heurísticas e os enviesamentos que lhes estão associados, factores de ordem afetiva, e factores demográficos, como a idade e os papéis sociais". **Jorge Vale e Maria Benedicta Monteiro**

Voltamos à exploração da noção de **contextos**, em **dois níveis**: **a) dos agentes**; e, **b) do Caso Penal**. Seguiremos (com adaptações) a proposta de *Teun A. von Dijk*, para definirmos **contexto** como sendo: **constructo subjetivo de cada agente processual** (a representação da realidade, com pressões internas e externas, objetivas e subjetivas); singular e individual (único, no tempo e no espaço); formador de modelo mental (estabelece as coordenadas do entorno e do acontecimento); dinâmico em face dos estímulos da experiência ambiental (em que o agente atua e dá sentido aos acontecimentos), a partir de esquemas (categorias compartilhadas pela relevância individual – tempo, lugar, participantes – identidades e papéis – ação, propósitos e conhecimento); capazes de controlar a produção e a compreensão do discurso (processamento cognitivo individual do acontecimento), integrados à base social (conhecimento, atitudes, valores, ideologia, interesses, gramática, direito aplicado, reputação, honra etc.), constantemente atualizado (alteram-se, são adaptados e atualizados, durante todo o processo penal), na maioria das vezes planejados (há histórico e antecipação de quem, quando, onde e como as interações serão produzidas), providos de funções pragmáticas (adequados ao auditório e ao entorno comunicativo), que não confundem "texto" com "contexto" (o texto pressupõe um contexto de produção que, na maioria das vezes, permanece silenciado/omitido), bem como apresentam **r**elevância circunstancial (dependendo da trajetória em que se estabelece e se desenvolve), podendo ser micro e macro (dependem dos níveis de generalidade e singularidade), constituindo o **"**centro do meu/nosso mundo" (egocêntricos, a partir do agente "aqui e agora"), deslocando-se entre semântica e a pragmática (de aplicação do sentido e não exclusivamente seu conteúdo semântico), adequado (em cada situação de fala: no fórum, em casa, no parlamento, formal ou informal, respeitoso ou grosseiro), aos diversos gêneros (público ou privado, falado, escrito, multidimensional, institucional, privado etc.),

além de ser culturalmente variável (em cada cultura deve-se apurar seus fundamentos) e condicionado ao Esquema Decisório do agente (racional ou heurístico; capacidades cognitivas). O **Contexto do Caso Penal** é estabelecido a partir da constante negociação entre os contextos individuais e as posições de poder dos agentes processuais (de modo **construtivista**). **Em síntese**: o **Contexto do Caso Penal** é o conjunto agregado de **Contextos Individuais** dos agentes processuais. Podemos verificar, no que nos interessa ao processo penal, a interdependência da noção de contexto em: **a)** escritos, peças processuais, provas etc. (texto e contexto); **b)** conversações e diálogos entre os agentes processuais fora dos autos (diálogos de gabinetes; conversa sobre temas do cotidiano etc.); **c)** diálogos, argumentações, questionamento às provas testemunhais, atos de interação dentro dos autos; **d)** na colheita e reprodução da prova testemunhal e interrogatório; **e)** matérias da mídia ou postagens nas redes sociais sobre o caso ou agentes processuais; e, **f)** decisões judiciais.

"A tese de que os contextos são construtos subjetivos dos participantes também dá conta da unicidade de cada texto ou conversa (ou de seus fragmentos), bem como da base comum e das representações sociais compartilhadas pelos falantes, na medida em que são aplicadas em sua definição da situação que chamamos de contexto". **Teun A. van Dijk**

Podemos falar em **micro** contexto quando envolvemos na cartografia apenas os participantes do caso penal e **macro** quando incluímos o grupo ou segmento social do qual fazem parte e que terão de prestar contas, inclusive a mídia e outros fatores externos. O conteúdo da decisão poderá, muitas vezes, dialogar com a percepção do fato por terceiros. Daí que não perceber essa dupla frequência poderá acarretar dificuldades de largada**.**

"Como disse Albert Camus, no 'Estrangeiro', a decisão depende muito de se chegar a um veredicto, por exemplo, às dez horas da manhã ou às dez horas da noite. A decisão depende muito dos humores". **Agostinho Ramalho Marques Neto**

A leitura do contexto também é a proposta de Paulo César Busato, a partir da Filosofia da Linguagem, pela qual a verificação do injusto penal depende da construção da hipótese e não da mera normatividade deduzível *ex ante*. Tanto assim, que na aplicação da insignificância ou bagatela, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, somente o contexto poderá indicar a resposta (STF, HCs 123.734, 123.533 e 123.108).

C – Controvérsia:

1) Os Contextos Podem Mudar o Esquema Decisório do Mesmo Agente Processual: Se admitirmos que o **Esquema Decisório** do agente processual é suscetível também às pressões externas (estímulos ambientais), capazes de determinar a alteração da condição para decisão, por meio da modificação circunstancial da estrutura de incentivos a ser considerada na análise de custo-benefício, o pano de fundo social em que o discurso sobre o Caso Penal é apresentado precisa ser apurado. Além dos indicadores internos, o agente processual pode estimar o **risco** (negativo ou positivo) de seu comportamento decisório, ajustando a orientação a partir das variáveis consideradas relevantes advindas do contexto externo aos autos. A avaliação é sutil e implícita, realizada de modo racional ou heurístico e não pode ser desprezada no momento em que se executa o Plano de Ação. Para além das aparências, ciente da impossibilidade de informação completa, devemos buscar "sinalizações" que nos autorizem inferir a interferência de fatores externos, porque o contexto temporal da decisão transformar o resultado;

O Contexto do Caso Penal está incorporado a uma realidade situada no tempo e no espaço**.** Não raro as rebeliões, os crimes violentos, as situações circunstanciais da localização geográfica do processo, podem alterar o Esquema Decisório dos agentes. P.ex. se a cidade do processo estiver sendo alvo de atentados, alguns crimes estiverem em evidencia, existe a tendência de aversão à concessão de liberdade aos acusados presos em flagrante, diferentemente de época desprovida de fatores estressores. A pressão (midiática/social) e o medo são componentes da decisão judicial para além do processo, porque constroem o contexto decisório dos agentes processuais.

Richard Posner demonstra que a Corte Suprema Americana, a partir do mesmo instrumental normativo, decidiu de maneira diversa em face do contexto**.** Isso porque a noção de "liberdade" é mutável e depende do momento histórico, como se verificou no julgamento de "*Schenk vs Estados Unidos*" (249 US 47 – 1919) em que a Corte promoveu a releitura da Liberdade de Expressão constante na Primeira Emenda da Constituição Americana, fixando que somente há liberdade se atendidos os objetivos específicos (estabilidade política, prosperidade econômica e felicidade pessoal), razão pela qual a distribuição por Charles Schenck de quinze mil panfletos contrários ao recrutamento militar aos possíveis alistáveis, em tempos de guerra declarada, segundo o voto vencedor do Juiz Holmes, não poderia ser abarcado pela Primeira Emenda, ainda que em "tempos normais", pudesse ser.

2) O Contexto é de Cada Agente: Não poderemos cair na armadilha de estabelecermos o contexto dos demais agentes a partir dos nossos próprios critérios. É somente o trabalho criterioso e exploratório na identificação das variáveis relevantes ao **Esquema Decisório** dos demais agentes que poderá nos autorizar a estimar com maior precisão e acurácia as expectativas de comportamento decisório. Ao mesmo tempo, devemos agir de modo a respeitar os limites do jogo limpo, reconhecendo que na hipótese de interagirmos com agentes que agem de modo reprovável (ilegal ou ilícito), o escopo é o de identificar os elementos que compõem as condições da decisão e não as que julgamos mais adequadas, a saber, por mais que reprovemos as preferências dos demais agentes, devemos ter a capacidade de identificar os fatores reais de seu conjunto de premissas

(boas ou ruins), para que a atuação estratégica seja exitosa. A prospecção do **Esquema Decisório** dos agentes processuais é fundamental para o desenho dos mecanismos aptos ao encadeamento do discurso eficaz, porque, segundo *Dijk*, controla o modo como os participantes produzem e interpretam o discurso, habilitam a adaptação à relevância que cada um deles imputa ao discurso e, também, aos seus efeitos, proporcionando a verificação de manifestações verbais e não verbais dos agentes no sentido de localizar o elo cognitivo capaz de encadear o objeto do Caso Penal ao contexto. A necessidade de entendimento contextual é o mote da abordagem. É um passo a mais da interpretação gramatical ou cognitiva comum, para situarmos a reconstrução do contexto cognitivo do acontecimento**;**

3) O Contexto de Produção e o Contexto de Evocação da Memória: Estamos autorizados a diferenciar o "**Contexto de produção/aquisição**" e o **"Contexto de evocação/reprodução**" da prova testemunhal. Se o depoimento é um "enunciado sobre os fatos" e os "fatos" dependem da capacidade perceptiva da fonte humana (e suas limitações), o contexto de produção/aquisição (constructo subjetivo-objetivo da realidade), deve ser explorado para o fim de determinar os indicadores de realidade do momento de aquisição, comparados com o "discurso sobre os fatos" enunciado no contexto de evocação/reprodução. Poderemos avaliar a necessidade de explorar os indicadores potencialmente acrescidos por informações posteriores ao evento, capazes de conferir "coesão discursiva", por meio do processo humano (não necessariamente doloso, mas humano) de preencher as ambiguidades e omissões da percepção *a priori*. O relato *a posteriori* tende a "calibrar" os aspectos da realidade observada originariamente, associando conteúdo (desde aspectos objetivos: distância, altura, peso, idade, local, tempo, participantes, até elementos antes não percebidos), para o fim de "explicar melhor". Por termos definido que a memória é reinscrita a todo o tempo, a fonte humana sequer pode se dar conta do acréscimo, com os riscos das falsas memórias. Além disso, a diferença de contextos de produção (social, econômico, político ou cultural) entre a fonte humana e os agentes processuais demanda cuidados, para não se tomar uma coisa pela outra;

"Todo argumento pressupõe um contexto de diálogo em que há uma questão, ou talvez várias questões, em discussão. [...] Na prática, um dos principais problemas na avaliação de uma argumentação realista é que os argumentadores podem nem mesmo ter clareza acerca do que estão discutindo". **Douglas Walton**

"Enfim, o amor e o ódio são ambíguos, as relações entre os parceiros, complexas, os conceitos e origens da subordinação feminina, múltiplos, os movimentos feministas, heterogêneos e o conceito de violência, fluido. Portanto, não há como falar em modelo de casal violento ou de causa única para a violência entre os parceiros e/ou familiares. Determinismos não existem. É o exame do caso concreto, com suas especificidades e singularidades, que vai apontar se daquela relação dita violenta se pode extrair quem é vítima e quem é algoz, e se essas figuras – inclusive a figura da violência – encontra-se, de fato, presentes a exigir uma resposta penal". **Ana Luísa Schmidt Ramos**

D – Estratégia:

1) Dentro e fora dos ContextoS: A eficácia estratégica das nossas decisões, dentro do jogo limpo, dependem da capacidade de estabelecermos os ContextoS. Termos clareza sobre o que estamos discutindo, argumentando, debatendo, amplia o horizonte das nossas decisões. Deveremos monitorar constantemente o ambiente para não agirmos "fora do contexto" do Caso Penal do dos ContextoS dos demais agentes processuais (sobre os quais não temos poder de gerência, ainda que possamos influenciar). A tarefa de atribuir contexto é condição de possibilidade para o processo penal estratégico;

2) Planejamento para Ação: A nossa percepção da realidade é sempre parcial, porque dependemos do perfeito funcionamento do nosso aparelho sensorial e de diversas variáveis, pressionadas pelo tempo do processo (sempre limitado) e que nos exige muitas vezes decisões rápidas e imediatas, sem condições adequadas de raciocínio, momento em que planejamento e heurísticas podem fazer a diferença. Precisaremos elencar o conjunto de variáveis que devem ser monitoradas para que obtenhamos êxito argumentativo, tração cognitiva e coesão estratégica;

"De uma maneira mais geral, a confiança em nossos sentimentos viscerais funciona quando nossa experiência nos permite antecipar precisamente as consequências de nossas decisões – isto é, quando temos conhecimento o suficiente da situação – e (acreditamos) ter compreensão total de nossas reações no presente e no futuro. Porém, tudo falha da pior maneira possível quando as consequências são diferentes das que esperávamos – o que é bastante provável acontecer muitas vezes em um mundo incerto". **Erwann Michel-Kerjan e Paul Slovic**

3) A Importância dos Detalhes: Os detalhes que podem roubar a cena. Por serem múltiplas as variáveis do Esquema Decisório dos agentes processuais, um pequeno detalhe pode alterar o resultado. Elementos aparentemente irrelevantes, podem ganhar dimensões inesperadas, motivo pelo qual devemos monitorar até mesmo a vestimenta, a postura, o ritmo do discurso e a linguagem não verbal. Nunca se trata de mais uma hipótese, e sim de uma singularidade específica, contextual, única, provida de múltiplas nuanças que devem ser organizadas e tendem a ser decisivas no momento de tomarmos decisões processuais. Vamos ao Efeito Borboleta.

Um exemplo pode auxiliar: ao visitar o Jardim Botânico sozinho, com crianças, com um biólogo ou sua sogra, a riqueza de detalhes poderá ser diferenciada, já que o biólogo pode compartilhar seu horizonte de sentido fornecendo informações relevantes sobre cada planta/árvore, enquanto a sogra não (salvo se for bióloga). No Direito poderemos ter universos diferenciados diante do Esquema Decisório de cada um dos agentes. Essa fusão de horizontes, muitas vezes, faz com que se fale da mesma coisa com sentidos e nomes distintos, com mais ou menos detalhes**.** Disso decorre que poderemos falar da mesma situação da vida com sentidos diversos, sem cairmos no relativismo, como alguns já se apressam em criticar. Não podemos mais cair nas armadilhas das simplificações e das generalizações, cientes das artimanhas cognitivas. Será de fundamental importância o contexto da decisão.

8.5 Agentes Processuais Internos e Externos (Forças e Fraquezas)

A – Definição:

Os Agentes Processuais são todas as pessoas físicas, jurídicas ou grupos com poderes ou possibilidade de intervenção no contexto do Caso Penal.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Interação Processual (não se faz processo penal sozinho): As decisões no processo, por mais que sejam da responsabilidade do agente (***accountabily***), associam-se ao **contexto** em que são tomadas, composto pelos demais agentes (internos ou externos), com objetivos diversos (públicos ou pessoais). Em cada fase (investigatória, processual etc.), o aparato processual indica funções operacionais (limitadas: a parte não pode proferir sentença, nem o juiz oferecer denúncia, p.ex.) e atribui poderes (exercidos ou não). A interação constitui o processo penal e é da ordem do acontecimento;

"O processo não é unicamente ciência do direito processual, não é unicamente técnica de sua aplicação prática, é também leal observância das regras do jogo, isto é, fidelidade àqueles cânones não escritos de correção profissional, que demarcam os confins entre a elegante e valiosa maestria do astuto esgrimista e as desajeitadas armadilhas do trapaceiro". **Piero Calamandrei**

"A teoria dos jogos preocupa-se com o modo como indivíduos tomam decisões quando estão cientes de que suas ações afetam uns aos outros e quando cada indivíduo leva isso em conta. É a interação entre tomadores de decisões individuais, todos eles com um propósito em vista, cujas decisões têm implicações para outras pessoas, o que torna as decisões estratégicas diferente de outras decisões". **Scott Bierman e Luis Fernandez**

2) Agentes Processuais: A premissa de que os agentes processuais são os protagonistas do **Caso Penal** autoriza o cuidado de se decompor a **Área de Concentração** (**RoadMapCrime**) para o fim de se determinar aspectos relativos ao: **I)** Esquema Decisório (e de Argumentação); **II)** Perfil de Risco; **III)** Nível de Experiência, Habilidade (*skill*) e Recursos; **IV)** Engajamento Subjetivo ao Caso Penal; **V)** Histórico de Interações (investigação ou processo); **VI)** Direito Penal; VI) Quanto ao Processo Penal; e, **VII)** Jogo Limpo (*Fair Play*);

STF, Inq 4.831 (Min. Celso de Mello): "**Torna-se legítimo rememorar**, *no ponto*, **relembrando Sêneca** (4 a.C. – 65 d.C.), **importante** filósofo, pensador, escritor e Senador romano (**e**, *também*, **Cícero**, em seu "*Pro Milone*"), **a indagação retórica** por eles feita **e que guarda**, *até os dias de hoje*, **permanente atualidade:** "*a quem aproveita?*" ("*cui prodest?*") **ou** "*a quem beneficia?*" ("*cui bono?*") **manter oculto**, *sob indevassável manto de silêncio e em clima de reserva, de mistério ou de segredo*, **o conhecimento** do que se passou em mencionada reunião ministerial, **cujo conteúdo**, longe de discutir sensíveis questões de Estado ou de Segurança Nacional, **revela** determinadas manifestações **incompatíveis** *com a seriedade das instituições* **e** *a respeitabilidade dos signos da República*, **como o evidencia**, *p. ex.*, **quanto a alguns** dos seus participantes, *a ausência de decoro*, **materializada** em *expressões insultuosas*, **ofensivas** ao patrimônio moral de terceiros, **e** em pronunciamentos grosseiros **impregnados** de linguagem inadequada e imprópria a um sodalício composto por importantes autoridades na hierarquia da República".

3) Lugares: I) Internos: **a) Investigador** (Delegado – de Polícia ou Federal – ou membro do Ministério Público); **b) Defensor** (Defensor Público, Advogado Particular ou Defensor *ad-hoc*); **c) Acusador** (Ministério Público ou Querelante); **d) Julgador** (Juízes, Desembargadores ou Ministros); **e) Acusado**; **f) Vítima**; **g) Assistente de Acusação**; **h) Testemunhas** e **Peritos**, e, **i)** ***Amicus Curia*** ("amigo da Corte") e, **II) Externos**: **a) Mídia** ou **Redes Sociais**; **b) Familiares** ou **Grupos de Pressão**;

4) Lugar e Função: Ao lugar é atribuído um conjunto de regras e funções, cujo sentido depende da compreensão individual do agente processual. Nas práticas cotidianas, a tendência é de se verificar comportamentos variados (até mesmo contraditórios) de agentes que ocupam o mesmo lugar. A efetivação das funções (esperadas e reais) somente acontece no **contexto** do Caso Penal;

5) Rivalidade entre os Agentes: A incerteza acompanha a primeira interação (basta lembrar da primeira vez em tudo), afinal de contas, classificar as pessoas é útil ao futuro (evitamos riscos; reduzimos a incerteza). As interações geram impressões subjetivas (boas, neutras ou más) que podem comparecer em futuras interações (criam-se reputações). Pode-se causar (por dolo ou culpa) impactos subjetivos incontroláveis por situações extremas (discussão, enfrentamento etc.) ou mesmo aparentemente irrelevantes (comentário, careta, postagem em rede social, frase em petição etc.). Assumimos que a percepção da realidade é um constructo e, como tal, não controlamos o sentido atribuído pelos demais agentes processuais. Mas sabemos: "*quem bate esquece; quem apanha não*". A existência de **rivalidade** (silenciosa ou ostensiva) pode mobilizar o agente processual, a ponto de gerar situações típicas do **Dilema do Corajoso** (p.ex. Plenário do Júri);

6) O Risco e os Incentivos do Contexto: Os nossos comportamentos individuais devem se ajustar ao contexto e aos estímulos da estrutura de incentivos do **contexto**. A análise do comportamento, para ser mais precisa, exige que se enquadre o aspecto a ser avaliado, a saber, devemos selecionar do contexto situado (tempo e espaço) quais os aspectos relevantes demandam a nossa atenção (são múltiplas variáveis e não se pode avaliar tudo). O modelo sempre é uma simplificação da realidade e, por isso, há exigência metodológica para selecionar uma parte da realidade a ser avaliada (enquadramento seletivo e parcial). Com o **enquadramento** da situação e do comportamento relevante, poderemos avaliar e estimar as consequências (nos agentes e na interação). A **segmentação** (quebrar em partes) da análise do comportamento nos ajuda a entender as motivações e também autoriza definir os indicadores que devemos monitorar e ajustar na execução do Plano de Ação (manter, alterar ou extinguir). Em cada contexto de decisão podemos estimar os riscos associados ao comportamento (probabilidade x consequência: a probabilidade de ocorrência de uma consequência boa/ruim). A partir da análise racional de risco, adotamos, adiamos, adaptamos ou extinguimos a ação planejada.

Enquanto os comportamentos passados nos servem de aprendizagem a partir das consequências, os futuros dependem de estimativas vinculadas à capacidade de predição/antecipação de cenários (com maior ou menor probabilidade). Tendemos a acreditar que o nosso comportamento é constante. Se pensarmos com calma, perceberemos que dependemos muito do contexto. Já nos comportamos tanto de modo adequado como inadequado em situações similares (companheiros, casais, amigos, agentes processuais). A análise de nossas vidas sofre do "viés da estabilidade": mesmo com altos e baixos, quando refletimos, estamos mais calmos e podemos "nos enganar" melhor (explicar retrospectivamente é mais fácil). Do contrário (quando pressionados ou impactados emocionalmente), nem sequer conseguimos raciocinar objetivamente. Em geral, pelo nosso histórico, temos a preponderância de um certo tipo de "temperamento". Dizem que somos "calmos", "agitados" , "impulsivos" etc., "como se" tivéssemos esse "atributo" colado em nossas vidas de modo estático. Tudo bem que "na maioria" dos contextos nos comportamos de modo "calmo" ou "agitado". Mas o que se pode observar são "comportamentos" com as qualificações (boas/ruins; adequadas/inadequadas) em cada situação. Os comportamentos são observáveis e capazes de serem julgados em conformidade ou não às regras (éticas, morais, deontológicas e jurídicas). O comportamento nos revela porque apresenta ao mundo nossas forças e nossas fraquezas. Será o termômetro do desempenho e da reputação. O julgamento pode ser nosso ou de terceiros (cujo conteúdo não controlamos, nem o impacto). A satisfação pessoal com o desempenho pode se dar: **a)** no nosso íntimo e ser suficiente; ou, **b)** no ambiente coletivo em face das necessidades profissionais, por exposição própria ou por eventos que não controlamos (sorte ou acaso). **Reputação** é o nome da nossa imagem social. Mas não a que temos de nós mesmos e sim a de terceiros (pessoas, mídias etc.), que não controlamos nem o conteúdo, nem o impacto, porque está fora do nosso poder de gerência. Estamos sujeitos a sermos vítimas de ataques reputacionais (com ou sem fundamento fático) a cada momento. Uma notícia ou postagem desfavorável, fraudulenta ou maliciosa sobre nossa vida pessoal ou comportamento processual, por exemplo, pode destruir a reputação em poucas horas (em geral é possível localizar o agressor acionando os meios certos, mas custa tempo, dinheiro e conhecimento). Em tempos de "compartilhamento" nas redes sociais dos "erros" judiciais, todo o cuidado é pouco, justamente porque nossa atividade jurídica é de risco (quem não se deu conta disso ainda, chegou a hora). Como nos arriscamos a agir no processo, precisaremos gerenciar os riscos, a saber, a relação entre a **probabilidade** (crítica, alta, moderada e baixa – a partir do histórico próprio, de contexto similar e de vulnerabilidades) e as **consequências** (catastróficas, graves, moderadas e baixas; reputacionais, econômicas sociais, pessoais etc.) do comportamento/evento. A magnitude (consequência) do erro depende

"Não há guerra sem um inimigo. A guerra faz a união interna contra ele. Todos se unem para combatê-lo e aceitam sacrifícios razoáveis em busca de garantir o próprio futuro e dos seus. Essa técnica de criação do *hostis* já foi, de há muito, estudada pela psicologia das massas, percebida e posta em prática pelos detentores do poder do discurso da verdade". **Rosivaldo Toscano**

de diversos fatores do contexto e da nossa capacidade de estimar, além da pronta reação;

7) Perfil do Agente Processual: Para que o planejamento seja eficaz, será preciso definir as características dos demais agentes processuais: **a)** qual o **Esquema Decisório** (Lógico, Adaptável ou Heurístico); **b)**, qual o **Perfil de Risco** (avesso, neutro e propenso). posição subjetiva em relação ao risco; **c)** Qual ao nível de **Experiência, Habilidade (*skill*) e Recursos** (Principiante, Amador, Semiprofissional, Profissional e Elite); e, **c)** a capacidade técnica (experiência, habilidades e recursos). Para fins de definição da estratégia, podemos categorizar o agente processual:

I) Quanto aos Esquemas de Argumentação e de Decisão:

a) Lógico (Linear): tendencialmente racional e previsível (determinista, linear, lógica causa-efeito);

b) Adaptável (Linear e Não-Linear): comporta-se entre os extremos (racional ou heurístico) em face do contexto e dos agentes que interage; e,

c) Heurístico (Não-Linear): tendencialmente heurístico e intuitivo e (não determinista, não linear, contingente.

II) Quanto ao Perfil de Risco:

a) Propensos

b) Neutros

c) Avessos

III) Quanto ao Nível de Experiência, Habilidade (*skill*) e Recursos:

a) Principiante: i) **sem** experiência relevante e/ou habilidade adequada; ii) **não** usa de tecnologia associada a atividade; iii) **não** planeja o desenho estratégico da interação; iv) **não** dispõe de equipe de apoio treinada e capacitada; v) **não** estima riscos; vi) **não** gerencia custos; e, vii) **não** se adapta ao contexto dinâmico da interação do Caso Penal;

b) Amador: i) **parcial** experiência relevante e/ou habilidade adequada; ii) **não** usa de tecnologia associada a atividade; iii) **não** planeja o desenho estratégico da interação; iv) **não** dispõe de equipe de apoio treinada e capacitada; v) **não** estima riscos; vi) gerencia custos; e, vii) **não** se adapta ao contexto dinâmico da interação do Caso Penal;. Pode se sair bem em processos de baixa complexidade, mas com muita dificuldade nas demais (média, alta ou máxima);

c) Semiprofissional: i) experiência relevante e/ou habilidade adequada; ii) **não** usa de tecnologia associada a atividade; iii) planeja **parcialmente** o desenho estratégico da interação; iv) **não** dispõe de equipe de apoio treinada e capacitada; v) **não** estima riscos; vi) **não** gerencia custos; e, vii) se adapta **parcialmente** ao contexto

dinâmico da interação do Caso Penal;. É capaz de participar de partidas de média complexidade e, com cuidado, de alta complexidade;

d) Profissional: i) experiência relevante e/ou habilidade adequada; ii) **não** usa de tecnologia **robusta** associada a atividade; iii) planeja o desenho estratégico da interação; iv) dispõe de equipe de apoio treinada e capacitada; v) estima **parcialmente** os riscos; vi) gerencia custos; e, vii) se adapta ao contexto dinâmico da interação do Caso Penal. Atua em qualquer caso, mas com limitações nos de máxima complexidade (falta de tecnologia associada);

e) Elite: i) experiência relevante e/ou habilidade adequada; ii) usa de tecnologia associada a atividade (4.0); iii) planeja o desenho estratégico da interação; iv) dispõe de equipe de apoio treinada e capacitada; v) estima riscos; vi) gerencia custos; e, vii) se adapta ao contexto dinâmico da interação do Caso Penal. Atuam em qualquer contexto.

IV) Quanto ao Engajamento Subjetivo ao Caso Penal:

a) Engajado: o caso implica subjetivamente o agente (questão moral, honra, Justiça, p.ex.), tende a adotar comportamentos de maior atenção, cuidado e planejamento; e

b) Padrão: o caso recebe o tratamento padrão.

V) Quanto ao Histórico de Interações (investigação ou processo):

a) Melhor Cenário: **Bom** com o Delegado ou Julgador;
Bom com a parte oponente;

b) Bom Cenário: **Bom** com o Delegado ou Julgador;
Ruim com a parte oponente;

c) Regular Cenário: **Ruim** com o Delegado ou Julgador;
Bom com a parte oponente;

d) Pior Cenário: **Ruim** com o Delegado ou Julgador
Ruim com a parte oponente

VI) Quanto ao Direito Penal:

a) Muito Punitivista
b) Punitivista
c) Neutro
d) Minimalista
e) Muito Minimalista

VII) Quanto ao Processo Penal:

a) Muito Punitivista
b) Punitivista
c) Neutro
d) Garantista
e) Muito Garantista

"São os humanos que veem o mundo de forma binária. Algoritmos bem projetados raramente categorizam eventos como pertencentes a uma categoria, entre duas. Eles trabalham, em vez disso, com classificações ou probabilidades. O modelo de personalidade do Facebook atribui uma classificação extrovertido/introvertido para cada usuário ou dá a probabilidade de um usuário ser 'solteiro' ou estar 'em um relacionamento'. Esses modelos lançam mão de uma gama de fatores e produzem um único número, que é proporcional à probabilidade de um fato em particular sobre a pessoa ser verdadeiro. O método mais básico de utilização para a conversão de grandes números de dimensões em uma probabilidade, ou classificação, é conhecido como regressão". **David Sumpter**

VIII) Quanto ao Jogo Limpo:

a) Sempre Joga Sujo
b) Tendencialmente Joga Sujo
c) Variável – Joga Limpo e Sujo a depender do contexto
d) Tendencialmente Joga Limpo
e) Sempre Joga Limpo

Além disso, os aspectos particulares do Caso Penal podem mobilizar os agentes processuais ou manter o comportamento padrão (neutro) às contingências. Se a hipótese implicar subjetivamente (questão moral, honra, Justiça p.ex.), o agente tenderá a adotar comportamento de maior atenção, cuidado e planejamento. Definir o padrão de **engajamento** do agente é pressuposto ao planejamento, até porque podem acionar gatilhos oportunistas (fora das regras lícitas). Assumida a variável emocional, na hipótese de o agente não saber distinguir os registros (do caso e pessoal), corre-se o risco de se comportar irracionalmente. Equivale-se ao adicto (viciado) que, na busca de seu objetivo, amplia o risco de entrar em vieses típicos de "chapados", a saber, tão empolgado com a possibilidade de ganhar, que perder a dimensão do contexto (em geral, trágico). **O conselho é não se viciar no seu próprio Caso Penal**. *White* de "*Breaking Bad*" alertava: "*nunca fique chapado com a sua mercadoria*". Conhecer os perfis reduz a incerteza e melhora a acurácia das ações estratégicas, dentro do *Fair Play*. Toda classificação é um redutor de complexidade. Por isso, em face do caráter dinâmico da interação, a depender do contexto, o perfil pode ser mascarado, dissimulado ou se alterar por um mero detalhe;

"Não é o jogo [...] que faz com que os indivíduos se tornem arrogantes, viciados, egoístas, desconectados com a realidade. Mas sim, o modo como eles se apropriam desses jogos." **Jeferson Retondar**

"O macabro espetáculo do 'indevido processo ilegal' é imposto, e seus protagonistas, maliciosamente, fazem a massa ignara crer que estão 'prestando um relevante serviço à nação'. Na outra ponta, autênticos magistrados, cada vez mais raros, sofrendo *bullying* dos ladrões da liberdade e do Estado Democrático de Direito. Nos seus delírios medonhos, profanadores discípulos de ninguém se autoproclamam deuses, fazendo dos processos espécies de 'juízos finais' com seus tronos, anjos, trombetas e execrações públicas. [...] Que o digam nossos ruidosos delinquentes processuais, vitalícios carreiristas de estado". **Elias Mattar Assad**

"Mi análisis y los estudios sobre los que se construye llegan a la conclusión de que los jueces no son ni gigantes morales o intelectuales (qué se le va a hacer), ni profetas, oráculos, ni meros portavoces o máquinas calculadoras. Son trabajadores <<humanos, demasiado humanos>> que reaccionan del mismo modo que lo hacen otros trabajadores ante las condiciones del mercado de trabajo en el que actúan". **Richard Posner**

8) Cuidados Metodológicos: A identificação de **traços do perfil** do agente processual não pode ser levado ao pé da letra, ou seja, precisaremos sempre ajustar o modelo ao contexto real, cientes ainda de que lidamos com probabilidades e nunca certeza determinística. Por exemplo, acompanhar a "rede social" do agente processual é fonte relevante de informações. Mas o fato de o agente "curtir" e "seguir" um perfil específico (conservador ou progressista) constitui traço fraco, enquanto que, se for um conjunto significativo de perfis, passa a ser relevante. O fato do agente seguir um perfil conservador pode ser indicador de sua postura ideológica, mas nem todos que seguem o perfil são conservadores, porque podem ser curiosos ou mesmo opositores. O erro lógico da **correlação ilusória** campeia o ambiente da "regressão" selvagem. O que teremos são tendências. Será preciso quantidade significativa de indicadores para que se possa afirmar com certo grau de verossimilhança, sem que nunca tenhamos "certeza". Associada a pesquisas e fontes externas, podemos melhorar a precisão e a acurácia;

9) Melhorar o Planejamento: Definir o perfil dos participantes da interação amplia o horizonte estratégico. Além dos perfis, será necessário apurar a existência de **agentes externos** com poder de influência na interação (mídia, grupos de pressão etc.), de vítimas ou acusados com

poder e/ou importantes. Será preciso reconhecer os próprios limites, isto é, ter a responsabilidade de não aceitar participar de interações em que a acusação imputa crimes que não dominamos ou de casos cuja complexidade esteja para além dos recursos disponíveis. É demonstração de maturidade. Assumir as próprias limitações nos impulsiona a buscar novas habilidades e recursos, porque a reputação pode ser destruída em apenas um caso. *Usain Bolt* ganhou medalhas de ouro em três olimpíadas. *Michael Phelps* ganhou 23 medalhas em Olimpíadas. As Olimpíadas acontecem em período específico e não ficam eles aguardando no sofá assistindo séries no *Netflix* durante os 4 (quatro) anos. Há longo período de preparação, treinamento, até o grande dia. Profissionais (elite) de qualquer atividade ou competição sabem que "*treino é treino e jogo é jogo*". Sem treino e planejamento, dependerão da sorte (ataques de pânico, de desespero, perda da calma, acontecem em maior frequência com quem não se prepara). Talvez sofram do "viés otimista" (tudo vai dar certo), postura ingênua, própria de agente incapaz de assumir a responsabilidade pelo lugar e função que exerce, não raro colocando a culpa no juiz, na parte adversa ou na testemunha, enfim, falta de ***accountabiity***. O custo de oportunidade da atuação estratégica é grande (sempre há alguma atividade mais prazerosa a se fazer). Contar com a sorte quando a liberdade de alguém está em jogo é atitude típica irresponsável. Por fim, perder o Caso Penal não é, necessariamente, sinônimo de erro, justamente porque o erro é o traço do que se desvia daquilo que poderia ser (o melhor resultado possível dentro do *Fair Play*);

10) Novas Habilidades: Procuraremos diminuir os **erros** decisórios por meio de ações de preventivas consistentes em desenvolver e obter habilidades (*soft* e *hard*) e também mitigar deficiências: **a) técnicas** (desconhecimento de leis, ausência de habilidades e desatualização - doutrina e jurisprudência); **b) cognitivas** (limitações que fomentam o desacordo com a realidade: engano, vieses, heurísticas, inexatidão e incorreção, dissonância cognitiva, etc. ou impliquem na representação inverídica, parcial ou falsa de pessoas, objetos, relações, ideias, conceitos, etc.); **c) estratégicas** (não possuir as habilidades de planejamento, organização, avaliação e execução de litigância); e, **d) tecnológicas** (não estar minimamente atualizado sobre o uso de tecnologia, em especial as Unidades de Inteligência Policial);

11) Mídia e Processo Penal do Espetáculo: Devemos distinguir entre o dever de **informar** e a **exploração publicitária** do julgamento "com a mídia" e o "pela mídia'. O direito de informar é constitucionalmente garantido (CR, art. 5º, IV). O crime pode se transformar em produto e trazer algumas complicações de convivência democrática, trazendo a mídia como **agente externo**, dado o poder de sugestão e/ou pressão que pode operacionalizar, de modo neutro ou interessado. O direito de informar, mormente quando se trata do "produto crime", muitas vezes, transforma-se em poderoso mecanismo de convencimento da "opinião

"Sabe-se que o espetáculo é uma construção social, uma relação intersubjetiva mediada por sensações, em especial produzidas por imagens e, por vezes, vinculadas a um enredo. O espetáculo tornou-se também um regulador das expectativas sociais, na medida em que as imagens produzidas e o enredo produzido passam a condicionar as relações humanas: as pessoas (que são os consumidores do espetáculo e exercem a dupla função de atuar e assistir), influenciam no desenvolvimento e são influenciadas pelo espetáculo". **Rubens Casara**

publicada", servindo de instrumento de pressão aos julgadores (público ou jurados leigos). Os jurados, ademais, estão expostos a contingências, dado que estão em casa, são convocados, julgam e retornam às suas vidas, desprovidos de garantias constitucionais conferidas aos juízes;

12) Processo Penal do Espetáculo: Até que ponto o **imaginário forense** é influenciado pelas coberturas jornalísticas dos crimes, dos programas e das séries de televisão? O impacto da mídia nas decisões judiciais é tema recorrente no noticiário, principalmente porque vivemos o **Processo Penal do Espetáculo**, nos dizeres de *Rubens Casara*, seguindo a linha de *Guy Debord*. Na sociedade da ostentação, em que não basta fazer, porque é preciso se exibir, quer em noticiários, quer nas redes sociais, ver e ser visto passou a ser o sintoma de toda uma geração. E os efeitos narcísicos da ostentação das prisões, da apresentação dos conduzidos como "caça", enxovalhando a reputação e a dignidade, transpassam os limites da informação. Os programas "escorre sangue" buscam o lucro (vender patrocínio), motivo pelo qual quanto mais violento for o crime,mais imagens do evento, se possível o rosto (a face do "criminosos"), maior será a audiência e o sucesso comercial (bode expiatório – *René Girard*). E as imagens invadem os Tribunais, contaminando, muitas vezes, a prova testemunhal e o imaginário dos jurados.

"A linguagem sensacionalista, caracterizada por ausência de moderação, busca chocar o público, causar impacto, exigindo seu envolvimento emocional. Assim, a imprensa e o meio televisivo de comunicação constroem um modelo informativo que torna difusos os limites do real e do imaginário. Nada do que se vê (imagem televisiva), do que se ouve (rádio) e do que se lê (imprensa jornalística) é indiferente ao consumidor da notícia sensacionalista. As emoções fortes criadas pela imagem são sentidas pelo telespectador. O sujeito não fica do lado de fora da notícia, mas a integra. A mensagem cativa o receptor, levando-o a uma fuga do cotidiano, ainda que de forma passageira. Esse mundo-imaginação é envolvente e o leitor ou telespectador se tornam inertes, incapazes de criar uma barreira contra os sentimentos, incapazes de discernir o que é real do que é sensacional". **Ana Lúcia Menezes Vieira**.

CR, art. 5º, IV: "É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independentemente de censura ou licença".

"Recompor o lugar e a função do Direito e do Processo Penal parece ser o desafio atual diante da espetacularização das prisões e investigações criminais acompanhadas pela mídia. Não se trata de evitar a responsabilização de quem quer que seja. O importante é que a civilização nos mostrou que a condenação antecipada, sem processo, vira massacre simbólico, com ou sem razão de mérito. Mas talvez resida no massacre simbólico e midiático a pena que o Direito Penal do Espetáculo, no fundo, deseja. Tenhamos sorte de não virarmos produto". **Salah Khaled Jr e Alexandre Morais da Rosa**

C – Controvérsia:

1) Estupidez Processual: *Carlo Cipolla*, em "*As leis fundamentais da estupidez humana*", resume o contexto da interação com estúpidos: **Primeira**: o número de estúpidos sempre é subestimado. **Segunda**: a possibilidade de que um indivíduo seja estúpido é independente de qualquer outra característica. **Terceira**: o estúpido causa prejuízos aos demais sem benefício para ele mesmo e inclusive com desvantagens. **Quarta**: os não estúpidos subestimam a potência destrutiva dos estúpidos, além de esquecerem do fato de que tratar com estúpidos tende a ser um erro custoso. **Quinta**: entre os diferentes tipos de pessoas, os estúpidos são os mais perigosos. Adaptamos a classificação de *Cipolla* aos agentes processuais: **a) Inteligente** (age em benefício próprio e gera resultados sociais positivos; **b) Ingênuo** (tende a beneficiar aos demais e causar malefícios a si próprio; **c) Bandido** (obtém benefícios prejudicando outros e à sociedade); e, **d) Estúpido** (causa malefícios a terceiros e não obtém nenhum ganho ou, ainda, causa prejuízo a si próprio);

2) Fatores Indiretos: Pequenos detalhes podem fazer grande diferença. Se um dos agentes processuais (p.ex. o juiz ou o MP) foi vítima de roubo na véspera da audiência, a experiência direta dele, como vítima de crime patrimonial violento, por certo terá efeito no julgamento. Não saberemos, ao certo, qual o efeito (positivo ou negativo). O que podemos afirmar é que não se passa subjetivamente ileso por um evento violento. De outro lado, se nosso vizinho, parente ou amigo sofre o mesmo crime violento, apesar de não termos sofrido diretamente os efeitos da ação

violenta, tendemos a sofrer influência do evento (em maior ou menor grau). Por isso, os que tem idade, recordam-se do 11 de setembro de 2001 como um fato marcante, assim como quem foi vítima de um crime violento (**Memória Episódica**). O fator de impacto da experiência é, ao mesmo tempo, individual e coletivo. Tanto o sentimento individual, como o coletivo, por exemplo, de medo e/ou de raiva pode incentivar posturas mais recrudescidas;

D – Estratégia:

1) SWOT: O desafio em face dos indicadores acima é o de identificar os Pontos Fortes, Os Pontos Fracos, as Oportunidades e as Fraquezas (nos moldes indicados);

2) Respeito e Cortesia: Daremos importância à memória do processo e dos agentes processuais. Embora a memória da interação (do processo do acusado X) opere na linha cronológica, até o trânsito em julgado, os efeitos nos agentes transcendem ao caso individualizado. A reputação, as rusgas, as discussões, os acertos e desacertos, transferem-se às interações posteriores. Diante da pressuposição de que poderemos voltar a interagir, manter padrão de respeito e de cortesia configura atitude inteligente. A descortesia ou a falta de ética tendem a promover efeitos no futuro, nem sempre agradáveis. No Tribunal do Júri isso fica muito evidente, tanto assim que há rivalidade pública entre os agentes e, não raro, a "vontade de vitória" para além do Caso Penal;

3) Treino e Preparação: Ninguém é profissional de alta performance sem esforço e dedicação. Não espere milagres, nem ajuda "divina". É ingênuo e amador;

4) Atributos Positivos:

a) Paciência: aguarda, monitora e ajusta o comportamento ao ritmo e à capacidade de assimilação dos demais agentes em face das evidências relevantes apresentadas. O que é evidente para uns, pode não ser para outros (contexto são constructos). Monitora sinais (*tells*: argumentativos, cognitivos, faciais, corporais etc.) e adapta constantemente o Plano de Ação;

b) Capacidade de manter a atenção consciente: observa o desenho e o contexto da interação de modo a manter o foco no que é relevante (evita a distração), porque sabe que os detalhes podem modificar o resultado;

c) Determinação e confiança: sem que o agente acredite na hipótese sustentada, apresente confiança argumentativa e domínio dos aspetos relevantes do Caso Penal, o desempenho estratégico tende a estar comprometido;

d) Competência técnica e teórica: estuda as regras do jogo (e não as que deseja/gosta) em face dos demais agentes processuais com poder de decisão;

e) Adaptabilidade: sabe se portar em face do caráter dinâmico da interação, adaptando-se às flutuações do contexto;

f) Inteligência: é capaz de alterar o plano de ação de modo a obter ganhos estratégicos relativos. Na hipótese de casos perdidos ou com julgador convencido da

tese do oponente, diversifica as táticas, aciona planos alternativos. Não insiste em estratégias dominadas (perdedoras);

g) Domínio emocional: a interação humana exige que os agentes não percam a cabeça, evitando o comportamento agressivo para além do tolerado, nem comemorem ou esculachem os adversários, bem assim o julgador, dado o possível efeito negativo na memória dos agentes. Perder ou ganhar faz parte do contexto de cada processo. Sentir-se injustiçado é uma das possibilidades, especialmente quando o agente está convencido da sua tese. Mas nunca devemos levar o resultado do Caso Penal para o lado pessoal.



8.6 Procedimentos: Investigação e Processo (Oportunidades e Ameaças)

A – Definição:

Identificar o momento processual e os agentes processuais que devem ser isolados, descritos e mensurados.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Definir a Fase Procedimental e os Agentes: A dinâmica processual opera por etapas, definida anteriormente pelos "**Planos Cronológico**, **Paralelo** e **Constitutivo**" (item 3.3). Para estabelecermos **Planos de Ação** robustos (estratégia), será necessário que possamos identificar e decompor, em cada momento da interação, o perfil dos agentes processuais participantes;

2) Atributos do Procedimento: Precisamos definir as características do Procedimento, por meio da seguinte classificação:

a) Fase Cronológica:

i) Investigação (IP, Flagrante ou equivalente)	ii) Justiça Negocial	iii) Processo Penal	iv) Provas	v) Valoração Decisão	vi) Recursos

b) Quantidade de Agentes com Poder Decisório (Juiz, Desembargadores, membros do MP; Delegado etc.):

i) um	ii) dois	iii) mais que dois

c) Participação de Agentes Externos (Mídia, Rede Social, Pressão Institucional, Pressão de Grupos Sociais e Pressão do Núcleo Familiar ou Próximo):

i) Nenhum	ii) Dois	iii) Mais que dois

d) Nível do Contraditório Significativo (oportunidade de participação):

i) Sem (investigação)	ii) Com (Justiça Negocial e Processo)

e) Nível de Informação Disponível (qualidade e quantidade de informações):

i) Assimétrica total	ii) Assimétrica parcial	ii) Simétrica

f) Nível da Interação (entre os agentes processuais):

i) Conflituosa	ii) Neutra	iii) Cooperativa

g) Histórico de Interações (com os agentes processuais):

i) Existente	ii) Inexistente

h) Frequência das Interações (quantas vezes interage com os demais agentes):

i) Eventual	ii) Repetitiva

i) Momentos de Decisão (no mesmo ato ou com tempo de elaboração):

i) Simultâneo	ii) Sequencial

j) Objetivo da Parte Adversa:

i) Divergente	ii) Parcialmente convergente	iii) Convergente

l) Estratégia/Tática (da parte adversa):

i) Puras	ii) Mistas

m) Possibilidade de Equilíbrio Estratégico:

i) Sim	ii) Não

n) Complexidade do Caso Penal:

i) Máxima	ii) Alta	iii) Média	iv) Baixa

o) Custos da Litigância Penal: objetivos, subjetivos e procedimentais:

i) Positivos	ii) Neutro	iii) Negativos

"A Teoria dos Jogos é um método racional de modelagem dos processos de tomada de decisão, aplicável principalmente em situações em que a decisão de um agente econômico influencia a decisão do outro – ou, em outras palavras, situações em que 'eu penso no que você pensa'. Modelado o problema, é possível identificar a decisão que apresenta o melhor resultado econômico, conhecido como 'equilíbrio de Nash': 'a melhor decisão possível, levando-se em conta a decisão do outro'." **Raul Marinho**

3) Custos da Litigância Penal: Objetivos, Subjetivos e Procedimentais: Se a "condição da escolha" do agente racional é o custo-benefício, precisamos mensurar o que significada o "custo" e o "benefício" no contexto. Cada escolha exclui as demais alternativas possíveis (**custo de oportunidade** – ***trade-off***). Os custos dividem-se em: **a) Custos Objetivos (diretos ou indiretos)**: inserem-se os **diretos** (fixos ou variáveis): físicos, alocação de tempo, custo de oportunidade (da alternativa excluída; também poderíamos estar atuando em outro caso com maior disponibilidade etc.), internalizados pela estrutura (pública ou privada) do agente processual ou **indiretos**: terceirização de tarefas ou de ações operacionais; **b) Custos Subjetivos (pessoais ou de terceiros, inclusive acusado e vítima)**: **i) pessoais**: tempo, atenção,

cognição, reputação, estresse, custo de oportunidade (poderíamos estar fazendo outra coisa, jogar futebol, correr, andar pelo mundo etc.), prejuízo nos relacionamentos profissionais e/ou pessoais etc.); **ii) externos**: consequências ou **externalidades negativas** incidentes em familiares, parentes, amigos e/ou clientes; **c) Custos Processuais (estratégico, tático e operacional)**: **a)** perda de oportunidades não escolhidas: aceitar ou não colaboração premiada, interpor recursos ou *habeas corpus*, por exemplo, diante das consequências; **b)** preclusão de fases procedimentais, probatórias e negocial; e, **c)** sistêmicas em decorrência das consequências dos comportamentos (em geral pela precária estimação do risco). Por isso, a preocupação com a mensuração de custos de modo dinâmico (no decorrer da interação processual) é importante para podermos avaliar a decisão do ponto de vista dos custos associados e da estratégia. Até porque, a alocação de recursos (sempre escassos), demanda análise racional de custo-benefício (e não emocional). A contabilidade dos custos (manter os registros adequados) também autoriza a melhoria da gestão dos custos diretos (administração dos recursos alocados) do agente processual em cada caso concreto (custo do caso, da estrutura e dos profissionais, das escolhas etc.), além de ser fundamental para estabelecer o orçamento do que se quer (todas as ações operacionais), de qual será a ordem de prioridade/urgência e quais serão as ações possíveis (factíveis diante do tempo, dos recursos e da eficácia pretendida). Configura-se como ganho estratégico a adoção de métodos de coleta, processamento e disponibilização de dados transformados em informação. Diante do aspecto dinâmico das variáveis que interagem e se influenciam, a capacidade de monitoramento efetivo (com recursos tecnológicos) tende a melhorar o desempenho do **Esquema Decisório**;

Custo Total: Custos Objetivos + Custos subjetivos + Custos Processuais

4) Complexidade do Caso Penal (Máxima, Alta, Média e Baixa): Para que possamos determinar o grau de complexidade do Caso Penal, precisaremos estabelecer critérios mensuráveis a partir da avaliação dos indicadores: **a)** aspectos do Caso Penal (imputação, número de envolvidos, institutos processuais cabíveis, complexidade procedimental, probatória (tecnológica), argumentativa e decisória); **b)** padrões gerais (análise de casos similares anteriores ou paralelos); **c)** participação de agentes externos (mídia, grupos de pressão etc.); **d)** capacidade de desempenho (perfil técnico próprio); **e)** custos e recursos disponíveis (objetivos, subjetivos e processuais); **f)** histórico de interações anteriores com os agentes processuais determináveis (Bom ou Ruim); **h)** estimação de risco. Diante dos indicadores **comprometedores**, devemos estabelecer: **I) Máxima** (elencados no item a seguir); **II) Alta** (muitos indicadores); **III) Média** (indicadores que demandam maior esforço de atenção); e, **IV) Baixa** (poucos indicadores);

Complexidade: Máxima; Alta; Média ou Baixa

5) Maxiprocessos (megaprocessos): A atuação em processos de Complexidade Máxima é realidade, especialmente porque associada ao potencial tecnológico. Os indicadores podem ser elencados: **a)** aplicação da Lei de Organizações Criminosas e os meios de obtenção de provas diferenciados; **b)** cobertura intensa de mídia nacional e ou regional; **c)** acusados famosos, políticos e/ou crimes "bárbaros"; **d)** mobilização do aparato estatal de modo coordenado (Polícia e Ministério Público: equipes, atribuições específicas); **e)** *LawFare*; **f)** métodos de obtenção de prova "às escuras"; **g)** uso de tecnologia e de Unidades de Inteligência, à margem do controle das partes e do juiz; **h)** criação de obstáculos (ostensivos e/ou dissimulados) para limitação do exercício da ampla defesa e da paridade de armas; **i)** disponibilização parcial, omitida, manipulada, bloqueada por senhas e em volume desproporcional ao prazo defensivo (10 dias), de provas à defesa; **j)** indisponibilidade do bens do acusado (pessoal, empresas e familiares), com dificuldades ou negativa de liberação para pagamento de honorários; e, **l)** tolerância de denúncias desprovidas de objetividade, clareza, com ilações genéricas, imputações de associação por inferências infalsificáveis;

"Processo empregado (ainda que não declaradamente) como instrumento de luta contra a criminalidade organizada, em contexto cultural de emergência e práticas judiciárias de exceção, no qual acusador e julgador têm conotação partidária e há imputação de multiplicidade de delitos (de cariz associativo e crimes-fim) à quantidade considerável de acusados". **Diogo Malan**

Enquanto o Estado é o protagonista da investigação, o lema típico das Guerras, "dividir para enfraquecer", conformou o modelo liberal de processo penal, dado que a existência de defensores públicos e/ou autônomos, sem capacidade de interlocução, nem protocolos de compartilhamento de informações relevantes, implicou na fragmentação das oportunidades defensivas. Por diversos fatores, essa vantagem do Estado Policial tende a se potencializar no ambiente tecnológico, dentre eles a existência de mercado competitivo na advocacia, ausência de agentes neutros de compartilhamento de informações relevantes, Defensoria Pública desprovida de Unidades de Inteligência, falta de orçamento e estrutura para o desempenho de atividades tecnológicas em paridade de armas, aliada à opacidade do regime de Unidades de Inteligência estatais. Em geral, o comportamento acusatório **oportunista** (fora do *Fair Play*), vale-se de *Lawfare* e das táticas de Guerra (entre elas: Tática Desgaste, Exaustão, Vergonha, Linchamento Digital, Despistamento e Relâmpago: *Blitzkrieg*) por meio da flagrante dissimulação, negada veementemente pelos agentes públicos. Do contrário não seria dissimulação (quem dissimula, jamais assume dissimular, claro). *Diogo Malan* destaca, a partir do exemplo italiano, as dificuldades do exercício adequado da defesa no tempo e meios adequados, por força dos seguintes motivos: **a)** alocação de tempo, dedicação à preparação e à quantidade de audiências (sede, precatórias e rogatórias), dificultando a agenda (custo de oportunidade); **b)** tende a não compensar financeiramente (custo-benefício baixo ou negativo ao longo do tempo), diante da necessidade de ampliação da equipe, de peritos e técnicos (infraestrutura) e da ausência

de disponibilidade financeira/econômica dos acusados (bloqueio do patrimônio pessoal, da empresa e de familiares) e restrições judiciais à liberação de valores para o advogado; **c)** litigância satélite para obtenção de acesso à dados e/ou documentos (pedidos, mandado de segurança etc.); **d)** expansão contínua da quantidade de folhas, provas e elementos do caso (em anexo, inquéritos, cautelares, apensos e cisões), exigindo monitoramento ampliado; **e)** exigência de recursos tecnológico para acesso (*softwares* incompatíveis; mídias corrompidas ou sem senha de acesso etc.), organização e gestão do volume imenso (*giga* ou *terabytes*) de informações (documentos, planilhas, interceptações, gravações, gráficos etc.); **f)** risco de não conseguir analisar com o devido cuidado todos os elementos de prova; **g)** prova parcial, omitida, subtraída, sem ordem cronológica, em língua estrangeira não traduzida; **h)** referência a acordos de colaboração inacessíveis ao advogado porque não homologados; **i)** tempo exíguo para defesa (a acusação investiga por tempo prolongado e a defesa dispõe somente do prazo de 10 dias); **j)** denúncias complexas, com nexos inferidos de concurso moral ou objetivo em crimes associativos, sem descrição adequada da conduta atribuída, dificultando a defesa; e**, l)** desgaste físico, emocional e psicológico. **Os custos nos MegaProcessos**: **I) Acusação Estatal**: os custos decorrentes serão internalizados pelo Ministério Público. Em geral, a Instituição dispõe de peritos, Centros de Apoio e recursos tecnológicos para fazer frente às demandas em processos de Baixa, Média e Alta Complexidade. A atuação em **Máxima Complexidade** (Mega ou Maxiprocessos) demanda apoio institucional efetivo, com a alocação de equipes auxiliares, formação de *staff*, peritos, técnicos e recursos capazes de promover o desempenho adequado, com mecanismos de contrainteligência. Além disso, há necessidade de monitoramento constante dos riscos pessoais e do entorno familiar; **II) Defesa Pública**: apoio institucional para dedicação ao caso e recursos (técnicos, equipe etc.); **III) Defesa Privada**: planejamento e suporte financeiro que autorize o custo-benefício da atuação, conforme os obstáculos antes indicados;

"Essas duas características dos megaprocessos (volume monstruoso dos autos e dispersão/fragmentação probatória) tornam discutível se os acusados de fato têm acesso aos *meios adequados* para a preparação das suas defesas". **Diogo Malan**

"Aun el raro acusado que pueda contratar abogados será normalmente incapaz de igualar los recursos con los que el gobierno puede amenazar creíblemeemente en un caso". **Richard Posner**

"Assim, a tendência é a acusação se utilizar de vínculos sociais (de amizade, familiares, funcionais, partidários, profissionais, societários etc.) como fundamento *exclusivo* da imputação de delito associativo, em razão da dificuldade prática de se narrar *conduta específica* de constituição de organização criminosa, ou de adesão a ela. [...] esse tipo de acusação tende a violar os núcleos essenciais dos direitos à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada e à ampla defesa em geral, pois a refutação empírica da imputação de crime associativo consiste em verdadeira *prova impossível* (*probatio diabolica*)". **Diogo Malan**

C – Controvérsia:

1) Tecnologia em Comarcas Menores: Em cidades menores, a Complexidade pode ser modulada diante da disparidade tecnológica da advocacia privada, capaz de tornar mais complicada a defesa, mesmo em casos sem tanto uso de tecnologia;

2) Subestimar os Custos Associados: Escritórios e advogados liberais devem sempre avaliar de modo robusto, antes de aceitar novos casos ou casos complexos (mega), o custo marginal não desprezível (alteração do custo total da estrutura pelo acréscimo de novo caso) e os custos de oportunidade, dado o risco à reputação;

D – Estratégia:

1) Fator Tecnológico: Fator decisivo é o da complexidade probatória (tecnologia), argumentativa e de monitoramento dos processos paralelos e das oportunidades de colaboração premiada;

2) SWOT: A nossa capacidade de definir as fases e atributos do Procedimento será crucial para identificarmos os Pontos Fortes e Fracos, além das Oportunidades e Fraquezas. Em uma bifurcação ou trevo, por exemplo, escolhemos uma das possibilidades por vez. Se errarmos, será preciso voltar e trilhar o outro caminho, mas pode não ser possível ou tornar a meta preliminar inviável.

8.7 Estratégia, Táticas e Planos de Ação



A – Definição:

Definição da Estratégia, das Táticas e dos Planos de Ação convergentes à obtenção da Meta (Objetivo).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Diferenciar Estratégia de Tática: A distinção entre **Estratégia** (meta/objetivo) e **Tática** (cursos alternativos de ação) é fundamental, até porque as teorias operam com definições diferentes. **Estratégia** é a definição da meta a ser obtida ao final do Caso Penal e, também, em cada comportamento processual que, por sua vez, deve guardar "aderência" com objetivo final, ou seja, qualquer ação ou omissão deve ser pertinente à meta (se não for, deve ser afastada). A decisão estratégica deve ser planejada no **Nível Tático** e operacionalizada no **Plano de Ação**. (p.ex. no contexto devemos escolher por diversos caminhos nos momentos de resposta à acusação, produção probatória, recursal etc.). A execução deve ser monitorada em face do caráter dinâmico da interação, promovendo-se "ajustes" em cada contexto:

1) Nível Estratégico: planejamento, organização e definição do objetivo de modo claro e mensurável, com o estabelecimento dos critérios de qualidade, quantidade, prioridade, custos e limites da atuação da equipe (divisão de tarefas, funções, recursos e responsabilidades);

2) Nível Tático: estabelecimento de **Plano de Ação** por ordem temporal de ocorrência, de prioridade, de mecanismos e indicadores de controle do nível operacional;

3) Nível Operacional: execução do **Plano de Ação** de modo a potencializar o resultado pretendido, a partir de critérios e indicadores estabelecidos (níveis estratégico e tático). O executor deve ter condições técnicas e materiais para o cumprimento da tarefa e treinamento para lidar com as adversidades (autonomia para ajustes).

"Por outra parte, saber interpretar o movimento do adversário, não pelo seu efeito jurídico imediato, mas, outrossim, pelos remotos desenvolvimentos táticos que tal movimento permite supor. Sobre este terreno, os artigos são necessariamente mudos; o legislador inocente não tem calculado a quais sutis virtuosismos possa prestar-se caso a caso, na tática dos litigantes, o emprego indireto de certos institutos". **Piero Calamandrei**

"Uma estratégia é uma descrição completa de como uma pessoa deverá agir sob quaisquer circunstâncias possíveis; não tem uma conotação de destreza. [...] Considerando que uma estratégia descreve aquilo que será feito em qualquer situação possível, se conhecermos a estratégia de cada jogador, poderemos predizer o resultado do jogo". **Morton David Davis**.

"É a concepção mental (plano) de uma sequência de ações destinadas a alcançar determinado objetivo". **Duilio de Avila Bêrni**

2) Pensar Como o Oponente: Assumimos o pressuposto de que os demais agentes são racionais e operam por meio da análise de **custo-**

benefício, com as variáveis incrementadas pela interação contextual. A pressuposição pode ser derrotada pelo acréscimo de informação ao conjunto disponível de inferências, a saber, quanto mais tivermos condições de estabelecer o **Esquema Decisório** dos demais agentes, especialmente do julgador, tendemos a melhorar o desempenho estimado. As estratégicas, táticas de **Planos de Ação** poderão ser customizadas em aderência ao modo como organizam o trajeto decisório. Os demais agentes, com os quais interagimos, não pensam conforme nós mesmos pensamos (singular e único). Se queremos influenciar com precisão e eficácia, devemos "*pensar com ele pensa*" e "*não pensar como gostaríamos que ele pensasse*" ou ainda o erro mais comum: "*colocarmos o nosso Esquema Decisório na cabeça dele e achar que estamos pensando como ele*". O nosso esforço é o de aderir, sem julgamentos, ao "modo como ele pensa", para que possamos identificar os pontos fortes e fracos capazes de nos autorizar a criar **Planos de Ação** vinculados à estratégia (meta) de todos os agentes processuais. Enfim, precisamos **influenciar**, dentro do *Fair Play* (jamais manipular), os agentes que "temos" e não os que "sonhamos". Com as referências e indicadores do **Esquema Decisório** "dele", poderemos melhorar as estimativas (probabilidade), sem nunca obtermos "certeza" determinística. A meta é a de reduzir a incerteza e aumentar a probabilidade de acerto (dominantes/dominados). Minimizamos as perdas, mitigamos os riscos, alinhando um curso de ação tendencialmente eficaz;

Erro muito comum é o de pensar que o outro agente processual pensa conforme nós mesmos pensamos.

A Teoria dos Jogos é um método racional de modelagem dos processos de tomada de decisão, aplicável principalmente em situações em que a decisão de um agente econômico influencia a decisão do outro – ou, em outras palavras, situações em que 'eu penso no que você pensa'. Modelado o problema, é possível identificar a decisão que apresenta o melhor resultado econômico, conhecido como 'equilíbrio de Nash': 'a melhor decisão possível, levando-se em conta a decisão do outro'".
Raul Marinho

"Vários deles [experimentos] concluíram que a maior parte das pessoas analisadas é simplesmente incapaz de colocar-se na posição de seu oponente".
Morton David Davis

3) Estimar e Antecipar os Efeitos e os Comportamentos: O futuro pode ser estimado (não é determinístico, mas probabilístico). Se sabemos aonde queremos ir (meta factível e não ingênua), devemos começar do ponto de chegada e traçar os "pontos" que precisam ser "**confirmados**" (se favoráveis) e "**cancelados**" (se desfavoráveis). Mapeados os "**pontos de atenção estratégica**" (prova pericial, testemunhal etc.), o trabalho é o de identificar os aspectos que podem ser "**atacados**" no oponente e os que devem "**ser protegidos**", porque o adverso "**tende a revidar**" (respeitamos a inteligência do oponente). Em cada "**nós da árvore**" do Caso Penal, será preciso isolar as alternativas, estimar as consequências, o risco associado, o possível "revide" (*Se eu fizer isso, provavelmente o efeito será esse, com o possível revide X, cujo risco é Y*), operando **retrospectivamente** (do resultado pretendido até o ponto onde estamos). O **Plano Estratégico Geral** precisa avaliar a **probabilidade** (*Frequentista* ou *Bayesiana*, a depender do contexto) de cada alternativa, conferindo condições para tomada de decisão informada do agente processual. Teremos condições de atribuir as **Estratégias Dominantes** e **Dominadas** em face do contexto. Até a decisão final (sentença ou acórdão) há longa cadeia de raciocínios, em que os "**nós de decisão"** condicionam as decisões futuras. As táticas abrem e fecham oportunidades futuras, porque cada "elemento probatório" deve ser abordado isoladamente e, depois, em conjunto. Definir quais **aspectos** devem receber o nosso **esforço** e **atenção estratégica** tende a aumentar a **precisão** e a **acurácia** da performance, evitando ações

irrelevantes (O importante é fazer gol: bola na trave não altera o placar, nem drible no meio campo, por mais bonito que seja). O aspecto deve ser avaliado nos pontos relevantes (fracos e fortes) para o fim de operarmos de modo eficaz na discussão sobre a **validade/licitude** e também o **peso** (credibilidade, fiabilidade, consistência e coerência) das provas (especialmente testemunhais). Por operarmos de modo reverso (de trás para frente), poderemos monitorar o aumento ou a redução das chances de obtenção da meta almejada. A longa cadeia de decisões (nossas e dos demais agentes) pode destoar do planejado, razão pela qual, além de "estratégias alternativas" (**Plano B**), precisamos definir previamente o "ponto" em que a "estratégia" passa a ser de "redução de danos" ou de "colaboração" (premiada, por exemplo);

4) Dominantes e Dominadas: O Planejamento reduz a incerteza, enquanto a ausência potencializa a aleatoriedade (o agente randomiza mais do que é aceitável). Estabelecer cursos de ação estratégicos evita surpresas, impasses, além de reduzir o risco associado. **Por exemplo**: Se você entra em um táxi e não sabe para onde ir, o motorista não entende o comando. Pode ser um simples "toca adiante". Se, por outro lado, você quer ir até o aeroporto (**estratégia**: pegar o voo), abrem-se duas opções **táticas** sobre o trajeto: **a)** mais demorado e com menos engarrafamento; **b)** menos demorado e mais risco de engarrafamento. A escolha depende do tempo disponível, da estimativa dos trajetos, enfim, do contexto. Pode-se decidir ou delegar o "poder" ao motorista (*expert*). Um aplicativo de trânsito acrescenta informações qualificadas e melhora a "condição da decisão". Enfim, em uma simples ida ao aeroporto, será necessário tomar muitas decisões, especialmente quando o fator tempo (pressa ou não) for uma das variáveis condicionantes. Qual a melhor tática? O pressuposto é saber para onde se quer ir. Sem isso, não há tática convergente. No processo penal e na investigação criminal, também, caso você não saiba qual seu objetivo, de fato, terá muitos problemas de percurso. A estratégia pressupõe o planejamento, domínio de diversas habilidades e opções táticas. A partir dos agentes reais, podemos criar expectativas de comportamentos. A pergunta a ser feita é: "***Se eu fizer esta ação, provavelmente adversário adotará a tática x e o julgador y, abrindo a possibilidade de adotar o caminho w ou z".*** Ainda que seja probabilidade, podemos manejar ferramentas que melhoram a precisão e a acurácia da estratégia. Estratégias (Dominantes/Dominadas) em face do contexto da definição com sucessivas atualizações pelo incremento de novas informações e das ações das demais partes. A eleição da estratégia *prima facie* deve ser reavaliada durante a extensão do processo, "tendo tudo em conta". A distinção *prima facie* com a TTC é um poderoso mecanismo de adequação estratégica (**Teoria da Derrotabilidade**). Não devemos subestimar a capacidade e a inteligência dos demais agentes. Até porque, eventos futuros somente podem ser estimados (não há certeza determinística). Aparentemente é simples, mas diante da quantidade

Diálogo (adaptado) de Alice com o Gato, descrito por Lewis Carroll: *Diga-me, por favor, que caminho devo tomar? – Isso depende, em boa parte, do lugar para onde você queira ir (estratégia), disse o gato. – Não faz muita diferença, retrucou (a agente processual) Alice. – Então não importa que caminho você tome', respondeu o gato.*
Lewis Carroll

"Consequentemente, se a teoria há de ser realista – e, se não for, nada será – não estamos autorizados a presumir que as pessoas se preocupem apenas com seus ganhos médios. [...] Antes que se possa tomar decisões sensatas em um jogo, deve-se levar em conta a estrutura formal do mesmo jogo e os objetivos dos jogadores. Parafraseando Lewis Carroll, diremos que o teórico do jogo deve escolher o caminho adequado depois de conhecer o destino do jogador; o jogador nada precisa conhecer a respeito de teoria dos jogos, mas tem de saber o que quer. O problema está em encontrar caminho que permita ao jogador tomar claras suas atitudes numa forma útil para quem deve tomar a decisão".
Morton David Davis

"A interpretação da probabilidade te duas vertentes principais, que correspondem a duas escolas do pensamento estatístico; a *baysiana* e a *frequentista*. Do ponto de vista frequentista, a probabilidade corresponde à frequência relativa de um experimento repetido ao infinito ou, ao menos, por um número muito grande de vezes. A probabilidade de algo ocorrer é a função da frequência com que esse algo ocorreu no passado. [...] viciado, cuja desproporção de chances em favor de um resultado é intrínseca a ele), mas é a crença de um sujeito a respeito de comportamento desse objeto. A probabilidade é para o *baysianismo* a medida da incerteza de um observador em relação as chances de ocorrência de um evento, que, como qualquer opinião, pode mudar conforme o sujeito adquire mais informações a respeito".
Marcelo Guedes Nunes

"Assim, é forçoso reconhecer que o processo [...] se orienta pelo agir estratégico. Vale dizer, por uma racionalidade voltada à consecução de um objetivo, à obtenção de uma vantagem, de uma vitória sobre o adversário. Exatamente como o jogo".
L.A. Becker

"É que, no Direito, tem-se a mania de interpretar as leis pelo retrovisor. [...] A lei que entra em vigor hoje é interpretada pelos parâmetros que ela mesma revogou. [...] Busca-se enquadrá-la nas lições doutrinárias e jurisprudenciais forjadas na vigência da lei revogada. Resultado: lê-se a lei de hoje com os óculos de ontem".
L.A. Becker

de variáveis, dos "nós de decisão" da interação e dos efeitos múltiplos de cada comportamento (isolado e em conjunto), precisamos de novos mecanismos metodológicos (se tecnológicos, melhor);

5) Estimar os Riscos: A escala que utilizaremos (você pode adotar outra) é a de atribuir a **gravidade das consequências** (1: **Catastrófica**; 2: **Grave**; 3: **Moderada**; e, 4: **Leve**) em **função das probabilidades** (1: **Baixa**; 2: **Média**; 3: **Alta**; e, 4: **Muito Alta**). Devemos nos lembrar que a avaliação de riscos, por ser uma estimativa, nunca será de 0% ou de 100%, e sim um valor aproximado do espectro: **Risco**: **a) Baixo**; **b) Moderado**; **c) Alto**; e, **d) Crítico**. As "máquinas" nos auxiliam porque os agentes, em geral, são ruins em estimativas;



6) Ações Estratégicas: Indicaremos rol exemplificativo de **Estratégias**, **Táticas** e **Planos de Ação** que podem comparecer no processo. Ninguém é obrigado a usar, embora seja bom conhecê-las (evitamos ser vítimas). Do ponto de vista descritivo, a pretensão de compreendermos a estrutura e o funcionamento. O uso dentro das regras do *Fair Play* ou oportunista/dissimulado depende de juízo do agente, no momento da escolha e execução. A proposta não é um jogo de espertezas e passadas de perna. Quem assim compreendeu a proposta leu errado. Agir estratégico não se confunde com manipulação. O processo penal que defendemos é o do jogo limpo, da lealdade processual, da cooperação processual, vedadas as chicanas, as jogadas ilícitas e os comportamentos escusos. Defendemos a melhoria do desempenho de **influência** e jamais de manipulação. Dominando as possíveis ações teremos condição de reagir, com maior vigor, ao comportamento oportunista. Assumimos que o **Ciclo Estratégico** demanda constante monitoramento de correlação entre a execução e os efeitos esperados, ajustando-se, no decorrer, em face das contingências do contexto processual (dinâmico e não linear). Para tanto, a tática (meio) deverá estar orientada para uma estratégia (fim). A tentação pela resposta imediata pode significar cair na armadilha, dada a cadeia de acontecimentos que implica. Por isso, deve-se pensar nas "**consequências das consequências**" da ação e reação (antecipar os passos seguintes), colocando-se no lugar dos demais agentes. Daí surgir a utilização de formas de comunicação: **a) Blefe**; **b) Ameaça**; **c) Truque**; e, **d) Trunfo**.

As modalidades aqui invocadas não possuem fronteiras bem definidas e podem se sobrepor no uso;

7) Blefe: O blefe é uma forma de comunicação em que o emissor procura convencer a parte contrária, contando com a **assimetria de informação** (a outro não sabe do que ele dispõe: informação privada), sobre a existência de elemento ou circunstância (crível e provável), capaz de alterar as atuais posições estratégicas. É utilizado no **Dilema do Prisioneiro**. A eficácia depende da credibilidade do conteúdo do blefe, o modo de execução (confiante) e da reputação do emissor em relação ao destinatário (equivalente ao *Pôquer* e ao Truco). Na **Justiça Negocial**: a negociação dialoga com o presente e o futuro. Os termos do acordo podem ser influenciados pela estimativa (probabilidade) de que o cenário se modifique pela inserção de novas informações ou de comportamentos. É comum o uso do argumento de que a prova é boa para acusação e, por isso, a aceitação do benefício processual é a melhor escolha. Não raro os vendedores "enfeitam o pavão" para estimular a decisão. Do ponto de vista oportunista, os blefes-táticos vinculam-se à estratégia de obter a colaboração dos investigados/acusados (pelo medo e pânico), por meio do uso da mídia, da manipulação da opinião publicada, dos vazamentos parciais de informação, dos boatos (sobre possíveis investigações e amigos, parentes, familiares) e ameaças de prisão. No **Regime Probatório**: a cada momento da interação processual há um conjunto de provas já disponibilizado e provas a se produzir (p.ex. carta precatória/rogatória). A possibilidade de produção de provas pelas partes, no futuro, é da ordem da probabilidade (maior ou menor). Pode aumentar o espaço de consenso (acordo). Na **Argumentação**: o Esquema Argumentativo opera em inferências lógicas que podem ser manipuladas por Falácias, articuladas como blefes, na pretensão de persuadir e convencer. No Plenário do Júri podem ser usadas com maior vigor contra jurados (em geral, mais suscetíveis). No **Interrogatório ou na Abordagem Policial**: O blefe de que algum parente ou familiar pode ser conduzido em conjunto caso não haja "colaboração" do agente. O defensivo se dá pela apresentação de hipótese verossímil capaz de mitigar os efeitos da atribuição de responsabilidade. Em todos os momentos o jogo sujo tocaia o blefe, como no caso de se perguntar algo pessoal à testemunha, vinculada ao seu passado ou à vida privada, com o fim de constranger o conteúdo do depoimento. O objetivo do blefe, em geral, é o de promover a convicção nos demais agentes de que há informação privada relevante (ou da probabilidade de obtenção), com força suficiente de alterar o resultado da interação. O uso deve ser excepcional e planejado, dentro do *Fair Play*.

"A comunicação, que abre caminho para o blefe e para o contra-blefe, é encarada como uma complicação adicional". **Morton David Davis**

"A possibilidade de blefar faz com que os adversários nunca tenham certeza de que as alegações dos demais jogadores são verdadeiras. Quem nunca blefa nesses jogos tem enormes chances de ver seus movimentos rastreados pelos demais jogadores". **Duilio de Avila Bêrni**

8) Ameaça: A ameaça é uma forma de comunicação em que o emissor procura convencer a parte contrária de que poderá valer-se dos poderes que dispõe, com o fim de obter vantagem processual (concordância, desistência, consenso etc.). A ameaça aqui descrita não se confunde com

a do Código Penal (art. 147) ou de coação à testemunha. Distingue-se a ameaça da **advertência**, já que na segunda o tom é diverso e informativo. Trata-se da ameaça do exercício de poderes processuais. A ameaça depende da **credibilidade** do emissor (reputação) e do contexto em que é proferida, porque seu efeito depende do grau de crença atribuído pelo destinatário. Na interação é comum a existência de ameaças diretas ou indiretas. Distingue-se das ameaças críveis e inverossímeis. A ameaça para que possa ser crível, deve ser possível. Embora possa ser blefe, pelo menos hipoteticamente, devem ser factíveis e, ademais, o histórico antecedente pode gerar crise de credibilidade. Em caso de agentes processuais, o inventário de suas posturas e recompensas pode fazer diferença, por exemplo, em todas as hipóteses de **barganha**. A crença na ameaça vincula-se à reputação do agente. A ameaça é um nó na árvore do jogo. Se o destinatário acredita ou não, os caminhos táticos se alteram. Seu uso depende do contexto e traz consigo a perda de credibilidade , no caso de descumprimento, influenciando na reputação do agente ameaçador (fraco). Serve muitas vezes para confundir o oponente. As ameaças consistentes em dar o **ultimato**, isto é, dizer: é pegar ou largar, no contexto da Justiça Negocial dependem da reputação do emissor da ameaça e da leitura do contexto processual. O modo como a ameaça é executa deve ser eficaz (**crível**). A tática da ameaça pode ser também um blefe, razão pela qual há um impasse entre anunciar ou não a jogada futura. Quem blefa perde credibilidade no futuro, sejam as próximas ameaças verdadeiras ou não. Quem ameaça e não cumpre, também. Ameaça deve ser planejada e executada de modo crível, dentro do *Fair Play*;

"Uma ameaça crível existe somente se for do interesse do próprio jogador levar a cabo a ameaça quando dada a opção. Ameaças que não são críveis são ignoradas por todos os jogadores racionais". **Scott H. Bierman e Luis Fernandez**

"Ameaça é a proclamação de que se agirá de certa maneira sob certas condições [...] A ameaça só é efetiva na medida em que é plausível". **Morton David Davis**

9) Truque: Assumimos que a interação processual é suscetível ao efeito de heurísticas, vieses e falácias. O impacto subjetivo nos agentes processuais acontece no contexto de sua produção, dentro ou fora do jogo limpo. O truque é a forma de comunicação capaz de contornar um obstáculo ou impasse de modo eficiente, para o fim de obter melhor resultado. **Exemplificativamente: a)** perguntas sugestivas; **b)** falsas perguntas; **c)** comportamento dissimulado das partes, acusado e vítima; **d)** vestimenta, dispersadores da atenção, comportamento *troll*, uso de crachá (sinalizando que está trabalhando), uso de óculos, corte de cabelo, postura corporal etc.; **e)** farda policial na condição de testemunha ou de acusado no plenário do júri; e, **f)** na argumentação jurídica (oral, escrita ou estética) o uso estratégia manipuladora (falácias, heurísticas e vieses). O risco do jogo sujo é grande, especialmente por transpassar os limites da influência e invadir o campo da manipulação. Dominar a modalidade, muitas vezes de *doping*, torna o agente mais habilitado a identificar e evitar/mitigar os efeitos;

"Existe uma linguagem verbal e outra não-verbal, ambas utilizadas pelas partes como força retórica perante os julgamentos do Tribunal do Júri, e a farda do réu, ao criar imagem de seriedade, traz um desequilíbrio neste discurso. A visão que se tem do réu, garboso em seu uniforme, é um instrumento que reforça a linguagem não-verbal transmitida aos jurados, fazendo-os crer que se trata de um cidadão honesto e trabalhador, que agiu para defender a sociedade". **André Luiz Bogada Cunha**

"O estudo dos ardis é deixado aos especialistas em cada um dos jogos; o teórico dos jogos parte da presunção pessimista e, por vezes, imperfeita de que o adversário jogará sem falhas". **Morton David Davis**

10) Trunfo: O trunfo é o **elemento** inserido no contexto da interação capaz de **mudar os rumos** do Caso Penal. Opera por meio do giro do discurso até então consolidado (*Plot Point*). Podem ser probatórias e/ou argumentativas, pelo incremento de informações ou

pelo novo "enquadramento" apresentado (Fator *Safiya*). Não se trata, necessariamente, de elemento probatório surpresa, mas de "enquadrar" o sentido, promovendo o realinhamento do "discurso sobre os fatos"**.** Esperar o momento certo para "desmascarar" uma testemunha, anexar um documento, enfim, aguardar o momento justo, encontra no trunfo seu lugar. O Estado não deve esconder informação, enquanto a defesa pode aguardar momento estrategicamente adequado (desde que não prejudique o contraditório e dentro da Boa-Fé Objetiva). Realizar a pergunta certa, o argumento potente, no momento adequado, promovendo o encaixe e autorizando inferências lógicas, tende a alterar o desenho do Caso. O dever de cooperação não autoriza o comportamento oportunista, por exemplo, de guardar documento e juntar após encerrada a instrução para evitar o contraditório (ainda que autorizado pelo art. 231, CPP). Planejar o uso do trunfo é pressuposto;

"Em vez de determinar um resultado preciso, teremos, com frequência, de preparar-nos para um conjunto de resultados possíveis, que se afiguram mais plausíveis que outros. Esses resultados possíveis podem ser mais firmes (dizemos estáveis) do que os outros no sentido de que nenhum jogador ou grupo de jogadores tem força ou motivação para substituí-los por um dos resultados menos favorecidos". **Morton David Davis**

11) Olho por Olho, Dente Por Dente (*Tif for Tat*): A **Boa-Fé Objetiva** e o dever de **Cooperação Processual** podem ser violados por agentes **oportunistas**, por meio de ações que promovem prejuízo aos demais agentes. O efeito do comportamento **oportunista** tende a gerar consequências no presente e também nas interações futuras ("*quem bate esquece; quem apanha não"*). A **retaliação** e a **vingança**, quando acionam a emoção, a honra ou a moral, compõem as relações humanas de modo silencioso ou ostensivo. "*Olho por olho, dente por dente*" é máxima do dia a dia que pode auxiliar na compreensão de atitudes processuais, nem sempre inteligentes, guiadas pelo desejo e lógica de retaliação/vingança. Se o impacto emocional for significativo, o **revide** tende a ser automático, acionando o que há de mais irracional dos agentes (injusta provocação, violenta emoção e homicídio, p.ex). Dito diretamente: "*coopere comigo que coopero com você*". A regra básica é a de que um dos agentes somente coopera enquanto o outro agente cooperar. Do contrário, a conduta receberá resposta equivalente e imediata. Essa é a mais comum modalidade de "**estratégia do gatilho**", a saber, fica preparada para responder na mesma moeda (muito comum na vida privada, embora nem sempre racional). A emoção comparece em nossa vida (processual) mais do que costumamos aceitar. Na teoria dos jogos fala-se em estratégias "*tit-for-tat*" (olho por olho, dente por dente) em que o acionamento depende da rodada anterior e traz consigo a possibilidade de grandes diferenças nos resultados. Podem ocasionar as ditas "**estratégias sinistras**", em que além da resposta na mesma moeda, ainda se pune, no presente ou futuro, o outro jogador pela ausência de cooperação. Em geral, a estratégia funciona muito bem para evitar o agente oportunista. Em **interações repetitivas**, com os mesmos agentes, não raro, rivalidades (rusgas, disputas, posturas agressivas ou depreciativas), geram o desejo de vingança. A interação humana traz consigo a possibilidade de sentimentos de inveja, disputa, ódio e amor (o melhor e o pior). É muito comum que em face de ações anteriores haja rivalidade entre os agentes, como por

exemplo, derrotas/vitórias em casos findos, capazes de potencializar o antagonismo e gerar ações irracionais (especialmente no Júri). Em várias situações, o advogado e o Ministério Público se insultaram em julgamento anterior, sendo que no subsequente a rusga comparece na vontade de ganhar a qualquer custo. O perigo de interações repetitivas é o de situações anteriores contaminarem a atual. Pode ocorrer, também, que o julgador (ou assessoria) leia as razões recursais adjetivadas e desrespeitosas, "negativando "os subscritores no "cadastro negativo" (SPC-SERASA da Unidade), com possíveis efeitos nas interações futuras. Um agente que se sinta traído carrega a memória do evento e tende a se lembrar nas próximas interações. O pior é que o ato pode decorrer de mal entendidos, equívocos, mas os efeitos perseveram. Também acontece em decorrência de comemorações efusivas nas redes sociais de liminares, reformas de decisão, com "cutucadas" ou crítica ostensiva ao julgador (ninguém gosta de ser humilhado) produzir efeitos no futuro. Justificar com "**equivalência moral**" (ele faz, eu também posso) nem sempre funciona na próxima interação processual. Não deveria ocorrer o revide, mas é possível (e provável). Dominar emocionalmente as interações humanas é sintoma de inteligência estratégica. A vontade de esculachar, de "esfregar na cara", de "mostrar que ganhou", deve levar em consideração o fato de que o "mundo dá voltas" e que a regra do "*olho por olho, dente por dente*" tende a operar por quem está dominado pelas emoções (revide e vingança). **Reputação** é o que fica de cada ato processual. Verificada a rivalidade, talvez seja estratégico deixar o processo, evitando que terceiros (acusado ou vítima), possam ser prejudicados por fatores externos ao Caso Penal. Do contrário, pode-se instaurar o **Dilema do Corajoso**. Sabemos que a espiral de irracionalidade leva à tragédia e, no processo penal, entre os agentes, pode levar à condenação ou absolvição de terceiros (acusado). Se toda vítima de um ato violador buscar praticar o mesmo mal, chegaremos a resultados sistêmicos adversos. Abdicar desse modelo do senso comum não é tarefa fácil, especialmente quando há pressão macro (comunidade, grupo etc.) e micro (agente, amigos e familiares etc.). Levar a serio os possíveis efeitos do máxima "*olho por olho, dente por dente*", pode evitar consequências imprevisíveis (por serem irracionais). O cuidado é o de não transformar o caso em questão pessoal. Quando o processo penal vira algo "pessoal" ou "uma causa", o agente se mostra no aspecto puro, visceral, da ânsia de ganhar a qualquer custo. Há o risco de os viciados em vitórias não respeitarem as regras, como em qualquer disputa. Fechar os olhos para essa possibilidade é típico de amador. Ser profissional é conseguir colocar-se no lugar de cada um dos agentes da interação, antecipando a probabilidade das ações **oportunistas** (com ou sem justa causa). Em resumo, agir cooperativamente é dever de todos os agentes. O comportamento oportunista deve receber retaliação dentro das regras de ***accountability*** para evitar a persistência e restaurar a cooperação. Uma traição prejudica a reputação, ao mesmo tempo que não justifica

retaliações eternas. Mas quem se comporta sempre de modo **oportunista**, merece resposta adequada (devemos aumentar o custo);

"A estratégia *tit-for-tat* consiste numa regra de decisão adotada por um jogador, a ser usada em contextos de interações sucessivas com outros jogadores. [...] *Tif-for-tat* é uma estratégia mais simples: 'coopere comigo, que cooperarei com você'". **Duilio de Avila Bêrni**

Quanto tempo se demora para esquecer uma traição e se fazer, eventualmente, vingança? Saviano conta a história italiana em que se passaram 10 anos. Pistoleiros que mataram familiares dos *pentitas* (colaboradores). 17 vítimas em 6 meses de 2008. Roberto Saviano (A beleza e o inferno).

"A ideia é disputar quem é o mais 'valente', numa competição automobilística potencialmente mortal. Os jogadores se posicionam em uma estrada, um contra o outro, o que significa que eles deverão se chocar se ninguém desviar. Ocorre que desviar significa perder o jogo (ser medroso, ou *chicken*)." **Raul Marinho**

12) Dilema do Prisioneiro Aplicado: O **Dilema do Prisioneiro** demonstrou a importância da cooperação nas interações humanas e que nem sempre o comportamento racional confere o melhor resultado. O comportamento racional de confessar (trair) de ambos os prisioneiros é pior do que o da cooperação (silêncio). Mas como esperamos que os demais agentes também se comportem de modo racional, a **Estratégia Dominante** é a de **confessar** (trair). O que poderia ser somente um exemplo da Teoria dos Jogos, pode nos servir para compreender comportamentos processuais, por exemplo, no campo da colaboração premiada ou das abordagens policiais. O esquema de funcionamento é o mesmo: **a)** suposição dos agentes da lei de que há crimes praticados ocultos; **b)** dificuldades de obtenção da prova em face dos custos ou da complexidade; **c)** utilização de mecanismos de abordagem (separação ambiental dos suspeitos/investigados) ou processual (p.ex. prisão preventiva ou prisão temporária, em celas separadas, desde que sem possibilidade de contato direto ou indireto) para impedir a comunicação e a possibilidade de forçarem a cooperação mútua; **d)** aproveitamento da **assimetria de informação** para obtenção de provas e/ou confissão acerca de supostas práticas criminalizadas; **e)** proposta de benefícios ou prêmios (diretos ou indiretos) para o fim de obter a cooperação; e, **f)** aposta no comportamento racional dos alvos. Podemos verificar a aplicação nos casos de **abordagens policiais** de suspeitos (p.ex. em veículos, residências ou interrogatórios investigativos), em que os agentes da lei poderiam revistar os suspeitos, o carro, a casa, com maior alocação de ativos (tempo, esforço físico etc.) e se valem da tática. A operacionalização pressupõe a participação de **pelo menos dois agentes** da lei e dois suspeitos/investigados (podem ser mais). Em seguida, cada agente da lei conduz um dos alvos para local distante ou ambiente separado o suficiente para impedir a comunicação. Estabelecido o **cenário** promove-se diálogo generalista (*De onde são? De onde se conhecem? O que estavam fazendo? Para onde iriam?)* por tempo suficiente ao estabelecimento das condições necessárias (o outro alvo precisa saber que houve diálogo e por tempo razoável, sem saber o conteúdo). Aproveitando-se da **assimetria de informação** entre os alvos, os agentes da lei trocam de posições, ou seja, mantêm os alvos separados e sem saber o conteúdo do diálogo realizado com o outro. Com as posições trocadas, fornecem sinalizações genéricas/abstratas de que o outro confessou e que "seria melhor" também confessar ("*jogar verde e colher maduro*"). Cada alvo se encontra, agora, submetido à situação do **Dilema do Prisioneiro**, mesmo não estando preso. Pode ser que não haja nada a ser confessado, mas se houver, a tática promove um atalho substancial (equivale-se ao interrogatório de filhos, amigos e colegas de trabalho). No regime da **Colaboração Premiada** o uso do **Dilema do Prisioneiro** é ainda mais ostensivo. A criação das

condições se dá pelo uso de prisão preventiva ou temporária (antes se usava a também condução coercitiva). Em seguida, a lógica é aplicada, com incentivos próprios do instituto, consistentes na possibilidade de o primeiro delator receber prêmios maiores. A eficiência da colaboração premiada depende da análise de custo-benefício entre as penas possíveis e as oferecidas, motivo pelo qual no mercado da colaboração premiada, a despeito das disposições legais, as práticas comerciais, validadas pelo STF, estabeleceram a **delação com pena pré-fixada**. Com a prática da pena pré-fixada e não dependente da futura aplicação da pena (legalmente o efeito da colaboração deveria ser utilizado na terceira fase da aplicação da pena, depois de condenado o colaborador), mitigou-se o risco associado ao evento futuro (sentença condenatória), reduzindo-se os "custos de transação" (**Teorema de Coase**). É que o acordo depende de evento futuro e incerto (sentença), na qual o juiz pode conceder o perdão, reduzir a pena em 2/3 ou substituir a pena (Lei 12.850/13, art. 4º). Daí se segue que faz toda a diferença a redução da metade da pena de 8 (oito) e nenhum sentido a redução pela metade da pena de 90 (noventa) anos. A tática da pena pré-fixada gerou adesão dos colaboradores. O Pacote Anticrime proibiu, mais uma vez, a pena pré-fixada (art. 4, § 7º, II) o que levou ao "inverno" da colaboração premiada. O mercado novamente esquentou com a decisão do STJ, no julgamento da "*Operação Faoreste*", pela qual a prática foi validada. Ademais, declarar nulas as cláusulas fora do padrão legal mostra-se paradoxal por dois argumentos. O primeiro é o de que se os termos da colaboração premiada foram homologados pelo Judiciário (condição de validade), criando a expectativa de boa-fé objetiva do Estado, motivo pelo qual o comportamento posterior (negar validade) é contraditório (O Estado, por seus agentes, estaria agindo de má-fé ou na homologação ou na não validade posterior: *venire contra factum proprium*). O segundo é o de que aplicada em seus termos pela sentença, o Juiz da Execução Penal não poderá majorar a pena aplicada em face da força da coisa julgada, porque intangível e agiria para prejudicar o colaborador;

Lei ORCRIM: "art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados".

13) Princípios Estratégicos de Guerra Aplicados ao Processo Penal:

As estratégias de **Guerra** estão cada vez sendo utilizadas no ambiente do processo penal, especialmente nos **megaprocessos** e nas ditas operações midiáticas. Os diálogos vazados demonstram a utilização do vocabulário típico das operações bélicas. Os sítios *online* das Forças Armadas e da Escola Superior de Guerra (ESG) são ricas fontes de pesquisa, valendo destacar o "Glossário de Termos e Expressões para uso no Exército". Sem condições de aprofundamento, indicaremos os Princípios adaptados ao processo penal:

a) Planejar a ação identificando e mapeando os pontos fortes e fracos do adversário, selecionando os decisivos (que podem desequilibrar o embate);

b) Estabelecer Plano de Ação concentrado nos pontos decisivos do mapeamento realizado;

c) Preparar e manter o controle da ofensiva;

d) Estimar a reação do oponente e a resposta sequencial;

e) Economizar recursos, utilizando somente o necessário;

f) Manter a cadeia de comando (a gestão hierarquizada dos movimentos;

g) Criar Plano de Ação claro, objetivo de modo a cumprir os objetivos (a missão);

h) Obter eficiência na execução monitorada do Plano de Ação;

i) Escolher estratégias flexíveis que possam ser ajustadas no decorrer da execução;

j) Manter o segredo do planejamento e das ações, inclusive da equipe (do time);

l) adotar estratégias que possam surpreender o adversário, por meio de dissimulação, audácia, velocidade e criatividade;

m) Sustentar a motivação da equipe, ainda que em contexto desfavorável; e,

n) Definir o momento certo de agir (atacar).

14) Táticas Operacionais: O estudo das táticas é instigante, sem que tenhamos condições de aprofundamento. Dentre as **Táticas** possíveis: **a)** Desgaste (atrito); **b)** Exaustão; **c)** Vergonha; **d)** Linchamento; e, **e)** Despistamento. Além das indicadas, podemos indicar: **i) Tática Raide**: Denomina-se de **Raide** a tática consistente na incursão ou assalto, cuja finalidade é a de adentrar em terreno inimigo sem a pretensão de conquistar ou manter, mas tão somente demonstrar poder ou obter vantagem (informações, desmoralizar etc.). Pode ser verificada atualmente pelas invasões ilegais a casas, pelos patrulhamentos de reconhecimento e abordagem e, na era digital, o Raide-Tech, consistente na prática de pescaria probatória digital (drones, vasculhamento digital etc.); **ii) Assassinato Seletivo**: O assassinato seletivo (*targeted killing*) de quem gera potencialmente risco (real e/ou imaginado) depende dos critérios para análise da probabilidade de o evento futuro ocorrer. Então, "antecipando o futuro", age-se antes de o comportamento estimado ocorrer. O tema anda na moda por aqui. Estados Unidos da América, Rússia e Israel reconhecem a prática da "política de ataques preventivos", assim denominada pela Suprema Corte de Israel. A questão básica é que em nome do terrorismo aplica-se pena de morte indireta, sem julgamento, nem direito de defesa, até porque a ação é feita de modo planejado, dissimulado e profissional por agentes do Estado. Nas invasões às localidades pobres e excluídas, na forma dos "autos de resistência", operamos na mesma lógica assassina; **iii) Tática Procurar e Destruir e Abordagem Genérica**: A meta é a de ingressar no ambiente não dominado, território do "inimigo", "procurá-lo" e "destruí-lo", evadindo-se na sequência sem registros (*Search and Destroy*). Liquida o dito "inimigo" sem "registros" (a semelhança com a realidade não é mera coincidência; materializa-se por "autos de resistência" *fakes*); **iv)**

"**GUERRA DE ATRITO** – Forma de conduzir operações que se pauta em uma maciça aplicação do poder combatente, a fim de reduzir a eficiência de lutar do inimigo, por meio da perda de pessoal e material. As forças são diretamente dirigidas sobre o centro de gravidade adversário. Buscam-se a consecução dos efeitos desejados por meio da destruição cumulativa dos meios físicos inimigos, tanto de pessoal quanto de material, trabalhando basicamente no campo físico, ou o confronto direto com as unidades de combate inimigas de modo a neutralizá-las. Os resultados serão proporcionais ao nível de força empregada e, normalmente, mais custosos em pessoal e material, havendo também a tendência a maiores danos às áreas onde se desenvolvem as ações e, também, à população civil local.

"**ESTRATÉGIA** – Arte de preparar e aplicar o poder para conquistar e preservar objetivos, superando óbices de toda ordem."

"**ALVO DE ALTA PRIORIDADE** – Alvo cuja perda pelo inimigo pode trazer grande vantagem à força amiga. Diz respeito à natureza do alvo que se quer bater."

"**DISSIMULAÇÃO** – Processo de camuflagem ou medida de defesa aeroespacial passiva que consiste na colocação de materiais de camuflagem, acima, ao lado ou em volta do objeto, de tal modo que o conjunto dê a impressão de ser parte integrante do meio ou do terreno, evitando a detecção do objeto, pela alteração da aparência normal da posição".

"**GUERRA DE COMANDO E CONTROLE** – Uso coordenado de ações de segurança de segurança, despistamento, operações psicológicas, guerra eletrônica e destruição física, apoiadas por um sistema de inteligência, destinadas a negar informações, influenciar, degradar ou neutralizar capacidades de comando e controle do oponente, protegendo, ao mesmo tempo, a estrutura de comando e controle amiga".

Tática da Terra Arrasada e Cadeia de Custódia: A versão original consiste na destruição de tudo que for proveitoso ao inimigo. Adaptada ao regime probatório, significa a destruição, manipulação ou omissão de provas favoráveis à defesa (só recolhem as de convergência incriminadora); **v) Manobra de Flanquamento**: Na hipótese de investigação criminal ou mesmo de continuidade das apurações, depois de instaurado o processo, o movimento da defesa deve antecipar as possíveis ações da autoridade investigante, estimar os riscos do alvo principal e do entorno, promovendo barreiras de prevenção. Prevenção é o foco, à espera do ataque iminente. O flanqueamento é adotado pelo Estado investigante com a finalidade de contornar as barreiras defensivas, por meio de ataque lateral ou da retaguarda do alvo. Operacionaliza-se com a ampliação da investigação e das cautelares de obtenção de prova aos familiares, empregados, sócios, empresas vinculadas e também pelo uso de **Unidades de Inteligência** (às sombras e sem controle defensivo). Ao mesmo tempo em que os investigadores realizam manobras ostensivas para chamar a atenção do alvo principal e de seus advogados, dissimulando o ataque surpresa e inesperado. A tática de despistar é típica de guerra. A defesa deve avaliar o risco associado ao círculo de relacionamento dos possíveis alvos, estabelecer mecanismos de investigação defensiva, de inteligência, de monitoramento e de controle. A manobra de flanquamento pode deslizar para o da prova produzida em "barriga de aluguel" (valendo-se do "encontro fortuito" *fake*) e diante do possível comportamento **oportunista**, pela violação da Boa-fé Objetiva, pode ser invalidada. Por fim, diante das novas tecnologias e da complexidade, fala-se da **Guerra Omnidimensional**, em que os ataques ocorrem em múltiplas frentes (econômica, comunicação, tecnológica, redes sociais, focada em alvos estratégicos etc.). A depender da evolução, alternam-se as dimensões;

"TÁTICA – Arte de dispor, movimentar e empregar as forças militares em presença do inimigo ou durante o combate. Cuida do emprego imediato do poder para alcançar os objetivos fixados pela estratégia, compreendendo o emprego de forças, incluindo seu armamento e técnicas específicas".

"ALVO – Designação genérica que se dá a qualquer elemento físico, ponto, linha ou área que se deseja detectar, acompanhar, reconhecer, neutralizar, destruir, iluminar, bloquear, interditar, suprimir ou inquietar".

"ASSALTO – Ataques curtos e violentos, mas bem ordenado contra um objetivo, culminando no choque com o inimigo em suas posições".

"ATAQUE COORDENADO – Operação ofensiva que consiste em combinar fogo, movimento e ação de choque contra uma resistência ou posição defensiva do inimigo, sobre a qual as informações disponíveis indicam a necessidade de um planejamento completo, reconhecimentos detalhados, centralização das ações e esforço coordenado por parte dos escalões executantes".

"ATAQUE DE OPORTUNIDADE – Ataque realizado quando, após esclarecer a situação e analisar os fatores da decisão, o comandante conclui sobre a viabilidade de realizar um ataque imediato, sem executar as medidas normalmente exigidas em um ataque coordenado, de forma a explorar uma determinada situação. Caracteriza-se por trocar tempo de planejamento por rapidez de ação".

"ATAQUE DIVERSIONÁRIO – Ação em que uma força ataca ou faz crer que ataca com o propósito de afastar as defesas inimigas do esforço principal".

"ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA – Atividade baseada em processo mental, que tem por finalidade produzir e salvaguardar conhecimento de interesse. Desdobra-se em dois grandes seguimentos de inteligência objetivamente voltados para a produção de conhecimentos; e de contra-inteligência, objetivamente voltado para salvaguarda de conhecimentos".

"AVALIAÇÃO ESTRATÉGICA – Ato ou efeito de determinar se as possibilidades e as vulnerabilidades, existentes na área, podem interferir, favorável ou desfavoravelmente, nos objetivos e políticas constantes do conceito estratégico nacional'"

"DISSIMULAÇÃO TÁTICA – Conjunto de medidas e ações que procuram iludir o inimigo a respeito de determinada situação ou planos táticos, com o propósito de conduzi-lo a reagir de modo vantajoso para a manobra adversa".

15) Esquema Decisório dos Agentes: O desafio da interação pressupões dominarmos minimamente o **Esquema Decisório** dos demais agentes, a saber, evidências de "como pensam" e se "comportam" os demais que interagem conosco. A vantagem competitiva fica evidente quando conhecemos nossos familiares, amigos, filhos, os mais próximos, dado que com o volume e qualidade de informações antecedentes podemos predizer o que farão ou como se comportarão com maior ou menor grau de acerto. Se levamos a sério as pessoas com quem interagimos, devemos também saber que **"***Eu penso que Ele pensa que Eu penso que Ele pensa"*, até o infinito. Sem esse passo em direção à interação cognitiva, perdemos oportunidades (que não voltam);

Exercício: Passe um dia todo imaginando como seu oponente pode lhe avaliar. Vale a pena eleger um sócio ou parceiro que você respeite tecnicamente, atribuindo a sua função. Coloque-se na posição dos demais agentes e apure seus pontos fortes e fracos. Seja seu juiz ou adversário por um dia. Pense como ele pensa, estime a percepção dele, reúna o máximo de informação qualificada sobre o modo como pensa. Use e abuse do recurso de pensar como seu oponente

16) Estratégia Baseada em Evidências (Viés Otimista e Viés Pessimista): O **otimista** ingênuo confunde a imaginação (perfeita) com a realidade. Se algo dá errado, não está preparado para enfrentar as adversidades, já que acredita, piamente, em suas expectativas de que tudo dará certo. Não lhe passa pela cabeça que algo possa dar errado. O sentimento é similar ao de estar apaixonado por alguém: tudo vai dar

certo, mesmo que taxa de divórcio seja subestimada (evitamos pensar racionalmente). A postura do viés otimista o torna alienado do contexto do processo penal. Subestima os riscos e seus efeitos. O **pessimista** antecipa que qualquer comportamento fora do padrão dará errado. Por isso tende a inércia e à reprodução dos comportamentos da maioria. Superestima os riscos e seus efeitos, sendo avesso à inovação. A obsessão por evitar o erro empurra o pessimista ao comportamento imobilista. Diante de uma experiência ruim anterior, o pessimista tende a potencializar a inércia. A avaliação otimista/pessimista em geral é realizada por intuição. De modo mais direto: "chute subjetivo". A questão é que se pode adotar o otimismo ou o pessimismo a partir de evidências da realidade. A ação ou omissão terão efeitos diretos e indiretos. O que não se pode perder é uma oportunidade por deixar que a intuição prevaleça sobre a análise do contexto. Construir indicadores do caso penal e submeter à metodologia adequada é uma habilidade possível .O fato de nos comportarmos de modo otimista ou pessimista na vida privada pode contaminar o comportamento processual. Por isso a necessidade de evidências e dados em apoio à decisão. Não ser tão otimista quanto às nossas capacidades intuitivas, exigindo evidências, é uma qualidade apreciável;

17] Estratégia, Dados e *Fake News*: Apesar de acreditarmos *plenamente* capazes de distinguir a *Fake News*, tendemos a confiar demais em nossas habilidades cognitivas, além do que, a propagação de notícias falsas não depende somente do nosso comportamento. Os grupos de aplicativos de conversa, por exemplo, estão lotados de notícias falsas que, por mágica, passam a compor o universo de realidade das pessoas (dos agentes processuais também). A criação e a difusão de *fakes*, diante do baixo custo de produção e de distribuição, podem se dar por brincadeira, exploração comercial (lucro pelo direcionamento na *web*), divulgação pessoal, para destruição de reputações ou fomento de interesses (pessoais ou de grupos, ideológicos ou não). Diante do modo como as redes sociais são estruturadas, criam-se "**câmaras de eco**", em que diante do alinhamento de interesses, as referências externas do mundo tornam-se parciais. Os algoritmos operam na lógica do "**viés confirmatório**", a saber, se lemos um artigo sobre a vida de *John Nash*, por exemplo, a "máquina" seleciona matérias semelhantes e nos oferece, pronta para em um *clic*, consumir. O mercado atende aos consumidores e quanto mais sensacionalista, mágica, conspiratória ou trágica a notícia for, maior o engajamento. As "notícias" são assertivas e trazem certezas, para as quais devemos manter cautelas mínimas quanto às fontes. A lógica da informação falsa (*Fake News*) passa pela: **a)** produção do conteúdo (de forma direta, acompanhada de imagens – a imagem convence facilmente e fomenta a impulsividade –, com temas e títulos suculentos e ativadores de emoções); **b)** distribuição autônoma, com ou sem robôs, por redes sociais ou aplicativos de conversa; **c)** espera do efeito viral, por meio do compartilhamento rápido ("*gostei, curti e compartilhei*"); **d)** impacto eficaz

e incontrolável (uma vez na rede, sempre na rede); e, **e)** desinformação generalizada ou destruição de reputações sem direito à defesa. Em geral, partem de título chamativo, incorporando uma **imagem consonante**, capaz de disparar gatilhos emocionais (comoção, indignação, ira, medo, temor), com aparência de verdadeira, mas com o **sutil arrastamento** do destinatário para marco mental alternativo, a saber, não se trata de ruptura e sim de continuidade. Aproveita-se um fragmento de verdade para "deslocar e manipular" a informação, encaixando-a às expectativas dos destinatários ("viés confirmatório"). O critério é o da consonância com as pressuposições do grupo alvo (destinatário). **A emoção comparece antes da razão**. Quanto mais potente o impacto emocional, moral e a indignação, "maior" o dever de compartilhamento do destinatário (nós), porque precisamos "demonstrar" que, também, estamos "sensibilizados/engajados". Alimentam diariamente **preconceitos**, **estereótipos**, teorias louquíssimas, conspirações de todas as ordens, opiniões selvagens e desprovidas de validade científica. Depois de obtida a adesão e/ou convencimento do destinatário, o trabalho para fazê-lo desacreditar é enorme; quase impossível (se ela continua sustentada por sua 'câmara de eco", inviável). O peso de *Fake News*, para pessoas que se alimentam diariamente de seu conteúdo, é superior ao das evidências em sentido contrário, sejam científicas, processuais ou de dados da realidade. A repetição consolida a evidência falsa e há destinatários em que a noção de **realidade** mudou de lugar, principalmente pelo uso ideológico ostensivo. Resistir ao impulso de acreditar em *Fake News* é uma construção diária, em que devemos estar alertas a esse fato (verificar a fiabilidade da fonte: cadeia de custódia), justamente porque podemos compartilhar, mesmo que inadvertidamente, conteúdo falso, como também podemos ser vítimas de campanhas difamatórias, com ou sem fundamento. O nosso trabalho **contraintuitivo** é o de basearmos em fatos e não em emoções, porque se as emoções chegam antes, o esforço racional "perde de goleada". No **processo penal**, o uso de *Fake News* pode se dar, pelo menos, nas seguintes hipóteses: **a)** o uso estratégico de *posts*, vídeos, montagens, como tática da acusação e da defesa, para o fim de favorecer a sua versão ou causar reações emocionais na "opinião pública"; **b)** utilização de sítios de *internet* para difundir versões unilaterais de casos, seja por parte da defesa ou da acusação, desprovidos dos cuidados mínimos sobre a forma de produção de notícias (tática de guerra dissimulada de informação); **c)** a manipulação da evidência probatória, colocada fora do contexto de produção, opera na lógica da *Fake News*, porque a montagem busca manipular o sentido; **d)** na argumentação jurídica oral e escrita; e, **e)** contaminação da **Inferência Probatória Epistêmica**, consistente na invasão de *Junk Science* no conjunto de premissas dos agentes processuais. Por isso devemos estar cientes do poder devastador das *Fakes News* e do uso abusivo das redes sociais. O **linchamento** de reputações nas redes sociais é instantâneo, em geral sem culpa formalizada. Os casos de acusados de condutas bárbaras, corrupção,

sexuais, envolvendo crianças ou vulneráveis, promove o efeito imediato de "punição". Um *post* compartilhado nas redes sociais faz com que se exijam providências, seguidores clamam por posicionamento do *digital influencer*. Em pouco tempo, sem análise do caso, nem exercício de defesa, a condenação está decretada. A reação defensiva de emitir simples "nota" declarando a inocência do acusado, sem ação contundente e ampliada, é o sintoma de que o defensor não domina o **gerenciamento de crise**;

"Minha definição é mais rígida: *fake News* são notícias demonstravelmente falsas, não apenas posicionamentos". **David Sumpter**

18) Criminologia Cultural (ilícito, Tédio e Ações Limite): O breve recorte que faremos da Criminologia Cultural pode servir de "chave interpretativa" sobre os comportamentos "arriscados" e "desviantes" dos agentes processuais em relação à conformidade às normas jurídicas. Aproveitamos o potencial das cinco interseções entre crime e cultura apresentados por *Jeff Ferrel*: **1)** Subcultura e estilo; **2)** ação-limite, adrenalina e compreensão criminológica; **3)** cultura como crime; **4)** crime, cultura e exibição pública; e, **5)** mídia, crime e controle de criminalidade, em que se descortina ampla possibilidade de leituras singulares, vinculadas ao Caso Penal e não à universalidade imaginária de "homens médios". Em vez de avaliar o "comportamento" desde o ponto de vista externo (observador isento), altera-se o foco ao buscar "participar em primeiro plano", isto é, do ponto de vista interno do agente praticante da conduta, inserido no contexto cultural em que se realiza, submetido às pressões decorrentes da "convivência em grupo" e, também, que o significado atribuído ao comportamento é estabelecido, de modo dinâmico e variável, pelos indicadores do "grupo" do qual faz parte e/ou se identifica. Afasta-se da noção de "agente racional e calculista, para considerar-se a hipótese de que a "exclusão e a desigualdade social" podem encontrar na "conduta criminalizada" um mecanismo de superação do **tédio** e da **mesmice** (cotidiano "normatizado"), por estar "carregado de emoções". O fator emocional, da descarga de adrenalina que a conduta criminosa proporciona, além do reconhecimento do grupo, é incompatível com a noção da escolha racional, típica do modelo padrão de culpabilidade. A percepção do "crime", sua imagem, significados e interação entre as agências e personagens envolvidos, muda o foco das motivações e da leitura da conduta criminalizada. No processo penal agentes podem agir de modo **dissimulado** e **oportunista** justamente pela "descarga de adrenalina" que os "comportamentos limites" proporcionam, especialmente na figura do "*edgework*", entendida como o agente seduzido por "atividade-limite", em que o risco se diz calculado, na navalha da lei, com os perigos de se cortar, mas com a recompensa da sensação da descarga de adrenalina. Ademais, a assunção de compromissos de grupos, em nome de uma "causa", aumenta a reputação interna, proporcionando imensos prazeres. Correr o risco de ser descoberto, de manipular os limites legais, torna-o viciado por adrenalina. O objetivo não é a prática do ato ilícito, da jogada arriscada, e sim da sensação que proporciona. É ingênuo afastar a hipótese de alguns serem movidos pela sensação de vencer**.** No

"É justamente este estado emocional 'carregado' que interessa os criminólogos culturais, os quais suspeitam que emoções subjetivas e dinâmicas sócio-culturais texturizadas inspiram muitos crimes, e cada vez mais sob as condições da modernidade recente. Contra a calculadora abstrata, mecanicamente racional, a criminologia cultural contrapõe com o naturalismo do crime em si. A real experiência vivida de cometer um crime, de concluir um ato criminoso, de ser vitimizado pelo crime, tem pouca relação com o árido mundo vislumbrado pelos teóricos da escolha racional. De fato, a descarga de adrenalina do crime, o prazer e pânico envolvidos, são tudo menos exógenos à 'equação do crime'. O crime raramente é desinteressante e frequentemente não irrelevante – mas é sempre significante". **Jeff Ferrel, Keith Hayward e Jock Young**

A partir de Jack Katz, afirma Oxley da Rocha: "Que o autor estabelece uma distinção entre o que chama de 'emoções morais' (humilhação, arrogância, desejo de vingança, indignação etc.), espreitando no primeiro plano do crime, e 'condições materiais' (especialmente gênero, etnicidade e classe social) como antecedentes do crime. O argumento central de Katz é o de que uma criminologia que procura entender os crimes 'normais' – agressão, assalto, coação, rufianismo, e assim por diante –, deve prestar especial atenção às **recompensas** morais e emocionais que essas ações fornecem para aqueles que a cometem. Com frequência, esses crimes não são simplesmente explicáveis a partir de eventuais recompensas materiais, destacando-se especialmente a violência doméstica, incluído homicídio. Ao contrário, tais crimes surgem no contexto de **profundas necessidades emocionais e sensoriais**; e é somente pela apreensão dessas profundas sensações que variações nos fatores antecedentes podem ser explicadas". **Álvaro Filipe Oxley da Rosa**

processo também podem comparecer traços patológicos, especialmente quando forem fanáticos e/ou viciados em vitórias. Estar muito envolvido subjetivamente no Caso Penal tende a impedir que o agente olhe de fora e perceba a dimensão de sua ilusão (se para o agente ganhar for muito empolgante ou excitante, tende a manipular as regras);

"Em uma dupla confusão, *edgeworkers* são vistos ou como desajustados, descontrolados, que buscam a autodestruição, colocando em perigo os que estão a sua volta [...] Ambas errôneas visões não compreendem ou dolosamente negligenciam a paixão comum de tais movimentos: o completo vício pela tensão entre arte e abandono, pela dialética caos-controle, pela estranha música audível no momento em que se 'abusa da sorte' na confiança da perícia individual. No momento da atividade-limite uma espécie de mágica emerge: você tem que se segurar e se soltar ao mesmo tempo".
Mateus Vieira da Rosa

"A ação-limite está referida à experiência subjetiva que decorre da prática de atividades que contenham riscos pessoais inerentes: essa seria uma forma de 'ação proposital, baseada no emocional e no visceral', e na 'excitação imediata', que provém da ação arriscada, em si mesma'".
Álvaro Filipe Oxley da Rosa

"As pessoas devem ser adequadamente motivadas. Em alguns experimentos, os sujeitos declaravam que se haviam afastado daquilo que acreditavam ser o procedimento mais prudente apenas para manter a atmosfera de excitação".
David Morton Davis

19) Teste do Jogo Sujo: Quando agentes processuais identificam uma oportunidade de vantagem, realizam avaliação de custo-benefício, associada a de risco, a saber, da probabilidade de serem descobertos e, em sendo, quais os impactos (negativos e positivos). A decisão de **arriscar** depende da decisão acerca do que está em jogo (custo-benefício) e, também, do perfil do agente processual (joga limpo ou sujo). **Imaginemos** um caso penal em que a tabela cardinal de **vitória** signifique 2 (acusação a condenação; defesa a absolvição); 1 (signifique a procedência parcial) e 0 (a derrota). No **cenário X** a acusação só conseguirá condenar se manipular a prova existente (p.ex. subtrair prova favorável à defesa). Se jogar limpo (entregar a prova), o resultado será 0. Se jogar sujo, será 2. No **cenário Y**, de modo invertido, a defesa só absolve se fraudar a prova.

Acusação / Defesa	Joga Limpo	Joga Sujo
Joga Limpo	1,1 (Limpo/Limpo)	0,2 (Limpo/Sujo: cenário Y)
Joga Sujo	2,0 (Sujo/Limpo: cenário X)	1,1 (Sujo/Sujo)

Se interagirmos com agentes que jogam sujo, devemos planejar estratégias de demonstração do comportamento oportunista, sem que tenhamos justificativa para operarmos do mesmo modo (jogar sujo), sob o fundamento de "equivalência moral" (se ele joga sujo, também posso), porque incompatível com o dever de Boa-fé Objetiva, ético e moral. O efeito de todos se comportarem de modo ilícito é o da "**escalada**" de comportamentos oportunistas, em que perdemos a dimensão da função democrática do processo, será 2. No **cenário Y**, de modo invertido, a defesa só absolve se fraudar a prova. Agentes que realizam o "enquadramento" de curto prazo, perdem a dimensão do futuro e do impacto permanente na reputação. O processo termina, mas a reputação nos acompanha. Refletir antes, proceder em conformidade, autolimitar a "visão de curto alcance", dos "ganhos imediatos e fugazes", por meio da atividade **contraintuitiva**, constitui-se em vantagem competitiva. A grelha da Teoria dos Jogos nos auxilia a compreender quais seriam as práticas de agentes racionais operando de modo neutro no tocante às demais esferas (p.ex., ética, moral etc.). Desejamos que nenhum agente se comporte de modo oportunista, ao mesmo tempo devemos saber identificar e reagir porque a probabilidade de o jogo sujo comparecer não é desprezível;

"O hábito de condenar os defeitos morais em terceiros é uma forma de ressaltar o próprio (suposto) bom caráter. Uma estratégia muito utilizada para demonstrar inclinação ao altruísmo é condenar veementemente os comportamentos 'cheater' [trapaceiro] em terceiros – em geral, com intensidade muito superior à efetivamente percebida".
Raul Marinho

STF, Reclamação 4.307 (Min. Gilmar Mendes): **"**A prática de combinar o jogo processual rendia a celeridade processual quando assim fosse de oportuno para a acusação ou para o próprio julgador. Em investigação específica envolvendo o ora reclamante, Deltan Dallagnol e Sérgio Moro combinaram *pari passu* o levantamento do sigilo de diligência de busca e apreensão solicitada pela Polícia Federal".

"Contraditoriamente, é o perigo iminente, o medo que a atividade provoca que impele os indivíduos que optam por esses jogos [...] a buscarem cada vez mais tais sensações num nível cada vez maior de satisfação".
Jeferson Moebus Retondar

C – Controvérsia:

1) Não Perder a Cabeça: Embora partamos da premissa de que os agentes processuais operam no nível racional (e isso é verdade),

a perspectiva racional desconsiderou o abismo/fosso cognitivo da intuição, das emoções, das decisões automáticas, "como se" fossem fatores irrelevantes, dado que intangíveis. É nesse momento que surge a necessidade de integrar a subjetividade com a objetividade. Independentemente do quanto nos acreditemos racionais, o nosso comportamento, situado no contexto, pode ser irracional. Podemos "perder a paciência", termos "um ataque de fúria" e, depois podemos dizer: "desculpe, não era eu". Esse "eu" é a imagem racional de nossas expectativas de comportamento desfeita pelas pressões e circunstâncias do contexto, do grupo com o qual nos identificamos ou das circunstâncias do ato. O Direito Penal chega a reconhecer ser menos grave "matar alguém" "dominado" pela "violenta emoção" (homicídio privilegiado; CP, art. 121, §1º). Além disso, indicadores mais **sutis** também podem ter enorme efeito em nossos comportamentos e julgamentos (tédio, monotonia, empatia, fisionomia, vestimenta, pensamento do grupo, incentivos circunstanciais, erros cognitivos, reputação etc.);

2) Impulsividade: O **enquadramento** imediato, a curto prazo, pode ofuscar os efeitos colaterais. Por exemplo, postar no *Instagram*: "*mais uma liberdade conseguida em Habeas Corpus contra a decisão arbitrária, ilegal e abusiva decretada por um juiz inquisidor*", pode ter o gosto doce de um chocolate delicioso. Pode até lavar a sua alma (aqui é um exemplo de utilidade subjetiva). Mas o gosto amargo no juiz criticado publicamente pode permanecer durante mais tempo. Rede social não é *Procon* do Processo Penal. Da mesma forma, quer juiz, quer advogado, quer membro do MP, valer-se de adjetivos para desqualificar o comportamento dos agentes processuais serve para nada ou, no máximo, para gerar o revide, quem sabe ódio guardado. Não se trata de coragem ou covardia. Cuida-se de inteligência e comportamento estratégico: para que serve o ato? Alinha-se à estratégia? Quais são as alternativas? Qual o custo de oportunidade a ser pago? Quais os possíveis efeitos futuros?

SE O AGENTE AGIR DE MANEIRA **X**

NO CONTEXTO **Y**

A POSSÍVEL /PROVÁVEL CONSEQUÊNCIA SERÁ **Z**

3) Rendição do Alvo: A **rendição** do investigado/acusado é uma decisão de arrependimento ou confissão, mas também uma decisão estratégica, uma decisão de custo/benefício. Sofrer ataques concentrados e contínuos exige certa dose de defesa heterodoxa. Quando o oponente lança mão de ferramentas extraprocessuais, como a mídia, não jogar no mesmo nível é um preço tático dominado. Os aspectos aparentemente periféricos do processo ganham dimensão no resultado. O momento certo de cooperar é dinâmico. Para isso, a grelha teórica da tomada de decisão não pode ser a mesma da presunção de inocência. Há um giro de sentido. No vocabulário de guerra, aponta *Juliano Keller do Valle*, fala-se em "morder e prender" ou mesmo em 'tática-relâmpago' (***Blitzkrieg***);

D – Estratégia:

1) No Processo Penal se Faz, e Paga: Embora possamos ser um excelente motorista, já fizemos muitas "barbeiragens", porque ninguém é

"bom motorista", mas "comporta-se como bom motorista". No processual podemos nos comportar de modo diverso do padrão esperado por diversos fatores. O desafio é o de errar o menos possível. Subestimar os demais agentes é erro grave. A atenção deve ser constante. Tanto em relação ao efeito de nossos movimentos, como também do adversário e do julgador. Sem a tenacidade de compreender as diversas miradas/perspectivas do contexto (e do que realmente está em questão), perdemos a dimensão realística do Caso Penal. O fato de não conseguirmos prever todas as variáveis, não nos autoriza a rejeitar o devido planejamento. No processo penal se faz, e se paga;

2) Dilema do Prisioneiro (chave interpretativa): A questão colocada pelo **Dilema do Prisioneiro** é a de que a **Estratégia dominante** pode ser a menos eficiente, dado o resultado adverso, abrindo espaço para compreensão cooperativa. Nem sempre as decisões aparentemente melhores individualmente o são no contexto de jogos interdependentes, como acontece no processo penal. O **Dilema do Prisioneiro** é o exemplo teórico de tal modelo. Nos servirá de "**chave interpretativa**" em diversos momentos do Processo. A não cooperação entre os agentes (estratégia dominada para TER – Teoria da Escolha Racional) tende a levar ao pior resultado individual (a estratégia dominante é prejudicial). Daí que não se pode começar ou permanecer em um processo por meio de julgamentos aparentemente racionais, desprovidos de avaliações contingentes das "**consequências das consequências**", a saber, os "**efeitos dos efeitos**" (curto, médio e longo prazo). O **Dilema do Prisioneiro** demonstra que o resultado coletivo não decorre necessariamente de escolhas individuais utilitaristas, mas de contingências e interações do contexto, vinculados ao objetivo final (meta). Cooperar ou trair é decisão individual. O paradoxo é que se os dois espertos agirem de modo racional, ambos se dão mal.

"Mais do que isso, se eu achar que meu comparsa pensa exatamente como eu, concluo que ele vai confessar, o que me leva a um beco sem saída. Na prática, eu só posso confessar! E é efetivamente isso o que acontece: os dois prisioneiros confessam e passam ambos, dois anos presos. A isso, chama-se 'equilíbrio de Nash': a melhor decisão possível levando-se em conta a decisão que o outro deve tomar – o que revela o caráter interativo da teoria". **Raul Marinho**

3) Agenda: Ao mesmo tempo que devemos **planejar** a ação, precisamos de uma agenda de decisão. Com o tempo vamos aprendendo a separar as informações relevantes e o que é perda de tempo útil. Ademais, o planejamento deve ser dinâmico. A primeira versão não deve ser aplicada de modo inflexível;

4) Conformidade: Aprender novas ferramentas renova o desafio ético, já que não devemos manipular os demais agentes**.** As **Estratégias de Guerra** são de duvidosa conformidade democrática, ainda que utilizadas às sombras. A distinção entre **influenciar** e **manipular** é muito tênue. Quando influenciamos alguém, fazemos com que a conclusão possa decorrer de um raciocínio lógico, mesmo que com um empurrãozinho (*Nudge*), mas não significa ilícito. O estelionato argumentativo e/ou cognitivo pressupõe o dolo de manter alguém em erro;

5) Alternativa Analógica: Na hipótese de não se usar a Plataforma **RoadMapCrime**, a partir de *Bazerman* e *Moore*, podemos indicar os seguintes passos estratégicos:

1) Defina a conduta a ser provada e a estratégia e táticas possíveis. A elementar do tipo penal violado ganha destaque, porque será o centro de gravidade da instrução probatória, mantendo-se o enquadramento (utilize a Teoria dos Caso);

2) Identifique os critérios e as variáveis que podem ocorrer no processo penal: dinâmico e com informação incompleta;

3) Avalie os critérios nos seus aspectos positivos e negativos (SWOT: Pontos Fortes e Fracos), tendo em vista os personagens reais de tomada de decisão – a compreensão individual do fenômeno, ou seja, o Esquema Decisório de cada um dos agentes processuais;

4) Crie alternativas: as táticas e a estratégia devem ser geradas de maneira hipotética, em constante reavaliação;

5) Classifique a estratégia e táticas em árvores processuais – se acontecer isso, sigo por aqui; do contrário, por lá. Mapear as possíveis alternativas antes que aconteçam, especialmente na instrução probatória (prova testemunhal etc.); e,

6) Identifique a estratégia e as táticas dominantes/dominada, antecipando a expectativa de comportamento dos demais agentes processuais.

Boa-fé Objetiva: **a)** do procedimento: o desenho e institutos deve atender aos princípios democráticos; **b)** dos agentes processuais: comportamento individual). O marcador é de sim ou não (não existe comportamento meio ético/moral/deontológico/normativo). A escala é binária.

8.8 Teoria do Caso Adaptada ao RoadMapCrime

A – Definição:

Planejamento de atuação a partir da Teoria do Caso (Planos: Fático, Jurídico e Probatório), adaptada ao modelo RoadMapCrime.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Teoria do Caso Adversarial: A **Teoria do Caso**, típica do modelo **adversarial** de processo, será integrada ao nosso modelo, para o fim de organizar a estrutura do Planejamento da interação, ampliando as perspectivas de identificação e determinação das forças e das fraquezas de cada aspecto do Caso Penal e também das possíveis estratégias aplicáveis. Prática comum em outros países, no Brasil ainda é desconhecida, valendo destacar o livro de *Raphael Castilho Barilli* (que nos serve de referência). A pretensão é a de estabelecer metodologia adequada, pelo qual as hipóteses (acusatória e defensiva) podem ser decompostas e estruturadas em **planos** (**fático**, **jurídico** e **probatório**). Aprimora-se leitura do caso, das possibilidades estratégicas, funcionando como **roteiro** de atuação. Os dados relevantes são selecionados para o fim de orientar a atividade probatória na obtenção de seus propósitos, isto é, na elaboração de "relato consistente" a ser sustentando no decorrer do processo. A preocupação não é exclusivamente narrativa e subjetiva, porque procura integrar os elementos dos níveis: fático, jurídico e probatório;

"O problema proposto refere-se à falta de consciência em relação à efetiva atuação das partes no processo penal, sobretudo no que tange à sua preparação para atuar processualmente do ponto de vista metodológico e estratégico. Muito do que se entende por *preparação para o processo* ainda se encontra relacionado a contextos subjetivos, atrelados a uma perspectiva intuitiva dos advogados e partes envolvidos no processo, com frequente alusão às suas habilidades e características subjetivas, não havendo efetiva dedicação no que tange à sistematização de conceitos e técnicas comprometidos objetivamente com o desempenho processual, o que acaba produzindo um enfraquecimento da própria atuação processual em si." **Raphael Castilho Barilli**

"La teoria del caso no consiste en solamente narrar una história, desde la óptica de la parte expositora, con la finalidad de persuadir al juzgador; sino que, es, por un lado, la herramienta metodológica por excelência que tienen las partes para poder construir, recoletar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia de proceso; y por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de três níveles de analisis: fáctico, jurídico y probatório". **Hesbert Benavente Chorres**

2) A Função e Níveis (fático, jurídico e probatório) da Teoria do Caso: Para o fim de se obter o melhor desempenho, a atitude metodológica deve se iniciar o quanto antes, isto é, desde a fase de investigação preliminar,

incorporando-se elementos posteriores produzidos em conformidade ao procedimento e às expectativas decisórias. É que o acompanhamento de todo o caso, desde o início, amplia as oportunidades de decisão qualificada sobre os momentos antecedentes, inclusive barganha, não se tratando de abordagem restrita à audiência. A teoria do caso é dividida estruturalmente nos **Níveis**: **a) Nível Fático:** a obtenção de informação qualificada sobre os fatos, evidências e o desenvolvimento da investigação ou do processo, com a constante atualização do contexto fático, promove ganho estratégico sobre a qualidade e quantidade de informações disponíveis. Cada novo elemento deve ser "ajustado" à hipótese acusatória e a defensiva, especialmente pelo reconhecimento dos "**fatos incontroversos**", cuja possibilidade de refutação é insignificante e, portanto, deve ser integrada ao relato do caso; **b) Nível Jurídico:** Domínio da teoria do delito, das garantias constitucionais e as regras de prova e procedimentais, avaliando-se as possibilidades defensivas em face do caso penal; e, **c) Nível Probatório:** Analisar e avaliar os meios e fontes probatórias, considerando "indiscutíveis" às desprovidas de "controvérsia" que, por sua vez, devem ser integradas ao relato, sobe pena de incoerência e/ou inconsistência. Além disso, deve-se avaliar a força do elemento de prova no contexto da Hipótese (acusatória ou defensiva: forte ou fraco);

"Evidente equívoco de se reduzir a teoria do caso, em termos de aplicação e utilidade, à etapa das audiências, isso porque, desde os primeiros acontecimentos relacionados ao caso, a teoria proposta pode apresentar diversos benefícios à parte que a utilize a ponto de poder ser considerada essencial." **Raphael Castilho Barilli**

"La teoria del caso, será para nosotros 'el conjunto de atividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión de hechos que sostendrá ante el tribunal, y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que la acreditam en un juicio oral". **Leonardo Moreno Holman**

"Cada elemento probatório coletado será igualmente sujeito a um *teste de* força, podendo ser classificado como *forte* ou *fraco*, tendo como critério a credibilidade do referido meio de prova ou de suas informações". **Raphael Castilho Barilli**

3) Relato e Fases da Teoria do Caso (Construtiva, Recolectiva, Depurativa e Expositiva): O resultado deve ser composto em **relato**: **a) simples** (objetivo e claro); **b) Lógico** (mantida a coerência em face da prova, especialmente os elementos "incontroversos" e "indiscutíveis"); **c) Credibiidade** (capacidade de o relato persuadir o julgador); **d) Suficiência jurídica** (fundamentação jurídica em detrimento de outros campos, dada a prevalência dos critérios do Direito na decisão); e, **e) Flexibilidade** (capacidade de adaptação e modificação do relato conforme o desenvolvimento do caso, munido de hipóteses alternativas). A teoria do caso possui **4 (quatro) Fases**: **a) Construtivista** (investigação, procura, identificação, análise e interpretação dos fatos, classificando-os como "relevantes" ou "irrelevantes"); **b) Recolectiva** (busca de elementos probatórios de suporte ao caso); **c) Depurativa** (filtrar e adequa a as provas à hipótese); e, **d) Expositiva** (planejamento do argumento oral, nos níveis comunicativo, confrontacional e conclusivo);

"Ao ser enunciado que a teoria do caso é, de fato, uma *teoria*, o objetivo é dar-lhe um formato metodológico, diferenciando-a de uma simples história ou narrativa. Trabalhar com uma teoria do caso é, portanto, conjugar metodologicamente elementos de ordem fática, jurídica e probatória, produzindo-se um relato consistente e verificável acerca dos fatos a ser utilizada para os fins de preparação metodológica para o processo e apresentação em juízo". **Raphael Castilho Barilli**

4) Descrição Preliminar do Caso Penal e do Contextos: Assumimos no decorrer do trabalho: **I)** a abordagem metodológica por meio do **Plano Geral Estratégico** do Caso Penal, decomposto em 5 (cinco) **Áreas de Concentração**: **a)** Tipo Penal; **b)** Agentes Processuais; **c)** Procedimentos; **d)** Provas; e, **e)** Valoração e Decisão; **II)** a noção de **contexto** como constructo subjetivo dos agentes processuais; **III)** a construção participativa, em contraditório significativo, do provimento judicial; **IV)** o modelo **construtivista** de verdade (negociação entre as percepções dos agentes em face da realidade); **V)** a importância da decisão racional baseada em

inferências válidas e sólidas sobre a Premissa Fática, de modo "suficiente" à atribuição do predicado "provado" ("sobre o discurso do fatos"); **VI)** a exigência de superação do *Standard* Probatório; e, **VII)** decisão motivada e fundamentada do julgador a partir do material submetido ao contraditório significativo (vedada a surpresa). Associada à Teoria do Caso, vamos alinhar os passos metodológicos do **RoadMapCrime** para melhorarmos a **qualidade** e a **qualidade** dos **elementos constitutivos**;

5) Rótulo do Caso Penal (Nome do Agente, Imputação e Tipos Penais): O nosso referencial será a descrição preliminar (com maior ou menor detalhamento a depender do contexto) do Caso Penal:

> A investigação ou a acusação de que X, no dia Y, no local Z, mediante a conduta descrita (W) teria violado com sua (ação ou omissão) o tipo penal Q. As provas produzidas são 1, 2, 3 e 4, e as se produzir as 5, 6 e 7.

"Um *Standard* probatório funciona como o *sarrafo* no salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara, graus distintos de dificuldade ao agente". **Janaina Matida e Alexandre Morais da Rosa**

"Negligenciar a construção da teoria do caso, especialmente relacionada com a etapa processual da investigação preliminar, pode representar um erro estratégico grosseiro em relação ao seguimento do caso". **Raphael Castilho Barilli**

"As limitações de tempo e de entendimento tornam impossível restringir nossas ponderações de causa e efeito ou nossas afirmações de verdades empíricas, para englobar enunciados universalmente corretos, é por isso que empregamos frequentemente generalizações que são apenas probabilísticas. Dizemos que fumar provoca câncer, que os cachorros têm pulgas, que a comida mexicana é apimentada e que os escoceses são teimosos, sem supor que ao dizer isto estamos afirmando verdades universais invariáveis. Mas ao contrário, generalizamos de maneira probabilística e não inexorável, admitindo o uso de generalizações descritivas na medida em que seja estatisticamente justificáveis. Mas as convenções do comportamento linguístico cotidiano não requer mais que esta relação estatisticamente justificada entre causa e efeito". **Frederick Schauer**

6) Inventário dos Elementos do Caso Penal: O **Plano de Pesquisa** será construído especialmente para o Caso Penal em sua **singularidade** (evento único), **gerenciado** pelo **agente** (público ou privado), responsável pelo controle, integração e inciativa de evidências, seleção do material jurídico e das inferências probatórias. Por meio de **Planos de Ação**, o agente buscará levantar os **aspectos** inerentes à investigação do **tipo penal** imputado, ao **contexto** dos fatos e as **primeiras implicações**. A **atualização** do inventário será **dinâmica** (o fluxo investigatório altera o *status* do apurado), por meio do "**enquadramento**" das **múltiplas percepções** dos **agentes** envolvidos no esclarecimento do caso e, também, das **fontes humanas** de prova (testemunhas e informantes). A **coleta de dados** deve ocorrer por **métodos** de abordagem **quantitativos** e/ou **qualitativos** (conforme a complexidade fática a ser apurada). O manejo dos dados parte das evidências coletadas, submetidas ao **Teste EVE** (Existência, Validade e Eficácia) que, em conjunto, valendo-se do método "**abdutivo**" (**Inferência pela Melhor Explicação – IME**), podem autorizar, provisória e probabilisticamente, a formulação de Hipóteses (acusatória e defensiva). Enquanto o Estado investigador deve "materializar" nos autos da **Investigação Preliminar** os "atos de investigação", a defesa tende a não revelar ostensivamente a **Hipótese Defensiva** (alternativa ou infirmativa), porque quando mais cedo a defesa se comprometer, menor será o espaço de "ajuste estratégico" (se negar a autoria desde o primeiro momento e depois surgirem evidências contrárias, as "novas" Hipóteses Defensivas perdem credibilidade). A análise das Premissas (Normativa e Fática) devem ser independentes. A realidade da Premissa Fática será construída em face dos dados incorporados ao acervo do caso;

7) Premissa Normativa (válida ou inválida): A **Premissa Normativa** deve ser analisada conforme o **RoadMapCrime** (item 8.9), apurando-se (com o uso da matriz **SWOT – FOFA**): **a) Forças**; **b) Fraquezas**; **c) Oportunidades**; e, **d) Ameaças**. As partes podem suscitar pretensões

sobre a hipótese de incidência do tipo penal imputado, a compatibilidade constitucional, convencional e/ou normativa;

8) Premissa Fática (suficiência probatória): A atribuição de sentido às evidências é realizada por cada agente (estatal ou defensivo) de modo **dinâmico**. A inserção de elementos probatórios exige reavaliação do impacto isolado e também, no conjunto do planejamento estratégico. Os dados de realidade devem ser obtidos com **rigor metodológico** para o fim de atribuir **confiabilidade**, **autenticidade** e **solidez** ao resultado da pesquisa promovida em contexto real e, portanto, submetido às contingências e incertezas do ambiente. A lógica probatória pode ser tanto "dedutiva" (do geral para o particular) ou "indutiva" das partes concatenadas para o todo, alternando-se em face da experiência do cenário dos agentes. O "elemento de prova" deve atender **primeiro** às condições de **validade** (**Teste EVE**), para somente depois podermos atribuir o respectivo "peso" à evidência. Em **segundo** lugar, poderemos atribuir o "peso" à evidencia em face dos demais (suficiência probatória), na linha de **coerência** e **consistência**. Aplica-se a matriz **SWOT** (**FOFA**): **a) Forças**; **b) Fraquezas**; **c) Oportunidades**; e, **d) Ameaças**;

9) Hipóteses Preliminares: A autoridade investigante, por meio do método "**abdutivo**", diante do conjunto de evidências disponível, infere "**as melhores explicações**" racionais e lógicas (**hipóteses acusatórias**), enquanto a defesa cria **hipóteses alternativas** ou **infirmadoras**. É o "**enquadramento**" preliminar do caso, pelo qual se otimiza a atividade investigatória e defensiva. **Diferencia-se** a **Hipótese** (Acusatória ou Defensiva) de **Constructo** (Acusatório ou Defensivo), porque as Hipóteses podem ser verificadas por meio de evidências, já os **constructos** são formulações subjetivas, pessoais, incapazes de testagem e validação probatória (meros palpites). Em juízo da **HAc** é ofertada pelo MP;

10) Acusado e Vítima como Fonte Relevante de Estratégias: Os participantes diretos (acusado, vítima e testemunhas da conduta) são fontes importantes de detalhes sobre o evento. Enquanto a vítima e testemunhas, depois de prestadas as declarações à autoridade policial, aguardam passivamente o chamado para audiência, o acusado, em geral, relata a versão ao defensor de modo não estruturado, também aguardando ser convocado. Em ambas as hipóteses, perde-se a oportunidade de exploração dos detalhes. O **primeiro relato** precisa ser **renovado** sempre que o contexto probatório for incrementado de modo significativo, promovendo-se **ajustes** estratégicos. A **vítima** e o **acusado** podem ter informações não contidas na investigação oficial, abrindo-se novas oportunidades argumentativas (são os concernidos). Tratá-los como objeto é um erro estratégico porque, além de terem o direito de saber o que se passa no processo, tendem a ser fonte de informação mais qualificada (experimentaram o evento). Ampliam a precisão e a acurácia do planejamento;

11) Operacionalizar (a busca por inferências): A fase de **operacionalização** impõe cuidados mais decisivos porque demanda a preparação singularizada de cada momento processual, devendo-se especificar, passo a passo, as ações próprias e a dos demais agentes processuais. Em seguida deve-se estabelecer o grau de importância e a estratégia dominante/dominada. Por ser a metodologia **construtivista**, parte do caso, dos agentes processuais e dos cenários do contexto real (não é idealizado ou imaginário). Por isso a importância de construirmos a **Teoria do Caso** de baixo para cima (***down up***). Definido os **aspectos** importantes e a **hierarquia** da informação, podemos agir de modo a testar as descobertas futuras em face do "referencial" do caso, evitando esforço e custos em diligências irrelevantes e/ou dissociadas da meta estratégica. Descrevemos as etapas do **RoadMapCrime** (item 3.3) que podem ser resumidas, na versão analógica, em: **a)** levantar e descrever o cenário (participantes, contexto interno e externo); **b)** aspectos de cada momento do procedimento (quem, quando, quanto, como e onde); **c)** elencar as alternativas possíveis (o maior número factível); **d)** organizar e estimar as implicâncias entre as alternativas (vantagens e desvantagens); **e)** decidir a prioridade com dados objetivos e subjetivos relativos ao contexto e aos demais agentes com poder de decisão; **f)** validar a compatibilidade e os compromissos de cada alternativa em face da meta (a curto, médio e longo prazo); e, **g)** estabelecer os **Plano de Ação** que devem: **i)** promover a colheita de prova, com os cuidados para não as tornar ilícitas ou ilegítimas, com especial relevo à cadeia de custódia; **ii)** avaliar os custos e de ativos alocáveis para as tarefas (pessoal, recursos tecnológicos etc.); **iii)** estabelecer prioridades; **iv)** verificar o orçamento disponível; **v)** levantar o comportamento jurisdicional dominante e dominado (processual e de mérito); **vi)** estudar o perfil e os benefícios dos demais agentes processuais (internos e/ou externos); **vii)** determinar o perfil do acusado, da vítima e das testemunhas; e, **viii)** antecipar o impacto de cada comportamento processual possível (na ação e no todo) em cada fase intermediária e ao final. **Por exemplo**, a decisão sobre arrolar ou não a testemunha Y pressupõe estimar o efeito na meta pretendida (encaixa-se na linha estratégica? Pode ser probatória ou dilatória. Quais as perguntas relevantes?). No caso de muitos investigados ou acusados, também devemos monitorar os efeitos dos comportamentos na estratégia (p.ex. a confissão ou colaboração premiada de algum deles pode alterar a estrutura do caso). A **pergunta** a ser feita sempre parte da seguinte lógica: **a)** se o agente agir de maneira X, **b)** no contexto Y, **c)** a possível/provável consequência será Z. É da capacidade de avaliação de riscos (probabilidade x consequências) que a decisão deverá ser tomada, desde que integrada ao **Plano Estratégico Geral**;



"A teoria do caso visa a funcionar como uma metodologia de trabalho que se desenvolve de forma ordenada e estruturada, permitindo que a parte formule um relato consistente acerca do caso que será apresentado em juízo". **Raphael Castilho Barilli**

"O papel da imparcialidade do juiz residirá não apenas nos gostos e preferências pessoais que deveriam no plano do dever-ser, restar renegados. Mas consiste em propiciar às partes igualdade de oportunidades na 'captura psíquica' do juiz. O contraditório consistiria na peça imprescindível de um processo democrático, no qual as liberdades prevalecem sobre o interesse exclusivo do Estado. Apenas de tudo, Fazzalari, de forma consciente, salienta que nem por isso o contraditório permite se abolir as margens de irracionalidade componentes da decisão judicial: no que diz respeito ao poder do juiz, repete-se que em sua decisão sempre comparece um componente de irracionalidade". **Ricardo Jacobsen Gloeckner**

12) O Contexto de Incerteza do Processo: A **incerteza** preside o processo penal. É uma aposta no futuro. Operamos com **probabilidade**. É impossível antecipar com 100% de precisão o que dirá, por exemplo,

uma testemunha, mesmo que se saiba o que tenha dito anteriormente. No ato da oitiva sempre incide coeficiente de incerteza. Por mais que exista preparação e planejamento, o desempenho nas jogadas processuais é sempre antecipação/aposta no futuro. A estratégia utilizada em um processo anterior pode não se aplicar ao caso seguinte. Cada **processo** é **singular** e **único**, dentro do seu **contexto**. Deve-se, também, levar em conta a variável do tempo processual**.** Premido pela preclusão cognitiva, isto é, o momento de taticamente ter-se um ganho, não se pode excluir a possibilidade de alguns se valerem do "vale-tudo", aproveitando-se da camaradagem (cooperação), ingênua ou estratégica. O agente **oportunista** não respeita as regras em nome da satisfação de sua utilidade maior: o resultado. De nada adianta, depois da audiência, lamentar-se por não ter feito uma pergunta importante. Operou-se preclusão. É uma das manifestações do *espírito da escada* de *Denis Diderot*, ou seja, a resposta correta veio depois que se estava descendo a escada do Tribunal... e não no momento necessário. A ação chega atrasada. Quantas vezes o agente pensa: eu deveria ter feito isso quando a testemunha disse x... Daí que se instaura um processo recorrente de reavaliações dos movimentos processuais. É o sintoma da ausência de preparação por meio de árvores de perguntas. Questionar as próprias limitações, os paradoxos e as ingenuidades da posição originária no contexto do jogo será o mote. Justamente porque é da capacidade de repensar o impossível, de realinhar e reinterpretar o contexto que se pode alterar o desafio do processo penal. A precisão e a acurácia estratégica dependem da capacidade de compreender os adversários e agir de modo muitas vezes radical, invertendo a linearidade de uma certeza lancinante e ingênua. Ousar repensar as consequências diretas e indiretas das condutas pode ser o momento em que tudo se recontextualiza**,** ação típica de *"Game-Changer".* O estudo das diversas expectativas de comportamento decisório do adversário e do julgador passa a ser o **centro de gravidade** do processo penal. Se não sabemos, com certo grau de precisão, o perfil e o engajamento do oponente, seus ganhos, bem assim do julgador, tudo passa a ser realizado com alto grau de amadorismo e sorte. A **preparação** será fundamental. Com preparação adequada potencializa-se a capacidade de respostas mais imediatas e previamente mapeadas. A surpresa de uma invertida pode ser avassaladora se não tivermos nem ao menos previsto a ocorrência. É a presença do "**desconhecido/desconhecido**". Por isso antecipar as adversidades é postura profissional. Ainda que que você tenha delineado um objetivo, pode ser que o contexto vire, exigindo **ajustes** estratégicos. Uma pequena alteração no vento faz com que os pilotos tenham que realinhar o voo. No caso de situações complexas e multidimensionais, o tirocínio (e o treinamento) do agente processual tende a ser o fator decisivo. Arriscar pensar o impossível, por caminhos não lineares, nem pensados por agentes padrão (amadores), faz a diferença. Enfim, revisar o contexto em busca de novos caminhos, novas saídas, alternando as miradas sobre

o mesmo material. A capacidade de inovação, de pensar o impensado, encontra no **detalhe** o momento de inversão das coordenadas simbólicas (*plot point*). A inserção de um novo elemento ou a ressignificação de elemento já inserido parte da performance do agente. O problema é que a opção oculta, justamente por ser oculta, deve ser desvelada pelo agente capaz de superar a linearidade mecanicista, lançando-se no caminho do rompimento dos padrões esperados. Superar os vieses, o foco e virar os olhos para onde não há luz, a saber, nas sombras não avaliadas até o momento. Enfim, abrir as janelas ocultas passa a ser o desafio de qualquer agente estratégico. Amadores se lançam na reiteração, na repetição e na mesmice**.** Os caminhos são muitos, desde novas perspectivas teóricas, epistemológicas e até mesmo estéticas. Em todos os caminhos o impacto estratégico deve ser antevisto e estimado, inclusive os riscos decorrentes. Reconhecer as limitações é uma característica de agentes profissionais, especialmente em face de rivalidades anteriores (jogos processuais anteriores)**.** Ser **inimigo** do adversário pode fazer com que a questão processual – o Caso Penal – seja contaminado por sentimentos viscerais de amor/ódio. O monitoramento das estratégias é dinâmico e contínuo;

"A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado".
Aury Lopes Jr

13) Dever de Motivação e Fundamentação (CPP, art. 315, § 2º): Se a aplicação de sanções penais pressupõe a "**comprovação**" dos fatos que nos são atribuídos, por meio do **Devido Processo Legal**, por ser inválido o julgamento meramente "subjetivo" (a presunção de inocência deve ser derrotada por provas válidas e sólidas; inaceitável a mera opinião do julgador, mesmo no Júri), também devemos, em nome da coerência, somente atribuir responsabilidade em face da obtenção de suficiência probatória da Hipótese Acusatória, em juízo probabilístico (honesto; não viciado). O percurso que fizemos demonstrou que, mesmo de boa-fé, somos suscetíveis às armadilhas cognitivas, especialmente por nos valermos de critérios heurísticos (intuitivos, rápidos, convincentes etc.), potencializando o risco de erros (**Tipo 1**: falso positivo; **Tipo 2**: falso negativo). A motivação e a fundamentação são mecanismos de controle democrático das regras, critérios e procedimentos assumidos pelo julgador. O desafio da decisão judicial é a de conferir "**auditabilidade**" (validação e compatibilidade) aos elementos, inferências e raciocínios acolhidos pelo julgador. Em geral, reconhecemos que a "**deliberação**" é **antecedente** à motivação, por operar no **Contexto da Descoberta**, enquanto a motivação/fundamentação são articuladas depois, no **Contexto da Justificação**. Mesmo assim, podemos sugerir mecanismos de "**duplo check**", em que o resultado da deliberação "**a priori**" possa ser submetido a "**testes de robustez**", confirmando-se a **precisão** e **acurácia** (escopo de mitigar erros). O **Pacote Anticrime** reforçou a "cultura e o dever de motivação" dos agentes públicos, ao exigi-la (CPP, art. 315, § 2º), sob pena de nulidade (CPP, art. 584, V). A decisão será **nula** se não atender aos seguintes requisitos (algoritmo da decisão): **a)** não estabelecer a **relação** (nexo lógico e racional) entre os fundamentos normativos utilizados e o Caso Penal

singularizado (inciso I); **b)** empregar **conceitos jurídicos indeterminados** sem a definição de seu conteúdo e, também, a demonstração do **motivo** (nexo lógico e racional) ao Caso Penal singularizado (inciso II); **c)** adotar **motivação genérica** (serve para todos os casos), sem inferência lógica (válida e sólida) ao Caso Penal singular (inciso III); **d)** deixar de rejeitar motivadamente os argumentos suscitados em contraditório (dever de não surpresa), capazes de infirmar a conclusão adotada pela decisão (inciso IV); **e)** basear-se em **Precedente** (não é mero julgado) ou **Súmula**, sem a demonstração do nexo (lógico e racional) da "*ratio decidendi*" e o Caso Penal analisado (inciso V); e, **f)** rejeitar a incidência de **Súmula**, **Jurisprudência** ou **Precedente** (com efeito vinculante), sem a demonstração da **distinção** (entre o paradigma e o Caso Penal) ou da **superação** (acréscimo de argumento não analisado e suficiente para derrotar a "*ratio decidendi*" invocada; inciso VI). O momento atual ainda é de certa **resistência** da **magistratura** em face da exigência de maior esforço argumentativo, alocação de tempo, além de análise da **Teoria do Caso**. A função da nova regra, ao impor maiores exigências é a de distribuir o risco de condenação "**falso positiva**" (Erro Tipo 1), com aderência à Constituição (art. 93, IX). A inobservância deve ser apontada objetivamente, isto é, o recurso deve tornar tangível o descumprimento (se possível com o uso de *Visual Law*);

"Esse dever de fundamentar as decisões judiciais na esfera penal tem três faces importantes no Estado Democrático de Direito: a) uma garantia de defesa contra eventuais abusos do poder estatal, uma vez que o julgador deverá explicitar os motivos que o levaram a decidir daquela forma (é um ponto de partida), além de possibilitar a interposição do recurso cabível; b) a materialização do direito subjetivo à prestação jurisdicional por parte do Estado, após um procedimento marcado por garantias, as quais deverão estar traduzidas na fundamentação; e c) dever de o Estado prestá-la, assim como a educação, a saúde, a segurança, em 1º e 2º graus de jurisdição, devendo o juiz atuar materialmente no sentido de sua efetivação, sempre sob pena de configuração de nulidade expressamente prevista no Texto Constitucional".
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

"Precedente e julgado não são sinônimos. O uso do significante 'precedente' constantemente como se referindo a julgados anteriores, no contexto brasileiro, não pode ser automaticamente acoplado ao modelo americano [...] A aplicabilidade dos precedentes vem se revelando demasiadamente difícil para leigos (e profissionais também, acreditem). Afirmar que um julgado anterior deve ser aplicado a um caso concreto pode ser, muitas vezes, uma atividade envolta por conclusões precipitadas e com base em poucas evidências. [...] O respeito e observância dos elementos do precedente – como a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* – , e assim também das chamadas técnicas de 'superação' e 'distinção' entre os precedentes, devem ser pensados à luz do modelo decisório "S2", com toda sua acuidade".
Alexandre Morais da Rosa e Maurílio Casas Maia

14) Desambiguizar o Sentidos: Confundir sentidos no processo penal é mais comum do que se imagina. A linguagem é utilizada corriqueiramente na elaboração dos discursos jurídicos e, quando invocamos um significante na argumentação, deveríamos ter o cuidado de situar o contexto e o respectivo sentido. O sentido das palavras tende a variar conforme a teoria pela qual se articula a ordem do discurso (p.ex. Democracia, Dignidade da Pessoa Humana, Devido Processo Legal, *Standard* Probatório, Igualdade etc.). Não são conhecidos do mesmo modo que os objetos existentes na natureza, mas sim atribuídos/construídos (Rui Cunha Martins). E uma simples alteração pode modificar o resultado do **Esquema Decisório**. Para mitigar a pluralidade de sentidos (possíveis) exige-se do agente processual a indicação da teoria pela qual o significante é invocado (CPP, art. 315, § 2º). O problema reside no fato de que boa parte dos agentes não faz a mínima ideia das discussões teóricas necessárias ao uso (semântica e pragmática) dos conceitos e/ou Princípios, tornando o esforço argumentativo complexo e, às vezes, impossível (lidar com quem não sabe o que diz é complicado). Argumentar que a questão viola a Dignidade da Pessoa Humana, por exemplo, deve ser antecedida da questão: Em Kant, Hegel ou quem? Não se trata de ornamento teórico arrogante e exibido, porque sem o esclarecimento de qual base teórica, o preenchimento do conteúdo é **oportunista**, flutuante, desprovido de coerência e consistência, típico de quem não sabe o que diz (sem definição, os riscos se ampliam). O que se busca é justamente a possibilidade de conferir/auditar a **precisão** e a **acurácia** do percurso teórico adotado apresentado, autorizando a atribuição de "validade" e "solidez" do

raciocínio operado. Deve-se **definir** o sentido empregado e o **nexo** (lógico e racional) com o Caso Penal (nível pragmático). A indicação genérica (solta e flutuante) de mero julgado, de súmula ou de dispositivo de lei, sem a devida **costura argumentativa** (nexo da definição com o Caso Penal), levará à declaração de ausência de motivação adequada (há resistência da magistratura acostumada com o "livre convencimento subjetivo"). Os imperadores decidiam com o polegar para cima ou para baixo, sem precisar explicitar os motivos. Já os magistrados (não Imperadores; representantes do Império do Direito, na expressão de *Ronald Dworkin*), precisam justificar as decisões com fundamentos internos ao Direito, de modo coerente e consistente, sem dribles retóricos e/ou falácias. Por isso a resistência de certa parcela da magistratura quanto ao impopular art. 315, § 2º, do CPP, justamente porque sem dizer os fundamentos, fica mais fácil apresentar, no **Contexto da Justificação**, o resultado subjetivo obtido no **Contexto da Descoberta**, não fosse a motivação dever constitutivo da função jurisdicional (***accountability***);

"Conquanto seja perfeitamente possível transmitir séries de símbolos com exatidão sintática, eles permaneceriam desprovidos de significado se o emissor e o receptor não tivessem antecipadamente concordado sobre a sua significação. Neste sentido, toda a informação compartilhada pressupõe uma convenção semântica. Finalmente, a comunicação afeta o comportamento e este é o seu aspecto pragmático"
Paul Watzlawick, Janet Beavin e Don D. Jackson

"Em suma, a vagueza e a ambiguidade não podem ser totalmente eliminadas. Mas também não são totalmente intoleráveis e destrutivas na argumentação racional, embora, em certos contextos, possam atrapalhar a comunicação e gerar outros problemas. Os termos têm que ser definidos com uma precisão compatível com o contexto do diálogo".
Douglas Walton

15) Algoritmo da Decisão: O teste de motivação/fundamentação, em face da nulidade cominada (CPP, art. 584, V: "*em decorrência de decisão carente de fundamentação*".), exige a decomposição dos elementos (aspectos) imprescindíveis do Caso Penal, vinculados às Premissas Normativa e Fática, além do controle das Inferências. A invocação, por exemplo, do "princípio da proporcionalidade" deve ser acompanhada da "definição operacional" (COP, diria *Cesar Pasold*). O **mapeamento**, **identificação** e **cotejo analítico** de cada elemento (aspecto; variável) utilizado na decisão precisa ser classificado a partir dos critérios: **a) debatido** em contraditório significativo (não surpresa); **b) definido** o sentido e a extensão (controverso ou incontroverso); e, **c) demonstrado** o **nexo** válido e sólido entre o Caso Penal, a decisão e o argumento invocado (doutrina e/ou jurisprudência: razão forte). Os **parâmetros** são: **i)** observado (**V**: válido); **ii)** observado parcialmente (**D**: controverso); e, **iii)** inobservado (**N**: nulo). Apurados os "pontos fortes e fracos" dos indicadores destacados, deve-se estimar a probabilidade de acolhimento do argumento, elaborando-se petição clara e objetiva;

"Conceito Operacional (=*Cop*) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos."
Cesar Luiz Pasold

16) O RoadMapCrime e a Decisão de Mérito: A decisão pressupõe a superação das fases procedimentais (acusação, admissão, defesa e provas), em que o grau de **paridade de armas** e da "efetiva participação das partes na **construção participativa**, em contraditório, do provimento", depende do modelo de "processo" reconhecido pelo juiz ("relação jurídica" ou "procedimento em contraditório). **Encerrada a instrução**, as partes apresentarão **alegações finais** (analisando as premissas: normativa e fática). A decisão deve estar circunscrita ao material e às teses produzidas, submetidas ao contraditório, evitando a "surpresa decisória" (salvo em favor da defesa). Enquanto o pedido de condenação fixa os contornos da decisão jurisdicional (limitada aos fundamentos do pedido condenatório), diante da Presunção de Inocência (*juris tantum*: "distribuição do risco de

erro"), ao julgador é atribuída a função de "testagem" da "validade" e de "suficiência probatória" da **Hipótese Acusatória** (HAc) em relação à **Hipótese Defensiva** (alternativa ou infirmativa), submetido, ao final, ao ***Standard* probatório**. A decisão deve ser "motivada" e "fundamentada" adequadamente (CR, art. 93, IX e CPP, art. 315, § 2º). A **Premissa Normativa** (Maior) é "válida" ou "inválida" (juízo binário sobre o "tipo penal", a partir da "taxatividade", descrição de conduta de modo a ser verificado, de controle de constitucionalidade, convencionalidade e legal), pelo qual se estabelecem os "elementos" necessário da conduta a ser comprovada pela **Premissa Fática** (Menor), cuja inferência probatória (epistêmica; indutiva) deve ser suficiente à atribuição do predicado provado. O conjunto probatório deve primeiro passar pelo filtro da "exclusão da prova ilícita/ilegítima", estabelecendo o material apto a ser valorado. O acolhimento da **Hipótese Acusatória** (**HAc**) somente pode ocorrer depois de estabelecida a "validade" da Premissa Maior (norma incriminadora) e a "suficiência probatória" (*Standard* Probatório) da Premissa Menor (fática), com a prévia exclusão da **Hipótese Defensiva** (**HDf**). O juízo epistêmico sobre o "discurso sobre os fatos" (premissa fática) dependerá do ***Standard* Probatório** acolhido pelo julgador (os padrões são variados: subjetivista, objetivista ou construtivista). Definidas as premissas (Maior e Menor), a estrutura lógica aplicada é a dedutiva: **Subsunção/Silogismo**;

17) Ajustes do Contexto de Descoberta e de Justificação: Assumimos que **Esquema Decisório** dominante opera com a divisão de momentos (**Contexto da Descoberta e Contexto da Justificação**). Em primeiro lugar o julgador "toma a decisão", a partir do seu **Esquema Decisório** (**Contexto da Descoberta**), com a maior ou menor participação das partes na construção do provimento (depende da função atribuída ao processo: contraditório significativo ou insignificante). Em segundo lugar, no **Contexto da Justificação**, o julgador procura "testar" o "ajuste" da "decisão já tomada" ao material jurídico disponível e às evidências comprovadas nos autos. Na hipótese **negativa** ("incoerência", "inconsistência" e "não robustez"), pode: **a)** "rejeitar" a decisão do **Contexto da Descoberta**, procurando novos resultados compatíveis com o caso; **b)** "ajustar" de modo **oportunista** (manipulando, forçando, a adequação); e, **c)** "procurar" novamente alternativas do resultado (rever as premissas). Na hipótese **positiva**, procede ao **Subsunção/ Silogismo** (Premissa Maior / Premissa Menor), atividade lógico dedutiva, realizada no campo da cognição do agente, sujeita à interferência de diversos fatores (razão, emoção, moral, ética, pessoais etc.), ainda que o esforço democrático seja o de restringir o "enquadramento" aos critérios internos ao Direito (positivismo decisional). O método dominante é o da metodologia **reversa/retrospectiva** (primeiro conclusão; depois justificação/motivação). O risco associado ao trajeto **reverso** (conclusão motivação/fundamentação) é o da incidência, dentre outras armadilhas

cognitivas, da "heurística da **satisfatoriedade**", do "viés confirmatório" e da "Dissonância Cognitiva", em que o agente (por dolo ou culpa), "seleciona" e "hierarquiza" elementos do conjunto probatório de modo a "ajustar" a "condição de satisfatoriedade da decisão (desconsiderando todo o conjunto de Hipóteses);

"Consideramos as opções individualmente e, então, selecionamos uma opção logo que encontramos aquela que é satisfatória ou suficientemente boa para atender ao nosso nível mínimo de aceitabilidade. [...] Desse modo, examinaremos o menor número possível de opções necessário para chegar a uma decisão que, acreditamos, satisfará nossas exigências mínimas. Algumas provas indicam que, quando existem disponíveis recursos limitados de memória de trabalho, pode haver aumento do uso da satisfatoriedade para tomar decisões. Evidentemente, a satisfatoriedade é apenas uma entre diversas estratégias não tão boas que as pessoas podem usar". **Robert Sternberg**

18) Motivação é Juízo Binário (suficiente ou não): A motivação adequada existe ou não; impossível que seja parcial e, por via de consequência, complementada. A análise democrática é: a decisão está suficientemente motivada/fundamentada? A resposta lógica deveria ser: **a) Sim**; ou **b) Não**. Se **Sim**, analisa-se o acerto do conteúdo decisório. Se **Não**, a restrição de direitos está desprovida de autorização constitucional (CR, art. 93, IX, CPP, art. 315, § 2º). O **enquadramento correto** é o de que a restrição de direitos ocorreu sem suporte adequado, tendo como consequência a cessação dos efeitos da decisão nula (CPP, art. 564, V);

"A intenção aqui não é de condenar os magistrados, mas, de mostrar que, diante da aceleração do mundo da vida, da pressão por resultados (números), a atividade decisória acaba recorrendo mais a algo que se denomina *heurística da satisfatoriedade*. Trata-se de um atalho mental tomado por aquele que decide antes do momento adequado. Diz-se que emprega a satisfatoriedade exatamente aquele que decide mesmo sem ter examinado toda a informação relevante para que pudesse tomar a melhor decisão. O sujeito se contenta com menos do que poderia ter, não apura todas as opções e, com isso, antecipa a decisão". **Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa**

19) Nulidade de Motivação: Alegue com Moderação (evite a banalização): A impugnação, para obter credibilidade "*a priori*", deve se fundar em situações "controversas", "emprego de termos indeterminados" de modo selvagem pelo julgador, porque se a alegação for uma "mera aposta", tende a gerar pelo menos 3 (três) efeitos: **a)** rejeição imediata do argumento frágil (sem suporte mínimo); **b)** perda da tração cognitiva dos demais argumentos (dada a evidência de que o agente se vale de argumento oportunista); e, **c)** perda da eficácia da alegação quando for cabível, afinal, se todos "forçam" a "aposta de nulidade", sem razões fortes, torna-se difícil separar as hipóteses verdadeiras das espúrias (modalidade argumentativa da **Tragédia dos Comuns**). O **planejamento estratégico** da argumentação deve avaliar o conjunto de variáveis possíveis de utilização, privilegiando as que tenham maior probabilidade de acolhimento. É dominada a tática de "congestionamento" de argumentos, dada a heurística de que "o uso de muitos argumentos é sintoma de não ter nenhum" (em processos de alta complexidade flexibiliza-se). Deve-se usar com moderação;

"O frequente desrespeito do imperativo de fundamentação na prática jurisdicional que se exprime com fundamentações incompletas e de cunho retórico não pode ser justificado com a simples referência à sobrecarga que enfrenta o poder judiciário. A fundamentação é dever e não simples faculdade do juiz". **Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins**

C – Controvérsia:

1) Definir os Termos e Aspectos Relevantes: A análise preliminar dos **aspectos/variáveis** que merecem a atenção, devemos: **a) classificar** as **variáveis relevantes** selecionadas, em cada nível hierárquico, no contexto do Caso Penal. Todas a **variáveis** precisam ser classificadas entre: **a)** conhecida ou desconhecida; **b)** explícita ou implícita; e, **c)** definida ou indefinida, Na hipótese de indefinida, será necessário verificar se é: **c1)** incontroversa ou controversa (critérios); e, **c2)** cooperativa ou conflituosa (forma de definição dos critérios);

2) Julgados Relevantes: Salvo se for julgado muito conhecido, a tendência é que o julgador evite, ao máximo, valer-se dos julgados apresentados pela defesa. Por isso, além de referenciar o julgado no corpo da petição, mostra-se importante anexar à petição o acórdão na íntegra,

com o respectivo *link* de acesso ao julgado (se possível com QRCODE) ou, ainda, entregar junto à assessoria;

D – Estratégia:

1) Planejar a partir do Contexto: Adotamos o **Construtivismo** e a definição prévia do **contexto** do Caso Penal justamente porque pretendemos dotar o modelo **RoadMapCrime** de precisão e acurácia (buscamos estabelecer a decisão "como acontece" e não "como queremos que aconteça"). Por isso, o trajeto **Construtivista** do **Esquema Decisório** reconhece a possibilidade de perspectivas variáveis (objetivista e subjetivista) de cada agente processual, em constante "negociação" entre a "realidade objetiva" e os "critérios subjetivos" estabelecidos no **contexto**, além de admitir a distinção sequencial entre **Contexto da Descoberta** e **Contexto da Justificação** (primeiro toma a decisão e depois motiva/fundamenta). A pretensão de **influenciar** os rumos da decisão precisa levar em consideração o **Esquema Decisório** do julgador (concordemos ou não), sob pena de ser ineficaz. O agir estratégico deve ser "customizado" às variáveis relevantes dos agentes processuais com poder decisório, mediante a elaboração de **Planos de Ação** capazes de melhorar o desempenho da meta desejada (Estratégia), ao mesmo tempo que em atua para reduzir o impacto das iniciativas do oponente (dentro do *Fair Trail*). A exigência é a de que tanto a Premissa Maior (Normativa: válida ou inválida) quanto a Premissa Menor (Probatória: "discurso sobre os fatos" suficientemente provada, por meio de inferências indutivas válidas e sólidas, providas de critérios tangíveis e de controles epistêmicos), desde que transformadas em descritores mensuráveis, autoriza a criação de Planejamento apto à melhoria do desempenho . Eis o modelo assumido e que nos servirá de referência.

Gambito de Benjamin Franklin: ".. é tão conveniente ser uma criatura racional, uma vez que permite que encontremos ou elaboremos um motivo para tudo que queremos fazer". **John Kay**

2) Decisões Estratégicas: No processo penal, diante dos lugares e das relações de poder entre os agentes, o comportamento esperado é incerto e depende, a todo o momento, de **decisões intermediárias** sobre o caminho a se seguir, as estratégicas factíveis (operacionalizáveis), a partir de múltiplos critérios de avaliação de alternativas, com informação incompleta e assimétrica (não se sabe tudo; sempre há uma parcela desconhecida diante do volume de dados possíveis), bem assim de conflito estratégico entre os agentes (acusação e defesa em geral antagônicos), exigindo-se habilidades diferentes de leitura do contexto e de soluções criativas e realísticas.

8.9 Esquema Decisório (Probabilidade, Prova e Valoração)

1) Dever de Motivação e Fundamentação: A decisão sobre o mérito da imputação deve ser motivada e fundamentada. **Não se confunde motivação com fundamentação** (são complementares à validade do ato). Deve-se demonstrar a regularidade do processo, definir o conjunto de

provas aptos à valoração, estabelecer a premissa normativa (validade) e a "suficiência da prova (para além do *Standard* probatório) e, ao final, promover a "Subsunção" (silogismo) da "Premissa Normativa" (maior) e a "Premissa Fática" (menor). Nada é "evidente/dado" na decisão judicial (não há implícito sobre tema controverso). Os motivos (razão forte) do acolhimento e rejeição das hipóteses das partes (acusatória e defensiva) precisam ser declarados de modo racional (coerente e consistente). Por isso a importância de regras, procedimentos e critérios de valoração da prova;

2) Prova e Incerteza: Se o processo penal é limpo, dentro do *Fair Trail*, o resultado é incerto. Ao mesmo tempo, como humanos, podemos fazer estimativas a partir de critérios e informações objetivos ou subjetivos, vinculados ao **Esquema Decisório** de cada agente processual. O problema amplia-se na hipótese de **Esquema Decisório Determinista** e não **Probabilístico**, ou seja, quando o agente assume como premissa do "objeto do processo" a pretensão de determinar se "os fatos ocorreram" e não se a probabilidade de suficiência probatória autoriza o predicado "provado" "do discurso sobre os fatos". A distinção é significativa porque altera o modo de abordagem. A capacidade cognitiva humana, conforme já vimos, além de ser limitada ao processamento de múltiplas variáveis incidentes no Caso Penal (até o mais simples), vale-se de atalhos "heurísticos", sem que possamos "retroagir no tempo". O que podemos realizar é esforço de organização, categorização e de inferência sobre a **qualidade**, **quantidade**, **credibilidade** e **fiabilidade** de cada meio de prova isoladamente e em conjunto (**Teste EVE**), exigindo integridade probatória (lícita e legítima), disposição cognitiva, raciocínio lógico, atenção consciente, associadas a estimativas subjetivas (probabilísticas; *Bayes*). A maioria dos agentes processuais opera de modo "determinista" em que a análise da prova é feita de modo subjetivista (íntima convicção), sem a prévia definição das regras, dos procedimentos de obtenção e também de significância probatória. O resultado é a prevalência de critérios subjetivos incontroláveis, próprios do **Contexto da Descoberta**, ajustados por motivação *a posteriori* no **Contexto da Justificação** (primeiro decide e depois "monta" a decisão). O nosso desafio é o de apontar mecanismos de controles lógicos, metodológicos e tangíveis;

3) Causalidade Determinística e Causalidade Probabilística: A **Causalidade Determinística** pressupõe a: **a)** crença de que o procedimento metodológico autoriza atribuir "certeza subjetiva" sobre eventos pretéritos (retroaja no tempo para o fim de determinar a ocorrência dos fatos e da causa suficiente); e, **b)** capacidade de isolamento da "causa suficiente" (lógica causa e efeito) do evento pretérito. A causalidade aqui referenciada é lógica e não se confunde com a Teoria do Crime. Na **Causalidade Probabilística**, a variável se "correlaciona" ou não com o efeito (forte ou fraca/espúria), em grau variado de **probabilidade** (não determinista), ou seja, atribui "grande chance" de que o efeito

STF, HC 180.709 (Min. Gilmar Mendes): "2. Fundamentação em denúncia anônima sem diligências complementares. Ilegalidade. Precedentes. 3. Decisão carente de motivação. A motivação da decisão, além de cumprir com o requisito formal de existência, deve ir além e materialmente ser apta a justificar o julgamento no caso concreto. Ilegalidade de decisão que se limita a invocar dispositivo constitucional sem analisar sua aplicabilidade ao caso concreto e assenta motivos que reproduzem texto-modelo aplicável a qualquer caso. Aplicabilidade do art. 315, § 2º, CPP, nos termos alterados pela Lei 13.964/2019. 4. Ordem de habeas corpus concedida para declarar a ilicitude da busca e apreensão realizada e, consequentemente, dos elementos probatórios produzidos por sua derivação. Trancamento do processo penal por manifesta ausência de justa causa".

"Temos horror à incerteza, mesmo quando se trata de uma parte irredutível do problema que estamos tentando resolver". **Nate Silver**

"A fundamentação pode estar baseada somente em motivos de direito, em motivos de fato, ou em ambos os suportes. Motivar é dizer quais as bases fáticas e/ou de direito que permitem a fundamentação, ou seja, a explicação racional da decisão. Somente a motivação, sem uma fundamentação, uma explicação racional que possibilite o entendimento, que permita a sua compreensão, não satisfaz o conteúdo do art. 93, IX, da CF"). **Nereu Giacomolli**

ocorra (futuro: tendência/propensão) ou de que há **correlação causal** no passado. **O ponto fundamental é o de que não se confunde "causa" com "correlação"**. Para que se possa associar a correlação da variável ou do conjunto de variáveis, será preciso encontrar **robustez**, a saber, isolar, identificar cada uma das variáveis, submetê-las a grupos de controle, a fim de obter significância estatística. Sem a aplicação da metodologia adequada, por meio de inferências válidas, obtêm-se correlações espúrias. A **Inferência Indutiva** somente está autorizada se obtida "significância estatística" (afastada a incidência de possível flutuação aleatória). Por operarmos com a **Incerteza** (e não certeza determinística) a Hipótese nunca será "nula", nem "absoluta": será o **resultado da significância estatística** (entre 0 a 1);

"Nossas mentes preguiçosas gostam de certeza. [...] Adoramos ter vilões e heróis, gênios e idiotas, de ver as coisas em preto ou branco, mas não gostamos da realidade cinzenta das probabilidades. A ascensão e queda das pesquisas não é uma exceção". **David Sumpter**

"Os humanos desenvolveram a capacidade de procurar e encontrar conexões de coisas e eventos no ambiente (cobras com guizo devem ser evitadas) e aqueles que fizeram as melhores conexões produziram a maior progênie. Nós somos os seus descendentes. O problema é que o pensamento causal não é infalível. Fazemos conexões quer elas existam, quer não. Essa falha na identificação te duas variedades: falsos negativos podem matá-lo (cobras com guizos são inofensivas); falsos positivos simplesmente fazer perder tempo e energia. [...] A crença influencia a percepção". **Michael Shermer**

4) Evitar Erros (Tipo 1 e Tipo 2): O **Dispositivo** do processo penal busca distribuir os riscos sobre os erros judiciários (falsas condenações ou absolvições). A contribuição do campo da **Estatística** nos autoriza a assumir a **possibilidade** de **Erro 1** (**aceitar como verdadeiro ou provado fato falso**) e **Erro 2** (**não aceitar como verdadeiro ou não provado o fato verdadeiro**). A decisão política, a partir da **Presunção de Inocência**, visa evitar o **Erro 1**, ou seja, a condenação de inocente, por meio da imposição de exigências probabilísticas maiores do que, por exemplo, a decisão no processo civil. A **probabilidade** de erros, diante da **distribuição assimétrica** (em favor do acusado: Presunção de Inocência) não conseguir extinguir os erros de "falso positivo". O escopo da estrutura decisória é a de reduzir o risco (o *Standard* Probatório serve como critério para redução do **Erro 1**):

"É importante que as questões de fato em processos penais sejam determinadas com base em critérios racionais e publicamente controláveis. Um dos principais objetivos do processo penal é a correta administração da justiça, o que requer não apenas o respeito às garantias do devido processo legal, mas também o compromisso com a racionalidade das práticas probatórias. Os meios de prova admitidos e aptos a compor o conjunto probatório a ser avaliado devem ser capazes de conduzir os julgadores, sejam eles juízes ou jurados,à verdade dos fatos — ou, pelo menos, para longe de misticismos de todo tipo". **Rachel Herdy**

"Se existe algum motivo para acreditar que a previsão antiga estava errada, não há glória em teimar a se apegar a ela. **Nate Silver**

	Fato Verdadeiro	Fato Falso
Provado	Acerto (condena culpado)	**Erro 1 (condena inocente)**
Não Provado	**Erro 2 (absolve culpado)**	Acerto (absolve inocente)

5) Pressupostos do Esquema Probatório: Assumimos que: **a)** diante do conjunto de provas válidas; **b)** as **Inferências Epistêmicas** (epistemológica, normativa e interpretativa); **c)** por indução; **d)** atribuem o **grau de suficiência** às evidências; **e)** probabilisticamente; **f)** para além do *Standard* Probatório; **g)** o predicado "provado" (função de verdade). Adotamos o modelo **construtivista** do **Esquema Decisório** dos agentes processuais, em que o contexto do Caso Penal é **negociado intersubjetivamente** a partir de **critérios multidimensionais** (objetivos e subjetivos). Os padrões decisórios dos agentes processuais comparecem no ambiente processual, ativados por mecanismos nem sempre racionais (morais, emocionais etc.). Salvo os que operam com a "certeza subjetiva" (convencimento íntimo subjetivo), a atribuição do predicado "provado" demanda atribuição **probabilística**;

a) Inferência Probatória Epistêmica (regras da experiência, científicas, técnicas, reconhecidas coletivamente, capazes de autorizar, por raciocínio lógico, associações válidas e sólidas); **b) Inferência Probatória Normativa** (regras jurídicas de *design* institucional: presunção de inocência e carga probatória da acusação); e, **c) Inferência Probatória Interpretativa**: (a partir das regras de interpretação, de modo válido, sólido, coerente e consistente).

6) Definir a Probabilidade: A probabilidade parte dos **Axiomas** de *Kolmogorov* e recebe **duas distintas** interpretações: **a) frequentista** (objeto: do conjunto de observações externas do objeto, gera a *taxa base*); **b) *bayesiana*** (observador: crença subjetiva condicional da ocorrência

de um evento, modificável pelo incremento de informações ao conjunto ***amostral*** disponível). Enquanto o **frequentista** volta-se ao passado para recolher os dados e estabelecer o padrão dos eventos (determinista), a ***baysesiana*** projeta no futuro as "chances probabilísticas" do evento incerto e aleatório (*a priori*), "ajustando" a distribuição de probabilidade do "espaço amostral" conforme o conhecimento integrado (*a posteriori*). A probabilidade **frequentista** depende de pesquisa de campo, pela qual se determina, com significância estatística, a frequência de condenações/absolvições de casos iguais ou equivalentes (taxa base), pressuposto que viola a nossa premissa (e democrática) de que cada Caso Penal é singular e independente (não podemos deduzir de que parlamentares foram presos ou condenados como aumento da probabilidade de prisões futuras, dada a independência dos casos; é abusivo e inválido). **Estatísticas Criminais** são importantes ao Planejamento Público, a distribuição das forças de Segurança Pública, até mesmo para fins de **Polícia Preditiva**, em que a "média", a "mediana", a "moda", o "desvio padrão", a "distribuição de frequências" do conjunto de "tipos penais" serve de indicador às políticas públicas. Do contrário, incorreríamos no erro lógico (falácia) da "correlação ilusória" e da "heurística da disponibilidade". Por isso, também rejeitamos a interpretação **frequentista**. A interpretação ***baysesiana***, por sua vez, deve ser modulada, porque funciona muito bem para estimar eventos futuros (não deterministas), em face do fator **Incerteza**, quando atribuída grande significância estatística, enquanto para atribuir probabilidade de evento passado, a partir de evidências produzidas no presente, depende da decisão do observador (agentes processuais, em especial o julgador) sobre a incerteza *a priori* da ocorrência do evento descrito na hipótese acusatória. Por não ser "determinista", a interpretação ***bayseiana*** deixa de ser compatível com a noção de "verdade como correspondência", atendendo, por sua vez, ao escopo "construtivista";

"Quando o promotor distrital inclina-se para o júri e anuncia 'Há apenas uma chance em 5 milhões, eu repito, uma chance em 5 milhões, de que um homem inocente tivesse um DNA que combinasse com a amostra encontrada na cena do crime', ele está respondendo à pergunta: qual seria a probabilidade de uma pessoa inocente parecer culpada? Mas a função do júri é responder à segunda pergunta: qual a probabilidade de um réu que pareça culpado ser inocente? Essa é uma questão que o promotor distrital não pode ajudar o júri a responder". **Jordan Ellenberg**

"O significado de afirmar que existem 90% de chances de algo acontecer é *muito* específico e objetivo. Mas nossos cérebros traduzem essa afirmação em algo mais subjetivo. [...] Temos dificuldade em distinguir se as chances de um avião aterrissar em segurança são de 90%, de 99% ou de 99,9999%, mesmo que cada possibilidade implique coisas enormemente diferentes ao decidirmos se devemos ou não fazer a reserva de uma passagem". **Nate Silver**

7) Raciocínio a partir da Probabilidade Condicional *Bayesiana*: O Teorema de *Bayes* serve à inferência ***bayesiana*** (máxima verossimilhança), em que se atribui a probabilidade do evento (grau de crença do observador na ocorrência do evento). A probabilidade a partir do Teorema de *Bayes* se dá pelo grau de confirmação do observador (agente processual) em relação à Hipótese Acusatória em face de um duplo movimento. A **admissibilidade da acusação** é um juízo de "causa provável" *a priori*, em que a verificação do evento acontece pelo acréscimo de "meios de provas" capazes de ampliar ou reduzir a probabilidade de sua verificação. A cada nova evidência promove-se o respectivo "ajuste" (para mais ou menos) na probabilidade de predicar o "discurso sobre os fatos". Dentro do **espaço da amostra**, probabilidade condicional autoriza, dado o evento aleatório **A**, estabelecer a **distribuição de probabilidade** do evento **B dado que ocorreu A** e também do evento **A** isoladamente, além do inverso: **dado B, que ocorra A**. Não iremos aprofundar as questões relativas aos cálculos, por mais instigantes que sejam. **O agir estratégico demanda estimar os**

cenários futuros em termos de probabilidade, a saber, quais as chances objetivas e subjetivas dos eventos futuros. Assumimos anteriormente a dificuldade dos humanos, em especial os agentes jurídicos, em compreender e operar a partir de probabilidade (previsão do tempo 80% chuva; vide item 3.7.3). Apresentadas as **Hipóteses** (Acusatória e Defensiva), o modelo ***bayesiano*** atribui pesos de **verossimilhança** (as mais prováveis/plausíveis em face dos conhecimentos existentes *a priori*), alterando-os conforme novas evidências são inseridas ao longo da instrução. Deve-se distinguir o "ruído" do "sinal", evitando-se a confusão entre causalidade e correlação, até mesmo pela ocorrência de "sincronicidade" (confundidor), a saber, a possível relação entre fenômenos independentes (o acusado estava no lugar errado, na hora errada; a versão defensiva fica prejudicada pela confluência de fatores independentes). O problema é que quando há convicções entrincheiradas, as novas evidências podem ser rejeitadas por mecanismos cognitivos (conscientes ou inconscientes; vide Dissonância Cognitiva). A confiança subjetiva na probabilidade (**condicional**) de o discurso sobre os fatos ser verdadeiro deve respeitar as provas. A função de verossimilhança nunca chega a 100%, por ser uma aproximação, embora quanto mais evidência melhor. A **probabilidade condicional** atualiza-se conforme novas evidências são produzidas. As perguntas a se fazer são: **a)** qual a probabilidade de se obter "suficiência probatória", dado que outro (prova: testemunhal, documental etc.), relacionado com ele, já ocorreu?); **b)** Qual a probabilidade da hipótese acusatório seja verossímil, dado o conjunto de evidências disponível?

8) Enquadramento da probabilidade em *Bayes*: O **enquadramento** é muito importante na probabilidade. Por exemplo: *Qual é a chance de uma pessoa inocente confessar uma prática criminosa? Qual é a chance de uma pessoa assumir o crime no lugar de terceiro? Não se trata de jogo de palavras*. Cuida-se da possibilidade de pertencer a conjunto de investigados ou não. As grandezas dos conjuntos são bem diversas, dada a probabilidade condicional, isto é, a "probabilidade de ocorrer X, dado que ocorre Y". Invertendo a lógica, não temos a mesma "probabilidade de ocorrer Y, dado X". Esse modo de compreender o fenômeno pode ser estendido aos demais institutos processuais. Daí se segue que a probabilidade de alguém preso em flagrante ser o autor do crime é diferente de o autor do crime ser preso em flagrante. Não se pode confundir X com Y, sobre pena de se confundir o lugar e a função das premissas (armadilha da *reductio ad improvável*). Dominar minimamente as noções de **lógica** e **probabilidade** é condição para não ser vítima de argumentos manipulados (quem não domina, nem mesmo sabe que é enganado). Assumindo o modelo de probabilidade ***bayesiano***, em que o grau da crença altera-se dinamicamente em face da inserção de novas informações (evidências), percebemos a vantagem cognitiva acusatória, consistente em apresentar primeiro as provas, enquanto a defesa tem a vantagem de planejar as

táticas capazes de reduzir o impacto de cada evidência (uso de **colisores** ou **confundidores**), além de ordenar a apresentação das provas defensivas em atenção ao prévio monitoramento das sinalizações cognitivas do julgador. O momento contextual para introdução da "melhor" prova defensiva vincula-se à leitura da dinâmica da interação processual (especialmente do grau de convencimento do julgador). O trajeto de aplicação adaptado ao processo penal é:

P (**HAc**): a probabilidade de que a hipótese (**HAc**) seja verdadeira antes de observarmos qualquer evidência no processo (chamada de base, "prior", ou crença a priori em face dos elementos da investigação preliminar);

P (**HAc** I e): a probabilidade de que a hipótese (**HAc**) seja verdadeira, dado que observamos a nova evidência (a previsão revisada, ou a probabilidade a posteriori decorrente da instrução processual);

P (e I **HAc**): quão provável é encontrarmos essa determinada evidência, dado que a hipótese é verdadeira (o poder incriminatório" da evidência);

P (e): quão provável é encontrarmos essa determinada evidência em geral, mesmo que a hipótese não seja verdadeira? (a frequência total com que a evidência aparece: regra da experiência).

"A probabilidade subjetiva é uma forma de expressar nossa ignoróancia sobre o mundo. Pode parecer contraintuitivo usar números e concneitos matemáticos – esse suposto bastião da objetividade – para expressar algo pessoal e incerto como uma crença. Porém, considere que a matemática é uma linguagem como qualquer outra, e pode ser usada para traduzir tanto fatos concretos que observamos no mundo (quanto você pagou por um produto?) como opiniões, julgamentos individuais e estimativas intangíveis (de 0 a 10, qual sua avaliação sobre o produto?). [...] Qualquer nova informação que reduza nossa ignorância deve alterar também a probabilidade. Esse processo de revisão constante chama-se 'raciocínio *bayesiano*, e é uma das principais ferramentas que existem para pensar de forma racional em um mundo incerto". **Alexandra Strommer Godoi**

9) Prova, Conjunto de Provas, Correlação, Significância e Causalidade: Diferentemente de experimentos em laboratório ou controlados, o processo penal é evento único, singular e contextual. A **Hipótese Acusatória** deve ser comprovada durante a instrução de modo suficiente, para além do *Standard* Probatório estabelecido (o sarrafo da metáfora). O esforço cognitivo da instrução processual é o de produzir o conjunto de evidências sobre: **a)** materialidade; **b)** autoria; e, **c)** dolo ou culpa. Confunde-se, na maioria das vezes, "correlação com causalidade" (correlação: variáveis associadas sem que haja nexo de causalidade). O nosso desafio é o de manter a **precisão** e a **acurácia** argumentativa em ambientes judiciais complexos e, não raro, com apelo emocional diante da conduta "criminosa" descrita. Os computadores já estão auxiliando na organização da análise probabilística das provas, porque as relações/interações humanas são baseadas em poucas dimensões, enquanto os algoritmos multiplicam essas dimensões. **A noção de prova depende do pressuposto**: **a) se subjetivista**: a função é a de convencer, persuadir, capturar psiquicamente o julgador, por meio de argumentos de convencimento subjetivo; **b) se objetivista**: a função é a comprovação de indicadores objetivos sobre a Premissa Fática, autorizando inferências válidas e sólidas do "discurso sobre os fatos" (não depende da subjetiva do juiz, porque qualquer observador/julgador chegaria a mesma conclusão: aposta na consistência lógica e correspondência com os fatos); e, **c) se construtivista**: a função é tanto a comprovação de indicadores objetivos da Premissa Fática, do "discurso sobre os fatos", como, também, convencer o julgador sobre o "juízo de probabilidade", ou seja, o "salto cognitivo" capaz de concluir pelo predicado **provado** (conector lógico válido e sólido)

sobre o "endosso", o "nexo" empregado nas **Inferências Probatórias** (Epistémica, Normativa e Interpretativa). Não se nega a existência "ontológica" dos "fatos". Busca-se novas coordenadas da "verdade epistêmica", partindo da "coleção incompleta dos fatos" (os fatos do Caso Penal são finitos dentro de um conjunto infinito; são discretos e não contínuos). Daí se segue que o conjunto de "fatos" possui "propriedades" não consideradas no contexto, dadas as restrições epistemológicas, normativas e interpretativas. A coleção de "fatos", portanto, é da ordem do parcial, sem que o "desconhecido" ou o "não componente do conjunto" possa ser considerado. A armadilha epistemológica configura-se na medida em que, apesar de assumirmos a existência "ontológica" dos "fatos", arredamos o pressuposto objetivista da existência "epistemológica", isto é, da existência de fatos desconhecidos e que não temos meios de conhecer. É que, ao nos restringirmos ao conjunto finito de fatos descritos nas hipóteses apresentadas no processo, também exigimos a verificação extensiva de "checagem" de cada proposição em relação à prova produzida, evitando a "intencionalidade". As propriedades das proposições (sobre os fatos) devem ser demonstradas por meio da "construção" sucessiva de operações restritivas (epistemológicas, normativas e interpretativas), cujo resultado, ao fim e ao cabo, não trata de "verdade como correspondência" e sim do sucesso dos procedimentos estabelecidos para o fim de atribuir a "função de verdade". O predicado "provado" sofre as restrições construídas pelo **Dispositivo** do processo penal, pelos quais o trajeto de "verificação" precisa determinar e definir "como identificar" as "propriedades" requeridas desde o ponto de vista "interno" e "finito" da "amostra" (provas lícitas). A diferença para com os objetivistas se dá pela restrição à possibilidade de encontrarmos, em potência, o "valor de verdade" por evidências externas. A postura "construtivista" toma precauções ao risco associado do modelo da Lógica Clássica de distinguir "verdade" e "demonstração", porque toma a "verdade como prova/demonstração". Explica *Stephen Read*: "*Para o construtivista não existe tal separação [verdade e demonstração] A verdade de que A é constituída por uma construção apropriada – não uma demonstração de A é verdadeira, pois isso seria claramente regressivo, mas por uma demonstração de A. Não existe uma realidade que corresponda a A além do que pode ser demonstrado*". A postura **antirrealista**, então, arreda a noção de que "verdade" como característica objetiva da proposição (sobre os fatos), de modo externo e independente, para exigir a "verdade" como o resultado da construção apta de procedimentos capazes de autorizar, por meio de provas, de modo interno e dependente, a "verdade" da proposição. O efeito é o de que entre "verdades" e "falsidades", o "terceiro excluído" é acolhido e não rejeitado, isto é, não é possível somente predicar "verdade" ou "falsidade", situação que se resolve pela regra construída do "*in dubio pro reo*". A noção de *Standard* Probatório ocupa justamente o lugar de se exigir "regras" (de introdução e de eliminação) e "procedimentos" válidos dos

"Mas a opção filosófica por detrás da teoria da correspondência é muito comum, e é resultante do seu realismo epistemológico. Este último consiste na crença em valores de verdade objetivos, isto é, que proposições são verdadeiras ou falsas, independentemente de nossa habilidade de descobrir seus valores de verdade. Verdade, na concepção realista, não é restringida pela epistemologia. Proposições possuem valores de verdade, possamos ou não encontrá-los. Por princípio, podem existir verdades que não temos meios de conhecer". **Stephen Read**

"conectores lógicos", capazes de justificar a "conjunção", a "disjunção" e a "condicional", para o fim de obter "suficiência probatória". Por via de consequência, será preciso estabelecer, de modo antecipado, quais são as "condições semânticas" necessárias à decisão sobre a "prova" (checagem) de tal propriedade às proposições, autorizando ou não o predicado "verdade";

"Não existem, portanto, reencontros imediatos com o passado, como se este pudesse voltar no seu frescor primeiro, como se a lembrança pudesse agarrar uma substância, mas há um processo meditativo e reflexivo, um cuidado de fidelidade teológica e/ou política a uma promessa de realização sempre ameaçada, pois passada no duplo sentido da *vergangen* (passado/desaparecido)". **Jeanne Marie Gagnebin**

"Não existe uma totalidade preexistente de entidades que são então exploradas por nós. Números são criados pela aplicação sucessiva de uma operação. Onde o realista diz que todo infinito potencial pressupõe um infinito atual, o construtivista responde que todo infinitivo potencial pressupõe uma operação e implica que não existe uma realidade objetiva. O que é verdadeiro em virtude da nossa capacidade de aplicar a operação e sermos bem-sucedidos no resultado obtido, e não devido a algum tipo de correspondência com a tal realidade". **Stephen Read**

"O construtivista, como o próprio nome revela, considera seriamente as limitações impostas pelos métodos de construção. A existência não tem aplicação ou sentido além do que pode ser construído ou exibido. Exige-se que uma prova de existência exiba a testemunha de sua verdade – isto é, que forneça uma construção por meio da qual ela será calculada". **Stephen Read**

10) Conexões Causais (Mediador, Colisor ou Confundindor): O **Raciocínio Causal** nos auxilia a evitar erros lógicos, especialmente no processo penal em que os argumentos, em geral, são controvertidos. As **causas** do evento constantes da Hipótese Acusatória podem ser: **a)** "diretas" ou "indiretas"; e, **b)** "únicas" ou "múltiplas'. A determinação da suficiência probatória necessária à Inferência Causal pode valer-se de conectores lógicos capazes de relacionar, de modo **válido** e **sólido**, a eficácia da prova isolada, o conjunto das provas, a superação do *Standard* Probatório e a Hipótese Acusatória (materialidade, autoria e dolo/culpa). Com essa habilidade, é possível a diferenciação entre o que é "sinal" e o que é "ruído" causal. A **confiança** objetiva e subjetiva na **qualidade** do meio de prova será aferida pelos critérios de: **a)** credibilidade; **b)** coerência; **c)** consistência; e, **d)** fiabilidade. A atribuição de significância da relação probabilística de **causa e efeito** entre a **prova** (laudo, depoimento etc.) e algum dos aspectos (materialidade, autoria e dolo/culpa) da Hipótese Acusatória pressupõe a classificação entre as seguintes categorias: **a) Mediador** (direto ou indireto); **b) Colisor**; e, **c) Confundidor** (causas comuns; ruído). Utilizaremos "conectores lógicos" (mediadores, colisores, confundidores e independentes), associados à **Lógica Formal** (se "a", então "b"), em que a inferência dependerá dos critérios estabelecidos, capazes de autorizar o resultado (se "isso" acontece, então "aquilo" acontecerá), além de recursos não monotônicos para o fim de "ajustar" a probabilidade do caso em face das sucessiva integração de novas informações;

"Compreender essas estruturas comuns (chamadas na área de conexões fundamentais) nos ajuda a evitar armadilhas em nosso próprio raciocínio. [...] A causa e o efeito, que é indireto, estão conectados por um 'mediador' [...]. O mediador é fundamental porque transmite o efeito de uma ponta a outra: sem ele, o efeito se perderia. [...] O segundo tipo de relação [confundidor] é chamado de 'bifurcação', e acontece quando dois eventos distintos têm a mesma causa. [...] Separar causas reais de 'confundidores' é uma das tarefas mais difíceis na prática da ciência. [...] Existe uma multidão de possíveis 'confundidores'que atrapalham nosso diagrama [causal], e é preciso excluir o efeito de todos eles para poder determinar quão forte é realmente a relação causal. [...] o terceiro bloco de conexões é formado por 'colisores' (tradução livre de *collider*, termo em inglês mais usado). Estes ocorrem quando um efeito tem mais de uma causa. [...] A maioria dos problemas realmente interessantes que encontramos no mundo real possui múltiplas causas." **Alexandra Strommer Godoi**

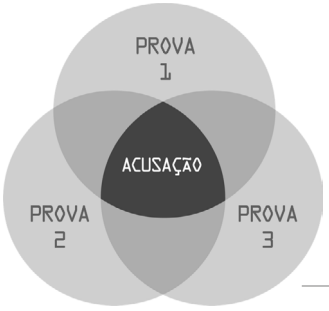
11) Mediadores (Diretos e Indiretos): O conector lógico **Mediador** é classificado como: **a)** "**direto**" (prova direta); ou, **b)** "**indireto**" (indício). A questão a ser respondida é "até que ponto o meio de prova": **a)** conecta-se com a **Hipótese Acusatória** (**HAc**) na condição de mediador fático; e, **b)** qual o peso de corroboração da **HAc** (**na escala: 0-1**). O valor atribuído isoladamente à prova será "ajustado" em face do incremento de novas evidências (lógica ***bayesiana***). Se a primeira testemunha (X), ao ser ouvida se recorda parcialmente dos fatos, deixando dúvida sobre o conteúdo, a oitiva das subsequentes (Y e Z), pode autorizar que se "ajuste" o peso de forma dinâmica. O **Laudo Cadavérico**, por exemplo, "mediador" é conector **mediador** válido e robusto entre o evento narrado na **HAc** e o resultado morte, superando o "espaço da controvérsia" sobre a materialidade. A defesa perde "tração cognitiva" se insistir em negar os "fatos incontroversos". Deve focar esforços no que é "controverso". A materialidade é, ao mesmo tempo, "Ponto Forte da Acusação" e o "Ponto Fraco da Defesa" (**SWOT**);

"Caso seja encontrada uma digital do acusado na faca utilizada no homicídio, é essencial que a defesa tome conhecimento desse elemento rapidamente para poder ajustar as suas primeiras impressões a esse fato que não estará sujeito a mudanças." **Raphael Castilho Barilli**

"Embora a vitória no jogo processual seja a meta, é preciso definir o que significa em determinado processo, vencer. E vencer não é necessariamente obter a decisão absolutória, eis que tal análise deve ser feita com fundamento no contexto processual, ou seja, com base nos elementos constantes dos autos, e na antecipação das jogadas da parte contrária'. **Fernanda Mambrini Rudulfo**



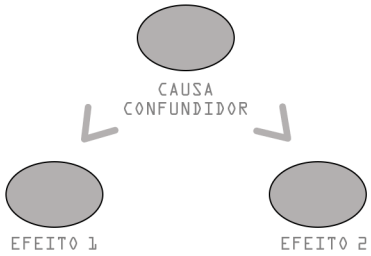
12) Colisores: A colisão ocorre quando o efeito pode ser atribuído a causas concorrentes que "colidem", em maior ou menor grau, na disputa pela atribuição da contribuição causal do evento (teste inferencial de causalidade). A disputa pela concorrência da evidência na **corroboração** das Hipóteses (Acusatória ou Defensiva) acontece em todos os casos penais. O processo penal em contraditório parte do pressuposto de que os argumentos tendem a ser colidentes no tocante à causa dos efeitos imputados. Em crimes culposos, a contribuição de cada variável estabelece-se na via da colisão. O **Diagrama de Venn** é muito útil para o fim de distinguir o que, efetivamente, comprova a conduta imputada e o que é acessório (não corrobora a acusação);





13) Confundidores: A controvérsia instalada sobre a **Hipótese Acusatória** opera em duplo sentido. O ônus da acusação é o demonstrar de modo suficiente que a "conduta imputada ao acusado" (comissiva ou omissiva) foi a "causa provável" da "elementar" do Tipo Penal. A questão é que a conduta descrita na imputação pode ter, em potência, causas múltiplas. O esforço será o de **distinguir**, a partir do raciocínio lógico, a variável que autoriza a inferência causal (variável mediadora) da que não opera relação causal (variável confundidora). Por exemplo, o fato de o acusado de tráfico portar celular e dinheiro é **confundidor** porque é independente (a média das pessoas porta celular e dinheiro). A apreensão de "balança de precisão", cuja finalidade é específica, serve de mediador (estabelece nexo lógico). Os erros lógicos e cognitivos podem ser involuntários ou sugestionados pelo uso de falácias, heurísticas e vieses. Quando os julgadores operam com "excesso de confiança", são vítimas fáceis de agentes oportunistas, até porque sequer se dão conta do "estelionato argumentativo". Os **confundidores** guardam vínculo com o evento, aparentemente são "causas", mas são inválidos para atribuição da relação probabilística de causa-efeito. O **teste de eficácia** pode ser realizado com a exclusão mental do elemento (cessar a exposição), verificando-se a persistência dos efeitos. A estratégia defensiva pode ser valer de confundidores para o fim de reduzir a probabilidade da **HAc**;

"Para complicar mais a coisa, contraintuitivamente, múltiplas causas podem nos parecer relacionadas quando olhamos os dados sem que na verdade o sejam". **Alexandra Strommer Godoi**



14) Controle do Raciocínio Probatório: O controle sobre o **raciocínio** e da **valoração da prova** depende da arquitetura do **Dispositivo** (decisão política: legislativa), associada às limitações situadas no campo da epistemologia da prova e das capacidades cognitivas dos agentes processuais. Ao mesmo tempo em que se pode atribuir certa margem de "crença" ao julgador no estabelecimento da premissa fática, não se pode aceitar o "livre convencimento íntimo" (conforme a consciência), motivo pelo qual é necessária a construção de balizamentos legais, métodos de inferências, tendentes a limitar a prevalência de critérios subjetivos (psicológicos, morais, pessoais etc.). A partir da **Hipótese Acusatória**, em geral, as propostas teóricas estabelecem etapas/momentos sequenciais da atividade probatória: **a)** estabelecimento do conjunto e subconjunto de provas; **b)** valoração das provas; e, **c)** aplicação do *Standard* probatório para verificação da suficiência ou não (função do SP). O enunciado de que, por exemplo, a **Hipótese Acusatória** está provada ("está provado que *p*") decorre de **inferência objetiva**, racionalmente sustentada e não da concepção "subjetiva" do julgador (inválido: "o juiz estabelecer que *p*"). O argumento que busca validar a concepção objetivista é o de que os "elementos probatórios" autorizadores da inferência estão "demonstrados" pelas evidências e no processo, independentemente da convicção do juiz (qualquer observador imparcial chegaria à conclusão). Assumimos parcialmente essa premissa, com a modulação da noção de **probabilidade**. A "suficiência probatória" é consequência do trajeto a ser devidamente **definido** em todos os seus aspectos (até obtermos descritores mensuráveis), já que a motivação deve ser explícita:

a) Hipótese Acusatória: conduta descrita na denúncia, identificando e isolando os elementos submetidos à verificação probatória no processo: **i) materialidade** (cadeia de custódia, validade científica, eficácia probatória); **ii) autoria** (evidências convergentes à atribuição da autoria); e, **iii) dolo ou culpa** (indicadores da vontade ou culpa do agente);

b1) Hipótese Defensiva Alternativa: se indicada pelo acusado no interrogatório policial ou na resposta à acusação versão diversa do conjunto de fatos imputados (identificando e isolando os indicadores necessários ao acolhimento, inclusive álibi);

b2) Hipótese Acusatória Infirmativa: ação defensiva tendente a infirmar a Hipótese Acusatória, por meio de argumentos ou provas que invalidem a materia

lidade, exonerem a autoria ou excluam o elemento volitivo, a fim de prevalecer a Presunção de Inocência.

A decisão sobre a "**suficiência probatória**" segue os seguintes passos: **a)** produção das provas pelas partes (subsidiariamente pelo julgador); **b)** exclusão das provas inválidas ou ilegais; **c)** definição da "amostra probatória" a ser objeto de inferências pelas partes e julgador; **d)** apresentação das pretensões de validade sobre a **Hipótese Acusatória (HAc)** e a **Hipóteses Defensiva (HDf)** (alternativa ou infirmativa); **e)** decisão do julgador, motivada e fundamentada, em que deve atestar: **i)** a não refutação da **Hipótese Acusatória** pela **Hipótese Defensiva** (alternativa ou infirmativa); **ii)** confirmação da Hipótese Acusatória (materialidade, autoria e elemento volitivo: dolo ou culpa); **iii)** superação do *Standard* Probatório (SP) por meio de juízo de probabilidade. A função *Standard* Probatório é a de criar um modelo de referência, por meio de parâmetros e critérios que distribua o **risco de erro**, estabeleça a altura do "sarrafo" a ser transposto pela Premissa Fática, para o fim de atribuir "aceitabilidade probabilística" ao "discurso sobre os fatos". Acolhemos também que a "altura do sarrafo" do SP pode variar conforme o Tipo Penal imputado, incidir sobre a **HAc** ou **HDf**, as circunstâncias fáticas e o comportamento processual do acusado (se coagir ou ameaçar testemunhas, p.ex.), ao mesmo tempo que deve ser submetido, antecipadamente, ao contraditório, superando-se a "decisão surpresa". O CPP/41 (art. 381) regulamentava "formalmente" a decisão. O Pacote Anticrime (CPP, art. 315, § 2º c/c art. 584 V) incorporou o dever de **motivação** e **fundamentação**, orientados pela diretriz do "processo como procedimento em contraditório" (participação, influência e não-surpresa) na construção da decisão no processo penal;

STF, Rext. 140.370 (Min. Sepúlveda Pertence): "Há um defeito de fundamentação de sentença que se pode reputar equivalente ao de sua inexistência: é a falta de coerência lógica entre a motivação e o dispositivo".

18) Níveis Dinâmicos do *Standard* Probatório (SP): A exigência de *Standard* Probatório busca limitar o enquadramento do Caso Penal por meio de critérios racionais, verificáveis e demonstráveis. O processo penal se organiza por **fases**, **tipos penais** e **comportamentos** distintos, motivo pelo qual aceitamos diferentes **graduações** (variações dinâmicas) do ***Standard* Probatório**. Relacionam-se os **critérios** a partir do cruzamento das seguintes variáveis: **a) Fase Procedimental** (exigência crescente: **i)** Início das Investigações; **ii)** Medidas Cautelares Probatórias; **iii)** Prisão em Flagrante; **iv)** Prisão Preventiva; **v)** Admissão da Acusação; **f)** Rejeição da Absolvição Sumária; e, **vi)** Sentença e Recurso;); **b) Tipo Penal imputado** (excepcionalidade em crime cuja dificuldade probatória seja inerente: crimes sexuais, de violência doméstica, terrorismo, genocídio ou com vítimas vulneráveis: crianças, idosos etc.); e, **c) Comportamento das Partes** (Boa-fé Objetiva e Confiança: Acusação: sonega, omite ou perde chance probatória; Defesa: junta prova falsa, coage testemunha, além de exemplo extremo: o acusado "assassina" testemunha ou vítima). O

SP da **Hipótese Acusatória** e da **Hipótese Defensiva** (Infirmativa ou Alternativa) são independentes e podem ser assimétricos;

"Uma mesma hipótese x pode ser considerada verdadeira quando se lhe aplique o PoE e não verdadeira (ou, em termos menos precisos, falsa) quando seja o BARD o standard aplicável". **Janaína Matida e Antonio Vieira**

19) Condenar somente com mais de 90% de Probabilidade: Se devemos estabelecer qual é o nível do *Standard* Probatório (o sarrafo) necessário à atribuição do predicado "provado" e o fixarmos no patamar de 90% (0.9), aparentemente a exigência é muito elevada, ao mesmo tempo em que significa aceitar a probabilidade de "falso positivo" (**Erro 1**: condenação de inocente) em 10% dos casos, a saber, 1 (um) erro a cada 10 (dez) julgamentos. Por trabalharmos com "grau de confirmação probabilístico" (objetivo, subjetivo e construtivista, a depender do julgador), a eficácia do *Standard* Probatório depende da fixação de critérios tangíveis e dos procedimentos de verificação;

"Quando o promotor distrital inclina-se para o júri e anuncia 'Há apenas uma chance em 5 milhões, eu repito, uma chance em 5 milhões, de que um homem inocente tivesse um DNA que combinasse com a amostra encontrada na cena do crime', ele está respondendo à pergunta: qual seria a probabilidade de uma pessoa inocente parecer culpada? Mas a função do júri é responder à segunda pergunta: qual a probabilidade de um réu que pareça culpado ser inocente? Essa é uma questão que o promotor distrital não pode ajudar o júri a responder". **Jordan Ellenberg**

C – Controvérsia:

1) Supervisionar a Decisão: O nosso cérebro funciona por módulos. O funcionamento é equivalente à lógica dos "**precedentes**" com força vinculante: serve de orientação aos casos futuros, salvo se houver "**superação**" ou "**distinção**". A experiência decisória acumula os acertos, evita os erros, com a criação de "regras de bolso" exitosas (**heurísticas**), invocadas de modo automático e intuitivo pelo cérebro, quando necessário. O acolhimento do modelo S1/S2 implica no reconhecimento das limitações do modelo decisório jurídico desprovido de mecanismos de "supervisão". A metáfora da Inteligência Artificial pode nos auxiliar. As decisões e comportamentos decisórios das máquinas, no campo do Direito, exigem a **supervisão humana**, a saber, as máquinas não podem "decidir sozinhas", a partir dos critérios e preferências que elegerem, justamente porque a "razão humana" deve "supervisionar" o conjunto de dados (o *input*), construir o algoritmo (os critérios e o passo a passo da decisão), validar o modelo decorrente (acurácia, precisão etc.), justamente porque produzidas por algoritmos que se valem de heurísticas. Os resultados "sugeridos" pelas máquinas devem ser "validados" por agentes humanos, no controle das decisões. Diante da capacidade de processamento das máquinas, em algumas situações (p.ex. redes neurais, floresta randômica), a velocidade e volume de processamento de dados impede o entendimento humano (p.ex. *Black Box*), como no caso de "veículos autônomos", contexto em que as discussões são complexas, porque não podemos pedir às máquinas a explicação *step by step* do trajeto decisório. É justamente o que as máquinas fazem melhor do que nós, humanos. O que nos importa com a metáfora das máquinas é que, assim como os humanos devem "supervisionar" e "validar" as "sugestões decisórias das máquinas", na linha da diretriz do CNJ (Res. 332/20). A necessária validação das "sugestões decisórias" do nosso sistema implícito/automático (intuitivo; S1) no processo penal passa por criarmos mecanismos de "filtro", "supervisão" e "homologação" pelo sistema reflexivo/racional. Ao fim e ao cabo, as perspectivas se unem pelo acolhimento da premissa de que as decisões no processo

"O perigo representado pelos 'desconhecidos desconhecidos', os riscos dos quais sequer temos consciência. Talvez a única ameaça maior do que essa seja oferecida pelos riscos que julgamos estar sob controle mas não estão. Nestas circunstâncias, não apenas enganamos a nós mesmos como podemos contagiar a outros com nossa autoconfiança equivocada". **Nate Silver**

penal devem ser "mediadas" pelo raciocínio lógico (válido e sólido), a partir dos referenciais internos ao Direito, mediante o controle efetivo da utilização de critérios externos (morais, ético, enfim, pessoais), por se tratar de decisões institucionais (do espaço público e não privado);

2) Decisão e Pensamento de Grupo é a tendência ao equilíbrio pela redução das posições extremadas em nome da convivência e das boas relações cooperativas. A apresentação e sustentação da divergência não recebem incentivos, o que traz como consequência, no campo do processo penal, a prevalência de posições estabilizadas, porque o que abre a dissidência tem o custo associado de reestabelecer o equilíbrio. As instituições acabam consolidando o pensamento em grupo como posições coletivas (quem está dentro pensa assim), muitas vezes com o uso da Falácia: "*O Promotor/Defensor/Advogado de **Verdade** pensa isso sobre aquilo*". Faz perseverar decisões nem sempre as melhores, nem as mais corretas, dado que fechadas às novidades ou mesmo à discussão de robustez dos argumentos. Opera muito em julgamentos coletivos, com a invenção de um inexistente "princípio do colegiado" (acompanhar ou não a maioria deve ser dar por razões públicas e não por conveniência cognitiva circunstancial). Em face da noção de ***accountability***, sendo do pensamento do grupo ou não, a atribuição de **responsabilidade será individual** tanto pelos direitos (bônus) quanto pelos deveres (ônus);

3) Antessala do Poder (Assessores e Estagiários): Nas varas e tribunais, a culpa é sempre do **estagiário**, dizem. Ele é o 'bode expiatório' (*René Girard*) de todos os erros, equívocos e distrações do Poder Judiciário. Sabemos que essa brincadeira talvez esconda uma verdade: a importância dos estagiários e assessores no processo de tomada de decisão judicial. Boa parte das decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro são "rascunhadas", "minutadas", "produzidas" por estagiários/assessores. Assim é que dando ouvidos a *Carl Schmitt*, pode-se dizer que se esgueira em cada tomador de decisão uma **antessala do poder**, composto por influências e poderes indiretos, dos mais variados matizes. A influência de conselheiros, de amigos, de parceiros, de colegas de profissão, de estagiários, de assessores, de amantes, da imprensa, das redes sociais etc., no processo de tomada de decisão, deve ser levada a sério. Mesmo os constrangimentos legais e constitucionais não impedem, em menor ou maior medida, a existência de uma antessala do poder, na qual se postam sujeitos, às vezes virtuosos e republicanos e, em outras vezes, torpes e cínicos. E quanto maior é a **concentração de poder**, mais se agravam os problemas de quem frequenta a antessala do poder, controla o acesso, bem assim o que pode ser dito ao tomador de decisão. Criam-se filtros de informações que podem gerar processo de autoafirmação alienantes, talvez de excesso de confiança. A existência da antessala do poder precisa ser desvelada para que se possa enfrentá-la, já que quem tem acesso ao tomador de decisão participará do conteúdo da decisão, principalmente porque são agentes ocultos. E isso pode ser fatal. Por isso, a importância

de reconhecer e qualificar cada vez mais os estagiários/assessores, porque é também deles o lugar decisório. Podem até levar a culpa, mas somente quando dá errado. Quando acertam, são *ghost-writer's* judiciais;

4) Desconfiar dos Adjetivos: Se há prova robusta, os adjetivos não irrelevantes. Quando a questão é duvidosa, em geral, o enunciador do discurso tende a acrescentar: "com toda a certeza", "absolutamente convencido", "com 100% de certeza", " não há nenhuma dúvida" etc. Pode ser o sintoma de que os pontos fracos são "superados" em nome da autoridade, desprovidos de suporte probatório adequado (efeito performático);

5) Enquadramento: Podemos extrair conclusões distintas de idêntico conjunto de provas porque, a partir de teorias diferentes, não "vemos as mesmas coisas". O contexto, assumimos, é um **constructo** subjetivo. Nosso modelo é **construtivista** (negociação contextual intersubjetiva entre os critérios objetivista e subjetivista). A **confiança** objetiva e subjetiva na **qualidade** do meio de prova será aferido pelos critérios de: **a)** credibilidade; **b)** coerência; **c)** consistência; e, **d)** fiabilidade;

6) Julgar sem a Violência: A melhor maneira de julgarmos um processo-crime é imaginar o enredo sem o ato violento, corrupto ou criminalizado. Sem ele, a coisa gira em outra frequência, em que a razão tende a prevalecer. Para julgar, ademais, precisamos estar instalados em uma ordem simbólica: é ela que nos dará os meios para avaliar o que dela se afasta. Essa mesma ordem simbólica, entretanto, pressupõe certo afastamento subjetivo dos fatos sob análise;

D – Estratégia:

1) O Desafio da Probabilidade: Do ponto de vista das partes, o resultado do processo (a decisão de mérito) pode ser estivada por meio da identificação das variáveis, criação de descritos e mensuração **ordinal** (bom, neutro e muito bom), transformados em **cardinais** (números) capazes de serem tratados objetivamente. Esse o modelo do **RoadMapCrime**, pelo qual procuramos reduzir a incerteza, ainda que saibamos da ocorrência de "casos fora da curva" (de *Gaus*: Cisne Negro). Assumimos o campo do "grau subjetivo" de probabilidade, a partir de *Bayes*, por apresentar metodologia controlável, tangível e demonstrável. Para cada alternativa é estipulada a "utilidade esperada" (vinculada à obtenção ou não da suficiência probatória), apurando-se a "probabilidade" vezes a "consequência", obtendo-se o "valor esperado" (p.ex. probabilidade de que A ocorra x valor de A) + (probabilidade de que B ocorra x valor de B). Por ser **estimativa**, devemos considerar que a realidade será maior ou pior do que a média apurada, ao mesmo tempo que nos auxilia a tomar decisões mais precisas e acuradas. Sem isso, o trabalho das partes é intuitivo, amador, iluminado por "heurísticas" e "vieses", em que, de regra, subestimamos as chances de fracasso ou potencializamos as chances de sucesso (a depender o viés: pessimista ou otimista). Podemos usar um

"Para compreender o Teorema de Bayes é preciso relembrar o conceito de probabilidade condicional: qual a probabilidade de um evento ocorrer, *dado* que *outro*, relacionado com ele, já ocorreu? Qual a probabilidade de eu tirar um ás no póquer, *dadas* as cartas que estão na mesa? Qual a probabilidade de que uma pessoa vá viajar de avião, *dado* que ela já está no aeroporto?" **Alexandra Strommer Godoi**

modelo mais simples, por exemplo, o da atribuição de "**utilis**" (unidade de utilidade) não monetária (vinculados à satisfação subjetiva no quando das preferências pessoais), ordenando-os de forma completa (do pior para o melhor, por meio de notas). Em todo os casos, quer no modelo de "utilis", quer no modelo do **RoadMapCrime**, devemos manter aderência aos dados e informações de modo realístico, sobre pena de distorcemos as estimativas (lidamos sempre com a **Incerteza**, submetidos ao **acaso**). O planejamento nos preserva de más decisões não previstas intuitivamente, ampliando os recursos de atuação contextual, embora o fator sorte seja variável incontrolável (que apostamos possa estar ao nosso lado);

2) Exigir Alta Probabilidade: A decisão condenatória deve atestar, motivadamente, por meio de Inferências válidas e sólidas, o grau probabilístico autorizador do acolhimento da Hipótese Acusatória, justificando (dando boas razões) de todos os seguintes os requisitos: **a)** verificação de suporte probatório da Hipótese Acusatório; **b)** exclusão da Hipótese Defensiva Alternativa; **c)** Derrota dos colisores e/ou confundidores da Hipótese Denfensiva Infirmativa; e, **d)** Superação dos limites do *Standard* Probatório (acima de 90%, no mínimo; mesmo assim, aceita-se condenar 1 inocente, a cada 10 julgamentos);

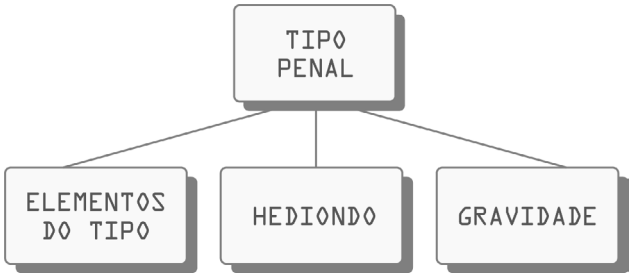
3) Julgar ao Final: Não levar a sério o dever de somente julgar ao final é o de não ser uma decisão e sim a confirmação da decisão tomada muito antes do momento devido, a saber, o magistrado antecipa o momento da decisão por estar satisfeito com as evidências. O problema de pular etapas é o risco de ter se convencido cedo demais e desprezar o que poderia alterar a conclusão. O mais grave é que esse modo de decisão precoce opera sem que os julgadores se deem conta. Os que se dão conta negam tenham agido dessa forma. O resultado é que a função do devido processo é desfeita. O excesso de confiança, por fim, impede o reconhecimento dessa armadilha mental. O julgador engana a ele mesmo; e se convence. A busca para evitar os erros cotidianos e de julgamento deveria ser o escopo de todos agentes processuais. Os erros podem ser próprios, de terceiros ou de grupos;

4) Planejar (mesmo): A insistência com o **planejamento** é porque os agentes estão lidando com expectativas de vítimas e acusados, em que o nosso desafio é o de promover a decisão mais próxima da realidade, ou seja, punir quem deve ser punido e absolver quando não preenchidos os requisitos legais. Por isso os perigos da conduta improvisada, amadora, cujos efeitos não concernem somente aos agentes processuais, mas sim aos sujeitos que esperam tratamento democrático de suas controvérsias. Explicar uma conduta é diferente de prová-la, motivo pelo qual a preparação será fundamental. Até porque, por ser o processo evento único, não podemos "treinar" o caso em situação real. Ao mesmo tempo em que, para alcançarmos o melhor desempenho possível, devemos treinar as habilidades constantemente.

8.10 *Template* da Área de Concentração Tipo Penal

A **Área de Concentração Tipo Penal** buscará mapear a conduta objeto do Caso Penal em seus detalhes, com um duplo fundamento. O **primeiro** é o de podermos conhecer de modo decomposto e profundo cada um dos elementos da conduta e da estrutura do crime, para o fim de destacarmos as variáveis que merecem a nossa atenção, evitando que algo nos passe desapercebido. O segundo é o de podermos apontar os pontos fortes e fracos do Caso Penal para elaboração de **Planos de Ação** robustos, mensuráveis e convergentes à **Estratégia** (a meta).

Em relação ao **Tipo Penal**, destacamos 3 (três) Aspectos relativos: **a)** ao **tipo** investigado/imputado (bem jurídico, estrutura analítica, parâmetros para configuração), **b)** à **qualificação** (hedionda ou não); e, **c)** à **gravidade** (escala). O objetivo é o de podermos integrar às demais Áreas de Concentração, já que a depender do resultado da análise, algumas teses defensivas terão menor ou maior chance de acolhimento, o procedimento penal reduz ou amplia oportunidades, além de nos servir de parâmetro às decisões por meio de **Planos de Ação**. Em cada indicador será necessário o esforço de análise em três planos distintos (com escopos diversos), sequenciais (em ordem) e dinâmicos (atualizáveis): **a) Estrutural** (estabelecer as definições dos aspectos/elementos de modo geral: as possibilidades de sentido); **b) Dominante** (dentre as possibilidades de sentido selecionadas, categorizar entre dominante/dominada); e, **c) Contextual** (a partir dos agentes processuais reais, quais os comportamentos esperados).



Propomos o seguinte trajeto de definições a partir do Caso que iremos abordar (p.ex., 155 ou 171, do CP etc.):



O resultado evitará que deixemos escapar possibilidades de melhoria de desempenho. Finalizada a análise do aspecto **Tipo Penal**, vamos construir um exemplo inicial (mais simples) sobre os aspectos de **gravidade** e **hediondez**: Do ponto de vista da defesa (pode ser da acusação, do juiz etc.), a pergunta é: *Qual é a chance de o acusado ser condenado no processo em que foi denunciado por furto qualificado pelo concurso de agentes (CP, art. 155, § 4º, IV)?* Com base nas normas jurídicas e da avaliação subjetiva do Agente Processual (você), apontaremos qual a descrição da conduta imputada e seus indicadores capazes de serem descritos e mensurados. É nesse momento que integramos a avaliação dos indicadores, pela relação de meios e fins, a saber, da **situação pretendida** (denominada de "Bom") e a **mínima aceitável** (denominada de "Neutro"). Podem existir indicadores acima do pretendido e abaixo do mínimo aceitável porque a avaliação deve levar em conta os indicadores da realidade e não somente os favoráveis. Os descritores podem ser dispostos em ordem hierárquica de preferência (acima as melhores situações), denominada **escala ordinal**

(N5, N4, N3, N2 e N1), em face do for verificado, transformadas em **escala cardinal** (números absolutos, p.ex. 90, 34).

Chegamos ao nível mais baixo de nossa árvore do **Tipo Penal**. Agora podemos utilizar a nossa escala em cada uma das áreas de preocupação. Elegemos as áreas de preocupação "Hediondo" e "Gravidade", aspectos ainda objetivos, porque se o "Tipo Penal" for hediondo, há incremento de normas aplicáveis e expectativas desfavoráveis ao acusado, enquanto a área de preocupação "Gravidade" visa determinar a gravidade abstrata da conduta, por ser variável que se correlaciona com as expectativas de prisão cautelar e análise probatória, dentre outras.

No primeiro **descritor** "**Hediondo**" a pergunta é única. Mas antes vale fixar a hierarquia da **árvore** do descritor: **Nível 1**: Caso Penal (avaliação global); **Nível 2**: Tipo Penal (crime investigado ou imputado); Nível 3: **a)** Elementos do Tipo; **b)** Hediondo; e, **c)** Gravidade (hediondo e gravidade são irmãos e o resultado será calculado na "Fase de Avaliação", conforme os pesos que se atribuir em face da taxa de substituição). Estamos, no modelo, do ponto de vista defensivo, então, a escala ordinal deve corresponder às melhores preferências da defesa, a saber: **N2 (Bom)**: Não; **N1 (Neutro):** Sim. O melhor indicador (preferência) na nossa escala ordinal (N2: Não é: "Não" , a saber, na escalar ordinal, a melhor avaliação (Bom); se fosse "sim", receberia a pior (Neutro). A resposta a esse primeiro indicador foi simples e fácil para podermos entender onde iremos chegar.

No segundo **descritor**, "**Gravidade**", devemos fixar as preferências (da defesa). A **escala ordinal** a seguir (estabelecida por mim e dependerá do seu contexto) foi elaborada a partir de 9 (nove) indicadores (do melhor indicador defensivo para o pior):

> **N9**: de menor potencial ofensivo; **N8**: Sem violência ou grave ameaça e não patrimonial; **N7**: Sem violência ou grave ameaça e patrimonial; **N6**: Demais imputações; **N5**: Crime Organizado; **N4**: Com violência e grave ameaça e patrimonial; **N3**: Violência doméstica; **N2**: Com violência e grave ameaça contra a vida; **N1**: Terrorismo.

Em seguida, cabe indicarmos os arbitrados por mim em: **N8: (Bom); N6 (Neutro)**. Devemos levar em consideração o impacto de cada item em face das limitações à liberdade, complexidade probatória e argumentativa, enfim, os que tivermos estabelecidos na **Primeira Etapa de Diagnóstico**. Aqui o nosso trabalho será um pouco mais complexo, mas conseguiremos ao classificar o nosso Caso Penal utilizado como exemplo (CP, art. 155, § 4º IV), na "Gravidade" N7 (Sem violência ou grave ameaça e patrimonial).

A operação deve ser realizada em todas as todas as **Áreas de Preocupação** e indicadores, ampliando ou restringindo os descritores, os valores e os pesos, conforme a hipótese fática. Se lembrarmos que estamos no **Segundo Nível** da **Área de Preocupação** mais objetiva (**Tipo Penal**), podemos inferir o grau de informação qualificada, estruturada e integrada ao modelo **RoadMapCrime**, justamente porque poderemos aprofundar

nosso entendimento do Caso Penal em **Áreas de Preocupação** mais complexas, vinculadas aos **Agentes Processuais**, ao **Procedimento Penal**, ao Regime de **Provas** e à **Valoração/Decisão**. Ganharemos em clareza, organização, planejamento e com uma vantagem adicional: a atualização pode ser feita diretamente no modelo e não em planilhas, com a imediata revisão dos cálculos (que veremos a seguir) e a sugestão automática de novas tarefas. Agora que realizamos a avaliação de preferências qualitativas na **Escala Ordinal** (N1; N2; N3 etc.), precisaremos transformá-la em **Escala Cardinal** (numérica), ou seja, quantitativa, conforme veremos na fase seguinte de "**Avaliação**".

Na fase de **Avaliação**, o modelo é organizado pelo cálculo de cada Nível em **Escala Cardinal** (0-100). O Nível da nossa **Árvore de Decisão** (a representação da tabela de avaliações e/ou decisões sequenciais), terá o valor total atribuído de 100 (cem), distribuído, por peso, entre as Áreas de Preocupação (a soma das Áreas de Preocupação poderá ser no máximo de 100). Será preciso converter as Escalas Ordinais (qualitativa: Bom e Neutro) em Escalas Cardinais (0 a 100), a partir das preferências atribuídas a cada um dos descritores. Aqui não precisaremos dominar o modelo matemático, já que a atribuição de funções de valor para cada descritor é feita para representar a intensidade/impacto da preferência, mediante a aplicação computacional do MCDA-C, (funções de valor e taxas de substituição: Matriz de Roberts). O resultado melhora o entendimento do Caso Penal e apoia a decisão a ser tomada, a partir de duas perspectivas: **a) global** (do caso); e, **b) do indicador isoladamente**. Autoriza a visualização de painéis (*dashboards*) isolados ou associados ao gerenciamento de risco.

O resultado da fase de avaliação confere melhor entendimento do contexto a partir dos pontos relevantes destacados pelo Agente Processual. Organiza o desenho do processo penal mediante avaliações quantitativas e qualitativas. Classifica os indicadores em: **a) Comprometedores**; **b) Competitivos**; ou, **c) Excelência**. Transforma o palpite intuitivo em evidência mensurável. Constatados os indicadores, autoriza a deliberação racional tático-estratégica sobre os **Planos de Ação** necessários à melhoria do desempenho estratégico e a redução de risco associado. Ao mesmo tempo, instaura a constante revisão de indicadores e a possibilidade de adaptação dos acontecimentos futuros aos objetivos estratégicos. O efeito no nosso modelo **RoadMapCrime** é o de automaticamente selecionar as regras jurídicas aplicáveis, as expectativas de comportamento decisório, as linhas argumentativas viáveis e inviáveis, o *checklist* das provas e da cadeia de custódia, dentre outros, fazendo com que possamos gerar Planos de Ação otimizados, mensuráveis, monitoráveis e associados ao **Plano Geral Estratégico** (Segunda Etapa: item 3.8).

O trajeto deve ser repetido em cada **Área de Concentração**, com os seguintes propósitos: **1) Agentes Processuais**: aspectos relativos: **a)** quem são e como pensam os agentes processuais; **b)** perfis de risco; e, **c)** inferências relacionais entre os agentes processuais; **2) Procedimento**

Legal: aspectos relativos: **a)** lugar, função e regras; **b)** oportunidades; e, **c)** limitações; **3) Provas**: aspectos relativos: **a)** existência; **b)** validade; e, **c)** eficácia; **4) Valoração/Decisão**: aspectos relativos: **a)** expectativa de valoração probatória; **b)** argumentativa; e, **c)** decisão judicial.

</ >

Por fim, é verdade que o primeiro contato com a MCDA-C é de estranhamento e complexidade. Com o tempo nos acostumamos com a lógica da ferramenta e, posso dizer por mim, nos assustamos com a quantidade de elementos que simplesmente não víamos. A proposta de integrar o Guia à Plataforma **RoadMapCrime** foi de ***Izaías Otacílio da Rosa***, com o qual aprendi MCDA-C. Passei a utilizar a metodologia em diversos projetos e posso dizer que melhorou significativamente o meu desempenho. Confesso que não fazia a mínima ideia da minha incapacidade de leitura de contexto (estava sob o efeito da heurística do Excesso de Confiança). Pode parecer complexo nesse primeiro momento e, por isso, o êxito dependerá do seu comprometimento para poder entender, dominar e usar a proposta da Plataforma **RoadMapCrime**. O desafio é o de proporcionar novas habilidades e potencializar a competividade. Em seguida vamos apresentar outras ferramentas para uso no **Processo Penal Estratégico**, promovendo a contribuição de distintas áreas do conhecimento humano, em parte já abordadas.

COGNIÇÃO

PROVA PENAL E COGNIÇÃO DOS AGENTES PROCESSUAIS

< Capítulo 9 >
Prova Penal
e Cognição dos Agentes Processuais

9.1 Prova e Premissa Fática (Conceito, Classificação e Funcionalidade)



A – Definição:

Prova Penal é todo elemento existente, válido e eficaz, capaz de autorizar ou corroborar, a atribuição do predicado "verdadeiro" às hipóteses das partes processuais.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Conceito: Considera-se **Prova Penal todo elemento** existente, válido e eficaz, capaz de autorizar ou corroborar, isolada ou em conjunto, o estabelecimento de juízo racional (válido e sólido) sobre a ocorrência da **Hipótese Acusatória** ou da **Hipótese Defensiva** (alternativa ou infirmativa). Reconhece-se a autonomia do campo de pesquisa "probatório", composto por princípios, metodologias e regras específicas. A **função** de prova é a de criar **correlação significativa** entre o seu **conteúdo** e o **efeito** no contexto do processo penal, isto é, a capacidade de autorizar "**juízo de inferência**" do discurso "sobre os fatos". As **estratégias argumentativas** dependem do **Esquema Decisório** do agente alvo, distinguindo-se os **perfis** dos agentes processuais, especialmente os julgadores, entre: **a)** subjetivistas; **b)** objetivistas; e, **c)** construtivistas;

"Num primeiro sentido, a prova se identifica com a atividade probatória, isto é, com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato. [...] Noutra acepção, prova é o resultado da atividade probatória, identificando-se com o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não de um determinado fato. [...] Por fim, também é possível identificar a prova com o meio de prova em si mesmo. Fala-se, por exemplo, em prova testemunhal ou prova por indícios".
Gustavo Badaró

"O termo prova exprime a atividade de demonstração ou refutação das alegações (conforme o art. 181 do CPP, é objeto da prova os fatos que se referem à imputação, à punibilidade e à determinação da pena ou da medida de segurança; ao que a doutrina acrescenta os fatos dos quais dependa de aplicação de normais processuais e, quando há parte civil, fatos inerentes à responsabilidade cível decorrente do delito). O sistema processual penal sempre é dirigido ao estabelecimento de responsabilidade por fato pretérito (o thema decidendum envolve o thema probandum – objeto da imputação – e allegatum – as teses – razão pela qual é orientado ao passado. Nas glosas medievais se afirmava: allegare nihil et allegatum non probare paria sunt – nada alegar e alegar e não provar é o mesmo)".
Rogério José Bento Soares do Nascimento

2) Perfis dos Agentes Decisórios (Subjetivistas; Objetivistas e Construtivistas): O prévio diagnóstico do perfil do Esquema Decisório do agente com poder de decisão, no contexto do Caso Penal, demanda o domínio de estratégias distintas, em que o planejamento do modo de apresentação e argumentação do "discurso sobre os fatos" deve se adaptar às condições pessoais do receptor. É que diante da multiplicidade de perfis, a obtenção da "atenção consciente" e de "entendimento" sobre a "mensagem" dependem da possibilidade de "cativar o agente" e também de se "fazer entender" dentro das "categorias" do contexto. A capacidade de "comunicação" do "efeito da prova" vincula-se tanto aos elementos materiais (qualidade, quantidade, credibilidade, autenticidade e fiabilidade), quanto aos elementos formais (modo de apresentação do raciocínio e das inferências). A existência de evidências favoráveis é condição necessária, mas não suficiente, à obtenção do melhor desempenho. A customização da atuação pressupõe o planejamento dos

"Provar no processo penal é demonstrar ao julgador, dar-lhe a conhecer a existência de um determinado fato (que), num espaço (onde) e tempo (quando) razoáveis. Também é proceder a verificação dos impulsos criadores do fato (porque) e as circunstâncias deste (como), para que possa ser emitido um juízo acerca das situações processuais que se desenvolvem nos autos, bem como acerca da responsabilidade penal do imputado". **Nereu José Giacomolli**

possíveis cenários da interação processual, identificando-se os momentos de melhor impacto, organizados por meio de Planos de Ação;

3) Critérios das Estratégias: Dividem-se entre: **a) Subjetivista**: Se o julgador for **subjetivista**, o "critério da decisão" será a "convicção", a "crença subjetiva" atribuída pelo agente ao discurso "sobre os fatos", motivo pelo qual a **estratégia argumentativa** será o da "**persuasão**" ("captura psíquica" do agente). O **foco** será no **agente**; **b) Objetivista**: Se o julgador for **objetivista**, o "critério da decisão" será o da "correspondência" entre as provas e o "discurso sobre os fatos", de modo a autorizar, por **inferências** racionais e válidas, a conclusão entre o conjunto de provas e a **Hipótese Acusatória**, a partir do "grau de suficiência" necessário ao predicado "verdade" (*standard* probatório). O **foco** será nas **provas**; **c) Construtivista**: Assumimos, anteriormente, que o modelo prevalecente conjuga elementos **subjetivos** (foco no agente) e também objetivos (foco na prova) em constante "negociação intersubjetiva". A atribuição do predicado "verdade" depende do grau de **probabilidade** subjetiva do agente diante da análise da **evidência** objetiva (isolada e em conjunto) interpolada com o momento e a forma em que a prova é apresentada. As **táticas argumentativas** devem estimar o grau do prévio convencimento do decisor e as "sinalizações" diretas e indiretas do valor atribuído às fontes de prova (p.ex. depoimento policial; testemunhas de defesa etc.). Por isso, a "ordem do discurso" deve ser planejada de modo realístico e assertivo, dentro do jogo limpo, para o fim de "influenciar" de modo eficaz, no "espectro" dos "pesos" atribuíveis pelo agente decisor. A forma de **enquadramento** do Caso Penal (como será apresentado ou narrado), associado ao **lugar** e a **função** que a prova assume, no **contexto** dos autos e na "**contabilidade mental**" do agente decisor, vinculam-se ao valor e ao impacto da "evidência" (objetiva) na "convicção" (subjetiva) dos agentes processuais. O desafio é o demonstrar (fazer com que o julgador "veja" e/ou "entenda") o poder da evidência ou do conjunto de evidências, conforme a Hipótese (acusatória ou defensiva);

"Nesta perspectiva, o direito de defender-se, provando, não se limita ao direito de apresentar provas, mas também ao direito de organizar e gerir a prova, nomeadamente a participar activamente na sua produção, através do interrogatório e contra-interrogatório." **Germano Marques da Silva**

4) Princípios da Prova: O regime probatório orienta-se pelos princípios da: **a) Necessidade** (o juiz deve ser ignorante e a prova é necessária à verificação da Hipótese Acusatória; é vedado o conhecimento privado); **b) Liberdade Probatória** (além das provas típicas, as partes podem angariar elementos não previstos em lei, desde que observados os direitos e as garantias processuais; adotamos o Modelo Misto); **c) Pertinência** (o meio de prova deve guardar relação direta ou indireta com o Caso Penal, controlando-se o enquadramento: impertinência ou irrelevância); **d) Utilidade** (os fatos incontroversos ou com diversas fontes não precisam ser reiterados, por serem repetitivos); **e) Legitimidade** (exclusão da prova ilícita e derivações; **exceção** do uso da prova ilícita pela defesa); **f) Iniciativa das Partes** (atividade preponderante das partes, com distribuição de ônus; ao juiz cabe atividade suplementar e restrita); **g) Disponibilidade** (a parte pode dispor da prova: desistir, renunciar

etc.); **h) Contraditório** (prova é a produzida em contraditório: direto ou diferido; vedado o uso de prova unilateral); e, **i) Comunhão** da prova (uma vez nos autos, a prova aproveita a todas as partes);

5) Exigência de Prova: Além das Hipóteses apresentadas, a parte interessada, se necessário, também deverá comprovar: **a)** os costumes da região; **b)** o conteúdo, a validade e a vigência dos regulamentos, portarias, normativas e demais atos administrativos (ONNI: objeto normativo não identificado); **c)** direito estrangeiro (incluída a tradução), estadual ou municipal de local diverso da unidade jurisdicional; **d)** fatos incontroversos (não há revelia e é carga da acusação comprovar todos os fatos necessários); e, **e)** impugnação de presunção *juris tantum;*

"A principal vantagem da formulação de uma presunção específica está em que a generalização apresenta-se como a melhor estratégia para determinar os fatos diante da falta ou insuficiência de provas. *P* e *Q* são categorias de fatos já relacionadas na realidade objetiva e o que o legislador faz é se apoiar nesse dado, fruto de experiência já acumulada, para acertar a determinação dos fatos o máximo possível. Ao mesmo tempo, a formulação de uma generalização "para acertar ao máximo" implica o reconhecimento de *alguma margem de erro*; isto é, de que é inevitável reconhecer que haverá casos nos quais a prova de *p* resultará na determinação da ocorrência presumida de *q* mesmo que *q* não tenha acontecido. Basta pensar nos casos em que a prova contrária não é apresentada ou, quando trazida aos autos, é valorada como insuficiente. O legislador assume que a regra produzirá alguma injustça e a sopesa com as vantagens de se evitar outra classe de erros". **Janaína Matida**

6) Não Exigem Prova: Não precisam ser provados: **a)** os "fatos notórios" do mundo cotidiano (leis da física, localização das ruas, utilidade ordinária das coisas, feriados, enfim, de sabença geral; e, **b)** presunções legais absolutas;

7) Controle da Licitude e da Legalidade da Prova: O **Dispositivo** é organizado de modo que a incorporação de dados e informações no "espaço de confiança da amostra fática de inferência" dependa da observância das regras de "entrada válida" e de "valoração sólida", por meio de procedimentos definidos previamente. A **distribuição dos riscos** opera pela atribuição do ônus da prova. As limitações do uso de prova ilícita/ilegítima, por exemplo, podem reduzir o "espaço de confiança da amostra" disponível à inferência judicial. Ainda que lícita/legítima, no momento da "valoração", as regras de **Inferência Probatória** (Epistêmica, Normativa e Interpretativa) também podem limitar o conjunto disponível. **Exceção** à regra geral de proibição de "valoração das evidências ilícitas/ilegítimas" ocorre na hipótese de ser utilizada em **favor da defesa** (serve para absolver e não para condenar). Apesar de não servirem para "responsabilizar penalmente ninguém", podem ser utilizadas para "exonerar" imputados. Do contrário, o **inocente**, impedido de obter valoração de prova ilegítima/ilícita, seria condenado;

8) Provas Típicas e Atípicas (Modelos: Fechado, Aberto ou Misto): Existem 3 (três) modelos de prova: **a) Prova Fechada** (Tipicidade Normativa): só valem os critérios e as provas previstas e normatizadas em lei (resquício da prova tarifada); **b) Prova Aberta** (Atipicidade Normativa; CPC, art. 369): aceita critérios e as provas de outros campos do saber; e **c) Prova Mista** (Tipicidade Mitigada): regula os fatos que dependem de obediência à Tipicidade Normativa (critérios normativos), aceitando critérios e provas de outros campos do saber. O processo penal é misto;

CPC, art. 369: "As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz".

9) Classificação das Provas (Testemunhal, Documental e Pericial): Existem diversas classificações da prova (lícita x ilícita; legítima x ilegítima; direta x indireta; plena x indiciária; real x pessoal etc. Diferenciam-se quanto ao objeto, ao valor, ao sujeito, à forma e à aparência), fontes de prova (pessoais x reais). Para os fins do Guia, podemos indicar a existência de provas: **a) testemunhal** (CPP, art. 202 e sgts); **b) Documental**

(CPP, arts. 231 e sgts); e, **c) Material/Pericial (**CPP, art. 158 e sgts)**.** Há **regime específico** no **interrogatório** (CPP, art. 185), na oitiva do **ofendido** (CPP, art. 201), no **reconhecimento** de pessoas/coisas (CPP, art. 226) e a **acareação** (CPP, art. 229). Além disso, existe regime próprio nas **Organizações Criminosas** (agente infiltrado, ação controlada, colaboração premiada, gravação ambiental) e na **Lei de Drogas** (ação controlada);

10) Momentos da Prova (Requerimento, Deferimento, Produção, Controle e Valoração): A informação no campo do processo penal adentra por meio da prova, cujo regime possui **5 (cinco) momentos**: **a) requerimento** (formulação de produção na denúncia/queixa e na defesa preliminar); **b) deferimento** (análise jurisdicional dos requisitos legais, autorizando a produção); **c) produção** (colheita de depoimentos; produção de laudos etc.); **d) controle** (definição do conjunto válido; análise da "quebra" da Cadeia de Custódia; exclusão da "ilegítima", renovando-a, se cabível e adequado; exclusão da "ilícita", vedada a renovação) e, **e) valoração** (construção do provimento a partir do conjunto de evidências válido). A doutrina, em geral, aponta 4 (quatro) momentos. Se a valoração da prova depende de prévio juízo sobre a validade (licitude, legitimidade e observância da cadeia de custódia), a distinção da fase de **controle da prova válida** (própria do modelo acusatório), evita sobreposições (e confusões) ao determinar, antecipadamente, o "conjunto de evidências" valoráveis.. Em todos esses momentos há o risco de perda de chances probatórias (*gaps*)**.** Cada modalidade de prova é condicionada por regras de tempo e de modo (preclusivo, em regra) para requerimento. A prova testemunhal deve ser requerida nos momentos definidos (denúncia/queixa e defesa preliminar), salvo as referidas ou deferidas de ofício (que dependem do julgador; deixam de ser direito subjetivo à prova). No momento probatório é de vital importância **estimar** o comportamento do julgador (se respeita a estratégia probatória das partes ou age ativamente). Importante, também, planejar e monitorar a execução dos **Planos de Ação** (**árvore probatória**), integrados às expectativas de comportamento dos demais agentes processuais;

11) Direito à Prova das Partes (Acusação e Defesa): A atividade probatória das partes decorre da atribuição do ônus da prova e da ampla defesa. A restrição deve ocorrer, **motivadamente**, nas hipóteses de ilicitude, ilegalidade, impertinência, redundância, inutilidade ou protelação (CPP, art. 400, § 1º). A questão é o risco de configurar restrição abusiva à acusação ou à defesa;

12) Disponibilidade Probatória: A produção de provas é faculdade da parte, vinculada ao respectivo ônus de prova. A parte pode dispor (desistir), independentemente da concordância da parte adversa, de prova que tenha requerido;

13) Prova e Meio de Prova: No campo da prova, diante da influência do direito americano, devemos esclarecer que no *Common Law*, "***evidence***" é "meio de prova", enquanto "***proof***" é o "resultado da prova". A lógica é

STF, Inq. 4.831 (Min. Celso de Mello): "**O fato é um só o direito** de o investigado/réu ver produzidos elementos probatórios *em seu favor* **ou** de a eles ter acesso (**RT** 237/83 – **RT** 415/80 – **RT** 555/342-343 – **RT** 639/289 – **RTJ** 92/371, *v.g.*), **por representar** uma das projeções **concretizadoras** *do direito à prova* (**não importando** *se testemunhal, documental* **ou** *de qualquer outra natureza, p. ex.*), **configura expressão** de uma inderrogável prerrogativa jurídica **e que**, *por isso mesmo*, **não pode ser negado** *ao investigado* **ou** *ao réu, sob pena de inqualificável desrespeito* ao postulado constitucional do "*due process of law*".

"O indeferimento da produção de determinada prova, por excessiva, impertinente ou protelatória, só poderá ser pronunciado nos raros casos em que se possa objetiva e induvidosamente antever sua impertinência ou sua irrelevância – enfim, sua inutilidade ou sua ineficácia –, dada à parte a oportunidade de previamente se manifestar sobre as razões por que pretende introduzir o material probatório questionado e, naturalmente, fundamentado o juiz expressamente a decisão proferida". **Maria Lúcia Karam**

STF, Inq. 4.831 (Min. Celso de Mello): "Essa orientação **reflete-se**, *por igual*, **na jurisprudência** dos Tribunais em geral, **valendo referir**, *ante a sua relevância*, **julgados que reconhecem** qualificar-se *como causa geradora* de nulidade processual absoluta, **por ofensa** ao postulado constitucional do '*due process of law*', **a decisão judicial** que, **frustrando** o exercício do direito à prova **mediante** *exclusão* ***indevida*** *de qualquer elemento probatório*, **compromete e impõe gravame ao direito de defesa** do investigado **ou** do réu, **sob a equivocada alegação** de que a prova pretendida (**inclusive** o direito de acesso a ela) **não se revestiria** de eficácia probante, **por mostrar-se destituída** de dados informativos relevantes, **transgredindo-se**, *desse modo*, **um direito básico** que o ordenamento constitucional reconhece àquele que se encontra sob persecução penal do Estado".

a mesma da diferença entre "dado" e "informação" (informação é o dado com sentido"). A distinção opera-se pelo critério do "sentido atribuído". Enquanto o "dado da realidade" arrecadado denomina-se "***evidence***", o mesmo dado, quando atribuído sentido, passa à condição de "***proof***" ("***proof***" é a "***evidence***" com sentido atribuído);

14) Atos de Prova e Atos de Investigação (Provas Irrepetíveis e Repetíveis; CPP, art. 155): Distinguem-se os Atos de Prova dos Atos de Investigação pelos requisitos de validade (características): **I) Atos de Investigação**: **a)** não jurisdicional (agentes de investigação); **b)** não contraditória; **c)** escrita e/ou oral (a depender do meio probatório, por escrito ou por gravação audiovisual); **d)** sem imediação do julgador; e, **e)** função de conferir suporte aos pedidos cautelares, à Justiça Negocial e à decisão de admissibilidade da acusação; e, **II) Atos de Prova**: **a)** jurisdicional (realizada ou produzida perante a autoridade judicial); **b)** contraditório (participação das partes na produção, de modo direto ou diferido); **c)** oralidade (produzida de modo oral, especialmente a prova testemunhal e os debates sobre a suficiência probatória); **d)** imediação (proximidade do julgador com os meios de prova); e, **e)** função de servir de suporte à decisão de mérito (sentença). Assumimos que somente se pode qualificar como "prova" as produzidas em contraditório (direto ou diferido). Por consequência, as **irrepetíveis** serão objeto do **contraditório diferido**, avaliando-se a presença dos requisitos para o deferimento, a saber, a qualidade da motivação, porque se inexistente, anula o material obtido em consequência (o dever de controle da motivação também deve ser da acusação, sob pena de anulação posterior). As **repetíveis** (os depoimentos testemunhais) devem ser produzidas por meio de **contraditório direto**, observando-se a participação efetiva da defesa, do direito do confronto, da oralidade e da imediação da autoridade jurisdicional. A acusação tinha à disposição a produção antecipada da prova testemunhal. A consequência da inércia é a perda da chance de produzir o depoimento. O mesmo ocorre com a prova ilícita que, a nenhum pretexto, pode ser repetida. Observe-se que sem **contraditório**, o depoimento repetível sequer pode ser qualificado como prova. Em nenhuma hipótese pode ser usado contra o acusado depoimento unilateral, pouco importando o motivo da ausência (não ter sido encontrada, enferma etc.). A função das declarações de testemunhas produzidas durante a investigação preliminar é a de conferir suporte ao exercício da ação penal e à decisão jurisdicional de admissão da acusação. Para fins de condenação, são inservíveis. O drible ao devido processo decorre da leitura oportunista do art. 155, do CPP. **Prova testemunhal é a produzida em contraditório**. A prática de "requentar" declarações unilaterais ainda ocorre. A leitura conjunta dos dispositivos do CPP, a partir da igualdade de tratamento e de oportunidades, evidencia que a "acusação" pode produzir prova testemunhal antecipada (CPP, art. 156, I). A omissão significa a **perda de uma chance** probatória, cuja consequência é a de

"Nos sistemas de *common law* esse tópico praticamente carece de sentido: a distinção fundamental entre *evidence* (elemento ou meio de prova) e *proof* (prova como resultado) torna clara a diferença entre os dados, as informações, as circunstâncias, os documentos, os enunciados e os conhecimentos que podem ser usados como premissa da decisão acerca dos fatos em litígio, por um lado, e as conclusões alcançadas ou os resultados obtidos através das inferências extraídas dos elementos de prova relevantes, por outro, que culminam em enunciados sobre a existência dos fatos em litígio e a veracidade desses enunciados. Essa polarização, entretanto, não é sempre suficientemente clara na terminologia usual europeia: *prova, preuve, prueba*, e *Beweis* são usados para significar tanto *evidence*, quanto *proof, i.e.*, tanto para a base, quanto para o resultado, tanto para a premissa, quanto para a conclusão do raciocínio probatório. Por óbvio, a distinção teórica existe e por vezes é expressa na linguagem jurídica: os equivalentes de *evidence* usualmente denominam-se *mezzo di prova, moyen de preuve* ou *mesure d'instruction, médio* ou *fuente de prueba* e *Beweimittel*, e, em tais casos, *prova, preuve, prueba* e *Beweis* são mais propriamente usados como sinônimos de *proof*."
Michele Taruffo

e) decidir sobre medidas cautelares e sobre o recebimento da acusação;
e) proferir o julgamento."

ser inválida a "pescaria" e "aproveitamento", para fins de condenação, de elemento unilateral (viola os critérios de produção válida de prova repetível). Ademais, é incontroverso que para fins de **Revisão Criminal**, exige-se prova defensiva em contraditório, a ser produzida por meio de "Justificação", garantindo-se a efetiva participação da acusação na produção de depoimento válido. A coerência de tratamento deve ser sustentada: depoimentos unilaterais não se qualificam como "prova". Pode-se aventar, também, caso mantida a validade, o comportamento **oportunista** do acusador que, diante do "conteúdo favorável" das declarações unilaterais da investigação preliminar, utilize da estratégia consistente em "desistir" de sua produção no processo, impedindo a efetivação do contraditório. A defesa, para evitar a "surpresa", deve avaliar a pertinência estratégica de arrolar as testemunhas de acusação (prevenindo-se à manipulação). Após a reforma da Lei 13.964/19, as declarações sequer devem ser de conhecimento do Juiz de Julgamento, dado que permanecem acauteladas com o Juiz das Garantias. Enfim, prova testemunhal é somente a produzida em contraditório;

STF, HC 114.164 (Min. Teori Zavaski): "A condenação está alicerçada somente em elementos de informação obtidos na fase investigatória, que não encontraram respaldo com as provas colhidas sob o crivo do contraditório. Assim, à luz das hipóteses de cabimento da ação de **revisão criminal**, revela-se idônea a absolvição implementada pela Corte estadual, máxime diante da regra processual que proíbe responsabilização penal calcada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase do inquérito (CPP, art. 155)".

STJ, Jurisprudência em Teses (Edição 105): "1) As provas inicialmente produzidas na esfera inquisitorial e reexaminadas na instrução criminal, com observância do contraditório e da ampla defesa, não violam o art. 155 do Código de Processo Penal - CPP visto que eventuais irregularidades ocorridas no inquérito policial não contaminam a ação penal dele decorrente".

STJ, Jurisprudência em Teses (Edição 105): "2) Perícias e documentos produzidos na fase inquisitorial são revestidos de eficácia probatória sem a necessidade de serem repetidos no curso da ação penal por se sujeitarem ao contraditório diferido."

"O inquérito policial somente pode gerar o que anteriormente classificamos como atos de investigação e essa limitação de eficácia está justificada pela forma mediante a qual são praticados, em uma estrutura tipicamente inquisitiva, representada pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório. Destarte, por não observar os incisos LIII, LIV, LV e LVI do art. 5º e o inciso IX do art. 93, da nossa Constituição, bem como o art. 8º da CADH, o inquérito policial jamais poderá gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação". **Aury Lopes Jr**

Prova Preconstituída	Prova Antecipada
a) impossível a reprodução	**a)** alta probabilidade de alteração, perecimento ou prejuízo (p.ex. a vítima ser revitimizada)
b) produzida sem intervenção jurisdicional (pode decorrer de autorização judicial; interceptação, busca e apreensão)	**b)** realizada em juízo
c) ocorre durante a investigação preliminar	**c)** antecede ao exercício da ação ou à instrução
d) não há contraditório direto e sim diferido	**d)** garantido o contraditório direto das partes na produção

15) *Disclosure*, Não Surpresa e *Regra de Brady*: No ambiente americano, a partir do precedente *Brady vs Maryland* (1963), a Corte Suprema reconheceu o dever de **compartilhamento de todas as provas por parte da acusação** (*duty to disclosure*). A denominada "***Regra de Brady***" foi reiterada pela Corte Suprema em *United States vs Agurs* (1976), no sentido de que a prova na integralidade deve ser apresentada, mesmo que sem requerimento da defesa. Entretanto, no caso *United States vs Ruiz* (2002), a mesma Corte assentou que, na hipótese da confissão e da homologação da Justiça Negocial (*plea bargaining*), a '***Regra de Brady***" não pode ser invocada como fundamento do pedido de anulação ulterior. A diretriz mundial, prevista no **Estatuto de Roma** (art. 54), segue no caminho do dever de apresentar tudo que for apurado, evitando a manipulação seletiva de prova, tendente a suprimir/dificultar o exercício amplo da defesa. São práticas vedadas a surpresa, o trunfo, a omissão. O dever de **Boa-fé Objetiva** impede que o acusador se valha da omissão, da destruição ou da

manipulação das provas já obtidas, com o fim de surpreender a defesa. A **assimetria de informações** (a parte pode dispor de informações privadas não incorporadas aos autos) é inerente ao processo penal, favorecendo a defesa, porque pode aguardar a produção de toda a prova da acusação para apresentar evidências "infirmantes" da **Hipótese Acusatória** ou "alternativas" (**Hipótese Defensiva**);

16) Prova Emprestada: A prova deve ser produzida em contraditório nos autos do processo. Pode acontecer de o documento, a perícia ou o depoimento terem sido produzidos em outros autos e/ou contexto. **Distingue-se**: **a) Identidade de Partes**: se envolverem as mesmas partes, a tendência é de acolhimento e valoração, porque garantida a efetiva participação na construção da prova, salvo se houver prejuízo tangível (p.ex. ação de improbidade e penal envolvendo os mesmos fatos); e, **b) Distintas Partes**: o "compartilhamento" significa a integração de novas evidências ao processo, sem que tenham sido produzidas em contraditório. A depender da hipótese, pode significar restrição ao contraditório e à ampla defesa (STF, RExtr. 136.239; HC 95.186). O **critério** é: *se é possível a produção nos autos, em contraditório, o compartilhamento é inválido*. Se for aceito, por não terem sido submetidos ao contraditório "direto", mas somente o "**diferido**", mesmo em se tratando de "perícia" ou de "depoimento" (p.ex. do adolescente submetido ao ato infracional coautor), todos devem ser considerados na categoria "**documento**". O **oportunismo estratégico** pode se valer de investigações autônomas (*fakes*, "barriga de aluguel" ou "na escuridão de Unidades de Inteligência"), do "**Encontro Fortuito**", da "**Fishing Expedition**", por exemplo, para restringir a atividade defensiva (evita o confronto; "Barriga de Aluguel"). Diante das limitações da "prova emprestada" e da ausência de regras cogentes para o uso do "compartilhamento", a prática diversionista vale-se da dissimulação para fraudar a devida investigação. Eventualmente juntadas, as decisões autorizadoras originárias devem ser trazidas, verificando-se os requisitos de validade;

17) Cooperação Probatória: A denominada **Assistência Judiciária em Matéria Penal** envolve a soberania de dois países, exigindo requisitos adicionais às regras processuais. Opera-se por meio de **protocolos de cooperação**, limites de validade em face do diálogo entre os respectivos ordenamentos, bem assim limitações de valoração decorrentes da exclusão, de saída, do acusado de sua produção. O uso do simples "compartilhamento de provas" deve ser analisado do ponto de vista do uso **estratégico oportunista** de investigações autônomas, sem controles, nem acompanhamento defensivo, com o devido "esquentamento" dos resultados. Qualquer "cooperação" fora dos canais regulares, mormente quando dispensada a autorização judicial para restrição de direitos fundamentais (reserva da jurisdição), além de tornar a prova ilícita, significa afronta à soberania. A estratégia defensiva deve ser a mesma da acusação nos casos de "lavagem de dinheiro". Enquanto na

TPI; Estatuto de Roma: art. 54: "A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa.".

"Não há mais espaço para a chamada '*carried in the dark*', que consistia no conjunto de manobras de uma parte visando 'surpreender' a outra e desse modo conquistar uma vantagem estratégica nos debates. A forma usual de empregar a '*carried in the dark*' era por intermédio da introdução de meios de provas desconhecidos da parte contrária (*unfair surprise*), que ignorava seu modo de aquisição (a fonte das provas)". **Geraldo Prado**

"É aí que entra em cena o mecanismo da *discovery* (ou *disclosure* no direito inglês) que prevê que as partes possam ter acesso ao material probatório que esteja sob o domínio da parte contrária antes do julgamento, sob o entendimento de que tal colaboração promove a paridade de armas e contribui para a busca da verdade. Essa lógica é conhecida como "colocar as cartas na mesa", e visa a assegurar que as partes em uma disputa sejam hábeis a conhecer tanto quanto possível o caso de seu opositor, o mais cedo possível, a fim de que não haja surpresas indesejadas." **Marcella Alves Mascarenhas Nardelli**

"Em relação aos prosecutors, apesar da disclosure rule criada no caso Brady v. Maryland (1963) para obrigá-los a comunicar à defesa acerca das evidências materiais favoráveis aos imputados, é recorrente a ocultação dessas evidências. Quase sempre há um pretexto: em alguns casos, os prosecutors alegam que não se trata de uma evidência material ou que não existiu requerimento defensivo e, por isso, não são obrigados a comunicar, em outros, a recusa se deve ao fato de inexistir uma contrapartida para essa regra, ou seja, os defensores não são obrigados a informá-los sobre evidências desfavoráveis". **Luiz Eduardo Cani**

TRF/2ª Região, HC 0002732-29.2018.4.02.0000 (Desa. Simone Schreiber): "A defesa deve ter acesso a todo material produzido e formalizado relativo não apenas ao acordo de colaboração premiada, mas também às próprias tratativas que permitiram a sua celebração".

STF, HC 78.749 (Min. Sepúlveda Pertence): "Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório – ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural – é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que – não fora o seu traslado para o processo – nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes".

Dec. 3.810/2001, pelo qual o Brasil e os Estados Unidos da América, pela via do Ministério da Justiça (Brasil) e do Procurador Geral (EUA), pactuaram a assistência, incluindo: "*a) tomada de depoimentos ou declarações de pessoas; b) fornecimento de documentos, registros e bens; c) localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens; d) entrega de documentos; e) transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins; f) execução de pedidos de busca e apreensão; g) assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multas; e h) qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido*".

CPP, art. 239: "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".

"Temos que, juridicamente, indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento do fato desconhecido, a ele relacionado, por meio da operação de raciocínio". **Washington dos Santos**

"O indício, na eterna ironia das coisas, é a prova predileta da vida contra os inocentes. Toda inocência, por isso mesmo que é inocência, é a vítima de eleição da prova indiciária. Com os indícios se chega a qualquer conclusão; imprime-se ao raciocínio a direção que se quiser. Condenar ou absolver é o que há de mais fácil e simples, quando o julgador aposta com os indícios o destino do processo". **Eliézer Rosa**

"A nosso ver, a prova por indícios presta grande auxílio na solução dos principais problemas que envolvem a reconstrução do fato criminoso, os quais se direcionam, em última análise, à comprovação da materialidade e de tudo que a cerca, à descoberta da autoria e à imposição de pena ao agente responsável, que agiu com culpa, em sentido lato ou estrito. Daí porque esboçamos nossa classificação de indícios, à luz destes quatro pontos: materialidade, autoria, imputabilidade e culpabilidade. [...] Podemos afirmar que o fundamento do valor probatório dos indícios consiste na aptidão para que, deles, o juiz conclua, utilizando-se de raciocínio indutivo-dedutivo, o fato desconhecido que se investiga. Para que a certeza atingível possa ser adquirida com fundamento nos indícios, faz-se indispensável, desde logo, afastar as causas que possam criar uma aparente conexão entre o fato indiciante e o fato indiciado, quais sejam, o azar e a falsificação do fato indicador. [...] A conclusão do exame dos indícios deve despontar como síntese completa e harmônica de todos os elementos indispensáveis à sua existência jurídica, validade e eficácia probatória, de molde a não se admitir que o fato tenha sido praticado de outra forma". **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**

"Prefere-se o posicionamento doutrinário de Badaró, posto que não define o indício como meio de prova, mas sim como um ponto de ignição, por meio do qual o juiz, valendo-se de um processo mental indutivo-dedutivo, concluirá pela existência de outro fato (o principal, objeto de comprovação). O indício não se presta a levar ao conhecimento do magistrado o *factum probandum*. O indício é um fato provado, ainda que circunstancial ou acessório". **Paulo Thiago Fernandes Dias**

"O sistema inquisitório, portanto, exclui o contraditório, limita a ampla defesa e obstaculiza, quando não inviabiliza, a presunção de inocência, cuja comissividade é o postulado básico do garantismo processual. Recorde-se que no processo penal inquisitório a insuficiência de provas e sua consequente dubiedade não gera absolvição; ao contrário, o indício equivale à semiprova, que comporta juízo de semiculpabilidade e, em consequência, semicondenação". **Salo de Carvalho**

"lavagem", "segue-se o dinheiro", na "cooperação" deve-se "seguir a prova" (inferência reversa);

18) Indícios: Indícios são comprovações indiretas, sem relação direta com a conduta imputada (o objeto do caso penal) efeito direto na questão criminal. Devem ser entendidos no seu respectivo lugar, sem que possam "atrair" a função de prova, porque servem para corroborar e não comprovar os fatos. O perigo são os erros cognitivos (heurísticas e vieses), potencializando o "peso" dos indícios, especialmente pelo **efeito do semblante** (a aparência ganha força subjetiva e não objetiva). O indício pode ser entendido como a circunstância relacionada ao fato que, após ser devidamente comprovada, permite inferir a existência de outra(s) circunstância(s), formando a chamada "**prova circunstancial**". Há certa confusão entre indícios, presunções e suspeitas, já que os indícios são os rastros, os vestígios, os fatos externos e indiretos ao caso, que, por indução-dedução, podem auxiliar na verificação da **Hipótese Acusatória**, enquanto as presunções são descabidas em processo penal, salvo a de inocência, enquanto a suspeita é juízo subjetivo, de mera opinião, incontrolável**.** A decisão condenatória com suporte em indícios, deve ser robusta (exige-se maior esforço argumentativo e conectores lógicos precisos e acurados), pressupondo-se o conjunto harmônico, encadeado e provado dos fatos. A modelagem por **conectores lógicos** auxilia a verificação da qualidade e da quantidade de indícios necessários à declaração de existência do fato imputado. No regime dos indícios, as armadilhas cognitivas podem ser mais evidentes, especialmente quando informado pela perspectiva inquisitória e da premissa das hipóteses sobre os fatos (**Dissonância Cognitiva**), potencializando-se a eficácia dos indícios. A incidência do viés da "**satisfatoriedade**", entendida como a possibilidade de nos darmos por satisfeitos com um mínimo de aceitabilidade, deve ser variável a ser considerada pelos agentes. Por ele, examinando certo número de elementos indiciários, premidos pelos mais diversos fatores, dentre eles a pressa e o contexto, o julgador pode se convencer ou não da responsabilidade penal. Ter a habilidade de incentivar a manutenção da atenção para novos fatores ou mesmo a composição argumentativa entre vários, pode fazer toda a diferença. Também deve-se promover os testes de suficiência dos conectores lógicos;

19) Critérios de Valoração da Prova (objetivista, subjetivista e construtivista): Prova é qualquer elemento que possa sustentar a hipótese acusatória ou defensiva. A "condição da decisão" sobre a suficiência probatória pode ser tanto decorrente de critérios objetivos, como subjetivos. A depender do **Esquema Decisório** dos agentes (especialmente o julgador) pode ser: **a) objetivista**: foco nas evidências e inferências que autorizam o predicado "provado"; **b) subjetista**: foco na convicção do julgador que "acredita" provado; **c) construtivista**: foco nas duas abordagens diante da negociação intersubjetiva do contexto atribuído ao "discurso sobre os fatos". A escolha do critério está vinculada à formação

técnica e da capacidade lógica do agente processual. Assim como existem agentes processuais que se orientam pela astrologia, paranormalidade, extraterrestres, existem os que acreditam em Verdade Real. Em todos os casos, não se tratam de agentes delirantes ou desprovidos de inteligência, apenas operam por meio de erros lógicos, isto é, colocam as crenças e as emoções acima da razão;

"Un primer problema proviene del hecho de que el tema de la prueba se presta, en menor medida que otros, a agotarse en la dimensión jurídica y tiende, en cambio, a proyectarse fuera de ella y a penetrar en otros campos: de la lógica, de la epistemología y de la psicología". **Michele Taruffo**

"Dizer que a verdade é contingencial significa abrir mão desse fim – a busca da verdade – e assumir outro horizonte, no qual o juiz deverá estar predisposto a absolver, por exigência da presunção de inocência; em outras palavras, o valor inocência deve ser estruturante e fundador do processo penal, inclusive no que se refere à missão e função do juiz, possibilitando dessa forma o rompimento com a epistemologia inquisitória orientada à persecução do inimigo". **Salah Khaled Jr**

20) Investigação Oficial e Defensiva: Diante da ampliação dos espaços de consenso no processo, **o "palco" da investigação preliminar** ganhou ainda mais destaque e importância, porque a instrução pode não ocorrer. A defesa precisa ter condições de produzir material probatório válido para o fim de contrapor as evidências acusatórias. Do contrário, no momento da negociação, disporá apenas de argumentos, em geral, de pouca eficácia, colocando-se, não raro, na desconfortável posição em que precisará escolher a opção menos pior: aceitar um acordo circunscrito exclusivamente conforme os elementos produzidos pela acusação ou perder a oportunidade de transacionar em um caso de alto risco por conta dos termos excessivos do acordo proposto. É possível reverter a situação em sede recursal ou de ações autônomas de impugnação, mas outros riscos se somam ao cálculo estratégico;

21) Riscos Cognitivos: Assumimos que o julgamento **heurístico** pode ocorrer, assim como a incidência de **vieses cognitivos**, dentre eles o "viés de confirmação", quando o agente está convencido de uma hipótese (acusatória ou defensiva) e "fechado" para novas evidências. Também destacamos a importância do domínio da lógica e de inferências válidas, diante da incidência da "correlação ilusória" (correlação não é sinônimo de causalidade; premissas erradas, geram conclusões nefastas; **Erro Tipo I ou II**). Aceitar valorar pseudoprova ou evidência *fake* prejudica tanto acusados, como as vítimas. Primeiro por condenar inocente e, também, por fazer com que a vítima acredite em fatos distorcidos, mesmo que obtida a condenação (no fundo o verdadeiro autor continuará ileso). A valoração de pseudoprova ou de evidência *fake* demonstra, ademais, a incompetência ou a má-fé do agente. Observar a qualidade da prova (antecipadamente) modifica a relação de pesos, evitando que evidência *fake* possa influenciar na decisão. A busca por **conforto cognitivo** imediato tende a bloquear a possibilidade de **precisão** e de **acurácia**, especialmente quando os agentes não sabem lidar com a **incerteza**, típica de interações criminais. Por isso que a **incerteza** é o pressuposto do agir processual. Do contrário, as certezas subjetivas (sem aderência probatória) roubam a cena. O acusado acaba sendo julgado por "crenças e não fatos". Mas o problema é que o sistema intuitivo (S1) sempre ativado não lida muito bem com incerteza e atravessa/sobrepõe certezas parciais com o rótulo de definitivas. Acaso instalada a certeza parcial de modo "entrincheirado", sem certo ceticismo, opera-se a tragédia do Devido Processo. Ainda que haja prova suficiente à condenação, mesmo assim, não se sabe 100% (por impossível; operamos com probabilidade) da ocorrência da conduta

"[...] toda aquela serenidade propiciada pela originalidade cognitiva do julgador que nunca teve contato com o material da persecução penal, se perde. E assim, a partir do raciocínio de que ninguém tem compromisso com a produção de resultados injustos: perde a defesa, perde o acusado, perde o ministério público e perde o processo penal". **Thaise Mattar Assad**

"A maioria dos erros contém pelo menos uma de três circunstâncias predispostas. Primeira, a gravidade do crime que resulta em pressão popular sobre as autoridades para solucionar os crimes (*rectius*: achar um culpado para condenar). Segunda, o ódio ao suspeito marginalizado. Terceira, o caso é fundado em suspeita ou em evidência inconfiável. Esses erros costumam se dar nas falhas, intencionais ou não, para detectar erros de testemunhas e nos reforços ou encorajamentos deliberados desses testemunhos. Tudo isso geralmente faz parte da visão de túnel dos policiais que os impede de cogitar outras possibilidades, sobretudo quando a luz no fim do túnel já pode ser vista, isto é, quando sabem que alguém pode ser condenado." **Luiz Eduardo Cani**

nos termos descritos. Somos falíveis e o processo busca mitigar os erros humanos, a debilidade cognitiva e a nossa vontade de acreditar no que "achamos certo" (sem evidências sólidas, enganamos a nós mesmos). É preciso entender que na vida privada as crenças geraram efeitos pessoais, enquanto no processo, o apego às certezas privadas e subjetivas, sem ceticismo ou dúvida, tende a gerar consequências trágicas a terceiros (acusados ou vítimas);

22) Ponto Cego Probatório: A aposta na prova deve levar em consideração as limitações da cognição humana, justamente o que *Rui Cunha Martins* denomina de "ponto cego". O **ponto cego** é muito comum de acontecer quando dirigimos e temos espelhos laterais e frontais, mas há parte da visão que sempre será cega e pode ocasionar erros graves**.** O problema é que o ponto cego, em geral, passa desapercebido, devendo a defesa se articular para respectiva demonstração de sua existência;

"Diz-se evidente o que dispensa a prova. Simulacro de auto-referencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instara um desamor do contraditório". **Rui Cunha Martins**

23) Comunicação Adequada: A assertividade da tática comunicacional (escrita ou oral) demanda constante aprimoramento. Os Processos Comunicacionais são, em geral, desprezados pelos agentes processuais. O excesso de confiança impede que se reconheça limitações básicas. O fato de se possuir um "bom argumento", sem a habilidade comunicacional de apresentá-lo de modo inteligível, capaz de capturar e sustentar a **atenção consciente** dos demais agentes processuais, principalmente do julgador, equivale a "não tê-lo". Se o processo é marcado pela capacidade de influenciar no provimento judicial, a incompetência comunicacional é grave erro estratégico. Ademais, deve-se utilizar recursos disponíveis (*visual law*, p.ex.), além de se orientar pela alocação inteligente do "tempo" das partes e do julgador, isto é, otimizar a apresentação de modo assertivo e direto, evitando-se o **uso frívolo** do tempo processual (petições longas, prova irrelevante ou sem necessidade);

"Mas, **uma das leis fundamentais da boa comunicação é a que reza que em comunicação nada é obvio: nos processos de troca de ideias nas relações humanas (ou seja, nos Processos Comunicativos)**, a tudo se deve dar atenção devida, sem descuidar de nenhum detalhe". **Cesar Luiz Pasold**

24) Conectores Lógicos: Adotamos que a "**contabilidade mental**" dos agentes pode operar por meio de **raciocínio lógico** e inferências epistêmicas, ao mesmo tempo em que **heurísticas** (atalhos mentais) e **vieses** (erros sistemáticos) comparecem nos processos decisórios. Para melhorar a forma de apresentação e de controle do raciocínio lógico, nos valeremos do suporte normativo, cognitivo e de **conectores lógicos**: **a)** Mediadores; **b)** Colisores; e, **c)** Confundidores. O uso operacional dos conectores auxilia a orientação entre as evidências, mitigando os erros inferenciais (nem toda correlação é sinônimo de causalidade);

"Mas, só se justificam restrições a direitos individuais, em face da Constituição, por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido (proporcionalidade em sentido estrito). Não se trata de uma ponderação abstrata e genérica, mas de uma verificação do justo equilíbrio em cada caso dos valores em conflito". **Flávia Cristina Trevizan**

25) Mitigar Erros: Se a pretensão é a de evitar erros (falsos positivos ou negativos), as cautelas em relação às provas e aos fatores humanos deve ser constante. *Luiz Eduardo Cani* promoveu importante pesquisa sobre os "Erros Judiciários", indicando (a partir dos relatos do *Innocence Project, Innocence Network, Runciman Commission*): **a)** ciências forenses de baixa qualidade (*junk science*); **b)** falsas memórias; **c)** ação dos agentes estatais (sugestão, vieses, heurísticas, pressão psicológica etc.); **d)** falsificação de provas; **e)** ocultação de provas; **f)** violação dos procedimentos legais;

g) confissões sob pressão ou ameaça (direta ou indireta); **h)** defesa inadequada; **i)** erro de testemunha ocular; **j)** erro no reconhecimento do suspeito (pessoal e por foto); **l)** uso de informantes fabricados; **m)** denúncias falsas ou forçadas no ambiente da Justiça Negocial; e, **n)** perseverança de conteúdo falso diante dos benefícios oferecidos aos delatores;

26) O Julgador Satisfeito Cognitivamente: A decisão dos agentes processuais, em geral, vale-se da "**heurística da satisfatoriedade**", consistente na manutenção do esforço cognitivo (atenção, percepção, memória, verificação de evidências, estabelecimento de premissas válidas, raciocínio e tomada de decisão) até o momento em que encontram indicadores suficientes à decisão, desprezando hipóteses e variáveis ainda não escrutinadas. O **Esquema Decisório Satisfatório** segue até o momento em que encontra uma conclusão que faça sentido (a suficiente: nem a melhor, nem a pior), porque "suficientemente" integrada ao conjunto de preferências, crenças, ideias e conhecimentos do agente processual. A decisão não avalia, nem está aberta, a novas informações ou hipóteses, porque "satisfeita" com o resultado (antecipado; economiza esforço psíquico). O **Processo Decisório** implica em um **custo de oportunidade** ao agente processual (que poderia estar fazendo outra coisa mais relevante ou prazerosa), motivo pelo qual podemos explicar (e não justificar) a conduta de julgadores que, convencidos da culpa ou da inocência, sequer disfarçam a impaciência e intolerância para com o processo (audiências, produção probatória, exercício da ampla defesa). Na contabilidade pessoal do "julgador satisfeito", continuar o processo é da ordem do **estorvo**. A consequência da decisão proferida a partir da "heurística da satisfatoriedade" é a de que será parâmetro de deliberação em casos futuros, criando um **círculo vicioso** de subtração cognitiva do processo e das partes.

C – Controvérsia:

1) Jogo Limpo: O Estado não pode praticar ilegalidades, omitir informações desfavoráveis, valer-se de métodos não autorizados em lei, potencializar inescrupulosamente elementos probatórios, mesmo que os agentes pensem que seja por bons motivos, aumentando a probabilidade de condenações de modo artificial. A defesa, por sua vez, também não pode se valer de táticas inescrupulosas. A melhora artificial da performance, pela manipulação tático-probatória, é questão séria a ser enfrentada (modalidade de *doping*);

"O que é apontado como mais grave em relação à atuação dos *prosecutors* é o fato de a Suprema Corte dos Estados Unidos ter decidido, ainda em *Berger v. United States* (1935), de que modo o *U.S. Attorney General* e seus *prosecutors* devem fazer justiça: não podem jogar sujo ou usar métodos calculados para produzir condenações de inocentes, mas, apesar disso, ou talvez por isso mesmo, continuam a jogar, e a jogar sujo". **Luiz Eduardo Canis**

2) Preparação: A atitude estratégica pressupõe a antecipação dos comportamentos dos demais agentes processuais, dentro e fora do regime da legalidade. A preparação deve levar em conta a probabilidade, no caso, de comportamentos oportunistas;

LAA, art. 30: "Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

D – Estratégia:

1) Planejamento Operacional: O momento da produção probatória será fundamental para a corroboração da Premissa Fática e a atuação das partes deve se orientar pela atribuição de função e peso de cada elemento probatório. A **alocação de esforço** pressupõe a verificação da "eficácia estimada" de cada evidência. A prévia classificação das evidências, por meio de "conectores lógicos" (mediador, colisor e confundidor), associada ao peso (relevância) na corroboração das Hipóteses (acusatória ou defensiva) confere critérios objetivos, pelos quais se pode estratificar a ordem de preferência e de urgência. Se a prova for favorável a tática será a de potencializar o efeito "mediador, enquanto se for desfavorável, será a de apresentar colisores ou confundidores. Já as provas neutras, isto é, as que não corroboram nenhuma das Hipóteses, devem ser analisadas pelo viés do potencial "enriquecimento" de detalhes que não fora objeto de questionamentos anteriores, apurando-se "detalhes" ainda desconhecidos;

2) Probabilidade Condicional: Assumimos a probabilidade em *Bayes*, motivo pelo qual em face de cada evidência (produzida ou a se produzir), devemos nos indagar: **a)** qual a probabilidade de um evento ocorrer, dado que outro, relacionado com ele, já ocorreu? (o resultado da inferência); **b)** qual a probabilidade de que nossa hipótese esteja correta, dada a evidência que está disponível? O esforço será o da constante atualização da **probabilidade condicional**, conforme o processo se desenvolve, integrando o efeito das novas evidências no complexo mecanismo de atribuição de sentido das partes, especialmente do julgador;

"O raciocínio probabilístico sempre embute um componente de risco. Ao invés de lidar com o conceito de verdade, a estatística trabalha com a ideia de significância estatística. Um resultado é considerado estatisticamente significante quando a probabilidade de ser produto de uma flutuação aleatória é suficientemente pequena". **Marcelo Guedes Nunes**

3) Teoria do Caso e Prova Controversa: A Teoria do Caso, adaptada ao modelo **RoadMapCrime**, confere os meios para que se evite ações ineficientes, isto é, que o esforço seja "em vão", ainda mais quando o juiz já estiver "cognitivamente satisfeito". Por isso, a estratégia deve se focar nos "fatos controversos", com reais chances de operar a mudança do desfecho do Caso Penal. Insistir em provas "supérfluas" (fatos incontroversos) e/ou "impertinentes" (não são vinculadas diretamente ao objeto do processo) aumenta o fosso cognitivo entre a hipótese defendida e as chances de acolhimento das pretensões;

4) Preclusão Probatória: O procedimento oportuniza o requerimento de provas e de perguntas, no caso de oitiva de fontes humanas. Mais adiante iremos falar do "espírito da escada", a metáfora criada por *Denis Diderot*, em que, depois de ter ficado paralisado durante um debate, a resposta correta ao argumento apresentado pelo oponente somente se articulada quando já finalizado, quando se "descia as escadas". A devida diligência com a preparação, estimando-se os argumentos e as perguntas possíveis do oponente, conferem maior tempo de reflexão e de respostas imediatas. Sem o planejamento metodologicamente orientado, munido de **Plano de Ação** para cada elemento da prova, a atuação tende a ser

arriscada, até porque, diante da inércia situacional do agente processual, opera-se a preclusão probatória. Lamentar-se pelo amadorismo não reabre a oportunidade perdida (o excesso de confiança pode ser catastrófico).

9.2 Prova Ilícita e Prova Ilegítima

A – Definição:

É vedada a obtenção e a utilização de prova idônea (ilícita e/ou ilegítima). Prevalece a distinção entre prova ilícita (violação material, vedada a renovação) e prova ilegítima (violação processual, autorizada a repetição).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Constituição e Prova Ilícita: A condenação de alguém deve se valer de prova idônea, vedando-se atividade probatória ilegal/ilícita**.** A Constituição, em seu art. 5º, LVI, fixa que "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*". A Lei de Abuso de Autoridade pune quem "**produz**" e quem "**usa**" a prova ilícita (arts. 22 e 25). Os Agentes Públicos, no exercício do poder estatal, não podem abusar dos poderes conferidos. A norma de garantia serve de modo universal e para todos, motivo pelo qual não se pode considerar como **prova** o dado de realidade obtido de modo irregular. O que se pode discutir é a **margem** admissível da não conformidade. As condições e os pressupostos formais são garantias democráticas e não favores concedidos aos imputados, até porque a inobservância das regras probatórias tende a ser utilizada por agentes **oportunistas**, além de fomentar erros judiciários;

2) Dever de Conformidade dos Agentes Públicos: Se "*ninguém pode alegar o desconhecimento da lei*", os agentes públicos responsáveis pela persecução penal, com mais vigor, devem observância e conformidade às normas de obtenção e produção de provas (***accountability***). A persecução penal dispõe de diversos mecanismos aptos à consecução de seus fins, em que a escolha democrática sobre a **distribuição da Confiança** foi previamente realizada pela Constituição. O conjunto de regras indica os pressupostos, requisitos e condições em que o agente público está autorizado a agir dentro das atribuições inerentes à função que exerce (discricionariedade) e, também as hipóteses em que se exige autorização judicial (**Reserva de Jurisdição**). A busca por evidências deve atender aos limites impostos pelo Estado aos investigadores, justamente porque configura barreira protetiva dos **Direitos Fundamentais**. Somente pode ser transposta se demonstrados os requisitos legais, dentro da premissa do **Devido Processo Legal** e da **Proporcionalidade** (em favor do acusado; inválido o uso pelo Estado). O **falso dilema** é o de que a violação estaria justificada pelo "resultado", a saber, o impacto do material obtido ilicitamente "legitimaria" o ato. O efeito da atitude

CR, art. 5º, LVI: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

LAA, art. 22: "Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem: I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências; [...]. § 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre".

"A construção da prova em uma sociedade organizada sob as varetas do totalitarismo não se afigura tão complexa como em uma sociedade organizada democraticamente". **Manuel Monteiro Guedes Valente**

"Só se admitirá a expressão 'prova' se estivermos além do plano da discussão sobre licitude ou ilicitude, ou seja: a prova ilícita, para o processo penal, é uma contradição em termos. Por ser ilícita, não é prova; e pela já aludida proscrição constitucional, não pode ser admitida. Prova, por definição, é conhecimento licitamente produzido, o que naturalmente supõe que algum juiz a admita, ou seja, a tome como válida". **Renato Stanziola Vieira**

"O preceito cumpre a função de avisar os órgãos de perseguição criminal de que ninguém está acima da lei, dizendo alto e bom som que não há diferenças de estatuto entre os representantes da lei e da ordem e os cidadãos delinquentes". **Paulo de Sousa Mendes**

"[...] ao invés de levar o *meio de prova*, encontrado ou constituído, a perfazer o preceito constitucional, insistem alguns, por ignorância ou má-fé, a dar a tais atos uma roupagem de licitude e, por isso, criam um sem número de argumentos, todos inconstitucionais, para tentar salvar condutas — elas sim — ilícitas e antidemocráticas". **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

STJ, REsp. 1.574.681 (Min. Rogério Schietti Cruz): "O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio".

"Daí a necessidade de que uma medida restritiva a direito individual só possa ser autorizada por meio de uma decisão judicial circunstanciada. Extraída a regra da reserva de jurisdição, toma-se em consideração o princípio da especialidade da prova, que impõe que a limitação a direitos fundamentais para fins de obtenção de prova criminal deve respeitar a intimidade e a privacidade naquilo que não foi objeto específico da autorização judicial". **Flávia Cristina Trevizan**

do agente público que age em violação às regras é o de tornar nulo o seu proveito, ao mesmo tempo em que repassava aos demais órgãos (MP e Magistratura) a responsabilidade pela declaração da ilicitude. O argumento de que "fizeram a sua parte" é espúrio, já que "manipularam a sua parte" (fraudaram a **Confiança**). A Lei de Abuso de Autoridade, ao criminalizar tanto a "obtenção", quanto o "uso", opera como "estímulo aversivo", por incrementar o risco de ser punido. As práticas de "arriscar" a prova ilícita tendem a ser "maquiadas" por argumentos dissimuladores de "fonte independente" ou de narrativas convenientes (*fakes*). A aposta dos agentes oportunistas é de que o plano da "existência" sobreponha-se ao plano da "validade";

3) Distinção entre Prova Ilícita e Ilegítima: A partir da proposta teórica de *Pietro Nuvolone*, prevalece no Brasil a distinção entre a **prova ilícita** (violação de norma material) e a **ilegítima** (violação de norma processual). A distinção entre provas ilegítimas e ilícitas é relevante para fins de "aproveitamento", embora não tenha razão de ser no Brasil, como tem na Itália, pois lá a discussão se deu por conta da inexistência de previsão legal da consequência jurídica das provas obtidas por meios ilícitos. Enquanto a **ilícita** deve ser excluída, vedada a renovação, a **ilegítima** deve ser excluída, mas pode ser repetida (renovada), desde que observadas as garantias processuais. A prévia exclusão é condição de possibilidade para renovação, porque do contrário, caso mantida nos autos, a renovação é *fake* (transforma-se em mero vale a pena ver de novo). Diante da Lei de Abuso de Autoridade a tendência é a de que cada vez mais a "hermenêutica oportunista" amplie as hipóteses de incidência da **ilegitimidade**, em desfavor da **ilicitude** por dois motivos. O primeiro é a possibilidade de "renovação" e, o segundo, é o de evitar a responsabilização pelo crime de abuso de autoridade (o tipo exige prova ilícita e não ilegítima). Os cuidados estratégicos devem ser renovados;



"Para evitar confusões terminológicas e conceituais, utilizaremos a linguagem de Nuvolone: a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação das normas legais ou os princípios gerais do ordenamento; de natureza processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (*rectius* à fonte de prova será ilicitamente colhida)". **Ada Pellegrini Grinover**

"Tanto italianos como norte-americanos continuam sofrendo com três problemas (além de outros de menor importância) [...] 1º, a imensa dificuldade de 'individualizar a norma'; 2º, a extensão que se deve dar à adequação típica, mormente quando, sem preceito proibitivo da inadmissibilidade, deva-se trabalhar com preceitos indeterminados como, por exemplo, aquele de razoabilidade e, por fim, 3º, as consequências que se deva ter no plano da violação concreta de preceitos extraprocessuais penais". **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

4) Teste EVE (Existência, Validade e Eficácia): Por mais que a meta do processo seja a obtenção de provimento jurisdicional provido de **precisão** e **acurácia** em relação ao discurso "sobre os fatos", o conjunto do material probatório pressupõe regularidade na obtenção e/ou produção. Para isso a observância dos critérios de **Existência**, **Validade** e **Eficácia** (**Escada EVE**) das evidências probatórias pressupõe a criação

de marcadores/indicadores de verificabilidade. Evitam-se os erros (falsos positivos dolosos e/ou culposos: **Erros Tipo 1 e 2**) mediante a adoção de regras de distribuição dos riscos, capazes de reduzir a margem do erro admissível. Controlar as práticas abusivas dos agentes públicos é decorrência do padrão ético civilizatório. Muitas vezes o comportamento **oportunista** dos agentes públicos "aceita" saltar etapas procedimentais em nome do resultado que acredita ser certo, ainda que violando normas e padrões éticos. A **generalização** das regras de produção de provas surge, historicamente, do reconhecimento pela Constituição da tendência dos agentes públicos de agir com **abuso de poder**. Por isso, as regras de garantia (obtenção, validade e eficácia) limitam a utilização de provas contra investigados e/ou acusados. O controle do "meio de obtenção" é **preliminar** (etapa independente) da "valoração" da qualidade e quantidade, a saber, o elemento obtido por meio defeituoso, por mais que "exista" materialmente, por ser "inválido", é incapaz de gerar efeitos (eficácia nula) no contexto dos autos. Para fins penais, **somente** pode ser qualificada como "**prova**" o indicador obtido e/ou produzido em conformidade às regras. Do contrário, a valoração da prova ilícita, tornaria letra morta a garantia constitucional;

5) Enquadramento da Ilicitude: O problema é de enquadramento e pedagógico. **Enquadramento** porque a existência material (física) de evidência (primeiro passo) somente pode ser qualificada como prova penal se superar o *standard* probatório de validade (segundo passo), para então adentrar no conjunto de provas valoráveis (terceiro passo). Só se pode valorar (terceiro passo) depois de superados validamente os dois primeiros passos. Sem isso, manipula-se o trajeto de obtenção, validade jurídica (conformidade material e formal) e valoração (alegações e decisão) mediante o salto de etapas necessárias. Uma evidência obtida de modo ilegal não pertence ao conjunto valorável. O problema **pedagógico** é o de que as regras de garantia existentes no ordenamento jurídico passam a ser irrelevantes em nome do esclarecimento do caso. As ações de investigação e produção probatória passam a ser uma falácia, operando-se na lógica do **custo-benefício**: se o agente não precisa observar as regras de garantias para que a prova seja válida, a tendência (na ausência de punição) é de que o comportamento irregular seja reforçado (por isso a produção de prova ilícita é criminalizada como abuso de autoridade: Lei 13.869/19; art. 25). Assumimos que se o "custo" da conduta ilegal não for "cobrado" por meio de responsabilização, as regras de conformidade perdem a eficácia dissuasória;

6) Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (a contaminação da prova decorrente da ilícita): Se a obtenção do meio de prova se deu de maneira ilícita, as obtidas em decorrência (conectadas) também estão contaminadas (devem ser declaradas ilícitas, inservíveis)**.** Em 1937, a Corte Suprema Americana, no julgamento *Nardone vs. United States*, estabeleceu a teoria do fruto da árvore envenenada (*fruits of the poisonous*

"De resto, a proibição de utilização (= valoração) das provas proibidas afigura-se como a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção das provas a qualquer preço, por parte das instâncias formais de controlo social**. É como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: – não sucumbais ao canto de sereia da obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios!** Por exemplo, se invadistes o domicílio do suspeito sem a devida autorização judicial e nesse local encontrares a arma do crime, então é como se tivésseis destruído essa prova material". **Paulo de Sousa Mendes**

CPP Português, art. 126, n. 1 a 3 – **Métodos proibidos de prova**: "1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa a integridade física ou moral das pessoas. 2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos em lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 – Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular".

"*Se a atividade é criminosa* (aquela levada a efeito para se obter o meio de prova), seja em que hipótese for, isto é, por abuso de autoridade ou outro, *deve a autoridade comunicar expressamente às autoridades competentes e/ou com atribuições para proceder à persecução penal*, na forma da lei, tudo de modo a que se possa ir criando uma cultura democrática na busca e obtenção da prova." **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

"No ano de 1920, em Silverthorne Lumber v. U.S., a Supreme Court sustentou pela primeira vez a opinião de que a exclusão dos meios de prova deveria conduzir não somente à proibição de sua valoração direta, mas também a uma proibição de utilização mais abrangente, que alcançará também os frutos deste meio de prova antijurídico: '*The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all*". **Kai Ambos**

"A lógica é bastante simples. A inadmissibilidade – *exclusionary rule* – não pode ficar restrita às provas obtidas pelos meios ilícitos. Deve atingir, também, todas aquelas derivadas da prova originalmente ilícita. Há, portanto, uma relação de contaminação. As provas derivadas, aquelas que decorram diretamente da prova ilícita, serão igualmente contaminadas, tal como ocorre com os frutos de uma árvore que está envenenada". **Marcos Zilli**

"É a disciplina necessária dos órgãos encarregados da persecução penal: mediante a exclusão do meio de prova obtido ilicitamente evitam-se violações futuras; os órgãos encarregados da persecução penal, portanto, deverão proceder em conformidade com a lei ou serão dissuadidos de atuar de forma contrária a esta". **Kai Ambos**

STF, RHC 90.376 (Min. Celso de Mello): "A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal".
A inadmissibilidade da prova ilícita derivada foi proclamada como regra geral. Como primeira exceção à regra, o legislador salvaguardou as provas que não guardassem nexo de causalidade com a prova ilícita originária. A previsão era, no mínimo, desnecessária. Afinal, se não há nexo de causalidade, a própria premissa fundamental da teoria dos frutos da árvore envenenada não está preenchida. A segunda exceção ficou por conta das provas obtidas por fontes independentes. Ocorre que, na tentativa de definir essas fontes, o legislador valeu-se de redação peculiar, indicando como 'aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação criminal', fosse capaz de 'conduzir ao objeto da prova'. Para além da confusão entre a fonte independente e a descoberta inevitável, a redação, tal como posta, abre a perspectiva para a admissão ampla da prova derivada da ilícita, bastando, para tanto, um raciocínio especulativo. De fato, tornando-se os parágrafos primeiro e segundo em suas literalidades, vê-se que a fonte independente não precisa ser real e concreta. Basta que haja a sua possibilidade. [...] afastar a prova ilícita e manter todas as demais que foram obtidas graças ao expediente ilícito original é um contrassenso".
Marcos Zilli

"No caso de anulação da decisão que usou a prova declarada ilícita: Daí por que não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o juiz do processo, na medida em que sua permanência representa um imenso prejuízo, que decorre dos 'pré-juízos' (sequer é prejulgamento, mas julgamento completo!) que ele fez".
Aury Lopes Jr

"Em Boyd desenvolveu-se a ideia de que uma prova produzida licitamente, mas oriunda da infração de alguma das regras ou cláusulas, ou com violação de algum dos direitos garantidos pela Constituição, deveria ser excluída do processo, a fim de que não tivesse qualquer efeito na determinação do fato criminoso".
João Gualberto Garcez Ramos

"Um terceiro julgado, Silverthone Lumbe Co. vs United States, 251 US 385 (1920), consolidaria a doutrina dos frutos da árvore envenenada e a formularia em termos célebres, ao escrever que 'a essência da norma que proíbe a aquisição de uma prova de uma certa maneira não se limita a dizer que ela não pode ser utilizada em juízo, mas reza que ela não pode ter efeito algum'."
João Gualberto Garcez Ramos

"Transportar-se o princípio da eficiência ao plano do processo penal, exigindo-se, em nome da verdade encravada em algum lugar passado, as mais grosseiras e violentas relativizações dos direitos mais elementares. Neste sentido basta veicular-se a difícil e árdua tarefa de limitar as informações colhidas, mesmo em se tratando de crimes de certa gravidade, com a proibição da admissão da prova ilícita".
Ricardo Jacobsen Gloeckner

"A verdadeira finalidade da 'tese da atenuação' consiste abertamente em um relaxamento do dogma do efeito extensivo. Por fim, possibilita uma ponderação casuística entre a disciplina preventiva e interesses públicos na persecução penal [Nardone v. U.S.]. Apesar disso, a teoria foi rejeitada, com razão, por sua indeterminação [Brown v. Illinois]".
Kai Ambos

tree), segundo a qual a contaminação se estende às provas sucessivas que nasceram de algo envenenado (cadeia causal). A contaminação é amplamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, justamente no sentido de que não se pode relativizar a contaminação, nem se invocar doutrinas americanas, produzidas em contexto diferenciado, em que a Constituição não proíbe expressamente a prova ilícita, em face da **matreira** redação do art. 157, do CPP. A discussão do "**efeito extensivo**", ou seja, da possibilidade de valoração mediata da prova imediatamente qualificada de ilícita, acolhida pelos parágrafos do art. 157, do CPP, encontra fundamento nas proibições probatórias e na regra de exclusão (*exclusionary rules*) sedimentadas pela Corte Suprema Americana (desde *Hopt vs. Utah*; *Weeks vs. U.S.* e *Mapp vs. Ohio).* Vinculadas à discussão sobre a amplitude da "quarta emenda" (proteção contra as prisões, as apreensões e buscas ilegais), constitutiva da razão forte dos precedentes. O Estado não pode se beneficiar das ilegalidades praticadas por seus agentes. Mas, no jogo processual, o argumento **oportunista** e retórico dos parágrafos do art. 157 do CPP, por meio da "esquiva hermenêutica", busca "salvar" prova espúria;

7) A Constituição e Inaplicabilidade das Doutrinas Importadas (CPP, art. 157): O regime da prova ilícita precisa ser lido a partir da Constituição e não do CPP. A compatibilidade do art. 157, quando busca salvar a prova ilícita é incompatível com o texto constitucional (argumento pouco debatido). Por isso, vale indicar que as regras de exclusão – *exclusionary rules* – e as **doutrinas de aproveitamento** partem das decisões da Corte Suprema Americana. O **privilégio contra a auto-incriminação forçada** – *privilege against compelled self-incrimination* reconstrói-se com o caso *Boyd* vs. *United States* (116 UF 616 de 1886). Já a **regra da exclusão** (*exclusionary rule*) surgiu com o julgamento do caso *Weeks* vs. *United States* (232 US 383 de 1914), em que o processo não é ilícito, mas sim as provas. **Entretanto, esse modelo sofreu mitigação com a**: **a) 'doutrina da atenuação'** (*attenuation doctrine*); **b) 'doutrina da fonte independente'** (*independent source doctrine*) e, **c) 'doutrina da descoberta inevitável'** (*inevitable discovery doctrine*). A relativização se dá porque a Constituição Americana, diferentemente da brasileira, não possui dispositivo expresso de exclusão da prova ilícita (CR, art. 5º, LVI)**.** No Brasil deve prevalecer a lógica de que os atos ilícitos praticados por autoridades públicas, especialmente as tipificadas como abuso de autoridade, contaminam a prova e as relativizações são importações desprovidas de base constitucional. A questão da extensão da contaminação, nos EUA, é alvo de diversas discussões diante da mínima violação e da possibilidade de autonomia da prova, comprovadamente desprovida de nexo de causalidade com a prova ilícita. Surgiram as doutrinas de exceção da contaminação, sendo necessário sublinhar que a denominada "causalidade atenuada" (*attenuated connection*) ou "mancha purgada" (*purged taint*), não se pode invocar, porque buscam reduzir

o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada, por meio de argumentos espúrios;

8) Exceções Controversas: Fonte Independente e Descoberta Inevitável: A redação do art. 157, do CPP (*São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*), dada pela lei 11.690/08, nada mais fez do que atualizar, de modo matreiro, o *caput* do artigo ao art. 5º, LVI, da CR. A manipulação pode ocorrer com o sentido emprestado aos: "*§1º – São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º – Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*". No regime americano – repita-se – inexiste regra constitucional que declare a ilicitude da prova, situação diversa do Brasil. Os parágrafos do art. 157, do CPP carecem da extensão que boa parte da doutrina empresta. Irrelevante a discussão posta na doutrina sobre a fonte independente ou da descoberta inevitável**.** A maioria dos agentes processuais não se dá conta que as regras de aproveitamento da prova ilícita padecem de flagrante inconstitucionalidade, já que transportadas ao regime probatório brasileiro sem o devido controle de constitucionalidade material**.** Entretanto, como a imensa maioria não percebe isso, vale prosseguir explicitando as respectivas lógicas. A doutrina da **fonte independente** (*independente source doctrine*) exige que seja comprovada a autonomia da prova em face de apuração histórica, a cargo da acusação, sobre a independência do curso de investigação que chegaria ao mesmo material probatório. Pode ser lida no contexto *Murray* vs. *United States*, em que policiais adentraram irregularmente na casa do suspeito e verificaram existir drogas. Depois, sem fazer referência ao ato, requereram e obtiveram o mandado, tendo a corte declarado a licitude da prova, porque a autorização seria concedida de qualquer forma, pelo alegado e materializado durante a investigação. A doutrina da **descoberta inevitável** (*inevitable discovery exception*), por sua vez, ganha força no julgamento de *Nix vs. Williams*, de 1984, no qual o suspeito de violentar e matar uma criança, então desaparecida, sob a custódia da polícia, sofre violações para declarar onde o corpo da criança está (oitiva sem a presença do advogado). A prova ilícita é clara. O argumento suscitado pela acusação, cuja carga probatória é exclusivamente sua, foi o de que mais de 200 (duzentos) voluntários estavam procurando a vítima e que pela programação existente (e comprovada), o local onde foi encontrado o corpo seria vistoriado em pouco tempo, autorizando a conclusão de que, mesmo excluída a confissão, **por trajeto paralelo e independente**, a prova seria obtida. Na descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) o perigo do deslizamento do imaginário – e retórico – é maior, porque não se trata de resgate cronológico, mas hipotético, em que a capacidade

STF, HC 80.949 (Min. Sepúlveda Pertence): "Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação".

STF, HC 80.949 (Min. Sepúlveda Pertence): "Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação".

"A exceção da *independent source* mostra-se ainda mais evidente quando a fonte independente já existia antes da medida investigativa ilícita e era de conhecimento das autoridades que conduziram a investigação. Assim sucedeu no caso State v. O'Bremski, no qual uma menina de quatorze anos foi encontrada na ocasião da busca ilícita no domicílio de um suspeito de um delito sexual, mas a condenação baseou-se na declaração da menina. A polícia sabia de seu paradeiro antes da busca, em razão da informação prestada por um informante. Não obstante, são debatidos os casos em que a polícia obtém a informação independente logo após a diligência investigativa ilícita. Porque surge a questão de se realmente trata-se de uma fonte independente ou se, melhor, a informação baseia-se na diligência investigativa ilícita primária e, por isto, não pode ser valorada". **Kai Ambos**

"A possibilidade de valorar a prova depende, portanto, em última análise, dos requisitos impostos à relação causal.Caso se considere suficiente a '*conditio sine qua non*' ou a causalidade '*but for*', então, em geral, afirmar-se-á a relação causal, ou seja, deverá ser excluída a valoração da prova. [...] Caso aplique-se um parâmetro mais rigoroso quanto a uma medida primária, poder-se-ia negar a causalidade, como o faz a *Appeals Court* em *U.S.* v. *Bacall* e, portanto, afirmar a independência da segunda fonte. O problema desta solução, claramente, é que a polícia, desta forma, seria encorajada a desenvolver primeiramente ilícitas com fins de obter informações, uma vez que a sua ilicitude (primária) seria sanada mediante a obtenção (secundária) de provas conforme o direito". **Kai Ambos**

"A questão das exigências à relação causal entre a violação e o meio de prova obtido (de forma derivada) ganha complexidade quando os fatores a serem considerados não são de natureza histórica, mas devem ser determinados hipoteticamente diante de um prognóstico eventualmente levado em consideração de fatos históricos e de seus valores empíricos correspondentes. [...] Por exemplo, o indiciado revela, durante um interrogatório conduzido sem advogado e, por isso, ilícito, o lugar em que se encontra o corpo da vítima, mas isto seria, de qualquer forma, descoberto horas depois, uma vez que todas as equipes de busca da polícia já dirigiam-se ao lugar da descoberta; a busca terminará antecipadamente somente em razão da declaração do indiciado [Nix v Williams].

narrativa pode fazer a diferença. Cabe à acusação toda a carga probatória sobre a ausência de nexo entre as novas fontes probatórias e a ilícita, devendo-se valorizar a compreensão de que diante da presunção de inocência, a prova ilícita contamina as demais, salvo prova em contrário**.** No jogo processual, então, diante da manipulação retórica das exceções, todo cuidado é pouco, ainda mais com a tendência à validação em face do impacto cognitivo que uma prova ilícita, mas suculenta, promove no jogo da verdade;

9) Exclusão da Prova Ilícita: A prova ilícita deve ser desentranhada dos autos, uma vez preclusa a decisão (CPP, art. 157, § 3º)**.** Persiste, diante do veto ao parágrafo § 4º, do art. 157, do CPP, renovado pela decisão liminar na Adin 6.298, do STF (suspendeu o art. 157, § 5º, do CPP e o art. 3º, da Lei 13.964/19, com igual teor), a manutenção do mesmo julgador que teve contato com a prova ilícita. Os dispositivos tinham o objetivo de garantir a imparcialidade cognitiva, porque se o juiz é humano, por mais que a prova não esteja nos autos, ele sabe que ela existe. O leitor rt. 24). Acolher a proporcionalidade em favor do Estado, além de erro democrático, serve de incentivo a práticas ilegais por parte dos agentes estatais. A razão forte da regra da exclusão é a de que se evite, no futuro, violações legais, apurando-se os crimes dentro das regras de obtenção e produção. Pensar o contrário é transformar as garantias constitucionais em promessas de amor lançadas ao vento**;**

C – Controvérsia:

1) Cartas e Encomendas pelos Correios: O serviço público dos Correios pode servir de instrumento de práticas ilícitas (conteúdo ilícito). A Constituição art. 5º, XII) garante o sigilo da correspondência e das comunicações, porque vinculados à privacidade, a honra e a dignidade das pessoas, evitando ingerências abusivas do Estado. O acesso ao conteúdo depende de autorização judicial, com finalidade processual penal, na forma da lei. Exceção ocorre nos casos de presos, por força da LEP (STF, HC 70.814-5, Min. Celso de Mello);

2) Lei Geral de Proteção de Dados: A LGPD (Lei 13.709/18, art. 3º, III, "d") excluiu a aplicação de suas disposições ao processo penal, ao mesmo tempo em que indicou a necessidade de lei específica. No ambiente da investigação criminal, no limite, o tratamento dos dados pessoais (sensíveis ou não), devem observar as regras mínimas de proteção, exigindo-se que transitem por meios oficiais, com controladores e operadores atribuídos, registros de acesso e cadeia de custódia de obtenção. A troca de mensagens por aplicativos, com fotos e dados dos investigados ou acusados, se ocorrer pelos celulares privados dos agentes públicos, viola a LGPD, submetendo os violadores ao regime de sanções (administrativo, cível e penal);

A esta exceção subjaz o pensamento de que as autoridades de investigação devem ficar em igual posição à que teriam se a lesão ao direito não houvesse ocorrido; se a prova (igualmente) haveria de ser encontrada, também pode ser valorada. Com isso, esta exceção é estruturalmente semelhante à da *independent source*, mas, à diferença desta, o meio de prova se apoia apenas hipoteticamente e não de fato em uma medida de investigação legal". **Kai Ambos**

"A noção de nexo causal deve ser ampliada quando se trata de reconhecer a contaminação. Ou seja, até que se demonstre o contrário, a prova produzida na continuação daquela ilícita deverá ser tida como contaminada, desde que mantenha um mínimo de relação de causa-efeito (obviamente, se ficar evidente a independência, não há que se anular as demais provas). Isso significa uma inversão completa do tratamento do nexo causal em relação àquele empregado pelos tribunais, em que a prova somente é anulada por derivação se ficar inequivocamente demonstrada a contaminação, admitindo-se todo tipo de ginástica argumentativa para 'salvar' a prova (contaminada). Defendemos exatamente o oposto: salvo se ficar inequivocamente demonstrada a independência, as provas subsequentes deverão ser anuladas por derivação". **Aury Lopes Jr**

"De qualquer modo, a prova ilicitamente obtida conduz à impossibilidade de sua introdução (produção) no processo, ainda que a parte se valha de meios de prova válidos. Pense-se em uma interceptação telefônica realizada sem autorização judicial. A conversa ou o diálogo captados não poderão integrar o acervo probatório, quer seja pela via da gravação, quer seja pela via da transcrição escrita dos diálogos, quer seja, por fim, pelo depoimento oral prestado pelo agente responsável pela captação das comunicações telefônicas". **Marcos Zilli**

"A mesma prova que serviu para a absolvição do inocente não pode ser utilizada contra terceiro, na medida em que, em relação a ele, essa prova é ilícita e assim deve ser tratada (inadmissível, portanto). Não há nenhuma contradição nesse tratamento, na medida em que a prova ilícita está sendo, excepcionalmente, admitida para evitar a injusta condenação de alguém (proporcionalidade). Essa admissão está vinculada a esse processo". **Aury Lopes Jr.**

CR, art. 5º, XII: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

STF, RExt. 1.116.949 (Min. Edson Fachin): "1. Além da reserva de jurisdição, é possível ao legislador definir as hipóteses fáticas em que a atuação das autoridades públicas não seriam equiparáveis à violação do sigilo a fim de assegurar o funcionamento regular dos correios. 2. Tese fixada: 'sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo'."

"As gravações das atividades policiais devem ser analisadas no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD Lei. 13.709/18). As imagens não devem ser divulgadas, pois expõem a intimidade dos policiais, dos abordados e de terceiros, justamente porque a LGPD autoriza o uso de imagens para Segurança Pública (art. 4, III, "a" e "d") dentro do contexto de processos e investigações policias, jamais para compartilhamento privado (v.g. WhatsApp, Telegram, etc), nos termos do § 1º, do art. 4º (O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público,

D – Estratégia:

1) As Exceções do art. 157, do CPP e a Hermenêutica Oportunista: O fato de a vedação ter **assento** constitucional (CR, art. 5º, LVI) é muito importante, uma vez que boa parte do art. 157 do CPP, ao indicar a possibilidade de adoção da "teoria da fonte independente" e da "mitigação do nexo" (inspirado nas decisões da Corte Suprema Americana), deve se atentar para o fato de que, nos EUA, a disposição prevista na Constituição brasileira (art. 5º, LVI), não possui *status* constitucional. Por via de consequência, as disposições do art. 157, do CPP devem passar pelo "filtro" do controle de constitucionalidade, sem que haja espaço de "exceção" à diretriz geral, isto é, o texto da Constituição exclui a criatividade do Poder Legislativo, de modo tal que o "aproveitamento" da prova ilícita é, na maioria dos casos, fruto de hermenêutica oportunista e espúria. A invocação de precedentes americanos depende da prévia compatibilidade das razões fortes do julgado ao contexto normativo nacional, ausente na espécie. Os pontos de partida são diversos. Será ilícita se houver violação aos **Direitos Fundamentais**: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CR, art. 5º, X); inviolabilidade do domicílio (CR, art. 5º, XI); inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CR, art. 5º, XII); vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CR, art. 5º, III);

observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei), isso porque os dados pessoais e/ou sensíveis (art. 5º, I e II) não podem ser manipulados fora do ambiente e sistemas estatais" **Luiz Eduardo Cani e Alexandre Morais da Rosa**

"Não se pode ter dúvida, portanto, que qualquer manipulação do preceito constitucional, na via hermenêutica, é espúria. E isso deve atingir, ainda que alguns não queiram, aquilo que os norte-americanos chamam de '*hypothetical independent source*', ou seja, algo que só faz algum sentido quando não se tem previsão expressa da inadmissibilidade, como é sintomático. No caso brasileiro, *a legalidade* não permite nenhuma concessão a uma *fonte meramente hipotética*, ou seja, a *mero produto mental* e, assim, insustentável dado que dos *significantes* não se pode retirar nada de *significado* a garantir alguma coisa, por mais que as aparências possam apontar naquela direção. Para isso perceber basta analisar com um pouco mais de cautela o famoso caso *Nix v. Williams*, conhecido como *Williams II*: nada garante que haveria uma '*descoberta inevitável*' no rastreamento que os investigadores estavam fazendo até porque o corpo (enterrado logo em seguida ao ponto onde a busca parou) não havia sido achado ainda e, em verdade, bastava uma desatenção para que o investigador não o percebesse. Logo, *dizer de uma descoberta que ela era inevitável não passa de mera elucubração mental*, arredia por completo da previsão constitucional brasileira; como tendem a ser todos os casos que assim se apresentam." **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

"Ambos, porém, **não admitem aplicação direta e sem o devido cuidado no sistema processual penal brasileiro (como se tem feito)**, mormente aquele que se funda na CR e por uma razão primária: *na Itália e nos EUA não há a previsão constitucional que se tem no Brasil!*' **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

2) Planejamento Hierarquizado dos Argumentos: O teste da **Escada EVE** (existência, Validade e Eficácia) pode servir de recurso metodológico para aferição dos momentos distintos de avaliação do conteúdo do meio de prova, evitando-se a abordagem conjunta. Distinguir os momentos tende a ser ganho estratégico;

9.3 *Fishing Expedition* (mandados, celular, whatsapp)

A – Definição:

***Fishing Expedition* ou Pescaria Probatória é a procura especula tiva, no ambiente físico ou digital, sem "causa provável", alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém.**

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) *Fishing Expedition* (Pescaria Probatória): Denomina-se pescaria (ou expedição) probatória a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se Direitos Fundamentais, para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se

sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fisgados, muito menos a quantidade, mas se tem "convicção" (o agente não tem provas, mas tem convicção). Com o uso de tecnologia (Processo Penal 4.0), cada vez mais se obtém a prova por meios escusos (especialmente em Unidades de Inteligência e/ou investigações paralelas, todas fora do controle e das regras democráticas), requentando-se os "elementos obtidos às escuras" por meio de investigações de origem duvidosa, "encontro fortuito" dissimulado ou, ainda, por "denúncias anônimas *fakes*";

[*Fishing Expedition* é a] "investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que 'lança' suas redes com a esperança de 'pescar' qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional". **Viviani Ghizoni Silva, Philipe Benoni Melo e Silva e Alexandre Morais da Rosa**

"Se o primeiro passo do *fishing expedition* é mascarar a ilegalidade dos procedimentos de investigação, o próximo passo é a tentativa de legitimar o ato. Assim, da mesma forma como ocorre numa expedição de pesca quando os pescadores angariam algum peixe e se juntam para tirar uma foto e exibir o pescado, também ocorre na expedição probatória do processo penal". **Viviani Ghizoni Silva, Philipe Benoni Melo e Silva e Alexandre Morais da Rosa**

2) Extensão do Privilégio Contra a Autoincriminação: A vedação ao *Fishing Expedition* é entendida como consequência lógica da garantia contra a autoincriminação (*privilege against self-incrimination*). As origens históricas remontam às cortes eclesiásticas inglesas, em que, após colhido o juramento, procedia-se à investigação de acusações desconhecidas, em verdadeiro ato de pescaria (equivalente ao Juízo Final). Premida pelo juramento, a vida da pessoa era escrutinada. As garantias constitucionais colocam barreiras às práticas ilegais, embora os agentes oportunistas se valham das "brechas" legais ou instrumentalização dos institutos processuais;

"O procedimento do juramento *ex officio* consistia em comparecerem as partes perante estas cortes, submetendo-se a um juramento de responder quaisquer questões que lhes fossem feitas. Comumente, as acusações eram desconhecidas. Assim, o *privilege against self- incrimination* desenvolveu-se, inicialmente, como uma proteção às *fishing expeditions*, prática por meio da qual os juízes, através do ato do interrogatório, investigavam aspectos e procediam a questionamentos alheios ao objeto da acusação. Os advogados à época já se insurgiam contra a prática do juramento *ex officio*, por entender que ele conduzia ao perjúrio". **Laura de Oliveira Mello Figueiredo**

3) Exigência de Prévia "Causa Provável" e Finalidade Definida: No ambiente americano, a Corte Suprema (*Hickman vs. Taylor*; 1947) indicou que, ao mesmo tempo em que as regras não podem ser restritivas (impedir a apuração de condutas criminosas), os limites legais devem ser respeitados, a saber, o ato não pode ser movido por má-fé ou com desvio de finalidade (vinculado à **causa provável**), de modo opressor e/ou vexatório, nem invadir o domínio de direitos reconhecidos. Trata-se de expediente, na definição de *Philipe Melo e Silva*, em que o órgão investigador pode se utilizar dos meios legais para, sem objetivo definido ou declarado, "pescar" quaisquer evidências a respeito de crimes desconhecidos ou futuros. Configura verdadeira devassa ampla e irrestrita do passado, presente e futuro do alvo (pessoa ou conduta suspeita), desprovida de "causa provável", isto é, fora do enquadramento normativo da investigação democrática;

4) Limites da Investigação ou Cautelares: A invasão de Direitos Fundamentais encontra regime restrito, em geral submetido à **Reserva de Jurisdição**. As cautelares probatórias ou investigações precisam definir antecipadamente o **objeto**, isto é, responder expressamente (diligência, pedido ou decisão judicial): *quem, quando, como, onde, por e para quê, o que, com que motivação*. Do contrário, não preenchem os pressupostos e requisitos legais. A decisão judicial deve motivar de modo adequado, sob pena de nulidade (CPP, art. 315, § 2º);

5) Hipóteses de Pescaria Probatória: A criatividade dos agentes públicos **oportunistas** no "aproveitamento" de diligências, com ou sem autorização, para colocar em prática à expedição probatória pode se configurar, dentre outras hipóteses: **a)** busca e apreensão sem alvo

definido, tangível e descrito no mandado (mandados genéricos); **b)** vasculhamento de todo o conteúdo do celular apreendido; **c)** continuidade da Busca e Apreensão depois de obtido o material objeto da diligência; **d)** investigações criminais dissimuladas de fiscalizações de órgãos públicos (Receita Federal, Controladorias, Tribunais de Contas, Órgãos Públicos etc.); **e)** interceptação ou monitoramento por longos períodos de tempo; **f)** prisão temporária ou preventiva para "forçar" a descoberta ou colaboração premiada; **g)** buscas pessoais (ou residenciais) desprovidas de "fundada suspeita" prévia e objetiva; e, **h)** quebra de sigilo (bancário, fiscal, dados etc.) sem justificativa do período requisitado;

"Ocorre que, como abordado, o procedimento de *fishing expedition* não tem aplicação apenas nos mandados de busca e apreensão. Outro meio de prova bastante comum de ser utilizado esse procedimento é na interceptação telefônica onde, por exemplo, os órgãos de investigação representam ao juiz por uma interceptação de uma quantidade indeterminada de número de telefones ou na chamada interceptação telefônica de prospecção. Interceptação telefônica de prospecção é aquela ocorrida pré-delito. Ou seja, antes da verificação de indícios mínimos de autoria e materialidade e sem a verificação de existência de outros meios de prova menos gravosos, os órgãos de investigação representam pela interceptação telefônica do investigado, desrespeitando, portanto, os ditames do art. 5, XII, da Constituição Federal e os incisos I e II, do art. 2 da Lei n. 9.296/1996. Desse modo, se assim agirem, estará se praticando a vedada *fishing expedition* no âmbito das interceptações telefônicas para tentar pescar alguma prática delituosa". **Philipe Melo e Silva**

6) Cooperação Internacional: Nos casos de **cooperação internacional**, o pleito remetido ao país detentor da informação deve ser preciso, indicando o que se pretende, em que período, bem assim as circunstâncias, não servindo para devassas em empresas ou pessoas físicas de modo genérico e irrestrito. A individualização e as motivações que justificam a restrição dos **Direitos Fundamentais** devem estar previamente consignadas no pedido, sem que se possa, genericamente, solicitar a quebra de sigilo bancário e fiscal ou mesmo bloqueio de valores. A tática é a mesma, a saber, 'joga-se' a rede e depois se apura a pertinência do que for encontrado;

7) Monitoramento na Internet: Com *Marília Raposo Vieira* sublinhamos que boa parte das operações realizadas em território brasileiro se dá por e-mail, plataformas e aplicativos situados em território americano. Por exemplo, toda vez que usamos o *Gmail*, *Yahoo* ou *Apple*, estamos submetidos às regras americanas e talvez não saibamos. Com isso, surge a discussão das possibilidades de o Governo Americano monitorar, investigar ou mesmo fazer *fishing expedition* (pescaria probatória). Promulgado pelos EUA, o *Cloud Act* objetiva agilizar o acesso a informações eletrônicas mantidas pelos EUA para prestadores globais que investigam crimes graves como por exemplo o terrorismo e crimes violentos, cibercrime e até mesmo exploração sexual. Há grande frequência de evidências/provas eletrônicas mantidas por *Provedores de Serviços de Comunicação* (CSPs) com operações globais. Com clientes em todo o mundo e centrais de armazenamento de dados em diferentes países, os dados estão sujeitos a diferentes legislações. Não raro podem se verificar antinomias, conflitos de normas entre autoridades de países demandantes (requerentes do acesso), mas o país sede restringe a informação. A Convenção de *Budapeste* merece ser lida em face do impacto no regime de provas do processo penal. A pretensão é a de uniformizar o acesso a investigações e ações penais e regulamentar os pedidos de produção e compartilhamento de provas;

"A instalação de uma *backdoor* nos servidores possibilita o monitoramento constante das mensagens. O ato seguinte é criar para os servidores o dever de fiscalizar o tráfego e comunicar atos suspeitos, como já ocorre nos EUA por força do *Cloud Act* (MORAIS DA ROSA; VIEIRA, 2019). Todas as vezes que utilizamos o Gmail, o Yahoo, a Apple etc., estamos submetidos às regras americanas, mesmo não morando lá (apertamos o "concordo" dos Termos e Condições de uso), pelas quais as máquinas e/ou os humanos podem monitorar o conteúdo das comunicações, enfim, realizar 'pescaria probatória'." **Luiz Eduardo Cani e Alexandre Morais da Rosa**

8) ECA, Crimes de Internet e Agente Infiltrado: A Lei 13.441/2017, na linha da Convenção de Budapeste, ampliou os meios de investigação dos crimes em que crianças e/ou adolescentes são vítimas (pornografia, pedofilia etc.), autorizando a infiltração de agentes no ambiente digital para o fim de obter provas das condutas. Exige-se prévia investigação,

identificando-se os alvos por meio de nomes ou apelidos, além de justificativas com suporte em evidências mínimas. Do contrário, a infiltração transforma-se em modalidade de pescaria probatória. O risco é o de que, diante da ausência de controle efetivo, possa-se, em nome da investigação, ampliar para além do objeto, "pescando-se" outros alvos, por meio do alegado "Encontro Fortuito". A iniciativa é legítima. A registro de toda a ação infiltrada, sem cortes e/ou omissões, confere mecanismos de cumprimento da cadeia de custódia. A garantia é a de que os agentes autorizados a realizar "ações encobertas" permaneçam restritos aos alvos determinados, eventualmente solicitando novas investigações contra novos alvos descobertos. Se, no contexto da investigação, surgirem novos personagens, o aproveitamento da mesma investigação, sem autorização judicial expressa, pode significar "desvio de finalidade", configurando modalidade de *Fishing Expedition.* As condutas, mesmo criminosas do agente estatal infiltrado, estarão isentas de responsabilidade, salvo os excessos ou o desvio de finalidade do objeto;

9) WhatsApp: Critérios de Validade de "Vasculhamento" do celular do Conduzido e/ou Suspeito: Era prática comum o suspeito ou qualquer pessoa abordada pelos agentes da lei terem o aparelho celular vasculhado, mesmo sem autorização judicial (STF, HC 91.867). A questão era controversa e significava a invasão da privacidade em nome dos interesses ditos coletivos de apuração de crimes. Superavam-se as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, previstos no art. 5º, X, da Constituição. Alguns chegavam a invocar a ponderação de princípios (sic), como se os direitos e garantias individuais pudessem ser opção do agente da lei. A **Reserva de Jurisdição** (só o Juiz pode autorizar a quebra do sigilo e das mensagens) era desconsiderada em nome dos aparentes resultados. A postura era acolhida em nome da máxima de que "os fins justificam os meios". O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em Habeas Corpus 89.981 (Min. *Reynaldo Soares da Fonseca*), em que constou da ementa: "*1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas – WhatsApp). 2.* ***No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ****. 3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem*

autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos". A decisão enquadra corretamente a temática. A postura oposta partia de premissa equivocada, ou seja, de que o conteúdo digital estava no aparelho e, assim, tal qual outro objeto apreendido, poderia ser analisado pela autoridade policial. O erro lógico decorre do fato de que a intimidade e a privacidade armazenadas no dispositivo transcendem os limites analógicos de bens materiais, abarcando aspectos privados, da intimidade dos usuários, enfim, **Direitos Fundamentais**. A equiparação dos dispositivos (*smartphones*), em face do conteúdo que armazenam (dados pessoais, detalhes da vida privada etc.), a simples "bloco de anotações" é, além de espúria, dissimulada. O óbice que poderá ser invocado é o de que se perde tempo com pedidos de quebra de sigilo. Entretanto, a forma é garantia da eficácia dos Direitos Fundamentais, tendo-se, ainda, que observar os protocolos da **Cadeia de Custódia**, bem assim de responsabilidade pela extração do conteúdo. A extração de dados é consequência do prévio reconhecimento da existência de justificativas públicas, com Reserva de Jurisdição, sem que o agente público, no contexto da diligência ou abordagem, tenha atribuições para tanto. A prática configura abuso de autoridade (LAA, art. 13, III e/ou art. 25). A diligência de solicitar autorização judicial e ter um profissional habilitado, no fundo, garante a qualidade da prova e produz melhores resultados. Além de assegurar a eficácia do Direito Fundamental da intimidade, permite que se faça o controle de autenticidade e mesmidade do material, através da documentação de toda a **Cadeia de Custódia**, garantindo a eficácia da prova (correspondência do material "ao mesmo" que foi extraído). Enfim, na ânsia por invadir a prova que poderia ser obtida, no fundo, os agentes da lei contribuem para a impunidade, praticando o crime previsto no art. 25 da LAA. O correto é a observância das regras do jogo**;**

10) Franqueamento do Suspeito, Investigado ou Preso: E o conduzido/suspeito pode autorizar/franquear validamente o acesso ao celular, dispensando autorização judicial**?** A resposta deve ser decomposta em pelo menos **duas** situações (solto e preso): **a) Solto**: o investigado solto que se dirige ao estabelecimento policial e autoriza, na presença de seu advogado, o acesso às mensagens, realiza ato cooperativo e desprovido de pressões das mais variadas formas. Nesta hipótese, o investigado pode franquear, devendo a diligência ficar registrada (preferencialmente em audiovisual por câmeras corporais de todos os policiais envolvidos, com inadmissão de "todo o conteúdo" em caso de ausência ou incompletude das gravações), bem assim o material extraído (eficácia da cadeia de custódia); **b) Preso ou Detido**: hipótese diversa é quando o investigado é objeto de busca e apreensão (por mandado ou pessoal), de prisão em flagrante, preventiva, temporária (condução coercitiva disfarçada: como o STF proibiu novas conduções coercitivas, muitos prendem temporariamente) e soltam em seguida. Enquanto na

STJ, HC 598.051 (Min. Rogério Schietti da Cruz): "A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, e preservada tal prova enquanto durar o processo".

"Estado acusação, gera o nexo de causalidade com a fragilidade da prova que poderia ser produzida e, com isso, diante da omissão estatal, pode-se aquilatar, no caso concreto, os efeitos dessa ausênci. Dado que a única presunção constitucionalmente reconhecida é a presunção de inocência, não sendo produzida toda prova capaz de corroborar a palavra isolada dos policiais, em muitos casos, a condenação será abusiva, ainda mais quando disponíveis, em pleno ano 2020, meios tecnológicos hábeis (utilizados amplamente por forças policiais em diversos países). Não se está duvidando da palavra dos policiais e sim confirmando que, *a priori*, peso diferenciado é próprio de regimes autoritários. O que se reconhece é que a condenação de alguém, em uma Democracia, exige a produção de todos os elementos probatórios disponíveis. Sem eles, havendo dúvida razoável, a absolvição é o único caminho." **Alexandre Morais da Rosa e Luiz Eduardo Cani**

STJ, RHC 51.531 (Min. Maria Thereza de Assis Moura): "Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. Imagine-se, por exemplo, um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um cativeiro recém-abandonado: o acesso incontinenti aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado. Não se encontra no caso dos autos, entretanto, nenhum argumento que pudesse justificar a urgência, em caráter excepcional, no acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular. Pelo contrário, o que transparece é que não haveria prejuízo nenhum às investigações se o aparelho celular fosse imediatamente apreendido – medida perfeitamente válida, nos termos dos incisos II e III do artigo 6º do CPP – e, apenas posteriormente, em deferência ao direito fundamental à intimidade do investigado, fosse requerida judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados".

hipótese **"a"** o investigado não está pressionado por qualquer forma, no caso **"b"** inexiste condições de validar ao assentimento dado o contexto fático manifestamente hostil. A condição de desvantagem física e psicológica faz com que se configure o denominado constrangimento ambiental. Com isso, qualquer manifestação de renúncia de direitos não pode ser acolhida como válida. Ainda que se considere a existência de anuência pelo investigado para vasculhar seu celular, tem-se que, com a intimidação ambiental e o constrangimento que a prisão proporciona, é inválida a dita manifestação da vontade, salvo se produzida na presença de defensor, depois de ser advertido formal e documentalmente dos direitos renunciados. Sem isso, o que for obtido é nulo, contaminando as provas decorrentes (fruto da árvore envenenada)**.** O tema foi aprofundado nos itens 12.1 (prisão em flagrante) e 15.1 (Busca e Apreensão), para onde se remete o leitor;

11) Contexto de Diligência com Vítima em Risco (Situação de Urgência): A regra geral é excepcionada nos casos em que no decorrer da diligência de investigação de crimes com vítimas em cativeiro, sequestradas ou em perigo de vida, na hipótese de localização de um dos agentes, sem que esteja autorizado o uso de violência contra o imputado, por básico, entende-se que devidamente justificado o contexto (relevância e urgência), mostra-se possível o acesso. A situação exige o preenchimento dos requisitos de: **a)** estar no curso de apuração de crime com vítima em risco de vida; **b)** o aparelho ter sido obtido no decorrer da diligência; **c)** não existam meios de contato imediato com a autoridade judiciária ou que a demora possa agravar os riscos da vítima; **d)** não ter sido utilizada violência para obtenção de senha ou abertura do aparelho; e, **e)** ser demonstrada por evidências e motivação escorreita o contexto da decisão da autoridade responsável pela diligência. O não preenchimento pode anular a prova e as dela decorrentes;

C – Controvérsia:

1) Programas de Espelhamento e Rastreamento: A tecnologia oferece diversos meios de obtenção de informações legais e que podem ser instrumentalizados por agentes públicos ou privados para o fim de efetivar devassa na vida privada de alvos. Por exemplo, existem sites com o recurso de espelhamento e de rastreio de fácil instalação, por meio dos quais é possível a obtenção de vantagem investigativa, fora do enquadramento legal. Por exemplo, pode-se imaginar o contexto em que agentes públicas realizam busca pessoal ("mão na parede"), arrecadam os celulares dos alvos, deixando-os de costas. Em seguida, instalam os aplicativos ou acessam os sites que oferecem os serviços (normalmente para fins de monitoramento de filhos), devolvendo os aparelhos. Os alvos passam a produzir informação sem que saibam. O resultado parece "tirocínio" dos agentes públicos. Mas são o resultado de manipulação (STJ, RHC 99.735, Min. Laurita Vaz). Se os pagamentos das mensalidades

forem rastreados, algumas surpresas podem ser encontradas (os rastros permanecem);

2) Espelhamento dos Aplicativos: A prática investigatória que se vale se "espelhamento" dos aplicativos de conversa *online* (p.ex. *whatsapp*) é desprovida de fundamento legal. Configura modalidade de *Fishing Expedition* (STJ, RHC 99.735, Min. Laurita Vaz);

3) Senha e o Autoincriminação: O investigado ou acusado está dispensado de fornecer as senhas ou os meios de acesso aos seus dispositivos (*smartphone*, computador etc.), por estar coberto pelo privilégio de não produzir prova contra si mesmo. As práticas de obtenção chantagistas ou oportunistas podem gerar a nulidade da prova (falha no Teste EVE: invalidade por vício de consentimento). Estão vedadas as práticas de apontar a câmera do aparelho para o rosto do acusado, na hipótese de a senha estar vinculada ao "reconhecimento facial", assim como a "ameaça" de ampliação da investigação para "familiares", "parentes" ou "amigos". O pior cenário é o do uso da prisão temporária para tal finalidade, vedado pelo HC 192.380 (STF, Min. Dias Tóffoli). O sintoma das práticas autoritárias é que o tema precisou chegar ao STF;

STF, HC 192.380 (Min. Dias Tóffoli): "A negativa por parte do paciente de fornecer a senha dos seus aparelhos eletrônicos apreendidos não caracteriza justificativa idônea a justificar a temporária, pois, diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, não pode o investigado ser compelido a fornecer suposta prova capaz de levar à caracterização de sua culpa".

D – Estratégia:

1) Desocultação das Práticas: A detecção das práticas de pescaria probatória demanda o **rastreamento** de toda a diligência, especialmente os momentos prévios à obtenção das provas, justamente porque os agentes oportunistas, cientes dos riscos, procuram "empacotar" a prática ilegal em institutos lícitos (Encontro Fortuito, Denúncia Anônima etc.). O modo como serão indagados depende de planejamento antecedente, porque perguntas genéricas são ineficientes (e amadoras). A reconstrução cronológica auxilia na identificação dos saltos narrativos em que a ilegalidade se esconde. Os riscos da ausência de *Fair Play* são manifestos, dada a manipulação das premissas em nome do resultado;

2) Limites da Investigação e/ou da Decisão: A restrição de Direitos Fundamentais deve guardar aderência às justificativas apresentadas e constantes nos documentos públicos (mandado ou portaria), configurando "desvio de finalidade" a ampliação das diligências autorizadas, vinculadas à "causa provável". O contraditório diferido serve justamente para essa finalidade. A motivação, ademais, deve ser antecedente ao ato, vedada a "complementação" da decisão, isto é, o juiz não pode, depois de realizada a diligência para além do autorizado, alargar o conteúdo do mandado;

STF, MS 23.868 (Min. Celso de Mello): "A **exigência de motivação** – que há de ser **contemporânea** ao ato da CPI que ordena a quebra de sigilo – qualifica-se como **pressuposto de validade jurídica** da própria deliberação emanada desse órgão de investigação legislativa, **não podendo ser por este suprida, em momento ulterior**, quando da prestação de informações em sede mandamental".

3) Segurança da Informação e Senhas: A prática dos Agentes Processuais, por lidar com dados pessoais (muitos deles sensíveis), informações relevantes e privadas, demanda mecanismos de *cybersecurity*. Dentre as preocupações mínimas, o perito em crimes digitais *Wanderson Castilho*, aponta: **a)** análise de riscos e vulnerabilidades digitais; **b)** alerta de vazamento de informações (dos agentes e imputados); **c)** tratamento e gestão de dados (coleta válida, uso e destruição); **d)** diagnóstico dos

"A postura preventiva do usuário é um fator determinante no mundo digital". **Wanderson Castilho**

pontos fracos e fortes do contexto; **e)** controle de sinais e de comunicações, **f)** varreduras contra escutas clandestinas; e, **g)** investigação (pessoal) dos aspectos do caso ou do processo. Os sistemas de processo eletrônico e de gestão dos escritórios/repartições estão no ciberespaço, suscetíveis aos riscos inerentes ao ambiente digital. Além de envolver personagens com poder e relevância, agentes públicos podem se valer dos espaços controversos (às claras e às escuras; Unidades de Inteligência), decorrentes dos limites de conteúdo variado da execução das medidas cautelares probatórias, ampliando a "vantagem" informacional. (p.ex., a "Lava Jato" monitorou os advogados do acusado). Sem mecanismos de proteção e cuidados digitais, a vulnerabilidade amplia-se. É quase ingênua. Por fim, se o *smartphone* do alvo abordado é desbloqueado pelo reconhecimento facial, o acesso é facilitado. O risco, além de ser maior, demonstra "excesso de confiança" ou "ingenuidade".

9.4 Descoberta/Encontro Fortuito (busca e apreensão, celular, *whatsapp*)

A – Definição:

Encontro Fortuito (ou Descoberta Fortuita) configura-se pela localização, no curso do cumprimento ou execução de medida cautelar probatória, de elementos indicativos de crimes ou personagens não contidos na investigação originária.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Descoberta ou Encontro Fortuito (Serendipidade): A premissa é a de que as medidas cautelares restritivas de **Direitos Fundamentais** são excepcionais, limitadas ao objetivo e à "causa provável" justificadora do deferimento motivado do pedido. A discussão se verifica sobre os limites de validade de objetos, provas e elementos que não se vinculam diretamente ao crime investigado, mas que foram encontrados e/ou descobertos no decorrer do cumprimento da diligência (STJ, HC 187.189; HC 282.096; HC 189.735; HC 197.044). Denomina-se "Descoberta/Encontro Fortuito", "Crime Achado" ou "serendipidade" (p.ex. se no cumprimento de mandado de **busca e apreensão** cujo objeto é uma arma de fogo, depois de entrarem na residência alvo, os agentes podem apreender cheques e cartões clonados "encontrados" no curso da diligência? No decorrer de **interceptação telefônica** para investigação de tráfico e se descobre um esquema de corrupção, o conteúdo interceptado é válido?);

2) As 3 (três) Respostas: São, basicamente, 3 (três) respostas possíveis: **a)** valem sem maiores indagações; **b)** somente valem se houver vinculação causal; e, **c)** o material obtido serve como *notitia criminis* para novas investigações. A **primeira** resposta parte da noção (espúria) de "supremacia do interesse público" e desconsidera as noções de

STF Inq. 4.831 (Min. Celso de Mello): "**Assinale-se**, *bem por isso*, no que se refere *à descoberta fortuita ou acidental* de elementos de informação **obtidos**, *casualmente*, contra alguém *até então desconhecido*, **por meio** de obtenção de prova efetuada em face *de terceiras pessoas*, em procedimento probatório **validamente** instaurado *quanto a tais terceiras pessoas* (Presidente Bolsonaro e Sérgio Fernando Moro), que a prova penal daí resultante **reveste-se** de plena eficácia jurídica. **Destaque-se**, *bem por isso*, **que o tema** *da descoberta fortuita ou acidental* **tem constituído objeto** *de ampla discussão doutrinária*, **com especial destaque** para aqueles autores **que reconhecem a legitimidade** dos dados informativos casualmente obtidos em face de *pessoas estranhas* ao procedimento investigatório, *tal como sucede na espécie*, **assumindo**, *em consequência*, plena validade jurídica e **conferindo**, *desse modo*, **inteira licitude** aos elementos de informação assim descobertos".

"A partir da definição de meios de obtenção de prova, é possível identificá-los como instrumentos que geram restrições a direitos fundamentais pessoais consagrados constitucionalmente, avançando sobre a reserva da intimidade e da vida privada. Aí se enquadram, por exemplo, as medidas de busca e apreensão e a interceptação das comunicações telefônicas". **Flávia Cristina Trevizan**

"O mandado de busca e apreensão deve conter os motivos e a finalidade da diligência. Pensemos na hipótese de no curso da busca ocorrer o encontro de documentos ou objetos que dizem respeito não ao crime ou crimes que motivaram e deram contorno à finalidade da busca e apreensão e sim a crime ou crimes diversos e não relacionados ao objeto da investigação ou instrução. A isto se dá o nome de 'encontros fortuitos'". **André Nicolitt**

"[...] os conhecimentos que não apresentem identidade investigatória com o crime legitimador da medida restritiva hão de ser tidos como fortuitos, aos quais se atribui apenas uma relevância investigatória, servindo como mera notícia de crime conformadora de indício para o início de nova investigação, no âmbito da qual novas medidas restritivas eventualmente poderão ser autorizadas, dentro dos limites legais, sempre com exigência de prévia autorização judicial motivada, pautada pelo princípio da proporcionalidade". **Flávia Cristina Trevizan**

Duvidosa a invocação da "Teoria dos campos abertos" (*plain view doctrine*), conforme GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 501-503.

especialidade e vinculação à "causa provável", fundamento antecedente da restrição de **Direitos Fundamentais** do alvo, abrindo margem para amplo conhecimento e manipulação. Adota-se também a "Teoria dos Campos Abertos", em que o que estiver no alcance da visão dos agentes pode ser arrecadado. A postura torna letra morta o conjunto de regras de obtenção (modalidade de '*Fishing Expedition*'). A **segunda** exige que se comprove, minimamente, a pertinência entre o fruto da busca e a "causa provável" justificadora do deferimento da medida. A diligência de busca e apreensão, por exemplo, não é um direito ao "*scanner*" da casa do alvo, ou seja, obtido o objeto da medida cautelar, inexistindo crime permanente ou objetos encontrados no decorrer da diligência, a continuidade da "devassa", revirando gavetas e demais cômodos etc., configura excesso e/ou abuso de atuação policial (desvio de finalidade). O encontro fortuito se dá **antes** da obtenção do objeto do mandado de busca e apreensão. Cumprida a finalidade do mandado, a diligência deve cessar. O que se encontrar depois estará contaminado pela ilegalidade (configura '*fishing expedition*'). Prevalece a necessidade de comprovação, por parte do Estado, de nexo de causalidade entre o objeto da medida e os elementos amealhados. A vinculação causal deveria estar limitada pela própria decisão que autoriza a medida. Se a decisão não limita, toda a apreensão é ilegal. Daí a importância de também a acusação se preocupar com a motivação idônea. O que gravitar em torno da "situação investigada" (tráfico, fraude documental, corrupção etc.), estará atraído pela medida, via **conexão**. Os itens fora do contexto não podem ser arrecadados. A inexistência de "crimes de catálogo" fomenta as controvérsias. Já a **terceira** hipótese reconhece a legitimidade, mas exige que dali em diante se iniciem novas investigações tendentes a apurar eventual ilícito. A apreensão seria o desencadeador da investigação. Será discutido, na nova apuração (autônoma), a ocorrência de desvio de objeto investigado e o nexo de causalidade (STJ, AP 690; RHC 41.316);

"Em suma, a limitação da teoria dos campos abertos trata basicamente da possibilidade de o agente apreender elementos de convicção que se encontram em poder do investigado quando tais coisas se encontram à vista do agente policial que realiza a diligência.

Desta forma, a omissão do mandado de busca e apreensão quanto ao objeto da busca encontrado à vista pelo agente policial é suplantada por esta limitação, que trata de validar a apreensão do objeto pela autoridade. O *leading case* nesta limitação é o caso US vs Carty, em que houve a apreensão de arma de fogo equipada com silenciador encontrada no domicílio do acusado, muito embora o mandado não fizesse menção à ela. Pela aplicação da doutrina dos campos abertos, esta omissão do mandado foi suprida pelo objeto apreendido se encontrar à mostra da autoridade, sendo, portanto, considerada legítima. Algumas exceções são colocadas quanto à aplicação da doutrina dos campos abertos. A primeira delas reside na circunstância de não se aplica a *plain view doctrine* quando o agente policial já executou o objeto do mandado e a prova surge após a consumação daquele objeto. Num segundo momento, torna-se objetável a referida limitação no momento em que o agente policial revista lugares nos quais o objeto do mandado jamais poderia se encontrar".

STF, HC 95.009 (Min. Eros Grau): "De que vale declarar, a Constituição, que a 'casa é o asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é, sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica 'devassa'. Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretende atingir. De que vale a Constituição dizer que 'é inviolável o sigilo de correspondência' (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou 'deletada', é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que seguem a sua prisão. A garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros".

3) Serendipidade e Formas: Sob o viés da **Serendipidade**, distingue-se as formas de: **a) primeiro grau**: em que a prova obtida será incluída na mesma investigação e/ou processo por relação de conexão ou continência (CPP, art. 76-77) ou é desdobramento (aprofundamento) dos crimes até então desconhecidos e advindos do crime investigado (STJ, HC 282.096, Min. Sebastião Reis Júnior); **b) segundo grau**: o material obtido implica em apuração diversa do objeto da investigação primária, a saber, o descoberto é conduta nova e não conexa, nem contida ou desdobramento da anterior, podendo também envolver terceiros. Fala-se ainda de **Serendipidade objetiva** quando se encontram novos crimes em face dos mesmos investigados/acusados e **subjetiva** quando se descobrem novos personagens vinculados ao achado;

"Essa estranha palavra (como nos informa Ethevaldo Siqueira – O Estado de São Paulo de 15.02.09, p. B10) significa 'algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outras), às vezes até mais interessante e valiosa. Vem do inglês *serendipity* (de acordo com o Dicionário Houaiss), onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso. *Serendip* era o antigo nome da ilha do Ceilão (atual Sri Lanka). A palavra foi cunha em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, no conto de fadas 'Os três príncipes de Serendip' que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam". **Luiz Flávio Gomes**

4) Validade da Prova: Há, portanto, controvérsia sobre os limites de validade e efeitos do encontro fortuito**.** Vale a pena narrar o caso do Clube de Futebol Espanhol Hércules, cujo dono estava sendo interceptado por

crimes de concussão, fraude e tráfico de influências em face do serviço de coleta de lixo e, durante o período legal de interceptação, foi flagrado oferecendo dinheiro ao goleiro do clube Cordoba, tendo o resultado da partida (4 x 0, em favor do Hércules) promovido o clube à primeira divisão. O juiz de primeiro grau reconheceu a ausência de nexo entre o descoberto fortuitamente e o nexo da investigação, reconhecendo a ilicitude, decisão confirmada pelo Tribunal de Alicante. A demonstração do nexo de causalidade (dependente ou independente) depende de critérios não definidos, em que se criam "causalidades *ad-hoc*", com o fim de "aproveitar" a prova obtida de modo inesperado;

5) Crime Conexo: O **crime conexo**, na linha do art. 76, do CPP, é utilizado como parâmetro de validação. Diante dos critérios (objetivos e subjetivos) de "conteúdo variado" (na doutrina e na jurisprudência), a identificação de mediadores causais é atividade complexa e passível de manipulação, já que a amplitude da conexão subjetiva tende a esvaziar a garantia constitucional. Não é qualquer conexão probatória (de conveniência inquisitória) que poderá ensejar a validação dos elementos probatórios, porque deve ser amplamente demonstrada. A lógica que prevalece é a de o ônus da comprovação da conexão, capaz de justificar a legalidade/legitimidade dos elementos probatórios obtidos, recai sobre a acusação;

6) A Ausência de Crimes de Catálogo e "Barriga de Aluguel": A superação da controvérsia poderia se dar na linha de "**crimes de catálogo**", isto é, as condutas criminalizadas que justificariam a incidência do "Encontro Fortuito", desde que não haja manipulação dolosa (violação da Boa-fé Objetiva ou má-fé), dentro do *Fair Play*, excluída a denominada "barriga de aluguel", em que se sabe das dificuldades, por exemplo, de se requerer a interceptação da autoridade com foro de prerrogativa de função e, por isso, monitora-se o assessor, familiar ou mesmo se inclui dolosamente o numeral do alvo de maneira sorrateira em investigações diversas. Nos casos de a investigação indicar, direta ou indiretamente, agente com prerrogativa de função, a insistência em se autorizar medidas cautelares por juiz incompetente leva à ilicitude da prova, bem assim das delas derivadas;

7) *Fishing Expedition*: A prática de pescaria probatória, em geral, é "esquentada" por meio do argumento de **Encontro Fortuito**. Tolera-se o *Fishing Expedition* em face do impacto do resultado obtido. O enquadramento é enviesado pelo resultado e o efeito da evidência. O aproveitamento oportunista, sem prévia "causa provável" contra o alvo deve ser analisado de modo a verificar a "autonomia" da conduta, ou seja, se o crime "encontrado" poderia ser objeto da mesma investigação. Se o conteúdo descoberto puder ser vinculado ao mesmo curso da investigação originária, segundo a posição dominante, mostra-se possível a responsabilização penal. Do contrário, resta vedado;

STF, AGRAI 626.214 (Min. Joaquim Barbosa): "O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção".

"Não é possível remeter o conteúdo das conversações interceptadas ao organismo administrativo (Federação Espanhola de Futebol) porque as conversações detectadas não estão amparadas pela autorização judicial que permitiu as escutas que foram gravadas. Essas conversações nem sequer deveriam ter entrado nos autos do processo em que foram descobertas porque, ao não ter nenhuma relação com o objeto da investigação e carecer totalmente de transcendência penal, deveriam ter sido rechaçadas. Isso não incide de maneira negativa na possibilidade investigativa dos órgãos administrativos respectivos, porque contam com seus meios próprios de averiguação de infrações graves, podendo inclusive servir de '*notitia criminis*' a publicação nos meios de comunicação dessas conversações". **Matheus do Valle Gallina**

STJ, HC 33.553 (Min. Laurita Vaz): "É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação".

STF, HC 84.388 (Min. Joaquim Barbosa): "O objetivo das investigações era apurar o envolvimento de policiais federais e magistrados em crime contra a Administração. Não se pode falar, portanto, em conhecimento fortuito de fato em tese criminoso, estranho ao objeto das investigações".

"Consideramos que são de valorar os conhecimentos fortuitos obtidos por escuta telefônica lícita que se destinem ao 'esclarecimento de um dos crimes de catálogo' do art. 187, do CPP, quer o sujeito desses factos seja o arguido do processo em cuja a vigilância telefónica se opera quer seja um terceiro – desde que tenha participado nas comunicações e conversações – , que se mostrem indispensáveis e necessários a esse esclarecimento e que, face a um juízo de 'hipotética repetição de intromissão' – 'estado de necessidade investigatória' – , se verifique uma probabilidade qualificada de que em aquele processo autónomo se recorreria à escuta telefónica por se mostrar 'de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova' e que os conhecimentos tivessem sido comunicados imediatamente ao juiz que autorizou ou ordenou a diligência processual". **Manuel Monteiro Guedes Valente**

STF, Inq. 3732 (Min. Cármen Lúcia): "A prova encontrada, fortuitamente, durante a investigação criminal é válida, salvo se comprovado vício ensejador de sua nulidade. Nulidade da interceptação telefônica determinada por autoridade incompetente, nos termos o art. 102, inc. I, al. B, da Constituição da República e do art. 1º da Lei n. 9.296/1996.Ausência de remessa dos autos de investigação para o Supremo Tribunal Federal, depois de apresentados os elementos mínimos caracterizadores da participação, em tese, de Ministro do Tribunal de Contas da União e de membro do Congresso Nacional na prática de ilícito objeto de investigação. Contaminação das provas produzidas, por derivação, por não configuradas as exceções previstas no § 1º e no § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal. Denúncia rejeitada, por não estar comprovada, de forma lícita, a existência de justa causa para o exercício da ação penal, caracterizando a hipótese prevista no art. 395, inc. III, daquela lei processual".

C – Controvérsia:

1) Encontro Fortuito ou Álibi Oportunista: O modo flexível com que se aceita o Encontro Fortuito favorece o comportamento oportunista, consistente em inserir ou mesmo ampliar as diligências para além da "causa provável". Se para o deferimento do pedido originário há necessidade de "fundadas razões", o encontro acidental, por envolver terceiro, não contido na investigação, deveria ser modulado. Diversos sistemas processuais estabeleceram o rol dos "crimes de catálogo", evitando as discussões que grassam no ambiente jurisdicional brasileiro. Enquanto não tivermos crimes de catálogo, o resultado do estatuto de validade do material obtido por Encontro Fortuito dependerá de critérios de conteúdo variado, ou seja, sem estabilidade decisória, nem expectativas razoáveis de comportamento judicial;

2) Diálogos da Lava Jato: O Min. Lewandowski (STF) concedeu, na Reclamação 43.007, o acesso da defesa de acusado sobre a "materialidade" do crime investigado no ambiente da "Operação Spoofing". A controvérsia é a do enquadramento do tema. O diálogo está contido na "materialidade" de investigação autônoma, de crimes cibernéticos, cuja autenticidade foi atestada por peritos da Polícia Federal. Por consequência, o "aproveitamento" eventuais práticas criminosas de terceiros. A depender da posição adotada, podem ser consideradas ilícitas ou justificar investigações autônomas. Ainda se pode discutir a abrangência da cláusula da privacidade porque se agentes públicos se valem de meios de conversação alternativos, tendo por objeto assunto público (questões processuais), a privacidade se insere no contexto da responsabilidade pública (***accountability***). A possibilidade de utilização do conteúdo descoberto (lícita ou ilicitamente), para fins de exoneração da responsabilidade penal de qualquer imputado, pela defesa, decorre da prevalência da inocência;

D – Estratégia:

1) Mapear o Nexo Lógico: A partir do conteúdo do material obtido por meio do Encontro Fortuito, será preciso estabelecer os possíveis vínculos lógicos entre a "causa provável" objeto da investigação originária e os "novos" indicadores e personagens encontrados na execução ou cumprimento da diligência. O desafio será o de demonstrar a dependência ou independência da conduta descoberta e a que foi a "causa eficiente" da justificativa antecedente. A utilização de recursos visuais amplia a capacidade cognitiva dos agentes processuais, mitigando os argumentos falaciosos e oportunistas. Os erros lógicos são recorrentes.

STJ, HC 144.137 (Min. Marco Aurélio Bellizze): "1. A interceptação telefônica vale não apenas para o crime ou indiciado objeto do pedido, mas também para outros crimes ou pessoas, até então não identificados, que vierem a se relacionar com as práticas ilícitas. A autoridade policial ao formular o pedido de representação pela quebra do sigilo telefônico não pode antecipar ou adivinhar tudo o que está por vir. Desse modo, se a escuta foi autorizada judicialmente, ela é lícita e, como tal, captará licitamente toda a conversa. 2. Durante a interceptação das conversas telefônicas, pode a autoridade divisar fatos novos, diversos daqueles que ensejaram o pedido de quebra do sigilo. Esses novos fatos, por sua vez, podem envolver terceiros inicialmente não investigados, mas que guardam relação com o sujeito objeto inicial do monitoramento. Fenômeno da serendipidade. 3. Na espécie, os pressupostos exigidos pela lei foram satisfeitos. Tratava-se de investigação de crimes punidos com reclusão, conexos com crimes contra a fauna, punidos com detenção".

STJ, HC 191.378 (Min. Sebastião Reis Júnior): "Por isso mesmo, inicio com as seguintes reflexões: Qual o 'valor mais nobre': o valor de proteção à intimidade das pessoas ou o da busca da verdade nos processos? Qual o limite da relativização dos direitos fundamentais? Quais 'os limites' do direito à prova? O 'modo de agir' pode valer mais do que o 'resultado'? Como devem ser vistas as regras probatórias? De um lado, busca-se a preservação da intimidade, da privacidade e de seus consectários (inviolabilidade de sigilo de dados e das comunicações telefônicas, bancário e fiscal); de outro, temos a segurança da coletividade e o poder-dever do Estado de reprimir práticas delitivas. [...] E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas".

"Também na busca e apreensão poderá ocorrer encontro fortuito. Na execução de uma ordem judicial para a apreensão de uma arma o executor da medida poderá encontrar um quilo de cocaína ou o cadáver insepulto de vítima de homicídio. Por evidente que haverá de apreender a droga e tomar as devidas providências em relação ao cadáver". **Geraldo Prado**



9.5 Cadeia de Custódia

A – Definição:

Cadeia de Custódia é o instrumento de controle e garantia da integridade e mesmidade dos vestígios materiais coletados durante a investigação preliminar e o processo penal, cuja inobservância pode mitigar ou invalidar (quebra) a eficácia probatória.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

"O objetivo é de assegurar que os elementos mostrados ao juiz (i) sejam os *mesmos* encontrados na cena do crime e que, além disso, (ii) não tenham sofrido *adulterações*. Neste passo, é relevante garantir, respectivamente, a *mesmidade* e a *integridade*, porque são estas as características que tornam o elemento probatório confiável. Só a partir do asseguramento da fiabilidade (ou confiabilidade), que ele poderá integrar o raciocínio probatório por meio do qual, por sua vez, o juiz buscará determinar a ocorrência dos fatos considerados relevantes para aquele processo". **Janaina Matida**

"A fiabilidade probatória refere-se ao esquema de ingresso do elemento probatório no procedimento em cujo âmbito, posteriormente, este elemento poderá ser objeto de avaliação e diz muito especificamente com a questão dos controles epistêmicos, compreendidos nesta etapa como 'controles de entrada'. A avaliação da prova, seja para qualquer fim, por sua vez cuida da corroboração de uma hipótese e se consubstancia em um juízo de valor relativamente ao grau de convencimento alcançado pelo juiz a partir do exame de determinado elemento probatório. Lógica e cronologicamente; a questão da avaliação da prova é posterior à da sua fiabilidade." **Geraldo Prado**

"Os princípios da 'mesmidade' e da 'desconfiança' são fundamentais para garantir o juízo mediante a redução dos riscos de erro judiciário, consistindo no fundamento lógico e epistemológico da 'cadeia de custódia das provas'". **Geraldo Prado**

1) Função da Cadeia de Custódia: A Cadeia de Custódia é o instrumento de controle e garantia da **integridade** e **mesmidade** dos vestígios (dados de realidade) coletados durante a investigação preliminar e o processo penal. Os vestígios são os dados de realidade (mídias, instrumentos, sangue, digitais, DNA etc.) que analisados, passam a ser informação: evidência. A prova é o elemento, submetido ao contraditório, capaz de servir de mediador entre as Hipóteses (acusatória e/ou defensiva) e a decisão judicial. Situadas as distinções, em geral, toma-se um conceito pelo outro. Para fins de atribuição de culpa, a documentação do trajeto deve autorizar, de modo retrospectivo, o histórico cronológico da prova desde a obtenção do vestígio. O estabelecimento de regras, procedimentos e metodologias operacionais da **Cadeia de Custódia** tem o escopo de **evitar** a **manipulação**, o **erro** humano, a **fraude**, enfim, garantir as condições necessárias para que a evidência possa ser obtida, analisada, auditada e valorada, nas etapas subsequentes do processo penal;

2) Dinâmica: Como demonstrar que o elemento probatório/**vestígio (**CPP, art. 158-A, § 3º: *Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal*.), apresentado aos autos é o **mesmo** apreendido por oportunidade da ação investigativa, na cena do crime ou por medida cautelar probatória? A cadeia de custódia era tema pouco trabalhado no Processo Penal brasileiro, apesar de sua importância, ganhando fôlego com a Lei 13.964/19, que dispôs, no art. 158-A**: "**Art. 158-A. *Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte*". Mesmo antes da Lei, o trabalho de *Geraldo Prado* e o julgamento, pelo STJ, do HC 160.662, antecipavam a importância da cadeia de custódia. A regra processual consolidou a lógica de controle, indicando os requisitos à validade das evidências produzidas, com avanços significativos. Restou superado o modelo informal de "mera juntada" dos vestígios da cena do crime ou resultado das cautelares probatórias, sem qualquer controle formal do trajeto (a materialidade "aparecia" nos autos). O estatuto de **validade** e de **eficácia** do vestígio se submete à fiel observância dos arts. 158, A, B, C, D, E e, F, do CPP. O protocolo deve documentar, para cada vestígio,

"Neste terreno a 'verdade' cumpre a função de *indicador epistêmico* e serve ao propósito de distinguir – teoricamente e em relação às suas consequências práticas - um tipo de processo baseado na pesquisa e demonstração dos fatos penalmente relevantes, sob a inspiração de limites éticos, daquele fundado na determinação da responsabilidade penal a partir do consenso ou em bases caprichosas, insondáveis por meio de critérios de aferição adequados". **Geraldo Prado**

"Um procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte de prova, até a sua juntada no processo, certificando onde, como e sob a custódia de pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas, que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo, com a finalidade de garantir sua identidade, integridade e autenticidade". **Gustavo Badaró**

os seguintes indicadores: **a)** quem; **b)** quando; **c)** como; **d)** onde; **e)** por que; **f)** para que; **g)** o que; e, **h)** com que motivação;

3) Metáfora Explicativa: Todos nós já fizemos exame de sangue em laboratórios. O cuidado com a identificação da titularidade do material coletado, a observância dos protocolos (metodológicos) de extração e manuseio do material buscam garantir o equivalente à cadeia de custódia do processo penal. O objetivo é o de evitar resultados com erro (Falso Positivo ou Positivo Falso);

4) Controle do Nexo e da Cena do Crime (preservação): O efetivo controle do percurso é importante à demonstração do nexo, integridade e credibilidade entre o meio de prova obtido (ainda quando vestígio) e os resultados pretendidos. A documentação da Cadeia de Custódia inicia-se no local da conduta apurada (CPP. Art. 158-A, § 1º *O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio*), a ser levantado pela autoridade policial e/ou perito, mantido o isolamento e a preservação da cena, sob pena de crime (CPP, art. 158-C, § 2º - "*É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização*", na forma do art. 347 do CP ou art. 23 da LAA). A **não preservação** da **cena do crime** deverá constar expressamente na documentação produzida pela autoridade policial e/ou perito porque prejudica a devida diligência estatal na apuração dos fatos e é indicador da inconfiabilidade das provas aí obtidas. Agentes públicos que autorizam ou toleram o acesso da imprensa ou de curiosos ao local do crime, além da responsabilidade administrativa e penal, potencializam as chances de absolvição do imputado, diante da possibilidade de perda do impacto probatório e da fiabilidade das provas, na medida em que se torna impossível assegurar a autenticidade e a integridade da prova após o contato com agentes contaminantes;

5) Etapas da Cadeia de Custódia: O **rastreamento** (CPP, art. 158-B), para fins de cadeia de custódia, abrange o **reconhecimento** (*ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial*), o **isolamento** (*ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime*), a **fixação** (*descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento*), a **coleta** (*ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza*), o **acondicionamento** (*procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento*), o **transporte** (*ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando*

"A situação das ciências forenses talvez seja a mais problemática. Em que pese o grau de confiabilidade esperado, em 2009, a *National Academy of Sciences* publicou um relatório sobre ciências forenses com 13 recomendações. Primeira, promover o desenvolvimento de ciências forenses em um campo maduro de pesquisa e prática multidisciplinar, fundado na coleta e análise de dados relevantes. Segunda, o *National Institute of Forensic Science* deve estabelecer terminologia padrão a ser usada em relatórios e testes sobre os resultados de investigações em ciências forenses. Terceira, são necessárias pesquisas para questões de acurácia, credibilidade e validade nas ciências forenses e, para isso, é necessário estabelecer um sistema de revisão pelos pares em estudos sobre as bases científicas de validade dos métodos forenses. Quarta, prover as ciências forenses com embasamento científico e maximizar a independência ou autonomia administrativa dos laboratórios em relação aos órgãos de persecução penal. Quinta, o *National Institute of Forensic Sciences* deve encorajar programas de pesquisa sobre vieses nos observadores humanos e recursos nos erros humanos em exames forenses. Sexta, o Congresso deve liberar fundos para o *National Institute of Forensic Science* e autorizar o trabalho em conjunto com o *National Institute of Standards and Technology* a fim de desenvolver ferramentas de medição, validação, credibilidade, compartilhamento de informação e teste de proficiência, bem como para estabelecer protocolos para os exames, métodos e práticas forenses. Sétima, o estabelecimento de um processo de certificação para laboratórios e peritos com exames escritos, prática supervisionada, teste de proficiência, educação continuada, processos de recertificação e aderência a um código de ética. Oitava, criação de rotinas e processos de controle de qualidade para identificar erros, fraudes e vieses, bem como confirmar a validade e a credibilidade do trabalho. Nona, edição de um código de ética para todas as disciplinas das ciências forenses e encorajar os peritos a aderir ou a aderência ao código pode ser compelida no processo de certificação. Décima, criação de programas para atrair estudantes para as ciências exatas e naturais. Décima primeira, necessidade de diretrizes para melhorar a medicina legal a fim de substituir os atuais escritórios de legistas (*coroner's office*) por escritórios regionais de medicina legal (*regional medical examiner offices*), de estabelecer programas de treinamento, educação e pesquisa em patologia forense, de criar um grupo de trabalho científico sobre patologia forense e investigação médico-legal da morte, certificação dos escritórios de legistas, e de estabelecer um processo de supervisão de todas as autópsias médico-legais realizadas. Décima segunda, a liberação de fundos pelo Congresso para que o National Institute of Forensic Science crie uma base de dados nacional de impressões digitais e desenvolva os padrões de representação e comunicação de imagem. Décima terceira, o treinamento de cientistas forenses e investigadores de cenas de crimes sobre os papeis no manuseio e análise de evidências de eventos que afetam a segurança nacional. Esse relatório colocou em xeque todas as ciências forenses ao reconhecer a prevalência do viés confirmatório como consequência, em parte, da relação dos laboratórios com as polícias e promotorias."
Luiz Eduardo Cani

"[...] uma sucessão de elos, que dizem respeito a um vestígio que, por sua vez, eventualmente, será considerado uma prova. Um elo é qualquer pessoa que tenha manejado esse vestígio. É dever do Estado – e, também, direito do acusado, identificar, de maneira coerente e concreta, cada elo, a partir do momento no qual o vestígio foi encontrado. Assim, fala-se em cadeia de custódia íntegra quando se fala em uma sucessão de elos provados"
Carlos Edinger

as condições adequadas - embalagens, veículos, temperatura, entre outras –, de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse), o **recebimento** (*ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu*), o **processamento** (*exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito*), o **armazenamento** (*procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente*) e o **descarte** (*procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial*);

CP, art. 347 "Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito".

CTB, art. 312: "Inovar artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz". LAA, art. 23: "Inovar artificiosamente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade. LAA, art. 24: Constranger, sob violência ou grave ameaça, funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada a admitir para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido, com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração".

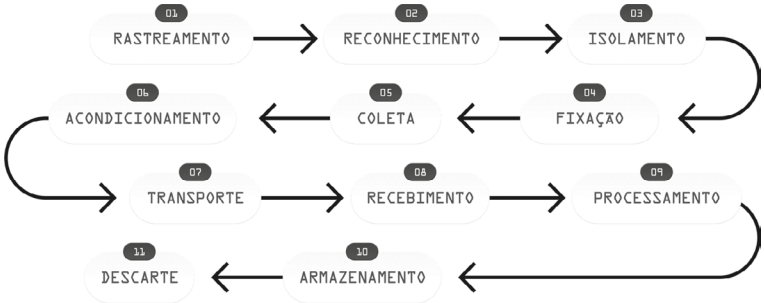
LAA, art. 29: "Prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesse de investigado": Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

6) Trajeto Normativo: *Leví Miranda*, em sintonia com o novo regramento, descreve os Princípios Básicos da Cadeia de Custódia: *"1. Cadeia de Custódia é o mecanismo garantidor da autenticidade dos vestígios de prova coletados e examinados (indícios), assegurando que as provas correspondam ao caso investigado, sem que haja lugar para confusão, adulteração e tampouco subtração alguma. [...] 2. Integram a Cadeia de Custódia todos os profissionais e pessoas sob cuja responsabilidade se encontrem os elementos probatórios [...] 3. A Cadeia de Custódia inicia-se quando a autoridade policial (delegado de polícia) comparece ao local do crime [...] o não comparecimento de delegados aos Locais de Crime inviabiliza totalmente a Cadeia de Custódia. [...] 4. Os procedimentos de custódia devem aplicar-se a todo elemento probatório, seja um cadáver, documento ou qualquer outro material físico. [...] 5. É responsabilidade de todos os funcionários o conhecimento dos procedimentos gerais e específicos estabelecidos para a Cadeia de Custódia. 6. Todo e qualquer profissional que participe da Cadeia de Custódia é responsável pelo controle e registro de sua atuação direta no processo. 7. Ao lançar os elementos probatórios na ata da diligência correspondente, se fará a descrição detalhada dos mesmos. 8. Todos os elementos probatórios terão seus registros na Cadeia de Custódia, os quais acompanharão através do curso judicial. 9. Todos os elementos probatórios têm de estar embalados, etiquetados e devidamente lacrados e rubricados, de acordo com os procedimentos adotados pelos diferentes institutos e seus laboratórios criminalísticos. [...] 10. Todo perito que analisar amostras ou elementos de prova fará constar no competente laudo a descrição detalhada dos mesmos, as técnicas empregadas e os procedimentos analíticos empregados, assim como as modificações realizadas sobre os materiais probantes, mencionando se estes foram consumidos no exame ou se ainda restou material. [...] 11. A Cadeia de Custódia diz respeito tanto aos elementos probantes quanto aos documentos que os acompanham. Hão de ser mantidos em locais absolutamente seguros. 12. A Cadeia de Custódia,*

portanto, inicia-se com o imediato comparecimento do delegado de polícia ao local do crime e encerra-se com o transitado em julgado da ação penal".

"Não se viola a sucessão de pessoas que teve contato com a coisa, mas a documentação que atesta essa realidade". **Gustavo Badaró**

7) RoadMapCrime: O trajeto entre a obtenção do elemento probatório, especificando-se as condições, a higidez e a completude do material, perpassa todo o fluxo processual. De um lado se garante a legitimidade da prova da acusação e, por outro, a efetiva possibilidade de a defesa controlar a regularidade o percurso;



8) Análise e Perito Oficial: A coleta deve se dar preferencialmente por perito oficial, justificada e comprovada a impossibilidade, sendo que devem obedecer, sob pena de nulidade, as disposições atinentes à cadeia de custódia, inclusive as disposições complementares expedidas pelo órgão central de perícia oficial (CPP, art. 185-C). A exigência de **Perito Oficial**, sob a fé de seu grau, mitiga os comportamentos oportunistas, embora a hierarquia funcional possa ser objeto das mais variadas pressões. O perito deve guardar imparcialidade objetiva/subjetiva/cognitiva. Por isso, a exigência de análise por órgão autônomo mitiga o risco de o acusador editar a prova que lhe é útil, desprezando a defensiva, situação que não se pode afastar *a priori*. O efeito de se levar a sério a cadeia de custódia é o de, talvez, impedir que as práticas investigativas em desconformidade com o Devido Processo, persistam. Eventual ausência de estrutura operacional deve militar em favor do imputado (modalidade de perda de uma chance probatória), até porque já decorrido tempo razoável para adaptação às disposições legais. O uso da tecnologia *Blockchain* será o próximo passo de garantia probatória;

"É proibida a entrada em locais isolados, bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização". **Soraia da Rosa Mendes e Ana Maria Martinez**

"As técnicas de captação do som, imagem e até de captura de outros elementos originariamente produzidos em meio digital não estão imunes à corrupção em termos metodológicos. Muito menos há isenção de risco de manipulação do produto obtido por meios dos métodos ocultos de investigação". **Geraldo Prado**

9) Dever de Conformidade: O que for trazido à investigação à revelia das novas disposições deve ser desconsiderado, até porque quem deve comprovar a Cadeia de Custódia é o Estado, não o imputado. A comprovação do rastreamento, a saber, da higidez do trajeto cronológico da coleta, análise e avaliação das evidências, evitando-se as manipulações indevidas, é carga probatória da acusação. Caso o Estado acusador não comprove a devida Cadeia de Custódia ou reconhecido vício, desprezam-se os vestígios para fins penais. O agente público (que não pode alegar desconhecimento da lei) que descumprir as regras técnicas será o responsável pela absolvição do imputado. **Exceção** se dará nos casos de catástrofe ou de perecimento das condições iniciais de apuração, por

"Nos termos da lei agora em vigor, o início da cadeia de custódia se dá com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. Entende-se como vestígio todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal" **Soraia da Rosa Mendes e Ana Maria Martinez**

"No que refere às etapas probatórias, os processualistas que defendem a exclusão entendem que o exame da cadeia deve ocorrer na fase de admissão. Desse modo, o elemento probatório que tenha a sua cadeia de custódia quebrada terá interrompido o trânsito para integrar o conjunto probatório sobre o qual o processo circundará. Já para os que entendem que a quebra não necessariamente deve acarretar a exclusão, é na fase de valoração que cabe proceder-se a exame da cadeia de custódia. Para estes, o comprometimento da fiabilidade do elemento probatório consiste em uma questão de grau e, sendo assim, o juiz pode chegar a aproveitar o elemento irregularmente custodiado. Quem sustenta este entendimento busca evitar a exclusão de elementos probatórios, que seriam capazes de auxiliar na determinação de fatos juridicamente relevantes". **Janaina Matida**

"A quebra da cadeia de custódia leva à quebra da rastreabilidade da prova. Isso, por sua vez, leva à perda de credibilidade daquele elemento probatório." **Carlos Edinger**

"Não se deve, portanto, misturar a etapa na qual se examina a sua *avaliabilidade* à etapa posterior em que se realiza a sua *avaliação propriamente dita*. A distinção de etapas feita conceitualmente auxilia na redução dos riscos de raciocínios probatórios equivocados pelo juiz, dado que se elimina de plano aquilo que não lhe poderá servir de premissa". **Janaina Matida**

"São coisas diversas saber se um determinado elemento probatório está em condições de ser avaliado, ou seja, se o elemento probatório pode ser objeto de avaliação, e em caso de ser avaliável, saber que valor o juiz lhe atribui". **Geraldo Prado**

"Por essa razão, no direito anglo-americano, 'a supressão, pela acusação de evidências favoráveis ao acusado, mediante pedido, viola o devido processo legal quando a prova é material para culpar ou punir, independentemente da boa-fé ou má-fé da acusação (Case Brady vs Maryland, 1963)". **Geraldo Prado**

"[...] a apreensão de computadores por si só não garante integridade da informação e autenticidade da fonte de prova, estas sujeitas a adoção de métodos que consideram algoritmos criptografados destinados a reter e preservar os dados (cópias espelho e lógica e cálculo da função HASH). [...] a preservação da cadeia de custódia da prova é uma entre as diversas técnicas de certificação dos elementos apresentados, de modo que deverá responder aos questionamentos sobre a «integralidade» (o documento/objeto apresentado como prova se encontra da mesma forma em que foi originalmente adquirido?), a «espoliação» (houve alterações intencionais no documento/objeto durante o manuseio ou análise, ou a evidência em potencial foi destruída em antecipação a uma investigação?) e a «volatilidade» (o documento/objeto é suscetível de mudança devido a fatores mecânicos, ambientais ou de passagem de tempo?)". **Geraldo Prado**

fatores externos, mas nunca por desaparelhamento do Estado, por sua Polícia Técnica. A falta de insumos (p.ex. lacre), peritos, material para o devido levantamento do local etc., devem ser interpretados em favor do imputado. Não se trata de mera irregularidade, mas de vestígio ilegítimo, obtido em desconformidade com a regra de obtenção. Não cabe aqui interpretação relativista, em favor da "apuração do crime", mas sempre teremos um negacionista de garantias. É verdade que erros materiais não invalidam a cadeia de custódia, mas a inobservância fará com que a absolvição seja obra dos policiais relapsos, fogosos ou autoritários (de boa ou de má-fé). Será preciso rever as práticas de atendimento das ocorrências, estabelecendo-se protocolos de ação;

10) Quem Reconhece a Quebra da Cadeia de Custódia: É dever de todos os agentes públicos o controle da Cadeia de Custódia. Desde a autoridade policial, até a decisão, os agentes com poder devem realizar o filtro de conformidade dos vestígios, dos laudos, das perícias, enfim, de todo o percurso. O uso de material inválido pode gerar responsabilização administrativa e penal, motivo pelo qual todos os agentes devem apontar os "vícios" quando da participação no fluxo procedimental. A exclusão dos autos depende da fase processual e de decisão motivada, até porque o "vestígio" não pode desaparecer dos autos sem a devida justificativa, preservação e controle;

11) Momento Processual da Conformidade da Cadeia de Custódia: Se a produção de provas atende às diversas fases (investigatória e judicial), o controle da Cadeia de Custódia, além de ocorrer durante todo o percurso do vestígio, necessariamente, deve ocorrer antes da prolação da decisão judicial. A definição do conjunto de provas válidas, hábeis a autorizar inferências de suficiência da Hipótese Acusatória precede à valoração, sob pena de sobreposição das etapas. Somente pode ser valorada a prova válida, motivo pelo qual a exclusão da prova irregular (ilícita ou ilegítima), ocorre em momento precedente. Assumimos o **Teste EVE**, em que a **Existência** material do **vestígio** deve se consolidar como **prova** se, e somente se, atender aos requisitos de **Validade** para, então, poder ser valorada no plano da **Eficácia**. Os passos evitam confusões as mais diversas, especialmente o comportamento oportunista. Se alguma das partes alegar a quebra da Cadeia de Custódia, em qualquer parte do fluxo, a questão deve ser analisada, inclusive durante a investigação preliminar, dada a possível utilização do meio viciado como suporte de pedidos cautelares (é ilógico que o controle ocorra somente depois de exercida a ação penal);

12) Métodos Ocultos e Tecnológicos: A questão ganha contornos trágicos nos casos de utilização de métodos ocultos, dada a manipulação (supressão, omissão etc.) por parte do acusador**.** Nos casos de interceptação telefônica, de dados, agente infiltrado, captação ambiental, imagens, filmagens, dentre outras modalidades ocultas, a manutenção de **todo** o **material obtido**, com a exclusão (motivada), por parte do julgador

(vedado o controle unilateral pelo investigador ou acusador), do material que não diga respeito ao objeto do Caso Penal. As mídias apreendidas, também, devem ser disponibilizadas à defesa, na totalidade. A subtração, por parte da acusação, de conteúdo probatório, além de violar a Boa-fé Objetiva e a "Regra de Brady", pode atender a interesses **estratégicos** ou **protecionistas**, isto é, pode dificultar o exercício da defesa e/ou evitar que agentes públicos sejam responsabilizados (pela quebra da cadeia de custódia);

13) Supressão, Omissão ou Manipulação: Se a acusação opera valendo-se de "meia verdade", com o fim de atribuir responsabilidade penal, a resposta ao comportamento **oportunista** deve ser suficiente à dissuasão do agente e dos demais. Do contrário, o Estado obteria benefícios em decorrência de ilegalidades que deveria prevenir. O Estado deve arcar com a ineficiência dos mecanismos de controle de seus agentes. A juntada parcial, deletada, omitida, de boa ou má-fé, traz consigo a **ilicitude** da prova e a contaminação das provas dela decorrentes (fruto da árvore envenenada). A utilização dessa modalidade de *doping* é prática corrente nas investigações de métodos ocultos (às sombras), especialmente porque, em geral, atribui-se a função de capturar, manipular e apresentar, o resultado da interceptação telefônica e de dados ao próprio acusador. O fundamental é que se deve dar acesso à defesa de toda a prova produzida, porque "*a transcrição de apenas trechos da degravação dificulta sobremaneira a defesa*" (STF, Min. *Ricardo Lewandowski*, AP 508);

14) Boa ou Má-Fé do Agente Público: A atribuição de boa ou má-fé é irrelevante para fins de atribuição da quebra da cadeia de custódia. Na **distribuição da desconfiança**, a previsão de regras específicas busca reduzir o espaço discricionário, motivo pelo qual se a "causa" da quebra decorreu de comportamento de boa ou má-fé, servirá para fins de responsabilização penal e/ou administrativa. A invocação do argumento para "salvar" a quebra, "como se não existisse" é espúria. Se do CPP constasse apenas "Recomendação", a situação seria diversa. Mas a regra determina, em detalhes, os cuidados metodológicos. A **quebra** da cadeia de custódia é inferência objetiva de desconformidade metodológica, independente da boa ou má-fé do agente público;

15) Quebra e Defeito da Cadeia de Custódia: O rompimento dos elos de garantia da cadeia de custódia pode decorrer de erros procedimentais objetivos e também dos métodos utilizados no decorrer, em face do controle epistemológico de eficácia da evidência. A quebra da Cadeia de Custódia pode decorrer de: **a)** vício procedimental; **b)** ilicitude; **c)** ilegitimidade; e, **d)** supressão, omissão ou manipulação. A omissão cria o "vazio" de controle, isto é, a função de **monitoramento** e **auditabiidade** da prova se esvazia. Deve-se **distinguir** as evidências que demandam análise laboratorial, técnica ou científica (drogas, mídias, sangue etc.) dos instrumentos utilizados na prática do crime. O **enquadramento** da questão pauta-se pela garantia do direito de ampla defesa, sem que se

"O extravio e a não juntada, aos autos, de parte dos elementos de prova, resultantes da quebra de sigilos telemático e telefônico, tornou-a imprestável, considerando-se a impossibilidade de a defesa, após a denúncia, confrontar ditos elementos informativos, mediante o acesso integral do material probatório colhido, em violação aos princípios da unidade e da comunhão da prova, inviabilizando, assim, o exercício do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. [...]. O poder punitivo do Estado apenas encontra legitimação na observância dos princípios do devido processo legal e da presunção da inocência, que não podem ser assegurados sem que se disponibilize, a ambas as partes, o conhecimento integral das fontes de prova. Nesse sentido, o produto da interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, impondo-se, ao juiz, a tarefa de franquear, à defesa, os mesmos recursos para se preparar para o litígio, o que somente pode ser assegurado quando houver a preservação da integralidade dos elementos informativos colhidos no curso da investigação criminal. [...] No caso em apreciação, no qual houve a perda parcial da fonte de prova obtida mediante a quebra de sigilo telemático e a fragmentação daquela decorrente da escuta telefônica, no âmbito da Polícia Judiciária, sem preservação da integralidade do material informativo obtido na investigação, restou prejudicado o devido processo legal e inviabilizado o exercício da ampla defesa, por impossibilitada a efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova, reputada relevante para a apuração, no que objeto de extravio, pela própria autoridade policial. Revelou-se, assim, induvidosa a violação aos direitos fundamentais dos acusados".
Assusete Magalhães

"Verificada a quebra da cadeia de custódia, o que há é a impossibilidade do exercício efetivo do contraditório pela parte que não tem acesso à prova íntegra. Os elementos remanescentes sofrem com a lacuna criada pela supressão de outros elementos que poderiam configurar argumentos persuasivos em sentido contrário à tese deduzida no processo e por essa razão estão contaminados e igualmente não são válidos".
Geraldo Prado

"Vale sublinhar que a tradição de controle da licitude probatória tem o mérito de incorporar um 'efeito dissuasório' – *deterrent effect* – que serve de desestímulo às agências repressivas quanto à tentação de recorrerem a práticas ilegais para obter a punição".
Geraldo Prado

"Foram alterados elementos probatórios ou dados essenciais? Foram suprimidos elementos essenciais? Foram acrescentados, artificiosamente, elementos relevantes que haviam sido ilicitamente obtidos e, portanto, fazia-se necessário ocultar a fonte verdadeira? Perguntas sem resposta satisfatória no âmbito da investigação em curso que servem somente para reforçar o denominado 'princípio da desconfiança', consagrado também no direito norte-americano".
Gerado Prado'

"Claro está que a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou apreendido pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial. [...] Assim, o valor probatório de uma evidência ou documento será válido se não tiver sua origem e tramitação questionada. Qualquer questionamento acarretará prejuízo para o processo como um todo".
Alberi Espíndula

TJSP, APCrim. 1503220-46.2018.8.26.0536 (Des. Guilherme Nucci): "Art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 11.343/06. Alegada imprestabilidade do laudo pericial. Ocorrência. Circunstâncias presentes nos autos que indicam ter sido periciada arma diversa daquela apreendida. A numeração do lacre inserido pela autoridade policial não corresponde ao lacre recebido e periciado pelo Instituto de Criminalística. Quebra da cadeia de custódia da prova pericial. [...] Recurso parcialmente provido".

STJ, HC 574.103 (Min. Nefi Cordeiro): "2. Com relação à ilegalidade referente à cadeia de custódia do material genético enviado para exame de DNA, tem-se que, apesar de o ofício ter sido elaborado de maneira concisa, sem indicação de número do pacote, não restou comprovada a quebra da cadeia de custódia, uma vez que a simples concisão do ofício e a ausência de indicação do número do pacote não são suficientes para reconhecer a ilegalidade. 3. No tocante à divergência entre o tempo de desaparecimento da vítima e o lapso temporal da morte indicado no laudo, justificou na valoração a Corte local que o próprio laudo pericial atestou a dificuldade em precisar o momento da morte, e a indicação de erro não pode ser tida como certa. 4. No concernente à divergência na cor da pele da vítima, novamente, tem-se que o exame pericial destaca a possibilidade do resultado ser divergente do real, em razão da miscigenação, na valoração justificada que fez da prova. 5. Ademais, inviável alteração das conclusões das instâncias de origem relacionadas ao laudo pericial, por demandarem a análise fático-probatória, o que é vedado na via do habeas corpus. 6. Habeas corpus denegado".

confunda o **essencial** com o **acessório**, a saber, nem toda "irregularidade" é suficiente à quebra dos elos da Cadeia de Custódia. Desde que vestígio tenha sido **preservado** de modo **substancial**, nem tenha sido "exposto" a adulterações que impeçam, por exemplo, a contraprova, a aferição da quebra deve ocorrer de modo racional e vinculado à "justificação da norma" (*Frederick Schauer*). A previsão do art. 158-B, V, do CPP, não cobre as omissões parciais de assinatura, os erros de preenchimento, nem eventuais erros de acondicionamento do "martelo" usado no homicídio, por exemplo. Ao mesmo tempo em que o erro de acondicionamento de "materiais biológicos" leva, na maioria dos casos, à quebra da **Cadeia de Custódia**. Por isso, posições extremadas (radicais), no sentido de que sempre estará quebrada ou de que nunca estará quebrada, devendo o julgador conferir peso à inobservância, são insustentáveis. Os critérios da quebra dependem das características dos vestígios e das regras técnicas de tratamento e manipulação. A depender do material, ainda que haja rompimento, desde que garantida a "mesmidade", "confiabilidade" e "credibilidade", pode-se atribuir validade. Os critérios a se observar são os da **garantia** de: **a)** autenticidade**; b)** mesmidade**; c)** confiabilidade**; e, d)** restrição à ampla defesa**.** No caso de dúvida sobre a extensão do efeito da quebra, prevalece a **Presunção de Inocência** (regra de julgamento das questões controversas), devendo pender o juízo em favor do imputado;

"A constatação da quebra da cadeia de custódia das provas impõe a exclusão destas evidências dos processos penais assegurando, portanto, a fundamentação coerente e o devido processo legal garantido. A função da cadeia de custódia consiste em estabelecer o mecanismo de prospecção e preservação das provas que deverão ser submetidas ao contraditório e estar disponíveis para as partes". **Maria Alice dos Santos Severo**

"A constatação da quebra da cadeia de custódia das provas impõe a exclusão destas evidências dos procedimentos penais". **Geraldo Prado**

"Qual a consequência da quebra da cadeia de custódia (*break on the chain of custody*)?". E apresenta a solução segundo sua visão: "sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a prova derivada. É a 'pena de *inutilizzabilitá*' consagrada pelo direito italiano." **Aury Lopes Jr**

STF, ROHC 90.376 (Min. Celso de Mello): "A ilicitude originária da prova, nesse particular contexto, transmitiu-se, por repercussão, a outros dados probatórios que nela se apoiam, ou que dela derivam, ou que nela encontraram o seu fundamento causal."

16) Efeito da Quebra da Cadeia de Custódia: O efeito da quebra da cadeia de custódia consiste na declaração da **ilicitude** ou **ilegitimidade** da prova para fins de valoração judicial, com a exclusão física de seus elementos e dos que dela decorrerem (fruto da árvore envenenada). Se for ilicitude, inviável a renovação. Na hipótese de ilegitimidade, a depender do contexto, poderá ser renovada, desde que não restrinja o exercício da defesa. O importante é a demonstração do **nexo causal** entre o elemento declarado viciado e os demais constantes dos autos. A exclusão dos autos é a consequência lógica, sob pena de equivaler a "segredo de polichinelo", isto é, não vale, mas fica nos autos;

C – Controvérsia:

1) Táticas Oportunistas: A ingênua fé inabalável nos agentes estatais deve ser invertida, porque se trata de comprovação de condutas criminalizadas, a partir da Presunção de Inocência. Evidentemente que o mero passar de mãos não precisa constar expressamente no relatório da cadeia de custódia, mas o trajeto do material utilizado pela acusação precisa estar delineado a partir de sujeitos humanos que fizeram a apreensão (CPP, art. 158-A, § 2º *O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação*), manuseio e análise. Sem isso, impede-se a comprovação do nexo de causalidade entre o resultado pretendido e o caminho retrospectivo até a cena do crime;

"Se a polícia consegue atribuir armas e cocaína àqueles contra quem vai depois testemunhar para obter uma condenação, de certeza que também consegue 'plantar' DNA". **Helena Machado e Barbara Prainsack**

"Há casos de corrupção policial em que as pessoas visadas e presas são as mesmas suspeitas de sempre, pelos mesmos crimes, pois os policiais sabem que pessoas com antecedentes criminais são vistas mais facilmente como inconfiáveis e suspeitas. A polícia, nesses casos, se aproveita do fato de pessoas marginalizadas serem alvos mais fáceis". **Luiz Eduardo Cani**

2) Aplica-se a Todos os Casos (anteriores ao Pacote): O regramento especificado em lei não se trata de novidade, razão pela qual deve ser aplicado a todas as investigações e os julgamentos pendentes, porque sempre houve necessidade de **Cadeia de Custódia**, não realizada pelas mais variadas razões. O fato de os dispositivos do art. 158-A, do CPP, inseridos pelo Pacote Anticrime, não servirem de suporte normativo, é questão orbital. O STJ já havia reconhecido a importância do tema antes da alteração, com base nos regramentos do Ministério da Justiça (Portaria 82/2014) e das regras técnicas atinentes ao objeto periciado. Ninguém pode ser condenado com base em "prova surpresa", produzida a partir de vestígios desprovidos do histórico de obtenção, manipulação e validação, ou seja, sem rastreamento;

"O cuidado que envolve o tema da formação da prova leva em consideração questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidade e também interroga, no plano teórico, as condições concretas do melhor conhecimento judicial. Em outras palavras, trata-se de perseguir a melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação imprópria". **Geraldo Prado**

STJ, RHC 141.981 (Min. Reynaldo Soares da Fonseca): "Conforme assentado pela Corte local, os institutos processuais são regidos pelo princípio *tempus regit actum*, nos termos do art. 2º do CPP, *in verbis*: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior". Nesse contexto, não é possível se falar em quebra da cadeia de custódia, por inobservância de dispositivos legais que não existiam à época".

MJ, Portaria 82/2014: "Denomina-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte".

3) Alegação Defensiva Oportunista: O **efeito colateral** da implementação da Cadeia de Custódia depende da abordagem: **a) otimista**; ou, **b) pessimista**. O otimista, ao verificar qualquer irregularidade tende a apostar as fichas na quebra da cadeia, explorando argumento sem suporte fático, enquanto o pessimista, diante da postura leniente da magistratura, tende a se omitir. A atuação deve ser realista, factível, provida de indicadores objetivos que autorizem, em juízo de probabilidade, o acolhimento da pretensão de quebra da cadeia. Até porque se o ato for renovado, o fator deve ser considerado na eleição da estratégia. O que se lamenta é que a aposta recorrente na "mera" alegação de "quebra" seja banalizada. O uso consciente do argumento preserva a importância do instituto, mas depende da coordenação defensiva, improvável no plano fático. A integridade da cadeia de custódia deve partir da observância substancial (formal e material) em face do contexto de obtenção, especialmente quando puder ser corroborada por fonte independente (filmagens ou testemunhas não agentes públicos). A postura obsessiva da regularidade tende a ser dominada, com o risco de se transformar a observância da **Cadeia de Custódia** em mera recomendação. A leitura adequada do instituto é a de verificação da regularidade do trajeto probatório, da ausência de manipulações, omissões relevantes, subtração de provas, enfim, não se confunde com a ausência de um carimbo;

STJ, HC 574.131 (Min. Nefi Cordeiro): "Não se verifica a alegada 'quebra da cadeia de custódia', pois nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova".

D – Estratégia:

1) Teste EVE e Planejamento: A conferência do trajeto probatório, por meio do Teste EVE (Existência, Validade e Eficácia) auxilia a identificação da quebra dos elos necessários à integridade da Cadeia de Custódia, avaliando-se as estratégias daí decorrentes. O protocolo deve documentar, para cada vestígio, os seguintes indicadores: a) quem; b) quando; c) como; d) onde; e) por que; f) para que; g) o que; e, h) com que motivação;

2) Ganho Competitivo: O prévio domínio dos protocolos de acondicionamento e observância da cadeia de custódia produzidos pelos órgãos estatais, em geral, disponíveis na internet, devem servir de parâmetro à conferência da integridade da cadeia de custódia;

"A manipulação e armazenagem dos vestígios são questionamentos a serem utilizados pela defesa, no intuito de enfraquecer as provas produzidas, muitas vezes de maneira fundamentada. É importante que os operadores do direito saibam que cada vestígio tem uma maneira de ser revelado, coletado, armazenado e transportado e será tarefa do Assistente Técnico verificar se eles se ajustam aos parâmetros técnicos estabelecidos".
Roberto Carlos Meza Niella

3) Perito e/ou Laudo Defensivo: A condução de investigação defensiva, provida de técnicos capazes de, se necessário, participar da produção probatória ou de emitir laudo avaliando a coerência, a consistência e a qualidade (pontos fortes e fracos) das inferências técnicas do material probatório já encartado aos autos, promove duplo movimento. O **primeiro** é o de confrontar as conclusões por meio de "razões técnicas", em geral, desconhecidas pelos agentes processuais. O **segundo** é o de munir as partes de questões relevantes e aptas à corroboração das Hipóteses sustentadas (utilizáveis em audiência, p.ex.).

9.6 Validade Científica (Padrão Daubert) e *Fake News*

A – Definição:

O estatuto de validade dos meios de prova deve ser reconhecido cientificamente, por meio de regras, procedimentos e protocolos definidos em lei e/ou obtido pelo consenso da comunidade científica, observando-se as 5 (cinco) condições de validade estabelecidas pelo "Padrão Daubert".

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Invasão *Fake*: A inundação de informações jurídicas (livros, artigos, informativos, julgados etc.) impede que possamos separar o que é relevante, ou seja, o **sinal** do **ruído**. Não raro, acumulamos informações inconsistentes, quando não, *Fake News*. A nossa realidade passa a ser composta por *cards* do *instagram* ou do *twitter*, sem verificação da origem ou mesmo da possível manipulação de sentido. Desde notícias falsas, até narrativas processuais construídas por fragmentos, isto é, a "meia verdade articulada" de modo conveniente. O cenário de *Fake News* foi desenvolvido no decorrer do Guia. O importante é a disposição de exigir a demonstração de evidências de qualquer afirmação por meio de critérios cientificamente reconhecidos, além da Cadeia de Custódia;

"Os humanos são animais que procuraram padrões. Nós procuramos sentido num mundo complexo, peculiar e contingente. Mas somos também animais contadores de histórias e durante milhares de anos nossos mitos e religiões nos sustentaram com histórias sobre padrões significativos – de deuses e de Deus, de seres sobrenaturais e forças místicas, do relacionamento de humanos com outros humanos e com os seus criadores, e do nosso lugar no cosmos. Uma das razões pelas quais os humanos continuam pensando magicamente é que a maneira de pensar moderna, científica, tem apenas duzentos anos de idade, enquanto a humanidade existe há uns duzentos mil anos".
Michael Shermer

2) Argumentação Terraplanista: Do ponto de vista da sustentação científica, deve-se **distinguir** entre os argumentos válidos e os inválidos, isto é, os decorrentes de conhecimento científico válido. O uso de argumentos espúrios no ambiente do processo exige filtros de controle, dada a responsabilidade da fala. No processo, diante da profusão de teorias e publicações, muitas delas descoladas da realidade, a condição da credibilidade das proposições é a demonstração, por meio de procedimentos adequados, de evidências empíricas (e não meramente bibliográficas). Não é porque existem livros sobre Extraterrestres (na *Amazon* são mais de 6 mil títulos) que se prova a existência de vida fora da terra. Na esfera privada podemos esperar um "disco voador", ao mesmo tempo que no espaço público, as razões também são públicas. Todos podemos conduzir livremente nossas vidas, sem que tenhamos legitimidade para impor aos

demais nossas crenças, ideias ou conhecimentos (as opiniões);. Mas, nos Tribunais, faz-se isso todos os dias. É um festival de "eu acho", "tenho para mim", "meu sentimento é o de que". Precisamos de critérios mínimos de validade do discurso científico no ambiente jurídico;

"O fenômeno do crime ou da criminalidade é algo de complexo, diversificado e patologicamente uma realidade pluri-multi-factorial. Olhar o crime implica uma visão abrangente, quer no que às causas exógenas, externas ou sociais respeita, quer relativamente essoutras endógnegas, internas e individuais". **Benjamim Silva Rodrigues**

3) Validade Legal e/ou Científica (*Junk Science*): As novidades tecnológicas, as teorias contemporâneas podem ser invocadas no ambiente do processo penal. A pergunta é: qual o padrão de credibilidade? Para isso não basta a mera juntada e sim a demonstração da aceitabilidade científica da metodologia aplicada, dos resultados anteriores e da margem estatística de erro. A ciência opera com **probabilidade** e não com determinismo. Distinguir o que é boa e má ciência transforma-se em habilidade necessária ao exercício da atividade processual, principalmente pela inserção de mecanismos automatizados e de inteligência artificial. O estatuto de validade precisa ser problematizado, evitando-se o uso oportunista da ciência;

4) Padrão Daubert (EUA, Corte Suprema, 1993): Prevalece no regime norte-americano o *standard* probatório denominado *Padrão Daubert* (Daubert vs Merrell), explicitado, segundo *Benjamim Rodrigues*, pelos seguintes vetores: "*1) Controlabilidade e falsidade da teoria científica sobre a qual se funda prova; 2) Determinação da percentagem de erro relativamente à técnica empregada; 3) Existência de um controle exercido por outros peritos através da* 'peer review'*; 4) A existência de um consenso geral da comunidade científica de referência; 5) A prova científica seja diretamente relevante ('fit') relativamente aos casos que devem ser determinados no caso concreto*". Não é qualquer teoria ou mecanismo tecnológico que pode ser valorado no processo. O preenchimento dos vetores é condição de validade, sendo que a valoração depende do contexto probatório do caso penal. Distingue-se a boa ciência da *junk science*.

5) Um Mundo de Dados: A tecnologia coloca a questão atual de reposicionar a noção de privacidade. Adictos tecnológicos, com o manejo de celular, computadores, GPS, vídeo-vigilância, programas de rastreamento (telefone, seguro de automóvel etc.), podemos falar em privacidade? Os programas instaláveis nos celulares para o fim de rastreamento superaram o que a ficção científica havia apresentado como mundo novo. O regime de invasão de privacidade exige autorização expressa, nos termos da lei , mas não o impede durante a investigação, especialmente no caso de *Profiling Criminal* e da Criminologia Forense;

"Mas o problema é que essas cifras nem sempre são usadas para transmitir informação. Com igual frequência são empregadas para provocar distorções: influenciar, assustar ou nos conduzir a caminhos enganosos, mediante a fria autoridade de números e fórmulas. [...] O mau uso da matemática pode ser imoral. Os mesmos truques matemáticos que enganam o público acerca de tendências de mercado, riscos e problemas sociais têm mandado gente inocente para a cadeia. Enganar-se em relação ao preço do petróleo é uma coisa – ter negada a justiça por erros de cálculo é outra bem diferente". **Leila Schneps e Coralie Colmez**

6) Exigência de Conhecimento Especializado e o Julgador: A complexidade do mundo fez com que fossem estabelecidas regras técnicas para atividades cotidianas e também probatórias. Dentre elas, por exemplo, o **Exame de DNA** não pode ser oferecido por dentista ou policial, dada a ausência de função atribuída de perito, ainda que disponha de conhecimento técnico qualificado. Por mais que o dentista possa saber de genética, não está no lugar de dizer validamente sobre o

exame de DNA, salvo se sua manifestação técnica ocorrer no contexto das regras técnicas de enunciação. Não é pelo fato de o juiz ter exercido anteriormente a função de perito forense que está autorizado a subscrever o laudo de materialidade de um crime (seu lugar atual é diverso). O conhecimento técnico melhora a capacidade de valoração do laudo (CPP, art. 182), mas não pode substituir as atribuições do perito;

"As técnicas usadas dentro do Compas são parecidas com aquelas que tenho usado até então: primeiro, os dados são rotacionados e reduzidos usando o ACP e, então, um modelo de regressão é usado para prever reincidência com base em resultados históricos."
David Sumpter

"Para o algoritmo Compas, um falso positivo é quando uma pessoa que não vai cometer um crime no futuro é classificada como alto risco, i. é, a previsão do modelo foi positiva, mas errada (falsa)."
David Sumpter

"Os acusados negros tiveram uma proporção bem maior de falsos positivos do que os acusados brancos. [...] "Se você for preso e um juiz usar um algoritmo para ajudar a avalia-lo a pior coisa que pode acontecer é você receber um resultado falso positivo. Um positivo verdadeiro é justo: o algoritmo previu que você era um risco e você era. Mas um falso positivo pode significar que lhe seja negada a liberdade condicional ou dada uma sentença maior do que você merece. Isso estava acontecendo com mais frequência com acusados negros do que com brancos. Quase metade dos acusados negros que não reincidiam tinha sido taxados como de alto risco. Por outro lado, acusados brancos recebem mais falsos negativos, em que o algoritmo diz que uma pessoa é de baixo risco, mas ela comete crimes no futuro". [...] "Para a sociedade, um fração alta de falso positivo é um problema; isso significa que pessoas que deveriam ter sido detidas foram devolvidas à sociedade e cometeram crimes. Quase metade das pessoas brancas que reincidiram tinham sido taxadas como de baixo risco".
David Sumpter

C – Controvérsia:

1) Programas de Score Criminal, Preconceitos e Vieses: As práticas tecnológicas valem-se de dados que se estiverem enviesados por preconceitos, produzem modelos equivalentes. A experiência do COMPAS (*score* de risco para fins de estimar a probabilidade de reincidência) e de outros "produtos" demonstram a importância do controle, da **auditabilidade** e da **transparência** da metodologia e dos dados, sob pena de reproduzirem os problemas relacionados à "criminalização secundária" e ao "etiquetamento", denunciados pela Criminologia Crítica, especialmente "racistas", "sexistas" e vinculados à gestão da pobreza, via Sistema Penal;

2) Carta Psicografada: a carta psicografada é documento, sendo abusiva a equivalência a depoimento transcrito, por direta violação das regras de produção (CPP, art. 202). Não há vedação expressa de juntada aos autos e composição do acervo probatório. Podem ser requeridos exames de falsidade, grafoscópicos, grafotécnicos para atestar a autenticidade. Do ponto de vista do *standard* argumentativo do mundo jurídico (e não do outro mundo), o uso é espúrio, até porque a liberdade de expressão é direito de vivos, por trazer consigo a responsabilidade daí decorrente (penal e cível). O efeito da carta psicografada, mesmo como documento, impede o exercício da ampla defesa e do contraditório, já que impossível a falsificação do conteúdo. Utilizado no Júri de modo mais intenso (a vítima aponta ou exonera responsabilidade);

"Se abrimos as portas dos tribunais para as cartas psicografadas e aceitamos o argumento de que elas têm base científica, abrimos um precedente perigoso que poderia levar à admissão de meios de prova baseados em outras pseudociências. Por isso é tão importante sermos firmes em rechaçar toda essa literatura jurídica fundamentada em uma visão equivocada da ciência. As cartas psicografadas pertencem aos centros espíritas e ao foro íntimo dos que nelas acreditam; não ao processo judicial, cujas decisões devem estar pautadas em critérios de racionalidade publicamente partilhados. Afinal, o tribunal é lugar de ciência também".
Rachel Herdy

"As 'provas pseudocientíficas' – e nelas as *cartas psicografadas* –, por exemplo, não podem ser consideradas provas e não devem ser admitidas e produzidas. Isso quer dizer: não devem entrar no processo nem como documento, dado que o conteúdo não se sustenta por si, ou seja, tem-se algo que, de antemão, coloca em risco a "verdade" dele e, portanto, sua aceitação. E como testemunha (do além) muito menos. Afinal, é essa prova que, se for produzida, será apreciada/avaliada; e o resultado disso ainda – argumentativamente, logo, como linguagem – exposto na fundamentação".
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

3) *Testing* Judiciário: Em casos de racismo, sexismo, homofobia ou de perseguição de minorias discute-se a validade do "***testing***", cuja metodologia consistente em inserir, no ambiente da conduta objeto da investigação (contexto, local grupo, etc.), um agente com caraterísticas equivalentes a do denunciante, para o fim de verificar a reprodução do mesmo comportamento discriminatório. Não se trata de provocar a conduta e sim de reproduzir as condições materiais. O resultado positivo aumenta a verossimilhança da primeira alegação, porque a prova da conduta anterior é inferida do comportamento posterior reiterado. Não de modo automático e sim a partir de análises contextuais, a saber, não é suficiente o "***testing***", até porque há risco de provocação e de manipulação. Ainda que indiciária, porque não se trata do mesmo curso de ação, a verificação do "*modus operandi*" da conduta "denunciada" e da "testada", tendem a justificar o aprofundamento das investigações;

4) Detector de Mentiras: Ainda que muito popular nos filmes, a eficácia do detector de mentiras (polígrafo) é controversa no ambiente americano (Suprema Corte, EUA x Scheffer; 1998). No Brasil a utilização no processo penal é vedada. O funcionamento do aparato mede a "excitação nervosa" do agente e as alterações que poderiam indicar, a partir de padrões estabelecidos (linha de base com perguntas verdadeiras e falsas), a honestidade da resposta. Diante das manipulações químicas, das Falsas Memórias e do fingimento, dentre outras variáveis, o teste não congrega padrões de precisão e acurácia e modo a sustentar a sua utilização como meio de prova;

"Analisando sob essa perspectiva, o detector de mentiras, na seara processual penal, é uma prova ilícita, uma vez que é produzido sem observar a norma – até porque nosso país carece de legislação que regule seu uso -, principalmente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado, não sendo permitido pelo ordenamento que este produza provas contra si mesmo. Dessa forma, a utilização dos resultados de teste de polígrafo em qualquer processo, penal ou não, fere a Constituição Federal (artigo 5º, inciso LVI)".
Maria Victória Jaeger Gubert

TJRS, HC 70066609934 (Desa. Jucelana Lurdes Pereira dos Santos: "Além de o detector de mentiras não ser prova prevista em lei e inexistir comprovação de sua eficácia, ninguém poderá ser compelido a submeter-se ao exame".

"Estados, empresas, órgãos de investigação e a própria comunidade científica americana, onde surgiu este instrumento de suposta detecção, já atestaram sua falta de credibilidade e, principalmente, cientificidade".
Yuri Felix

D – Estratégia:

1) Controle Epistêmico: Além da prova pericial, a tecnologia trouxe para o contexto do processo penal diversas novidades, sem que existam normas jurídicas regulamentares, motivo pelo qual os critérios de validade devem ser buscados nos respectivos campos do saber. Os controles epistemológicos servem como filtro contra o uso espúrio de metodologias desprovidas de credibilidade. Opera-se, ademais, com probabilidade, sem as certezas ingênuas do determinismo e do mecanicismo, motivo pelo qual o domínio ou a consulta de profissionais qualificados reduz a margem de manipulações ou de erros;

2) A Heurística do Laudo Pericial: O acolhimento da prova aberta e a possibilidade de apresentação de Laudos das mais diversas ordens, demandam a verificação da credibilidade e metodologias empregadas, sob pena de se "comprar gato por lebre", isto é, acolher-se as conclusões extraídas de percurso inválido. O Laudo depende da qualidade e quantidade dos dados, associadas à metodologia válida e reconhecida, apontando o desvio padrão, dentro de juízo de probabilidade. Todos os Laudos podem ser objeto de "checagem", porque o fato de ser Laudo Oficial sequer significa atribuição de presunção *juris tantum*. A credibilidade e a confiabilidade pressupõem a observância da Cadeia de Custódia e a utilização de métodos cientificamente comprovados (válidos e robustos);

3) Teste Daubert: Os 5 (cinco) critérios indicados pelo **Padrão Daubert** podem servir de referência ao quesito **Validade** do **Teste EVE**, por meio da satisfação dos seguintes fatores: **a)** Devem (ou podem) ser testados (falsificacionismo); **b)** Foram publicados artigos/experimentos e submetidos à crítica "dos pares" do campo científico respectivo; **c)** Estão indicados os padrões (*standards*) para o controle do uso da técnica; **d)** Devem ser reconhecidos e aceitos pela comunidade científica respectiva; e, **e)** Devem ter taxa/margem de erro conhecida e aceitável (afasta-se a infalibilidade).

"Estou dizendo, e acho que todos vocês devem saber por experiência, que as pessoas – estou falando da média das pessoas, da grande maioria das pessoas, a enorme maioria das pessoas – são infelizmente, lamentavelmente, absolutamente ignorantes da ciência do mundo em que vivem, e podem ficar assim mesmo".
Richard Feynman

9.7 Tecnologia, Unidades de Inteligência e Ampliação Probatória (Drones, Camêras etc.)

A – Definição:

A atividade processual penal foi invadida pela tecnologia e o domínio mínimo das oportunidades digitais passou a ser condição de possibilidade à melhoria do desempenho dos agentes processuais, no ambiente 4.0.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Tempestade Tecnológica: A invasão da tecnologia no ambiente probatório é realidade constante, com a tendência cada vez mais presente de que os profissionais alheios às oportunidades disponíveis sejam ultrapassados por força da defasagem tecnológica. A nossa atividade jurídica está rodeada de dispositivos inteligentes e meios de "checagem" dos requisitos de validade e de eficácia das evidências já produzidas e das possíveis de serem realizadas. O desconhecimento ou o negacionismo se constituem como comportamentos dominados. O choque tecnológico precisa ser assumido por quem deseja manter ou ampliar a **performance**. O modelo analógico de investigação, acusação e defesa ainda é funcional nos casos de complexidade "baixa" ou "média", enquanto nos de "alta" e "maxi", a competitividade tecnológica é condição mínima da atuação. Em qualquer das complexidades, associar meios digitais é fator de vantagem competitiva. O desconhecimento dos instrumentos disponíveis e o "medo do novo" e também dos "custos" precisam ser enfrentados de modo direto pelos agentes processuais que desejam manter condições de "jogabilidade" no processo penal 4.0;

"Inteligência Digital. Assim, poderíamos defini-la como: um processo baseado na utilização de todos os meios tecnológicos, digitais, telemáticos e de interceptação de sinais, com a finalidade de obter dados e analisá-los, propiciando a produção de conhecimentos e/ou provas a respeito de assuntos de interesse da inteligência de segurança pública e, especificamente, da prática de delitos sob investigação policial ou, ainda, a responsabilidade penal de seus autores". **Alesandro Gonçalves Barreto e Emerson Wendt**

2) Privacidade e Dados: Além da Constituição, a produção de provas deve dialogar com a legislação infraconstitucional da matéria, especialmente **Marco Civil da Internet** (**MCI – Lei 12.965/14**) e **Lei Geral de Proteção de Dados** (**LGPD – Lei 13.709/18**). As distinções sobre o regime de **privacidade**, indicados por *Daniel J. Solove*, nos auxiliam a compreender o tema, isto é: **a)** direito de ser deixado em paz (vinculado ao isolamento; **b)** acesso limitado a si (proteger-se contra o acesso indesejado de terceiros); **c)** sigilo (direito de ocultar assuntos privados); **d)** controle das informações pessoais (domínio sobre os dados e informações pessoais); **e)** personalidade (vinculado à proteção dos atributos pessoais (individualidade, dignidade etc.); e, **f)** Intimidade (gestão e controle sobre os relacionamentos íntimos: afetivos, amizade etc.). Ao mesmo tempo que a privacidade não pode ser "escudo infalível" à prática de condutas ilícitas, a suspensão e/ou limitação do direitos pressupõe "causa provável", reconhecida pelo Poder Judiciário (**Reserva de Jurisdição**), nos limites do objeto investigado. Do contrário, práticas de "pescaria probatória", dissimuladas de "encontro fortuito" podem prevalecer,

mormente se instrumentalizadas por agentes estatais oportunistas. A legislação correlata ao regime de privacidade configura vantagem estratégica;

3) Justiça Penal 4.0: Classificam-se os momentos históricos em fases vinculadas às possibilidades tecnológicas. Denomina-se de 4.0 o movimento que incorpora tecnologia robusta no exercício das atividades cotidianas. Com *Yuri Felix* discorremos sobre a necessidade de observância das novidades do campo probatório. A aquisição de novos **conhecimentos** e **habilidades**, vinculados ao desenvolvimento tecnológico, especialmente em tempos de *Lawfare*, exige a tomada de posição entre o continuísmo e a ruptura. A constatação não significa, necessariamente, a obtenção de formação especialista, ao mesmo tempo em que pressupõe a disposição de ampliar o conhecimento e as oportunidades existentes. Quando o Caso demanda um Engenheiro como Perito, não precisamos cursar Engenharia, porque basta sabermos a função e o que é capaz de "entregar". O esforço consiste em adquirirmos conhecimentos aptos à identificação das oportunidades disponíveis no ecossistema de *Law* e *legal Techs*;

4) Dois Campos da Disparidade de Armas Tecnológicas: A disparidade tecnológica opera em **dois campos distintos**: **a)** obtenção e produção de provas; e, **b)** controle e checagem das provas apresentadas pelo oponente. O **primeiro** consiste na disponibilidade de acesso aos meios de obtenção e/ou produção de evidências por parte dos agentes estatais e também dos defensores providos de meios tecnológicos e recursos em relação aos demais imputados e defensores carentes de meios, por ausência de orçamento e/ou desconhecimento da existência. O resultado é o de que a apuração dos indicadores fáticos para atribuição de culpa se mostram desequilibrados, isto é, a ineficiência probatória pode gerar erros (falsos positivos ou negativos) por não terem sido empregadas as melhores armas tecnológicas disponíveis. O **segundo** opera na lógica de que se a acusação realiza investigação valendo-se de sofisticados recursos tecnológicos, a defesa precisa dispor de *softwares* capazes de conferir acesso ao formato dos arquivos (mídias digitais), nem sempre de fácil obtenção, além de dispor, em regra, de pouco tempo disponível para **auditabilidade** e efetiva confrontação. O fator tempo favorece à acusação que controla a investigação, reúne os elementos e apresenta a acusação estruturada, enquanto a defesa deve responder, o prazo da resposta à acusação, indicando as provas que deseja produzir. Se o imputado não realizou trabalho anterior de *compliance*, o acesso ao material defensivo resta prejudicado, ainda mais quando o agente está preso, houve apreensão de computadores e bloqueio de patrimônio (restrição de meios financeiros ao exercício da defesa). Ademais, quando a acusação deliberadamente vale-se da tática de juntar volumes e mais volumes de dados e documentos, de forma desorganizada, com senhas não fornecidas, referências a outros processos e/ou investigações autônomas,

MCI, art. 7º "O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

MCI, art. 22. 'A parte interessada poderá com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: I – fundados indícios da ocorrência do ilícito; II – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros".

STJ, HC 587.732 (Min. Nefi Cordeiro): "2. A Lei do Marco Civil da Internet aplica-se às relações privadas, e o art. 10 desse estatuto tem previsão ampla da necessidade de tutela da privacidade de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas. Além disso, ao tratar do acesso judicial, somente exige limitação temporal no acesso aos registros de 'aplicações de internet', termo legal usado para definir 'o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet' (art. 5º, VII). 3. Apesar de o artigo 22, III, da Lei n. 12.965/2014 determinar que a requisição judicial de registro deve conter o período ao qual se referem, tal quesito só é necessário para o fluxo de comunicações, sendo inaplicável nos casos de dados já armazenados que devem ser obtidos para fins de investigações criminais".

"Não há porque admitir que se obtenha dados irrestritamente de contas de *e-mail*, fornecidos pelos respectivos servidores, se em situação análoga, em que a comunicação foi pessoal ou por meio de cartas/bilhetes, não seria possível produzir prova. Trata-se de invasão abusiva do conteúdo privado, da vida cotidiana das pessoas, manipulado sob o argumento dissimulado de combate ao terrorismo que, uma vez obtidos, podem ser 'compartilhado' entre os governos, transformando o mundo em uma grande piscina, em que nenhum de nós sequer poderá suspirar sem que alguém saiba, portanto, de prova ilícita, na medida em que extrapola os limites jurídicos de produção [...]. Chega-se ao ponto de que não será possível, de nenhum modo, ter uma conversa privada, ou seja, das três esferas da privacidade, talvez não se tenha mais direito nem a ter uma que abranja a esfera violável excepcionalmente (privacidade), quem dirá as esferas invioláveis (intimidade e segredo)". **Luiz Eduardo Cani e Alexandre Morais da Rosa**

"O uso de novas tecnologias na investigação criminal apresenta uma gama de possibilidades de produção de provas, alterando o panorama estrutural dos órgãos de Polícia Judiciária, promovendo a atualização da atividade policial. A utilização de inteligência artificial, vídeo monitoramento, possibilidades de rastreamento de investigados via GPS, *softwares* de reconhecimento facial, entre outros recursos, viabilizam que órgãos de segurança pública promovam o acompanhamento de suspeitos antecipando-se à conduta criminal, podendo resgatar tais elementos para instrução futura de eventual procedimento investigatório formal. Trata-se, pois, da chamada 'investigação de campo avançado'". **André Luiz Bermudez**

"A indispensabilidade de um eficiente sistema de controles epistêmicos goza de especial importância nos dias atuais, porque vulgarizou-se o apelo, no âmbito da investigação, aos métodos ocultos de pesquisa (interceptação das comunicações e afastamento de sigilos) e de um modo geral a totalidade dos elementos informativos que subsidiam acusações encontra-se alicerçada em elementos obtidos dessa maneira". **Geraldo Prado**

a leitura do contexto real do Caso Penal resta prejudicada. A tática de dissimulação e de vantagem decorrente da **assimetria de informação** (não apresentar tudo, aguardando o movimento defensivo), por mais que viole a **Boa-fé Objetiva** e a "*Regra de Brady*", prejudica a determinação da **Teoria do Caso** pela defesa, além de impedir a "checagem" e a "**auditabilidade**" de todo o material suporte da acusação;

5) Cadeia de Custódia Digital e o Dever Estatal de Oferecer Acesso e Disponibilidade aos Meios Tecnológicos da Acusação: Se a acusação obtém ou produz evidências por meio de tecnologia não disponível no mercado ou ainda com custos relevantes, a negativa de acesso e disponibilidade dos *softwares* à defesa impede a verificação da observância da **Cadeia de Custódia Digital** (por ausência a de meios tecnológicos). A oferta, sem custos, à defesa, dos mecanismos utilizados para fins de **acesso** ao conteúdo, **auditabilidade** e **verificação** do material é condição de validade e de eficácia da prova. Deve-se conceder acesso e/ou licença de uso do programa ou *software*, durante todo o processo. A paridade de armas tecnológicas pressupõe a possibilidade efetiva (e não potencial, a depender de recursos privados) de **contraditório significativo** sobre a qualidade, credibilidade e confiabilidade dos meios e dos trajetos empregados. Do contrário, não se trata de vantagem tecnológica, mas de subtração das condições mínimas do dever de "informação" sobre o conteúdo da prova produzida, violadora do **Devido Processo Legal**. Ao mesmo tempo em que não se pode proibir o uso da tecnologia no ambiente processual, é vedado que a vantagem tecnológica circunstancial impeça o exercício da ampla defesa. A postura de exigir acesso, apontar a impossibilidade do exercício da defesa, deve ser demonstrada ao julgador, porque no ambiente 4.0, as coordenadas pressupõem adequação de meios, sob pena de não se instaurar o contraditório significativo, obstando a participação da defesa na construção do provimento jurisdicional. A indicação expressa e circunstanciada dos *softwares* e bancos de dados utilizados na investigação estão contidos no conceito de **Cadeia de Custódia Digital**, já que surgiram do esforço investigativo (em fontes fechadas e abertas) realizado pelos agentes da investigação. Por isso, o cumprimento do ônus acusatório da **Cadeia de Custódia Digital** engloba o trajeto investigativo, não se confundindo com o resultado apresentado no "Relatório da Investigação". Será preciso demonstrar (vide itens 9.5. e 9.12): **a)** quem; **b)** quando; **c)** como; **d)** onde; **e)** por que; **f)** para que; **g)** o que; e, **h)** com que motivação. A responsabilidade pelos métodos utilizados, o controle da "pescaria probatória", do "compartilhamento espúrio" de dados e informações agregados amealhados de investigações autônomas, por exemplo, precisa estar documentada, de modo a controlar os indicadores democráticos (epistemologia da prova). A inobservância abre espaço para discussão sobre a "quebra" da Cadeia de Custódia Digital, o reconhecimento da ilicitude e/ou invalidade do material apresentado;

"Algoritmos, por operarem comparando e compondo dados, podem, sem dúvida, racionalizar a Cadeia de Custódia. Obviamente, alguns ajustes são necessários: **a)** é preciso criar um *checklist* oficial da cadeia de custódia digital (o qual deve ser incluído no CPP, pois o atual regramento dos arts. 158-A a 158-F parece-nos insuficiente para tratar da prova digital), em conformidade com manuais já desenvolvidos, mas que precisam ser amplamente discutidos na comunidade jurídica, técnico-especializada (peritos nas respectivas áreas de formação) e sociedade civil; **b)** é preciso que esses critérios sejam convertidos em dados analisáveis (texto, imagem ou som de qualidade) pelos algoritmos; **c)** esses dados devem ser os mais completos, claros e nítidos (qualidade do dado) possíveis; **d)** a verificação da Cadeia de Custódia é reserva jurisdicional, de modo que o trabalho realizado por algoritmos policiais e ministeriais usurparia indevidamente a jurisdição, logo só pode pertencer ao Judiciário; **e)** toda a atividade precisa ser supervisionada pelo juiz natural; **f)** eventuais resultados negativos (insuficiência, violação, ausência ou incompletude) servem para inadmitir a prova, ao mesmo tempo que os positivos ainda se submetem ao contraditório (não implicam na admissão automática da prova); **g)** toda decisão sobre Cadeia de Custódia deve ser fundamentada (art. 93, IX, CRFB; art. 315, § 2º, CPP) e, no caso de avaliação por algoritmo, tal circunstância deve constar expressamente na decisão para que as partes possam controlar; e **g)** eventual inconsistência entre a avaliação pelo algoritmo e o controle das partes (verificação do trabalho, com conferência entre informações da Cadeia de Custódia e o *checklist* oficial) deve implicar na inadmissão da prova". **Luiz Eduardo Cani e Alexandre Morais da Rosa**

6) Unidades de Inteligência e Investigações Paralelas (ABIN, Detetives etc.): A inserção do fator tecnologia na investigação criminal revela a ocorrência de dois movimentos da investigação criminal (oficial e defensiva). O **primeiro** é o da necessidade de **desocultação** das práticas de obtenção e/ou produção de evidências, realizadas sob a "embalagem" de gestão da "Segurança Pública", sem controle, nem transparência, valendo-se de táticas de "pescaria probatória" (analógica e digital), municiando as investigações às claras com dados e informações que nem sempre comparecem nos autos formalmente. O **segundo** é o uso cada vez mais comum das **Unidades de Inteligência**, por parte do Ministério Público, da Polícia Federal, das Polícias Estaduais, das Polícias Militares e da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), dado o uso tático da ocultação das investigações, em que os movimentos estatais sequer são referenciados. Configuram **investigações paralelas**, flexíveis, com ampla mobilidade, verdadeiros "estado de exceção investigatório", até porque quando desocultadas, geram nulidades já declaradas (STF, HC 147.837). Reconhecer que os "jogadores ocultos" podem operar silenciosamente no ambiente da investigação (especialmente digital) confere meios de enfrentamento direto da questão. A investigação criminal, por certo, pode valer-se de pesquisas em fontes fechadas e/ou abertas. O que se veda é o uso **oportunista** das Unidades de Inteligência, excluindo-se os atos típicos de investigação de qualquer tipo de controle;

"Mesmo um processo de investigação policial coordenado e baseado em fases (planejamento, coleta de dados, análise de dados e elaboração de relatório), ou um processo de produção de conhecimentos de inteligência elaborado dentro do 'ciclo do processo de conhecimento' (planejamento, reunião, análise e síntese, interpretação, formalização e difusão), pode, por algum desconhecimento do investigador ou do analista, pecar pela falta de amplitude na coleta e busca do dado, gerando conhecimentos incompletos e/ou com conclusões precipitadas e imprecisas, o que pode ocasionar erros nos processo decisivos de direção de uma investigação policial ou das decisões dos gestores de Segurança Pública" **Alesandro Gonçalves Barreto e Emerson Wendt**

"Ao ver-se revelada tal temática, nos autos do HC 149.250/SP, e relacionada à *Operação Satiagraha*, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o voto do relator, desembargador convocado Adilson Macabu, pontuou que a Lei nº 9.883/1999 determina, expressamente, as funções e o *modus operandi* da ABIN, não sendo aceitável que tais limitações sejam extrapoladas. Sobretudo porque o rol de atribuições disposto na lei não permite uma interpretação elástica [...]. Nesse cenário, em um Estado Democrático de Direito é inadmissível o prosseguimento de uma investigação por parte de autoridade política-administrativa, em induvidoso e inaceitável desvio – ou excesso – de poder, maculando todo e qualquer procedimento administrativo ou investigativo praticado, na medida em que à margem da lei e de vários princípios constitucionais consagrados, com destaque aos da legalidade, da impessoalidade e do devido processo legal". **Luis Guilherme Vieira e Alexandre Morais da Rosa**

7) Investigações Descontroladas: O regime de investigação democrática pressupõe a existência e observância das regras do jogo. A sedução pela investigação informal, desprovida de amarras e materialização, fomenta práticas espúrias, posteriormente embaladas de aparente legalidade. A "pescaria probatória" é o instrumento preferido do cerco às escuras de alvos, especialmente quando a Instituição deixa de funcionar como Polícia de Estado para se transformar em Polícia de Governo. Com *Luis Guilherme Vieira* (O veto ao uso das agências de inteligência e a nulidade das investigações decorrentes: o problema da cadeia de custódia e das provas ilícita e ou ilegítima) desenvolvemos a problemática e das dificuldades de **desocultação**. O *modus operandi* das Unidades de Inteligência, por mais que seja sofisticado, deixa rastros que podem ser mapeados e localizados por questões inerentes ao uso da rede mundial de computadores, mesmo que os agentes públicos disponham de treinamento qualificado para "apagamento" ou "evitação" de rastros, além de contar com o "erro humano" advindo da reiteração das práticas oportunistas e tendência de "afrouxamento" das medidas de segurança ou por "erros operacionais" (descuidos). A adoção de mecanismos de *cibersecurity* e de **espionagem** (estatal ou privada) é cada vez mais utilizada no mundo, do qual nem mesmo os agentes estatais estão imunes. O aparato tecnológico disponível confere mecanismos de rastreio, cruzamento e processamento de dados das mais variadas fontes, operados dentro e fora do território brasileiro. Dominando-

se as ferramentas certas ou contratando especialistas capacitados, comportamentos oportunistas podem ser desocultados (com relativa facilidade). O futuro da investigação 4.0 passa pelo dever de conformidade de todos os envolvidos (***accountability***), sob pena de rompimento dos patamares democráticos. A efetivação da **Cadeia de Custódia Digital**, por exemplo, em *blockchain*, pode mitigar o comportamento oportunista. O problema é que se aquele que deveria dar o exemplo vale-se de práticas digitais oportunistas, no seu efeito de paridade de armas, também deve aceitar o uso pelo oponente. O certo é que a investigação digital precisa urgentemente de mecanismos de controle (públicos e privados), para o fim de evitar o comportamento oportunista de quaisquer dos lados. A instrumentalização das relevantes funções das Unidades de Inteligência configura **desvio de finalidade**, incompatível com os pilares democráticos, ainda mais em tempos de *Lawfare*;

STF, HC 147.837 (Min. Gilmar Mendes): "Infiltração de agente policial e distinção com agente de inteligência. 3. Provas colhidas por agente inicialmente designado para tarefas de inteligência e prevenção genérica. Contudo, no curso da referida atribuição, houve atuação de investigação concreta e infiltração de agente em grupo determinado, por meio de atos disfarçados para obtenção da confiança dos investigados. **4. Caraterização de agente infiltrado, que pressupõe prévia autorização judicial, conforme o art. 10 da Lei 12.850/13**. 5. Prejuízo demostrado pela utilização das declarações do agente infiltrado na sentença condenatória. 6. Viabilidade da cognição em sede de habeas corpus. 7. Ordem parcialmente concedida para declarar a ilicitude dos atos da infiltração e dos depoimentos prestados. Nulidade da sentença condenatória e desentranhamento de eventuais provas contaminadas por derivação".

8) Investigação Criminal e Tecnologia: As práticas de investigação analógicas exigem a alocação de tempo e de recursos de modo pouco otimizado, enquanto a incorporação de *softwares* consegue otimizar, com os mesmos recursos, o desempenho da atividade. O uso de tecnologia na área de Segurança Pública opera por meio da estruturação de bancos de dados (*Big Data*), processamento de dados, pesquisas orientadas em fontes fechadas e abertas, além do cruzamento de dados. Ao mesmo tempo em que o volume de dados disponível confere ampla possibilidade de pesquisa, a ausência de recursos tecnológicos agregados à atividade, impede a obtenção de resultados efetivos. O universo de dados úteis e que poderiam servir de suporte ao melhor desempenho das atividades de investigação, argumentação e julgamento, embora existentes, em geral, não foram incorporados às práticas penais. O esforço inicial é o de reconhecer a existência de oportunidades não aproveitadas. A desvantagem tecnológica é fator relevante, justamente porque se o oponente dispuser de meios avançados, a disputa ocorre sem paridade de armas digitais. A **Investigação Defensiva** constitui-se em instrumento de efetivação da ampla defesa (digital), sem a qual, na maioria dos casos, a prova disponível restringe-se à produzida pelo Estado (as oportunidades perdidas tendem a ser relevantes);

"Descreve-se que a maneira viável para investigadores da polícia ou julgadores de fato sistematizarem a informação reunida é a construção de narrativas sobre o que poderia ter acontecido, que explicariam o que poderia ter causado a disponibilidade das provas. Por sua vez, defende-se ainda um método de construção de argumentos a partir da prova disponível para as hipóteses, aplicando generalizações de senso comum. O projeto de software – denominado AVER's –, portanto, descreve um modelo formal que combina as duas formas de raciocínio e o visualiza com base nessa perspectiva combinada". **Marcella Mascarenhas Nardelli e Fabiana Alves Mascarenhas**

9) Investigação Defensiva Digital: A incorporação do ambiente digital no conjunto de atividades defensivas autorizadas pela Investigação Defensiva constitui-se em vantagem competitiva. A habilidade de investigação digital deve ser treinada e realizada em patamares de qualidade incompatíveis com a mera pesquisa no *google* (*surface*, embora relevante), porque pressupõe a aquisição de orientações técnicas, articulação com a **Teoria do Caso** e também mecanismos e cuidados específicos do mundo digital. O volume de dados disponível em fontes abertas, por exemplo, pressupõe a capacidade de procura, ordenação, classificação e incorporação à estratégia do caso, incompatível com o uso de editores de texto ou de singelas tabelas. É preciso o esforço primário de

saber distinguir o "sinal" do "ruído", além de mecanismos de *cybersecurity*. Enfim, o amadorismo deve passar longe, sob pena de sequer encontrar informações preciosas e disponíveis que não foram localizadas pela exclusiva incompetência do agente processual (como demonstraremos, a seguir, nas fontes abertas). O apoio efetivo da investigação defensiva digital tende a ampliar as condições de "jogabilidade" e reduzir os riscos de condenações decorrentes da incapacidade de apresentação de evidências contrárias às acusatórias ou da obtenção espúria de dados;

10) Crimes e Investigação Digital: A passagem do mundo analógico para o digital trouxe consigo novos crimes (próprios e impróprios) e desafios, especialmente no campo das provas digitais (vide item 9.12). A ***cyber* segurança** opera sob a constante ameaça e monitoramento de condutas criminais que se valem do ambiente digital (*phishing*, *ransmware*, DDoS, pornografia, extorsão, ameaças, *fake News*, espionagem, fraudes as mais diversas etc.). A tensão entre privacidade e investigação criminal demanda horizontes diversos, uma vez que as grandes empresas da web (*Google*, por todas) submetem-se a regimes diversos de produção de provas, com as dificuldades daí decorrentes. O caráter transfronteiriço do espaço *online* promove constantes violações da **Privacidade**, da **Dignidade da Pessoa Humana**, da **Liberdade de Expressão**, segurança pessoal e coletiva, para as quais, as previsões legais internas não conseguem responder adequadamente. A **Convenção de Budapeste** representa a tentativa de criação de meios de efetiva cooperação entre os países. Segundo dados da Comissão Europeia (2018), cerca de 85% das investigações são dependentes de provas digitais (**e-evidence**), potencializando as dificuldades de obtenção e utilização válida do material coletado, principalmente pela defesa (se desprovida de meios adequados);

"Ransomwares são softwares do tipo malware criados com o objetivo de infiltrar-se em sistemas sem a percepção de seu titular. Possui por diretriz criptografar ou compactar dados com senhas e assim bloqueando o acesso aos mesmos e, em muitos casos, inutilizando o dispositivo infectado. Posteriormente é iniciado um mecanismo de exibição de imagens/mensagens informando sobre como realizar o resgate dos dados mediante um pagamento. Estas solicitações são normalmente valoradas em bitcoins, devido ao extremo anonimato sobre as transações realizadas nesse sistema de pagamentos" **Renan Cabral**

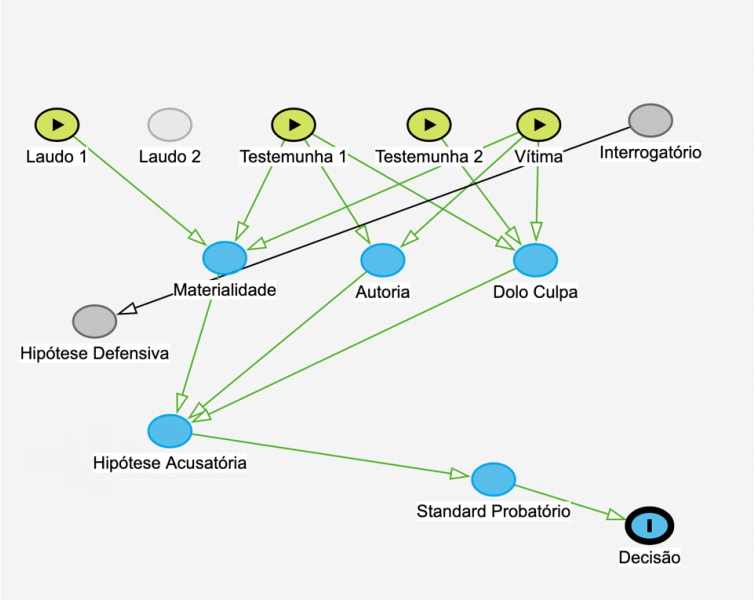
11) E-Evidence: As provas obtidas no ambiente digital se submetem a regras, metodologias e procedimentos específicos, em geral, desconhecidos dos agentes processuais, especialmente os caminhos das fontes abertas, em geral, disponíveis e também desconhecidas (vide item 9.12);

"A grande vantagem da captação de dados de *e-mails*, para a persecução penal (consequentemente, a grande desvantagem para os imputados), é a possibilidade de se obter informações que dificilmente poderiam ser obtidas no período anterior à informatização. Algo comezinho parece ter sido esquecido pelos juristas: aqueles rastros digitais não existem fora do ambiente computacional, de modo que crimes praticados sem registros digitais não podem ser provados da mesma forma – talvez sequer deixem provas. **Luiz Eduardo Cani e Alexandre Morais da Rosa**

12) Controle e Credibilidade da Prova Testemunhal: A eficácia da prova testemunhal depende da sastisfação dos critérios de credibilidade e confiabilidade, em geral com suportes objetivos, mas dependentes de juízos subjetivos de atribuição, em que diversos fatores operam, muitos deles vinculados a heurísticas e vieses cognitivos. O desenvolvimento de *softwares* de acertamento e determinação de fatos (*fact-finding*) está em desenvolvimento em diversos lugares do mundo, especialmente no ambiente americano (Mirjan Damaška aposta no modelo). Os resultados parciais são promissores e se pautam pela definição de critérios objetivos, dentro do conjunto de indicadores, com o uso de controles semanticos,

13) Controle de Inferências e Conectores Lógicos: Se a prova servir de meio às inferências lógicas das proposições do discurso "sobre os fatos", a partir de juízo de **probabilidade**, para além do *standard* probatório

exigido para atribuição do predicado "verdadeiro", a construção da **Teoria do Caso** pode se valer de diversos recursos metodológicos. Assumimos que a prova deve ser analisada isolada (visão atomista) e em conjunto (visão holística), apurando-se o grau de suficiência de corroboração da Hipótese Acusatória. O trajeto cognitivo precisa identificar os indicadores probatórios e estimar o grau de impacto na determinação dos fatos. Os recursos podem ser meramente mentais, com os riscos cognitivos daí advindos. O uso de **conectores lógicos** (**a** - mediadores; **b** - colisores; e, **c** - confundidores) auxilia na identificação do lugar e da função de cada um dos indicadores probatórios no contexto da investigação, do processo e da decisão. As decisões estratégicas podem se valer da prévia definição do elemento analisado, criando-se Planos de Ação específicos. Dentre as funções dos conectores está a de mitigar os erros decorrentes da correlação espúria, isto é, a confusão entre correlação e causalidade. A representação visual serve à compreensão adequada da dinâmica probatória. Dos diversos *sites* e *softwares* disponíveis, vale consultar o (http://www.dagitty.net/dags.html#) que além de gratuito e operacional (adota *Bayes*), pode ser atualizado dinamicamente e também baixado, conforme exemplo a seguir (a presença ou ausência das setas indicam a correlação. A probabilidade pode, ainda, ser customizada conforme o Caso Penal):



"Apesar de ainda não haver regras que delimitem efetivamente as possibilidades do uso de drones, precisamos estar atentos para o fato de que drones não são apenas pequenos veículos aéreos voltados para propiciar segurança numa sociedade que é controlada pelo discurso do medo. Drones não são apenas pequenos objetos de deleite e de lazer destinado ao consumo de todo e qualquer cidadão sem que para isso existam limites. Os drones são, na realidade, mais um instrumento de monitoração da sociedade de controle. São pequenos objetos que podem violar diretamente nossa privacidade sem que ao menos tenhamos conhecimento disso. Basta encontrar alguém que revenda o produto para que o aquele que tudo vê e que tudo ouve seja colocado em ação. [...] É preciso, portanto, estabelecer limites jurídicos para que o uso de drones não possibilite que eles se tornem mais um instrumento a ser utilizado para a controle e para a vigilância alheia. [...] Criados na guerra como verdadeiras máquinas de matar os drones se tornaram rápidos, pequenos, absolutamente controláveis à distância, capazes de captarem sons e imagens através de paredes e até mesmo no escuro. E diante disso tudo, algo é certo: os drones vieram para ficar. Contudo, muito cuidado. Eles podem estar procurando por você, neste exato momento!". **Francine de Paula e Alexandre Morais da Rosa**

"O fato é que o uso deste equipamento pode deixar de ser recreativo e passar a ser uma máquina de espionagem particular. Por ser um aparelho controlado remotamente e apto a acomodar dispositivos de captura de imagens e vídeos, vislumbra-se a possibilidade de utilização desses equipamentos para violar a privacidade e intimidade das pessoas. Pessoas mal intencionadas podem aproveitar esse equipamento para praticarem 'espionagens', visto sua capacidade de vigilância e discrição. A invasão de privacidade nunca foi tão fácil". **Thiago Bravo Vieira**

"Estava em uma audiência de tráfico e tinha dificuldades de compreender o local em que a conduta imputada teria acontecido. As testemunhas falavam do local em que os fatos se sucederam como se eu soubesse do que se tratava. Eu não fazia a mínima ideia de como é subir a comunidade e tentava me esforçar para compreender. [...] Os jogadores de acusação e defesa se deram conta de que uma simples filmagem transforma a experiência cognitiva do processo porque alinha contornos realísticos. A nossa imaginação será sempre imaginação. A defesa requereu a juntada de uma filmagem de drone e, com ela, o resultado do processo foi bem mais assertivo". **Alexandre Morais da Rosa**

14) Drones, Investigação e Cognição: Veículos Aéreos Não Tripulados (VANTs), em geral, de pequeno porte, desenvolvidos no contexto da Guerra (Teoria do Drone: *Gregório Chamayou*), invadiram o cotidiano com as mais diversas funcionalidades (entrega de pizza ou de droga, espionagem, violação de intimidade, assassinato etc.). Do ponto de vista **probatório**, os drones podem ser utilizados para melhorar

a quantidade, a qualidade e a forma de apresentação da informação disponível. A capacidade de levantamento de locais, monitoramento de pessoas ou de dados, amplia-se com o uso de dispositivos acionados e controlados à distância. Acoplados a câmeras (térmicas, noturnas etc.) e/ou microfones (de curto e longo alcance), são capazes de obter informação relevante (em tempo real), às claras ou às escuras. Não há regra sobre o uso de drones como meio de prova, ao mesmo tempo em que não há proibição. O regime geral de garantia de **Direitos Fundamentais** se aplica, isto é, se houver violação, a prova será ilícita (talvez abuso de autoridade). Agentes **oportunistas** podem se valer do seu potencial de modo sorrateiro, fora do circuito oficial (estatal ou defensivo), para o fim de obter vantagem competitiva. Aplicação relevante se dá pela melhoria da qualidade de entendimento dos agentes processuais. O **julgador**, em geral, desconhece a cena do crime, os detalhes da região, enfim, o local onde os fatos se deram. O uso de drones, de modo qualificado (vídeo e som), amplia o espectro **cognitivo** e confere melhores condições de entendimento do discurso sobre os fatos. As hipóteses apresentadas pelas partes podem se qualificar com o manejo adequado do dispositivo, inclusive em tempo real (já fizemos audiência em que o drone estava no local dos fatos e operado à distância, com esclarecimentos das partes e perguntas qualificadas à testemunha, isto é, ao vivo ela indicava a dinâmica dos fatos; onde estava, como foi o acidente etc.). Os **custos** variam conforme as funcionalidades pretendidas, relativamente baixos diante dos benefícios. Ambas as partes podem ser valer do aparato, especialmente no momento da investigação oficial e/ou defensiva, de modo lícito ou ilícito (é campo para o jogo sujo). O efeito, em qualquer hipótese, é a ampliação da **vantagem competitiva**;

C – Controvérsia:

1) Escuta Ambiental: O Pacote AntiCrime regulamentou a "escuta ambiental" que se constitui na possibilidade de interceptar a "comunicação entre pessoas presentes". A ausência de regulamentação do procedimento, já prevista na ORCRIM, suscitava dúvidas sobre a legalidade da medida. O deferimento exige robusto esforço argumentativo, por invadir totalmente a privacidade do alvo. Os microfones de longo alcance produzem resultados qualificados, mas fora do regime legal;

"Uma autêntica intrusão nos tempos e espaços operativos humanos de ação, de interação e de comunicação entre e das pessoas visadas em concreto (quantas vezes pessoas terceiras) com o meio investigativo sem que tenham qualquer conhecimento e sem que se apercebam dessa intrusão e, em simultâneo, produzam prova incriminatória contra si próprias com uma ausência plena de autodeterminação – liberdade de e em pensar, liberdade de e em decidir, e liberdade de e em agir (interagir e comunicar) – e com uma consequente ausência de autorresponsabilidade consciente"
Manuel Valente

2) Internet das Coisas (IoT) e Alexa: A invasão de dispositivos inteligentes, denominados de **internet das coisas** (**IoT:** ***Internet of Things***), no cotidiano, transformou o modo como os dados e as informações são obtidos e tratados. Dispomos de aplicativos "inteligentes" instalados em carros, geladeiras, relógios, etc., providos de sistemas de captura de áudio, vídeo, enfim, de dados privados que, voluntariamente, concordamos em ceder (aceitando os termos e condições, em geral, sem ler). A quantidade de **metadados** produzida é rica fonte para fins de investigação criminal (aplicativos de mensagens, relógios com monitoramento cardíaco, GPS, sistema outros de acompanhamento etc.) com informações da

localização do usuário em tempo real, histórico de navegação, carros autônomos e robôs domiciliares. O conteúdo capturado pela *Alexa*, da *Amazon* já foi requisitado em diversos Tribunais, tanto para absolver, como para condenar. O regime de validade da obtenção das conversas dos auxiliares domésticos e também do celular (*siri, Ok google*) pode encontrar equivalência parcial com a denominada "**voz-off**", situação que se verificava quando o alvo de **interceptação telefônica** deixava o celular ligado e o sistema capturava o som ambiente. O problema é que a mera analogia com a lei de interceptação telefônica ou, ainda, da escuta ambiental desconsidera o enquadramento dos titulares dos direitos flexionados, a saber, o assistente doméstico não capta somente o eventual alvo e sim a conversação de todos que habitam ou frequentam o ambiente. A vida pessoal e familiar fica exposta à ingerência estatal, sendo arrastada para o centro da investigação, mesmo que a "causa provável" não lhe diga respeito. A tentativa de compatibilizar as novas tecnologias ao aparato normativo não poder ser feita no caso de assistentes porque, além de criar alvo coletivo e difuso, em desconformidade com os requisitos legais para deferimento (restrição de direitos individuais, para apuração de crimes graves, atendida a proporcionalidade e contemporaneidade da medida), autoriza a prática da "**pescaria probatória**". Renova-se, também, a discussão do **Encontro Fortuito**. Do ponto de vista defensivo, a utilização para fins de exclusão da responsabilidade, mostra-se possível (com cuidados adicionais com a Cadeia de Custódia);

"Alexa poderá ser uma nova figura nas salas de julgamento – além de 'informante' da polícia. Aliás, isso já aconteceu nos EUA, pelo menos em dois casos. Em um deles, James Andrew Bates foi acusado de matar Victor Collins, porque o Alexa o colocou dentro de casa na hora do crime. Em outro, o Alexa ajudou os promotores a acusar Adam Crespo de assassinar a namorada, em um caso em que o réu alegou que a morte dela aconteceu por acidente. Mas o Alexa dava uma ideia diferente. O papel que se prevê para o Alexa nas cortes também poderá ser exercido por outros tantos dispositivos eletrônicos, incluindo os que estão 'espionando' tudo dentro de casa, uma vez conectados à Internet das Coisas. O Google Home, concorrente do Echo, o Siri da Apple, a geladeira, a campainha eletrônica da porta, sistemas de segurança, todos podem servir de 'espiões' silenciosos dentro de casa, assim como o GPS, a tornozeleira eletrônica e as dashcams o fazem nas ruas". **João Ozório de Melo**

STJ, RMS 60.531 (Min. Ribeiro Dantas): "3. Criptografia de ponta a ponta é a proteção dos dados nas duas extremidades do processo, tanto no polo do remetente quanto no outro polo do destinatário. Nela, há "dois tipos de chaves são usados para cada ponta da comunicação, uma chave pública e uma chave privada. As chaves públicas estão disponíveis para as ambas as partes e para qualquer outra pessoa, na verdade, porque todos compartilham suas chaves públicas antes da comunicação. Cada pessoa possui um par de chaves, que são complementares. [...] O conteúdo só poderá ser descriptografado usando essa chave pública [...] junto à chave privada [...]. Essa chave privada é o único elemento que torna impossível para qualquer outro agente descriptografar a mensagem, já que ela não precisa ser compartilhada." (COUTINHO, Mariana). [...] 17. Por isso, embora chamando atenção para os graves aspectos que neste meu voto inicialmente levantei, curvo-me aos argumentos apresentados [STF, ADPF 403] pelos em. Ministros Rosa Weber e Edson Fachin, os quais representam, ao menos até a presente altura, o pensamento do Supremo Tribunal Federal na matéria. E, assim, endosso a ponderação de valores realizada pelos aludidos Ministros, que, em seus votos, concluíram que os benefícios advindos da criptografia de ponta a ponta se sobrepõem às eventuais perdas pela impossibilidade de se coletar os dados das conversas dos usuários da tecnologia".

3) Criptografia: A utilização de criptografia de "ponta a ponta", por exemplo, impede a interceptação do conteúdo da mensagem (dados de conteúdo). Os fornecedores do serviço não dispõem de meios de obtenção do conteúdo trocado (*whatsapp*, Telegram e similares), impondo novos desafios à investigação de condutas criminais. O desconhecimento sobre o funcionamento da criptografia gera, não raro, requisições impossíveis de concretização.

"A comparação de voz é feita por meio de um espectrógrafo, um instrumento que gera um padrão visual de gravações de áudio, usando linhas que representam a frequência e a intensidade de uma onda sonora. A *National Academy of Science* concluiu, em 1979, que se trata de um método científico inadequado e não suportado por evidências. Embora o FBI tenha banido esse exame, alguns juízes insistem em admití-lo". **Luiz Eduardo Cani**

4) Impressão de Voz: Nos casos em que a voz é utilizada (ameaças, extorsão, organização criminosa etc.) a vinculação da voz humana ao investigado é atividade complexa, em que a máquina pode auxiliar. Se o investigado reconhece a voz, o esforço é o demonstrar a Cadeia de Custódia. Já se nega, a metodologia de comparação deve observar os procedimentos específicos, principalmente sobre a amostra que será comparada, informando-se, ademais, de onde foram obtidas (o investigado não é obrigado a fornecer);

D – Estratégia:

1) Atualização Tecnológica: A necessidade de adaptação às novas modalidades tecnológicas passou a ser questão de sobrevivência aos que se dedicam ao processo penal. Diante do volume de dados, a leitura humana torna-se inviável para os jogadores no processo penal. Em um conjunto muito grande de dados, incide o Problema do Caixeiro Viajante

(PCV), consistente em visitar um conjunto de cidades (locais) e voltar ao local mais próximo. O tempo é um fator importante para localização e uso da informação, dada a preclusão de oportunidades probatórias. O uso de máquinas para otimizar a procura de dados em processos criminais, doutrina e jurisprudência, é mais do que urgente. Sem atualização tecnológica as oportunidades são perdidas;

2) Métodos às Escuras: O ambiente digital potencializa o uso de "métodos às escuras" ou desprovidos de regulamentação legal (espionagem informática, monitoramento online, microfones e câmeras de longo alcance, escuta ambiental, *trackeamento* telefônico ou de dados, dispositivos de rastreamento, monitoramento por câmeras públicas e privadas, reconhecimento facial etc.). A tecnologia ampliou o horizonte de efetivação de garantias constitucionais ao mesmo tempo em que ampliou o espectro investigatório. O que há é um abismo entre a investigação oficial e as possibilidades tecnológicas de a defesa avaliar, auditar e contestar as investigações realizadas com o auxílio digital. A questão subestimada é a de que, em futuro breve, os oportunistas poderão ser desmascarados (os rastros digitais podem ser seguidos);

3) Informação Privada: O uso de tecnologia precisa ser formalizado. Entre a descoberta e a formalização, eventual uso do agente público dos dados e/ou informações contra o agente (interrogatório, depoimento etc.), sem a prévia apresentação do material, representa vantagem espúria (viola a *Regra de Brady*, valendo-se do efeito surpresa). O maior risco é o de que a informação coletada nunca compareça formalmente aos autos, embora seja usada durante a investigação, obtendo-se ganhos táticos. A informação privada confere vantagem competitiva (espúria);

4) Risco Oportunista: A tecnologia investigatória não respeita mais as fronteiras físicas, motivo pelo qual não se pode excluir o comportamento oportunista de obtenção e tratamento de dados em países fora do circuito de controle;

5) Provas Atípicas e Teste de Validade: A investigação clássica (analógica) e a investigação tecnológica (analógica e digital) precisam de novas coordenadas. Por isso, é preciso estabelecer testes de compatibilidade das investigações invisíveis. A velocidade das provas tecnológicas exigiu a consolidação de abertura normativa, isto é, provas atípicas (são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei. Longe de autorizar a introdução de qualquer tipo de experimento ou teoria, a integração de novas tecnologia deve passar pelo crivo científico, a saber, deve-se buscar no respectivo campo de conhecimento o grau de maturidade tecnologia, a partir do **Padrão Daubert**, distinguindo-se a "boa" ciência da "lixo". A superação da primeira fase é condição necessária, mas não suficiente. Em seguida, deve-se avaliar a compatibilidade normativa com os direitos fundamentais e, por fim, discutir a eficácia no caso penal. Há um trajeto a ser percorrido antes de serem valoradas, na linha do **Teste**

EVE: **a)** existência científica; **b)** validade e conformidade ao sistema de garantias; e, **c)** eficácia processual para ser objeto de valoração judicial (decisão penal).



9.8 Custo Probatório: obtenção e produção (objetivos, subjetivos, ilegais)

A – Definição:

Os Custos de obtenção e produção dos meios de provas dependem da alocação de recursos e/ou orçamento disponíveis ao esclarecimento dos fatos e tendem a modificar os rumos do Caso Penal se disponíveis e devidamente aplicados.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Custo de Obtenção de Dados e de Informação: Pode parecer estranho falar em custo da informação, mas prova penal não dá em árvores. Há um custo associado na simples arrecadação dos instrumentos utilizados no crime. O custo é entendido em sentido amplo, não só monetário. Informação custa tempo, dinheiro, desgastes emocionais e recursos dos agentes processuais, quer na fase preliminar, quer na fase judicial**.** A investigação preliminar deveria levantar todas as evidências disponíveis, em princípio, somente no momento subsequente ao crime (perícias, laudos, levantamento de local, filmagens etc.). Mas isso representa custo para o Estado e atividade ativa da autoridade que preside as investigações, nem sempre possível. Diante da **escassez** de recursos púbicos, a autoridade investigante precisará escolher quais os casos em que requisita a colaboração de peritos oficiais ou se omite. Em geral, é impossível a produção de todos os meios de provas que se poderia realizar. As "regras de segunda ordem" estabelecem certos padrões silenciosos consistentes na convocação da perícia técnica quando a relevância do caso justificar, motivo pelo qual nem sempre se efetivam todos os levantamentos e exames, situação que com a incorporação formal da Cadeia de Custódia, tende a ampliar as discussões sobre a validade da materialidade das infrações penais. A defesa, por sua vez, quanto antes iniciar a elaboração da Teoria do Caso, poderá produzir material necessário ao pleno exercício da atividade de oposição probatória e de "checagem" de validade e eficácia do material apresentado. Na hipótese de receber um volume de dados significativo, por exemplo, mídias, a transformação dos dados em informação demanda custos, nem sempre disponíveis;

2) Custos Probatórios: Assumimos que a variável **custo de litigância penal** deve ser considerada na gestão do Caso Penal, englobando os **custos objetivos**, **subjetivos** e **procedimentais** (item 8.3). Dentre os custos inerentes ao processo e à investigação oficial e/ou defensiva, a

disponibilidade de recursos materiais e humanos (orçamento alocado) tende a ser decisivo. As oportunidades probatórias se ampliam ou se restringem diante da possibilidade de alocação de recursos. A checagem de conformidade, por exemplo, de um Laudo, pode ser feita pelo agente processual ou por especialista, desde que possível. As oportunidades se ampliam. A definição prévia do "orçamento" disponível à litigância penal é condição de possibilidade para que as estratégias (acusatória e defensiva) possam ser deliberadas de modo factível. Convive-se com a **escassez** de recursos (nunca se terá tudo que se poderia produzir), de modo que sem gestão de custos, principalmente em casos de Alta e Máxima Complexidade, o risco associado é maior. Deve-se, ainda, criar hierarquia de gravidade, urgência e tendência (**GUT**), elaborando-se **Planos de Ação** adequados ao fim pretendido (vide item 8.8). A avaliação de desempenho deve levar em consideração as oportunidades financeiras disponíveis;

3) Disparidade de Armas Probatórias: O aparato estatal é instalado para o fim de produzir provas ao esclarecimento dos fatos pelo viés acusatório. As Unidades de Inteligência operam na gestão da Segurança Pública, com ampla disponibilidade a banco de dados indisponíveis à defesa. A **Investigação Defensiva**, por sua vez, está condicionada à possibilidade de o imputado dispor de recursos e de o defensor saber realizar a gestão eficiente, porque recursos nas mãos de advogados amadores acaba tendo pouco impacto. A Defensoria Pública, também, por ausência de orçamento, acaba dependendo dos convênios e iniciativas pontuais. Então, no contexto atual, com forte espaço para tecnologia, a disparidade de armas se amplia;

"Dentro desse panorama, fundamental que a defesa técnica tenha conhecimento da origem das provas que embasaram determinada investigação penal e o processo penal, o que não ocorrerá se encabeçada por órgão cujo principal atributo é a obtenção de dados [Unidades de Inteligência], por vezes jamais documentados, com preservação de segredo". **Luis Guilherme Vieira e Alexandre Morais da Rosa**

4) Aumento do Risco de Condenação: Se a disparidade dos meios de obtenção de provas é relevante e o imputado não dispõe de recursos, a disparidade de armas tende a aumentar o risco de condenação. A pergunta a ser feita é a de que até que ponto se deve tolerar que a ausência de orçamento aumente o risco de condenação. A construção de meios de requerimento defensivo aos órgãos estatais para produção de provas defensivas, justificadas e pertinentes, precisa ser debatida, sob pena de cada vez mais, "pobres" terem o risco de condenação agravado;

5) Peritos com Reputação Positiva: A produção de laudos periciais, contratação de assistente técnico, dentre outros, depende do orçamento probatório existente, avaliando-se, no caso, as expectativas de acolhimento. Em processos complexos, com grande volume de informações em mídia e arquivos de computador, por exemplo, os custos de processamento associados são enormes, além de poucos profissionais capacitados disponíveis. Não adianta contratar perito desconhecido ou com má reputação, porque a eficácia probatória será diminuta. É preciso ponderar, *ex ante*, o que se pretende com a atividade probatória no contexto do Caso Penal (estimar a validade e a eficácia do material a ser produzido);

6) Custo Subjetivos: Os custos subjetivos e emocionais também entram na conta. Muitas vezes deixa-se de arrolar testemunha que não quer "se meter", familiares que se quer preservar, bem assim outras situações que comprometem terceiros, como na hipótese em que se saiba o verdadeiro autor da infração, mas se tenha receio da reação dele. O preço a ser pago no mercado da prova exige a avaliação dos custos/benefícios de modo ponderado, já que nem sempre será possível a produção de todas as provas desejadas;

7) Informantes Informais: O uso de "informantes" fora do circuito processual oficial é prática comum e arriscada, principalmente para agentes públicos, porque o "informante" somente opera dessa forma (oferecendo dados selecionados do "mundo ilegal") diante dos benefícios que obtém (ou pretende obter, caso seja necessário). Não há informação grátis. O "jogo oculto" coloca o agente em situação, *a priori*, de vantagem, mas tende a se complicar no médio e longo prazo pelo "rastro" (físico e/ou digital) advindo da comunicação travada. Até que ponto os "elos" podem comprometer a integridade ou a reputação do agente público dependem do contexto. A prática operava no passado analógico. No estágio atual, em que os dados podem ser resgatados, apurando-se os vínculos, a atividade é arriscada. Além disso, sempre foi, e será oportunista (falta ***accountability***);

C – Controvérsia:

1) Acusado Sem Recursos para Defesa Adequada: A demonstração de que a prova é necessária ao pleno exercício da defesa, formulando-se requerimento expresso ao Julgador, pode operar na lógica da "perda de uma chance probatória", isto é, se a evidência apresenta probabilidade de exoneração, mas o imputado não dispõe de recursos, a negativa de produção restringe a ampla defesa. Do mesmo modo, no caso de acusados econômica e financeiramente favorecidos, mas que estão com o patrimônio e recursos "bloqueados", a negativa de liberação para fins do exercício da defesa (pagamento de honorários peritos etc.) é cerceamento de defesa. Nos Maxiprocessos o Estado aloca "Forças Tarefas" e nega ao acusado, muitas vezes, pela tática de aniquilamento financeiro, não oferece sequer os meios para contratação de defesa adequada. Se a Presunção de Inocência prevalecer, para fins de exercício da ampla defesa, deve-se avaliar, na hipótese, as circunstâncias e a extensão da restrição do Direito de Defesa;

D – Estratégia:

1) Planejamento de Custos: A gestão dos custos de obtenção e produção de provas deve ser levada a sério de modo consistente e metodologicamente organizado. O desfecho positivo do caso, conforme **estratégia**, vincula-se às decisões de alocação dos recursos disponíveis de modo a antecipar o impacto cognitivo de cada oportunidade probatória;

2) Defesa Técnica e Orçamento: O mapeamento das oportunidades probatórias e os custos decorrentes deve ser realizado atentando-se às variáveis da Teoria do Caso, sem que se confundam os papéis. O defensor privado ou público exerce a função técnica de parte, não se sobrepondo a dos eventuais peritos e assistentes, motivo pelo qual deve apresentar ao imputado as opções de modo claro e informado, demonstrando a importância de produção da prova. O serviço pericial não é englobado, necessariamente, no espectro da defesa penal. O importante é deixar evidenciado que a ausência de atividade defensiva pode gerar efeitos negativos no desempenho, atribuindo a decisão ao defendido, até porque cada vez mais responsabilizam-se defensores por terem agido de forma omissa (responsabilidade civil pela perda de uma chance). Distinguir os valores destinados ao pagamento dos honorários advocatícios do orçamento para litigância é salutar, por evitar confusões futuras (modalidade de *Compliance*);

3) Disparidade de Armas Probatórias e Cerceamento de Defesa: A disparidade dos meios de obtenção de provas é relevante, especialmente nos casos de imputados desfavorecidos de recursos financeiros. O aparato estatal é criado para o fim de produzir provas, enquanto a defesa deve arcar com os custos de produção. A disparidade de armas é flagrante. Até que ponto a ausência de orçamento deve aumentar o risco de condenação precisa ser estimada em face dos indicadores objetivos do Caso Penal. O requerimento sólido e justificado de prova necessária à defesa associada à justificativa de ausência de recursos privados, caso indeferida, amplia a incidência da "perda de uma chance probatória", criando as condições de eventual "cerceamento de defesa" por força da disparidade de armas probatórias.

4) Precatória, Rogatória e Videoconferencia: Arrolar uma testemunha que reside fora da comarca ou do país, para ambos as partes, significa tática arriscada, principalmente quando o acusado se encontra preso cautelarmente**.** A remessa de carta precatória/rogatória, sabidamente não suspende a instrução e julgamento (CPP, art. 222, § 1º) e, no caso da acusação, poderá significar a perda de fonte importante, enquanto para a defesa, se for relevante para o desfecho, a sua ausência. Daí que o **custo** de se trazer voluntariamente ou, se for o caso, acelerar a tramitação da carta precatória, deve fazer parte da tática do jogo. As testemunhas, ademais, podem ser ouvidas de forma sincrônica, por meio de videoconferência, mitigando-se o custo. Se a fonte humana for relevante, o uso de instrumento tecnológico deve ser considerado;

5) Testemunha Abonatória e Precatória: Muito comum é o defensor requerer a oitiva, via precatória, de testemunhas abonatórias**.** Aparentemente o ato é irrelevante, mas na reputação do advogado naquele jogo e nos futuros, a movimentação da máquina Judiciária, com a expedição, abertura de pauta no Juízo Deprecado, custos internalizados pelo Poder Judiciário, tende a gerar aversão do julgador nos jogos futuros.

A construção da reputação do defensor se faz também pela maneira como se comportou nas partidas anteriores. A insistência em produzir prova "neutra" é contabilizada de modo negativo no *score* reputacional. E não adianta dizer que não sabia o que a testemunha diria, porque se disser isso, além de amador, demonstra incompetência na gestão do caso.



9.9 Teste EVE Probatório (Existência, Validade e Eficácia)

A – Definição:

O instrumento do Teste EVE serve de metodologia à verificação dos atributos necessários ao reconhecimento da Existência, dos requisitos de Validade e das condições de Eficácia da prova ou indício na corroboração das Hipóteses (acusatória e defensiva) no contexto do processo penal.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Ferramenta Metodológica: O instrumento delineado busca analisar cada elemento de prova de modo isolado, para o fim de compor o **conjunto válido** à inferência de eficácia probatória **(item 3.8.2)**. Ainda que possamos realizar a atividade de maneira intuitiva, a criação de protocolos de "checagem", com critérios de conteúdo variado, a depender da espécie de prova, melhora a leitura do contexto processual;

2) Controle: Conferir a regularidade da **a)** obtenção; **b)** validação; e, **c)** valoração. Configuram condições relevantes para aquisição válida do conjunto probatório apto à valoração. O fundamento é o de criar mecanismo de atribuição de graus de **confiança**. Os testes de **a)** obtenção e **b)** validação compõem os passos necessários suficientes para que, no momento da valoração **(c)**, possam ser consideradas. Se a evidência não passar nos testes anteriores, deve ser descartada. O contrário dessa postura é o da ampla valoração probatória. No futebol, um gol sem que a partida tenha iniciado, por exemplo, do ponto de vista da "existência" ocorreu, embora não possa ser considerado como válido e, portanto, não altera o resultado do jogo. Da mesma forma um gol anulado pelo árbitro. O fato de a evidência **existir** não é sinônimo de **validade**, nem pode ser utilizado (eficácia) para alterar o resultado da partida.

3) Motivação Adequada: A ausência ou insuficiência de motivação adequada também pode excluir a eficácia da prova;

4) Dinâmica: em qualquer comportamento ou ato judicial (manifestações, petições, provas, decisões etc.) deve-se distinguir os planos de a) existência; b) validade; e c) eficácia-valoração. Os comportamentos podem ser humanos ou de sistemas digitais (sob supervisão e controle humano). Os atos judiciais que passam nos testes de existência e validade dependem de declaração de nulidade/anulabilidade. Entende-se por

I) Existência a satisfação dos pressupostos: **1)** agente (humanos ou sistema automatizado); **2)** objeto (um ato processual, meio de prova ou

comportamento); **3)** forma (requisitos aparentes); e **4)** vontade (humana ou da máquina, se aplicável);

II) Validade o preenchimento dos requisitos: **1)** ser o agente (a partir de atribuição legal e/ou capacidade técnica**); 2)** ser o objeto (ato ou comportamento) lícito, adequado e produzido no momento oportuno; **3)** ser prescrita ou não defesa em lei (observância das regras de produção e de constituição material ou científica, inclusive a Cadeia de Custódia); e, **4)** o comportamento ou o ato deve ser livre, consciente e voluntário ou automático sob controle humano (se aplicável);

III) Eficácia-valoração a possibilidade de o ato, meio de prova ou comportamento corroborar, probabilisticamente, as Hipóteses (acusatória e defensiva) controvertida sobre a atribuição do predicado verdade. Divide-se em dois planos: **1) Negocial** (transação penal, ANPP etc.) em que se estima o peso *a priori* do conjunto probatório para fins dos institutos negociais; e, **2) Probatório**: a superação dos testes de existência e validade é condição necessária para que a evidência possa ser valorada (peso) dentro do contexto do autos e da decisão.

C – Controvérsia:

1) Classificação Operacional das Evidências (provas): a) ambíguas ou enganosas: são apresentadas com pretensões de "sub" ou "sobre" valorização do impacto cognitivo (objetivo ou subjetivo), na busca de representar conexões e/ou efeitos incongruentes com o conteúdo: objetivo de parecer o que não são (sem que haja fraude); **b) impostoras**: são as que não são diretas e parecem evidências (depoimento por "ouvir dizer"; *junk science*); **c) fabricadas**: produzidas com finalidade específica de corroborar ou promover a coerência do caso (pescaria probatória, depoimento sugerido ao colaborador, informante ou testemunha etc.); **d) correlação espúria**: são as que se postam em cadeias de sentido sem que autorizem inferências lógicas e racionais (falácias, vieses, heurísticas instrumentalizadas); **e) transplantadas sem contexto:** a utilização de evidências produzidas validamente em outros contextos sem pertinência; e, **f) manipuladas:** cortadas, alteradas, acrescidas, para o fim de atribuir sentido diverso do original;

D – Estratégia:

1) Planejamento: A estratégia deve ser constantemente atualizada porque pode ter se tornado infactível/irrealizável. Efetivar a estratégia é muito mais complexo do que projetá-la. Será preciso que o agente processual consiga alinhar continuamente os rumos das táticas e as ações operacionais (Planos de Ação). Sem a capacidade de monitoramento e/ou alinhamento, por um detalhe, tudo pode se perder;

2) Critério da Decisão: Custo-Benefício Estratégico: Se o agente processual deve tomar decisões em regime de **escassez** (não podemos escolher todas as opções), a avaliação do custo de oportunidade das

alternativas (não escolhidas; o benefício que se teria com as outras escolhas). A cada momento devemos estimar a **probabilidade** do grau de correlação entre as alternativas e a meta pretendida. (p.ex. a prova testemunhal com maior tração cognitiva; o questionamento mais eficaz etc.). A opção escolhida deve proporcionar o maior benefício estratégico ao menor custo. É uma comparação entre o que se escolheu fazer e o que se deixou de ser feito em face do critério de utilidade. Na ausência de desvantagem, deve-se verificar a pertinência no contexto dos autos.



9.10 Exames e Provas Periciais (Requisitos Técnicos, Psicológicos, DNA etc.)

A – Definição:

A materialidade dos crimes que deixam vestígio precisa ser comprovada, necessariamente, por Laudo Pericial (direito ou indireto), de exclusiva atribuição do Especialista, dotado de conhecimento técnico.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Corpo de Delito: Entende-se por "corpo de delito" o conjunto de vestígios materiais (rastros, evidências) apurados em face da conduta investigada. Nos crimes que deixam vestígios (CPP, art. 158), a prova da **materialidade** exige o exame de corpo de delito (direto ou indireto). A apuração é imediata (qualquer dia e hora: CPP, art. 161) e o local do crime deve ser resguardado (CPP, art. 169), observando-se a garantia da **Cadeia de Custódia** (CPP, arts. 158-A a 158-F). Cuida-se de modalidade **tarifada**. A ausência de corpo de delito não pode ser suprida pela confissão do acusado (CPP, art. 564, III, "b") e o corpo de delito direto, quando era possível fazê-lo, não pode ser substituído por corpo de delito indireto;

Violência Doméstica, Lei 13.721/18: "Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: I – violência doméstica e familiar contra mulher; II – violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência".

"Quanto à necessidade ou não de exame de corpo de delito é possível classificar os delitos em: – não transeuntes (*facta permanentes*): aqueles que deixam vestígios materiais permanentes e necessitam da realização do exame de corpo de delito. São os crimes materiais em que há produção de um resultado naturalístico e este é necessário para a consumação do delito. Exemplo: homicídio, aborto, lesão corporal; – transeuntes (*facta transeuntes*): aqueles que não deixam vestígios de ordem material, dispensando, assim, o exame pericial. A materialidade deve ser comprovada por meios indiretos. São os crimes formais e de mera conduta. Ressalta-se que, no caso dos crimes formais, poderá ocorrer a produção de resultado naturalístico, no entanto, este não é necessário para a consumação do delito. Exemplo: injúria, calúnia e difamação quando cometidos verbalmente, pelo menos em regra". **Marcos Eberhardt**

2) Perito e Laudo: A **perícia** pressupõe conhecimento idôneo e técnico do auxiliar da Justiça. O perito oficial, portador de diploma superior (CPP, art. 159), no regime da polícia respectiva, procederá conforme requisição da autoridade condutora da investigação (CPP, art. 6º, VII). Inexistindo perito oficial, obrigatoriamente (pena nulidade), devem ser nomeadas duas pessoas, com capacidade técnica, para realização do exame (STJ, Resp. 1.186.956, relativizado em STJ, Resp. 1.383.693), a ser produzido no prazo de 10 (dez) dias (CPP, art. 160, parágrafo único). No decorrer da realização poderão ser indicados assistentes técnicos (CPP, art. 159, § 3º e § 4º), bem como proceder-se a oitiva dos peritos durante a instrução, observando-se que as perguntas deverão ser encaminhadas antecipadamente (CPP, art. 159, § 5º). A **defesa**, a depender da perícia, pode acompanhar a produção. Diante da complexidade da conduta apurada, podem ser indicados peritos de áreas distintas (CPP, art. 159, § 7º). Pode ocorrer divergência entre os peritos, respondendo-se de maneira separada, com possível indicação de terceiro perito (CPP,

art. 180). O requerimento para produção de perícia, no decorrer do processo, exige juízo de pertinência (CPP, art. 184). Na hipótese de **carta precatória**, compete ao juízo deprecado a nomeação do perito (CPP, art. 177). O **resultado** da perícia (**laudo**) será apresentado e não vincula o Juiz, podendo decidir de maneira contrária às conclusões, desde que motivadamente (CPP, art. 182);

" Como o advogado do investigado pode assistir os seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, pode então assisti-lo durante a prova pericial que geralmente ocorre na fase de inquérito". **Neusa Bittar**

"Essa liberdade do juiz em avaliar a perícia não significa que ele não precise fundamentar a decisão. Pelo contrário: ele tem a obrigação de pontar os motivos de sua discordância". **Ana Luisa Schmidt Ramos**

3) Direto ou Indireto: O crime **material** (não transeunte) deixa vestígios constitutivos que devem ser submetidos, necessariamente, à análise de peritos (providos de conhecimentos técnicos), para o fim de emissão de laudo pericial, exame ou parecer, a depender da hipótese fática. A produção de "Laudo Pericial" é ato privativo do perito (CPP, art. 160), em que a prévia **distribuição dos riscos** pelo poder legislativo (mesmo de mentalidade autoritária: CPP/41), reconheceu a importância do "saber especializado", para o fim de atribuição de validade aos vestígios. Ainda que o julgador não fique adstrito ao laudo (CPP, art. 182), a superação das conclusões apresentadas pelo Perito demanda argumentação robusta e objetiva (com suporte científico, podendo se apoiar em outros peritos ou assistentes: CPP, art. 181), capaz de derrotar a conclusão apresentada. A mera opinião ("*achologia*") do julgador é inválida. A elaboração de **corpo de delito**, nos termos do CPP, é **ato privativo** do **Perito** (oficial ou "*ad-hoc*"), motivo pelo qual o levantamento dos vestígios deve ser feito de maneira direta por **Peritos** providos de conhecimento técnico adequado (por isso a importância de "checagem" das credenciais do agente). O **Exame Direto** opera-se por meio da análise "*in natura*" dos vestígios encontrados na cena ou durante a apuração do crime, observada a Cadeia de Custódia. Diante da possibilidade de o autor do fato ter destruído ou dado cabo à materialidade (p.ex. "desova" de corpo, alteração das circunstâncias materiais etc.) ou por terem os vestígios desaparecido por intervenção de terceiros, abre-se a **exceção** da modalidade de **Exame Indireto** (CPP, art. 167: "*Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta"*). A "causa eficiente" do desaparecimento dos vestígios é **condição** à validade do Exame Indireto. Se decorrer da "ausência" de peritos disponíveis ou da "ineficiência" do aparato estatal, os "vestígios" somente "despareceram" por omissão estatal, situação que não pode ser atribuída ao imputado, por constituir "perda de uma chance probatória". O ato permanece sendo de atribuição **privativa** do **Perito**, motivo pelo qual as "evidências indiretas" devem ser analisadas obrigatoriamente pelo Perito, responsável técnico pela emissão do Laudo de exame indireto. Configura **erro lógico** a invocação **oportunista** do art. 167, do CPP, para o fim de "superar" a ausência de corpo de delito direto ou indireto, porque não se trata de mera "Recomendação" e sim de "Requisito" de validade. A **dinâmica** de **conformidade** é: **a)** se a conduta apurada é material, os vestígios devem ser levantados; **b)** a prova da materialidade exige que o Perito analise os vestígios e emita laudo pericial direto; e, **c)** Se os

vestígios desapareceram por "causa eficiente" atribuível ao imputado ou a terceiros, vedada a omissão ou ineficiência estatal, o Perito deve emitir Laudo Indireto após a análise do material arrecadado (indícios, testemunhas etc.). É inválido o uso oportunista do art. 167, do CPP, durante a instrução e julgamento para o fim de considerar provada a materialidade (de elementar do tipo ou qualificadoras), sem a prévia e necessária emissão de Laudo Direito ou Indireto. A rigor, a denúncia deve ser rejeitada, por lhe faltar materialidade *a priori*. O disposto no art. 182 do CPP ("*o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceita-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte*".) pressupõe a sua "existência", isto é, a "inexistência" não pode ser suprida pela "opinião" do julgador, porque a prova da materialidade, por escolha legislativa, ao exigir "conhecimento técnico", tarifa a eficácia. Por isso, sem Laudo Direito ou Indireto, emitido por Perito, a prova testemunhal ou os demais indícios arrecadados são inaptos à demonstração válida da materialidade por falta de conector lógico (é exigido conhecimento técnico). O fato de o julgador, eventualmente, dominar os "conhecimentos técnicos" também não serve à configuração da materialidade por força do lugar ocupado, a saber, a função do julgador é a de controlar a validade e não a de substituir ou ocupar o lugar do perito, até porque a observância da Cadeia de Custódia está irremediavelmente prejudicada pelo comportamento omissivo e ilícito do próprio Estado (que não pode tirar proveito de sua conduta em desconformidade). A **nulidade** é **insanável**;

STJ, AResp. 558.432 (Min. Maria Thereza de Assis Moura): "Mostra-se necessária a realização do exame técnico-científico para qualificação do crime ou mesmo para a sua tipificação, pois o exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas ser suprido pela prova testemunhal quando não puderem mais ser colhidos. Logo, se era possível a realização da perícia, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal e o exame indireto não suprem a sua ausência. Diante da desídia estatal, não se mostra plausível a substituição do exame pericial por dados coletados nos depoimentos testemunhais, confissões ou fatos, não sendo este argumento idôneo para substituir a prova técnico".

STJ, HC 167.812 (Min. Sebastião Reis Júnior): "Já disse, em oportunidade anterior, que só é possível a dispensa do exame de corpo de delito, com a admissão de outros meios de prova como a testemunhal, quando não existem mais vestígios, quando impossível a sua realização (HC n. 72.661, DJe 20/8/2012). Lá como aqui, não há notícia de impossibilidade da realização do exame de corpo de delito, o que torna a dispensa do exame direto e a opção pelo exame indireto abusivas, dando causa à nulidade insanável. No caso, insisto, não há elementos que demonstrem que era impossível a realização do exame de corpo de delito. E como era possível, a prova testemunhal não supre a sua ausência. Assim, neste particular, a ordem deve ser concedida de ofício, para afastar a condenação imposta ao paciente pelo crime de alteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311)".

"Deve ficar claro que a impossibilidade de realização do exame há de ser compreendida apenas pela inexistência de base material para a realização direta, a dizer, quando o exame não é realizado no momento oportuno pela desídia do Estado, ou sua realização é imprestável pela falta de aptidão técnica dos operadores encarregados de fazê-lo, não há que onerar o réu com uma prova indireta em vez daquela que poderia ter sido imediatamente realizada". **Fauzi Hassan Choukr**

"O exame de corpo de delito indireto é elaborado, por exemplo, a partir de um prontuário médico (STJ, HC 92.644), como no caso de lesão corporal, na oportunidade em que se tornou impossível o exame nas próprias circunstâncias do crime. Pode ser o caso ainda em que as testemunhas comparecem perante o perito e descrevem sua percepção sobre o acontecido". **Marcos Eberhardt**

4) Crime de Furto: Nos crimes de **furto** (CP, art. 155, § 4º: *I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II – com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III – com emprego de chave falsa; IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas*".) há exigência expressa (tarifada) de Laudo (CPP, art. 171: *Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado*.), sendo que o exame, de regra, não é juntando por ausência de condições de produção, isto é, não há Peritos disponíveis (ineficiência ou omissão estatal). A "causa eficiente" do "desparecimento" da materialidade ou da qualificadora é atribuível ao aparato estatal. Configura "perda de uma chance probatória". Se o Estado estipula as regras de processo e, mesmo assim, as descumpre, o efeito da inobservância do ônus probatório não pode gerar benefícios à acusação, por ser incompatível com a lógica de garantias do Devido Processo Legal**;**

"Sem que se efetive a respectiva perícia no lugar do crime para comprovação da qualificadora, não poderá o réu ser condenado por esta figura típica, mas apenas pelo tipo simples, previsto no caput do art. 155 (considerando que o crime foi furto)". **Aury Lopes Jr**

5) Exame em Arma de Fogo: Nos crimes praticados com **arma de fogo**, a ausência de apreensão autoriza a utilização do art. 167 do CPP, desde que existam elementos objetivos capazes de justificar, racionalmente, a inferência; inválida a opinião das testemunhas/informantes (achava ou parecia arma). O conceito de "**Arma de Fogo**" é definido por norma complementar ao **Estatuto do Desarmamento** (Dec. 3.665/2000, art. 3º, XIII: *arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados*

pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil".). Por isso, exige-se a emissão de Laudo Direito ou Indireto da arma de fogo apreendida ou utilizada na prática criminosa, porque o "simulacro" (arma de brinquedo", embora seja controlada (ED, art. 26 e Portaria do Exército; 02/2010), não é equivalente, para fins legais, a "arma de fogo". Salvo pela exteriorização de se tratar de arma de fogo, ou seja, ter sido utilizada no decorrer da ação, apurada por projétil recolhido etc., desde que atestada a materialidade por prévio **Laudo Indireto**, a conclusão com suporte exclusivo na prova testemunhal mostra-se abusiva, justamente por manipular a exigência de demonstração de se tratar de arma. A "arma de brinquedo" (simulacro) pode ser parecida e, nem por isso, serve para circunstanciar o crime de roubo (CP, art. 157, § 2º-A, I), muito menos à configuração da elementar do tipo de porte/posse de arma de fogo (Lei 10.826/03, arts. 12 e 14). Exige-se a apreensão ou perícia (da arma ou munição), com a emissão de Laudo Direito ou Indireto. O **Laudo Indireto** poderá se valer do conjunto de indícios apurados durante a investigação (p.ex., ocorrência de disparos, identificação de projetis arrecadados na cena do crime, dentre outros indicadores), observada a Cadeia de Custódia, capaz de autorizar a inferência probabilística (o nexo) de que se tratava de "arma de fogo". Sem a prévia e necessária elaboração de **Laudo Indireto**, é inválida a atribuição de "materialidade"", na fase processual, exclusivamente por intermédio da prova testemunhal ou demais evidências, já que para o preenchimento do tipo é necessária a comprovação material (STF, HC 96.865, HC 94.023; STJ: HC 114.534). Do contrário, pressupõe-se a existência de algo não comprovado materialmente (CPP, art. 158). Parcela significativa defende a inversão da carga probatória, devendo o acusado demonstrar que não era arma. A prova é "**diabólica**" (**prova negativa**), incompatível com o modelo de processo e com a distribuição do **ônus de prova** (vide item 7.7). A lógica é a seguinte: **a)** foi usado instrumento que pode ser arma; **b)** como não foi apreendida, impossível a perícia direta; **c)** logo, se cabe ao acusador o ônus relativo à demonstração da materialidade da elementar do tipo penal "arma de fogo", por meio de prévio **Laudo Indireto**, emitido por Perito (com suporte nos disparos ou outros indicadores objetivos); e, **d)** não cumprido o ônus da prova da Hipótese Acusatória, é espúria a atribuição de ônus negativo ao imputado, nem a prova supletiva apurada durante a instrução processual. Em face da **Presunção de Inocência** e do consequente **ônus da prova** atribuído à acusação, por ser inválida a produção de prova negativa, não satisfeita a comprovação da materialidade, prevalece o "*in dubio pro reo*". A conclusão contrária é carente de sustentação lógica e democrática (é sintoma do *in dubio pro hell*). O mais paradoxal seria o acusado, durante a instrução, apresentar uma "arma de brinquedo" dizendo ter sido a utilizada por oportunidade da conduta;

"Manipulando-se as premissas, simplesmente, afirma-se que a não apreensão da arma de fogo gera a presunção de que era de verdade e cabe (??) ao acusado provar que não era arma de fogo. A Sumula n. 174 do STJ, embora revogada, mantém seus efeitos no imaginário forense. Ela retorna, aparentemente depois de morta, a partir de argumentações obtusas, na modalidade paralogismo, entendido como erro lógico. Ainda que a vítima ou testemunhas tenham visto algo similar a uma arma de fogo, tal fato é – no máximo -mero indício (CPP, art. 239), sem efeito direto na questão criminal, mas que opera no imaginário forense. O paralogismo acontece porque a inferência da utilização de um artefato (que não se sabe se arma ou não) como sendo arma não se adequa nem às regras lógicas, por ser excessiva, nem a princípios da experiência. Isso porque da posse fática não se infere a qualidade do artefato, seu potencial lesivo, nem que era apta ao fim a que se destinava. Enfim, dentre as mais diversas versões imagináveis para um fato, a que implica na imposição de pena, deve ser sustentada por outras informações probatórias, sendo vedado o mero convencimento íntimo ou indireto". **Salah Khaled Jr e Alexandre Morais da Rosa**

CONTRAN, Resolução 432/13 exige a demonstração: a) quanto à aparência, se o condutor apresenta: i. sonolência; ii. Olhos vermelhos; iii. Vômito; iv. Soluços; v. Desordem nas vestes; vi. Odor de álcool no hálito; b) quanto à atitude, se o condutor apresenta: i. agressividade; ii. Arrogância; iii. Exaltação; iv. Ironia; v. Falante; vi. Dispersão; c) quanto à orientação, se o condutor: i. sabe onde está? Ii. Sabe a data e a hora; d) quanto à memória, se o condutor: i. Sabe seu endereço; ii. Lembra-se dos atos cometidos; e) quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta: i. Dificuldade no equilíbrio; ii. Fala alterada".

"Realmente, duas latas de cerveja, cada uma contendo 12 gramas de álcool, seriam suficientes para produzir uma alcoolemia de três a cinco decigramas em um adulto médio do sexo masculino com 70 quilos, e de sexo feminino com 62 quilos. Apesar de esses níveis estarem abaixo do exigido, nem sempre existem correspondência entre a alcoolemia e o estado de embriaguez pela interferência de fatores como sexo, peso, etnia, hábito de beber, tornando variável a susceptibilidade individual". **Neusa Bittar**

TJSC, 3ª Turma Recursal, ApCrim. 0004627-23.2014.8.24.0031 (Juiz Alexandre Morais da Rosa): "A materialidade nos crimes ambientais exige conhecimento técnico, adequado, não sendo suficiente para tal fim a opinião dos policiais militares".

6) Exames Periciais: O CPP regulamenta, ainda, a **autópsia** (CPP, art. 162), a **exumação** (CPP, art. 163-166), o **exame nos casos de lesões corporais**, inclusive complementar (CPP, art. 168), a **avaliação dos bens** ou dos prejuízos quando for necessário (CPP, art. 172), as condições em que o **incêndio** ocorreu – causas e perigos – (CPP, art. 173; STJ, HC 65.667), reconhecimento de **escritos** e **grafotécnico** (CPP, art. 174) e a **eficiência** dos instrumentos do crime (CPP, art. 175). O CTB, no art. 306, autoriza a realização de **bafômetro**, que deve estar aferido, não sendo o investigado obrigado a produzir prova contra si mesmo, gerando o auto de constatação da autoridade pública, alvo de críticas, dada a apreciação subjetiva e, também, submetida aos "humores" dos agentes estatais que, em geral, tendem a interpretar como uma afronta a negativa do condutor (deve-se exigir filmagem do contexto). A perícia poderá ser realizada nos **bens e instrumentos** do crime (sobre celular e *whatsapp*;, vide itens 9.3 e 9.4);

"O corpo humano, por onde passa, deixa vestígios que podem permitir tirar ilações se uma pessoa esteve num determinado lugar ou em contato com outra pessoa ou objeto. Este facto faz com que a capacidade do conhecimento científico e tecnológico para detectar a presença de vestígios humanos numa cena de crime seja uma ferramenta preciosa do sistema de justiça criminal na árdua e complexa tarefa de identificar os autores do crime". **Helena Machaco e Barbara Prainsack**

STF, RHC 128.096 (Min. Marco Aurélio): "A superveniência de prova técnica, consistente na comparação dos perfis genéticos dos acusados, a demonstrar a compatibilidade, com o corrêu, do material genético encontrado na colcha em que ocorrido o crime de estupro imputado faz surgir situação de dúvida razoável concernente ao que narrado na denúncia, porquanto apontou ser o paciente o único a ingressar na residência das vítimas, e, considerado o princípio da não culpabilidade, desautoriza a manutenção da condenação."

7) Bioinformação: DNA (coleta e obtenção): A extração ou obtenção de material genético não pode ser feita à força e/ou sem o consentimento do agente, por violação ao **Direito Fundamental** de autodeterminação corporal e de informação genética. O recolhimento do material genético (bioinformação: cabelos, sangue, DNA etc.) deixado na cena do crime (abandonado ou descartado) é plenamente possível, observada a Cadeia de Custódia, em decorrência do levantamento dos elementos probatórios da cena do crime (CPP, art. 6º), dispensada a autorização judicial**.** Veda-se o uso de tática manipuladora, modalidade de *doping*, consistente na prorrogação do interrogatório para o fim de que o **alvo** tenha fome, sede, necessidades fisiológicas, colhendo-se, posteriormente, o material utilizado (copos, talheres, guardanapos etc.). Configura abuso de autoridade (LAA, art. 13, III);

"Buscar a qualquer preço a coleta de amostras genéticas pode estimular atuações que visam enganar o investigado para obter eu material biológico, o que deve ser rechaçado. Uma coisa é coletar amostras genéticas destacadas involuntariamente do corpo humano, outra bem diferente é induzir o investigado a fazê-lo por meio de meios escusos". **Emílio de Oliveira e Silva**

"O drible investigatório, todavia, pode ser realizado mediante as famosas e ilegais conduções coercitivas, já que o investigado/acusado estará, mesmo que por certo tempo, sob a tutela estatal, dentro de repartição pública, momento em que eventuais fios de cabelo, saliva, excrementos, suor, etc., poderão ser captados pelo Estado. Todavia, manipulada dessa forma, a obtenção será um ardil fraudulento, espécie de doping, pelo qual se fraudará a investigação". **Rômulo de Andrade Moreira e Alexandre Morais da Rosa**

"Uma calorosa mensagem de esperança dirigida aos mártires da truculência policial e do exagerado arbítrio judicial. [...] irrecusável direito ao silêncio. Sua sujeição, portanto, pelas autoridades, a pesquisas de laboratório, à fadiga, à arapuca das cartas fraudadas, ao instrumental e à farmacopeia policialesca **ad eruendam veritatem** é comportamento dos mais condenáveis, até mesmo fora dos domínios do direito penal." **Serrano Neves**

8) Intervenção Corporal: A controvérsia se instaura quando há necessidade de obtenção de material genético dos agentes envolvidos na infração (autor e vítima). O corpo, como fonte de prova, recebe menor proteção quando não há intervenção interna, nem violenta, mediante o uso de cabelos, urina, fezes, sangue etc. (TEDH, *Saunders vs United Kingdom*), por não haver violação à dignidade humana. A obtenção de provas por meios de prova **invasivos** está vedada, salvo se decorrerem de procedimentos médicos justificáveis e necessários (droga no corpo, com risco de morte, p.ex.), enquanto os **não invasivos** sofrem restrições. Classificam-se**: a) Provas invasivas**: são as intervenções corporais que pressupõem a penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, implicando na utilização (ou extração) de alguma parte dele ou na invasão física do corpo humano, tais como os exames de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia (usada para a localização de drogas no corpo humano) e o exame de reto; **b) Provas não invasivas**: consistem em inspeção ou verificação corporal. São aquelas em que não há penetração no corpo

humano, nem implicam na extração de parte dele, como as perícias de exames de materiais fecais e os exames de DNA realizados a partir de "fios de cabelo" encontrados no chão, saliva em copo d'água etc.;

9) Lixo e Descarte: Lícita é a obtenção do meio de prova nas situações que o agente **descarta** ou **abandona** o material genético (lixo, filtro de cigarro, copos, talheres, escovas de dente, escovas, preservativos, pentes etc.), por se entender que com o ato a **amostra** corporal torna-se ***res nullius***, autorizando o recolhimento e uso, observada a Cadeia de Custódia (Tribunal Constitucional da Espanha; STS 760/2006)**;**

10) Cautelar Probatória: Cabível o deferimento de busca e apreensão na residência ou locais usados pelo agente, com as dificuldades de cada caso e requisitos legais, demostrada, motivadamente, a proporcionalidade. A extração à força, providência adotada em alguns países, é duvidosa no Brasil em face da Lei de Identificação Criminal (art. 3º, IV);

11) Psicológo Jurídico: A depender da conduta apurada, principalmente no âmbito da Violência Doméstica, nos crimes contra dignidade sexual ou contra crianças/adolescentes, o Psicólogo Jurídico pode ser chamado a emitir, do seu lugar, análise técnica, por meio de: **a)** Laudo (avaliação extensa e contextualizada); **b)** Parecer psicológico (documento fundamentado e resumido de questão focal); e, **c)** Entrevista (relato da interação com o examinado);

"Na especificidade da violência psicológica, a perícia psicológica destina-se a dirimir dúvidas relacionadas às condições psíquicas de alguém. Trata-se de um processo de compreensão psicológica do caso em que, respondendo aos quesitos elaborados pelo juiz, deve o perito investigar o funcionamento mental do indivíduo submetido a exame".

Ana Luisa Schmidt Ramos

STJ, AgRg EDcl AI Resp. 1.225.717 (Min. Joel Ilan Paciornik): "O laudo psicológico produzido ainda na fase policial conforme artigo 6º do CPP não se confunde com exame de corpo de delito e outras perícias realizadas por perito oficial, não havendo que se falar em violação ao artigo 159, § 3º, do CPP. 3.1. Conforme se depreende do artigo 159, caput, § 4º e § 5º, II, do CPP, a faculdade de formular quesitos e indicar assistente deve se dar em razão de perícia realizada por perito oficial durante o curso do processo judicial com admissão pelo juiz. 3.2. Conforme precedentes, sequer o laudo psicológico produzido em fase judicial se equipara com exame de corpo de delito e outras perícias".

12) Exames de Sanidade Mental: A dúvida sobre a higidez mental do acusado enseja a instauração, em apartado (CPP, art. 153), de incidente de sanidade (CPP, art. 149), podendo ser deferido inclusive na fase de investigação. Será nomeado curador para o fim representar os interesses do submetido. A internação para o exame (CPP, art. 152) não subsiste, salvo se o agente estiver internado provisoriamente em face de medida cautelar (CPP, art. 319). O resultado positivo do laudo (inimputabilidade total ou parcial; CP, art. 26), não impede a continuidade do processo penal, dada a possibilidade de redução da pena ou de **absolvição imprópria**, com a aplicação de **medida de segurança** ou **tratamento ambulatorial**. Na hipótese de o acusado ser imputável na data do crime, o processo aguardará sua melhora (se viável, conforme avaliação médica), já que não teria direito de se defender em face das condições psíquicas circunstanciais;

13) Heurística do Laudo: A apresentação de conclusões em Laudos Periciais decorre da aplicação de conhecimentos, regras e procedimentos em face de amostras, fundadas em juízo de **probabilidade** e não de certeza determinística. A validade e solidez dos resultados somente pode ser

"Já que não se vê como alguém que é alvo de uma ingerência corporal não está a contribuir para a sua auto-incriminação, sobretudo se a prova, a final, apenas vier a assentar em tal meio de prova que, de outro modo – sem tal colheita coerciva ou mediante consentimento do visado – não existiria. Do que se grata é de se colocar `a falar o corpo` quando o titular desse corpo o pretende `calar`, ao não falar, seja com palavras ou com informação retirada do seu silente e não colaborante corpo. [...] "lado daquela doutrina que exige, quer ao nível dos exames de ADN, quer ao nível dos exames de alcoolemia – com recolha de sangue – a colaboração activa do visado e a advertência de que lhe assiste a faculdade de não colaborar sob pena de lesão do princípio da plenitude das garantias de defesa, nomeadamente ao nível do direito à não-autoincriminação em virtude do que se crisma de **privilege against self-incrimination** e do princípio da presunção de inocência". **Benjamim Silva Rodrigues**

"Entendemos que o direito ao silêncio, declarado em nossa Constituição, e o de não se declarar culpado, previsto em ambos os Documentos Internacionais, desobrigam o indiciado ou o acusado, compulsoriamente, a submeterem-se a coleta de material biológico para efeitos de identificação criminal (ou por qualquer outro método, fotográfico ou datiloscópico), sendo nulos [nos dizeres de josé Franciso Etxeberria Giridi] "*los posteriores análisis genéticos que se pratiquen sobre dicho material*", "*cuando se estime que la extracción u obtención del material celular necesario para la práctica de la huella genética há vulnerado algún derecho fundamental (integridad física, intimidad, etc.)*". **Rômulo de Andrade Moreira e Alexandre Morais da Rosa**

STF, HC 71.373 (Min. Marco Aurélio): "Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos."

"O DNA de um indivíduo é único, exceto quando estamos perante gémeos idênticos. Todas as substâncias biológicas recolhidas nas cenas de crime, como sangue, cabelo, sémen, urina, pele, saliva, suor e lágrimas, contém DNA. Uma amostra de DNA pode também ser obtida através de um esfregaço bucal a uma pessoa já identificada – esse método consiste em escovar ligeiramente o interior da bochecha com uma zaragatoa (cotonete), de maneira a recolher saliva e células – ou pela recolha de amostras de cabelo (incluindo as raízes, uma vez que contêm as células necessárias para análise), ou raspando uma parte do corpo para retirar uma pequena amostra da pele de uma pessoa". **Helena Machaco e Barbara Prainsack**

contraditada ou, pelo menos, auditada, se o agente processual dominar conhecimentos mínimos sobre o tema. O suporte crítico pode contar a opinião qualificada de assistentes técnicos, das partes ou do Juízo, para o fim de "conferir" se os métodos utilizados estão em conformidade com o que há de mais atual no respectivo campo do saber, especialmente se atenderam ao **Padrão Daubert.** O desconhecimento técnico e a ausência de impugnação robusta operam no sentido de incidir a **heurística do laudo**, consistente na adoção das conclusões de modo automático e irrefletido (S1 em vez de S2);

"O exame em DNA é um meio de prova técnica laboratorial forense de valor, mas não é a rainha das provas. Deve fazer parte do conjunto de outras informações e provas técnicas da investigação policial e judicial. Na qualidade de prova laboratorial está inserida numa "máxima" da época dos exames não automatizados: todo exame laboratorial está sujeito a resultado falso positivo e falso negativo. Os laudos atuais de exames complementares na área médica apresentam alerta pequeno no rodapé e recomendam correlacionar o resultado com a clínica para evitar conclusões precipitadas". **Zulmar Vieira Coutinho**

"As bases de dados genéticos são vistas como tendo uma maior probabilidade de identificar, deter e condenar 'pequenos criminosos', uma vez que os nossos entrevistados presumem que a estes falta experiência e o 'olho clínico' dos criminosos 'profissionais', ou que estão demasiado bêbados, drogados ou distraídos para se preocuparem com evitar deixar vestígios na cena do crime. Por outro lado, os presos referem-se aos criminosos 'profissionais' como indivíduos que conseguem planear com antecedência o crime, são metódicos, têm cuidados acrescidos e precauções adicionais para evitar serem identificados e detectados e fazem uma gestão calculada dos riscos de 'ser apanhado'". **Helena Machado e Barbara Prainsack**

"O exame de DNA possibilita que pequenas quantidades de vestígios biológicos, invisíveis a olho nu, sejam suficientes para a obtenção de resultados satisfatórios. Essa vantagem em relação a outros métodos de identificação é somada ao alto grau de resistência do DNA a fatores ambientais, pois a molécula do ácido desoxirribonucleico é robusta, tem alta estabilidade química e térmica, o que a torna ideal para a obtenção de perfis genéticos, mesmo após longos períodos de tempo". **Emílio de Oliveira e Silva**

C – Controvérsia:

1) DNA, Cena do Crime e Cognição: A aposta cognitiva do falso endeusamento do exame de DNA, cujas maravilhas são decorrentes muito mais de propaganda do que efetividade. As armadilhas da cognição são muito eficazes, especialmente pelo mecanismo da **satisfatoriedade** , em que a colocação de material genético na cena do crime, na maioria das vezes, antecipa – ingenuamente –, a culpa. Afinal, pode-se plantar drogas, armas, fios de cabelos e material genético. Embora o acusado/investigado não seja obrigado a entregar o material genético, a negativa é tática arriscada. Talvez se possa trabalhar com argumentos de contenção, por exemplo, se o acusado esteve no local da conduta, por certo, seu DNA estará na cena do crime. Mas não se pode deduzir de evidência isolada a conclusão da responsabilidade penal (correlação não é causalidade). As possibilidades de encadeamento dos argumentos devem compor as expectativas de comportamento cognitivo dos agentes processuais;

D – Estratégia:

1) Planejamento Tático: A identificação prévia das oportunidades probatórias, no campo pericial, demanda a aquisição de conhecimentos técnicos mínimos, capazes de atribuir eficácia aos **Planos de Ação**, vinculados à estratégia eleita pela parte. Daí que a contratação de assistentes técnicos tende a fazer toda a diferença;

2) Conformidade e Argumentos: Além dos requisitos formais, em que o **Teste EVE** será útil, podem ser apresentados os seguintes argumentos contra o especialista: **a)** não possui as qualificações técnicas de especialização de modo robusto (p.ex, produção acadêmica irrelevante, formação deficiente etc.); **b)** não há consenso no campo científico; **c)** adoção de metodologia controversa; **d)** o objeto demanda conhecimentos para além do campo de saber do especialista; **e)** a avaliação indireta não levou em consideração indicadores relevantes; e, **f)** o parecer do assistente técnico destoa das conclusões oficiais (há desconfiança sobre peritos pagos).

9.11 Identificação Criminal e Perfil Genético

A – Definição:

A identificação criminal do agente é condição para responsabilização penal e se estiver comprovada por documentos ou indicadores hábeis, não autoriza submeter o agente aos constrangimentos de identificação. Ausente documentação adequada, o procedimento é obrigatório. É controversa a extração de DNA.

"Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: I – carteira de identidade; II – carteira de trabalho; III – carteira profissional; IV – passaporte; V – carteira de identificação funcional; VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado. Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares. Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado".

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Identificação Obrigatória do Agente: A **identificação adequada** do conduzido, acusado, enfim, da pessoa física, é indispensável para que se evitem erros comuns de falsa atribuição a terceiros, até mesmo porque sua ausência é motivo de prisão cautelar (CPP, 313, parágrafo único). Na hipótese de se desconhecer o nome do agente, mas determinada a pessoa, o processo pode prosseguir até a definição da identificação do agente (CPP, art. 259). O **civilmente identificado**, por documento hábil (Lei 12.037/2009, art. 2º), não será submetido à identificação criminal (CR, art. 5º, LVIII). Não havendo documento hábil, a identificação criminal é **obrigatória**. O procedimento engloba a fotográfica, datiloscópica (digitais) e biológicas (art. 5º), evitando-se, dentro do possível, constrangimentos ao investigado (art. 4º). As cópias (autenticadas ou não) dependem de juízo da autoridade policial quanto à veracidade, não estando, necessariamente, excluída a validade (pode o investigado não ter documento por furto etc.), devendo, por precaução, juntar-se a cópia aos autos;

"A datiloscopia é o método de identificar impressões digitais e baseia-se na comparação entre duas (ou mais) impressões digitais dos dedos humanos, palma da mão ou mesmo dedos dos pés, para determinar se estas impressões são provenientes do mesmo indivíduo. Nunca foram encontradas duas pessoas com as mesmas impressões digitais, nem mesmo em gêmeos idênticos". **Helena Machado e Barbara Prainsack**

2) Dúvida: No caso de dúvida sobre a identidade, também deve-se proceder a identificação criminal. São **meios** de investigação do agente o "**retrato falado**" (reprodução por desenhista ou programa de computador das características do autor da infração), as fotografias que possam identificar o agente, os registros de voz, dadas as particularidades de volume, timbre e tipo, capazes de gerar indicativos de idade, sexo, sotaque, bem assim **papiloscopia**, indicadora do desenho dos cristais capilares da epiderme, bem como técnicas de *profiling criminal*. Além disso, o exame genético se mostrou relevante diante das evidências deixadas na cena do crime (cabelos, saliva, esperma, pelos, tecido humano, sangue etc.);

C – Controvérsia:

1) Coleta de DNA (Banco de Perfis): Sob o mote de aperfeiçoar o sistema, previu-se a **identificação criminal** por meio da coleta de material biológico para fins de obtenção de **perfil genético** (Lei 12.654/12, alterou a LIC e a LEP, com a redação dada pela Lei 13.964/19), com a discussão sobre a compatibilidade com a **Lei Geral de Proteção de Dados** (Lei 13.709/18). A coleta de material genético não é mera

LIC, "art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. § 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. § 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. § 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. Art. 6º É vedado mencionar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

identificação, mas sim produção antecipada de prova, daí que não pode ser realizado automaticamente, dada a necessidade de preenchimento dos pressupostos do **Devido Processo Legal** (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), justamente por implicar na revelação, ainda mais quando colocados em bancos de dados, do perfil genético, das características físicas e individuais**.** A tendência mundial é a criação e alimentação de bancos genéticos (Tratado de *Prüm*/2005: regulamente o acesso informatizado na Comunidade Europeia sobre os dados de identificação, incluindo DNA, para o fim de combater crimes graves, dentre eles, terrorismo e organizações criminais). Em fevereiro de 2016, o Registro Nacional de DNA dos EUA continha mais de 12.113.810 perfis de criminosos e 674.150 de perfis forenses. Para tanto, é necessário o deferimento judicial, mediante a análise da existência do crime e de elementos convergentes de autoria, não se podendo realizar sem que estejam preenchidos os requisitos das cautelares, sob pena de banalização do instituto, salvo concordância do investigado. Em caso de não oferecimento de denúncia, rejeição ou absolvição, o indiciado poderá requerer a retirada da identificação fotográfica (art. 7º). O **tema** está com **Repercussão Geral** reconhecida pelo STF (Tema 905: no REext. 973.837, pendente de julgamento). A tendência mundial é a de substituição dos Bancos Genéticos por **Reconhecimento Facial** (mais baratos e ágeis, embora ainda enviesados como demonstra a Ong *ProPública*);

Art. 7º No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil. Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. Art. 7º –B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo".

STF, REext. 973.837 (Min. Gilmar Mendes): **"**Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida".

Art. 9º – A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. § 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense. § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. § 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa. § 4º O condenado pelos crimes previstos no **caput** deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena. (vetados) § 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético."

"Especialmente no âmbito penal, a aplicação dos métodos datiloscópico, fotográfico ou genético serve tanto para identificar o indivíduo quanto para produzir provas. Em ambos os casos esse procedimento repercute nos direitos fundamentais da pessoa, uma vez que ela suporta uma atuação externa do agente estatal, que visa à obtenção de dados que a caracterizam, a partir de seu corpo". **Emilio de Oliveira e Silva**

"Desta maneira, a certeza, mesmo com toda a demonstrabilidade científica dos métodos de DNA, não reina nem mesmo neste ramo do conhecimento. Este elemento precisa ser levado em conta pelo julgador no momento em que realiza a valoração da prova científica, para a correta formação de sua convicção, este juiz, cada vez mais, terá como tarefa para bem julgar a compreensão de ramos do conhecimento que até este momento histórico da conjuntura da epistemologia não se fazia imperioso.

D – Estratégia:

1) Dever de Diligência: A identificação constitui-se como etapa obrigatória da responsabilização do agente durante a investigação criminal ou flagrante. A ausência de documentos e a **conveniência** da autoridade policial fazem com que o autuado atribua a conduta a terceiro (do qual sabe os dados), causando danos ao terceiro, porque assim que solto, desaparece, expedindo-se, em geral, mandado de prisão espúrio. Por violação de dever de ofício do agente público, prende-se terceiro, com a posterior condenação do Estado a indenizar o prejudicado. A Identificação Criminal constitui etapa importante e, por isso, deve ser observada em todos os seus termos;

2) Conhecimentos Atualizados: A constante atualização técnica dos agentes processuais em outros cmapos do saber é importante para que possam refletir sobre o impacto das novidades legislativas, dados os possíveis efeitos colaterais. No caso do DNA, a **heurística do resultado** (adotado sem maiores questionamentos) e aparente útil extração de material genético dos acusados, traz consigo efeitos colaterais relevantes. A decisão baseada em evidências válidas pressupõe "conhecer" um pouco mais de cada tema, especialmente porque, em geral, advindo de campo de saber distinto.

9.12 Prova Documental (Digital ou Analógica) e Lei de Acesso à Informação

"É demandado deste julgador do século XXI um conhecimento técnico e humano diferenciado dos que o antecederam. Julgar na sociedade complexa será uma tarefa cada vez mais árdua, são novos conhecimentos, novos desafios, novas angustias e problemas que precisam de inovadoras maneiras de abordagem e enfrentamento". **Yuri Felix e Alexandre Morais da Rosa**

A – Definição:

Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares, obtidos de fontes analógicas ou digitais, atendidos os requisitos de validade e garantida a possibilidade de impugnação.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

"Os instrumentos públicos possuem fé-pública, que se traduz na presunção de veracidade iuris tantum, o que significa que admitem prova em contrário, como nas hipóteses em que ocorre vício de consentimento. É o caso da procuração, escritura de compra e venda, etc. Já o instrumento particular é aquele realizado pelo particular sem qualquer intervenção estatal. Se subscrito pelas partes e assinado por, no mínimo, duas testemunhas, terá força probante quanto aos fatos ali descritos, mas apenas vinculando as partes. É possível também que o instrumento particular seja autenticado por tabelião através do reconhecimento de firma, caso este em que eventual impugnação não poderá dizer respeito à autoria do documento, mas somente a vícios de consentimento ou ao teor do instrumento em si". **Marcos Eberhardt**

1) Amplitude: O disposto no CPP de 1941 **(**arts. 231 a 238) deve ser lido em face do desenvolvimento tecnológico dos documentos digitais (**E-Evidência**) e consiste, em sentido amplo, na produção de quaisquer escritos, instrumentos, papéis (públicos ou privados), em formato analógico e/ou digital (documento em sentido estrito, vídeos, fotos, *print screen*, gravuras, desenhos, mídias, documentos digitais etc.). Os documentos em **língua estrangeira**, quando necessários, deverão ser traduzidos (CPP, art. 236). O critério é a dificuldade de compreensão (STJ, Resp. 1.234.097), isto é, documentos em espanhol, por exemplo, não precisam de tradução (idioma do Mercosul, do qual o Brasil faz parte, além de compreensível). A pesquisa em "**fontes abertas**" (**OSINT**) também é fator relevante no contexto atual de produção de provas documentais;

"Pode-se definir fonte como qualquer dado ou conhecimento que interesse ao profissional de inteligência ou de investigação para a produção de conhecimentos e ou provas admitidas em direito, tanto em processos cíveis quanto em processos penais, e, ainda, em processos trabalhistas e administrativos (relativos a servidores públicos, federais, estaduais e municipais)". **Alesandro Gonçalves Barreto e Emerson Wendt**

2) Documentos Públicos e Privados: Os **públicos** são os obtidos ou produzidos em face da fé pública, com presunção *juris tantum* (relativa) de veracidade e autenticidade, enquanto os **privados** (particulares) devem ser valorados em face das condições de produção e eficácia probatória. Às **cópias autenticadas** também se atribui valor probatório (CPP, art. 232, parágrafo único), embora se impugnadas ou instaurado o Incidente de Falsidade, a tração cognitiva atribuível tende a ser reduzida ou nula (diante da violação dos atributos da mesmidade e auditabilidade);

"A fotografia digital carrega consigo metadados que podem trazer informações sobre o tipo de equipamento utilizado (fabricante e modelo), coordenadas geográficas, dia e horário, além de outras informações. É o que nominamos de *exit* da fotografia". **Alesandro Gonçalves Barreto e Emerson Wendt**

3) Prova Digital: A prova digital (espécie da prova eletrônica) é a obtida e/ou produzida em ambiente eletrônico digital, em que os dados (de base, de tráfego e de conteúdo), em geral, vulneráveis e frágeis, devem ser extraídos e tratados em observância às normas técnicas, sob pena de ineficácia probatória;

"O conceito de prova eletrônica é mais amplo do que o da prova digital: engloba todas as formas de dados, sejam produzidos por dispositivo analógico, ou de forma digital. Mas, ainda que relacionados, as duas formas não podem ser confundidas, nomeadamente porque para a produção de cada uma delas devem ser observados normas e procedimentos específicos". **Dario José Kist**

"Os metadados permitem 'encontrar' novos dados para a prova e podem eventualmente embasar uma perícia. Além disso, o isolamento efetivo na hora da captura técnica contribui para aumentar a confiança em relação à prova produzida. Tal recurso evita manipulação antes; e a preservação em *blockchain* ou ICP/Brasil evita a manipulação posterior". **Bernardo de Azevedo**

4) E-Evidência (Definição e Tratamento): A definição de **E-Evidência** se orienta pela: **a) relevância** (meio de prova adequado ao fim que se destina); **b) confiabilidade** (equivalência entre o verificado e o representado); e, **c) suficiência** (deve congregar os elementos necessários de superação aos testes de verificação). Já o **Tratamento da E-Evidência** deve ser realizado por cópia (**aquisição**) e autorizar as seguintes condições: **a) auditabilidade** (conformidade da metodologia e dos procedimentos); **b) repetibilidade** (os resultados obtidos, nas mesmas condições, devem ser os mesmos); **c) reprodutibilidade** (equivalência de resultados por meio

"Trata-se de uma rede dotada de um altíssimo grau de transparência, publicidade, integridade e inviolabilidade, sendo praticamente impossível a alteração de qualquer transação ali registrada. [...]. Em sendo a rede blockchain dotada de alto grau de integridade, criptografia avançada, auditabilidade e transparência, sendo que os dados ali inseridos tornam-se imutáveis e à luz da legislação vigente, convergindo com os princípios constitucionais expostos e a legislação infraconstitucional explicitada, não resta dúvida de que as provas documentais geradas no sistema possuem validade jurídica, cabendo sua desqualificação apenas com robusta prova em contrário, da mesma forma como o documento certificado por tabelião ou similar. E essa lógica modifica substancialmente o que se entende por documentos, os meios de prova, enfim, a lógica analógica do Direito e do processo penal, por exemplo". **Felipe Navas Próspero e Alexandre Morais da Rosa**

"[...] tanto no momento de acessá-la, como na fase posterior de preservação da cadeia de custódia, há a necessidade de observar rigorosa metodologia, sob pena de alteração ou perda de dados e informações relevantes para a prova do fato em discussão. Essa observação vale de modo especial para acessar dados cifrados ou criptografados, acessar o "metadata", isto é, extrair os dados sobre dados, como a data e hora em que o arquivo foi criado, acessado ou modificado, quem tinha permissão para esse acesso, o nome constante no computador ou, no *software*, a última pessoa que editou o arquivo; no caso de e-mail quem foram os destinatários incluídos em *blind carbon copy* - 'bcc' (em português, com *cópia oculta* ou 'cco'; análise de fotografias, o próprio arquivo que contém pode também conter o número de série da máquina fotográfica utilizada e outros dados sobre esta e que podem conduzir à pessoa que a utilizou no momento; há aparelhos, como é o caso dos *smartphones* e *tablets* e algumas máquinas fotográficas, que utilizam, no momento da operação, os *geo-tags*, que revelam a localização geográfica do aparelho e o momento em que a imagem foi capturada". **Dario José Kist**

"**Dado**: segundo a Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (DNISP), 'é toda e qualquer representação de fato, situação, comunicação, notícia, documento, extrato de documento, fotografia, gravação, relato, denúncia, dentre outros, ainda não submetida, pelo profissional de ISP, à metodologia de Produção de Conhecimento'". **Alesandro Gonçalves Barreto e Emerson Wendt**

"Embora as evidências digitais existam e também tenham realidade, esta é no geral imperceptível a quem não detém conhecimentos específicos em matéria de informática, razão pela qual é imperativo que a investigação criminal em ambiente digital seja levada a cabo por especialistas em Ciência Forense Digital. A esses caberá, manejando ferramentas por meio de procedimentos forenses adequados, recuperar arquivos eliminados, encontrar registros da conta utilizada pelo agente do crime e, em geral, reconstruir a atividade por este desenvolvida para chegar ao resultado ilícito.Cuidados especiais deverá ter para não contaminar ou mesmo perder, com sua atividade, as evidências encontradas, assim como observar o marco legal incidente, nomeadamente para não afetar, indevidamente, direitos fundamentais envolvidos na investigação.". **Dario José Kist**

"Uma função hash (ou função de hashing) é uma função criptográfica que recebe qualquer informação de tamanho variável e oferece, como resultado, uma informação de tamanho fixo (cujo tamanho normalmente varia entre 128 e 256 bits). Ao resultado gerado pela operação de hashing dá-se o nome de hash." **Cleorbete Santos, David Nadler Prata e Humberto Xavier de Araújo**

de instrumentos diversos); e, **d) justificabilidade** (justificação da escolha e realização dos procedimentos e métodos de obtenção e tratamento). A tendência é o uso de *Blockchain*;

5) Extração de Documentos da *Internet*: A extração de dados do ambiente digital, especificamente da *internet* ou de aplicativos de mensageria, deve observar os requisitos de **Existência**, **Validade** e **Eficácia** (Teste EVE). A aplicação analógica do art. 411, II, do CPC *(Art. 411. Considera-se autêntico o documento quando: [...] II – a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei.*) autoriza a invocação das regras técnicas (ABNT-ISO) como parâmetro de verificação. O mero "*print screen*", por exemplo, é insuficiente à demonstração da materialidade, por violação da metodologia necessária à validade da prova. Os dados podem ser "**espoliados**" (degradação por incidência de calor, umidade, campos magnéticos e/ou elétricos, quedas etc.) ou "**adulterados**" (violada a integridade, mesmidade e auditabilidade), por aspectos inerentes à diligência ou agentes externos, motivo pelo qual, assim que o dispositivo é apreendido, os agentes da lei buscam desligar ou colocar no modo avião (evitam a adulteração por administradores ou agentes externos);

6) Regras Técnicas (Norma ABNT ISO/IEC 27.037:201): A Organização Internacional de Padronização (ISO) editou a Norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 estabelecendo os critérios de tratamento das evidências digitais, isto é, os requisitos de validade à preservação da integridade, da autenticidade, da auditabilidade e da cadeia de custódia relativas à evidência digital;

7) Cadeia de Custódia Digital: Considerando as características dos dados alvo da prova (volatilidade e fragilidade), a evidência digital pode ser alterada, editada, manipulada ou destruída de modo doloso ou culposo, tanto pelos agentes processuais, como pelos peritos. A **E-Evidência** constitui-se pelos formatos físico e lógico. Desde o rastreio e obtenção, até o descarte, todo o percurso e tratamento devem ocorrer com a "identificação" dos dispositivos (externa, via dispositivo de armazenamento e, se possível e viável, a interna: os dados), evitando-se sobreposições. Os cuidados com a **Cadeia de Custódia Digital** (controle de obtenção, movimento e acesso aos dados, com a identificação, histórico de acesso, por tempo, local e motivação, além de eventuais alterações) se potencializam, porque é dever de todos os agentes que participam da obtenção ou tratamento da evidência digital, além de conhecimentos mínimos (p.ex. o programa *MD5Summer* verifica a integridade dos arquivos transmitidos pela *web*), a respectiva documentação das condições matérias do rastreamento, identificação, fixação, **aquisição** (cópia integral e documentada da evidência, observando-se a conformidade: função de *Hash*), **preservação** (manutenção do original da evidência intacto), análise, intercorrências, armazenamento e descarte (vide item 9.7). Os "dados" se distinguem entre "voláteis" (p.ex. memória RAM etc.) ou "não voláteis"

(p.ex. HD, *cards* de memória, etc.). Os voláteis podem se perder mais facilmente, motivo pelo qual o modo como eventual Busca e Apreensão é realizada pode destruir ou comprometer o conteúdo;

8) Pesquisa em Fontes Abertas (ONSIT: *Open Source Intelligence*): A *internet* proporciona imensas oportunidades de pesquisa em "fontes abertas", em geral pouco exploradas pelos agentes processuais. A aquisição de habilidades mínimas do ambiente digital, associadas a cuidados de *cybersecurity*, transforma o conjunto de dados e informações disponíveis. Desde endereços, passando por reconhecimento de fotos, pesquisa de patrimônio, de redes de relacionamentos, etc., enfim, a pesquisa não termina. Pode ser realizada na internet de superfície ou na *deepweb*, com recursos e cuidados específicos (browser TOR). Dentre outros sites, além dos governamentais (transparência, dados, receita, controladoria etc.), podemos indicar: **a)** https://www.metadata2go.com; **b)** http://metapicz.com/#landing; **c)** http://exif.regex.info/exif.cgi; **d)** https://exifmeta.com; e, e) https://whopostedwhat.com;

9) *Print* e Foto: A apuração de condutas criminais que se valem do ambiente digital (próprias ou impróprias) exige comprovação adequada por meio da observância de regras, metodologias e procedimentos técnicos. Os *prints* extraídos de endereços da *web* ou de *smartphones* (*whatsapp*, por exemplo), são qualificados como "imagem", submetidos à demonstração do modo de obtenção e/ou produção. A maleabilidade e a vulnerabilidade dos dados digitais, principalmente pela ampla possibilidade de criação de diálogos falsos (*Fakes*), por meio de aplicativos disponíveis na rede, reafirma a necessidade de observância da **Cadeia de Custódia Digital**. Diferentemente do regime do Processo Civil, em que a não impugnação pela parte adversa consolida a validade, no Processo Penal o ônus da prova é da acusação, motivo pelo qual a demonstração da existência, validade e eficácia é atribuída a quem acusa. O *print*, por si, sem a demonstração da regularidade (metadados, integridade, código *Hash*, quem, como, onde, atendidas as regras de identificação e coleta), não produz nenhum efeito probatório. Em geral, será preciso a análise do dispositivo, se possível de todos os interlocutores, dada a possibilidade de manipulação;

10) Dados, *Print* e Ata Notarial: A produção de Ata Notarial, para fins de validade, depende do preenchimento dos requisitos legais quanto à metodologia aplicável à extração dos dados. O instrumento público, por si, não é suficiente, porque será necessária a determinação dos indicadores capazes de atribuir **integridade**, **autenticidade**, **auditabilidade**, além de observar a **cadeia de custódia**. O conteúdo deve ser extraído da *web* e não de eventual *print* apresentado pelo requerente.

"Surge uma nova dinâmica baseada na obtenção de informações a partir de fontes abertas, prática conhecida no meio da tecnologia da informação como OSINT (Open Source Intelligence), e que poderíamos definir como atividade de inteligência que se alia às tradicionais técnicas de investigação e fontes de informação através de métodos ancorados no manejo de ferramentas (OSINT Tools) de coleta, processamento, análise, classificação e disseminação de dados derivados de fontes abertas (públicas e disponíveis publicamente), cuja utilização estratégica em demandas ao exercício de direitos é admissível". **João Alcântara Nunes e Rodrigo Oliveira de Camargo**

"As chamadas **fontes abertas** são aquelas de livre acesso, sem obstáculos à obtenção de dados e conhecimentos. [...] Aberto, para a atividade de inteligência, é a informação acessível à comunidade (de inteligência). Assim, qualquer pessoa pode obter informação sem nenhuma privacidade ou restrição e sem a necessidade de ser integrante de determinado grupo específico, podendo acessar, direta ou indiretamente, bancos de dados oficiais ou não. Podem ser classificadas como: a). **Comunicação**: tudo o que for obtido através de jornais, rádios, revistas, televisão; b) **Domínio público**: são as informações obtidas através de dados demográficos, relatórios de governo, contas públicas, orçamento, convênios, licitações; c) **Georreferenciamento**: informações obtidas através de softwares, imagens de satélite, mapas, informações geográficas da região; **Web**: informações disponíveis, motores de pesquisa, redes sociais, aplicativos de mensageria, vídeo, sites de notícias, blogs, e-mail, vídeos, sites de bate-papo e de conteúdo web, bancos de dados, fóruns de discussão, documentos, transmissão de TV e rádio de agências jornalísticas e diversos tipos de organizações; d) **Acadêmicas**: são obtidas através de artigo científico, teses, pesquisas, pareceres de especialistas sobre o assunto; e) **Softwares**: programas e ferramentas gratuitos utilizados no aperfeiçoamento da busca". **Alesandro Gonçalves Barreto e Emerson Wendt**

"A partir do manejo dessas ferramentas, muitas disponíveis gratuitamente na rede mundial dos computadores, o usuário pode promover a análise, coleta, sistematização e produção de informações a partir de dados e metadados disponíveis em diferentes fontes públicas, publicadas e em arquivos digitais; o mapeamento apurado de perfis em redes sociais e de usernames; além da coleta de nome, endereços, informações de hospedagem e outras informações de e-mails vinculados a um domínio pesquisado". **João Alcântara Nunes e Rodrigo Oliveira de Camargo**

"O print screen, antes de mais nada, é um arquivo de imagem. E, como tal, pode ser facilmente adulterado, forjado ou manipulado. Hoje existem aplicativos como o WhatsFake, que permitem criar conversas falsas simulando a interface do WhatsApp. O app, disponível para o sistema Android, possibilita criar perfis de pessoas reais e iniciar um bate-papo falso. O conceito do aplicativo, criados para estimular a 'brincadeira entre amigos', se disseminou rapidamente. Hoje já existem apps similares, como Fake Chat, Maker e WhatsMochk Pro, também para simular conversas falsas no WhatsApp, além do Telefun e do FunstaPro, que possibilitam criar conversas falsas, respectivamente, no Telegram e Instagram. Além disso, um profissional com boas noções de design consegue recriar uma conversa com o mesmo visual do WhatsApp, do Telegram ou do Instagram. Seja por meio de aplicativos específicos, seja por meio de softwares de edição de imagens, é possível criar conversas que nunca existiram, para que pareçam autênticas aos olhos de quem enxergá-las". **Bernardo de Azevedo**

Os cartórios de Notas, em geral, contam com profissionais qualificados. O fator tempo às vezes impede a imediata extração de dados, via Ata Notarial;

11) Extração Válida de *Prints* (produtos disponíveis no mercado): A validade está vinculada à garantia de integridade do modo como se capturam os dados de tráfego, de vestígios e dados digitais (inclusive conversas de *whatsapp*, *telegram*, *facebook*, *instagram*, sítios *online* etc.), em atenção à cadeia de custódia. Estão disponíveis no mercado diversos produtos capazes de, com rapidez, eficiência e validade jurídica, promover a extração e documentação de conteúdos da *web* (*Verificat*, *PACWeb*, por exemplo, são bem funcionais);

12) *Smartphone* e Privacidade: Ainda que funcione também como telefone, o *smartphone* é um computador pessoal em que dados gerais e sensíveis podem se transformar em informação comprometedora (contatos, mensagens de texto, áudios, vídeos, fotos, agenda, histórico de navegação, redes sociais, chamadas, aplicativos, documentos, tabelas, planilhas, geolocalização e GPS e linhas do tempo: *trackeamento* etc.). A extração, tratamento, processamento, por meio de cruzamentos, com o apoio de *softwares* específicos (p.ex. *Cellebrite*), configura verdadeira "mina de dados" (inclusive os reinscritos, aparentemente apagados), com os riscos de se transformarem em "pescaria probatória" (sobre apreensão vide itens 12.1 e 15.1). É verdade que as "camadas de segurança" podem dificultar a análise, desde que robustas e profissionais, já que as amadoras são facilmente "quebradas". Em geral, ao serem apreendidos, desabilitam-se as possibilidades de interferência externa (*Bluetooth*, GPS, rede móvel, evitando-se o rastreio e/ou acionamento, p.ex. de *Wipe* Remoto etc.);

13) Senhas e Privilégio Contra a Auto Incriminação: O investigado/acusado não é obrigado a fornecer senhas, "pins" ou quaisquer meios de acesso ao dispositivo (privilégio de não produzir prova contra si mesmo).

14) Limites da Investigação e *Fishing Expedition*: Se os dados foram obtidos em face de investigação específica, os limites do objeto devem ser observados, evitando-se a "pescaria probatória" ou o uso oportunista

"A não ser que ao processo aporte o próprio dispositivo eletrônico, não há como assegurar a integridade de mensagens instantâneas trocadas por aplicativos que utilizam de tecnologia telemática, não sendo a printagem da tela de conversas entre dois interlocutores válida como prova irrefutável em processos judiciais. São evidentes os riscos de manipulação ou inserção de informações nesses tipos de conversas, razão pela qual o órgão jurisdicional, além de acercar-se de todas as cautelas necessárias para a análise desse elemento, deve tomar posição a partir da observância de todo o conjunto probatório que pode avalizar ou não o conteúdo disposto nas mensagens trocadas". **Rodrigo Oliveira de Camargo e Anna Júlia da Rosa Schuh**

"O Tribunal Supremo Espanhol estabeleceu, conforme Resolução n.º 300/2015, que a abordagem da prova de comunicações bidirecionais, produzidas por qualquer aplicativo de mensagens instantâneas, deve ser realizada com extrema cautela. Para a Corte, é real a possibilidade de manipulação de arquivos digitais produzidos por esse tipo de aplicações, o que torna a questão ainda mais sensível se levados em consideração o aparente anonimato e a livre criação de contas de usuários/perfis que tais sistemas possibilitam. Na mesma esteira, a Corte, nos autos da sentença penal n.º 754/2015, reconhece riscos de manipulações da prova digital das mais variadas formas, o que demanda dos órgãos jurisdicionais extrema cautela na análise desse tipo de elemento, recomendando uma série de precauções diante da verdadeira possibilidade de ocorrência de fraudes". **Rodrigo Oliveira de Camargo e Anna Júlia da Rosa Schuh**

"A juntada de um mero *print* nos autos, portanto, *nada prova*. Faltam elementos de segurança, como o isolamento. Faltam metadados técnicos, para que se possa saber quando o material foi coletado, por quem e de que modo. Tais elementos são essenciais para demonstrar a integridade do material e para que, se necessário, um perito possa analisá-lo". **Bernardo de Azevedo**

"A prova digital não necessita, para existir, de um suporte físico; este é apenas para que possa ser percebida e vista e, portanto, recolhida e utilizada posteriormente, na fase de valoração. E essa ausência de fixação material em um suporte físico torna a prova digital deveras frágil e volátil". **Dario José Kist**

O "UFED Ultimate", da empresa Cellebrite é muito utilizado: "Mova rapidamente suas investigações para frente com a solução completa de extração da Cellebrite que examina mais tipos de dispositivos e de dados com mais rapidez para produzir insights significativos com agilidade [...] Bloqueios complicados, barreiras de criptografia, conteúdo apagado e desconhecido e outros obstáculos para recuperar dados de dispositivos podem impedir a descoberta de provas importantes. Para que as investigações avancem, as equipes precisam de ferramentas robustas, eficientes para examinar os dados dos dispositivos e produzir pistas significativas sem atraso. O UFED Ultimate proporciona acesso líder de mercado a dispositivos digitais e recursos inigualáveis para extrair e decodificar cada milésimo de dados. Mergulhe profundamente para analisar de forma completa os sistemas de arquivos lógicos e dados extraídos fisicamente, descobrir indícios críticos e compartilhe suas descobertas com a equipe de investigação inteira. Com as atualizações progressivas de software e suporte numa variedade de plataformas de hardware, garanta que as equipes tenham os recursos de ponta para realizar pericias forenses digitais quando e onde eles forem mais necessários. (www.celebrite.com).

STF, HC 168.052 (Min. Gilmar Mendes): "Nos dias atuais, esses aparelhos são capazes de registrar as mais variadas informações sobre seus usuários, como a sua precisa localização por sistema GPS ou estacoes de rádio base, as chamadas realizadas e recebidas, os registros das agenda telefônica, os dados bancários dos usuários, informações armazenadas em nuvem, os sites e endereços eletrônicos acessados, lista de e-mail, mensagens por aplicativos de telefone, fotos e vídeos pessoais, entre outros."

Cellebrite consegue obter, dentre outras informações e dados: **a)** Tela inicial, com os dados de propriedade e do dispositivo em si; **b)** Chamadas pelo WhatsApp ou outra mensageria e seus metadados; **c)** Chat do WhatsApp com mensagens e arquivos anexos; **d)** Localizações e sua origem, na seleção uma imagem e suas coordenadas; **e)** Imagens encontradas e visualização estendida da seleção; **e**, **f)** Lista de informações encontradas.

STF, HC 168.052 (Min. Gilmar Mendes): "Acesso a aparelho celular por policiais sem autorização judicial. Verificação de conversas em aplicativo *WhatsApp*. Sigilo das comunicações e da proteção de dados. Direito fundamental à intimidade e à vida privada. Superação da jurisprudência firmada no HC 91.867/PA. Relevante modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas. Mutação constitucional. Necessidade de autorização judicial. 3. Violação ao domicílio do réu após apreensão ilegal do celular. 4. Alegação de fornecimento voluntário do acesso ao aparelho telefônico. 5. Necessidade de se estabelecer garantias para a efetivação do direito à não autoincriminação. 6. Ordem concedida para declarar a ilicitude das provas ilícitas e de todas dela derivadas".

STF, HC 192.380 (Min, Dias Tóffoli): "A negativa por parte do paciente de fornecer a senha dos seus aparelhos eletrônicos apreendidos não caracteriza justificativa idônea a justificar a temporária, pois, diante do princípio nemo tenetur se detegere, não pode o investigado ser compelido a fornecer suposta prova capaz de levar à caracterização de sua culpa".

STJ, AgRg HC 560.442 (Min. Ribeiro Dantas): "Hipótese em que não há que se falar em ilicitude das provas obtidas pelo acesso ao celular, pois, além de o paciente ter mostrado espontaneamente às mensagens de áudio aos policiais, o aparelho foi apreendido e regularmente periciado mediante autorização judicial".

"Cuidado: se a senha do seu dispositivo for seu rosto [reconhecimento facial], não há senha, porque basta o policial apontá-lo para você". **Rômulo de Andrade Moreira e Alexandre Morais da Rosa**

do "Encontro Fortuito". O que escapa do escopo da especificidade da diligência deve ser descartado;

15) Acusados Amadores e Profissionais: O esforço necessário à obtenção de acesso ao conteúdo dos dispositivos depende do grau de segurança do usuário, a saber, agentes **amadores** tendem a relegar os aspectos de *cyber* segurança, enquanto profissionais adotam diversos mecanismos (criptografia, senhas fortes, programas maliciosos, acionamento de *wipe*, até mesmo de autodestruição etc.). Por isso que os procedimentos indicam que o ideal, no momento da abordagem, é manter o dispositivo na condição em que se encontra (se desligado ou ligado), evitando que ocorra a "espoliação" da evidência, ao mesmo tempo em que se deve desativar as possibilidades de alteração e/ou destruição por agentes externos. O nível de segurança adotado pelo alvo pode comprometer a análise dos dados, especialmente se localizado em dispositivos inacessíveis. A questão é que os protocolos de segurança, com o tempo e por efeito do viés de **excesso de confiança**, tendem a se flexibilizar. É sintoma de amadorismo o desbloqueio por reconhecimento facial, dada a imensa fragilidade;

STJ, RHC 51.531 (Min. Nefi Cordeiro): "Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo diante do avanço tecnológico, o acesso à múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional".

"Seria modalidade de *fishing expedition* , consistente em verdadeira devassa em dados pessoais do celular do investigado, para além do objeto pretendido, modalidade incompatível com as garantias constitucionais". **Rômulo de Andrade Moreira e Alexandre Morais da Rosa**

16) Lei de Acesso à Informação: Além dos sites disponíveis à consulta livre na *internet*, enquanto os **agentes públicos** (investigação e de acusação) podem se valer do "poder de requisição" de documentos, a **defesa** pode utilizar a **Lei de Acesso à Informação** (Lei 12.537/11), criada com a finalidade de garantir a **transparência**, a **publicidade**, o **controle social** e o dever de ***accountability***, do poder público e de seus agentes (os órgãos públicos devem dispor de canais de requerimento *online*). O art. 21 autoriza o uso da LAI na defesa de Direitos Humanos (Bloco de Constitucionalidade), aplicável ao processo penal (ampla defesa, contraditório e garantia das liberdades contra as ingerências ilegais e/ou com abuso de poder). As informações solicitadas (art. 10) deverão ser fornecidas no prazo de 10 (dez) dias (prorrogáveis por mais 10, justificadamente), podendo-se demonstrar a impossibilidade ou negativa, com cópia integral e fundamentada da decisão (art. 14). As informações disponíveis deverão ter o acesso imediatamente garantido. Em caso de indeferimento, o requerente poderá interpor recurso (art. 11, § 4º) ou de Mandado de Segurança. A ressalva do art. 22 (*O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça*), deve ser lida nos termos do art. 20 do CPP, da Lei do Crime Organizado (Lei 12.850, art. 18 e 20), da Lei de Proteção às Testemunhas (Lei 9.807/99, art. 7º) e da Súmula Vinculante 14 do STF (*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo e irrestrito aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório, realizado por órgão de competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.*), por não ser motivo suficiente à negativa de elementos defensivos necessários, razoáveis e não disponíveis, por outras vias, à defesa (direito de amplo acesso às informações potencialmente exculpantes). É vedado o uso da LAI

"Caso paradigmático dessa tensão que foi o de Syed Rizwan Farook e Tashfeen Malik, casal responsável por matar 14 pessoas e ferir outras 17 em um atentado no *Inland Regional Center*, na cidade de San Bernardino, Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América, no dia 2 de dezembro de 2015. O casal foi morto durante a perseguição policial. No local foi encontrado um celular iPhone. Depois de apreender o *smartphone*, o FBI fracassou ao tentar quebrar a senha do aparelho, razão pela qual requereu determinação judicial para que o acesso fosse liberado pela Apple. A empresa descumpriu a determinação judicial sob a alegação de que armazenar as senhas dos usuários e dispor de uma forma de acesso irrestrito aos aparelhos violaria o direito à privacidade de todos os consumidores de produtos da marca, porquanto implicaria em uma reengenharia e em uma mudança na política de privacidade de todos os produtos, bem como se recusou a criar uma senha mestra para acesso em todos os dispositivos. Em decorrência, foi instaurada a batalha judicial entre o FBI e a Apple. A batalha judicial durou seis semanas e terminou com o acesso ao celular pelo FBI sem o auxílio da Apple. Por mais que se conheça a relevância do iPhone de Syed Farook como fonte de prova, não se pode desconsiderar que o direito à privacidade". **Rômulo de Andrade Moreira e Alexandre Morais da Rosa**

para obtenção de "informações privilegiadas" sobre investigações em andamento, ao mesmo tempo em que o Estado, reunidos elementos contra alguém, não pode investigar sem indiciamento. Por isso, é **direito líquido e certo** do requerente obter informações sobre a existência de investigação que, direta ou indiretamente, vincule seu nome a atos ilícitos (não sobre as diligências que demandem sigilo). Dentre as hipóteses, pode-se indicar os seguintes requerimentos sobre: **a)** a existência de investigação que envolva ou faça referência, direta ou indiretamente, ao requerente; **b)** o histórico funcional de agentes públicos (punições e ou procedimentos administrativos) participantes do processo penal, especialmente na condição de testemunhas; **c)** a localização das viaturas e dos celulares oficiais que fizeram as abordagens respectivas, a partir de dados do GPS, com o fim de confrontar os dados com os relatados; **d)** obtenção de informações sobre os procedimentos, regras e métodos aplicados à Cadeia de Custódia, especificando o material específico do caso; **e)** informações sobre o numeral, horário e registro da alegada "denúncia anônima" que serviu de suporte à diligência policial; **f)** a existência de alguma testemunha, prova ou diligência não materializada nos autos; e, **g)** a participação de Unidades de Inteligência. Os pedidos podem ser formulados durante todo o processo e também para fins de Revisão Criminal. É mais um instrumento de desocultação de práticas oportunistas. A proteção de dados deve se associar ao regramento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD);

17) Incidente de Falsidade: É o meio de impugnação da forma ou do conteúdo do documento, a ser realizado de modo incidental (CPP, art. 145-148, 174 e 235). Processado e acolhido, o documento será excluído, apurando-se eventual responsabilidade penal. Ainda que não instaurado, no momento da valoração, o julgador pode reconhecer a "falsidade" do documento por colisores advindos de fontes probatórias independentes. O Incidente de Falsidade não é condição obrigatória ao reconhecimento da falsidade documental. Se a falsidade for ideológica, a depender do caso, a análise pericial pode ser inviável;

STJ, HC 108.919 (Mina. Maria Thereza de Assis Moura): "Os instrumentos ideologicamente falsos são insuscetíveis de perícia, pois, numa perspectiva material são regulares, sendo a mendacidade se encontraria no plano do conteúdo, cuja perfídia é apurada pelo simples confronto com os dados da realidade e, não, por meio de sondagem técnica".

18) Momentos de Juntada de Documentos (Boa-fé e Ampla Defesa): A regra do art. 231 do CPP autoriza a juntada de documentos em quaisquer das fases do processo (inclusive na investigação preliminar), porque a obtenção e/ou produção pode ser complexa ou demorada. Enquanto a acusação dispõe de tempo para coleta de documentos durante toda a investigação, em geral, a defesa dispõe do exíguo prazo de resposta (10 dias, em regra), motivo pelo qual a restrição agravaria os riscos de condenação injusta;

19) Juntada Oportunista de Documentos na Audiência: Se a parte pretende juntar documentos na oportunidade da audiência de instrução e julgamento, deve realizar no início, oportunizando o contraditório,

LAI, art. 23: "São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado os documentos passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: [...] VIII – comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações".

LAI, art. 7º "[...] § 4º A negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32 desta Lei. § 5º Informado do extravio da informação solicitada, poderá o interessado requerer à autoridade competente a imediata abertura de sindicância para apurar o desaparecimento da respectiva documentação. § 6º Verificada a hipótese prevista no § 5º deste artigo, o responsável pela guarda da informação extraviada deverá, no prazo de 10 (dez) dias, justificar o fato e indicar testemunhas que comprovem sua alegação".

STF, Inq. 4831 (Min. Celso de Mello): "*5.* ***Legitimidade*** *da requisição judicial de atos e documentos da Presidência da República,* ***especialmente quando inocorrente hipótese de restrição de acesso*** *à informação governamental* (**Lei no 12.527/2011**, arts. 23 e 24): ***inoponibilidade*** *ao Poder Judiciário,* ***notadamente*** *em sede penal, pelo Presidente da República,* ***da cláusula do privilégio executivo*** *("executive privilege"). ***Um valioso precedente da Suprema Corte americana (United States v. Nixon, 1974).*** **Cumpre ter presente**, *desde logo,* **que se mostra plenamente legítima** *a requisição judicial,* **dirigida** ao Senhor Presidente da República (**que a ela não poderia opor** o denominado "*privilégio executivo*"), **da gravação** (**ou** respectiva cópia) da reunião ministerial realizada no dia 22/04/2020, no Palácio do Planalto, **eis que** se trata de material revestido *de caráter relevante* **e** *de índole probatória,* **destinado não só** a viabilizar a apuração, *por parte dos organismos estatais competentes* (Polícia Judiciária **e** Ministério Público), dos eventos supostamente delituosos atribuídos ao Chefe do Poder Executivo da União, **mas**, *também,* **reclamado** por um dos investigados (o Senhor Sérgio Fernando Moro) **como dado essencial ao exercício pleno do direito de defesa".**

STF, Inq. 4831 (Min. Celso de Mello): "**A fundamentalidade** político-jurídica desse princípio – **que traduz** uma das projeções caracterizadoras do próprio regime democrático – adquiriu expressão concreta, no plano da legislação ordinária, **com o advento da Lei de Acesso à Informação** (Lei n. 12.527/2011), **que erigiu** *os postulados da transparência administrativa* (art. 3º, **inciso** I) **e** *do controle social da administração pública* (art. 3º, **inciso** V) como diretrizes essenciais à plena eficácia do direito fundamental de acesso à informação (**CF**, art. 5º , **inciso** XXXIII, **c/c o** art. 37, **§** 3º, **inciso** II, **e o** art. 216, **§** 2º . Disso decorre **que se consagrou**, *de uma vez por todas,* no domínio infraconstitucional, aquilo que já se achava explícito na Carta Política de 1988, **que proclama**, de um lado, *a transparência* **e** *o dogma do poder visível* como regra geral e prevalente **e qualifica**, de outro, *a cláusula de sigilo* **com a nota** *de absoluta excepcionalidade.* **Cabe destacar**, *bem por isso,* que a Lei no 12.527/2011, **ao definir**, *em caráter exaustivo,* as hipóteses em que se poderá *legitimamente* **negar** acesso à informação em posse do Estado, **objetivou restringir**,*validamente,* o conhecimento de tal dado informativo, **em ordem a limitá-lo**, *tão somente,* a determinados agentes estatais que atuam na intimidade do Poder, **desde que se observe**, *no entanto,* o procedimento instituído pelo diploma normativo em questão.

salvo se for para uso na contradita da testemunha, situação em que o uso depende da rejeição da fonte humana dos argumentos invocados. Nos demais casos, o **comportamento tende a ser entendido como oportunista, por violar a regra da "não surpresa**";

20) Juntada de Documentos Após Proferida Sentença: A juntada de documentos após a prolação de sentença depende da justificativa apresentada pelas partes, pressupondo-se, antecipadamente a relevância e a pertinência *a priori* do elemento documental (se for irrelevante ou com fim procrastinatório, deve ser rejeitada a manobra). A **acusação** não pode juntar novos documentos porque significaria inovação e ampliação do conjunto de provas tendentes à atribuição da responsabilidade penal, suprimindo-se o exercício da ampla defesa e do contraditório por parte do acusado, além de demonstrar (sintoma) de que a investigação criminal não estava "madura" e o açodamento estatal deve arcar com os ônus daí decorrente. A **defesa** deve esclarecer o motivo da juntada tardia, diante da subtração ao contraditório, ou seja, se pretender anexar documento após proferida a sentença, chama para si o ônus de comprovação da **Boa-fé Objetiva** (veda-se o jogo sujo);

21) Plenário do Júri: No Plenário do Júri o contraditório sobre o documento exige a juntada e ciência da parte contrária (CPP, art. 479), com prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, garantindo-se, minimamente, as condições de impugnação. O prazo é de ciência à parte contrária e não de juntada. Evita-se o comportamento oportunista (STJ, Resp. 1.627.288). Incide a regra na atualização de antecedentes criminais do acusado (STJ, REsp. 1.307.086);

C – Controvérsia:

1) Juntada de Documentos de Ofício pelo Juiz: A regra do art. 234 do CPP (*Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível*.) depende do modelo de processo adotado pelo juiz, ou seja: a) se **inquisitório**, o juiz produz prova; e, b) se acusatório, não determina a juntada de provas (ônus das partes). A tendência acusatória impede a atuação de ofício e pode significar a perda da parcialidade do julgador (STF, HC 164.493);

D – Estratégia:

1) Táticas de Impugnação: A partir do **Teste EVE**, a impugnação de documentos pode se valer dos seguintes argumentos: **a)** inexistência do documento por violação das regras de validade, principalmente a prova digital; **b)** invalidade porque inobservadas as regras constitutivas e os requisitos de obtenção e/ou produção, especialmente a Cadeia de Custódia; **c)** ilicitude dos meios de obtenção ou do conteúdo, relativizado se a prova for exclusivamente defensiva; **d)** violação da **Boa-fé Objetiva**, da "**Não-Surpresa**", do **Jogo Limpo** se a juntada tardia se deu de modo

Disso resulta que o Poder Público, **apoiando-se** em razões indispensáveis "*à segurança da sociedade ou do Estado*" (**Lei no 12.527/2011**, art. 24, "*caput*"), **poderá**, no âmbito federal, estadual, distrital ou municipal, **classificar** determinadas informações como *ultrassecretas, secretas* **ou** *reservadas*, **tornando-as**, *desse modo*, **inacessíveis** ao conhecimento público, **desde que o faça**, *no entanto*, por meio *de decisão adequadamente fundamentada* – **proferida** em procedimento administrativo **instaurado** *para esse específico fim* (**Lei no 12.527/2011**, arts. 27 **e** 28) –, **cujo teor deverá submeter-se** a regime de periódica reavaliação, em intervalo não superior a 02 (dois) anos **quanto a** *"informações classificadas como ultrassecretas e secretas"*, **sob pena** de tais informações serem "***consideradas, automaticamente, de acesso publico***" (**Lei no 12.527/2011**, art. 39, "*caput*" **e § 4o – grifei**)".

STF, Inq. 4831 (Min. Celso de Mello): "**Vê-se**, *daí*, que **a não imposição**, pelas autoridades competentes (**Lei no 12.527/2011**, art. 27, **incisos** I a III), de quaisquer dos **signos inscritos** no art. 24 da Lei de Acesso à Informação (*ultrassecreto, secreto* **e** *reservado*), **confere**, *automaticamente*, **ampla publicidade** à informação sob domínio estatal – **ressalvadas**, *tão somente*, outras hipóteses de sigilo previstas, *expressamente*, na própria Constituição Federal –, **como tem assinalado** o magistério da doutrina [...] **cuja abordagem não dissente da lição expendida** por MARCIO CAMARGO CUNHA FILHO e VÍTOR CÉSAR SILVA XAVIER ("**Lei de Acesso à Informação: Teoria e Prática**", p. 214/218, item n. 6.2.1, 2014, Lumen Juris), **para quem**: "*(...) **Para que a informação seja considerada sigilosa, é imprescindível que o procedimento de classificação seja rigorosamente atendido"*.

STJ, Resp. 1.307.166 (Min. Laurita Vaz): "Conclui-se, pois, que o prazo em tela estabelece um interstício mínimo entre a juntada de documento ou objeto e a respectiva sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri. Assim, se o julgamento está aprazado para segunda-feira (como no caso), o material deve ser juntado pela parte até a terça-feira da semana anterior, termo final do prazo, de modo a respeitar o interstício mínimo de três dias úteis entre esse ato e o julgamento".

STJ, Qo Inq 784 (Min. Laurita Vaz): "Não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explore o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da internet - o que lhe é absolutamente lícito -, mas se esquive de cumprir as leis locais."

oportunista, impedindo ou restringindo o contraditório (ataque à justificativa apresentada pela parte); **e)** Falsidade da forma ou do conteúdo do documento; e, **f)** produção unilateral do documento (impedindo o contraditório);

2) Lei de Acesso à Informação: Além das pesquisas em "fontes abertas", o movimento defensivo, via Lei de Acesso à Informação, tende a obter ou alertar a acusação de que a atividade é consistente. Promove, ademais, meios adequados para desocultar práticas policiais oportunistas, principalmente em flagrantes decorrentes de "atalhos" embalados em histórias de cobertura (denúncia anônima, p.ex.).

9.13 Prova Testemunhal

9.13.1 Cognição, Memória e Fonte Humana? Pressupostos, Garantias e Finalidade



1) Função: A atribuição do predicado "provado" ao discurso "sobre os fatos" descrito na Hipótese Acusatória dependerá do grau de "suficiência" (probabilidade) do conjunto de evidências arrecadado (ônus da acusação), para além do *standard* probatório fixado pelo julgador. A prova testemunhal ainda é o meio mais utilizado para fins de demonstrar a "suficiência" do conjunto probatório, exercendo a função de "mediadora", "colisora" ou de "confundidora" da Hipótese Acusatória (ou Defensiva). O depoimento da fonte humana comporá o conjunto de provas válidas submetidas à valoração das partes e à determinação da Premissa Fática do provimento judicial;

2) Assimetria de Informações: Se o processo não é viciado, a prova testemunhal confere meios de redução da assimetria de informações sobre a imputação, em movimentos contrários. A partir dos indicadores da Hipótese formulada (acusatória ou defensiva), o esforço das partes será o de obter conteúdo favorável à consolidação da Premissa Fática sustentada ou rejeição da Hipótese alternativa;

3) Requerimento, Deferimento, Produção, Controle e Valoração: os 5 (cinco) Momentos da Prova Testemunhal: A produção da prova testemunhal é função privativa da Jurisdição e deve atender aos **5 (cinco) momentos**: **a) requerimento** (formulação de produção na denúncia/queixa e na defesa preliminar); **b) deferimento** (análise jurisdicional dos requisitos legais, autorizando a produção); **c) produção** (colheita de depoimentos;); **d) controle** (definição do conjunto válido; análise da "quebra" da Cadeia de Custódia; exclusão da "ilegítima", renovando-a, se cabível e adequado; exclusão da "ilícita", vedada a renovação) e, **e)**

valoração (construção do provimento a partir do conjunto de evidências válido). A doutrina, em geral, aponta 4 (quatro) momentos. Se a valoração da prova depende de prévio juízo sobre a validade (licitude, legitimidade e observância da cadeia de custódia), a distinção da fase de **controle da prova válida** (própria do modelo acusatório), evita sobreposições (e confusões) ao determinar, antecipadamente, o "conjunto de evidências" valoráveis (último momento);

CADH, art. 8º, 2, "f": "Direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos".

4) Exame Cruzado ('*cross examination*') e o art. 212 do CPP: A inspiração autoritária do CPP/41, informada pela leitura inquisitória e da verdade real, atribuía ao juiz o protagonismo da **gestão da prova**, com total iniciativa probatória. Conferia-se ao Juiz amplos poderes na missão de "busca da Verdade", autorizando a colheita de ofício de provas (documentos, perícias e testemunhas). As fontes humanas eram primeiro questionadas pelo Juiz, em seguida, com papel supletivo, as partes (Redação antiga do art. 212: *As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida*". A presidência da atividade probatória era do magistrado-inquisidor. A manutenção da mentalidade inquisitória exigiu a **expressa** alteração (Lei 11.690/08, nova redação do art. 212, "***As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha**, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.* Parágrafo único. *Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição*".). A dinâmica preconizada adotou o seguinte trajeto: **a)** as partes indagam diretamente à fonte humana (acusação e defesa, conforme quem arrolou a testemunha/informantes); **b)** o juiz controla as perguntas abusivas, repetitivas, impertinentes e irrelevantes, violadoras das regras processuais e materiais (dignidade da pessoa ouvida, p.ex.); **c)** sobre pontos não esclarecidos, respeitadas as linhas argumentativas das partes, como regra excepcional, o juiz complementa a inquirição. A norma de produção de prova é cogente e a inobservância, a despeito do prejuízo, subverte a lógica democrática (o parlamento editou regra específica). O **negacionismo** permaneceu, "como se" a norma não existisse, por meio de argumentos **oportunistas** (Busca da Verdade Real, Interesse Público, Objeto Indisponível do Processo Penal etc.). Valem-se de "esquivas retóricas" e/ou o uso de disposições "*zumbis*" (não revogadas expressamente, mas incompatíveis com a legislação superveniente). É o que, juntamente com *Aury Lopes Jr*, denominamos de "Hermenêutica *Walking Dead*". No primeiro momento as Turmas do STJ (5ª e 6ª) adotaram posições diversas, tendo-se firmado, também no STF, a exigência de que o descumprimento da redação do art. 212, do CPP, exige a demonstração do prejuízo (STJ, HC 151.537; STF RHC 110.623). O paradoxo lógico é o de que se a lei foi modificada, quem a descumpre (o juiz e não o acusado) é quem deve demonstrar a ausência de prejuízo, sob pena de se inverter o ônus de modo espúrio (para o

acusado, é **prova diabólica**; vide item 5.12). A **tendência atual** é a de reversão do posicionamento **negacionista** (STF, HC 161.658; Min. Marco Aurélio). O STF pode, se for o caso, **modular** os efeitos (Lei 9.868/99, art. 27), do mesmo modo que decidiu a questão do interrogatório como último ato do processo (STF, AP. 528). A modulação pode realinhar as práticas, sem anular os atos (se a preocupação for essa). Na hipótese de o art. 3º-A, do Pacote AntiCrime vingar, o comportamento ativista torna-se ainda mais desprovido de suporte normativo. Ao mesmo tempo em que é vedado ao Juiz o protagonismo probatório, a norma (CPP, art. 212, parágrafo único) autoriza a atividade **complementar**. O papel do juiz seria a complementação das dificuldades cognitivas dentro do espectro argumentativo fixado pelas partes. A complementação é atividade contingente, isto é, cuida-se do esclarecimento sobre ponto ambíguo. Não se trata de simples alteração da ordem dos questionamentos, abrindo a oportunidade de o Juiz perguntar livremente "tudo o que quiser". A atividade complementar (perdão a obviedade) é sobre o principal (pergunta das partes) e não substitutiva (suplementar não equivale a inovar, nem pode funcionar como álibi de ativismo probatório). O argumento de que o Juiz faz **perguntas favoráveis à defesa** é espúrio (e cínico), porque se: **a)** o réu está indefeso é caso de anulação do processo; **b)** o direito (e não dever) à prova é ônus de cada parte (quem alega deve provar; o juiz não alega nada; ele julga a suficiência probatória); **c)** a Presunção de Inocência se satisfaz com a dúvida, mostra-se abusiva a exigência de "dúvida qualificada"; **d)** a função de acusar e de defender é das partes, não pode o juiz se sobrepor a qualquer uma delas (falta-lhe legitimidade); **e)** o Juiz pergunta para o fim de "auxiliar a defesa", mas o resultado é adverso, substitui o acusador; e, **f)** age ativamente é porque reconhece a incompetência ou irrelevância do acusador. O **atual estágio** é o de que dependemos do julgador, já que no território brasileiro existem diversos modos "validados" de condução da colheita da prova testemunhal. O **mapeamento** prévio do personagem Juiz é condição de possibilidade para o planejamento da atuação estratégica. Do ponto de vista defensivo, deve-se **objetar** o comportamento de maneira respeitosa (para evitar o drible da alegada preclusão), consignando-se a inobservância do art. 212, do CPP (na garantia dos direitos do acusado, sem gritos, altercações, nem histeria);

STF, HC 161.658 (Min. Marco Aurélio): "Cabe ao juiz, na audiência de instrução e julgamento, observar o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal, abrindo campo a que a inquirição de testemunhas seja feita pelas partes, podendo veicular perguntas caso necessário algum esclarecimento – inteligência do artigo 212 do Código de Processo Penal".

5) Direito ao Confronto: Ao acusado é reconhecido o **direito de informação** sobre "todo" o conteúdo probatório, justamente para que possa conduzir as melhores decisões sobre os caminhos defensivos, além de propiciar, no encerramento da instrução, a efetiva contraposição do conjunto de provas amealhado contra si. Por mais que o acusado tenha narrado o contexto do evento ao defensor (objeto do processo), o conteúdo descrito sempre será da ordem do parcial. A efetiva participação do acusado durante a instrução processual confere meios de, por intermédio de seu defensor, esclarecer, objetar ou contrapor o

conteúdo das declarações das fontes humanas. As **controvérsias** sobre o conteúdo e a operacionalização do direito ao confronto são recorrentes em diversos sistemas jurídicos. A experiência norte-americana (fortemente influenciada pelo modelo **adversarial**), da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e da Corte Americana de Direitos Humanos (CADH), demonstra a **importância** do "*right of confrontation*". Para os fins do Guia, Corte Suprema dos EUA adotou "doutrinas" de limitação e/ou exclusão das provas denominadas "*hearsay rule*" que, pela tradução literal ("ouvir dizer") tende a gerar confusões. O que denominamos de depoimento por "ouvir dizer" (indireto: alguém disse à fonte humana), no ambiente dos EUA, constitui-se em "espécie" do "gênero" "*hearsay*", englobando, em princípio, todos os depoimentos produzidos sem a imediação do julgador (Fora do Tribunal), acrescida, ainda, da distinção histórica entre "testemunha" e "não testemunha". A **tensão** se instaura entre o direito do acusado de promover o exame cruzado (questionamento à testemunha) perante quem irá decidir o Caso Penal, a "confiabilidade da prova" e a "devida apuração dos fatos". A discussão estabelecida em *Crawford vs. Washington* antecipou a controvérsia brasileira, a saber, o "grau de confiabilidade" das declarações, ainda que não observado o **direito ao confronto**, justifica a sua utilização? A resposta da Corte Suprema (EUA, *Crawford vs. Washington*; 2004) foi no sentido de estabelecer a "**natureza**" do ato de declaração, a despeito de sua "confiabilidade", ou seja, primeiro se determina o "estatuto de validade", avaliando-se, depois, a "confiabilidade". Inverter os passos, "validando" a prova pela "consequência", configura erro lógico. A resposta ao questionamento sobre a **validade** das declarações antecedentes (não produzidas no Tribunal) depende da importância atribuída ao julgamento público oral (*Fair Trail*), oportunizando o *cross-examination* direto das partes à fonte humana, além da garantia de imediação judicial.

6) Exceções ao Direito de Confronto (ausência e testemunha anônima): A cláusula do confronto comporta exceções, sem que sejam unânimes na doutrina e Tribunais, a depender, em geral, da existência de legislação específica e da análise circunstanciada do Caso Penal, em decorrência da: **a) ausência** (morte, doença, não localização, recusa ao depoimento, p. ex.); e, **b) testemunha anônima** (sem identificação à defesa do nome e/ou qualificação da fonte humana). As medidas podem autorizar, ainda, a distorção da imagem e voz ou ainda proteção da fisionomia. Em geral, aplicam-se **compensações** ao incremento do risco associado ao acusado (limitado no direito de confronto), consistentes na redução do valor probatório da fonte e/ou a exigência de outras fontes de provas independentes. Se a testemunha (ou vítima) foi impedida de prestar declarações por ação do acusado, p.ex. assassinato, acolhem-se as declarações antecedentes, porque seria beneficiar quem age de **má-fé** (TEDH, *Al-Khawaja* e *Tahery vs. Reino Unido*). Dialoga-se com a **Boa-fé Objetiva**. No exercício de seu pleno direito de defesa, especialmente o

EUA, Constituição, VI Emenda: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witness against him".

CADH, art. 8º, 2, "f": "Direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos".

Estatuto de Roma, art. 67, 1, "e": "inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação".

"Trata-se do direito do acusado de confrontar ou interrogar as testemunhas que contra ele depuserem, o que implicará a garantia de diversos outros direitos [...]. É possível afirmar que o direito ao confronto decorre do direito à prova no processo penal na perspectiva da defesa – é o direito de defender-se provando como pressuposto de um processo justo e como condição indispensável para obter legitimamente a prova que poderá ser valorada pelo julgador na formação da sua convicção". **Daniel Diamantaras de Figueiredo**

"Prepondera nos países da família jurídica do common law tendência no sentido de se repudiar a admissão do anonimato testemunhal em juízo, à luz do right of confrontation. Por exemplo, a Suprema Corte norte-americana tem jurisprudência consolidada nesse sentido, desde a década de 1930 (v.g. Casos Alford vs. United States e Smith vs. Ilinois)". **Diogo Malan**

"Crawford centra-se na fixação de um imperativo genérico e abstracto sobre a proibição de produção e valoração do hearsay testimonial para sustentar a acusação, quando a defesa não teve a oportunidade de proceder a contra- interrogatório". **Paulo Dá Mesquita**

"Até 2004, data na qual foi julgado o caso Crawford, a Suprema Corte não fazia uma distinção entre o direito ao confronto e "hearsay rule". A posição da Corte era no sentido de que a cláusula do direito ao confronto teria somente reconhecido em sede constitucional a validade da tradicional lei de proibição da "hearsay ("hearsay rule")". **Daniel Diamantaras de Figueiredo**

"Em situações absolutamente imprevistas, há até certa razoabilidade em aceitar que se valorem tais declarações, todavia, numa hipótese em que os órgãos persecutórios, por desídia, deixassem de requerer a produção antecipada da prova e esta perecesse, o entendimento mais adequado é no sentido de não poder utilizar aquele elemento informativo anterior ao processo (ou julgamento)". **Daniel Diamantaras de Figueiredo**

"O TEDH utilizou como horizonte os mesmos critérios lançados em Al-Khawaja, quais sejam, (i) se existe um bom motivo para manter em segredo a identidade da testemunha, (ii) se as declarações dadas pela testemunha anônima são utilizadas na condenação de modo decisivo ou exclusivo e (iii) se for de tal modo, se foram utilizadas medidas compensatórias para permitir a correta e justa avaliação da credibilidade da testemunha". **Daniel Diamantaras de Figueiredo**

"A conclusão geral que pode ser sumariada é no sentido da admissibilidade a hearsay witness como fonte de prova na Corte Penal Internacional, mas controlando seu menor potencial epistêmico em relação ao testemunho direto, mediante cuidadosa fundamentação, inclusive não admitindo que possa ser a única prova ou a prova preponderante para a condenação". **Gustavo Badaró**

de impugnar a validade do testemunho, não se pode impedir, sem justos e fundados motivos (concretos, objetivos e tangíveis) que, ao acusado, sejam negadas informações sobre quem é a testemunha, até para poder contraditá-la;

7) Lei de Proteção à Testemunha (Lei 9.807/99): Para garantir proteção às vítimas ameaçadas, criou-se o sistema de proteção à testemunha (Lei 9.807/99). Para que a vítima e/ou testemunha seja colocada sob o pálio da proteção é necessário que o Conselho Deliberativo (art. 4º) tenha aceitado o pleito (art. 5º), com as medidas previstas no art. 7º, dentre elas "*IV – preservação da identidade, imagem e dados pessoais*". O regime confere medidas protetivas, troca de identidade, de Estado, enfim, indica mecanismos que possam conferir tratamento digno. O impacto na vida pessoal é imenso, já que significa cortar os vínculos anteriores. A Lei de Proteção a Testemunhas não estabelece, por outro lado, procedimento específico para oitiva da testemunha. Aplica-se a regra geral, prestando o depoimento com a identidade originária (não há previsão para que se realize de modo anônimo);

8) Testemunha Protegida e o "*Jeitinho Brasileiro*": Se a testemunha ou a vítima está sendo ameaçada, a Lei de Proteção à Testemunha autoriza que se tomem medidas de salvaguarda. Fora do regime da Lei 9.807/99, o acusado precisa saber "quem" o acusa. O Princípio da Legalidade e a Competência Legislativa devem prevalecer (CR, art. 5º, II e art. 22, I). A criatividade dos Tribunais, por meios espúrios (Sem Lei: Portarias, Provimentos etc.), valendo-se do "jeitinho brasileiro", batizaram a dita "Testemunha Protegida". Direitos Fundamentais (ampla defesa, contraditório, direito ao confronto, Devido Processo), não podem ser restringidos por atos normativos administrativos de, no máximo, orientação (são modalidades de ONNI). O Poder Legislativo regrou o "modo" de proteção à testemunha, sendo vedada a revogação ou alteração do ordenamento jurídico por ato administrativo. Ao fim e ao cabo, o acusado é condenado com prova "surpresa", desprovido de condições de impugnar a fonte humana (como contraditar quem não se sabe quem é? A restrição de Direitos Fundamentais depende de lei (CR, art. 5º, II), ausente na hipótese. Qualquer semelhança com a *Inquisição*, não é, de fato, mera coincidência). O regime da Testemunha Protegida é nulo;

9) Retirada do Acusado da Audiência e Videoconferência (CPP, art. 217): A proteção da **dignidade** da **testemunha** (ou informante) autoriza que, devidamente justificada a medida (com suporte objetivo e concreto, vedada a mera conveniência), o **direito de confronto** possa ser restringindo. Se a **presença física** do acusado ocasionar "*humilhação, temor ou sério constrangimento*", com a probabilidade significativa de influenciar o conteúdo do depoimento, excepcionalmente, poderá o juiz deferir a realização da inquirição por videoconferência e, ausente essa hipótese, retirar o acusado da sala, mantido seu defensor (CPP, art. 217). A providência é extrema porque limita o **Direito ao Confronto**,

Exige-se, no mínimo: "(i) a presença do juiz; (ii) o conhecimento do julgador sobre a verdadeira identidade das testemunhas; (iii) a possibilidade de o juiz observar o comportamento das testemunhas ao depois; (iv) a possibilidade de os advogados observarem o comportamento das testemunhas ao depor e formularem todas as perguntas relevantes, exceto aquelas que possam revelar a identidade das testemunhas". **Diogo Malan**

"O anonimato viola o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a publicidade, ao limitar informações essenciais à resposta defensiva do acusado. Fere ainda o postulado da isonomia, ao adotar uma medida unilateral, cujo benefício aponta exclusivamente ao órgão acusatório, já inflado de prerrogativas diante do acusado, sem que haja uma contrapartida a gerar o devido equilíbrio. Além do mais, o sigilo de uma prova estabelece ao acusado um ônus, sendo, portanto, por via transversa, uma sanção estatal (pela ameaça) ao acusado, afastando a presunção de inocência (e considerando-o previamente culpado de ameaçar integridade do depoente), sem que lhe tenha sido garantido o devido processo legal. Não pode o Estado se eximir do dever de proteger a testemunha transferindo o ônus para o acusado, retirando deste garantias para evitar que sobre si recaiam custosas atividades de proteção à testemunha. O direito da vítima/testemunha foi violado quando o Estado lhe impingiu um dever de alto risco sem prover-lhe os meios necessários à sua segurança". **Claudia Ribas Marinho**

STF, RHC 91.293 (Min. Gilmar Mendes): "Aduziu que entendimento diverso permitira ao regimento interno do tribunal a criação de recurso que, além de não contemplado na lei processual penal, com ela se mostraria conflitante, abrindo nova via recursal em face de toda e qualquer manifestação do juízo, mesmo que seu provimento resultasse em prejuízo ao réu".

STJ, AgRg no REsp 1.680.561 (Min. Jorge Mussi): "Não existe nulidade por cerceamento ao direito de defesa decorrente do fato de algumas das testemunhas arroladas na denúncia terem sido beneficiadas com o sigilo de sua qualificação, porque temiam represálias. Ademais, é imperioso assinalar que tanto o réu quanto o seu defensor estiveram presentes à audiência de instrução em que ouvidas as testemunhas protegidas, oportunidade na qual lhes foi oportunizado o contraditório, circunstância que afasta, por completo, a arguição de nulidade do feito".

"E cara a cara porquê. Para aferir da veracidade ou credibilidade dos relatos, se são, ou não, testemunhas sólidas, desinteressadas, fidedignas, consistentes ou coerentes; para que os julgamentos não sejam, ou possam ser, simples confirmações de verdades construídas, oficiais ou judicialmente correctas, meros simulacros de justiça ou, até, sórdidas farsas montadas". **Carlos Pinto de Abreu**

"Como pode, na verdade, realizar-se uma contradita a alguém cuja identidade se desconhece? E, mesmo que se não queira chegar tão longe, a tal incidente formal, como se pode, cabal e completamente, colocar em causa, se for o caso disso, a sua credibilidade? Como se averigua e testa a sua razão de ciência? E como pode, com eficácia, proceder-se à sua acareação com outro depoente?" **Rui Patrício**

subtraindo a possibilidade sincrônica de o acusado sugerir ao defensor questionamentos. A restrição é única e exclusiva no sentido de interferir no ato, sem que se estenda à vedação ao conteúdo. Por isso, deve-se proporcionar o acompanhamento sincrônico por videoconferência, associada a meio de contato com seu defensor. Na hipótese de inexistir meios tecnológicos, a "retirada" do acusado do recinto deve vir acompanhada de salvaguardas, se requeridas pela defesa, no sentido de que as perguntas defensivas sejam realizadas depois de o acusado assistir ao vídeo do depoimento, ou seja, finalizados os questionamentos da acusação, suspende-se o ato, retomando-se após o acusado assistir ou ler o depoimento até então prestado. Do contrário, há supressão do **direito de confronto**, ainda que indireto. Ao mesmo tempo em que se deve preservar a fonte humana, deve-se compatibilizar as garantias constitucionais do acusado. Ademais, se em pleno século XXI, os Tribunais não instalaram um sistema de videoconferência, por certo, a ineficiência não pode ser atribuída à defesa. Algumas providências "caseiras" colocam "biombo" entre o acusado e o declarante;

STJ, REsp. 1.181015 (Mina. Maria Thereza de Assis Moura): "O art. 217 [...] faculta ao juiz a inquirição da vítima ou da testemunha sem a presença do acusado, desde que devidamente representado por seu defensor e aquela manifeste constrangimento para depor em tal circunstância".

"O 'right of confrontation' proporcionará ao acusado que explore a fragilidade de um depoimento testemunhal contra si prestado, realçando as contradições eventualmente existentes, bem como desencoraja falsos testemunhos ou permite sua detecção mais facilmente e permite ao julgador da causa observar o comportamento da testemunha (suas expressões faciais ou a forma de falar), importante para avaliar a credibilidade das declarações". **Daniel Diamantaras de Figueiredo**

10) Participação Efetiva do Acusado na Produção Probatória: A construção participativa no provimento jurisdicional, na linha do "processo como procedimento em contraditório", pressupõe a efetiva informação do acusado sobre a extensão da acusação, incluindo as provas produzidas contra si. Cuida-se de controle epistemológico da aquisição e validação das evidências. A prova, ademais, é a que observa as garantias constitucionais (jurisdicionalidade, oralidade, imediatidade etc.), em que a defesa precisa dispor de meios adequados a influenciar no resultado. Do contrário, o acusado seria alijado do exercício de direito básico: o de confrontar a prova produzida contra si (contradizer, questionar ou mitigar a confiabilidade). O direito ao confronto convive com mecanismos de proteção à fonte humana (proteção física, moral, ameaças etc.), em que o acusado pode ser restringido, mas jamais impedido de saber quem é a fonte humana, nem do conteúdo das declarações;

"O direito ao confronto pode ser concebido muito além daquela visão tradicional e, portanto, se desmembra em alguns outros direitos tão fundamentais quanto o é o próprio, sendo, pois, um direito do acusado (i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal ('right to be contradi'); (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à determinação às testemunhas do compromisso de dizer a verdade; (v) a desvendar a verdadeira identidade das testemunhas; (vi) à inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis, no momento de sua produção. Na minha concepção, também decorre do direito ao confronto o direito de influência na decisão judicial". **Daniel Diamantaras de Figueiredo**

11) Tração Cognitiva: As Hipóteses (acusatória e defensiva) precisam receber aderência do conjunto de provas produzidas no decorrer da instrução processual, sob pena de perder tração cognitiva (empaca diante da ausência de corroboração). Estimado cenário adverso, surgem possibilidades formais ou informais de acordo (ganho relativo). Ainda que as partes estejam determinadas em obter a meta estabelecida no início do processo, o contexto dos autos pode exigir reposicionamento estratégico. Se a testemunha chave não é encontrada, p.ex., lamentar de pouco adianta. Por isso, mostra-se importante a tomada de medidas antecedentes de salvaguarda (checar o comparecimento), além de prever alternativas de ação. Nada pior do que ter boas razões, sem provas eficazes de corroboração;

12) Decisão Contextual e Dinâmica: Se a atuação é informada por estratégia, materializada por Plano de Ação previamente elaborado, o

monitoramento da eficácia da performance pode exigir "ajustes" em face do desenrolar interativo. Desde o "modo" como a pergunta é formulada (aberta, fechada, incisiva, amigável), passando pelo "momento" (em que ordem se dará o questionamento), vincula-se à habilidade cognitiva de leitura do contexto. A flexibilidade da estratégia sempre será um ganho. O caráter dinâmico da audiência pode, por um detalhe (efeito borboleta), modificar o posicionamento cognitivo. As posições situacionais de vantagem (ou desvantagem) sobre o grau de suficiência da prova já produzida (e a se produzir), exigem constante realinhamento das perspectivas (confirmação ou alteração tática). O planejamento (draw) pode significar tanto a atuação ativa, quanto a passiva, a partir do critério da "vantagem circunstancial", isto é, obtida a "vantagem" pretendida, é o momento de defender a posição. Em algumas hipóteses, insistir no questionamento é dominado (inútil);

13) Credibilidade Subjetiva: Quando se ouve um relato, desde o princípio, pelos mais variados motivos, empresta-se certo grau de **credibilidade**. Pode ser desconfiança ou crença inicial que, no decorrer do depoimento, a partir do modo com que se desenvolve, consolida-se ou se afasta. O fenômeno dialoga com o que denominamos de **Dissonância Cognitiva**, isto é, sempre teremos um julgamento inicial a ser confirmado. A mentalidade inquisitória, em geral, seduzida pelo desejo de condenação, vasculha os fragmentos de sentido advindos dos autos e se vale da ambiguidade para o fim de confirmar a certeza pressuposta da culpa (pré-concebida e condenatória). Os cuidados com as antecipações de sentido, as sinalizações corporais dos julgadores (*tells*), conferem indicadores relevantes para decisões estratégicas**;**

14) Tempo do Processo e Paciência Cognitiva: O tempo no processo é paradoxal: quanto mais o volume e o ritmo de informações crescem, maior a exigência de reflexão. A necessidade de decisões imediatas restringe a possibilidade de averiguação de todas as alternativas, motivo pelo qual o planejamento tende a melhorar a performance. O processo não é só atribuir sentidos a qualquer tempo, justamente por precisar submeter as primeiras impressões aos "chutes/golpes" do contraditório, para somente então se confirmar. Quando a flecha do **contraditório** é relegada à função performática, no fundo, inexiste processo**.** Longe de legitimidade, obtém-se mera legitimação**.** Somente os agentes processuais, especialmente os defensivos, podem fazer a diferença. Mas, para isto, será preciso se preparar e agir no "momento certo" (encaixar a pergunta no contexto preciso, desmascarar a testemunha oportunista etc.). A habilidade sempre poderá ser melhorada. O problema é não se dar conta das próprias limitações;

15) Validade (exigência de contraditório): Se o conceito de "prova" pressupõe a observância das normas constitucionais garantidoras do **contraditório**, da **jurisdicionalidade**, do **direito ao confronto** e da **ampla defesa**, as declarações de fontes humanas colhidas na fase de investigação

servem exclusivamente à análise da admissibilidade da acusação. É vedado o aproveitamento **oportunista** das declarações unilaterais "como se prova fossem" porque: **a)** se o acusado é titular dos direitos constitucionais (contraditório, ampla defesa confronto etc.) na produção de prova testemunhal, a não produção em juízo restringe os direitos de modo espúrio, isto é, a defesa não participou da fase investigatória, nem poderá participar na fase judicial, em franca violação dos requisitos mínimos do processo democrático (prova unilateral atribuindo responsabilidade penal: é inadmissível que se aproveitem as declarações de mera sindicância instaurada contra o juiz, sem que ele possa questionar a fonte humana durante o processo administrativo, "mesmíssima" situação da utilização das declarações unilaterais advindas da investigação preliminar; coerência faz bem); **b)** se a investigação preliminar produz somente 3 (três) tipos de evidências: **i)** pericial; **ii)** documental; e, **iii)** testemunhal, a leitura de boa-fé do art. 155 do CPP significa que os atos "repetíveis" devem se submeter ao contraditório direto, contexto típico das declarações de fonte humana. Do contrário, o art. 155 do CPP não teria função lógica, já que se todas as possibilidades de prova (documental, pericial e testemunhal) se submetessem exclusivamente ao contraditório diferido, a ressalva da parte final seria desprovida de função lógica; **c)** se o sistema processual prevê a "produção antecipada de prova testemunhal", perante o juiz, garantida a oralidade, imediatidade e controle jurisdicional, é porque a declaração da fase de investigação não atinge a "função de operador probatório"; **d)** as declarações de fonte humana, para fins de Revisão Criminal, ainda que obtidas em processos distintos, pressupõem a produção em contraditório, via Justificação, vedando-se as declarações unilaterais (coerência de tratamento, pois); **e)** não há metodologia, nem possibilidade lógica de efetivar o contraditório diferido em face de depoimento unilateral sem a presença da fonte humana; **f)** se a construção participativa do provimento pressupõe a possibilidade de influência, a não produção impede o exercício do **direito ao confronto**; e, **g)** se a qualificação de "prova testemunhal" somente pode ser atribuída às produzidas perante o julgador (oralidade, imediatidade, jurisdicionalidade), conferindo-se as condições necessárias à aferição da credibilidade, da confiabilidade, da coerência e da consistência da fonte humana, os relatos arrecadados na fase investigatória não preenchem os requisitos exigidos (opera-se a distinção forte entre atos de investigação e atos de prova).

A produção de provas em contraditório está ligada diretamente às chamadas provas constituendas. As provas pré-constituídas dizem respeito a fontes de conhecimento pré- existentes ao processo, enquanto que as constituendas são constituídas e produzidas como atos do processo. As provas constituendas se formam no âmbito do processo, enquanto que as provas pré-constituídas existem fora do processo, em procedimentos extraprocessuais".
Gustavo Badaró

9.13.2 Requisitos Formais de Produção Probatória (Audiência de Instrução e Julgamento)

"Na verdade, tais testemunhas [peritos privados] são escolhidas pelo advogado de maneira facciosa. Ou seja, como o advogado costuma pagar esse tipo de testemunha, ele pode escolher um especialista cujo testemunho corrobore seu lado da argumentação. Ou pelo menos é o que ele espera. Ao contrário da testemunha leiga, o especialista não é obrigado a testemunhar no tribunal. A opinião do especialista é uma propriedade sua, que ele pode vender ou dar para quem quiser. Segundo Younger (1982, p. 8), o advogado envolvido num julgamento costuma recorrer aos chamados especialistas da casa, que a firma de advocacia costuma usar. [...] Portanto, é uma super simplificação pensar que o especialista que testemunha no tribunal é totalmente neutro. A escolha de tais testemunhas pelo advogado reflete a realidade do sistema competitivo da argumentação legal. [...] Três motivos que permitem esse tipo de interrogatório são citados por Graham (1977, p. 50): (1) interesse financeiro no caso em questão, em razão da remuneração pelos serviços, (2) expectativa de continuar prestando tais serviços ou (3) testemunho anterior para o mesmo advogado ou mesmo grupo". **Douglas Walton**

1) As Fontes Humanas da Prova Oral: Pode causar certo desconforto a leitura aparentemente óbvia do art. 202, do CPP (*Toda pessoa poderá ser testemunha*.), mas historicamente restringia-se o depoimento de mulheres, crianças, pessoas de "má-reputação" e condenados. A regra estabelece que, *prima facie* (PF), todos podem ser testemunhas, valorando-se, posteriormente, "tendo tudo em conta" (TTC), o conteúdo, a confiabilidade e a credibilidade das declarações, inclusive de peritos e assistentes técnicos. **Estão excluídas as pessoas jurídicas** que, como ficção, não podem prestar declarações, nem mesmo por seus representantes (que prestam depoimento em nome próprio);

2) Distinção entre Testemunha e Informante: A fonte humana pode prestar declarações na condição de **testemunha** (presta compromisso; sem interesse *a priori*) ou **informante** (não presta compromisso; com interesse *a priori*). A distinção não condiciona a valoração da prova a ser realizada no momento da decisão judicial. O julgador pode atribuir peso relevante ao conteúdo do informante, analisando o conjunto da prova e a aderência às Hipóteses apresentadas pelas partes (acusatória ou defensiva);

3) Ônus da Prova: A demonstração do suporte probatório necessário ao acolhimento da Hipótese Acusatória é do acusador (MP ou querelante). O não cumprimento do ônus atribuído pelo processo acarreta a rejeição da pretensão condenatória. Aliás, denomina-se ônus justamente porque há consequência, motivo pelo qual é espúria a atividade probatória do julgador (que julga e não coadjuva com quem acusa);

4) Familiares e Depoimento: Os familiares poderão depor nas hipóteses em que não for possível, por outro modo, obter-se a prova do fato**.** O ascendente, descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que divorciado, o irmão, o pai e a mãe, lembrando que a sogra/sogro é para sempre, mesmo depois do divórcio, poderão se recusar, apurando-se, em cada contexto, a importância das declarações e o peso da recusa (CPP, art. 206). A obrigatoriedade do depoimento pode levar a "lapsos de memória" inventados/voluntários, dado o constrangimento decorrente da oitiva forçada;

5) Autoridades e Servidores Públicos: O art. 221 do CPP estabelece que o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Senadores e Deputados Federais, os Ministros de Estado, os Governadores de Estado e Territórios, os Secretários de Estado, os Prefeitos, os Deputados Estaduais, membros do Poder Judiciário, Conselheiros dos Tribunais de Contas da União e dos Estados e do Tribunal Marítimo, serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz. O Presidente, Vice, Presidente do Senado e da Câmara e Ministros do STF podem optar por prestar depoimento por escrito (CPP, art. 221, § 1º). Em geral, não demonstrada a pertinência do depoimento, a saber, sua expressa

vinculação ao caso, a tendência é a de o Juiz indeferir a oitiva (CPP, art. 400, § 1º: irrelevante, impertinente e/ou protelatório). **Os servidores (militares e civis) deverão ser requisitados** (CPP, art. 221, § 2º). Na hipótese de não comparecimento de servidor público, o chefe do órgão respectivo deverá ser comunicado (CPP, art. 221, § 3º);

6) Sigilo Profissional: A proibição de depor garante as relações de privacidade advindas de profissões (psicólogo, contador, advogado, padre, analista etc.) e se constitui privilégio do acusado ou do protegido, razão pela qual pode ser renunciado. Incluem-se nessa categoria as pessoas que em razão da função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo. Obrigar a depor pode configurar abuso de autoridade (LAA, art. 15). Com a desobrigação, o declarante estará obrigado a depor, prestando compromisso, em regra, mas não poderá expor situações de sigilo envolvendo terceiros. Caso o acusado arrole um dos proibidos a depor, estará tacitamente abdicando-se sigilo. O conteúdo do depoimento é que sofre restrição, já que a pessoa física poderá, se for o caso, ser convocada a depor sobre outra temática. O Juiz, representante do Ministério Público ou Defensor, por exemplo, que tiveram conhecimento dos fatos no exercício de suas funções, também não poderão prestar declarações;

STF, Rcl 37.235 (Min. Gilmar Mendes): '3. Sigilo profissional e depoimento de advogado. 4. Reclamação improcedente: inexistência de descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal. 5. Mudança fática que caracteriza ilegalidade manifesta a determinar a concessão de habeas corpus de ofício: não liberação do dever de sigilo. 6. Critérios de admissibilidade da prova no processo penal. Sigilo profissional como premissa fundamental para exercício efetivo do direito de defesa e para a relação de confiança entre defensor técnico e cliente. 7. Dever de sigilo sobre fatos conhecidos no exercício da atuação como advogado. Proibição de testemunho e inadmissibilidade da prova. Precedentes: "Pode e deve o advogado recusar-se a comparecer e a depor como testemunha, em investigação relacionada com a alegada falsidade de documentos" (RHC 56.563, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, j. 20.10.1978, DJ 28.12.1978); "A proibição de depor diz respeito ao conteúdo da confidência de que o advogado teve conhecimento para exercer o múnus para o qual foi contratado" (AP 470 QO-QO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 30.4.2009). 8. Liberação do sigilo somente por manifestação expressa do cliente e nos termos das regras deontológicas da atividade (art. 25 do Código de Ética da OAB). Possibilidade de autodefesa somente em eventual investigação a ele direcionada, o que não é o caso destes autos. 9. Improcedência da reclamação. Habeas corpus concedido de ofício para reconhecer a inadmissibilidade do testemunho de advogado não liberado do dever de sigilo profissional. Declaração de ilicitude probatória".

7) Número de Testemunhas e Informantes: Cada procedimento delimita o número máximo de testemunhas. Os informantes não se computam no limite legal (CPP, art. 400, § 1º);

8) Prazo de Arrolamento da Prova Testemunhal: Em cada procedimento há momento adequado para o arrolamento de testemunhas, sob pena de preclusão. O direito subjetivo à oitiva configura-se pelo correto exercício do ato. Desde que justificada, pode-se obter assentimento na prorrogação ou ampliação do prazo (erro, situações excepcionais, desde que demonstrada a **Boa-fé Objetiva**). O ato deve ser realizado com riqueza de informações do arrolado (nome, profissão, endereço, ou seja, a qualificação completa, justamente para garantir o *Fair Play*). Muitas denúncias se referem genericamente: testemunha qualificada às fls. "x", demonstrando preguiça e/ou pouca técnica, do mesmo modo que defensores omitem a qualificação. Em todos os casos, a **contradita** pode restar prejudicada. O CPC (art. 450), aplicável, por força do art. 3º, do CPP, aponta que no ato de arrolamento, é dever da parte o esclarecimento do nome, da profissão, do estado civil, da idade, do CPF, do RG, do endereço completo de residência e do local de trabalho;

"Embora seja essa defesa prévia revigorada o momento processual inicialmente adequado para a especificação das provas, não há neste momento o rigorismo processual civil a ditá-las como definitivamente preclusas em nome do conteúdo da 'ampla defesa' no processo penal, o que não significa a dispensa de justificar a prova requerida a destempo". **Fauzi Hassan Choukr**

"Por isso, o prazo para ser oferecido o rol das testemunhas, quando justificado, é de ser relativizado, em face da ampla defesa. A ausência de comunicação entre o preso e o defensor nomeado afasta a preclusão temporal ao oferecimento do rol de testemunhas". **Nereu José Giacomolli**

9) Arrolar Testemunha e/ou Informante: A prova testemunhal disponível à acusação, em geral, prestou declarações na fase policial, enquanto a defensiva não. A defesa pode valer-se de fontes humanas "diretas" (do evento), "indiretas" ou "abonatórias". A depender do contexto, podem sofrer pressões as mais diversas (dos envolvidos ou de familiares). As testemunhas se articulam na estratégia probatória ou dilatória? Se a testemunha não trouxer nenhum conteúdo relevante,

"Em primeiro lugar, a parte deverá questionar se é realmente necessário realizar impugnações e se houve uma boa preparação para tanto. Isso porque realizar perguntas desnecessárias ou simplesmente sem a devida preparação poderá transparecer ao julgador uma redundância cansativa ou mesmo falta de preparo, soando negativamente". **Raphael Castilho Barilli**

apenas tomando o tempo alocado à audiência, além de nada acrescentar, ainda pode gerar indisposição cognitiva. Qual a finalidade da oitiva? Sem prévia avaliação estratégica, joga-se exclusivamente com a sorte;

10) Defensoria Pública e Acusado Vulnerável: A Defensoria Pública, diante das dificuldades de contato com o acusado, especialmente quando preso, pode se valer das cinco táticas indicadas por Caio Paiva: 1) arrolar as mesmas da acusação e pedir substituição, com os riscos da exigência de motivação para substituição (ver abaixo); 2) Justificar que não consegue arrolar as testemunhas naquele momento e solicitar dilação de prazo (acolhido pelo STJ, REsp. 144.533, Mina. Maria Thereza de Assis Moura); 3) requerer a oitiva das testemunhas que o acusado conseguir levar à audiência de instrução e julgamento, solicitando que no mandado de intimação conste tal fato; 4) esclarecer que o primeiro contato se deu no momento da AIJ e requerer a oitiva de testemunhas então fornecidas, em que a eficácia depende de acolhimento judicial; e, 5) Valer-se da regra do art. 189 do CPP em caso de negativa da acusação, já que *"poderá prestar esclarecimento e indicar provas"*, dependendo, também, da noção de democraticidade que o julgador adotar. As táticas dependem tanto das noções de contraditório e ampla defesa, do histórico de interações entre os agentes processuais e da relevância do Caso Penal. Além disso, o Defensor Público deve perguntar ao acusado se a testemunha é sobre os fatos e favorável, já que se deferido o pleito, com o adiamento do encerramento do ato, na continuação, constatar-se ser testemunha irrelevante e/ou abonatória a tendência é que a situação do acusado piore. Corre-se o risco, ainda, de que a experiência negativa, por efeito da "heurística da disponibilidade", contamine negativamente a análise de casos futuros;

"Em qualquer caso, porém, deve o defensor público pensar a defesa técnica a partir do atributo da efetividade, a ele incumbindo, portanto, o empenho para tornar realizável a atividade probatória defensiva, inclusive se valendo da impetração de Habeas Corpus para pugnar pela nulidade do processo ante à violação do direito à ampla defesa de seu assistido diante de eventual improcedência dos pleitos de flexibilização da regra da preclusão para arrolar testemunhas". **Caio Paiva**

11) Substituição de Testemunhas e Informantes: O CPC (art. 451) também indica que depois de apresentado o rol de testemunhas, somente poderá ocorrer **substituição** nos casos de: **a)** falecimento; **b)** enfermidade impeditiva do depoimento; e, **c)** mudança de residência ou de local de trabalho, não sendo encontrada;

12) Testemunha do Juízo: Diante do modelo acusatório (e da regra do art. 3º-A, do CPP, embora suspensa), é vedado ao juiz determinar, de ofício ou em atendimento de pedido da parte, a oitiva de testemunha do juízo (CPP, art. 209, § 1º). A posição majoritária autoriza o deferimento, o que pode significar o favorecimento de uma das partes, por ampliar o número de fontes humanas de modo desigual. O argumento de busca da verdade real é inválido (vide item 7.1). As partes são livres para arrolar as provas disponíveis e o incremento de novas fontes humanas, depois de estabelecido o objeto do caso, além de ampliar o conjunto probatório de modo surpresa, tende a restringir o direito de defesa. A depender do julgador, defere;

13) Testemunha Referida: Se, durante a colheita de depoimentos surgir a informação sobre a existência de outra fonte de prova testemunhal não arrolada pelas partes, por isso "referidas", prevalece o entendimento

de que o juiz poderia ouvi-la na condição de testemunha do Juízo (CPP, art. 209, I). A primeira conclusão no sentido de que a ampliação da prova disponível é relevante, deve levar em consideração os comportamentos antecedentes das partes. Primeiro: cada uma das partes já exerceu o seu direito de requerer as provas que desejava produzir. Segundo: se a testemunha constava, direta ou indiretamente, do contexto da investigação, a não realização de diligências suplementares é decorrência direta da escolha do acusador em não aprofundar as diligências (a investigação deficiente decorre de sua omissão). Terceiro: se a defesa não arrolou porque não sabia da existência, também deve arcar com o ônus da ausência de planejamento. O forçamento da referência ou a utilização de "testemunha barriga de aluguel", consistente em indicar reiteradamente terceiro durante o depoimento, é tática dominada, diante do art. 400, § 1º, do CPP, pelo qual o juiz indeferirá as provas irrelevantes, impertinentes e protelatórias. **Situação diversa** é a decorrente da localização, por exemplo, de testemunha depois de formuladas a denúncia/queixa ou resposta à acusação/defesa preliminar, em que, no caso, o óbice legal pode ser derrotado a partir do *Fair Play*. Como se dependerá da decisão do julgador, a tática de **arrolar testemunha excedente** (arrolar para se desistir/substituir), dentro do limite legal, pode servir como mecanismo de substituição ou barganha. A testemunha que nada souber de interesse para o caso deve ser desconsiderada no limite do cômputo máximo (CPP, art. 209, I)**.** A tática é sintoma de incompetência ou de amadorismo. Seu uso pode ser entendido como má-fé, incidindo o art. 400, do CPP. Por isso, a necessidade de executar a "referência" de modo consistente e antecipar qual seria o conteúdo possível capaz de ser trazido aos autos. Em todas as hipóteses, a testemunha "referida" é acréscimo ao conjunto de provas deferido, surpreendendo as expectativas de **Boa-fé** da parte sobre as provas a serem produzidas. Por fim, o juiz não deve produzir nenhuma prova de ofício (referida ou não). Mas se for um julgador que acredita em Verdade Real, ninguém segura;.

STJ, HC 15.194 (Min. Felix Fischer): "Sendo provável a utilidade das declarações de testemunhas referidas no decorrer da instrução, o indeferimento do requerimento de defesa [...] indica hipótese de cerceamento de defesa".

STJ, HC 40.427 (Min. Haroldo Rodrigues): "Tendo ressaltado o magistrado que a oitiva da testemunha referida seria procedimento meramente protelatório, ou seja, não teria relevância para o deslinde do caso e, ainda, que se trataria, a bem da verdade, de testemunha não arrolada em momento próprio".

14) Dinâmica: Os depoimentos devem ser colhidos **separadamente** (CPP, art. 210). As testemunhas/informantes devem ser mantidas incomunicáveis para que não haja influência (CPP, art. 210, parágrafo único). Se a testemunha não falar o idioma nacional, deverá ser nomeado tradutor (CPP, art. 223), inclusive de libras, nos casos de surdos e/ou mudos. Nada impede que depoimentos em idiomas próximos possam ser realizados, apurando-se o critério de entendimento das partes (espanhol, por exemplo). Os depoimentos podem ser realizados por **videoconferência**, isto é, a testemunha pode participar, à distância, do ato realizado na sede do Juízo competente, evitando-se a expedição de carta precatória ou rogatória;

15) Carta Precatória: É o meio processual pelo qual se a fonte humana estiver em comarca/circunscrição diversa de onde instaurada a ação penal, o juiz transferirá a oitiva ao magistrado com competência territorial

respectiva, intimando as partes da expedição, sem a necessidade de intimação para o ato de oitiva. Tende-se a ouvir por meios tecnológicos, já que os Tribunais estão ampliando o uso de videoconferência. Em sendo comarcas metropolitanas, aceita-se a intimação para comparecimento onde o processo está instaurado. Entende-se que se o acusado quiser comparecer ao ato deverá requerer expressamente sua requisição (STF, HC 120.759), demonstrando-se a relevância da presença (STJ, HC 171.753), até porque pode gerar efeito adverso no julgador, dada a necessidade de viagens e custos, muitas vezes, para colheita de depoimento irrelevante. Já demonstramos que no jogo incidem diversos **vieses cognitivos** e, caso a defesa insista em tática protelatória, em geral, o efeito tende a ser adverso. Excepcionalmente, então, a prova será produzida longe da imediação do julgador, com os riscos daí advindos (perda do efeito decorrente da imediação). O Ministério Público natural (autor da ação penal) poderá indicar/sugerir perguntar ao órgão do Ministério Público onde o ato tiver sido praticado, sem efeito cogente. A defesa, por sua vez, deve se fazer presente, em geral, para demonstração de ser a prova pertinente, ou seja, arrolar testemunha/informante e não comparecer ao ato de oitiva, sugere prática protelatória e oportunista. Se for assistido pela Defensoria Pública, o defensor do local deve ser intimado. De acordo com a Súmula 273 do STJ ("*Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado*"), exige-se apenas a mera intimação da expedição de carta precatória, devendo a parte, providenciar o monitoramento da designação da data no juízo deprecado. Em tempos de intimação *online*, a razão informadora da edição da Súmula 273 não mais se sustenta, principalmente em nome da ampla defesa, até porque o Ministério Público sempre será intimado (**paridade de armas**). Com o processo eletrônico, munido de intimação digital, constitui-se em prática abusiva a não intimação da defesa sobre a data designada. A carta precatória tem sido substituída pela realização de **videoconferência** (CPP, art. 222, § 3º) entre os juízes deprecado e deprecante, pelo qual a testemunha é intimada a comparecer na sede do Juízo deprecado no mesmo horário da audiência de instrução e julgamento no Juízo deprecante, providenciando-se ambiente próprio, em que os jogadores titulares da ação penal possam formular questionamentos diretos ao indagado, além de se garantir a imediação do juiz que proferirá a decisão. Os meios tecnológicos estão disponíveis e a tendência é o aprimoramento dessa prática, especialmente depois da consolidação da prática pela pandemia (CNJ, Res. 329). A carta precatória deve ser expedida com **prazo razoável** de cumprimento, já que sua expedição não acarreta a suspensão do processo, nem o julgamento, decorrido o prazo, devendo ser juntada aos autos quando devolvida (CPP, art. 222, § 2º). A regra é francamente violadora do Devido Processo Legal, na medida em que restringe, muitas vezes por ausência de pauta do juízo deprecado, a ampla defesa. Raramente, na hipótese de testemunha da acusação, o

julgamento acontece sem a devolução da deprecata. A fixação de prazos exíguos, 3 (três) ou 10 (dez) dias, por exemplo, é atitude **oportunista**, dadas as dificuldades de cumprimento. Daí que se for fonte de prova for muito importante, o esforço para que seja produzida na sede do juízo ou por videoconferência, tende a ser vantajosa;

16) Carta Rogatória: Se a testemunha morar fora do país será expedida carta rogatória, com o diferencial de que deverá ser demonstrada a **imprescindibilidade** de seu conteúdo, ou seja, o jogador deve antecipar as informações que a fonte irá apresentar para justificar ou não a expedição**.** De qualquer forma, fixado o prazo para seu cumprimento, que é complexo, com a remessa dos documentos traduzidos, com o custo arcado pelo arrolante, via Ministério da Justiça. Não suspende o julgamento e se for o caso de testemunha/informante imprescindível há acolhimento de realização por **videoconferência**. Perceba-se que essa modalidade implica em disposição de tempo, recursos tecnológicos etc., devendo-se cuidar para que a informação trazida seja relevante, porque se for irrelevante, a reputação da parte restará prejudicada, com a redução das expectativas cooperativas do julgador no futuro. A alegação de que não sabia o que a testemunha/informante iria dizer é argumento de amador;

17) Produção Antecipada de Prova Testemunhal: Os requisitos cautelares foram trabalhados anteriormente e, também, englobam os depoimentos de vítimas, crianças ou adultos, para evitar a revitimização, ou seja, o revolvimento de memórias traumáticas para fins probatórios em desprezo à dignidade da vítima. Não cabe a produção antecipada exclusivamente por conveniência do processo, especialmente nas hipóteses do art. 366, do CPP (STJ, Súmula 455; STJ, RHC 61.488, Min. Gurgel de Farias; vide item 15.1);

18) Audiência de Instrução e Julgamento: O grande momento de embate é o da prova testemunhal. A audiência de instrução e julgamento é o palco onde os depoimentos acontecem. A credibilidade ou não da testemunha/informante será testada diretamente pelas partes, sob observação do julgador. A exigência de produção da prova testemunhal em contraditório, perante autoridade Judiciária, com efetiva participação das partes, é exigência de validade dos depoimentos, sendo que a regra do art. 155, do CPP, deve ser lida conforme a Constituição. A Lei 13.964/19, além de impor a estrutura acusatória (CPP, art. 3º-A), impediu a contaminação do julgador com os atos de investigação, reforçando a importância da AIJ. A **oralidade** e a **imediação** são garantias de aquisição da prova no contexto dos autos, cujo sentido deixou de ser de todo o processado, já que o Juiz de Julgamento não recebe mais todo o produzido e sim extrato. Além das provas não repetíveis que serão objeto de contraditório diferido, as demais, especialmente a testemunhal, deverão ser produzidas em audiência (prova testemunhal é somente a produzida em contraditório);

19) Se Algum dos Agentes Não Comparece: A ausência do agente de acusação (Ministério Público ou querelante) e defensores recebe

"É que, sob o manto da credibilidade ou fiabilidade estão dois elementos interdependentes que devem ser ponderados (e que são passíveis de justificação racional, dando margem ao necessário controle judicial): a sinceridade do sujeito (declarante) e a veracidade do declarado: o depoente é sincero quando existe correspondência entre o que diz e o que pensa; enquanto que sua declaração será veraz quando o que o declarante revela corresponde à realidade verificável".
Décio Alonso Gomes

"Quando se fala – inadvertidamente – em fontes diretas, na verdade, busca-se o conceito correlato à ideia de fonte de conhecimento de primeira-mão. Isto porque o pressuposto subjacente do princípio da imediação indica que o juiz deve avaliar a credibilidade da prova, quando ele a observa de primeira-mão. Há, então, uma distinção entre o conteúdo da prova, ou seja, a informação crua, o juiz não necessariamente precisa ouvir a testemunha pessoalmente. No entanto, sob o pressuposto do princípio da imediação, o juiz precisa observar pessoalmente a testemunha, de modo a acessar a credibilidade da informação (p. ex., o comportamento das testemunhas, o seu tom de voz, suas reações corporais etc.). Como consequência, aplicado na sua forma mais simples, o princípio da imediação demanda que a prova seja apresentada perante o juiz e as partes na forma mais inalterada possível".
Décio Alonso Gomes

"A introdução do inquérito policial no processo ocasiona uma verdadeira fraude processual probatória, pois as provas produzidas no curso do processo correm o risco de se transformarem em meras repetições dos atos de investigação, em nada inovando ou mesmo afetando veementemente a formação da convicção do julgador. A decisão do juiz, que deveria se basear no discurso de argumentos das partes, ou seja, nas provas produzidas em contraditório, certamente acaba tendo como fonte principal de cognição os atos de investigação".
David Queiroz

tratamento diferenciado. É anômala, diante da ausência do Ministério Público, a assunção da carga probatória por parte do julgador (STJ, Resp. 1.259.482), sob pena de nulidade. Daí que a ausência de **acusador público** implica no adiamento do ato, com as respectivas comunicações institucionais. Se o **querelante** faltar, devidamente intimado, aplica-se a perempção (CP, art. 107, VI c/c art. 61 do CPP). Se o **defensor** não comparecer, pode o ato continuar mediante nomeação de defensor *ad-hoc* (desde que não prejudique a defesa do acusado) ou o adiamento, verificando-se a boa-fé do comportamento, com a possibilidade de aplicação de multa ao defensor (CPP, art. 265). Em todos os casos deve-se apurar a boa-fé do não comparecimento, especialmente em tempos de massificação de aparelhos de telefone celular. O **acusado** não precisa comparecer ao ato, dado que está dentro do seu direito de defesa, embora deva ser intimado. Se a **testemunha** faltar, depois de intimada, pode ser conduzida. Se o Juiz faltar, pode ser comunicado aos órgãos correcionais;

STJ, RMS 33.229 (Min. Ribeiro Dantas): "2. O advogado que renuncia ao mandato deverá, durante os 10 (dez) dias posteriores à notificação do constituinte, praticar os atos para os quais foi nomeado (art. 45 do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do CPP). 3. Os recorrentes comunicaram sua renúncia ao constituinte no dia 22/9/2008, sendo que a audiência à qual não compareceram estava designada para o dia 7/10/2008. Por conseguinte, foi cumprido, com folga, o prazo de 10 (dez) dias legalmente estabelecido, o que afasta a justa causa para a aplicação da multa por abandono da causa. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se dá provimento para conceder a ordem, a fim de revogar a aplicação da multa prevista no art. 265 do CPP e

STJ, RMS 51.511 (Min. Sebastião Reis Júnior) aplicação: "Naquelas situações em que fique demonstrado que, sem comunicação prévia ao juiz do feito, o advogado (defensor) abandonou, sem justo motivo, o processo, a causa, deixando o cliente indefeso. A isso não se equipara o abandono de um ato processual".

STJ, RMS 32.742 (Min. Napoleão Nunes Maia Filho): "Não constitui a hipótese do art. 265 do Código de Processo Penal o abandono de ato processual pelo defensor do réu se este permaneceu na causa, tendo, inclusive, atuado nos atos subsequentes".

20) Renúncia do Mandato e Ato Judicial: A renúncia ao mandato somente opera efeitos após decorridos 10 (dez) dias, motivo pelo qual o defensor deve comparecer aos atos judiciais aprazados, sob pena de aplicação de multa (CPP, art. 265, do CPP);

21) Desistência da Oitiva: A prova é da parte e disponível. A desistência independe da concordância da parte contrária ou do julgador (CPP, art. 400, § 2º);

22) Ausência da Testemunha: O depoimento é interesse público e o não comparecimento, desde que intimada a testemunha, produz o efeito de o juiz determinar a **condução sob vara**, ou seja, por Oficial de Justiça, acompanhado, se necessário, de força policial, podendo, ainda, aplicar-lhe multa (CPP, art. 218-219). A regra do art. 224, do CPP, pouco aplicada, indica a obrigatoriedade de a testemunha informar o endereço, caso se mude, sob as penas do não comparecimento. Se a testemunha, julgada relevante, não puder comparecer por força da idade (idoso) ou enfermidade, será inquirida onde estiver (CPP, art. 220); se a causa for impeditiva da oitiva, cabe substituição. Na hipótese de a parte se **comprometer** em trazer a testemunha **independentemente de intimação**, a ausência não é causa suficiente para nova designação, entendendo-se por renunciada a prova. Cada vez mais se usa **tecnologia** para oitiva de testemunhas e informantes (diretamente de casa, do trabalho, em viagem etc.), por meio de programas de conversação online (*facetime*, *Skype* etc.), com a **expressa concordância** das parte, situação consolidada em tempos de **pandemia**;

STJ, HC 117.952 (Min. Napoleão Nunes Maia Filho): "CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. RÉU E DEFENSOR QUE SE COMPROMETERAM A APRESENTAR TESTEMUNHAS INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. "Uma vez assumido pela defesa o compromisso de apresentação espontânea de suas testemunhas na audiência, eventual ausência configura verdadeira desídia defensiva, não podendo, portanto, o indeferimento dos pedidos de substituição do rol e de realização de nova audiência serem considerados como cerceamento de defesa"

23) Compromisso e Dispensa: Não será deferido o compromisso aos menores de 14 (quatorze) anos, às pessoas com transtorno mental (CPP, art. 208). Somente não se deferirá o compromisso às pessoas previstas nos art. 207 e 208, do CPP. E, uma vez compromissado, não poderá sonegar o que souber, embora testemunhas habituais saibam selecionar

ou se esquivar de questionamentos comprometedores. A distinção básica é a de que a testemunha presta compromisso e o informante não. O **compromisso** é o momento em que o arrolado assume, no ato, o lugar de testemunha. É justamente nesse momento que recebe a qualificação e presta compromisso (CPP, art. 203: a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado. Depois de compromissado, pode ser sujeito ativo do crime de falso testemunho (CP, art. 342, embora a controvérsia). É justamente no momento que o declarante não declara nenhum impedimento que deve ser oposta a contradita (CPP, art. 214, a seguir). Surgindo no decorrer da instrução informação que recoloque o declarante em condição diversa da inicial, por exemplo, iniciou-se na condição de testemunha e depois se verificou tratar-se de informante, cabe analisar a existência de dolo na ação. Em se tratando de dificuldade de compreensão do declarante readéqua-se o lugar e a função (testemunha ou informante), apurando-se na valoração das provas o respectivo efeito, ciente do *venire contra factum proprium*;

24) Contradita: A contradita é a oportunidade de a parte objetar quanto ao lugar atribuído, a priori, que a fonte humana ocupará: testemunha ou informante (CPP, art. 214). Se qualificada e prestado o compromisso, a ausência de impugnação pela parte, resolve-se pela preclusão. A dinâmica é: **a)** apresentada a contradita, indicando-se os motivos; **b)** consulta à fonte humana sobre a "pertinência" dos motivos deduzidos; **c)** se a fonte admitir e acolher os argumentos, será ouvida na condição de informante; **d)** se nega, a parte pode apresentar provas; não apresentadas ou improcedentes, a fonte humana presta compromisso; acolhida, é ouvida na condição de informante; e, **e)** se o fato objetivo da suspeição irromper no decorrer do depoimento, deve ser alegado imediatamente, deliberando-se sobre a condição da fonte (informante ou testemunha);

25) Dinâmica de Atuação das Partes: No caso do processo penal o acusador possui o dever legal de antecipar as informações que pretende trazer ao jogo (*Fair Play*), enquanto o defensor organiza a estratégia e táticas a partir dos movimentos do acusador. Diante de uma ação da parte, no campo do discurso, abrem-se 3 (três) movimentos táticos**: a)** silêncio/inação**; b)** contra-ataque; e, **c)** tangência/derivação. Essa dinâmica se divide em diversos momentos probatórios e processuais, vinculada à finalidade (estratégia);

"Nisto consiste a tática processual, confiada à sagacidade e ao senso de responsabilidade de qualquer litigante, aqui é onde está a habilidade do jogo. Qualquer competidor, antes de dar um passo, deve procurar prever, mediante um atento estudo, não só a situação jurídica, mas outrossim a psicológica, tanto do adversário quanto do juiz, e com quais razões o antagonista responderá ao seu movimento". **Piero Calamandrei**

"Quando uma parte realiza um movimento qualquer, a outra assume, em decorrência de seu ato, uma situação jurídica distinta daquela em que se encontrava. Não pode, contudo, ignorá-la, pois, se não há reação, a própria inércia poderá ser prejudicial. A situação comporta, no entanto, várias formas de se comportar diante do fato, podendo-se eleger dentre as distintas possibilidades que o ato proporciona. Cada movimento da parte contrária cria para o adversário uma série de possiblidades, inclusive, a de obter uma vantagem; contrariamente ao que seu antagonista supunha". **Natalie Ribeiro Pletsch**

"O processo é uma série de atos que se entrecruzam e se correspondem, como os movimentos de um jogo: de perguntas e respostas, de réplicas e tréplicas, de ações que provocam reações, suscitando a cada rodada contra-reações". **Piero Calamandrei**

26) Conhecer o Terreno e os Agentes: Ao final haverá a oportunidade de alegações finais, claro, mas isso não impede a existência de trunfos. O benefício do terreno (conhecer o lugar onde a partida se desenrolará e o julgador) e o ataque convergente (focado nos tipos penais objeto da ação penal) se constituem em elementos necessários à compreensão do fenômeno processual. Quando vamos para um lugar diferente precisamos nos familiarizar com o terreno e, somente com o tempo, seremos capazes

de dominar os percursos, enfim, o terreno. Talvez nunca seja como nossa cidade natal, em que sabemos as sutilezas e os atalhos, bem como conhecemos o ritmo da cidade. Conhecer as características da arena processual (local, agentes, pressões, interesses etc.) será sempre um ganho cognitivo. A arena possui o caráter dinâmico, suscetível às condições temporais, de humor, de interesses, do jogo de informações assimétricas, da influência de agentes externos etc. Logo, quanto mais informações estruturadas e monitoradas se puder obter sobre o terreno e os agentes processuais, melhor tende a ser o desempenho;

27) Manter o Foco Estratégico: O controle da prova, dos jogadores, das cartas probatórias (informação), do conteúdo da audiência, da credibilidade, do boato, enfim, dos fatores cambiantes (significantes) da partida processual**.** A diferença no Processo Penal é que a acusação larga na ofensiva, mostrando as cartas que pretende usar no jogo processual, enquanto a defesa se posta na espera. A acusação procura antecipar os movimentos da defesa, mitigando eventual álibi ou tese defensiva, apesar disso a postura é proativa. No decorrer da batalha probatória, eventual sucesso parcial não necessariamente conduz à vitória, justamente porque o impacto pode ser revertido pelas rodadas posteriores. Daí que a manutenção das vitórias parciais (subjogos/*rounds*) deve se dar a todo o momento, transformando a atitude de ataque em postura defensiva. Manter a lógica do ataque em diversas ondas – operações previamente indicadas e coordenadas – faz com que o oponente não tenha tempo suficiente de assimilar e contra-atacar**.** A pressão constante e a concentração do foco impedem que se tenha tempo, recursos e meios para planejar o contra-ataque. Os recursos cognitivos também serão escassos. Dito de outra forma, obtidos significantes suficientes para condenação, a juízo do acusador, a postura passa a ser de defender o universo probatório já alcançado. A reciprocidade de lugares (ataque e defesa) varia no decorrer da interação. Ainda que a defesa nada tenha que provar, a assunção de postura passiva ignora – muitas vezes – a lógica dominante de pressuposição de culpa. Não se trata de aceitar a carga probatória da defesa na busca da comprovação da inocência, a qual é pressuposta – o acusado inicia o jogo absolvido (a acusação deve provar, no tempo processual, a culpa). A defesa deve adotar táticas de resistência e atacar em dois campos: **a)** coerência; e, **b)** consistência. A inserção de atrito na narrativa, instaurando lacunas, omissões, contradições, dúvidas, obscuridades, ambiguidades (por meio de colisores ou confundidores) tende a ser a tática defensiva (salvo se alegar álibi). As estratégias (acusatória e defensiva), em geral, são simetricamente opostas. Superada a visão da verdade real, o processo como jogo e inspirado pela Guerra, acolhe pretensões menos idealizadas e mais próximas da realidade;

"É claro que para a Teoria Narrativista do Direito, também no estudo das estruturas e estratégias narrativas sobres os fatos (e as normas), o problema da consistência narrativa é relevante, se talvez não for o primeiro que deveria ter sido posto". **José Calvo González**

"Assim, compreende-se como pode acontecer que em certas contingências ou litigantes ou os imputados prefiram, ao defensor sério e experiente, o advogado da moda, que em virtude do partido em que milita ou da seita a que pertence, seja mais bem-sucedido, em exercer, por simpatia, uma certa 'influência' sobre os juízes. E seria cegueira negar a importância em que todas as causas podem exercer a simpatia que as partes, ou mesmo os defensores, podem suscitar em torno de si". **Piero Calamandrei**

"Um enunciado fático acaba sendo discursivamente coerente como resultado, também, do influxo de subsistemas de sentido como são a memória individual ou os imaginários sociais". **José Calvo González**

"Para que se possa aprofundar o amplo espectro do conceito de coerência narrativa na decisão judicial e para que também seja possível colocá-lo à prova, faz-se necessário confrontá-lo com o conceito de consistência narrativa, uma vez que este busca identificar os elementos precedentes ao fato, situados na pré-compreensão de quem, depois, os narrará no processo judicial. E disse complexo processo se faz decisões, embora não se saiba, na maioria das vezes". **Paulo Ferrareze Filho e Alexandre Morais da Rosa**

28) Vedação da Mera Confirmação das Declarações da Fase Investigatória: Se as declarações prestadas na fase de investigação servem de elemento à decisão sobre a admissibilidade da ação penal,

porque desprovidas das garantias constitucionais (contraditório, ampla defesa, imediatidade, direito do confronto, oralidade etc.), o "mero confirmar" do conteúdo anterior é inválido. O *standard* de produção da prova testemunhal precisa guardar coerência, a saber, se quando o policial militar é acusado prevalece (com razão), o disposto no art. 352 do CPPM ([A testemunha deve] "*relatar o que sabe ou tem razão de saber, a respeito do fato delituoso narrado na denúncia e circunstâncias que com o mesmo tenham pertinência,* ***não podendo limitar o seu depoimento à simples declaração de que confirma o que prestou no inquérito***".), é contraditório aceitar a validade da prática contra civis. Premido pela velocidade e eficiência, ainda mais quando já convencido, constitui-se em prática espúria a mera leitura das declarações prestadas anteriormente, por exemplo, na Delegacia de Polícia, com uma pergunta: **confirma as declarações**? Esse modo de agir é considerado jogada ilegal, já que suprime a necessidade do ato em contraditório, do efeito credibilidade, transformando o depoimento em ato performático. Além de preguiça, configura violação ao Devido Processo;

STJ, HC 183.696 (Mina. Maria Thereza de Assis Moura): "A produção da prova testemunhal é complexa, envolvendo não só o fornecimento do relato oral, mas, também, o filtro de credibilidade das informações apresentadas. Assim, não se mostra lícita a mera leitura pelo magistrado das declarações prestadas na fase inquisitória, para que a testemunha, em seguida, ratifique-a. Ordem concedida para anular a ação penal a partir da audiência de testemunhas de acusação, a fim de que seja refeita a colheita da prova testemunhal, mediante a regular realização das oitivas, com a efetiva tomada de depoimento, sem a mera reiteração das declarações prestadas perante a autoridade policial".

"Não são válidos os depoimentos em que a testemunha simplesmente ratifica as declarações anteriores do inquérito ou prestadas em processo anulado, deixando o juiz, assim, de inquiri-la diretamente sobre os fatos". **Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho**

29) Qual a Cor do Cavalo Branco de Napoleão?:

A testemunha/informante não é convocada para participar de jogo rápido de memória, ou seja, não se pode ler a denúncia e/ou o depoimento prestado na fase preliminar e depois perguntar-se o que ela sabe do caso. Isso é doping, jogo sujo, embora realizado na maioria dos foros. Evidentemente que a testemunha, mormente quando policial, deve ser situado no tempo e no espaço da ocorrência, eventualmente com os parceiros da ação, mas jamais nos detalhes que transformam seu depoimento num espetáculo da sugestão/indução. Assim é que se o agente quiser ler a denúncia ou depoimento, nos termos do art. 212, do CPP, a *sugestão* é manifesta e deve ser impugnada. Insistida na ação, a credibilidade do depoimento, no momento da valoração, prejudica-se. Não se tratou de um depoimento, mas sim da antecipação das respostas que deveriam ser dadas para o fim de se obter a vitória. Para realizar a impugnação de perguntas, não é preciso ser agressivo, ostensivo, dado que pode gerar certo desconforto e antipatia. Daí que um pouco de elegância faz bem no momento de se impugnar uma pergunta, até certa dose de criatividade. Por exemplo, quando o acusador, antes do depoimento da testemunha/informante quiser ler a denúncia ou o depoimento da fase policial, ambas as situações ilegais, já que sugestionam e induzem as respostas, pode-se impugnar com base no art. 212 do CPP ou indagar: *é um teste rápido de memória*? Claro, eu leio o que o outro irá responder em 5 (cinco) minutos. Evidentemente que a testemunha/informante pode ter dificuldades para se recordar de tudo e as perguntas fechadas, eventualmente, estão autorizadas (desde que a resposta não esteja contida no questionamento ou apresente alternativas: era uma arma ou uma faca, p.ex.). Mas a prova testemunhal não é *check list*: sim e não. Perguntas no estilo: o acusado atirou né? A arma era um 38? Havia

34 petecas de crack? São perguntas abusivas, de quem joga sujo, mesmo sem se dar conta, verdadeiro *doping* processual. Deve-se situar o depoente no tempo, no espaço e no tocante aos personagens, a saber, o senhor foi chamado para depor sobre um furto acontecido em 12 de março de 2013, na Rua Manuel Cardoso, 23, centro, nesta cidade, em que figuram dois acusados, tendo atendido a ocorrência como policial. Nada mais, nada menos. O depoente pode, com isso, recordar-se ou não. O mais bizarro é mostrar o que disse na fase policial e perguntar se a assinatura é do depoente. Não, ele fraudou a assinatura! Isso significa querer requentar o depoimento frio, "como se", tudo que se disse antes pudesse ser trazido para o processo penal em contraditório. Não. A testemunha não se lembra. Esse é o preço do processo penal democrático. Se for para valer o que se disse na Delegacia de Polícia paremos com o retrabalho – não tenho outro termo – de fingirmos que repetimos em juízo. A reserva da Jurisdição é justamente o que diferencia o depoimento para fins exclusivos de Justa Causa e o que serve à decisão é o contraditório que o legitima. Parece difícil dizer o óbvio. Mas que o cavalo de Napoleão era branco, era. Logo, não era pergunta, era cilada.

30) A Cola de Conteúdo (quando a testemunha lê o depoimento anterior): A tensão que se estabelece no caso de testemunhas habituais, mormente policiais, é a de gatilhos capazes de evocar as memórias do caso. Diante das múltiplas ocorrências, a degradação da memória, simplesmente indagar-se sobre o que lembra do caso, sem ao menos situar o contexto (onde, quando, o que se apura), pede-se ao depoente que adivinhe a situação posta. Ao mesmo tempo, não se pode deixar que a fonte humana "leia" o depoimento, sobe pena de que a memória evocada não seja a do evento, mas da leitura recente do relatado. O que se autoriza é o "clareamento", o "gatilho" da memória. A leitura é "cola";

31) Falso Testemunho: O falso testemunho é a inserção de informação falsa ou manipulada por parte da fonte de prova trazida aos autos. Não necessariamente significa atitude ativa, porque a omissão de fato relevante, também, no contexto dos autos, pode configurar falso testemunho. As partes e o julgador, nos respectivos momentos, devem valorar a qualidade/credibilidade do conteúdo do depoimento. Em diversos casos os fatores que implicam na acreditação fogem ao racional, dialogando com a primeira impressão (**efeito halo**), fatores estéticos e contextuais. Para fins do crime de falso testemunho, ainda que não se exija o compromisso formal (STJ, AgRg 190.766 Mina. Assusete Magalhães), prevalece a orientação de que o conteúdo do falso seja relevante para o processo. Há entendimento de que o informante também pode ser sujeito ativo do crime de falso testemunho (CP, art. 342);

9.13.3 Cadeia de Custódia da Memória: Contexto de Aquisição e Contexto de Evocação



1) Acurácia e Precisão: A função da prova testemunhal é a de conferir indicadores de realidade capazes de autorizar inferências sobre as Hipóteses (acusatória e defensiva) em face do "discurso sobre os fatos" (adotamos o modelo **construtivista**, em que aspectos objetivos e subjetivos convivem no contexto do regime probatório). A busca por "acurácia" e "precisão" do conteúdo "autêntico" da fonte humana demanda o domínio de regras, procedimentos e metodologias adequadas, em geral, não ensinadas nos Cursos de Direito, consolidadas de modo amador pela prática forense dos agentes processuais. A ampliação das habilidades tende a melhorar o desempenho, motivo pelo qual apontaremos alguns indicadores epistêmicos;

2) Duração Razoável do Processo e Memória: Dentre as justificativas para o reconhecimento da "**Duração Razoável do Processo**" está o da disponibilidade de memória dos agentes envolvidos no processo (testemunhas, vítima e acusado). O tempo tende a degradar ou embaralhar a indexação e a evocação dos aspectos relativos ao evento. Longos períodos entre o evento e o julgamento reduzem a eficácia da memória (acurácia e precisão);

3) Os Pares: Verdade x Falsidade e Sinceridade X Mentira: A fonte humana pode se valer da memória ou do raciocínio (associada à imaginação) no momento de evocar o conteúdo do evento ou os conhecimentos pessoais. Devemos saber **separar os pares**: **a)** Verdade e Falsidade; e, **b)** Sinceridade e Mentira. São posições subjetivas diversas. Enquanto a mentira decorre da decisão consciente de alterar o conteúdo da memória, na sinceridade, a fonte humana evoca conteúdo distorcido (reeinscrito), sem ânimo de manipular;

4) O Contexto de Aquisição e o Contexto de Evocação da Memória: Estamos autorizados a diferenciar o "**Contexto de Aquisição**" e o "**Contexto de Evocação**" da prova testemunhal. Se o depoimento é um conjunto de "enunciados sobre os fatos" e os "fatos" dependem da capacidade perceptiva da fonte humana (bem como de suas limitações), o **Contexto de Aquisição** (*constructo* subjetivo-objetivo da realidade), deve ser explorado para o fim de determinar os indicadores de realidade do momento de aquisição, comparados com o "discurso sobre os fatos" trazido no **Contexto de Evocação**, por meio de **algo semelhante à Cadeia de Custódia**. Isso porque serão convenientes esforços no sentido de isolar os indicadores de realidade e/ou conclusões potencialmente acrescidas à memória originária (suscetível à reeisncrição). É preciso constatar as informações com as quais a testemunha/vítima entra em contato em momentos posteriores ao evento e, ainda que involuntariamente, terminam por potencialmente contaminar a memória. Essa contaminação tem o condão de conferir "coesão discursiva", de preencher as ambiguidades

e omissões da percepção *a priori*. O problema é que a dita coesão pode esconder falsidades não intencionais; os chamados "erros honestos". O relato *a posteriori* tende a "calibrar" os aspectos da realidade observada originariamente, associando conteúdo (desde aspectos objetivos: distância, altura, peso, idade, local, tempo, participantes, até elementos subjetivos antes não percebidos: intenção dos participantes do evento), para o fim de "explicar melhor". Por termos definido que a **memória** é reinscrita a todo o tempo, a fonte humana, em geral, sequer se dá conta do acréscimo, daí os riscos, ainda, das **Falsas Memória**. Por isso, a diferença de **Contextos de Aquisição** (social, econômico, político ou cultural) entre a fonte humana e os agentes processuais, demanda cuidados adicionais, para não se tomar uma coisa pela outra (plano pragmático da atribuição de sentido);

5) Cadeia de Custódia da Memória e da Informação: Se as provas devem observar a Cadeia de Custódia e da fonte humana se espera informação (e não opinião pessoal ou narrativa), podemos aproveitar **parcialmente** a lógica da **Cadeia de Custódia** (vide item 9.5), aponta *Janaina Matida*, para o fim de determinar a metodologia de abordagem, distinguindo o **Contexto de Aquisição** e o **Contexto de Evocação** da **Memória**, quando da produção do depoimento, os momentos de: **a) reconhecimento** (quando e em que circunstâncias a fonte humana identificou as evidências da realidade, distinguindo "dados" de "informação", isto é, em que reconheceu aspectos do evento, atribuindo sentido: primeira impressão); **b) isolamento** (depois que teve contato, com quem ou de que modo a primeira impressão foi "melhorada" pelo acréscimo de informações de terceiros); **c) processamento** (quando da investigação criminal, antes e depois do depoimento, quais os aspectos do Caso Penal foram informados pelos agentes públicos); e, **d) armazenamento** (circunstâncias pessoais da fonte humana; número de vezes de contou sobre os fatos; diálogos com amigos, familiares e partes sobre o evento). A partir da "conferência" dos indicadores desde o momento de "aquisição", associado ao controle do percurso cronológico, pode-se "identificar" os "dados de realidade" incrementados e/ou as "conclusões" agregadas à "memória originária". A criação de **metodologia** robusta da noção de **Cadeia de Custódia da Memória** tende a melhorar o controle epistêmico da "prova testemunhal", distinguindo o "sinal" de "ruído". Abre espaço, também, para se determinar metodologias capazes de isolamento as Falsas Memórias. Os indicadores da **Cadeia de Custódia da Memória** auxiliam a construção do esquema de perguntas a ser formulado à testemunha, por oportunidade da instrução (Plano de Ação: **SWOT**);

"Essa definição merece críticas: não há por que assumir definição jurídica tão estreita quando o que importa é que seja capaz de auxiliar na determinação da infração penal. Inegável que coisas que podemos pegar são qualificáveis como vestígios, mas não há razão para deixar-se de reconhecer que uma troca de e-mails, uma interceptação telefônica, ou mesmo a memória de alguém também apresentam potencial de reconstruir fatos juridicamente relevantes. Por que objetos mereceriam custódia e a memória não? Por que deve ser combatida a contaminação da cena do crime, mas não a manipulação da memória daqueles que contribuirão à determinação dos fatos". **Janaina Matida**

9.13.4 Psicologia do Testemunho e Critérios de Fiabilidade e Credibilidade da Fonte Humana

1) Psicologia do Testemunho: O campo da **Psicologia do Testemunho** é amplo e a nossa abordagem será situada nos aspectos vinculados

diretamente à verificação da **fiabilidade** e da **credibilidade** da **memória humana**, no contexto do processo penal. A prova testemunhal é a mais utilizada no processo penal e diante das armadilhas da memória em face da limitada capacidade humana de percepção, deve ser tomada com grandes cuidados procedimentais. São **três fontes** básicas de **erro**: **a)** as condições de codificação; **b)** de retenção; e, **c)** de recuperação. Dependem, segundo *Antonio Manzanero*, de complexas relações das condições de **percepção** (capacidade de perceber cores, modificações de iluminação, de reconhecimento de objetos, distância, perspectiva e frequência, de mensuração do movimento e da capacidade auditiva), **informações das características especiais** (duração, dor, velocidade, datação e detalhes frequentemente omitidos), **familiaridade e frequência** (submissão aos eventos violentos), como veremos a seguir. O que não vemos ou ouvimos dificilmente podemos recordar, mas isso não impede que, ainda que tenhamos apenas "ouvido" um acidente de trânsito, por exemplo, não possamos reconstruir os fatos "como se" tivéssemos visto. A partir dos dados parciais da realidade, em geral, "construímos" a nossa interpretação dos fatos, associando conhecimentos, máximas da experiência e relações de causa-efeito. **O que está em "jogo"** no processo penal é a "interpretação atribuída" ou o "conjunto de dados da realidade percebidos"? A resposta normativa está no art. 213, do CPP (*o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato*), mas é objeto de muita controvérsia, como veremos a seguir;

"Un testimonio es un relato de memoria que un testigo realiza sobre unos hechos previamente presenciados, por esta razón a la psicología del testimonio también se la conoce como Memoria de los Testigos". **Antonio Manzanero**

2) Contexto de Aquisição e Contexto de Evocação: Assumimos que o Contexto de Aquisição da memória é situado no tempo e no espaço e que entre o evento e as declarações subsequentes (relato informal à polícia, declarações na Delegacia e, depois em Juízo), diversos fatores podem ter alterado a percepção *a priori*. Por isso, ressaltamos a importância da distinção entre o **Contexto de Aquisição** e o **Contexto de Evocação**, sugerindo a incidência da lógica da Cadeia de Custódia da Memória. O recurso metodológico cria marcadores objetivos que auxiliam no isolamento e percurso dos aspectos do evento percebido. A eficácia depende do esforço de mapeamento do trajeto da fonte humana, a exposição ao discurso de terceiros, além das circunstâncias do Caso Penal. Os critérios serão indicados a seguir;

3) Testemunho Baseado em Evidências (Sinal e Ruído): O objeto do depoimento é o que a testemunha "percebeu" com seus sentidos em relação ao evento. A opinião pessoal é irrelevante. O desafio é o de **distinguir** o que é "**sinal**" e o que é "**ruído**" cognitivo. A prática de solicitar que a fonte humana "narre" o seu conhecimento pressupõe a construção, de modo cronológico e hierarquizado, da sucessão de fatos relativos ao evento. A questão é que a testemunha, diante do conjunto de fatos, atribuiu "sentido". Por isso, ainda que o **relato livre** seja o mais rico e evite sugestões de quem indaga, a capacidade de "escuta" dos agentes

processuais é condição de possibilidade para que possa diferenciar o que é "sinal" (fatos) do que é "ruído" (inferências subjetivas). Sem isso, as percepções subjetivas são sobrepostas às objetivas, muitas vezes operando por meio da **Dissonância Cognitiva**. A prévia instrução à testemunha de sua função poderia mitigar os excessos narrativos, na maioria dos casos, de boa-fé. O desafio é o de estabelecermos metodologias adequadas à obtenção de testemunho baseado em evidências;

4) Credibilidade e Fiabilidade: A atribuição de "peso" à prova testemunhal depende de fatores vinculados à fonte humana e ao discurso emitido, em que se avaliam os critérios de: **a) credibilidade da fonte** (aspectos vinculados à pessoa que emite o discurso, em que heurísticas e vieses operam); **b) fiabilidade do conteúdo** (coerência e consistência do "discurso sobre os fatos"; credibilidade da fonte e confiabilidade da versão);

"São eles: 1) a credibilidade do depoente; 2) a confiabilidade da versão; 3) o filtro de falsas memórias; 4) o modo de coleta dos depoimentos; 5) o modo de realização do reconhecimento de pessoas e (in) existência dos fatores que minimizam sua precisão; 6) a ineficácia da repetição do reconhecimento de pessoas; 7) a excepcionalidade do hearsay statement; 8) a existência de um contraditório efetivo na produção da prova". **Lara Teles Fernandes**

5) Quem Diz e Quem Escuta: A eficácia do conteúdo do depoimento depende dos critérios de **credibilidade** e **fiabilidade**, ou seja, depende tanto da performance da fonte humana, quanto da capacidade de compreensão dos receptores do discurso (que podem não capturar o sentido atribuído). Será preciso inventariar os indicadores objetivos e subjetivos dos envolvidos (fontes e agentes), porque a eficácia da "mensagem" (o conteúdo emitido) vincula-se à capacidade de "entendimento" tanto de quem diz, como de quem escuta;

"Como consequência dessa analise interdisciplinar, conclui-se que as restrições da cognição humana que importam ao processo penal ramificam-se em duas: as limitações da testemunha, que podem consistir em falhas de percepção, armazenamento ou linguagem, – cuja descrição sobre determinado evento terá, irremediavelmente, como barreira a intermediação dos seus sentidos e dos seus aspectos linguísticos – e as limitações dos julgadores, principalmente, no que diz respeito a sua suscetibilidade a vieses cognitivos, que podem macular a decisão judicial de estereótipos, preconceitos implícitos, à revelia da prova constante nos autos. O alerta dirige-se também aos membros do Ministério Público, que devem ter cautela com o viés de confirmação, e abandonar posturas como a de coletar, preferencialmente, informações ramificadoras da culpabilidade de um suspeito, atribuindo maior peso a provas que confirmem essa hipótese, em detrimento de outras evidências fortes em contrário as que rebateriam essa tese de culpa". **Lara Teles Fernandes**

6) Identificar o Viés do Julgador: No caso de o julgador levar a sério a **Presunção de Inocência**, a tendência estratégica é a da acusação jogar na ofensiva e a defesa guardar posição de inércia, defendendo a fortaleza da condição inicial de inocência, salvo se tiver que comprovar o álibi. Mas isso se altera completamente se o julgador tiver o viés condenatório, em que a defesa precisará operar na ofensiva (não pode esperar milagres);

7) Gerenciar as Emoções (dos agentes e das fontes): Assumimos a premissa de que fatores emocionais podem comparecer no decorrer da instrução (vide item 6.9). O que os envolvidos sentem, em potência, pode alterar o modo como a fonte humana "presta" e como os agentes processuais "compreendem" o "discurso sobre os fatos". As **emoções básicas** são: **a)** alegria; **b)** tristeza, **c)** raiva; **d)** nojo; **e)** medo; e, **f)** surpresa. Se a interação processual, ainda que por audiências online, promove o contato (e o estranhamento) com os demais envolvidos, os estados emocionais podem ser identificados, estimando-se o efeito no complexo mecanismo de atribuição de sentido avivado *no* e *pelo* processo (às vezes *kafikiano*);

Emoção	Causa	Efeito
Felicidade	Contentamento e/ou Satisfação	Alegria e/ou Amor
Medo	Ameaça e/ou Ansiedade	Vergonha e/ou ciúme e/ou Inveja
Raiva	Irritação e/ou Frustração	Fúria e/ou Desprezo
Tristeza	Decepção e/ou Prostração	Luta e/ou Angústia

8) Contingência e Emoções: Acordamos felizes/tristes pela noite bem/mal dormida, o café da manhã tranquilo/agitado, o trânsito bom/ruim, as poucas/muitas pendências, a pequena/longa pauta de audiências, os demais agentes processuais legais/chatos, casos desafiantes/banais, enfim, todas essas variáveis podem, em potência, alterar o nosso humor sem que possamos dominar conscientemente a maneira como nos influenciam (**efeito borboleta**). As emoções irrompem em processos fisiológicos (químico-biológicos) e não decorrem, necessariamente, de acontecimentos da vida, já que podem advir de recordações, de fatos pretéritos, de evocações de casos similares, da experiência prazerosa ou ruim com os demais agentes processuais. A ordem das audiências, o fato de (não) ter havido discussões na audiência anterior, (nem) uma ligação dx parceirx, do colégio das crianças, da gerência do banco, enfim, qualquer ato da vida pode gerar impacto na disponibilidade cognitiva. Dar-se conta de que a **emoção** altera as condições de ser compreendido e de se fazer compreender é um ganho estratégico (apura-se a condição de **jogabilidade)**;

9) Leitura do Cenário: Avaliamos os comportamentos durante todo o processo. A questão é analisar o cenário de modo realista (se possível, com metodologia), evitando os riscos do viés otimista. Do contrário, o "viés confirmatório" (valorizar só o que nos é conveniente) impede a identificação de erros e de "ajustes" estratégicos. A ilusão de controle cognitivo pressupõe atitude cética. O **otimismo** injustificado, subestimando a **incerteza**, são dois ingredientes nefastos porque levam à percepção seletiva (**excesso de confiança**). *António Damásio* aponta a "teoria dos marcadores somáticos" pelos quais podemos avaliar os estímulos do ambiente para nos preparar para ações reativas, monitorando a linguagem verbal e não verbal dos agentes que interagem, nos auxiliando a compreender e nos situar nas relações cambiantes do jogo processual;

"Pero el exceso de confianza es el riesgo profesional de todo juez pues no hace falta ser autoritario para sentir satisfacción a partir del hecho de creer que se está en lo cierto; es un rasgo humano generalizado. El exceso de confianza está relacionado, de un lado, con la posesión de preconcepciones, que, especialmente cuando son inconscientes, generan una sensación de que uno está en lo cierto, incluso cuando las pruebas recogidas en la investigación son débiles y, de otro, con una tendencia a interpretar las pruebas como confirmatorias de los a priori [priors] de quien está llevando a cabo la investigación. [...] Estamos predispuestos a tener una confianza extrema en lo fundamentadas y coherentes que son nuestras creencias aun cuando no podamos defenderlas. Parafraseando la crítica que una de sus pérfidas hijas hizo al rey Lear, la mayoría de los jueces apenas han tenido mas que un remoto conocimiento de sí mismos. Es improbable que eso cambie". **Richard Posner**

10) Inteligência e Emoção: Se o contexto indicar a prevalência de questões emocionais (do caso ou do impacto das fontes humanas, p.ex. depoimento da vítima), a abordagem somente racional pode ser ineficaz.

"No artigo que escreveu para o Jornal da ABA, ela conta o que aprendeu em seus 12 anos de promotora, com ativa atuação no Tribunal do Júri. Cada sala de julgamento é um palco. Os jurados, no Tribunal do Júri, observam o tempo todo o desempenho do advogado e do promotor. Ambos são personagens que interpretam um papel, mesmo quando não estão dizendo nada. 'Essa audiência [o corpo de jurados] observa você desde o momento que tomam seu assento, antes mesmo de você dizer qualquer coisa. Afinal, eles não têm nada para fazer. Não podem checar seus smartphones, não podem conversar com os colegas e nem se levantar do banco. Seu único entretenimento é você', ela diz. Assim, os jurados vão notar tudo o que as pessoas no 'palco' (advogado, promotor, escrivão, réu etc.) fazem e começam a tirar algumas conclusões sobre elas. Geralmente, esses personagens acham que, se mantiverem uma expressão neutra, será o suficiente. Mas é preciso tomar cuidado com isso. A expressão neutra de uma pessoa pode sugerir mau humor, irritação, preocupação etc. Muitas vezes, é preciso um certo treino para se chegar a uma expressão facial apropriada – uma coisa que se pode fazer, por exemplo, diante de um espelho. A expressão apropriada, no caso, é a da personagem digna de confiança, tranquila e amigável. 'Se os jurados acharem que você é uma pessoa desagradável, terão dificuldades em confiar em você', diz Allison Leotta. Sorrisos dizem muita coisa. Advogados e promotores bem treinados mantém, deliberadamente, um pequeno sorriso no rosto. Mais uma vez, o espelho será útil para treinamento. Sorrisos podem ter vários graus. Um sorriso mínimo, sutil, que expressa calma, tranquilidade; um sorriso um pouco mais aberto, que expressa aprovação; um sorriso ainda um pouco mais aberto, que expressa uma reação – talvez diante de um episódio negativo; ou um sorriso mais largo, que pode ser uma expressão de satisfação ou de amabilidade". **João Ozório Melo**

"No tribunal, observo constantemente os jurados, as testemunhas, os advogados, os espectadores, até o juiz, procurando qualquer pista de como estão respondendo ao caso e às pessoas que o apresentam. Ouço cuidadosamente as palavras que são ditas, e o modo como são ditas. Dou atenção à maneira como as pessoas respiram, suspiram, tamborilam os dedos, mexem os pés, ou mudam de posição na cadeira. Quando os jurados entram, sinto qualquer cheiro incomum – perfume forte, odor corporal, cheiro de remédio. Quando aperto a mão de alguém, percebo a sensação deste aperto de mãos. Eu uso todos os meus sentidos, o tempo todo". **Jo-Ellan Dimitrius e Mark Mazzarella**

"Ninguém gosta de ser atacado ou criticado. Com frequência respondemos reforçando nossas defesas como se fôssemos um forte sitiado. Vemos tudo vermelho e deixamos de ouvir. Perdemos a objetividade, e, junto com ela, a nossa capacidade de julgar." **Jo-Ellan Dimitrius e Mark Mazzarella**

"A altercação não é amiga da lógica e, muitas vezes, representa o pior tipo de argumento. Nela, a meta de cada argumentador é atacar ou 'atingir' o oponente a qualquer custo, usando quaisquer meios, sejam ele razoáveis e justos ou não. Assim, a altercação é caracterizada pelo falacioso ataque ad hominem (ataque contra a pessoa e não contra o argumento) e por argumentos emocionais que não seriam considerados pertinentes por padrões mais razoáveis. [...] Quando um argumento desce ao nível da altercação, geralmente se encontra em grande dificuldade". **Douglas Walton**

O monitoramento dos marcadores de referência dos critérios relevantes à obtenção da meta definida em cada depoimento e do conjunto da prova, constantes de **Plano de Ação** singularizado, autoriza decisões baseadas em evidências (não somente intuitivas). O **ajuste** tático, ao longo da audiência, adequando-se ao rumo em que o "discurso sobre os fatos" se consolidou, confere coordenadas de ação precisas e acuradas. O **Plano de Ação** precisa, ademais, ser factível (realista);

11) Monitorar as Emoções Durante os Depoimentos: O domínio de como "funcionam" as nossas emoções e a dos demais agentes processuais (e testemunhas etc.) pode fazer a diferença no momento da audiência. O relato da vítima de crimes violentos promove, muitas vezes, descargas de adrenalina e outras substâncias, que alteram o sentido da percepção. Em face da audiência, então, poderemos ter alterações fisiológicas (batimento cardíaco, suor, manifestações motoras), implicações na linguagem corporal, nos colocar no lugar da vítima, agressor (projeção), recordar de memórias associadas ao evento narrado, julgando em seguida o efeito positivo/negativo do evento linguístico em nossa capacidade de percepção e sentido emprestado (incidência das heurísticas e vieses; **Dissonância Cognitiva**);

12) Altercações (perder a paciência): Contar até 10 (dez) é o conselho dos mais experientes. Ao mesmo tempo em que se conta (1, 2, 3...), deve-se buscar monitorar o jogo e avaliar a importância/peso das declarações, não levando as táticas do adversário como afronta pessoal e sim como desafio estratégico, quem sabe ganhando tempo com perguntas laterais, folheando as anotações, enquanto reanalisa a tática programada ou, se for o caso, ajustar ao novo contexto. Mas nem sempre conseguiremos adotar a tática mais adequada, exigindo que tenhamos trabalho emocional de **atuação superficial** (*surface acting*), sem, todavia, parecermos cínicos e/ou hipócritas. Um acesso de raiva, de ira, por mais que nos mova naquele momento, pode ter consequências nefastas e, portanto, a capacidade de interferir na própria situação emocional pode fazer a diferença. Os agentes processuais não usarão – em regra, salvo no Plenário do Júri – táticas de **desestabilização pessoal.** Mas se acontecer e não estivermos aptos a adotar a melhor resposta adequada ao contexto, porque subestimamos a ocorrência, cairemos na armadilha. O revide ou a saída inteligente (às vezes espirituosa) dependem dos fatores da interação. Não se programar e "travar" é sintoma de amadorismo. Em todas as hipóteses, devemos nos responsabilizar pelos nossos comportamentos (***accountability***). Tudo bem, não é simples. Mas quem disse que a interação humana é simples, promove o autoengano, por ingenuidade ou excesso de autoconfiança;

13) Sinalizadores (objetivos e subjetivos): Em ambiente de **incerteza**, a depender do **enquadramento cognitivo** do agente processual, a corroboração das Hipóteses pode se valer de **sinalizadores** objetivos (sobre os fatos) ou **subjetivos** (sobre a fonte). A distinção é importante porque nos autoriza a decompor a estratégia em face da identificação

prévia dos pontos fortes e fracos da fonte humana, decompostos em: **a) objetivos**: discurso sobre os fatos (coerência e consistência); e, **b) subjetivos**: credibilidade e fiabilidade constitutivos da pessoa (qualificação, referências, posição, interesse, histórico etc.). A lógica é a mesma das decisões em **contexto** de **incerteza** e de **risco** como ocorre nos contratos de "Seguro", em que o **Risco Moral** e a **Seleção Adversa** podem operar de modo ineficiente. Nos contratos de seguro, a empresa seguradora precisa estimar os riscos de o segurado se envolver em eventos danosos e aleatórios, em que o perfil é construído por meio de indicadores objetivos e subjetivos, capazes de autorizar inferências sobre o grau de risco de, no decorrer do contrato, a seguradora ser chamada a responder pelos danos causados pelo segurado. O modelo de avaliação de risco também utilizado pelos sistemas de "reincidência" (EUA, COMPAS - Perfis de Gerenciamento Correcional de Delinquentes para Sanções Alternativas – e LSI-R, dentre outros, criticados oportunamente);

"Nas relações de seguro, o risco se apresenta como uma potencialidade danosa, lícita e aleatória que preexiste à contratação e ameaça um interesse legítimo – 'relativo a pessoa ou a coisa' – do segurado. Após a contratação, o segurador passa a assumir as consequências econômicas da materialização do risco que aflige o segurado – já não o risco extracontratual, mas um risco contratualmente delimitado, por exemplo, de forma temporal, causal e espacial. Importa, nesse sentido, que o segurador esteja apto a averiguar a probabilidade de magnitude dessa materialização". **Thiago Junqueira**

14) Risco Moral (*Moral Hazard*) é a denominação da possibilidade de um agente mudar o seu comportamento em face do **contexto**, vinculada à questão da **informação assimétrica**, em que uma das partes possui informação em maior quantidade e/ou qualidade. Verifica-se nas relações **principal-agente**, diante da dificuldade de monitoramento sobre a conformidade de todos os comportamentos do **agente** (mandatário) pelo **principal** (mandante), isto é, o **agente** se comporta pelos critérios e preferências pessoais e não observa os do principal. Nos contratos de seguro, a seguradora também não consegue monitorar os segurados durante todo o tempo. Mitiga-se o **Risco Moral** por meio de sinalizações que reduzem a **assimetria de informação** (referências pessoais, avaliação de currículo, *due diligence*, reputação ou mecanismos de controle: GPS e sistemas de segurança). Os sinalizadores servem de orientação à assunção de riscos, a depender do perfil do agente. Diante da ausência de informações sobre a "credibilidade" da fonte humana, operam "regras de segunda ordem" (heurísticas), em que agentes públicos, pessoas com reputação ou conhecidas, p.ex., recebem maior *score* de credibilidade *a priori* ;

"De fato, se a instrução do magistrado se faz mediante as provas, o contato imediato deste com as respectivas fontes se impõe. Da testemunha é capaz de captar a postura, a inflexão, as expressões, para além do conteúdo da fala". **Fábio André Guaragni e Rodrigo Régnier Chemim Guimarães**

"Há um conjunto de mudanças psicológicas internas que também produzem sinais, visíveis ou audíveis, do que está acontecendo. Robert Levenson e eu estudamos algumas das mudanças do sistema nervoso autônomo (SNA) que ocorrem durante a emoção, como a transpiração, que, às vezes, podemos ver ou sentir o cheiro; a respiração, que pode ser ouvida; e a atividade cardíaca e a temperatura da pele, que são invisíveis. Nossa descoberta de diversos padrões de atividade do SNA para cada uma das emoções pesquisadas também confirma o que descrevi antes como ações predefinidas. Na raiva e no medo, por exemplo, o batimento cardíaco aumenta, preparando a pessoa para o movimento. Na raiva, o fluxo sanguíneo corre para as mãos, aquecendo-as e preparando-as para dar o golpe ou para lutar de alguma forma contra o objeto de raiva. No medo, o fluxo sanguíneo é conduzido para as pernas, deixando as mãos mais frias e preparando os músculos da perna para a fuga. A transpiração aumenta com o medo e a raiva de acordo com a intensidade. A respiração, por sua vez, torna-se mais intensa com o medo, a raiva e a angústia, e se diferencia do suspiro de quando ficamos aliviados. A ruborização é outro sinal visível". **Paul Ekman**

15) Os Detalhes que Sinalizam: A repressão do ambiente judicial também pode gerar discursos incompatíveis com a linguagem corporal e, não necessariamente, o descompasso é sinal de ausência de credibilidade. A cegueira para a linguagem corporal é tática dominada**.** A resposta imediata do rosto do julgador, do acusador, do defensor, do jurado às declarações, um sorriso de canto de boca, um suspiro, enfim, as manifestações não veiculadas em palavras (*tells*), podem ser o fator diferenciado na apreensão de sentido, até porque muito da credibilidade se realiza por mecanismos silenciosos da cognição. As mudanças do jogo processual exigem dos agentes novas competências, habilidades e ferramentas de abordagem, diferente da visão imaginária do mundo das normas jurídicas. Abre-se espaço para a interação humana**.** Os

atributos pessoais e as (im)possibilidades de interação humana serão decisivos no jogo processual, justamente porque não se trata somente de aplicação formal de normas jurídicas. O espaço de atribuição de sentido pode ser ocupado/povoado por fatores diferenciados, sequer pensados formalmente. O **detalhe** pode ser o fator decisivo da tomada de decisão. O impacto humano do corpo e das expressões corporais dos jogadores e intervenientes (testemunhas, informantes, acusados, estagiários, peritos etc.) precisa ser vasculhado. A compreensão da linguagem corporal sempre pode ser apreendida e desenvolvida (quem não domina, perde oportunidades preciosas);

"O Efeito Halo, portanto, corresponde, grosso modo, a essa tendência humana de se pressupor conhecimentos específicos intangíveis a partir de outros gerais e mais tangíveis" [...] Ao se considerar factível, para dizer o mínimo, a hipótese do Efeito Halo, igualmente factível, por exemplo, que na ausência de provas concretas a embasar um juízo afirmativo de responsabilização criminal de determinada pessoa que se "intui" seja autora do fato criminoso, se recorra a seus antecedentes (tangíveis) para se conformar mentalmente essa hipótese; que na ausência de segurança sobre a credibilidade de declarações prestadas em determinado processo, se suponha a veracidade ou não, a partir da postura comportamental do declarante (nervosismo, calma, etc.); que na ausência de compreensão sobre o que constitui um comportamento suspeito para fins de uma abordagem policial, utilize-se como critério (absurdo, mas comum em uma sociedade racista) a cor da pele ou vestes; que na ausência de indícios suficientes acerca da participação de determinada pessoa em um caso investigado, leve-se em consideração sua posição social; entre tantos outros exemplos a denunciar a falibilidade do sistema de justiça criminal. Lembre-se: a correlação é o de menos e o fenômeno é involuntário, inerente à condição humana". **Ruiz Ritter e Alexandre Morais da Rosa**

16) Efeito Halo (primeira impressão): Diante do contexto de informação escassa e da necessidade de tomarmos decisões sobre a confiança e/ou a credibilidade *a priori* sobre os demais agentes e fontes humanas, nos valemos de conhecimentos tangíveis, deduzindo, na maioria dos casos sem correlação válida, consequências tangíveis. Faremos uma leitura específica do Efeito Halo. A interação humana exige que tomemos decisões imediatas, mesmo sem informação qualificada sobre os atributos das pessoas e coisas, razão pela qual surgem padrões **heurísticos** baseados em nossas experiências anteriores, formadas a partir de crenças, ideias, e estereótipos pessoais ou sociais;

"Formamos uma impressão de outra pessoa, mesmo a partir da rápida observação ou ao ouvir alguém descrever algumas de suas características. Nossas impressões são verbalizadas através de alguns nomes de traços – por exemplo, hostil, amistoso, agressivo, cooperador. Tais impressões são imediatas; não temos consciência de inferências. São significativas e organizadas; estamos cientes de uma pessoa que possui um conjunto coerente de traços. Conhecemos a pessoa na medida em que estamos cientes de seus traços e estamos preparados para predizer outros traços ou tendências de comportamento que ainda não observamos. Embora singular, esse indivíduo tem algumas combinações de qualidades de outros indivíduos que conhecemos". **Albert Hastorf, David J. Schneider e Judith Polefka**

17) Indicadores: No efeito halo operam mecanismos atávicos de mensuração do risco (a pessoa é inofensiva, neutra ou perigosa), passando pelos fatores estéticos e de atratividade física (bonito, neutro, feio; bem vestido, neutro, malvestido; uniformizado, roupas comuns, munido de distintivos etc.), até inconscientes (não se sabe o motivo pelo qual o outro gera uma postura negativa, neutra, positiva). A decisão sobre a confiança atribuída aos demais agentes processuais e testemunhas passa pelo efeito (positivo, neutro ou negativo) da primeira impressão. Em interações repetidas, haverá a memória dos jogos anteriores, estabelecendo-se o **estoque** de informações diretas, com a tendência de incidência futura. De outro lado, poderemos receber **sinalizações indiretas** (de colegas, familiares, imprensa, documentos, assessores e principalmente de estagiários) sobre os atributos das pessoas que irão interagir conosco (avisos para se 'tomar cuidado', 'confiar', 'duvidar', enfim, uma gama de assertivas em relação ao que poderemos esperar das demais pessoas). Esse modo de interação humana, assim, participa dos jogos processuais. Quantas vezes, contudo, nossa primeira impressão (dada por terceiros ou própria), é contraditada por novas informações? A depender das fontes da informação indireta, teremos mais ou menos dificuldades de modificação das premissas *a priori*, justamente porque 'tendo tudo em conta' (TTC), poderemos derrotar a primeira impressão. O trabalho de destruir uma primeira impressão é algo que deve compor as táticas em cada momento processual**.** Levar o mecanismo da interação a sério é jogar profissionalmente, já que o amador deixará isso de lado e, portanto, será surpreendido. Quantas vezes olhamos uma pessoa entrar na sala de

"Pode-se obter informações acerca de uma pessoa de forma direta ou indireta. Na primeira, com o contato, observa-se o comportamento, na segunda, trata-se daquilo que se ouve dizer. A partir dessa primeira impressão, construída por pequenos indícios de comportamento, costuma-se generalizar e fazer afirmações convictas sobre diversos atributos, ainda que sem nenhum fato que as comprove, e chegar a uma conclusão. O que ocorre é o chamado efeito halo, que é a formação de uma conclusão rápida e instintiva sobre a pessoa (seu caráter, sua índole, seus defeitos), a partir da primeira observação. Esta formação consiste num processo organizacional, no qual integra-se toda, geralmente pouca, informação obtida em uma categoria significativa (bom/mau, gostar/não gostar, competente/incompetente). Após essa avaliação inicial, em que o observado já passou a fazer parte de uma categoria conhecida do observador, cria-se uma situação de conforto que permite a este fazer diversas inferências 'óbvias' a respeito daquele, ainda que sem nenhuma informação adicional, com a utilização apenas das estruturas cognitivas que já possui (representações de estereótipos, comportamentos, situações sociais) a fim de tornar aquela percepção completa e coerente". **Ariane Hamann**

audiências e temos a impressão de confiança/desconfiança, credibilidade/incredulidade, bonita/feia, chique/brega, dentre outros pares, sem que sequer tenhamos tempo de reflexão (simplesmente acontece). A primeira impressão acontece por fatores os mais estranhos e imponderáveis na sua totalidade. O que poderia ser uma mera opinião pessoal em ambientes privados, no contexto de processos judiciais ganha contornos complexos (às vezes trágicos), porque a vida e a liberdade do acusado estão em jogo;

18) A contaminação Cognitiva: As propagandas de televisão associam personalidades vencedoras com suas marcas, justamente para fazer operar o sucesso do "garoto(a) propaganda" em seu favor. Os julgamentos estéticos (feio/bonito) com a extensão de qualidades positivas/negativas (inteligência, credibilidade etc.), sem maiores apurações, acontecem na sala de audiência. O efeito da observação altera a atribuição de qualidades da fonte humana, do acusado, configurando poderoso mecanismo cognitivo (queiramos ou não). Os cuidados com a roupa, expressão facial, o cabelo, o modo como se portam na audiência, passam a compor o ato judicial**.** Por exemplo (estamos descrevendo a média, não necessariamente o leitor; nem concordamos): quando um advogado chega para a audiência bem-sucedido, bem vestido ou um membro do Ministério Público nas mesmas circunstâncias, o efeito estético é diverso de agente malvestido, malsucedido e com má reputação, assim como um agente 'bonito' ou 'feio' (julgamento estético é subjetivo). O efeito no julgador é o de ajustar o comportamento. Os mais racionais irão dizer que isso é absurdo, no que concordamos. Só o que nas interações nem sempre os critérios são puramente racionais. Daí a distinção operada por *Daniel Kahneman* entre os dois Sistemas (S1 e S2), sendo que a maioria das informações/impressões que serão levadas em conta no momento da decisão não são de domínio racional, mas do S1. Talvez o trabalho seja o de buscar mecanismos para mitigar esse efeito halo, das impressões, especialmente no processo penal em que há liberdade e vidas em jogo. No filme *As Duas Faces de um crime*, de *Gregory Hoblit* (1996), o advogado cuida meticulosamente da aparência e do modo como o acusado irá responder às questões formuladas, dado o impacto que a estética e postura podem gerar nos julgadores (a ficção é baseada em comportamentos reais, no caso);

19) Preconceitos Operam: Operam no **efeito halo** os estereótipos, os preconceitos, a subjetividade do agente comparece no processo de atribuição de credibilidade *a priori*, também pelo detalhe. A simpatia ou antipatia, ocasionados no decorrer da instrução processual, podem gerar expectativas de comportamento e decisórias. E isso é um erro de avaliação, sustentado pelo Sistema 1. Muitas vezes a primeira impressão, tanto positiva como negativa, acaba se estendendo aos atos processuais. Se o acusado aparenta ser *honesto* pode implicar uma série de adjetivos positivos, enquanto a impressão *desonesta,* negativos. Lembre-se de que nem todas as informações se dão pelo nível da consciência. Logo, o operador do **efeito halo** deve ser levado a sério e compor as táticas

"O processo de formação de impressões é analisado em três abordagens, a gestáltica ou configuracional, a abordagem da integração da informação e a abordagem baseada na memória. De acordo com a primeira, o observador analisa os elementos informacionais como um todo, não separadamente, ainda que para isso precise reinterpretá-los. Por exemplo, se percebe numa pessoa as características, divertido, inteligente e egoísta, conclui que a última não combina com as primeiras, assim, a fim de ter uma definição daquela personalidade como um todo, se positiva ou negativa, reinterpreta ou simplesmente ignora o egoísmo. Já para a segunda, ao contrário, cada elemento informacional é valorado separadamente (entre positivos e negativos) e a impressão é o resultado final deste 'cálculo', que será também positivo ou negativo. Exemplificando, ao conhecer uma pessoa generosa, amigável e invejosa, calcula-se que ela tem duas características positivas e uma negativa, a impressão final será, portanto, positiva. É a terceira abordagem, baseada na memória de pessoas, que será adotada neste trabalho. Segundo essa, a formação de impressão depende da análise das informações, sob a luz dos conhecimentos e informações anteriores (memórias). Nesta abordagem foram propostos diversos modelos explicativos, dentre eles, destacam-se aqueles propostos por Srull e Wyer, Brewer, e Fiske e colaboradores". **Ariane Hamann**

"Dentre os elementos não verbais que influenciam a formação de impressões, salientam-se a cor da pele, a atractividade do rosto e do corpo, a expressão facial, o contacto através do olhar, o modo de andar, a postura corporal, a ocupação do território, o tom de voz, o odor corporal e o contacto táctil. Por exemplo, enquanto a 'cor da pele' leva, geralmente, à activação de estereótipos sociais, atribuindo à pessoa uma série de características relativas ao grupo em que é categorizada, já a 'atractividade física' desencadeia, habitualmente, uma impressão positiva acerca da pessoa". **Jorge Vala e Maria Benedicta Monteiro**

"A atratividade pela beleza decorre de um estereótipo segundo o qual 'o belo é bom'. De acordo com esse estereótipo, o traço da beleza física é diretamente conectado a traços positivos de personalidade, isto é, quando se vê uma pessoa 'bonita', logo se imagina que ela seja bem sucedida pessoal e profissionalmente, tenha um bom emprego ou capacidade para conseguir um, seja feliz, etc. Assim, em várias situações essas pessoas são beneficiadas pelo simples fato de estrem dentro do padrão de beleza imposto, por exemplo, os alunos mais bonitos recebem mais atenção dos professores, os réus mais complacência dos julgadores e os profissionais mais crédito de seus entrevistadores". **Ariane Hamann**

dos jogadores. Isso porque há o 'efeito de ordem', entendido como a contaminação da cadeia de impressões pela primeira, na forma de arrastamento dos sentidos. O traço identificado na primeira impressão (confiável/não confiável, por exemplo) implica que as demais impressões sejam vinculadas à primeira, com a tendência de rejeição da dissonância em face da desvalorização das inconsistências, atribuindo-se como exceção e, de outra face, diminuindo-se a atenção, dado já ter se formado a impressão. O **efeito halo**, assim, pode tomar a impressão inicial como representante da totalidade (**heurística da representatividade**) e acionar o viés de deduzir as consequências das primeiras impressões, em geral, vinculadas à aparência, contexto social, vestimenta, enfim, ao paraíso incontrolável dos critérios subjetivos;

"Caso a pessoa-alvo seja realmente interessante ou relevante, segue-se para as demais etapas: atenção (à informação disponível), confirmação da categorização inicial (aqui, após analisar mais atentamente a pessoa-alvo, conclui-se pela consistência ou não da impressão inicial), caso a categorização se confirme, o processo termina, em caso negativo, passa-se a próxima etapa, a recategorização (o nome é autoexplicativo – como a pessoa não se encaixou na categoria anterior, torna-se necessária uma nova, que se encaixe aos atributos particulares daquela). A última etapa apenas ocorre caso as anteriores não tenham sido bem sucedidas, e ainda assim, caso o percepcionador tenha tempo, recursos e motivação para prosseguir na compreensão da pessoa-alvo, trata-se da integração peça a peça (refere-se à análise de cada atributo da pessoa-alvo, integrando-os para chegar a uma conclusão)". **Ariane Hamann**

20) Julgador e Efeito Halo: Opera em relação a todos os agentes que interagem no processo (acusação, defesa, acusado, testemunhas, informantes etc.). O julgador está acostumado a julgar, faz parte de sua função, fazendo com que o **excesso de confiança** possa se instaurar diante da multiplicidade de decisões que precisa tomar. Não se trata somente do dispositivo da decisão (condenar/absolver), e sim a cadeia infinita de decisões que precisa tomar no trajeto processual, principalmente na audiência de instrução e julgamento. A fixação de uma primeira impressão demanda esforço cognitivo para superação e modificação, razão pela qual se deve estar atento no decorrer do processo, inclusive para lançarmos ações de contingenciamento. O que está em questão é a credibilidade da fonte probatória e as armadilhas da cognição. O trabalho de destruir uma primeira impressão é algo que deve compor as estratégias em cada momento processual;

"Fica claro, portanto, que durante as audiências no processo penal em que haverá pessoas em posição de julgadores e outros sendo julgados, literalmente, ninguém estará imune. Os réus, advogados, membros do Ministério Público, vitimas, testemunhas, que estarão lá para cumprir seus papéis no Processo Penal, não serão avaliados apenas pelo que dizem, mas por sua cor, sua beleza, seu comportamento, seu status social". **Ariane Hamann**

21) Indicadores Não Verbais: O fator não verbal, em especial a Linguagem Corporal, constitui-se como poderoso mecanismo de atribuição de credibilidade**.** Por mais que não exista um receituário, dominar as categorias básicas da interação não verbal será importante para obtenção de melhor desempenho. Em geral, as fontes humanas são depoentes eventuais, sem experiência, embora se possa enfrentar um mentiroso profissional. De qualquer forma, deve-se observar quem está sentado em seus detalhes. Somente assim se poderá lançar mão das pistas (*tells*) não verbais capazes de alterar o sentido do julgamento, principalmente em face da exatidão e credibilidade da fonte humana;

"Mentirosos habituais e profissionais, são difíceis de serem percebidos apenas pela linguagem corporal. O mentiroso habitual está tão acostumado a mentir que pode não se importar ou nem se dar totalmente conta de que está mentindo e assim ele normalmente não o demonstra. O mentiroso profissional ensaia suas mentiras tão bem que seu comportamento demonstra pouca coisa". **Jo-Ellan Dimitrius e Mark Mazzarella**

"Segundo Jo-Ellan e Mark deve-se observar as seguintes espécies de narradores: i) pessoa elástica; ii) pessoa que ensaiou a fala; iii) o mentiroso; iv) pessoa com pensamento ilusório; v) doente mental; vi) pessoa com influência de drogas ou álcool; vii) pessoa influenciada por sua cultura e/ou religião". **Priscila de Oliveira Margraf e Alencar Frederico Margraf**

TJDF, APC 20120111999333-5 (Des. Mario Machado): "O prejuízo é evidente porque o princípio da identidade física do juiz é uma garantia processual penal, pois permite que a sentença seja proferida pelo magistrado que teve contato imediato com toda a prova, não se limitando à análise apenas das palavras empregadas ou ao teor das respostas, mas também a uma série de outros códigos, tais como a linguagem corporal, a entonação de voz, as pausas, a força do olhar, entre outros, que podem influenciar na convicção do magistrado. Assim, acolho a preliminar para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para que outra seja proferida pelo MM. Juiz que presidiu a instrução".

22) Vestimenta (*Dress Code*): A **vestimenta** (comum ou farda) altera a categoria visual. Criamos categorias para classificar as pessoas. O impacto da vestimenta, da apresentação pessoal, na contaminação de credibilidade e a exposição do corpo joga com o Esquema Decisório dos agentes processuais, dada a primeira impressão (que fica). Não é possível usar uma roupa dissociada do efeito que se deseja produzir. Ou alguém orienta a testemunha a ir de camisa rasgada, de time de futebol, de biquíni? O contexto exige uma formalidade que se inclua no imaginário dos juristas. Uma das táticas dominantes para gerar credibilidade é

mandar colocar a roupa de domingo (da missa) e se arrumar, dado o **efeito halo**. Enfim, com que roupa... com que roupa... eu vou... para a audiência que o juiz intimou... Ademais, a força da profissão pode gerar impactos (positivos e/ou negativos), como é o caso de policiais, bombeiros, médicos, advogados, etc., que usam suas roupas de trabalho justamente para agregar o poder simbólico de suas insígnias ao conteúdo do depoimento, em face da contaminação que proporciona na cognição humana. Por isso se fala em alguns lugares sobre a necessidade de se proibir que os agentes públicos usem as fardas, uniformes e roupas de trabalho estatal como fonte de *doping* processual, pelo efeito credibilidade que sugerem;

"Até que enfim os tribunais começaram a se dar conta de que a primeira impressão gera enorme efeito nas relações humanas e anulou julgamento em que o acusado, na sessão do júri, permaneceu com as roupas de presidiário. O desembargador Josemar Lopes Santos, no julgamento da Apelação 0001188-72.2012.8.10.0060, do TJMA, consignou: 'A submissão do acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri popular utilizando vestes de interno do sistema penitenciário, em contraposição à irresignação da defesa técnica quanto a referido fato, leva à anulação da sentença e do respectivo ato processual, diante da clara violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da vedação ao tratamento desumano ou degradante e da vedação a direitos fundamentais, posto que tal ocorrência gerou desnecessária estigmatização prévia do apelante perante o Conselho de Sentença, a denotar clara infração à garantia da paridade de armas no processo penal; III. 1° Apelo prejudicado. 2° Apelo conhecido e provido'."
Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa

"Nada diferente, note-se, do que se viu na teoria, tanto sob o ponto de vista da dissonância cognitiva (dissonância pós-primeira impressão), quanto sob o prisma da percepção social de pessoas, mais especificamente no que se refere ao chamado efeito primazia. Afinal, reitera-se, se após a obtenção de uma cognição inicial (primeira impressão) sobre alguém, a tendência do indivíduo é de preservá-la (efeito primazia), evitando-se o rompimento do seu estado de consonância cognitiva, sempre que esta for questionada, sobrevirão processos involuntários (desvalorização das cognições dissonantes e a adição de novas cognições consonantes à cognição existente, ou, nos termos de Schünemann, efeito perseverança e busca seletiva de informações) e técnicas específicas (percepção errônea, invalidação e esquecimento seletivo), destinados a ratificá-la, exatamente o que apontam os resultados da pesquisa empírica realizada".
Ruiz Ritter

23) Testemunha Habitual e Eventual: É importante diferenciar o padrão do depoimento entre a testemunha **eventual** e a **habitual**. Enquanto a testemunha eventual se refere a evento raro e pessoal, a habitual relata acontecimento rotineiro e impessoal (própria de sua atividade ou função). Os acontecimentos pessoais que afetaram de modo significativo as nossas vidas são recordados com maior carga emocional. Embora sejamos capazes de lembrar, talvez com detalhes, o menu do primeiro aniversário de um filho, não temos a mesma lembrança do cardápio de outros aniversários de um ano em que tenhamos ido, nem mesmo do que comemos na quarta-feira da semana passada, salvo se também tenha sido um dia significativo. Surge, então, a necessidade de diferenciarmos as testemunhas **habituais**, em geral profissionais (policiais, peritos, profissionais etc.), dos depoimentos **eventuais** (alheios ao modo de funcionamento penal), em que a dimensão dos detalhes costuma ser mais "rica" e também "desorganizada". Enquanto os **habituais** tendem a se recordar dos aspectos mais gerais e vinculados ao tipo penal violado (o essencial), o **eventual** se recorda de detalhes que destoam do padrão, com descrições mais significativas, ainda que com muitos dados irrelevantes ao desfecho do Caso Penal. A capacidade de ampla recordação do depoente eventual, muitas vezes é confundida com a "mentira" ou "falsidade", justamente porque os agentes processuais não se dão conta, por ingenuidade ou malícia, de que a testemunha eventual tende a guardar mais os detalhes de um evento singular do que as testemunhas habituais. É fácil de compreender quando juízes, membros do Ministério Público, por exemplo, são reconhecidos por acusados, vítimas ou testemunhas fora do ambiente forense, ainda que o agente processual "nem tenha reparado", já que para os agentes talvez tenha sido mais uma das centenas de audiências realizadas no ano, enquanto para eles, foi "**o**" caso. Da mesma forma, quando vamos ao plantão médico (não o médico particular) lembramos do rosto, da experiência como usuários, do modo como nos atendeu, enfim, dos detalhes que ele, médico, em geral, não guarda por muito tempo, salvo se formos pacientes "fora da curva". A **distinção** entre testemunha **habitual** e **eventual** é relevante para evitarmos a atribuição, *a priori*, de descrédito ao "modo" como a eventual apresenta os fatos (carregada de detalhes),

"A proibição da surpresa (unfair surprise) pode ser contemplada também no dever da acusação de preservar os elementos informativos obtidos e disponibilizá-lo à defesa, sempre que esta necessitar. O filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreio das provas às fontes de prova (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência deste rastro produzido entre as fontes de prova e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos [...] A paridade de armas sucumbe na hipótese de a acusação, por si ou através da polícia, vir a dispor de amplo conjunto de informações e este acervo terminar sonegado à defesa, ainda que parcialmente, porque não foi devidamente resguardado ou até porque foi suprimido". **Geraldo Prado**

"A matriz desse princípio se encontra na expressão 'testemunho direto', tradução da expressão inglesa correspondente (testimony of two witnesses to the same overt act). Embora o dispositivo constitucional trate apenas do crime de traição [art. 3º, seção 3ª, cláusula 3ª], a vedação dos testemunhos indiretos permeia todo o direito probatório, ao ponto de as Regras Federais de Evidência (Federal Rules of Evidence) – o direito legislado (statutory law) sobre matéria de prova – tratarem amplamente do assunto e arrolarem os casos restritos em que esse princípio pode ser excepcionado. [120] A ideia por trás desse princípio é que a admissão de testemunhos indiretos, ou 'de ouvir dizer', viola o necessário equilíbrio do processo, na medida em que impede o exame conveniente da testemunha. De fato, muitas vezes é impossível – ou sumamente difícil – afirmar que alguém, em algum momento, não ouviu algo de outrem. Por tal razão, esse princípio também se extrai do devido processo legal". **João Gualberto Garcez Ramos**

"O regime legal dos meios de prova típicos visa garantir a máxima credibilidade dos mesmos para a demonstração dos factos probandos. Nesse campo, são proibidos, por exemplo, o chamado testemunho de ouvir dizer (art. 129º, nº 1), a reprodução de vozes ou rumores públicos (art. 130º, 1º)." **Paulo de Souza Mendes**

"O testemunho de ouvir dizer, enquanto versante sobre fatos narrados por pessoa estranha ao juízo, apresenta um perfil atenuado de relevância probatória, justamente porque indireta, subtraindo da imediação seu maior trunfo: a avaliação da credibilidade do declarante e da veracidade do declarado por meio da interação comunicacional. De igual sorte, compromete o exercício do contraditório, na medida em que impede ou ao menos dificulta significativamente o processo dialético na formação da prova. Algumas ponderações recomendam a exclusão do testemunho indireto do rol de meios de prova legítimos e válidos: a) falta de percepção direta da pessoa quanto ao fato a ser provado; b) falta de impressão precisa quanto ao fato a ser provado; c) falta de capacidade da testemunha em descrever de forma precisa a sua impressão; e, f) falta de sinceridade da testemunha em relação ao fato a ser provado". **Décio Alonso Gomes**

"A testemunha de 'ouvi dizer' nada presenciou e, portanto, não corresponde aos requisitos de objetividade e retrospectividade, na medida em que não teve a 'experiência probatória', não conheceu diretamente do fato objeto da discussão na dimensão de caso penal. A título de curiosidade, no sistema inglês existem três provas passíveis de exclusão (exclusionary rules) e proibição valoratória:a) hearsay: testemunha de 'ouvi dizer'; b) Bad character: prova sobre o mau caráter. Importante para evitar o direito penal do autor (eis outra proibição de prova que poderíamos adotar, especialmente no tribunal do júri); c) Prova ilegal: concepção tradicional de proibição de valoração probatória da prova ilícita.

sem desprezar a possibilidade de, *a posteriori* (TTC – *tendo tudo em conta*), podermos desvalorar o conteúdo;

24) Testemunha Oportunista e Dissimulada: Não se pode omitir do indiciado/acusado o material desfavorável à acusação, por configurar modalidade de *doping* e de abuso de autoridade (LAA, art. 32), em decorrência da "omissão surpresa", impeditiva do exercício da ampla defesa, inclusive com a perda de uma chance probatória. A comprovação de que os agentes públicos omitiram informação relevante pode configurar crime e/ou improbidade. Caso o agente público seja ouvido em juízo, a defesa pode se utilizar da **assimetria de informações**, a saber, como o agente público não sabe o que a defesa conhece de seu comportamento ilegal, a sequência de questionamentos pode ser orientada no sentido de "cercar" as opções (p.ex. indagar se foi realizada alguma diligência, obtida informação de outra investigação etc.). Por ser testemunha profissional pode adotar o tom agressivo ou despistador (p.ex. desconheço), ensejando providências defensivas suplementares. O ponto é o de que se o agente precisar mentir para sustentar a tese original, suspeitando que a defesa detenha informação privada, tende a evitar se comprometer. Mas, para isso, será preciso preparação de mapeamento do perfil do agente público, utilizando-se, eventualmente, táticas de indagação ostensivas, dentro do espectro do Jogo Limpo (se necessário, precedidas do uso da **Lei de Acesso à Informação**);

25) Testemunho por Ouvir Dizer: No ambiente norte-americano o denominado *Hearsay Testimony* engloba todos os depoimentos obtidos "fora" do Tribunal, não se confundindo com o sentido atribuído no Brasil. Considera-se "testemunho por ouvir dizer" o vinculado ao fato de modo indireto, em que a fonte humana não presenciou o "evento" e as informações que dispõe são "decorrentes do evento" (o acusado ou alguém disse algo diretamente vinculado ao evento; atesta alguma evidência da fuga etc.). A força de corroboração depende do conjunto de provas arrecadado. *A priori*, o valor é reduzido. O testemunho por ouvir dizer decorre de afirmação do depoente desprovida de base perceptiva própria, mas decorrente do que lhe foi contado e/ou soube por terceiros, sem que indique a fonte. Abre-se perigoso espaço para inserção de boatos, de fofocas, de falsas afirmativas, de informações sedutoras e incapazes de gerar convicção adequada. Utiliza-se muito para dizer que o acusado teria confessado a conduta para terceiros, não se sabendo, todavia, quem são essas pessoas. Como o depoente não teve percepção direta dos fatos, subtrai a possibilidade de contraditório e da indagação adequada, porque tudo vira algo flutuante, conhecido superficialmente, sem muita certeza, servindo como mecanismo operacional do **viés confirmatório**. Se a Constituição garante a liberdade de expressão, mas veda o anonimato, o testemunho por ouvir dizer é uma burla constitucional**.** Sem a fonte do relato o acusado fica em uma posição de impossível defesa, sequer podendo trilhar a cadeia de custódia. Embora ilegais, os testemunhos

por ouvir dizer podem ter forte impacto cognitivo a depender da fonte, especialmente para agentes processuais que confiam cegamente no agente da lei. Serve, também, para fraudar flagrantes, invasões de casas, enfim, táticas ilegais amplamente toleradas. Funciona como mecanismo de *doping*, capaz de retoricamente agregar-se aos autos, mas a partir de premissa ilegal. Serve como mecanismo retórico do viés confirmatório (condenação). Por isso deve ser rejeitado democraticamente, em face do devido processo legal substancial. Do contrário, é o equivalente ao "telefone sem fio", em que a mensagem originária se distorce, operando para justificar tudo que se desejar, especialmente distorções dolosas e manipuladoras do Caso Penal;

Enfim, a testemunha de 'ouvi dizer' (hearsay) não é propriamente uma prova ilícita, mas deveria ser evitada pelos riscos a ela inerentes e, quando produzida, valorada com bastante cautela ou mesmo não valorada. Existe uma insuperável restrição de cognição, pois não se trata de uma testemunha presencial, daí decorrendo o completo desconhecimento do fato e, portanto, um elevadíssimo risco de indução, deturpação e contaminação, pois ela acaba sendo mera 'repetidora' de discurso alheio". **Aury Lopes Jr**

"Se A, por ouvir dizer, afirma que X matou Y, porque Z a informa, nesta perspectiva não será a prova admissível. Seria admitida apenas no caso em que a atestasse que houve o fato da morte de Y, caso A tente revelar o que soube, por ouvir dizer, que X matou y, então a prova será excluída, o que se quer dizer com isso é que, na verdade, a contribuição da testemunha a será irrisória, pois sequer entrará em vias de informação relevante". **Oswaldo Figueiredo do Vale Filho**

26) Testemunha Ocular: O fato de a testemunha/informante estar no ambiente em que a conduta se deu não é causa suficiente para imputar a capacidade de ter percebido os acontecimentos. As dificuldades cognitivas são universais e, muitas vezes, pela simples colocação espacial da testemunha/informante, empresta-se credibilidade maior e injustificável**.** Estudos demonstram que devido aos fatores estressantes, as dificuldades de cognição, bem assim as sugestões e incremento de informações, inclusive falsas memórias, a credibilidade das ditas testemunhas oculares deve ser colocada em suspenso, ainda mais quando há uso de **arma.** O senso comum processual acaba tomando a premissa ocular como garantia de certeza sobre o conteúdo e isso pode ser muito perigoso aos jogadores e, especialmente, pelo fato de se poder punir ou absolver de maneira equivocada. Caberá aos jogadores a perícia de confrontar a testemunha em seus detalhes, reconstituindo a narrativa no espaço e no tempo, realizando atividade próxima a da Cadeia de Custódia das informações relatadas. Sem um forte elemento probatório independente, o depoimento ocular isolado em geral é frágil, mas amplamente acolhido no universo da ingenuidade cognitiva dominante;

"Existem problemas potenciais sérios de condenação errônea quando se usa o testemunho ocular como único ou mesmo principal fundamento para condenar pessoas acusadas de crimes. Além disso, o testemunho ocular, muitas vezes, é um determinante poderoso para um júri vir a condenar uma pessoa acusada. O efeito é pronunciado, particularmente, se testemunhas oculares parecem altamente confiantes de seu testemunho. Isto é verdadeiro mesmo se as testemunhas oculares conseguem indicar poucos detalhes perceptivos ou oferecem respostas claramente conflitantes. As pessoas, algumas vezes, até pensam que se lembram das coisas simplesmente porque imaginaram ou pensaram sobre elas. Foi estimado que até 10 mil pessoas por ano podem ser condenadas erroneamente com base em um testemunho ocular equivocado. Portanto, em geral, as pessoas são, consideravelmente, suscetíveis a erros nos testemunhos oculares. Em geral, são propensas a imaginar que viram coisas que não viram". **Robert J. Sternberg**

"A identificação e a recordação de testemunhas oculares também são afetadas pelo nível de estresse das testemunhas. À medida que o estresse aumenta, a precisão da recordação e da identificação diminui. Essas constatações colocam mais em dúvida a precisão do testemunho ocular, porque a maior parte dos crimes ocorre em situações altamente estressantes". **Robert J. Sternberg**

27) Vítima, Esquecimento e Dignidade: Se o evento foi relevante do ponto de vista pessoal, psicológico, familiar, com impacto subjetivo, às vezes ocasionando "traumas", a vítima precisa conferir sentido, adotando posturas de "convivência", "superação" ou "esquecimento". A obrigação de depor diversas vezes sobre o evento, com a repetição dos aspectos traumáticos pode significar forma de "revitimização". O respeito à dignidade da vítima pressupõe o "direito" de falar e não a "obrigação". O sistema, para isso, autoriza a produção antecipada de provas ou a realização de "entrevista cognitiva". A convocação da vítima de eventos traumáticos, anos depois, para o fim de depor sobre o acontecimento não apurado em tempo razoável por culpa do Estado (ineficiência do aparato de controle social), tende a ser injusto e revitimizante. A vítima esteve disponível logo após ao evento e a conduta estatal, por seus agentes, consistente em obriga-la a depor é a reprodução da violência, agora em nome da apuração tardia dos fatos. Decorridos longos períodos, a vítima deve ser consultada do seu "interesse" em depor, hipótese em que um

simples telefonema do Juízo ou o mandado de intimação pode causar um sofrimento incompatível com o respeito à sua dignidade;

28) Palavra da Vítima: Em muitas situações a carga emocional no depoimento das vítimas pode limitar a comunicação em face das circunstâncias do evento. Além do respeito à dignidade, deve-se buscar meios de se garantir a eficácia do conteúdo. A preparação da forma com que as perguntas serão realizadas ganha relevo. O desejo de vingança ou a ira pode fazer com que a vítima bloqueie as informações que não confirmam o seu ponto de vista. Daí que podemos nos indagar: **a)** se estivéssemos no lugar da vítima, como se dariam os fatos, como perceberíamos os aspectos relevantes ao esclarecimento do caso?; **b)** por quais motivos *dizem o que dizem*?; **c)** como devem estar se sentindo ao reviver os momentos da condição de vítima; **d)** qual o preço subjetivo e as formas de mitigar os efeitos da oitiva; **e)** como obter prova convergente em respeito à dignidade da vítima? Adequar a forma e o modo de questionamento às possibilidades da vítima demonstra respeito. Confundir a vítima com somente "mais uma" fonte de prova é desconsiderar o seu estatuto e lugar. Há crimes em que a palavra da vítima é a protagonista, como nos crimes dos Juizados de Violência Doméstica (STJ, HC 318.976; RHC 051.145). A partir disso, os agentes devem estabelecer árvores/grafos de indagações, justamente para sublinhar a credibilidade, ou não, de seu conteúdo. Os fatores estressores devem ser considerados, especialmente o **foco da arma** e as **Falsas Memórias**. O movimento dos jogadores será vinculado à estratégia respectiva, procurando-se dar coesão, ou não, à narratividade que se desenrola;

TJDF, ApCrim. 2012-06.100.31.1996 (Desa. Sandra de Santis): "I. A credibilidade da palavra da vítima deve pautar-se no discurso coerente e repetido sobre os fatos, além de estar consonante com os demais testemunhos e provas dos autos. II. Os fatos narrados na denúncia foram praticados, em tese, contra menina de 4 (quatro) anos de idade. O perigo de induzir respostas e gerar falsas memórias é um risco na entrevista de crianças no estágio pré-escolar. Adultos e outras figuras de autoridade podem distorcer as percepções e recordações de infantes ao inquirir com uma pré-concepção do fato ocorrido. III. No caso concreto, o genitor da menor, por vingança e pautado em longo histórico de entreveros com o acusado, incutiu a ideia dos abusos, como retaliação ao réu, fato reconhecido posteriormente. IV. O conjunto probatório não é suficiente para demonstrar a materialidade e a autoria. Mister absolver. V. Apelo provido."

"Deste modo, a comprovação do crime tem, geralmente, como provas, apenas as palavras da vítima e do agressor, normalmente contraditórias. Não podendo o juiz se abster de sentenciar, e não contando com outros elementos probatórios, passa a analisar o crime levando em conta o comportamento pessoal dos envolvidos. Assim, a vítima deve ter um comportamento que indique poder ser uma vítima, bem como o réu deve ter um comportamento social que indique que seria capaz de cometer um estupro. Ocorre que, como visto anteriormente, no momento da audiência de instrução criminal o julgador não tem dados ou tempo suficientes para traçar um perfil daquela pessoa (vítima ou réu), recorrendo, por consequência, aos estereótipos e preconceitos. Portanto, deve a mulher preencher o perfil de 'mulher honesta', e o homem se encaixar no 'perfil de estuprador'". **Ariane Hamann**

29) Vítima Mulher e Controle dos Questionamentos (dignidade e abusos): A depender do crime, o impacto subjetivo na vítima gera traumas que devem ser considerados no momento do questionamento, evitando-se a reiteração de violências, ainda que em nome da apuração dos fatos. Em crimes em que a vítima é a única fonte de prova pode ocorrer o deslocamento da conduta para os atributos, os comportamentos ou perfil da vítima, de modo espúrio. O julgamento da ADPF 779, do STF, proibindo o uso da "legítima defesa da honra" no Plenário do Júri serve de exemplo da necessidade democrática de controlarmos o uso oportunista de argumentos. A responsabilidade pelo discurso abrange as situações em que agentes oportunistas se valem de critérios estranhos ao Direito, especialmente de cunho moralizante e machista, para o fim de "culpar" a vítima pela conduta. As tentativas devem ser prontamente repelidas pelo julgador, garantindo-se a dignidade da vítima. Do contrário, configura-se em mais uma violência pratica pelo Estado, por ação ou omissão de seus agentes. O comportamento consistente em deslocar o objeto do processo para questões colaterais é típico jogo sujo. É possível manter a dignidade da vítima por meio de técnicas de abordagem democráticas, obtendo-se indicadores de corroboração, atentando-se aos fatores emocionais decorrentes de possíveis traumas do evento;

"Criminalização sexual que o sistema segue, talvez com mais contundência do que em qualquer outra, a lógica da seletividade, ascendendo seus holofotes sobre as pessoas (autor e vítima) envolvidas, antes que sobre o fato crime cometido, de acordo com estereótipos de violentadores e vítimas". **Vera Regina Pereira de Andrade**

"Ao contrário de proteger a mulher, o campo penal reforça e duplica a vitimização feminina, pois, ao lado das diversas agressões sexuais produzidas por ações masculinas, ela torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema; [...] tal sistema recria, ainda, os estereótipos inerentes a essas duas formas de desigualdade, particularmente visíveis no campo da moral sexual, na divisão entre mulheres de 'boa ou má-reputação, 'honestas' e 'desonestas'". **Carla Joana Magnano**

"Resumidamente, uma sociedade em que reina a cultura do estupro é aquela em que a mulher é culpada pela violência sexual que sofre, que acha normal que as mulheres sejam constrangidas em público por cantadas, merecido que uma mulher seja estuprada por estar usando roupas curtas ou por estar bêbada, seja obrigada a fazer sexo com o marido ou companheiro, seja um objeto de propriedade do homem e que serve para satisfazer seus desejos e necessidades. [...] Conclui-se, portanto, que reina na sociedade brasileira uma cultura machista, patriarcal e misógina, solo fértil para reprodução da cultura do estupro. Deste modo, de início, ninguém, nem mesmo os juízes com seus pressupostos de neutralidade, estão imunes às enxurradas de estereótipos e preconceitos que derivam de tais culturas.

Conforme afirmado anteriormente, no momento de uma audiência de instrução, tratando-se de um caso (como são muitos) em que a única prova é a palavra da vítima, de todo contraditada pela palavra do réu, o juiz passará, ainda que de forma inconsciente, a tentar decidir qual das duas merece mais crédito para que possa cumprir com sua obrigação de chegar a uma conclusão. Não possuindo grandes informações para tanto, sua decisão será baseada na primeira impressão, naquilo que lhe vem a mente no momento em que olha para cada parte, vítima e réu e, caso não assuma seus próprios preconceitos para que possa racionalizá-los, são eles que tomarão conta e encerrarão os processos psicológicos de formação de impressão e de tomada de decisão". **Daniella Georges Coulouris**

30) Depoimento Especial: O Depoimento Especial, anteriormente Depoimento Sem Dano, expressamente previsto na Lei. 13.431/17 (anteriormente na Recomendação 33/2010, do CNJ), consiste na tentativa de criar ambiente menos vitimizante da criança/adolescente sujeito passivo de crime, com o auxílio de psicólogo e/ou assistente social, se necessário. A vítima pode querer ser ouvida pelo juiz (art. 12, § 1º: "*à vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender*"). Conforme art. 7º, a "*escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.*" Já o art. 8º dispõe que: "*depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária*". Sob o mote de garantir os direitos da vítima, inclusive com a revitimização com diversas oitivas, indicando-se uma única vez (art. 11), desde que garantidos a ampla defesa e o contraditório do suspeito/acusado, bem assim evitar constrangimento, medo, ameaça e/ou coação por parte da vítima. Para tanto, deve se dar na modalidade de produção antecipada de provas. A execução deve se dar na forma do art. 12: *"I – os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais; II – é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos; III – no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo; IV – findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco; V – o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente; VI – o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo"*. Entretanto, a prática apresenta diversos problemas teóricos, legais e éticos. Embora os Conselhos Federais de Psicologia e Serviço Social tenham apontado que a instrumentalização de psicólogos e assistentes sociais como "tradutores" dos magistrados viola a ética de cada profissão, o Poder Judiciário declarou ética a prática. Recomendo desde já assistir o documentário "Houve" (https://www.youtube.com/watch?v=mDMxTzwGDbg), dirigido por *Silvia Ignez*. Ainda que o Depoimento sem Dano/Especial seja prática recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça, inclusive prevista em Lei 13.471/2017, existe extensa crítica a respeito, embasada pelo próprio Conselho Federal de Psicologia e de Serviço Social. Algumas ideias consolidadas no estudo da Psicologia do Testemunho podem auxiliar na qualidade do depoimento. Técnicas de Entrevista Cognitiva (EC), por exemplo, são utilizadas com sucesso

nos países do Reino Unido. Tais conhecimentos serviram de base para a construção daquilo que conhecemos hoje como "Depoimento Especial" da criança, em situações possíveis de abuso sexual. Ao procedimento existem diversas críticas demonstrando que não é possível suplantar garantias em nome de novas técnicas, ainda mais quando instrumentalizam saberes. É relevante a colocação de *Maria Regina Fay de Azambuja*, quando menciona que práticas anunciadas como inovadoras desconsideram os direitos da criança em relação ao 'fundamento de existência', dado que é o interesse do adulto que está em primeiro lugar. A inquirição em juízo expõe a criança à nova violência, dita branda, ainda que no plano simbólico. A busca pela produção da prova criminal se sobrepõe a todos os aspectos da dignidade da criança, contrariando a ótica da Doutrina da Proteção Integral. A autora aponta, ainda, que o elevado índice de condenações de abusadores, após a Constituição, não é mais critério de bom desempenho da Justiça Criminal se a proteção da criança não estiver garantida. O cuidado e preocupação com a oitiva de crianças é objeto de acaloradas discussões. Todos partem da pressuposição de que o modelo formal, típico de processo crime, mostra-se inservível dada a hostilidade, ausência de frequência comunicativa, bem assim por não atender às especificidades e respeito para com as crianças. A primeira pergunta, então, é saber qual a finalidade do procedimento. Pode-se dizer que a obtenção de provas sobre a conduta criminalizada seria o objetivo do ato judicial. Mas a premissa esbarra no fato de que as crianças precisam compreender a indagação e, mais que isso, que o formulador da pergunta também consiga entender que não está falando com um adulto miniatura. Por isso, caminhar-se no sentido de qualificar os agentes processuais (Ministério Público, Defensores e Magistrados) pode ser uma das vias, não necessariamente a melhor. Isso porque, o depoimento é designado, com dia e hora, pelo magistrado, com as limitações temporais, de estímulo e contextuais. Por outro lado, sabe-se que existem diversas modalidades técnicas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Psicologia, capazes de respeitar o tempo e o modo como se pode falar sobre o acontecido. Enfim, a forma de indagação respeita o ritmo, as possibilidades, as aproximações e, também, o direito de não falar. Afinal de contas, a criança tem o direito e não o dever de falar. Nesse modelo, alheio aos agentes processuais, o desempenho da função é típico ato de profissional habilitado. A proposta do Depoimento Especial, antigo Depoimento Sem Dano, busca realizar um *mix* das duas formas de abordagem, partindo do controle da gestão da prova, a saber, é o juiz que coordena, controla, sugere, e atua na busca de verificação da conduta imputada. Reside aqui a manipulação maior, justamente porque diante de sua incapacidade de indagar, instrumentaliza profissionais de outras áreas (Psicologia e Serviço Social), em regra, com a finalidade de servir como canais de suas inferências (dissonância cognitiva), ou seja, suas crenças a respeito do acontecido, pré-julgamentos, opiniões que não compreendem o universo simbólico da criança – trata-

se de linguagens e conceitos completamente diferentes. Não sem razão, portanto, os Conselhos de Psicologia e de Serviço Social declararam a prática antiética. Há uma manipulação de saberes e funções, transformando o compromisso ético do profissional (psicólogo e assistente social), em meio de satisfação de pretensões de outras ordens, no fundo, inquisitórias. Vários instrumentos eticamente aceitos, como a Entrevista Cognitiva (EC), podem ser indicados para que a criança a ser ouvida possa, ao mesmo tempo, ser respeitada, bem como fornecendo meios de provas no processo penal. O grande salto de qualidade é que se respeita a criança. Mesmo cheio de boas intenções e razões aparentemente louváveis, a prática do Depoimento Especial objetifica a criança, instrumentaliza o profissional *psi* ou assistente social, transformando a ação em única e exclusivamente fonte de prova para possível condenação. Se, de fato, queremos respeitar as crianças vítimas, devemos respeitar o que já foi construído sobre a questão do trauma, evitando a revitimização. Ao fim e ao cabo, em nome do bem, o Depoimento Especial se preocupa com uma única questão: melhorar a qualidade da prova para condenação, fingindo respeito para com a criança vítima. Há técnicas qualificadas para obtenção de provas, como perícia, quesitos etc., capazes de, ao mesmo tempo, servirem como fonte de prova e, principalmente, como garantia de dignidade às crianças vítimas sem a necessidade de oitiva por produção antecipada de provas. O espetáculo do bem apresentado pelo Depoimento Especial atende a interesses estranhos ao da criança. Por isso, a nossa recusa visceral ao procedimento;

31) Depoimento Policial: Pensar melhor ajuda a decidir e perguntar de modo eficaz e lógico**.** Somos ensinados a pensar desde criança e, na vida adulta, somos influenciados pelos professores e livros que lemos. O processo de tomada de decisão jurídica é artificial e, portanto, com alguns aspectos humanos, o aparato teórico foi aprendido. E o raciocínio é lógico (indutivo ou dedutivo), levando-se em conta o **Esquema Decisório** e a capacidade de compreensão. Precisamos aprender a operar. Daí que não poderemos aceitar dois fundamentos diferentes e incompatíveis como fazendo parte do nosso modo de pensar. O dever de coerência lógica implica na necessidade de explicarmos o modo como pensamos, a saber, a cadeia de significantes que articulamos em face de uma decisão. A armadilha lógica *a priori* dos depoimentos policiais decorre da impossibilidade de se atribuir como verdadeiro o depoimento antes de ser prestado, uma vez que será tendo tudo em conta (TTC: *tendo tudo em conta*), que poderemos atribuir credibilidade e fiabilidade. Assim, acreditar que todo depoimento policial é verdadeiro como pressuposto é um erro lógico e simplificador (**heurística**). O depoimento deverá ser considerado por sua qualidade, coerência e credibilidade, em qualquer caso e conforme o contexto probatório. Lógica faz bem à democracia processual. Entretanto, o depoimento dos policiais é acolhido como sendo válido sem maiores questionamentos, mas devem ser considerados como mais um elemento

probatório, nem melhor, nem pior. Aliás, pode acontecer que a não confirmação da versão apresentada signifique, por exemplo, crime de abuso de autoridade. Por isso, há complexa maneira de se indagar o agente estatal, até porque **testemunha habitual**, acostumada a saber o que importa dizer, bem assim como evitar as armadilhas dialéticas (busca o monólogo unilateral). A tática com a testemunha policial é a de explorar o máximo possível, para além do que está escrito no depoimento da fase policial. Não raro os policiais que conduzem o flagrante e prestam declarações, especialmente no caso da Polícia Militar, não são os oficiais, mas sim praças. Muitas vezes estavam na condução da viatura, fazendo a segurança do perímetro, mas aparentemente narram os fatos de maneira completa. Embora sejam dois a prestar depoimento, são tão parecidos que parecem ter sido apresentados em *coro*. Bom, como o Estado não pode(ria) ser fraudulento, a tática de indagar o que foi explicitado na Delegacia de Polícia ou apontar contradições demanda certo cuidado. Os agentes sabem o que é preciso dizer para corroborar os depoimentos pela prática e, para qualquer pergunta além do que está dito, soltam um "não me recordo/lembro, são muitas ocorrências... faz tempo". Quanto mais respostas como essas, mais fácil demonstrar a inconsistência do depoimento e enfraquecer a prova. Uma das táticas defensivas é a de explorar o máximo esse não saber. Cuidado: as perguntas devem ser pertinentes e não: qual a cor da camisa do acusado? Para que o depoimento perca credibilidade é necessário que não se recorde de temas convergentes e não acessórios;

STF, HC 73.518 (Min. Celso de Mello): "O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos";

"É nesse sentido que se percebe a polícia investida de poderes de uma verdadeira 'fé pública': segundo pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da USP, 74% das prisões por tráfico de drogas em São Paulo contaram apenas com o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão do acusado, e, em 76% de todos os inquéritos policiais da cidade, os agentes que participaram da prisão foram ouvidos como testemunhas. O peso desproporcional dado à palavra policial enquanto prova e o descompasso disso com os princípios constitucionais ficam ainda mais evidentes ao analisarmos o que geralmente ocorre nas prisões ligadas às drogas. Alguns desses problemas, segundo essa pesquisa do NEV, transparecem em categorias como 'confissão informal' e 'entrada franqueada', e no vínculo que se faz entre o acusado e a posse da droga. Verificou-se que, em 44% dos casos analisados, os policiais militares alegaram que o acusado confessou a autoria no momento da prisão, mas, nos depoimentos formais, apenas 11% desses acusados efetivamente confessaram a autoria. O problema está na fase judicial, quando essas 'confissões informais', rechaçadas no depoimento formal do acusado, são levadas em consideração pelos juízes como 'forte indício de culpa'".
Anderson Lobo da Fonseca

32) Meio de Prova e Corroboração Independente: O que se reconhece é que a condenação de um sujeito exige amplo e concreto aparato probatório e não se pode, diante da necessidade de produção de toda a prova possível – perda de uma chance probatória –, contentar-se com a transformação do depoimento policial em prova, dado que sua função é a de obter prova**.** Sem isso, havendo qualquer dúvida, a absolvição é o único caminho, até porque, não se trata de quimera, mas, por exemplo, no caso de tráfico, de delito com previsão de pena mínima de cinco anos, cuja prova poderia ser facilmente obtida se em pleno 2021 as atuações policiais fossem acompanhadas de simples filmagens. Qual a dificuldade de se filmar a "venda", a ação do acusado, tudo em câmeras postadas nas viaturas e fardas? Nenhuma dificuldade técnica, ademais, quando a alegada inconveniência em se proceder dessa forma pode gerar presunção contrária à de inocência. Incide a teoria da perda de uma chance probatória. O *standard* probatório em casos de tráfico, p.ex. opera com antecipações imaginárias, mantras ingênuos, heurísticas e vieses que, no fundo, desprezam a necessidade de comprovação efetiva, dada a espúria conclusão antecipada. Sem fonte independente, possível, viável e razoável, a palavra isolada, diante das múltiplas possibilidades (filmagens, câmeras de segurança etc.), não atende ao padrão de suficiência de provas (*Standard* Probatório);

"Para a comprovação da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (e de outros tipos penais previstos nesta Lei), exigia-se, no passado, prova testemunhal considerada isenta, vale dizer, distinta dos quadros da polícia, pois esta, através dos seus agentes, seria a responsável pela prisão ou investigação, logo, teria interesse em mantê-la, justificando seus atos e pretendendo a condenação do réu. Não mais vige esse pensamento, como majoritário, nos tribunais brasileiros. Preceitua o art. 202 do CPP que 'toda pessoa poderá ser testemunha', logo, é indiscutível que os policiais, sejam eles os autores da prisão do réu ou não, podem testemunhar, sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho. Ressaltamos, entretanto, que é preciso cautela, em determinadas peculiares situações, para a aceitação incondicional desses depoimentos. Parece-nos cauteloso que o magistrado, visualizando, em processos de apuração de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, um rol de testemunhas de acusação formado somente por policiais, indague dos mesmos a razão pela qual não se obteve nenhuma outra pessoa, como testemunha, estranha aos quadros da polícia. Essa verificação é essencial, pois uma apreensão de drogas feita à vista de inúmeras pessoas, em local público, por exemplo, pode perfeitamente contar como testemunho de pessoas que não sejam policiais".
Guilherme Souza Nucci

33) Regras de Segunda Ordem: Em geral, o depoimento dos policiais é recorrente. Para além da discussão se vale ou não vale genericamente, algo da ordem do bizarro, o que muitas vezes capta é a ilusão da repetição. Em cidades maiores isso não ocorre com frequência, mas, em cidades menores, os mesmos policiais são ouvidos diversas vezes e, assim, um depoimento pouco/muito crível acaba contaminando os futuros. É um código não dito. Os agentes processuais conhecem os policiais que atuam e formam vieses *ex ante* sobre a credibilidade dos depoimentos em face das experiências passadas (heurísticas). Um policial que já prestou muitos depoimentos em jogos anteriores e que tenha reputação positiva contamina o depoimento atual (ou o contrário). As informações positivas/negativas sobre o histórico da fonte de informação podem ser fator decisivo na qualidade da prova obtida. A crítica muitas vezes dos agentes da lei que atuaram na investigação ou no flagrante é a de que já há provas suficientes em face do trabalho realizado, que entendem o processo penal como perda de tempo. Acreditam que os magistrados devem dar credibilidade ao que dizem, justamente porque a instrução é da ordem do estorvo. Em vez de ficar reclamando, o advogado deve se dar conta da situação, usando a má vontade a seu favor, ou seja, encadeando questionamentos de modo a tornar incompleto e sem credibilidade alguém arrogante e que não aceita as regras de formação da culpa;

34) Lógica e Robustez: Em resumo, será necessário estabelecer um novo plano de abordagem, com argumentos coerentes e consistentes em face do caso penal. Policiais podem mentir em julgamentos e levar a condenações injustas. Então, vamos proibi-los de depor. A conclusão é bizarra do ponto de vista lógico. Motos são usadas para prática de delitos. Logo, vamos proibir a circulação de motos? Facas como armas de crimes. Logo, estão proibidas? Aliás, as discussões sobre o depoimento policial são banhadas por arroubos ilógicos, tanto para os que defendem o depoimento, quanto para os que negam a possibilidade. Negar ao agente da Lei – policial – a possibilidade de depor, prestando compromisso, implica em soterrar umas das funções do aparato policial. Logo, sem sentido. Do mesmo modo, acreditar que todo depoimento policial é verdadeiro pelo simples fato de ser policial é algo bizarro. Não se deduz logicamente do fato de ser policial, médico, juiz ou membro do Ministério Público, isto é, ninguém, que o conteúdo das declarações possa ser considerado verossímil, coerente e consistente antes de sua produção**.** A construção desta heurística diminui a complexidade decisória e se constitui como uma fraude democrática. Será preciso, assim, em geral, deferir o compromisso do policial (do contrário não pratica falso testemunho. Só ingênuos/amadores querem que sejam ouvidos como informantes), analisando-se, depois, a veracidade do conteúdo declarado em face do regime de verdade apurado nos autos (coerência e consistência). Para detectar os falsos positivos será necessário saber indagar de modo profissional.

Desde, pelo menos, a experiência de Stanley Milgram sabe-se que há submissão alienada às determinações de uma autoridade. Com isso, o uso de fardas, jalecos, togas, vestimentas especiais traz consigo o efeito do poder e as demais pessoas tendem a obedecer ordens abusivas ou mesmo a sofrer o impacto das insígnias. **Conferir: ZIMBARDO, Philip. O efeito Lúcifer: como as pessoas boas se tornam más.**

Por exemplo, seguir uma pista dúbia, explorar o silêncio ou o discurso decorado, articulado no contexto maior do caso penal;

35) Heurística da Testemunha Sem Motivos para Mentir: Quando a fonte humana é indagada sobre algo, acreditamos em tudo que ela 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 fiabilidade e de credibilidade. É importante perceber que certo ceticismo no ambiente do processo penal é necessário para que possamos fazer perguntas adequadas sobre o conteúdo do depoimento. Acreditar em vítimas, policiais, servidores públicos em face de suas insígnias ou lugares é um redutor de complexidade do processo penal, que funciona como heurística. A questão é que nem sempre as vítimas, policiais ou servidores públicos dizem o que viram, sentiram ou ouviram. É que entre a percepção do evento e o depoimento medeia certo período em que as informações coletadas precisam ganhar sentido, com as artimanhas da memória. O encadeamento de sentido vertido em um depoimento será decorrente das próprias capacidades do agente, do que for (des)confirmado por terceiros (outras pessoas, mídias, provas, preconceitos, estigmas, etc.). O modo como se depõe em um processo judicial dialoga com múltiplos fatores. Por isso o sistema jurídico indica mantras heurísticos que são entoados para evitar a dúvida. Parte-se, assim, de lugares que facilitam a atribuição de veracidade, mas que são invencionices ingênuas – e por isso seduzem – do modo como pensamos. Em vez de nos debruçarmos sobre o conteúdo do depoimento, muitas vezes a questão é deslocada para outra pergunta (substituição da pergunta por uma heurística): qual o motivo que a testemunha/informante teria para mentir? Esta questão paralela, também importante, ao ser respondida, substitui o questionamento de coerência e integridade do próprio depoimento. É um viés do pensamento humano que facilita a tomada de decisão ao preço da racionalidade. É uma forma de ingenuidade astuta que exclui a racionalidade e traz a marca da credibilidade em face da embalagem. A heurística de que a prova vale porque a testemunha está dizendo e não teria motivos para mentir, encontra esteio na tradição de Malatesta, mas, além de ingênua, diante da evolução das ciências cognitivas, não pode ser aceita por pessoas minimamente realistas. Somente se pode atribuir eficácia probatória ao depoimento (ou qualquer outra fonte) depois de o submeter ao teste decorrente da normatividade e do contexto, ou seja, de satisfazer o standard probatório. Todos os que presumem/acreditam que a testemunha sempre fala a verdade são ingênuos, preguiçosos ou estão de má-fé. A atividade contraintuitiva exige que somente ao final do depoimento, em face dos critérios de significação, possa-se emprestar peso ao depoimento, sempre dentro de um contexto relativo. Em vez de a credibilidade vir a priori, devemos suspender o julgamento para decidir 'tendo tudo em conta (TTC). É claro que nunca saberemos, com

100% de certeza, se o conteúdo do depoimento é verdadeiro, até porque trabalhamos com probabilidade e já reconhecemos que a memória não é fotografia. A concordância com o que a testemunha diz deve ser a conclusão depois do percurso do "evento" e não algo que se parte como sendo verdadeiro. Esse modo de pensar forma parte do dogmatismo que permeia o Direito, segundo o qual o axioma é tido como verdadeiro desde o início. Suspender o julgamento para depois de toda a prova produzida, colocar-se na posição de Advogado do Diabo, ou seja, da lógica da presunção de inocência – que deveria ser pressuposta – exige que somente se acredite no conteúdo do depoimento se tivermos um bom motivo para conferir credibilidade e fiabilidade. Pensar o contrário é apostar que ninguém mente (dolosa ou culposamente). Mentir, todavia, é humano (ainda mais quando a fonte humana pode ser responsabilizada pela conduta não só narrada, mas defendida). Pode ser uma mentira dolosa ou culposa, ainda que com boas razões. Quantas vezes a pessoa nos pergunta se o corte de cabelo ou a roupa ficou bonita? Você responde sempre a verdade? Em algumas situações não se avalia as consequências de se dizer a verdade e, estrategicamente, tangenciamos. Falamos para não nos incomodarmos. A verdade depende de contextos e de alguma forma de acordarmos que ela existe, enfim, da superação do Standard probatório;

"Na experiência geral da humanidade, a qual mostra como na realidade e no maior número dos casos, o homem é verídico". **Nicola Framarino dei Malatesta**

"A doutrina passou a creditar grande respeito à prova testemunhal, tratando-a como digna de fé por revestir-se da chamada presunção de veracidade humana –, até hoje encontrando-se quem lhe empreste valor extraordinário". **Marco Antônio de Barros**

"De maneira alguma reduz a importância ou a utilidade do testemunho. Simplesmente exige que, para que esteja epistemicamente justificado, um conhecimento obtido mediante testemunho seja confirmado por razões positivas". **Vitor de Paula Ramos**

"Normalmente, la reconstrucción del – hecho (objeto de la causa) está trufada de varias y variadas inferencias que afectan tanto a la fiabilidade que merece cada medio de prueba como al trayecto que conduce desde los medios de prueba al factum probandum. Pues bien, la inferencia que concierne a la fiabilidad atribuída a cada medio de prueba debe insertarse en el conjunto de las inferencias que atañen a la fiabilidad asignada a los otros medios de prueba. Y, a su vez, la inferencia que conduce desde un medio de prueba, declarado atendible, al hecho a probar debe colocarse en una trama con las otras inferencias que ponen en relación los otros medios de prueba, también atendibles, con el hecho de la causa". **Juan Igartua Salaverría**

"Esse é um fenômeno que praticamente não tem exceção: testes de laboratório realizados por esses especialistas constataram que 96% das crianças mentem". **Martín Tetaz**

36) Preparação da Audiência de Instrução e Julgamento: Nos processos em que a prova testemunhal for decisiva, a preparação para o ato deve ser detalhada, estimando-se os cenários possíveis, os riscos associados e os Planos de Ação factíveis (de modo realista);

37) O "Espírito da Escada" de *Denis Diderot* (deveria ter perguntado isso!): Se a audiência de instrução e julgando é o momento decisivo, quando o jogo pode virar**,** a importância da performance é maior. *Denis Diderot* falava do "espírito da escada". Aproveitamos a metáfora para expor a situação em que o agente processual, durante a audiência ou nos debates, não encontra o argumento correto para responder ao oponente e, em seguida, quando desce as escadas, consegue encontrá-lo, mas já é tarde. Quantas vezes nós passamos por situações equivalentes em diálogos, discussões com amigos, familiares ou em audiências: poderia ter dito isso ou aquilo. O tempo não volta, a preclusão fecha as portas, a lamentação toma conta. A devida preparação não garante todas as opções, ao mesmo tempo em que reduz as chances de erros (bobos ou amadores), principalmente se estudamos os demais agentes processuais. É preciso preparação, planejamento (árvore do jogo), levantamento sobre o **Esquema Decisório** e **Perfis** dos demais agentes;

38) Alocação Eficiente do Tempo: Assumimos que o fator tempo é escasso e a atenção consciente maior escassa ainda. Planejar o modo como será alocado o tempo disponível dos demais agentes processuais, principalmente do julgador, exige a prévia identificação do Esquema Decisório do julgador, apresentando-se os argumentos e as provas de

modo a se "ajustar" às condições pessoais de atribuição de sentido favorável. Será preciso adotar metodologias capazes de abordar os pontos relevantes e pertinentes, evitando-se a reiteração de questões incontroversas, superadas ou repetitivas. O desvio da atenção exige ações de retomada, em que a tração cognitiva pode não ser imediata. Recursos linguísticos, gatilhos comunicacionais e recursos visuais auxiliam no processo. Em qualquer contexto, nós e os julgadores, privilegiam a atenção em pontos relevantes, pertinentes e não repetitivos, isto é, sobre pontos controversos. Um argumento sólido, sem a devida apresentação, perde a força. O modo como os argumentos e provas são encadeados (devemos já estar convencidos disso), tem a potência de mudar os rumos do desfecho do Caso Penal;

39) Testemunho Abonatório: O depoimento de testemunhas/informantes abonatórias, que nada sabem sobre a imputação, mas que discorrem sobre a vida social, conduta etc., no limite, para melhorar as circunstâncias no momento de aplicação da pena (CP, art. 59), embora possíveis, pode ser uma tática arriscada. Lembremos que o acusador e o julgador não tem recompensa nenhuma em ouvir "declarações" irrelevantes, daí a prática reiterada de determinar a substituição por declarações escritas. É claro que o ato de arrolar testemunhas abonatória nos momentos respectivos (denúncia/queixa ou defesa preliminar) pode ser ganho para negociação ou demonstração de cooperação ao final da instrução ou mesmo quando necessária a substituição, já que se pode trocar desistências recíprocas. Se o acusado não arrolar ninguém, deixa de ter moeda de troca. Isso porque eventual ausência de testemunha de acusação pode ser trocada pela desistência das testemunhas de defesa, já que todos podem desistir. Se a defesa, todavia, não tiver arrolado testemunha abonatória, nada se pode oferecer, O adiamento para oitiva de uma só testemunha é mais fácil de ser deferido do que para se ouvir 4 (quatro), dada, em princípio, a vedação da inversão, salvo concordância expressa da defesa. Muitas vezes o julgador possui escassez de pauta e sua recompensa pode se dar no aproveitamento do ato. Claro que dependerá do contexto e da situação processual em sua singularidade. Mas se não dispomos de nada para trocar, a possibilidade de barganha é reduzida. Há certa tolerância por testemunhas abonatórias por parte do Juiz porque para o acusado leigo (e seus familiares) não arrolar testemunhas (amigos, empregadores etc.) pode parecer ausência de defesa e como o advogado remunerado precisa apresentar trabalho, a testemunha abonatória é aceita (mas não abuse: no máximo duas). Do ponto de vista da eficácia probatória, contudo, o efeito pode ser reverso**.** Arrolar testemunha abonatória em excesso ou por carta precatória é considerado, por muitos, uso abusivo da ampla defesa, porque obriga outro juiz a abrir sua pauta para realização de ato de eficácia probatória irrelevante, uma modalidade da **Tragédia dos Comuns**;

41) Escassez Cognitiva: A disponibilidade cognitiva dos agentes processuais com poder de decisão, em cada fase processual, depende de fatores contextuais (relevância do caso, motivação com a função, carga de trabalho etc.). Em qualquer contexto devemos aplicar de modo eficiente as oportunidades conferidas durante as interações. A **atenção consciente** é escassa e, por isso, o seu desperdício pode ser fatal. A gestão do tempo vincula-se aos indicadores objetivos e subjetivos que devem ser identificados e tratados de modo individual e também em conjunto (Custo de Oportunidade), ou seja, não há tempo, nem condições de produzir todas as provas, nem perguntar tudo que se queria à fonte humana. Precisaremos agir com acuraria e precisão;

"Não estamos mais nas sociedades disciplinarias de Foucault, nem nas sociedades de controle de Deleuze, para nos transformarmos em sujeitos do próprio rendimento, idênticos na aparente liberdade, banhados pelo significante: yes, we can. Enquanto a sociedade disciplinar produzia normais/anormais, loucos e criminosos, a sociedade do cansaço produz poucos vitoriosos e muitos depressivos e fracassados. Todos podemos fazer, sem limites, aumentando a eficiência. A competição e meritocracia mostram os vencedores, deixando de lado o cemitério de perdedores, mais numerosos. [...] O excesso de responsabilidade, a demanda incessante por inciativas, no imperativo do rendimento, torna o sujeito seu próprio algoz". **Salah Khaled Jr e Alexandre Morais da Rosa**

42) Agentes Processuais e Atenção Consciente: O juízo sobre a qualidade (credibilidade e fiabilidade) do "dado de realidade" ou do testemunho será considerado qualificado ou desqualificado por diversas variáveis, cujo peso somente poderá ser atribuído no **contexto** situado do Caso Penal (e seus agentes reais), submetidos aos critérios objetivos e subjetivos de conteúdo variado. Para que possamos melhorar o entendimento, indicamos rol parcial dos fatores capazes de interferir, isolada ou em conjunto, na "valoração" da prova:

a) Cognitivas: **1) Expectativa**: grau prévio de convencimento sobre o Caso Penal (quanto mais convencido da decisão final – culpa ou inocência – menor a disponibilidade); **2) Motivação**: avaliação de custo benefício sobre o "dado" ou a "informação" (se o dado ou a informação não é entendido, "*a priori*", como perda de tempo: custo de oportunidade); **3) Memória Alocada**: capacidade de memória disponível (a nossa memória é limitada, exige disponibilidade); **4) Percepção Limitada**: as limitações, permanentes ou circunstanciais, dos canais sensoriais de entrada sensoriais (problemas de visão e audição, doença, cansaço, estresse etc.); **5) Desconhecimento Situacional**: assimetria de informações sobre os aspectos situacionais, teóricos ou científicos do dado da realidade (incapacidade de integração cognitiva: local do evento, regras e procedimentos técnicos); **6) Heurísticas e Vieses**: incidência de heurísticas e vieses cognitivos de modo prevalecente (S1 em vez de S2); e, **7) Fatores Emocionais e/ou Morais**: mobilização de fatores emocionais relativos ao Caso Penal (raiva, alegria, ira, ódio);

b) Biológicas: 1) Doenças: condição anormal do organismo; **2) Fadiga e/ou Cansaço**: comprometimento da capacidade física do agente processual; **3) Estresse:** desgaste físico ou mental; **4) Fome**: necessidade do corpo para manutenção da vida; **5) Alterações Circunstanciais:** inflamações, alergias, variação hormonal, ausência de medicação etc.;

c) Ambientais: 1) Físicas: conforto, temperatura etc.; **2) Tecnológicas:** adequado funcionamento dos meios; **3) Tranquilidade e Ordem**: sem confusões ou altercações, como manifestações públicas ou imprensa cobrindo ostensivamente o caso); **4)** Distrações: estímulos alternativos de distração, existentes ou criados pelos agentes processuais (muito utilizado no plenário do júri);

d) Agentes Externos ou Ocultos (Influência e/ou Pressão): 1) Mídia: cobertura pela "mídia", associada ou não ao impacto do caso nas "redes sociais" no contexto do caso; **2) Agentes de Pressão**: grupos de pressão organizados ou não (clubes de serviço, corporações, círculo de amizade, Tribunal etc.); e, **3) Círculo Próximo:** familiares e amigos com opiniões e influência;

e) Interacionais Entre os Agentes Processuais: 1) Histórico: qualidade do histórico de interações (cooperativa ou conflitiva); **2) Assimetria**: novidade e expectativas em face de novos agentes (o desconhecido gera necessidade de ajustes comportamentais); **3) Padrão:** expectativas de comportamento (quanto maior a convivência, mais conhece os agentes); **4) Confiança**: grau de confiança (quanto mais se confia, maior a segurança); **5) Conformidade Comportamental**: urbanidade e respeito associados às interações anteriores; e, **6) Reputação**: representação da reputação coletiva dos agentes processuais;

f) Fonte da Prova Testemunhal (credibilidade da fonte e confiabilidade da versão): 1) Fonte Conhecida: se a testemunha for conhecida de interações anteriores, a credibilidade *a priori* é atribuída pelo conjunto de experiência dos agentes processuais (em comarcas pequenas, mais ainda); **2) Fonte Desconhecida e Sinalizadores**: se a testemunha for desconhecida, a análise de sinalizadores ou gatilhos **diretos** (qualificação, endereço, gênero, emprego, antecedentes criminais, vínculo com o caso penal etc.) ou **indiretos** (vestimenta, aparência, forma de se expressar, linguagem corporal, atitude etc.), submetidos às crenças, heurísticas e vieses do agente;

g) Forma do Questionamento: 1) Educação: respeito e urbanidade (não agressividade e deselegância); **2) Técnico e Jogo Limpo**: observância das regras de questionamento (indução ou sugestão); **3) Atenção Consciente**: obtenção e retenção da atenção do agente (relevância, ritmo, aderência, objetividade e congruência com o caso penal); e, **4) Preciso e Acurado**: reconstrução dos indicadores do **contexto de aquisição**, no **contexto de evocação**;

43) Julgador no Piloto Automático: Precisamos da **atenção consciente** do julgador quando da apresentação de prova favorável. O juiz, destinatário da informação, até pode estar de corpo presente, mas pensando em outras coisas ou mesmo distraído no celular. Não estamos exagerando. Podemos nos recordar da primeira vez em que dirigimos um veículo**.** Os cuidados eram redobrados. Sentamos corretamente, conferimos os espelhos, ligamos o carro, passamos as marchas (somos da velha guarda, antes do carro automático), tudo realizado com alto grau de atenção consciente. Depois, com o tempo, a prática e a repetição dos mesmo procedimentos (é um algoritmo) fez com que reduzíssemos o grau de atenção alocado, muitas vezes com celular na mão e práticas automáticas. Mesmo assim, quando estamos dirigindo no "piloto automático" e temos um passageiro no banco dianteiro, podemos

estar conversando alegremente, mas se vamos fazer uma curva mais fechada ou uma ultrapassagem, aparentemente por mágica, o nosso interlocutor se cala, justamente porque precisaremos de mais foco de atenção para realizarmos a tarefa (nós e ele, intuitivamente sabemos que é necessária concentração: há incremento do risco). Durante a audiência de instrução e julgamento os agentes podem estar no "piloto automático" e a nossa capacidade de conseguir a "atenção consciente" depende de monitoramento e de planejamento. As condições circunstanciais da atenção do julgador alteram o impacto e a tração cognitiva do argumento ou da prova**.** Devemos monitorar os fatores de distração que desviam a atenção e o foco. As táticas podem ser tanto de desvio, quanto de obtenção da atenção consciente. Além disso, quando o julgador decidiu precocemente sobre o Caso Penal (condenação ou da absolvição antes do término da instrução), o esforço para chamar e sustentar a atenção consciente será bem maior;

44) Gatilhos de Atenção: se os demais agentes não estiverem prestando a atenção e o momento for importante para a ação (p.ex: fazer uma pergunta relevante à testemunha), será preciso obter e manter a atenção focada do julgador (p.ex. subir o tom de voz, referir-se: Senhor Juiz, Excelência etc.);

45) Distração e Audiência (Gatilhos Comunicacionais e *Smartphone*): A luta por **atenção consciente** dos agentes processuais é condição para que possamos influenciar na construção das premissas da deliberação. Se a melhor testemunha disser algo importantíssimo sem que o juiz ou o jurado esteja prestando a atenção devida, o impacto é reduzido ou nulo. O constante monitoramento dos indicadores da "disponibilidade" de **atenção consciente** dos agentes processuais e o prévio mapeamento dos **gatilhos comunicacionais** (aumento do tom de voz, expressões como "Excelência' etc.) aptos à obtenção da atenção, constituem-se em ferramentas indispensáveis. Assumimos que os agentes processuais (juiz e MP), em geral, realizam audiências continuamente, tornando a atividade rotineira. A possibilidade de estarem agindo no **piloto automático** não é desprezível. Qualquer intervenção deve ser marcada pela preocupação com o possível "*gap*" de atenção dos agentes processuais. A utilização de **aparelhos celulares** pelos agentes processuais é um forte fator de distração, principalmente se for o julgador. Em julgamento ocorrido na *Argentina*, o uso de celulares pelos julgadores durante a audiência foi a causa suficiente da anulação da sentença proferida. Se não podemos dirigir usando o *smartphone*, parece abusivo usá-lo quando a liberdade de alguém está em jogo;

"É mais do que comum a cena. Durante o julgamento, enquanto os advogados ou mesmo o relator profere seu voto, muitos dos magistrados estão envolvidos em seus celulares. O tema ganhou relevo, segundo reportagem do Jornal La Nación, quando, durante um julgamento de tráfico, em que três acusados foram condenados à pena de 10 anos, os três magistrados de Goicoechea, conforme vídeo apresentado, estavam mais entretidos com as trocas de mensagens do que com o julgamento. O Tribunal de Apelação anulou o julgamento (n. 166-15), em 02 de fevereiro de 2015. O julgado assinala que os magistrados Francini Quesada Salas, Andrés Mora Quirós e Mariela Villalobos Soto estavam manipulando seus celulares quando da oitiva de testemunhas, leitura da acusação, alegações das partes, ou seja, durante o julgamento, cuja atenção era necessária, afinal, ninguém consegue fazer duas coisas ao mesmo tempo. O julgado afirma que houve uma redução temporal da capacidade de percepção ou de observação dos juízes, que não estiveram durante todo o tempo prestando a atenção devida e indispensável para assegurar a decisão correta. Isso porque estavam desconcentrados quando da oitiva das testemunhas e dos acusados o que compromete a credibilidade de suas conclusões. Cabe assinalar que o Tribunal não nega a possibilidade do uso de novas tecnologias, desde que com moderação. No caso, o uso foi demasiado e estava, por sorte, filmado. De fato, o mínimo que se pode exigir dos magistrados, no exercício de suas funções, é que levem a sério o julgamento, inclusive a sustentação oral das partes. Talvez sirva de advertência ao que se percebe em muitos locais" (Notícia vide Empório do Direito).

46) Distração Tática (e oportunista): Descreveremos condutas que ocorrem e para as quais devemos estar preparados. Pode acontecer que diante da efetiva atenção dispensada pelos demais agentes (em especial o julgador) ao oponente, surja o comportamento tático de distração, consistente na "criação" de evento capaz de desviar a atenção, mediante

a ampliação, a redução ou o bloqueio do enquadramento cognitivo. Do ponto de vista operacional, podemos indicar algumas ações dispersivas da atenção consciente dos julgadores quando o contexto for desfavorável (oponente indagando ou usando a palavra, p.ex.): a) produção de barulho (computadores, celulares, derrubada de objetos ou livros, conversas paralelas com o acusado e auxiliares; b) captura da curiosidade (anotações reiteradas em papel, conversas em tom baixo, acompanhadas de reações corporais otimistas, consulta de pastas e dossiês não juntados aos autos etc.); c) vestimenta (uso de roupas fora do dress code jurídico, a retirada e colocação de casacos etc.); d) terceiros na assistência (personagens com importância social ou para os agentes processuais, pessoas bonitas ou com roupas destoantes do teatro jurisdicional etc.); e) elementos insólitos (pentear o cabelo, maquiar-se, feijão no dente etc.); f) Plenário do Júri o uso de estímulos dissimuladores para subtrair a atenção dos jurados no momento em que a parte adversa usa da palavras; g) argumento dispersivo: tática dispersiva das partes consistente no deslocamento do foco argumentativo (caso) para atributos pessoais e/ou externos, mas com relevância persuasiva. Quanto mais se ilumina o foco alternativo, a saber, a atenção é deslocada para a violência das cidades, a ficha de antecedentes do acusado, o comportamento da vítima ou às vicissitudes dos relacionamentos humanos, menos se discute a conduta (o julgamento é de conduta e não de pessoas; ou deveria ser). Quando a tática acusatória ou defensiva se deslocar para fatores fora do centro de gravidade – Caso Penal – o oponente, se adequado (a depender do contexto, pode ser útil), deve-se promover intervenções de realinhamento (apartes ou discurso independente, às vezes agressivo). A tática de construir um contexto trágico, tende a empurrar o julgador (ou jurados) para o falso dilema de se absolver, por isso a condenação é a atitude de "quem faz a sua parte". Pode vir recheada, ainda, de elogios (tocando na vaidade humana) e da responsabilidade dos julgados pela garantia da Segurança Pública (ao acusado é atribuído o lugar de "Bode Expiatório"), isto é, valendo-se de falácias. No caso de jurados, a situação se potencializa porque como não há leitura adequada, esclarecimento privado de dúvidas (o jurado, assim como nós, em geral, tem receio de parecer ignorante se a pergunta por irrelevante. Quando temos dúvidas "óbvias" perguntamos ao Google, (indisponível aos jurados), o critério da decisão pode se restringir à atribuição de credibilidade aos agentes de acusação (pessoais e desempenho) e/ou às narrativas (conteúdo e forma de apresentação do discurso sobre os fatos); e, h) juntada de imenso volume de dados e/ou documentos parcialmente relevantes para o fim de dificultar a localização do "Sinal", no meio de tanto "Ruído" (a outra parte fica procurando: "Onde está o Wally"). A ação dispersiva pretende interromper o ritmo do acontecimento desfavorável, exigindo que o oponente precise retomar o argumento ou raciocínio do ponto em que parou. Assim como o carro

demora para retomar a velocidade, a tração cognitiva também (ouvimos: o que ele estava falando mesmo? Onde parei?);

47) Preparar os Questionamentos à Testemunha: A sequência dos acontecimentos relativos ao evento e ao tratamento dos dados de realidade operada pela fonte humana (culposa ou dolosamente, inclusive por sugestão de terceiros: **Falas Memórias**; item 9.13.5), separa o "conjunto de dados relativos aos fatos" do "conjunto de inferência decorrentes dos fatos". A distinção operacional é sutil. A fonte humana, ao evocar a **Memória**, reproduz a "última versão consolidada". Se não houver a intervenção do agente processual para o fim de isolar as versões, diferenciado o "suporte de realidade" do conteúdo dos dados e/ou conclusões incrementadas à versão original, a última versão funciona "como se fosse" a primeira. A distinção entre o "original" e o "incrementado" é relevante, na medida que o isolamento funcional da impressão originária (independente; primeira), das sucessivas (dependentes; subsequentes), em regra, contém conjuntos não equivalentes de dados e informações de realidade;

48) Indicadores: (conteúdo do depoimento a partir de ***Antonio Manzanero***): O mapeamento das variáveis pode contribuir no planejamento da ordem dos questionamentos, identificando-se os pontos fortes e fracos (**SWOT**). Exemplificativamente: **I) Condições Perceptivas**: **a)** percepção da cor; **b)** mudanças de luz; **c)** percepção de objetos; **d)** distância, perspectiva e frequência; **e)** percepção do movimento; e, **f)** percepção auditiva. **II) Informação de Características Especiais**: **a)** duração, **b)** cor; **c)** velocidade; **d)** datação; e**, e)** detalhes frequentemente omitidos (os aspectos centrais tendem a ser mais recordados do que os periféricos); **III) Familiaridade e Frequência**: **a)** itens e ou objetos conhecidos ou novos; e, **b)** eventos repetitivos ou eventuais (testemunha reiterada ou não); **IV) Tipos de Evento**: **a)** violentos pessoais (em que foi afetado, direta ou indiretamente); **b)** violentos de familiares e amigos (em que os afetados são de círculo próximo); e, **c)** terceiros (em que se foi testemunha do fato);

49) Depoimentos "Muito" Completos: *Prima facie* faz diferença as declarações de testemunha ocular ou de ouvir dizer? Os modos de indagação são os mesmos? A preparação não poderia ser diferenciada? Indagar policial que participou da operação e da prisão se dá do mesmo modo do que lavrou o flagrante? As diferenças de lugar, capacidade de apreensão, variáveis pessoais, ambientais, recompensas devem ser considerados no momento de estabelecer os questionamentos. Como o declarante deve narrar somente o que viu, ouviu ou sentiu, desde seu lugar, o relato deveria ser fragmentado. Quando a narrativa é muito completa, a tendência é a de que tenha ocorrido acréscimo/sugestão de informações de terceiro, mídia etc., pelo qual o sujeito pode narrar uma história com início, meio e fim. Esse modelo de perfeição pode aparentemente seduzir, mas é o sintoma de que o sujeito diz mais do que viu, ouviu ou sentiu. E isso pode ser grave, por isso a importância do contexto e da linguagem

não verbal**.** Seria importante acompanhar o trajeto da testemunha, o modo como se apresenta e, principalmente, a qualificação, justamente para poder auxiliar no estabelecimento dos padrões de comportamento. Além disso, podem ocorrer ilusões cognitivas, ou seja, a percepção é alterada por erros de perspectiva. No caso do "Gorila Invisível" (confira o vídeo no site do Guia ou no meu no *YouTube*), os observadores se focam na missão dada e a percepção é parcial. Logo, a prova testemunhal é a visão de uma perspectiva da conduta, não é onisciente, nem onipresente. Salvo quando o sujeito assistiu à cena desde o início e acompanhou o desenrolar, situação rara, o depoimento crível é fragmentado, embora depois narrado como se fosse uma história. Contar depois sempre é mais fácil (heurística retrospectiva);

"Não é muito difícil perceber esse tipo de comportamento. Muitas vezes, a representação parece perfeita demais e nada espontânea. As pessoas se sentem à vontade quando estão dizendo uma fala preparada antecipadamente. Se você quiser descobrir como elas se comportam quando não têm a oportunidade de se preparar, retire esta vantagem delas. Tire-as de sua zona de conforto e coloque-as em seu campo". **Jo-Ellan Dimitrius e Mark Mazzarella**

"Para a construção de um padrão comportamental é possível realizar diversas perguntas de cunho pessoal. Tais questionamentos geralmente serão respondidos de maneira espontânea e natural, facilitando um delineamento do perfil do narrador. As perguntas mais utilizadas nos tribunais por Jo-Ellan e Mark são: i) Onde você nasceu?; ii) Onde foi criado?; iii) Qual sua atividade profissional?; iv) Qual atividade profissional dos seus pais?; v) O que faz nos tempos livres?; vi) O que gosta de assistir?; vii) Quais os objetivos pessoais para os próximos anos?; viii) Qual era seu sonho profissional quando criança? ... Tais perguntas são importantes para que se conheça o narrador e realizar seu insight. Outros sinais importantes a serem analisados durante uma narrativa (por isso é importante o contato prévio, no momento da qualificação da pessoa) são as expressões de raiva, medo e hostilidade. Segundo Jo-Ellan e Mark podem ser constatados os seguintes padrões: i) rosto ou olhos vermelhos; ii) braços ou pernas cruzadas; iii) respiração curta e rápida; iv) repetição de frases; v) mandíbula cerrada ou lábios apertados; vi) tremor ou braços frenéticos; vii) riso falso ou sarcástico; viii) interromper a fala de outrem". **Priscila de Oliveira Margraf e Alencar Frederico Margraf**

50) Metodologia Operacional: Assumimos que a noção de **contexto** é construída (negociação objetividade e subjetividade; vide item 8.4). O relato apresentado pela fonte humana tende a receber adjetivos para além do objeto (a coisa) e do verbo. O esforço tático será o de: **a)** solicitar e/ou limitar o conteúdo do relato aos aspectos objetivos (coisa e verbo: sinais), dispensando-se os adjetivos (ruídos); **b)** situar (mais ou menos) a data ou a cronologia em que a fonte extraiu conclusões novas em face do evento (as sucessivas inferências); e, **c)** isolar o que é "percepção do evento" do que é "ajuste da percepção do evento";

51) Depoimento Como se Fosse História em Quadrinhos: Todos nós já lemos histórias em quadrinhos (livro, gibi, prospectos etc.), em que a forma indica a cronologia dos eventos. Por mais básico que possa parecer, a utilização da metáfora dos quadrinhos reduz a sobreposição da sequência dinâmica da percepção do evento. O **enquadramento** situacional da testemunha (observador da realidade e do evento, desde um lugar fixo, provido de aspectos cognitivos e emocionais), relatada na forma de sequência de quadrinhos, possibilita que se isolem as condições de apreensão da realidade (p.ex. se a testemunha estava de costas, não pode ter "visto", mas apenas "ouvido"). A forma do questionamento se altera. Antes de se perguntar sobre o que a "testemunha viu", será preciso identificar o "lugar de onde viu", as circunstâncias do "contexto em que viu", para somente então, sem adjetivos, indagar-se: "Considerando que a testemunha estava 'exatamente' no local X, fazendo Y, sob as condições Z (estado emocional e foco de atenção no momento do evento), descreva-me, por favor, "como se fosse uma história em quadrinhos", a sucessão cronológica do que foi percebido (não as suas conclusões)?";

52) Contexto da Pergunta: O contexto muda o sentido das perguntas e das respostas. Por isso a importância da singularização do depoimento, atentando-se às mínimas variáveis, dado o efeito borboleta. Até porque a afirmação só pode ser verdadeira em determinado contexto. A capacidade de antecipação das respostas, dos mecanismos de recompensa, bem assim as dificuldades cognitivas, deve orientar os agentes no estabelecimento de suas táticas de produção probatória. A assertiva de que "o acusado é um

monstro", dentre outras avaliações subjetivas, embora vedadas, acontecem no processo penal e será necessário estar preparado para especificar, com tranquilidade, eventuais desvios táticos. Afirmações genéricas devem ser especificadas. Por exemplo: – os bens foram subtraídos? Que bens especificamente foram subtraídos? – Acho que foi ele. O que significa especificamente "acho"? Tudo isso para situar, o mais próximo possível, a testemunha/informante no momento que testemunhou os fatos de que diz saber. Por isso deve-se perguntar de onde vinha, com quem estava, de que ponto viu os fatos, quando começou a ver, a conduta já havia se iniciado, conversou com alguém na cena do crime, falou com os policiais e/ou vítimas e/ou testemunhas depois do evento etc. Somente assim será possível separar o que decorre da percepção do que é imaginação ou informação incrementada pelo desenrolar posterior das investigações;

"Quando a pergunta é muito agressiva, a resposta também tem que conter certa agressividade, embora em níveis razoáveis. A resposta tem que devolver a bola para o autor da pergunta e transferir-lhe o ônus da prova, fazendo com que justifique os pressupostos de sua pergunta". **Douglas Walton**

53) Ambiente e Abordagem: **Entrevistas Cognitivas** podem melhorar a qualidade da informação, promovendo liberdades e, por outro, dependendo da forma como sejam conduzidas, violar garantias. Para além: as práticas judiciais podem estar absolutamente distantes daquilo recomendado na literatura mais atual sobre o tema. Quando pensamos na abertura de uma audiência de inquirição de testemunhas, normalmente o primeiro ato é protagonizado pelo Juiz, quando alerta sobre as penas previstas para o crime de falso testemunho. Começamos mal. Muito mal. Em um ambiente naturalmente opressor como são os fóruns, tal aviso pode significar a necessidade inafastável de dizer algo. Ao custo de liberdades. Especialmente para não passar por omisso, mentiroso ou criminoso. Um dos grandes objetivos da utilização da técnica da Entrevista Cognitiva (EC) é atenuar algumas das dez falhas mais comuns dos entrevistadores forenses:

1) não explicar o propósito da entrevista;
2) não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista;
3) não estabelecer rapport (a empatia e confiança entre entrevistador e entrevistado);
4) não solicitar o relato livre;
5) basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas;
6) fazer perguntas sugestivas/confirmatórias;
7) não acompanhar o que a testemunha recém disse;
8) não permitir pausas;
9) interromper a testemunha, quando ela está falando; e
10) não fazer o fechamento da entrevista.

54) Ambiguidade: A pretensão de alguma das partes ou do julgador em relação à ambiguidade do conteúdo das declarações é variado: depende do caso. Ao mesmo tempo que, *a priori*, todos os envolvidos desejam reduzir a ambiguidade, não podemos excluir o potencial uso de descrições genéricas, intangíveis e flexíveis (especialmente sobre distância, altura, peso, idade, local, tempo, participantes etc.).. A defesa pode sustentar a absolvição, enquanto o acusador e, talvez o julgador, possam se valer justamente da ambiguidade para o fim de atribuir responsabilidade

pessoal. Em geral, se o comportamento for **oportunista**, a metodologia é a se "selecionar" a leitura conforme à Hipótese Acusatória, relevando a "generalidade" ou a "intangibilidade" ao número de ocorrências que atende (se for agente público) e ao tempo decorrido (em qualquer caso). A distinção de peso ao que "convém" opera por mecanismos cognitivos, nem sempre dolosos (**Dissonância Cognitiva**);

"A pesquisa de Marcelo Semer também serve a denunciar o caminho aberto que a heurística da satisfatoriedade encontra entre nossos julgadores. A palavra do policial eleva-se ao máximo objeto de satisfatoriedade nos processos de tráfico de drogas. Em 800 sentenças, colhidas em 8 estados diferentes, 315 municípios, proferidas por 665 juízes ao longo do período compreendido entre 2013 e 2015, é impossível fechar os olhos para o valor conferido à palavra do policial. O juiz brasileiro entende que a palavra do policial deve prevalecer "à luz da dignidade e da importância da função que exercem", por serem "possuidores de boa-fé", porque são "pessoas sérias e idôneas", porque têm "especial credibilidade". O policial sempre fala a verdade, enquanto o réu sempre mente. Incoerências no relato do policial são tidas como "pequenas discrepâncias"; presentes nos depoimentos do acusado são sinais indubitáveis de "notáveis divergências". A presunção de veracidade de tudo o quanto é afirmado pelo policial destoa, de modo manifesto, a mínimas exigências de racionalidade na valoração das provas. Com isso, não estamos aqui afirmando que o policial sempre mente (o que seria equivalente a tentar justificar uma presunção de mentira), mas estamos sim, colocando em destaque a distinção que nunca deve se perder de vista entre a alegação de um fato e o fato mesmo. O que é afirmado por alguém deve ser corroborado por elementos probatórios diversos e independentes. Ainda mais em tempos de tantos avanços tecnológicos capazes de determinar com mais acurácia os fatos que ao direito parecem relevantes". **Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa**

55) Pescaria Seletiva e Pequenas Divergências: Na colheita de depoimentos enviesados a **pescaria seletiva** de sentidos seleciona as fatias/partes que confirmam as certezas pressupostas, não raro, retoricamente justificadas como: "pequenas divergências que não prejudicam o conteúdo principal". Em geral, o argumento é oportunista e serve para justificar a ausência de coerência e consistência do conteúdo do depoimento. A questão é justamente a de que se deve duvidar todo o tempo e dar uma chance para a única presunção existente no processo penal: a de inocência.

56) Preservação dos Direitos e Dignidade da Vítima e Testemunhas: A preservação dos diretos da fonte humana, seja vítima ou não, é atribuição do juiz na condução da audiência. A exigência de respeito, objetividade, a forma e o modo com que os questionamentos são formulados decorrem da função de garantia da lealdade e da justa expectativa da vítima (CPP, art. 201, §6º) ou dos depoentes de não terem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem atingidas pelo comportamento oportunista das partes;

57) Inversão da Ordem (acusação e defesa): A ordem de oitiva das testemunhas/informantes inicia-se com as de acusação e depois as de defesa. O motivo é que a prova para contrapor a acusatória deve vir, cronologicamente, depois de encerrada as de acusação, salvo carta precatória/rogatória. Caso não tenha comparecido alguma de acusação, pode a defesa concordar com a inversão da ordem expressamente, sem que se constitua nulidade (STF, HC 95.786; STJ, HC 83.758). A inversão de depoimento abonatório ou independente ao faltante de acusação, pode significar atitude cooperativa e auxiliar nas jogadas futuras. Entretanto, deve ser analisada em cada contexto processual. Os Tribunais, de regra, valem-se do mantra da ausência de prejuízo para rejeição do argumento (STJ, HC 24.869), embora existam julgados reconhecendo a nulidade (STJ, HC 153.140 e HC 121.216). O que deveria prevalecer: sem a concordância da defesa não se pode inverter a ordem em face do devido processo legal. Se pode inverter a ordem, qual o motivo de sua existência? A manipulação das premissas é manifesta. Todavia, se a defesa não concorda com a inversão e, depois, cuida-se de testemunha meramente abonatória, a credibilidade do agente defensivo é prejudicada. Para negar a inversão deve-se ter fundamento tático, porque não colaborar gera os efeitos negativos da ausência de cooperação;

58) Intervenções Orais:

devem ser assertivas, diretas, encadeadas e coerentes. Por isso, a preparação é muito relevante, afinal de contas ninguém presta a atenção em agentes que demonstram não conhecer (muito bem) o caso e se

perdem em páginas, provas, desconhecendo detalhes do objeto sob julgamento. Assistir agente amador é uma chatice sem fim. Claro que podemos nos esforçar para prestar a atenção, mas será menos efetivo. Devemos evitar ao máximo a sensação de tempo perdido. Precisamos **otimizar** as oportunidades de intervenção, evitando prolegômenos abusivos (não é a abertura de *Games of Thrones*), os elogios efusivos (salvo se forem verdadeiros em face do histórico pessoal e/ou os julgadores forem vaidosos), privilegiando-se os pontos essenciais, a demonstração direta das inferências lógicas e dos argumentos, em linguagem bem articulada, coerente e aderente aos "fatos provados". A insistência em negar "fatos incontroversos" ou "suficientemente provados", tende a reduzir o impacto argumentativo (explicativo) subsequente. Sob pena de perda de credibilidade (no caso e no futuro), devemos verificar o que é **essencial** e o que é **supérfluo** (controverso e incontroverso), tomando o cuidado de evitar a identificação, pelo julgador, de omissões de aspectos relevantes (lacunas argumentativas). Ademais, a invocação de doutrina e jurisprudência deve ser moderada, porque a leitura do dispositivo legal ou de excerto doutrinário, salvo se for novidade, tende a ser entendido de modo adverso, afinal de contas, dá a impressão de que o julgador "não conhece" ou "não domina" o material jurídico. Se o cliente de um advogado, por exemplo, no momento da primeira consulta, traz o CP, o CPP e doutrinas, solicitando que o defensor leia em voz alta o material apresentado, indica que não confia e/ou duvida do seu conhecimento. Em geral, ler o dispositivo legal e/ou reproduzir doutrina e jurisprudência desvia a atenção consciente do julgador, além de poder ser entendido como ação que o desqualifica tecnicamente. A mesma lógica se aplica em escritos (alegações), ainda mais que no processo eletrônico será necessário deslizar a tela (quando mais se demorar para abordar o caso, em suas circunstâncias, mais ruído e menos sinais são apresentados);

59) Observação em Tempo Real: Se a atividade judicial demanda interação, devemos estar atentos para o fato de o "excesso de confiança" impede que tenhamos a humildade de reconhecer que podemos sempre aprender observando a atuação de outros agentes processuais. Aprender com os erros e acertos dos demais casos exige o custo de oportunidade de "assistir" o desempenho da interação em tempo e em situações reais (constatamos o que funciona ou não, sem maiores riscos). A sugestão é a de compreender a estrutura do jogo em abstrato e poder traduzi-lo em concreto. A suposição mais desastrosa – e ingênua – é a de que sabe atuar e que não é preciso aprender mais e sempre com as sutilezas do contexto. Não se nasce um excelente agente processual; torna-se (e não há milagre);

60) Erros e Acertos: Perder um Caso Penal pode ser o momento de recapitular os momentos anteriores e, mesmo que imaginariamente, pensar em caminhos e escolhas táticas realizadas. Sempre se aprende com os erros. A vitória confere o regozijo e a sensação de êxito. Comemora-se, mesmo que internamente. Também nessa hipótese deve-se reconstruir

o caso para saber em qual etapa se poderia ir melhor. A reavaliação da árvore/grafo do jogo sempre é um momento de reafirmação das escolhas corretas e das arriscadas. Alguns não sabem perder e podem contaminar os jogos futuros. Comemorar a vitória na frente dos oponentes nunca – nunca mesmo – será uma postura elegante e/ou inteligente. Lembremos que o jogo pode não ter memória, mas os agentes sim. Manter uma reputação forte por parte do Ministério Público exige que peça a absolvição quando não houver prova suficiente. Insistir na condenação, mesmo sem prova, mas por convicção, gera efeito nos jogos futuros. O jogador de acusação que pensa nas rodadas futuras pode criar a reputação de que somente requer a condenação em casos seguros, abrindo espaço para o blefe. Quem sempre pede a condenação tende a ser desacreditado pelo julgador.



9.13.5 Falsas Memórias: Por uma Cadeia de Custódia da Memória

1) Mentiras Sinceras: Assumimos que os pares são: **a)** Verdade e Falsidade; e, **b)** Sinceridade e Mentira. A memória, ademais, é: **a)** contextual, a depender de diversos fatores ambientais e pessoais do observador; **b)** atualiza-se com o tempo em face do posterior incremento de dados e/ou informação; **c)** ajusta-se o sentido atribuído diante dos novos dados e/ou informações; e, **d)** a reeiscrição não é percebida pelo agente. Se no **contexto de aquisição** da memória a percepção da realidade é atribuída pelo conjunto de conhecimentos, crenças e ideias do observador em relação aos dados ambientais, as distorções (falhas) podem ser múltiplas (p.ex. as relações de causalidade dependem da teoria de suporte). Além disso, em seguida, a memória *a priori* pode sofrer alterações pessoais ou sugeridas (culposa ou dolosamente) por terceiros. Em todos os casos referidos, o atributo sinceridade está presente, afinal o "discurso sobre os fatos" evocado pela fonte humana é aderente ao conteúdo disponível na memória. Trata-se de "mentira sincera", em que o emissor, de fato, acredita estar se referindo à realidade percebida;

"As FM [falsas memórias] podem parecer muito brilhantes, contendo mais detalhes, ou até mesmo mais vívidas que as memórias verdadeiras (MV). [...] as FM não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes às MV, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica [...]. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras, pelo fato de as FM serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade. As FM são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória." **Carmem Beatriz Neufeld, Priscila Goergen e Lilian Milnitsky Stein**

2) Falsas Memórias e Mentira: Enquanto a mentira decorre da decisão consciente de alterar o conteúdo da memória, na sinceridade, a testemunha evoca sem ânimo de manipulação, o conteúdo da memória que está distorcido, por ato voluntário culposo ou sugestão de terceiro;

3) Mentiras sinceras me interessam, mesmo ocasionais: Quando sua/seu companheiro/a volta com o cabelo cortado e pergunta: – Ficou bom? A sua resposta pode variar conforme o contexto e talvez possa ser uma mentira adequada. Assim como "já estou saindo de casa", "a comida está ótima", "adoro esta música" ou mais especificamente no Direito, quando se indaga à vítima e/ou testemunha: – reconhece o acusado? Foi ele mesmo o autor da conduta. O modo e o contexto como as questões são formuladas podem alterar o resultado. Você está se preparando para o *Master Chef* – concurso de culinária – e a resposta mentirosa de

seu companheiro/a pode ser desastrosa, deixando de ser uma mentira adequada, salvo se você quiser perder. Assim, a mentira longe de ser reprovável acaba sendo um padrão de convivência, muitas e muitas vezes utilizada no Processo Penal para omitir condutas, subtrair informações relevantes, principalmente pelo uso do "não me lembro", "são muitas ocorrências", "faz bastante tempo e atendemos muitos casos ", como acontece em depoimentos policiais. Tudo isso pode ser verdade – não se recordar, não se lembrar, atender muitas ocorrências – mas serve de álibi cognitivo aceito pelos demais agentes processuais. Pode-se mentir de forma sofisticada ou tosca e a nossa capacidade de percepção aumenta as ferramentas do jogo, especialmente a leitura corporal e os fatores não verbais, afinal de contas nos interessa não só o que dizem, mas como e em que contexto dizem**.** Uma vítima pode ser acuada a reconhecer em face dos fatores advindos do contexto e depois o viés confirmatório opera, muitas vezes na modalidade de falsas memórias;

"É frequente que o mentiroso ocasional pense um pouco em sua mentira, e assim ela pode ser lógica e coerente com o resto de sua história. Por ser bem pensada, você provavelmente não conseguirá descobrir a mentira por seu conteúdo ou contexto, ou pela informação de terceiros. Na verdade, o mentiroso ocasional raramente irá mentir sobre algo que possa ser facilmente verificável. Consequentemente, ao lidar com um mentiroso ocasional, você precisará se concentrar nas diversas pistas visuais e verbais que ele lhe dará". **Jo-Ellan Dimitrius e Mark Mazzarella**

4) Definir: A falibilidade da memória humana, da sugestão, da manipulação e dos equívocos, é tema cada vez mais presente no campo do Direito, especialmente pela interlocução com outros campos do saber, especialmente a psicologia e a neurociência. A memória se articula entre aquisição, armazenamento e lembrança/recordação**.** Degrada-se pelo fator tempo e outras causas internas/externas. Não se trata de testemunhos mentirosos, inventados, mas de testemunhos em que o declarante acredita, de fato, que está dizendo a verdade. Entretanto, por diversos mecanismos de sugestão, esquecimento, as falsas memórias se fixam e são afirmadas como certeza lancinante. As **Falsas Memórias** podem ser definidas como recordações de eventos que não ocorreram e que, todavia, passaram a ser realmente vividos como verdadeiros no imaginário dos declarantes. Podem ter sido criadas pela mixagem entre recordações verdadeiras e sugestões de terceiros, dolosas ou não. De regra surgem de maneira espontânea ou são implantadas/sugeridas. Daí que sendo a prova testemunhal uma das mais utilizadas, não se pode descartar os efeitos das falsas memórias, especialmente no depoimento infantil e nos reconhecimentos de pessoas;

"As falsas memórias são típicas do próprio funcionamento da mente humana, e tem-se por ingênua a crença na possibilidade de os mecanismos da memória formularem representações fidedignas da realidade passada, isentas de informações falsas. Além disso, por maior que seja a cautela no momento da colheita das provas que dependem de testemunhas, evidentemente inexiste um rito procedimental apto a eliminar toda a ampla variedade de informações externas e os processos mnemônicos endógenos que fazem com que as testemunhas apresentem falsas recordações". **Márcia de Moura Irigonhê**

5) Para Além dos Pares: A testemunha pode ser sincera e, mesmo assim, evocar conteúdo distorcido. Devemos saber separar os pares: **a)** Verdade e Falsidade; e, **b)** Sinceridade e Mentira. São posições subjetivas diversas. O maniqueísmo entre verdade ou falsidade, desconsiderando mentira e sinceridade, como pares complementares, em face do apurado no dispositivo do processo, escamoteia as limitações cognitivas de todos nós, afinal de contas podemos não saber, de fato, algo, mas nem por isso estarmos mentindo. Logo, o horizonte de sentido que a testemunha/informante pode enunciar não decorre do domínio de todo curso de conduta imputada. Pode estar vinculado a um aspecto específico e, todavia, ser compelido a dizer mais**.** É muito comum uma testemunha que ouviu o barulho do impacto de veículos afirmar que viu o acidente

quando, na verdade, apenas pode perceber depois de virar a cabeça, ou seja, diante da situação verificada, imagina retrospectivamente "como deveria ter sido o acidente", sem que tenha visto. O problema é que afirma com tanta certeza que o trabalho dos jogadores é mais complexo. Por isso será necessário posicionar a testemunha, dividir em camadas sua apreensão cognitiva, para somente então, pode estabelecer os critérios de confiabilidade**.** As táticas acusatória e defensiva, a partir de então, podem ser diferenciadas, justamente porque o esclarecimento de detalhes relevantes pode retirar a credibilidade. O importante é que a interpretação das sensações sempre passa pelo filtro subjetivo do sujeito e suas (in) capacidades cognitivas;

"Fornecemos também o que nos parecem explicações plausíveis para esses fenômenos. Se a percepção é considerada como uma sequência de reações (internas), nesse caso um padrão é percebido é um padrão aprendido. Se o aprendizado pode ser considerado como um processo seletivo, a percepção também o pode ser, dizendo esta a respeito a mecanismos semelhantes de seleção, isto é, a facilitação de certas ligações nervosas e a inibição de outras. Além disso, já que a formação de padrões selecionados é geralmente um processo gradual (como o é quase todo aprendizado), a modificação da percepção acarreta um reaprendizado". **Robert J. Sternberg**

6) Dificuldades de Detecção da Falsa Memória: Reconhecida a existência do fenômeno, as dificuldades de isolamento e identificação são complexas porque, em geral, o discurso emitido atende aos critérios de **credibilidade** e de **fiabilidade**. A sinceridade da fonte humana é verdadeira, isto é, a memória, para ela, não foi modificada, nem manipulada ("viu com seus próprios olhos"). Lembramos de situações de nossa infância que são de impossível recordação, mas que de tanto ouvirmos contar somos capazes de narrar como se tivéssemos sido testemunhas**.** Esse mecanismo de conseguir narrar sem ter vivenciado é humano já que a memória é construída e não uma câmera fotográfica. A mentira, porém, é atitude dolosa (com o fim especial) de inventar/imaginar um curso narrativo e manter a capacidade de coerência e recordação. Daí ser mais complicado mentir, ou seja, exige maior dispêndio de esforço mental, controle da linguagem corporal e construção/monitoramento de mecanismos para evitar ser desmascarado. Em contextos criados/inventados, as possibilidades de vazio e de furos narrativos são maiores. Por isso quando mais complexa for a mentira, mais fácil de ser descoberta por quem domina táticas adequadas (uso dos contextos de aquisição e de evocação, via mapeamento, p.ex.)**.** Inexiste um mecanismo ou teste capaz de apontar as falsas memórias, justamente porque o enunciador acredita, piamente, que está falando a verdade. Diferente da mentira, as falsas memórias são de difícil constatação, principalmente quando sugeridas indiretamente e atualizadas na memória**.** As decisões judiciais começaram a acolher a ocorrência diante de manipulações da cadeia de custódia e da inobservância das regras de obtenção de provas, como é o caso do reconhecimento e das perguntas sugestionáveis que contaminam o conteúdo. Não se trata de argumento que deve ser banalizado, com invocação em qualquer contexto, dadas as especificidades;

"Como produzir uma sentença criminal mais compatível com os fatos ocorridos? A primeira exigência para isso é: produzindo provas fidedignas com o fato praticado e aceitar que as pessoas podem sofrer de falsas memórias e de sugestionabilidades. A segunda exigência é: analisar as provas testemunhais e as narrativas pessoais de modo que sejam constatadas irregularidades com os fatos informados ao interlocutor. A terceira exigência é: observar atentamente todos os traços pessoais de quem está descrevendo os detalhes do suposto crime. A quarta exigência é: reconhecer que as pessoas emitem expressões corporais não verbais que podem solucionar os casos em que existam somente provas testemunhais contraditórias. A quinta exigência é: realizar uma análise cautelosa da linguagem corporal emitida pelo narrador em todas as fases da persecução criminal, ou seja, desde a prisão, da audiência de custódia e da audiência de instrução e julgamento, para poder construir um padrão comportamental do narrador, principalmente quando o ilícito não deixa outras provas senão as orais (testemunhais e depoimentos)". **Priscila de Oliveira Margraf e Alencar Frederico Margraf**

7) Erros Cognitivos: Nossa memória trabalha com três processos básicos: aquisição, consolidação e evocação. Entre essas fases podem surgir diversos fatores a alterar o que restará de lembranças. Não apenas dificuldades cognitivas podem influir no surgimento de falsas memórias, como também sugestões externas podem contribuir, até mesmo o modo como as perguntas são formuladas**.** Aqui é preciso estar atento não apenas

a distratores que atuam em nível micro como também macro, dentre eles as mídias, incluídos aqui os compartilhamentos instantâneos das redes sociais. Na era da pós-verdade, as fontes inidôneas podem transformar realidades (*Fake News*, por todas). O fenômeno das falsas memórias deixou de ser uma novidade. Boa parte dos juristas que se atualizaram sabem que a memória não é um filme, muito menos uma fotografia do passado. As pesquisas com neurociência destruíram essa crença infantil, ingênua e sedutora. Sabe-se que a formação de memórias é dinâmica e depende de muitas variáveis, conforme sublinhei juntamente com Gustavo Noronha de Ávila. Os estudos demonstram: nossa memória não funciona como um gravador de vídeo que possa ser rebobinado e reprisado. Nossas memórias são cambiáveis e superpostas. Mais: Falsas Memórias das mais diversas têm sido implementadas. De abdução de *aliens*, beijos em sapos a até mesmo um pedido de casamento feito a uma máquina de "latinhas" da Pepsi, não parece haver limite para as distorções.

"Nos processos que tentam a (re)construção do fato criminoso pretérito, podem existir artimanhas do cérebro, informações armazenadas como verdadeiras, ou induções dos entrevistadores, de outras pessoas e/ou da mídia que, no entanto, não condizem com a realidade. Estas são as chamadas falsas memórias, processo que pode ser agravado, quando da utilização de técnicas por repetição, como as empregadas de forma notória no âmbito criminal. Falsas memórias consistem em recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram. A interpretação errada de um acontecimento pode ocasionar a formação de falsas memórias. Embora não apresentem uma experiência direta, as falsas memórias representam a verdade como os indivíduos as lembram. Podem surgir de duas formas: espontaneamente ou através de uma sugestão externa". **Gustavo Noronha Ávila**

8) Monitoramento e Inferência Reversa: O monitoramento do trajeto das fontes de informação pode ajudar a compreender que a sensação primária sofre no processo de armazenamento constante atualização, ou seja, os fatos vivenciados são constantemente incrementados por novas informações que fazem com que a percepção se modifique, em geral, na busca de consonância cognitiva: uma narrativa plena de sentido. A recordação parece ser a primária, mas acaba sendo a primária somada a incrementada e não somos, na maioria dos casos, capazes de diferenciá-las, daí a possibilidade de falsas memórias, por meio das quais o sujeito acredita, piamente, estar dizendo a verdade, "a sua verdade", já que toda memória, em potência, tem algo de falso. A inferência reversa (de trás para frente), pode auxiliar na identificação dos erros.

9.13.6 Tecnologia e Prova Testemunhal (Programas e Detector de Mentiras)

1) Horizonte Tecnológico 4.0: A constatação de que boa parte do saber jurídico está em vias de se tornar obsoleto, os agentes processuais, em geral, desconhecem a forma como o mundo se transformou, ainda que os sintomas possam ser verificados contexto diário, com o uso de novas tecnologias ao acesso das mãos, no caso, do *smartphone*. Do Direito Automatizado ao **Direito Digital (4.0)** o passo foi muito rápido, exigindo-se atualização constante de quem pretende "sobreviver". A nova fase digital é impulsionada por um conjunto de tecnologias **disruptivas** como robótica, inteligência artificial, realidade aumentada, *big data* (análise de volumes massivos de dados), nanotecnologia, impressão 3D, biologia sintética, criptomoedas e a chamada internet das coisas (IoT), em que cada vez mais dispositivos, equipamentos e objetos serão conectados uns aos outros por meio da internet. Algumas dessas inovações estão em sua fase de "infância" e ainda não mostraram todo o seu potencial.

A **Quarta Revolução Industrial** não se define por cada uma destas tecnologias isoladamente, mas pela convergência e sinergia entre elas. Está ocorrendo uma conexão entre o mundo digital; o mundo físico, que são as "coisas"; e o mundo biológico, que somos nós, enleados aos mecanismos do processo judicial. Em breve, inegável a inserção, de modo avassalador, de grande quantidade de mecanismos produtores de dados que no horizonte das práticas judiciais. No campo da prova penal as possibilidades de novas aplicações, correlações e inferências é potencializado pelo uso de máquinas. Com *Daniel Boeing*, *Bárbara Guasque*, *Alexandre José Mendes*, *Luiz Eduardo Cani*, *Ademir Piccoli* e *Izaías Otacílio da Rosa*, no ambiente da Universidade (UNIVALI – *SpinLawLab*), pesquisamos a temática. O que apostamos é que o futuro (que já chegou) dependerá muito da atitude pessoa dos agentes processuais em buscar novas condições de aplicabilidade no ambiente probatório;

2) Defasagem das Normas Jurídicas Analógicas: A teoria do direito reconhecia um *delay*/atraso na produção de normas em face da sociedade, situação que se potencializa com a velocidade e poder cognitivo da tecnologia. O aparato normativo não dá conta de regulamentar todas as possibilidades de manejo/aplicação, exigindo-se sempre a análise dinâmica da violação de direitos e garantias individuais. Como o mundo virtual não respeita as fronteiras dos países, pode-se deslocar a base de funcionamento de máquinas para outros locais ou mesmo na nuvem, "escapando-se" dos limitadores normativos impostos pelos Estados. A questão então supera as discussões do Estado-Nação para impor a realidade de que os instrumentos de controle social são, em sua grande maioria, defasados. A tecnologia é onipresente e com a internet das coisas (IOT) a tendência é de que sensores potencializem o monitoramento das atividades cotidianas;

3) Novas Fronteiras de Conteúdo Variado: O derrubamento das fronteiras operado pelo desbravamento digital implica em repensar as coordenadas do mundo e, no jurídico (*Rui Cunha Martins*), justamente porque subverte grande parte do modo pelo qual o conhecimento jurídico era produzido e aplicado, associando dispositivos inteligentes capazes de apoiar decisões no espaço do processo penal. produzir decisões. Essa perspectiva **disruptiva**, sob efeito da Mundialização, Ciberespaço, biotecnologias, *Big Data*, *Jurimetria*, *Machine Learning*, *Deep Learning*, *Analytics*, Inteligência Artificial (com *Daniel Boeing*, *"Ensinando um Robô a Julgar*), dentre outras novidades, impacta diretamente o processo penal. Por isso a urgência de pensarmos novas estratégias de enfrentamento da questão digital, com a ressignificação do suporte teórico e habilidades operacionais. Trata-se de conhecimento transdisciplinar em que as tendências se mesclam das mais variadas formas, exigindo, por um lado, certa flexibilidade conceitual e, de outro, o estabelecimento de gramática mínima capaz de orientar os atores jurídicos no ambiente digital;

4) Heurística da Máquina: O perigo da matemática é que ela produz um número a ser consumido em apoio à decisão de modo automático (S1), sem que o raciocínio (S2), necessariamente compareça no processo decisório. A probabilidade inferida pela "máquina" tende a gerar a "heurística do sistema", em que mesmo não se dominando os pressupostos do algoritmo (metodologia e significância estatística da amostra de dados, p.ex.), o *score* passa a ocupar a função de "critério da decisão". Além disso, agentes oportunistas podem se valer de "evidências fracas" ou "enviesadas" para restringir direitos, como se verificou na utilização do COMPAS (EUA);

"O juiz do caso decidiu negar a liberdade provisória a Loomis, e o fez fundamentando a sua decisão exclusivamente no output de um software de um de avaliação de risco que era empregado já há um tempo nas cortes estaduais. Inconformado com a decisão, Loomis vai ao Judiciário pleiteando que lhe sejam informadas as razões pelas quais foi considerado uma pessoa perigosa. O seu pedido é negado e ele recorre à Suprema Corte de Winsconsin. O Corte também nega acesso às informações, sob a justificativa de que o software é proprietário. Loomis, então, recorre à Suprema Corte dos EUA que, podendo escolher as causas que julga (writ of certiorari) decide que o caso de Loomis não está maduro para decisão. Se o cenário já parece suficientemente ruim, fica ainda pior quando o referido programa, denominado COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), é um software privado, que funciona a partir de um algoritmo secreto, ao qual nem os juízes que o utilizam têm acesso. A situação mostra-se ainda mais sensível quando recebemos a informação de que uma ONG, a ProPublica, fez uma auditagem dos resultados do COMPAS e descobriu que ele estava enviesado contra negros. Então, só por ser negra, uma pessoa submetida à análise do COMPAS teria duas vezes mais chance de ser considerada uma pessoa de alto risco do que uma pessoa branca. Esse era exatamente o caso de Loomis". **Isabela Ferrari**

5) Vantagem Competitiva Digital: Diretamente: há profissionais que dominam e usam tecnologia no cotidiano forense e não "informam" no processo, justamente porque o uso silencioso, oculto, promove **vantagem competitiva**. Na aparência do cotidiano parece apenas mais um jogo processual com paridade de armas, embora nos bastidores, dado o potencial cognitivo, seja partida de categorias diferentes: profissionais e amadores em tecnologia. O desafio é o de conseguirmos nos situar no ecossistema tecnológico, evitando a manutenção de disputa desigual. O pior é que o mais fraco nem mesmo sabe da sua condição débil (acredita, ingenuamente, que está numa disputa igualitária). Talvez fosse o caso de se exigir, em cada intervenção (investigação e processo), que as partes informassem quais os "meios tecnológicos" utilizados, em nome da transparência e paridade de armas (p.e. a investigação utilizou o "*Watson*", o "*Luis*", o "*Cellebrite*" etc.);

6) Inércia Digital: A inércia digital faz com que a maioria dos profissionais do Direito espere que as soluções cheguem prontas, sem que se perceba a potencialidade do momento. Ademais, mesmo sem regulamentação rígida (mas flex: *Sandbox*), as inovações digitais estão por aí. A busca ativa por informações qualificadas para a ser o nosso desafio. Indicaremos, a seguir, algumas possibilidades de uso, iniciando pelo conhecido "Detector de Mentiras";

7) Detector de Mentiras: A influência dos filmes e séries americanos faz com que muitas vezes se indague pela ausência de detectores de mentira nas delegacias e audiências. O polígrafo é incapaz de detectar mentiras, mas sim oscilações de comportamento em face de séries de respostas a perguntas padrão, mas com alto índice de manipulação, tanto assim que a Corte Suprema Americana, em 1998, manteve a rejeição de sua utilização como prova. Pode ser amplamente manipulado por drogas que diminuem o batimento e a ansiedade ou também se aplicado a mentiroso profissional, já que é possível aprender a mentir, acreditar na mentira e parecer verdadeiro. Aliás, muitas vezes o sujeito sequer sabe distinguir a própria falha de evocação da memória, como se dá, por exemplo, nas Falsas Memórias. Seria perfeita a possibilidade de um detector de mentiras como o *Pinóquio*. Mas isso é ilusão e, também no Brasil, o uso do polígrafo como meio de prova tem sido rejeitado, dadas a ausência de previsão

TJRS, HC 70066609934, (Desa. Jucelana Lurdes Pereira dos Santos): "Além de o detector de mentiras não ser prova prevista em lei e inexistir comprovação de sua eficácia, ninguém poderá ser compelido a submeter-se ao exame. Precedentes".

legal e de confiabilidade (viola o **Padrão *Daubert***). Atualmente se fala do uso de tecnologia para detecção de mentiras em face da observação das expressões faciais da fonte humana, ainda em fase de testes, reiterando as discussões sobre as possibilidades de manipulação e Falsas Memórias;

8) Cadeia de Custódia:

A documentação e operacionalidade da Cadeia de Custódia pode contar com recursos tecnológicos para ampliar as condições de auditabilidade, garantindo a integridade das evidências (analógicas ou digitais) arrecadadas durante a investigação criminal. É um campo promissor;

9) Uso de Realidade Aumentada e Recursos 3D: Memória é mais reconstrução do que reprodução. Nos iludimos de que nossa visão tira fotografias da realidade. Em geral não vimos boa parte do que olhamos, mas como acreditamos que só há o que conseguimos ver, o não visto está fora do havido (como se não existisse). Diferentes pessoas tendem a ver coisas diferentes olhando para a mesma cena. A reconstrução do contexto é importante para o fim de identifica eventuais "erros de continuidade". A apreensão da realidade depende tanto da capacidade de ver, quanto de fatores contextuais, em geral, difíceis de se isolar e superar. A reconstrução da cena do evento, com recursos tecnológicos (p.ex. em **3, 4, 5 D** ou **Realidade Aumentada**), situando o local em que a testemunha alega ter percebido o evento (campo de visão, distância, perspectiva etc.), associado a características pessoas (altura, limitações visuais etc.) e as versões apresentadas pelas demais fontes de prova, melhora a compreensão e a possibilidade de demonstração, especialmente ao julgador, das inconsistências e incoerências. Auxilia, também, na separação do que foi, efetivamente percebido e o que foi incrementado, na linha da **Cadeia de Custódia da Memória**;

10) *Visual Law*: Apresentar a informação processual de modo a se fazer compreendido é o desafio cognitivo do processo penal. Não basta só canalizar informação qualificada. Será necessário escolher o modo pelo qual a informação será apresentada de maneira a fazer com que o julgador tenha a compreensão alinhada aos objetivos estratégicos. O potencial decorrente da "reconstituição digital do evento" é significativo. Os recursos de *Visual Law* também melhoraram a eficácia comunicacional, organizando a quantidade de informação de modo a nos "fazermos entender";

11) Reconhecimento Facial: A acurácia e a precisão dos algoritmos de reconhecimento de rostos/faces está cada vez mais "calibrada" em face da imensa quantidade de dados incorporada e ajustes, especialmente as decorrentes do viés racista apresentado em alguns modelos em utilização. Não se trata de erro do algoritmo e sim do modelo decorrente (os dados eram enviesados). Com a ampliação do banco de dados (imagens) e o poder das máquinas, em breve, a tendência é a de que, cada vez mais, tenhamos a invasão do "reconhecimento facial" no ambiente do processo penal. O efeito adverso, conforme apontam José Luiz Bolzan de Morais, Ana Luíza Colzani, Elias Jacob Neto, Keity Saboya, Paola Wojciechowski,

"Algoritmos, por operarem comparando e compondo dados, podem, sem dúvida, racionalizar a Cadeia de Custódia. Obviamente, alguns ajustes são necessários: a) é preciso criar um checklist oficial da cadeia de custódia digital (o qual deve ser incluído no CPP, pois o atual regramento dos arts. 158-A a 158-F parece-nos insuficiente para tratar da prova digital), em conformidade com manuais já desenvolvidos, mas que precisam ser amplamente discutidos na comunidade jurídica, técnico-especializada (peritos nas respectivas áreas de formação) e sociedade civil; b) é preciso que esses critérios sejam convertidos em dados analisáveis (texto, imagem ou som de qualidade) pelos algoritmos; c) esses dados devem ser os mais completos, claros e nítidos (qualidade do dado) possíveis; d) a verificação da Cadeia de Custódia é reserva jurisdicional, de modo que o trabalho realizado por algoritmos policiais e ministeriais usurparia indevidamente a jurisdição, logo só pode pertencer ao Judiciário; e) toda a atividade precisa ser supervisionada pelo juiz natural; f) eventuais resultados negativos (insuficiência, violação, ausência ou incompletude) servem para inadmitir a prova, ao mesmo tempo que os positivos ainda se submetem ao contraditório (não implicam na admissão automática da prova); g) toda decisão sobre Cadeia de Custódia deve ser fundamentada (art. 93, IX, CRFB; art. 315, § 2º, CPP) e, no caso de avaliação por algoritmo, tal circunstância deve constar expressamente na decisão para que as partes possam controlar; e g) eventual inconsistência entre a avaliação pelo algoritmo e o controle das partes (verificação do trabalho, com conferência entre informações da Cadeia de Custódia e o checklist oficial) deve implicar na inadmissão da prova". **Luiz Eduardo Cani e Alexandre Morais da Rosa**

"Imagine por um momento que, quando você for julgar/defender/acusar um caso de lesão corporal ou homicídio na direção de veículo automotor (CTB, artigos 302 e 303), poderia apresentar não só a narrativa, mas também a visão de cada um dos envolvidos (condutor do carro, vítima, testemunhas etc.), descortinando ao julgador o evento por via de realidade aumentada. No caso de dolo eventual (CP, artigo 121), aos jurados no tribunal do júri. A assimetria de informações, de versões, deixa de deslizar no imaginário para ganhar o componente da construção de realidades que serão vistas pelos olhos. O impacto cognitivo é avassalador, desde que benfeito e com sentido aderente. Para que não se confunda as coisas, realidade virtual (RV) é o que se faz nos videogames, em que a realidade é transformada de modo realístico, embora totalmente virtual". **Alexandre Morais da Rosa**

"Já o HoloLens está sendo experimentado para sobrepor informações relevantes durante a investigação forense, facilitando a vida dos investigadores na hora de montar as peças do quebra-cabeça de um crime. Outra aplicação do headset seria nas reconstituições de crimes em tribunais, um processo que atualmente envolve muita papelada e um encenação física do evento. Com a ajuda de um dispositivo de realidade aumentada, o juiz poderia ter uma noção exata do que aconteceu na cena graças a animações digitais e anotações explicativas". (CanalTech)

Túlio Vianna e Augusto Jobim do Amaral, dentre outros, é o de redução dos espaços de privacidade e de ampliação do controle social irrestrito;

12) Máquinas em Apoio à Decisão: A convivência com máquinas que decidem é uma realidade constante. A grande questão é saber como elas decidem e a partir de quais critérios? Mesmo não sabendo como decidem, provavelmente seguimos as decisões do *Waze* ou do *Google Maps*, isto é, aceitamos que o "aplicativo" delibere por nós (resolvem de modo mais acurado e preciso o PCV: Problema do Caixeiro Viajante). A tecnologia cada vez mais serve de apoio à decisão humana. Quando a tecnologia promove dados e informações em apoio aos humanos, não temos propriamente a decisão pela máquina, mas subsídios para tomada de melhores decisões (a Resolução 332, do CNJ, orienta no sentido da "supervisão" humana obrigatória). É a proposta do **RoadMapCrime**;

"É preciso o entendimento de quem mesmo a prova compreendida como 'a mais forte', na perspectiva do convencimento, não terá valor ou, pior, poderá acarretar uma condenação indevida, caso, por exemplo, a amostra de DNA não esteja diretamente ligada aos fatos e local do crime. Por conta da grande possibilidade de manejo e manipulação de maneira equivocada por indivíduos desqualificados ou inescrupulosos, a integridade da cadeia de manuseio é de curial relevância, o que significa total atenção aos detalhes, extremo cuidado e ampla documentação de cada fase de todo o processo que deverá ser conduzido por profissionais qualificados na técnica científica. Afinal, a apreciação de uma prova científica sem o adequado conhecimento técnico poderá acarretar erros grosseiros de interpretação dos resultados obtidos". **Yuri Felix e Alexandre Morais da Rosa**

9.13.7 Acareação

1) Função: Acareação é o mecanismo processual em que testemunhas, informantes, vítima e acusados podem, diante do conteúdo divergente e relevante do discurso "sobre os fatos" vinculados à corroboração da conduta imputada, podem ser confrontados. A pretensão é a de promover constrangimento entre os acareados. (CPP, arts. 229-230). Pode ser realizada durante a fase de investigação preliminar ou durante o processo judicial, inclusive por precatória;

2) Dinâmica: O procedimento consiste em reperguntar aos acareados o conteúdo dissonante, confirmando, ou não, o antecedentemente afirmado. Não se trata de nova inquirição. Indica-se a realização de depoimento filmado. O investigado/acusado não é obrigado a dizer a verdade. A acareação não engloba o perito, assistentes judiciais ou os agentes processuais jogadores/julgadores do processo penal. Em geral, pouco efeito representa, dada a tendência de confirmação das assertivas, motivo pelo qual só deve ser utilizado quando se tiver boas expectativas de êxito estratégico. O acareado pode, no contexto, mudar o conteúdo do depoimento anterior. A sentença pode se valer da acareação para o fim de declarar a ocorrência de falso testemunho.

STJ, HC 320.974 (Min. Reynaldo Soares da Fonseca): "O deferimento da acareação, exige a presença de dois pressupostos: 1) as pessoas a serem acareadas já devem ter prestado suas declarações perante o mesmo juízo e sobre os mesmos fatos e circunstâncias; 2) as declarações já prestadas devem ser divergentes sobre algum ponto relevante para a solução da causa, hipóteses não presentes no caso dos autos, já que a defesa pretendia acareação de policiais civis não arrolados como testemunhas por nenhuma das partes e que não foram ouvidos na fase judicial ou extrajudicial da persecução criminal sobre o alegado emprego de tortura contra o paciente, estando ausente o pressuposto da declaração divergente".

9.13.8 Template de Valoração da Prova Testemunhal

1) Prova Testemunhal: A testemunha evoca da memória (reinscrita, por definição) de três formas: **a) objetivamente** (descrição independente dos eventos que percebeu; **b) subjetivamente** (narrativa explicativa da causa-efeito do evento, a partir de seus conhecimentos, ideias e crenças; estabelece "a sua opinião do evento"; e, **c) construtivista** (a explicação decorre da negociação entre a percepção da realidade, os conhecimentos, ideias e crenças do agente, além das informações incrementadas por terceiros ou pela tempo de reflexão);

2) Vantagem: A tática de encadeamento das perguntas deve ser preparada em árvores/grafos (**Planos de Ação**), sabendo-se, de antemão, qual o curso de indagações, a saber, *'se a testemunha disser isso, em seguida pergunto isso; caso diga que não sabe, pergunto aquilo'*. A emboscada é uma tática bem coordenada que busca proporcionar, pela surpresa/trunfo, a derrota da credibilidade ou da fiabilidade da fonte humana. Será necessária certa dose de dissimulação para se levar o depoente ao ponto em que a ação deverá ser realizada. Pode ser durante o depoimento da testemunha, por exemplo, em que se conduz ao ponto em que deve, necessariamente, contradizer o que foi dito antes. Depois, deve existir uma tática para exploração ostensiva do efeito surpresa, sem que se deva, no caso de testemunha, humilhá-la. É muito comum depois de emparedar a testemunha que o jogador queria insistir na demonstração da falsidade do conteúdo. Jamais sorria ou cante vitória. A postura não causa boa impressão e pode gerar o efeito inverso. No momento em que a testemunha se atrapalha, fica em silêncio porque não sabe o que dizer, titubeia, é o ponto em que se deve parar: *não tenho mais perguntas*. Não há prova real que auxilie mais, porque passa a ser 'esculacho', postura descortês. O subjogo/*round* está vencido e ninguém precisa dar a volta olímpica antes de o jogo acabar. Para isso será necessário treinamento, visão global, foco na estratégia e controle emocional, monitorando-se o efeito em face do julgador;

"Basicamente, aquele que freneticamente caça, ao ansiar capturar o vislumbre alheio, ostenta fartas chances de encontrá-lo, mesmo nas sombras das árvores que nada têm a ver com a presa". **Guilherme Moreira Pires**

3) Posição e Oportunidades: A interação pode se dar a partir de iguais, isto é, em posições simétricas, ou entre desiguais, em posições assimétricas. E as posições e poderes podem gerar significados diversos no tocante à interação. O julgador está em posição assimétrica em relação aos jogadores que atuam na acusação e defesa. Mesmo assim suas relações também são de conteúdo variado em face da interação possível. O juiz poderá: **a)** rejeitar a comunicação, pouco importando o que for articulado pelas partes; **b)** aceitar a comunicação, dando ouvidos ao que for argumentado; e **c)** desqualificar a comunicação de uma ou das duas partes, por serem incoerentes, contraditórias, etc., em desconformidade com seu **Esquema Decisório**;

"La teoría económica del comportamiento judicial tiene que superar dos dificultades. Una es la desatención a los factores psicológicos: las limitaciones cognitivas y las fuerzas emocionales que, junto con el cálculo racional, configuran la conducta. Pero las limitaciones cognitivas pueden ser incluidas en el modelo como costes del procesamiento de la información, y hemos visto al analizar la aversión al disenso que tal emoción (vista allí como una precondición para hacer creíbles las amenazas) puede ser un instrumento eficiente para la maximización de la utilidad. En el capítulo IV veremos que los costes del procesamiento de la información son con frecuencia tan elevados como para hacer de la intuición – una forma comprimida de pensamiento – un método más racional para llegar a una decisión judicial que el razonamiento lógico pormenorizado". **Richard Posner**

4) Pressupostos: O planejamento de perguntas eficazes pressupõe a verificação antecedente de que a testemunha (fonte humana): **a)** teve contato, pelos sentidos (visão e audição, em geral), com os dados do evento objeto do Caso Penal; **b)** percebeu a realidade parcialmente (é impossível, por definição, a apreensão de todos os dados e detalhes do evento); **c)** determinou a melhor explicação de causa e efeito do conjunto de dados (Inferência pela Melhor Explicação: IME); **d)** utilizou os critérios e preferências pessoais, decorrentes de sua formação, conhecimentos e qualificação profissional (aderentes ou não com as regras legais, científicas etc.); **e)** organizou hierarquicamente a importância e peso dos dados de realidade, compondo narrativa muito complexa ou detalhista; **f)** ajustou

as percepções iniciais às informações obtidas posteriormente (agentes públicos, mídia e/ou terceiros;

5) Estatuto da Testemunha: a) agente público; **b)** vítima; **c)** informante; **d)** testemunha; e, **e)** perito.

6) Função Estratégica: a) esclarecer; **b)** confirmar; **c)** descrever; e, **d)** negar;

7) Objetivos: a) conectar; **b)** colidir; **c)** confundir

8) Roteiro: a) cronológico; **b)** ponto de vista no evento; **c)** descrição do primeiro contato; **d)** primeira explicação; **e)** novas informações (como e de quem obteve); **f)** conteúdo do diálogo com terceiros; **g)** "ajustes" ou "novas explicações"; **h)** substituição da primeira explicação; **i)** incremento de dados da vítima e/ou do acusado; **j)** informações incorporadas antes do depoimento na investigação preliminar**; l)** informações da mídia; e, **m)** conversas com amigos, familiares ou terceiros sobre a explicação do evento;

9) Metodologia de Perguntas da História em Quadrinhos: Verificar a pertinência da narrativa cronológica, "como se fosse", uma história em quadrinhos;

10) Vantagem ou Silêncio: Perguntar somente quando houver vantagem estratégica. Do contrário, "nada a questionar" (a pergunta sem objetivo oportuniza que a testemunha reafirme aquilo que já foi dito).

"A argumentação probatória, portanto, levará em conta, também, as características próprias do Estado-juiz instituído, porque o seu convencimento há, necessariamente, de estar condicionado por inúmeras variáveis políticas, econômicas, sociais, etc. Assim se explica porque, diante de dois processos idênticos, em que foram produzidas as mesmas alegações e as mesmas provas, dois juízes distintos podem chegar a duas conclusões completamente antagônicas: é que a prova não se presta à reconstrução da verdade – caso em que as conclusões judiciais, como exercício de mero silogismo, deveriam ser, inexoravelmente, as mesmas – mas a apoiar a argumentação retórica das partes (e também do magistrado) sobre a controvérsia exposta". **Sérgio Arenhart**

"Processo e jogo, cartas marcadas e cartas do jogo... É necessário que advogados e juízes façam de tudo para que isto não seja: e para que o processo verazmente sirva à justiça. Entretanto não há razão para se ignorar que bem outra é a realidade psicológica, tão sombria, mesmo quando parece sorridente, que enche de mutáveis e turvas inquietudes humanas as formas geometricamente perfeitas do direito processual, cujo estudo é estéril abstração, se não for também o estudo do homem vivo". **Piero Calamandrei**

"Exatamente como as probabilidades a priori descrevem suas crenças antes de você ver a evidência, as probabilidades a posteriori descrevem suas crenças depois da evidência. O que estamos fazendo é chamado de inferência bayesiana, porque a passagem de a priori para a posteriori se apoia numa velha fórmula algébrica curta, e eu poderia mostra-la a você aqui e agora. [...] No contexto bayesiano, quanto você acredita em uma coisa depois de ver a evidência depende não só do que a evidência mostra, mas de quanto você acreditava na coisa lá no começo". **Jordan Ellenberg**

9.14 Reconhecimento de Coisas e de Pessoas

A – Definição:

O Reconhecimento de Pessoas e Coisas é o procedimento formal pelo qual se afere a equivalência entre a memória da fonte humana e os bens e/ou agentes investigados pela prática da conduta.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Função: As disposições do CPP (arts. 226-228) buscam garantir mínimas condições para que a fonte humana possa criar "conectores lógicos" capazes de "mediar" as relações entre a coisa ou a pessoa à memória do evento investigado. Constitui-se como meio independente de "verificação", para além do depoimento (aliás, pressuposto);

2) Dinâmica: O procedimento consiste em submeter a fonte humana ao contato (direito ou indireto) com a coisa ou pessoa, promovendo a **imediação** do reconhecimento e da identificação. Opera-se em dois passos: **a)** a fonte humana descreve a coisa ou a pessoa, evocando as informações da memória; e, **b)** positiva a equivalência *a priori* entre a descrição e o conjunto de suspeitos ou de coisas, procede-se ao ato de reconhecimento. No caso de diversas testemunhas/informantes, deve-se proceder de maneira separada (CPP, art. 228);

"1. Una rueda de identificación sólo tiene valor si el agresor era previamente desconocido para el testigo; 2. El testigo no debería tener contacto alguno con el sospechoso entre la comisión del delito y la identificación, ni directamente ni mediante medios de comunicación; 3. No debería considerarse la identificacíon del testigo como única evidencia de culpabilidad; 4. No deberían considerarse las identificaciones realizadas transcurrido um tiempo suficientemente largo, menos aún cuando la aparencia del sospechoso ha cambiado; 5. Ningún testigo deberia intentar identificar a un sospechoso más de uma vez; 6. No debería considerarse la identificación de un testigo que en algún momento ha realizado una identificación errónea; 7. Para evitar sesgos, siempre que sea posible, las pruebas de identificación deberían ser administradas por personas que no sepan quién es el sospechoso". **Antonio Manzanero**

3) Reconhecimento de Coisas: Após a descrição das coisas em depoimento formalizado, confere-se acesso da fonte humana às coisas. Podem ser reconhecidos os bens furtados, os itens arrecadados na cena do crime ou na captura dos suspeitos, instrumentos do crime, enfim, o que for relevante ao esclarecimento dos fatos. O reconhecimento e entrega de bens às vítimas, a depender do item, depende de comprovação da propriedade. A exigência de nota fiscal, em geral, é dispensada, diante dos aspectos inerentes ao Caso Penal. A providência impede que oportunistas possam, p.ex., dizerem-se vítimas de furto de uma TV e peçam para ver quais estão apreendidas antes da descrição;

"Indispensável refletir sobre as contribuições científicas oriundas da psicologia no campo das provas dependentes da memória. Duas situações parecem absolutamente relevantes nessa seara. O reconhecimento de pessoas como prova irrepetível e a necessidade de métodos adequados às entrevistas criminais. Isso porque, embora as oitivas de testemunhas, suspeitos ou vítimas sejam passíveis de repetição, desde que conduzidas através de técnicas regulares, uma única entrevista realizada de maneira imprópria também pode levar a inserção de falsas memórias". **Leonardo Marcondes Machado e William Weber Cecconello**

4) Reconhecimento de Pessoas: O objetivo do reconhecimento de pessoas é o de verificar o grau de "coincidência" entre a memória da fonte humana que reconhece e o agente suspeito, operando-se por meio de fotografias e pessoalmente. O reconhecimento por fotografia não é descrito no CPP, consolidando-se como "prática investigatória" preliminar. O reconhecimento, para fins legais, pressupõe a "**imediação**", acrescida da fiel observância das cautelas legais;

TJMG, ApCrim: 10024043490044001 (Des. Cássio Salomé.): "ROUBO – RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA VÍTIMA ISOLADO NOS AUTOS – INDÍCIOS DE FALSA MEMÓRIA – PROVA INSEGURA – ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. – É necessária prova escorreita e segura da existência e da autoria do fato delituoso para que a presunção de inocência que milita em favor do acusado seja elidida. Isso porque uma condenação baseada apenas em conjecturas e ilações feriria de morte o princípio da não-culpabilidade, ínsito à dignidade da pessoa, matriz de nossa Constituição. Em se tratando de crimes contra o patrimônio, as palavras da vítima têm especial relevância. Entretanto, quando há fortes indícios de que elementos externos inflaram a imaginação dos ofendidos, é impossível prolatar sentença condenatória fundada exclusivamente nas suas declarações, diante da manifesta insegurança probatória. – Provimento ao recurso".

5) Redução dos Erros (distribuição dos riscos: Falso Positivo): A justificação das normas probatórias é a de criar mecanismos capazes de mitigar os erros, isto é, distribuir os riscos de modo a evitar os **Falsos Positivos** (Erro Tipo 1). A pretensão é a de que a vítima e/ou testemunhas possam correlacionar, a partir da evocação da memória, indicadores suficientes ao **reconhecimento** e a **identificação** do autor da infração. Os riscos cognitivos são significativos e a observância das regras procedimentais era tida como "mera irregularidade", com o consequente agravamento espúrio dos riscos de condenações equivocadas;

6) Heurística da Boa ou Má-Fé: O objeto do meio de prova é o reconhecimento, em que a credibilidade e a fiabilidade deveriam servir de critérios à atribuição de "peso" ao procedimento. Diante das dificuldades de avaliação, como já acontecia com a prova testemunhal, o critério de validação se deslocava dos elementos constitutivos do ato de "reconhecimento" para a "ausência" de má-fé de quem reconhecia. A **heurística** consiste no atalho de substituir os aspectos inerentes ao reconhecimento para "questão colateral": a boa ou má-fé de quem realiza o reconhecimento. A boa-fé é condição de possibilidade do procedimento, ao mesmo tempo que, isoladamente, é insuficiente. O que está em jogo é a acurácia e a precisão da memória e não a boa ou má-fé;

7) STJ, HC 598.886 (novo rumo): Entendia-se de modo espúrio que as regras do reconhecimento eram "mera recomendação", situação que se modificou com o julgamento, pelo STJ, do Habeas Corpus 598.886, relatado pelo Min. *Rogério Schietti da Cruz*, segundo o qual: "*De todo urgente, portanto, que se adote um* ***novo rumo*** *na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de*

erros judiciários e, consequentemente, de graves injustiças". O STJ apontou a existência de múltiplos erros judiciais decorrentes do uso "descuidado", na linha da "mera recomendação" que, ao fim e ao cabo, significava a prática do "Reconhecimento Pessoal *FreeStyle*". Só poderemos denominar algum instituto como tal se, e somente se, os requisitos de validade estiverem preenchidos. O **Teste EVE** auxilia a identificar o erro (critério validade);

8) Critérios de Validade: O julgamento definiu as seguintes **diretrizes**: "*1. O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2. À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3. Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4. O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s), ao reconhecer, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo*".

"O cumprimento das formalidades para se realizar o ato de reconhecimento, que até então era compreendido como mera recomendação, finalmente teve confirmado seu status de condição necessária, ainda que não suficiente, para que um reconhecimento possa contar como prova: necessária porque sem as formalidades não se pode, sequer de longe, confiar em seu resultado; insuficiente porque, mesmo quando observadas todas as formalidades, não se pode perder de vista a falibilidade que acomete a memória humana em seu regular funcionamento". **Janaina Matida, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Alexandre Morais da Rosa, Marcella Mascarenhas Nardelli, Aury Lopes Jr e Rachel Herdy**

9) Reconhecimento de Rostos: A identificação de rostos ganhou autonomia porque se dá de modo diverso, afinal, em geral, temos dois olhos, um nariz e uma boca, com variações de cabelo e idade. O que nos diferencia são os **detalhes**. Para além das disfuncionalidades (*prosopagnosia*: incapacidade de reconhecer rostos; *Síndrome de Copgras*: reconhecem o rosto, mas acreditam que se trata de um impostor), a questão é a criação de procedimentos adequados, validamente reconhecidos e observados pelos agentes públicos;

"As imagens não são armazenadas sob a forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; nem armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com 'deixas' ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. [....] Todos possuímos provas concretas de que sempre que recordamos um dado objeto, um rosto ou uma cena, não obtemos uma reprodução exata, mas antes uma interpretação, uma nova versão reconstruída do original. Mais ainda, à medida que a idade e experiência se modificam, as versões da mesma coisa evoluem. [...] Essas imagens evocadas tendem a ser retidas na consciência apenas de forma passageira e, embora possam parecer boas réplicas, são frequentemente imprecisas ou incompletas". **António Damásio**

10) Dinâmica: A fonte humana deve primeiro descrever a pessoa a ser reconhecida e, somente depois, então, proceder-se ao reconhecimento real, mediante a apresentação de suspeitos em linha ou em sequência, com o fim de garantir a higidez do ato formal CPP, art. 226);

"A disposição em fileira de suspeitos pode levar a conclusões errôneas. Testemunhas oculares supõem que o responsável pelo crime esteja presente na fileira. No entanto, esse nem sempre é o caso. Quando o responsável por um crime não estava na fileira, os participantes eram suscetíveis a indicar alguém que não fosse o criminoso responsável. Deste modo, eles podem reconhecer alguém na fileira como aquele que cometeu o crime. As identidades dos não-responsáveis na fileira também podem afetar os julgamentos. Em outras palavras, o fato de uma determinada pessoa ser identificada como responsável por um crime pode ser influenciado simplesmente por quem são as outras pessoas na fileira de suspeitos. Portanto, a escolha de indivíduos sem relação com o delito é importante. A polícia pode afetar, inadvertidamente, a possibilidade de uma identificação ocorrer ou não, e também se uma identificação falsa é provável de acontecer". **Robert J. Sternberg**

11) Distinção Entre Reconhecer Parecido e Identificar a Pessoa: O nosso primeiro passo é o de **reconhecer** se a pessoa é ***similar*** às características da nossa memória para, no segundo passo, podermos **identificar** se é o ***mesmo*** suspeito. Podemos reconhecer uma pessoa como sendo **parecida** com a que tivemos contato, mas a identificação "da pessoa" é um segundo passo. Segundo *Giuliana Mazzoni*, cerca de 76% dos casos de reconhecimento em linha de investigados – colocam-se em linha, *lineup* – são falsos, dado que as pessoas reconhecem como culpável o que mais se assemelha com o agente e não necessariamente o autor da infração;

12) *Standard* do Reconhecimento: O resultado do procedimento será sempre questão de **probabilidade** (grau de reconhecimento; adotamos *Bayes*), ou seja, não é juízo de certeza determinística. Se partimos desse pressuposto, o modo como é produzido, na forma binária (sim e não), tende a fomentar erros. O esclarecimento metodológico à fonte humana sobre a exigência de "*standard* de reconhecimento", como sustenta *Janaina Matida*, associado ao desconhecimento dos critérios de "significância estatística", é fonte de erros trágicos. Em geral, como já indicamos, pensamos que se ultrapassado o patamar de 50%, a resposta é positiva. O problema é que se o *standard* for de 50%, devemos aceitar a margem de erro também próxima a 50%, a saber, a cada dois reconhecimentos, um poderia ser **falso positivo**, o que é incompatível com o padrão democrático. O patamar de, pelo menos 90% se mostra como redutor dos erros. O próprio modo com que o ato de reconhecimento é realizado pode alterar a resposta, porque faz diferença perguntar se há 100% de certeza ou 0% de dúvida. A fonte humana tende a responder, no mesmo contexto, que tem 100% de certeza, mas não 0% de dúvida, justamente porque se pede juízo binário e não probabilístico (o efeito do "enquadramento" é relevante, além das expectativas depositadas);

13) Viés do Entrevistador: Pode incidir o que se denomina de **viés do entrevistador**, ou seja, o policial que realizou a diligência sem observar as formalidades legais, pode gerar, depois, o **efeito compromisso e congelamento**, especialmente no caso de reconhecimentos fotográficos. O nexo entre o investigado/acusado e a conduta imputada deve seguir as disposições do art. 226, do CPP, para se garantir a cadeia de custódia das informações sobre o ocorrido, evitando a sugestão, a atualização da memória por fatores externos, mesmo de boa-fé, na forma de falsas memórias, por exemplo. As pesquisas de *Scoboria* e *Fisico demonstraram* que na hipótese do entrevistador especificar a possibilidade de respostas do tipo "eu não sei" ou "não me lembro", a qualidade das informações trazidas tende a aumentar substancialmente. Em extensa pesquisa, foi apontada a maior eficácia do reconhecimento sequencial (suspeitos ao vivo ou por fotos mostrados um de cada vez) e, também, que o "duplo cego" (policial nem testemunha sabem qual das pessoas é o suspeito) é o mais recomendável, embora ainda com consideráveis chances de erro. A desídia da autoridade policial em providenciar o depoimento antecedente, invertendo a lógica de produção, altera a ordem de garantia e retira a credibilidade do reconhecimento;

"Quando se trata de processo penal, o viés do entrevistador encontra certo controle nas regras para a produção da prova, dentre as quais destaca-se o contraditório. O problema reside na investigação pré-processual, na qual as provas são realizadas mormente sem qualquer controle pela defesa; e agrava-se, quanto ao reconhecimento pessoal, quando se considera que é precisamente nesta etapa procedimental que as testemunhas reconhecem o suspeito pela primeira vez, consolidando-se a memória e sujeitando-se eventual repetição da prova aos efeitos 'compromisso' e 'congelamento'". **Márcia Irigonhe**

14) Expectativas Foram Criadas: Devemos considerar as expectativas da testemunha/vítima, porque as pessoas tendem a ver e ouvir aquilo que querem ver e ouvir, daí porque os estereótipos culturais (cor, classe social, sexo etc.) operam grande influência na percepção dos delitos, fazendo com que as vítimas/testemunhas tenham tendência de reconhecer em função desses estereótipos (exemplo típico ocorre nos crimes patrimoniais com violência, em que a raça e perfil socioeconômico são estruturantes de um

estigma). Por fim, o "efeito halo" e o fator estético incidem no imaginário coletivo de que o bonito é bom (heurísticas, vieses e estereótipos). Isso significa que tendemos a reconhecer como criminosa a "cara mais feia", mais "agressiva", porque um rosto bonito e atraente possui mais traços de uma conduta socialmente desejável do que uma "cara feia". Para além das dificuldades cognitivas, muitas delas decorrentes de dificuldades biológicas, perceptivas, bem assim decorrentes do contexto ambiental, o que pretendo sublinhar é que **a reputação da testemunha pode fazer a diferença**. Quando conhecemos uma pessoa, intuitivamente (e aí o risco), temos a percepção de ser homem/mulher, feio/bonito, dentre outras categorias estéticas, pelas quais emprestamos qualidades positivas/negativas, automaticamente. Foi demonstrado, por exemplo, que a informação sobre "personalidade", que é transmitida através do rosto, é capaz de influenciar a interpretação de informação verbal ambígua sobre uma pessoa. A isso a psicologia cognitiva dá o nome de "Efeito Halo": a primeira impressão de fato impressiona e pode roubar a cena. As limitações cognitivas (heurísticas e vieses), então, exigem que se possa reconstruir o trajeto pelo qual as vítimas ou testemunhas chegaram até a identidade do acusado/investigado;

15) Grupos Étnicos Distintos (reconhecido e reconhecedor): A variável étnica opera no reconhecimento de rostos porque temos dificuldades em detectar os detalhes diferenciadores de faces das quais não temos um padrão robusto de comparação, já que nos parecem "todos iguais". Não se trata, em geral, de má-fé ou de displicência e sim da menor capacidade de comparação (não existem indicadores suficientes para efetivação de reconhecimento preciso e acurado). Um dos aspectos da crítica que se faz ao enviesamento do Reconhecimento Facial por máquinas é o de que o conjunto de amostras de treinamento não é significativo, isto é, não foi ensinada em face de amplo conjunto de rostos, situação que se repete no caso de humanos que, diante do conjunto de rostos com os quais convivem, são incapazes de identificar as distinções sutis de "estruturas faciais" de etnias distintas;

"A memória também está sujeita a sucumbir às hierarquias raciais. A memória requerida em testemunhos e reconhecimentos, além de muito deficitária, sofre influência das ideias dominantes de uma sociedade. Em uma sociedade estruturalmente racista (ALMEIDA, 2019), acontece a constante classificação de corpos negros como potenciais ameaças. A associação entre negritude e criminalidade é constante, pois o imaginário social criou automatismos mentais para tanto". **Kamilla Faria Mello**

"É desesperador perceber que as violações praticadas contra a população negra brasileira só ganham destaque quando são violações muito exageradas. Mata-se um jovem negro a cada 23 minutos, mas os jornais só noticiam quando a morte se dá por causa de 80 tiros. Esse cenário, de normalização do sofrimento de pessoas negras, nos revela que a democracia por aqui ainda não existiu, e é preciso urgentemente criá-la. Em setembro de 2020 veio à tona o absurdo caso do Luiz, violoncelista, negro, que apesar de primário, com bons antecedentes, teve sua foto mostrada para uma vítima de um crime de roubo, que o apontou como autor dos fatos. Por sorte, o Luiz tinha comprovação de que no dia e horário dos fatos ele estava realizando apresentação de música, em uma padaria, na qual ele fazia apresentações regulares. Repita-se: por sorte!" **Kamilla Faria Mello**

16) Viés Racista: O racismo estrutural foi acolhido como variável operante nas práticas de controle social, especialmente o "racismo estrutural" operante na sociedade brasileira. O efeito é a "flexibilização" espúria dos padrões de exigência do reconhecimento positivo, como demonstram diversos casos recentes na jurisprudência. O reconhecimento deve levar em consideração esses fatores no momento de atribuição de significância;

17) Reconhecimento Por Fotografia (Redes Sociais): O reconhecimento para o CPP é somente o pessoal. Com o desenvolvimento tecnológico é prática comum é a utilização do dito "reconhecimento fotográfico". A regular produção do reconhecimento policial é de fundamental importância, dado que implica e condiciona o êxito da autoria da conduta apurada. Não raro às vítimas, sem que tenha sido

colhidos formalmente seu depoimento e a descrição do autor e suas características, é apresentado o famoso "álbum de fotografias" ou mesmo as "imagens de computador" dos agentes que já passaram por investigações policiais ou a respeito dos quais os policiais possuem a intuição da autoria. Há, com isso, a apresentação do conjunto dos agentes e, muitas vezes, instigação pelo reconhecimento. Segue-se a lavratura do "auto de reconhecimento fotográfico" e, não raro, o pedido de prisão e/ou indiciamento. Lembremos que a produção de prova deve atender aos requisitos legais e, como tal, a exigência de diversos suspeitos, com características similares, é condição de possibilidade à sua validade. Não se trata de reconhecer a nulidade posterior e sim a ilegalidade de sua produção, a saber, o ato de reconhecimento se deu ao arrepio da regra procedimental**.** Daí em diante fixa-se a imagem do agente (falsa memória) e, assim, o conteúdo está contaminado. *Manzanero* aponta a possibilidade de ocorrer a denominada "**Transferência Inconsciente**": "*Hace unos años, Donald Thomson, que trabaja en el campo de la memoria de los testigos, fue invitado a un programa en directo de televisión para hablar acerca de las memorias de los testigos y las identificaciones. Unos días después la policía se presentó en su casa para arrestale como principal sospechoso de una violación. La víctima le había identificado en una rueda fotográfica en comisaría. Afortunadamene para Thomson, la agresión se había producido a la misma hora em que él estaba em televisión y pudo demonstrar su inocencia*". *Daniel Radünz* afirma que não se trata de mera formalidade, dado que o reconhecimento por foto, ausente no CPP, acaba operando, muitas vezes, na lógica da sugestão, gerando falsos positivos;

"Deixando-se de lado as frequentes situações em que a colocação de outras pessoas ao lado do suspeito é faticamente possível, porém não realizada – o que por si só encontra desacordo com o texto legal – , é certo que, se no reconhecimento feito de acordo com os ditames processuais a possibilidade de implantação de falsas memórias já não deve ser ignorada, maior ainda é o perigo quando se trata de reconhecimentos informais, particularmente os individualizados. Neles, o juízo comparativo característico da linha de reconhecimento simultânea, adotada no processo pátrio, é substituído pela ausência de qualquer comparação, agravando-se as dificuldades em perceber se a pessoa que está sendo apresentada difere do perpetrados do crime, notadamente se for o caso de reconhecimento inter-racial". **Márcia de Moura Irigonhê**

18) Fotografias e Cuidados: O reconhecimento prévio por fotografia induz o posterior reconhecimento pessoal, através do "efeito perseverança" já apontado pela teoria da dissonância cognitiva, potencialmente contaminando o resultado, ao mesmo tempo em que reduz a incidência de erros, desde que seja bem conduzido. Situação similar ocorre quando há prévia divulgação, pela mídia, de fotos do suspeito**.** São todos fatores 'poluidores' capazes de gerar falsos reconhecimentos. Por isso, a importância de cuidados metodológicos capazes de mitigar os possíveis erros;

"Um caso típico – não incomum nos processos criminais – acerca da percepção precedente diz respeito à recordação da fotografia de uma pessoa, vista em um álbum como sendo o autor do fato, quando na verdade não o é. Melhor dizendo, a vítima/testemunha recorda, na verdade, da fotografia que observou no álbum e não do suspeito em si (STEIN, BRUST, e NEUFELD, 2010, p. 22), gerando um enorme e gravíssimo equívoco. Embora seja um importante meio probatório do processo criminal, o reconhecimento não deve ser usado como a única prova para obter a condenação, pois fomentador de inúmeros erros. Assim, consoante explica GIACOMOLLI (2011, p. 155), a memória do reconhecimento é uma das formas mais estáveis de lembrança, permanecendo inalterada por duas semanas. Excetuando-se algumas interferências, diferencia-se da memória evocativa, isto é, aquela verbalizada através da descrição do fato delituoso e de seu autor. Nessa senda, a memória é muito mais exigida no que diz respeito à descrição do que em relação ao reconhecimento, pois neste ato o reconhecedor realiza uma espécie de juízo comparativo ou 'juízo relativo', no qual há confronto e seleção, dentre as pessoas exibidas, daquela que mais se parece com a recordação que tem do imputado." **Cristina DiGesu**

19) Falsas Memórias e Reconhecimento: A contaminação por falsas memórias é algo ainda pouco estudado no sistema brasileiro**.** Uma pequena entrevista com profissionais demonstra a ignorância sobre algo que não pode ser desconhecido. O campo do reconhecimento pessoal (CPP, art. 226) opera-se a partir da noção ultrapassada de verdade real, ocasionando, com essa prática, a desconsideração das formalidades essenciais à validade do reconhecimento, mormente pela dissonância cognitiva. Nos casos em que nem mesmo **linha de suspeitos** é feita e apenas apresentado um investigado, o reconhecimento equivocado decorrente da fixação das falsas memórias é potencializado (risco agravado);

20) Fator Foco da Arma: O quadro se agrava nos casos em que houve uso de arma. A sequência visual das pessoas em cenas traumáticas é diversa da acontecida em situações normais, dado que a fixação dos olhos se dá justamente no que lhe é estranho, causador de temor e medo. Um roubo praticado com arma faz com a vítima tenha em seu campo visual um objeto raro e que convoca a percepção, a saber, o movimento ocular se direciona na arma, a qual passa a ser objeto direto da percepção. Não raro a vítima consegue descrever com rigor a cor e os detalhes da arma utilizada, tendo pouca capacidade perceptiva dos demais detalhes da cena (local, roupa e rosto do acusado). Esse fenômeno foi estudado pelos autores de psicologia e denominado como fator "foco da arma", pelo qual o objeto *raro* (arma) converge a atenção da vítima e faz com que, em nome da sobrevivência, a sequência visual preocupe-se basicamente com seu movimento (conforme *Steblay*). Pode acontecer que em condutas criminais mais demoradas, em que tenha havido cárcere da vítima, o campo visual também seja desviado para o rosto do agente e o ambiente, mas em condutas breves, de curta duração, a tendência é a de não saber, de fato, detalhes do rosto e características específicas do agressor. Entretanto, depois, por inclusão de novas informações (pós-crime), a vítima forma "falsas memórias", quer por sugestão, quer naturalmente. O que se pode dizer é que sem outras fontes independentes (apreensão de objetos, filmagens claras, digitais, testemunhas etc.) o mero reconhecimento se fragiliza;

21) Heurísticas e Vieses: A questão é saber se é possível condenar alguém a uma pena significativa com prova desprovida de regra técnica de produção em face dos desenvolvimentos da psicologia – especialmente da psicologia cognitiva e social**.** A maneira como se valora, ainda, a prova, no processo penal brasileiro é medieval. A qualidade da prova é algo que não pode ser superado com meras "regras de bolso" (heurísticas), como por exemplo, o "*a priori*" de que "o depoimento da vítima ganha forte valor no contexto probatório", uma vez que essa primeira intuição precisa se confirmar por outros elementos probatórios diante de sua reconhecida fragilidade. Mesmo a confirmação judicial que aparenta legitimar a ilegalidade encontra-se contaminada. E o desespero maior é que a vítima confirme seu reconhecimento e não existe meio de, após a contaminação, a convencer do contrário. É o caso de *Jennifer Thompson*. Por volta das três da madrugada teve a casa invadida e foi estuprada com uma faca no pescoço, tendo a vítima se focado no rosto do agressor para identificá-lo posteriormente, caso sobrevivesse. Saindo correndo pela porta conseguiu se livrar do estuprador e foi ao hospital, bem assim à polícia, elaborando um retrato falado. No dia seguinte *Ronald Cotton*, que tinha ficha policial (por invasão e agressão sexual) foi localizado, reconhecido por foto e depois pessoalmente. O reconhecimento foi confirmado durante o julgamento. *Cotton* foi condenado ao cumprimento de prisão perpétua e mais cinquenta anos. Já na prisão, Cotton conheceu um homem parecido

com sua descrição chamado *Bobby Pool*, também condenado por estupro e invasão. Ciente de sua inocência, *Cotton* pediu um novo reconhecimento, também na presença de *Pool*, tendo Jennifer, com a falsa memória fixada, novamente, afirmado ser *Cotton* o autor da agressão. Após *Cotton* estar sete anos preso, com os avanços do exame de DNA, foram realizados exames que excluíram sua responsabilidade (feitos os exames, se verificou que o verdadeiro autor do crime hávia sido *Pool*);

"Estudos experimentais nos quais pessoas são expostas a falsos crimes sugerem que, quando o verdadeiro culpado não está presente, mais da metade das testemunhas faz exatamente o que Jennifer Thompson: escolhem alguém de qualquer forma, selecionando a pessoa que mais se aproxima da lembrança do criminoso". **Leonard Mlodinow**

22) Conformidade: O dilema se coloca diante da inobservância de regra técnica e de garantia na produção de reconhecimentos judiciais, tanto não se pode afirmar a veracidade, como a inverdade, dado que as condições dissonantes afetam a qualidade da prova. Daí surgir a necessidade de elementos probatórios autônomos, para além do reconhecimento viciado, incidindo a presunção de inocência e a perda de uma chance**.** O enfrentamento das condições iniciais do reconhecimento normalmente é deslocado heuristicamente (substituição da pergunta difícil por uma fácil) para o fato de "*a vítima ou testemunha não conhecer o acusado e nada ter contra ele*", isto é, a questão da validade do reconhecimento é substituída por outra mais fácil, no sentido de que "*não teria razões para inventar ou criar o reconhecimento positivo*". Claro que não se exclui a fonte independente e/ou a descoberta inevitável, as quais, todavia, não podem decorrer do reconhecimento fotográfico, uma vez que estranho à regularidade processual. A desconformidade procedimental no nascedouro da investigação impede que o *fair play* se instaure. Deveria significar a exclusão dos efeitos processuais de ato investigatório realizado ao arrepio da norma processual por ser o fruto da árvore envenenada. Esse é o preço pelo jogo democrático no processo penal. O resto é Verdade Real e *In dubio pro Hell*.

C – Controvérsia:

1) Uso de Máquinas e Reconhecimento Facial: O poder cognitivo das máquinas em identificar padrões nos autoriza a criar mecanismos de equivalência de rostos, por meio do Reconhecimento Facial, com o fim de mitigar os erros procedimentais. A tecnologia pode ser usada para criação de conjunto de "faces" similares a do suspeito, compostas em *templates* metodologicamente validados, a partir da significância de estatísticas de pontos a serem apresentados à fonte humana. Poderemos controlar, também, o grau de equivalência entre os suspeitos "enfileirados" ou "apresentados em sequência", submetendo as "fotos" ao controle da máquina, ou seja, não adianta apresentar 5 (cinco) pessoas desprovidas de significância. Além disso, no caso de violações de direitos por parte de agentes públicos, a descrição, seguida do retrato falado computadorizado, pode auxiliar na identificação do suspeito, isto é, comparar o resultado da descrição com o banco de dados de imagens dos agentes públicos. Eventuais fotos dos agressores também podem ser objeto do procedimento.

As pesquisas sobre o uso de tecnologia nos reconhecimentos estão sendo realizadas em parceria com *Janaina Matida*;

"Fica claro, portanto, que os destinatários do preceito são os órgãos públicos e eles, todos eles, devem preservar a higidez do preceito. Quanto aos julgadores, importa ainda salientar, a função decisiva de advertir — na motivação de suas decisões absolutórias — que tal providência é a solução impositiva sempre e quando os procedimentos de reconhecimento não respeitarem as condições adequadas, sinalizando que os agentes não lograram observar suas respectivas obrigações legais. Nestas situações, há que se sublinhar que foi a displicência quanto à forma o que acabou por evitar a legítima determinação de culpa. A cooperação institucional com vistas à produção de reconhecimentos confiáveis representa um novo rumo ao nosso sistema de justiça: a prova de reconhecimento de pessoas, felizmente, não será mais a mesma". **Janaina Matida, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Alexandre Morais da Rosa, Marcella Mascarenhas Nardelli, Aury Lopes Jr e Rachel Herdy**

D – Estratégia:

1) Controle Epistêmico: Se o que importa ao processo é que os meios de prova sejam acurados e precisos, o controle epistêmico sobre a observância procedimental é dever de conformidade de todas as partes. Diante das diretrizes estabelecidas pelo STJ, com efeito cogente, a fonte que reconhece pode ser indagada sobre o "modo" com que foi realizado o ato (descrição formal, anterior à pesquisa em fotos ou internet, detalhes do ato, conversas com os agentes da lei, eventuais sugestões etc.);

2) Planejamento Adequado: O questionamento sobre o reconhecimento, em geral, ocorre somente no caso de ter sido positivo. Podem ter ocorrido tentativas anteriores, nem sempre documentadas nos autos. A checagem do percurso do procedimento pode ser feita de modo cronológico ou inverso. A vantagem da inferência inversa é que a fonte humana tem menos manobra de imaginação. Ao mesmo tempo, se os condutores do reconhecimento forem ouvidos, deve-se perguntar sobre o protocolo. Se a resposta for "padrão" ou "normal", o esclarecimento do que significam as expressões é o passo subsequente. A mentalidade oportunista tende a procurar meios de manutenção das mesmas práticas, envernizadas com aparente legalidade. A audiência é o momento de "checagem", desde que as perguntas sejam inteligentes e adequadas.

9.15 Interrogatório e Confissão (Carta Precatória)

A – Definição:

O interrogatório é o meio de defesa direta do acusado (ou do investigado, se durante a investigação policial) e também meio de prova.

"Eymerich concebe no manual uma lista de dez truques usados pelos hereges para responderem em interrogatório, sem confessar. São eles na ordem: responder de maneira ambígua, responder acrescentando uma condição, inverter a pergunta, se fingir de surpreso, mudar as palavras da pergunta, clara deturpação das palavras, auto justificação, súbita debilidade física, simular idiotice ou demência, se dar ares de santidade. [...] Como resposta aos truques, Eymerich apresenta estratégias para forçar o herege a revelar os seus erros. E o inquisidor deve partir sempre da culpa do acusado, cuidando o seu discurso, mesmo que falacioso, tornando-o aliciante para o indivíduo. O autor faz então um novo rol com os dez truques do inquisidor para neutralizar os truques dos hereges. Os quais são nada menos do que "dez truques que os inquisidores dispõem para arrancar, com elegância (gratiose), a verdade da boca dos hereges, sem recurso à tortura". (1993, p. 126). A impossibilidade de escapar das armadilhas do interrogatório é retratada em O Queijo e os Vermes, do historiador Carlo Ginzburg. Domenico Scandella De pronto, o que lhe chamou a atenção foi o tamanho do processo e a peculiaridade da heresia proferida pelo réu. Através da análise deste documento, Guinzburg apresenta um relato detalhado do julgamento de Menocchio, conseguindo inclusive identificar livros e influências que construíram a individualidade do moleiro". **Gabriela Terezinha Paulo**

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Metáfora Explicativa: *Santo Agostinho* narra algo que pode situar o contexto do acusado injustamente, em que as circunstâncias destoam dos fatos: *"Alípio, pois, passeava diante do tribunal, sozinho, com as tábuas e o estilete, quando um jovem estudante, o verdadeiro ladrão, levando escondido um machado, sem que Alípio o percebesse, entrou pelas grades que rodeiam a rua dos banqueiros, e se pôs a cortar o seu chumbo. Ao ruído dos golpes, os banqueiros que estavam embaixo alvoraçaram-se, e chamaram gente para prender o ladrão, fosse quem fosse. Mas este, ouvindo o vozerio, fugiu depressa, abandonando o machado para não ser preso com ele. Ora, Alípio, que não o vira entrar, viu sair e fugir precipitadamente. Curioso, porém, saber a causa, entrou no lugar. Encontrou o machado e se pôs, admirado, a examiná-lo. Bem nessa hora chegam os guardas dos banqueiros, e o surpreendem sozinho, empunhando o machado, a cujos golpes, alarmados, haviam acudido. Prendem-no, levam-no, e gloriam-*

se diante dos inquilinos do fato por ter apanhado o ladrão em flagrante, e já o iam entregar aos rigores da justiça". Onde fica a presunção de inocência na prisão em flagrante? Existe, de fato, processo penal nesses casos? Tudo não passa de jogo de cena? Enfim, até que ponto a "Inocência" pode ser levada a sério? Como isso funciona depois de mais de três décadas de Constituição? Articular a resposta parece ser o desafio, com a novidade do PacoteAnticrime**.** Contava *Luis Alberto Warat* que se todos acreditassem, piamente, em "Papai Noel", na noite de 24 de dezembro não haveria presentes a se distribuir. Há necessidade de que pelo menos um saiba do embuste, do mito, da farsa, para que ele possa fazer sentido. Pelo menos um precisa saber que há furo na totalidade natalina. Para além do "velho *Noel*" algo rateia. Na presunção de inocência inautêntica do Sistema Inquisitório também. Não se pode ficar como os mocinhos dos filmes, um segundo antes do tiro fatal, sob pena de se manter, por exemplo, a prisão cautelar do curioso *Alípio*, cuja versão em seu interrogatório, por certo, seria considerada fantasiosa, a pergunta inocente é: fantasia de quem?

2) Função: O interrogatório é tanto **meio de prova** como **meio de defesa**, já que confirma uma das Hipóteses (acusatória ou defensiva), oportunidade em que o imputado, por si, narra a sua versão do ocorrido (CPP, art. 185, sgts.). Os limites cognitivos do ato são os constantes da imputação, sem que seja possível a instauração de verdadeiro "juízo final";

3) Privilégio de Não Produzir Prova Contra Si mesmo (*nemo tenetur se detegere*): O acusado/investigado não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo e o silêncio, total, parcial ou seletivo, encontra-se no espectro do *nemo tenetur se detegere*. O interrogatório, tanto na fase de investigação preliminar, como em Juízo, é o meio pelo qual o investigado/acusado (ato voluntário) pode se defender diretamente, sempre na presença de defensor, sob pena de nulidade e abuso de autoridade (LAA, art. 15, parágrafo único, I e II);

4) Mentira e Sinceridade: A mentira é o par da sinceridade, enquanto a Falsidade é o da Verdade. A mentira, como não sinceridade, no exercício do direito de não se auto incriminar, é estratégica válida. O acusado é livre para apresentar a versão que desejar, mesmo descolada das evidências apuradas, com os riscos daí decorrentes. A mentira também pode ser um modo de enfretamento da realidade, em que o agente constrói uma narrativa imaginária costurada por fragmentos de realidade. O risco é o de acreditar na mentira como se fosse a realidade. O álibi, por exemplo, pode ser um momento de ampliação explicativa da acusação que facilmente desliza para a mentira. O viés retrospectivo é ferramenta poderosa para criação de explicações mescladas com meias verdades. A mentira faz parte do modo como nos relacionamos com os demais, até porque dizemos que "está tudo bem", mesmo não estando, cumprimentamos cordialmente gente que não gostamos, enfim, compõe o nosso cotidiano. O preço reputacional a ser pago por quem inventa e vive na mentira é o de ser descoberto e responsabilizado. O pior cenário é o do mentiroso que de

"**I) Ato pessoal** – Só o réu pode ser interrogado, ou seja, o ato deve ser realizado pessoalmente pelo acusado; **II) Não privativo do juiz** – Houve época em que o interrogatório era um ato privativo do juiz, ou seja, só ele poderia fazer questionamentos ao réu. Este entendimento foi alterado, cabendo às partes a realização de perguntas após o juiz, festejando, assim, o contraditório, conforme descrito no art. 188 do CPP; **III) Ato acompanhado por advogado** – A defesa técnica é indispensável no momento do interrogatório judicial, nos termos do art. 185 do CPP; **IV) Ato oral** – O interrogatório é colhido oralmente, mas reduzido a termo ou gravado, para que fique o registro nos autos; **V) Bifásico** – O interrogatório possui duas fases. A primeira, quando o réu é questionado sobre a sua pessoa, e a outra, quando perguntado sobre os fatos, nos termos do art. 187 do CPP; **VI) Ato protegido pelo silêncio** – O réu, nos termos do art. 186 do CPP, tem o direito de ser cientificado do inteiro teor da acusação, e informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado, nem poderá ser interpretado em prejuízo da sua defesa; **VII) Individual** – Nos termos do art. 191 do CPP, havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente; **VIII) Ato repetível** – Nos termos do art. 196 do CPP, o juiz poderá proceder o novo interrogatório, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento das partes". **Fabiano Pimentel**

"O direito ao silêncio, considerando-se que referido direito: a) é manifestação do direito à intimidade; b) deve ser reconhecido em todos os interrogatórios realizados durante a persecução penal, esteja o acusado preso ou solto e à pessoa jurídica; c) deve ser reconhecido também aos suspeitos e testemunhas; d) deve ser reconhecido sempre que possa haver autoincriminação em declarações e depoimentos tomados por autoridades do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário; e) incide no interrogatório de mérito, com relação a todas as perguntas que forem formuladas, inclusive no tocante à responsabilidade de terceiro, podendo ser exercido no interrogatório como um todo ou com referência a indagações específicas; f) deverá ser objeto de advertência do acusado, a fim de instruí-lo e cientificá-lo quanto à faculdade de silenciar, sem consequências prejudiciais para a defesa, anotando-se que a referida advertência deverá ser formulada em termos claros no momento da prisão e antes de todos os interrogatórios realizados; também a testemunha faz jus à advertência quanto à faculdade de silenciar com relação à perguntas cujas respostas possam incriminá-la; g) não admite a consignação das perguntas e razões pelas quais o acusado dele fez uso; h) não acarreta nenhuma consequência prejudicial ao acusado; não comporta valoração; é simples ausência de resposta, podendo constituir estratégia da defesa; não é sinônimo de admissão de culpabilidade, de confissão ficta ou de falta de defesa; não constitui indício de culpabilidade; não poderá influenciar a dosage da pena nem servir de fundamento para decretação ou manutenção de prisão cautelar; do exercício do direito ao silêncio não se pode extrair também a configuração do delito de desacato ou desobediência; i) tem como única consequência admissível o fato de o acusado deixar de declinar elementos a seu favor, fornecendo sua versão dos fatos e indicando os elementos probatórios que possam dar suporte a ela". **Maria Elizabeth Queijo**

tanto contar a mentira, acaba acreditando nela (não confundir com falsas memórias, que também podem incidir em acusados);

5) Cientificação Prévia do Privilégio de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo (Advertência de Miranda): Em qualquer momento da abordagem estatal, ainda na cena do crime ou no flagrante, o agente (abordado, investigado ou acusado), antes de qualquer indagação sobre o contexto do ocorrido, deve ser expressa e formalmente advertido dos direitos inerentes à condição, isto é, o de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. No ambiente americano (Corte Suprema dos Estados Unidos, em 1966, no caso *Miranda vs*. *Arizona*; 384 U.S. 436), denomina-se Advertência de Miranda (vide item 10.1.B.24);

6) Interrogatório Mascarado de Depoimento: Constitui atividade ilegal a não especificação, antes da tomada das declarações, de qual o *status* ocupado pelo declarante (investigado, testemunha ou informante), uma vez que as obrigações e direitos são distintos. É oportunista a convocação de suspeito na condição de testemunha, objetivando que preste compromisso;

7) Quem, Onde e Como Interroga: Se realizado durante a investigação, a autoridade investigante deve dominar em detalhes o contexto da investigação, sob pena de não obter o máximo de informações possíveis. O local e o ambiente onde o interrogatório acontece também podem fazer diferença. Se o preso antes de ser interrogado é submetido à privação de liberdade em cela, amplia-se a vantagem da acusação, enquanto se espera sentado na cadeira ou sofá, o impacto psicológico é menor. A sala, a temperatura, quem estará participando, as interferências táticas (p.ex. um agente público entra e fala ao ouvido do interrogante algo e ambos olham para o interrogado, valendo-se da assimetria de informações), o comportamento do advogado, enfim, os detalhes podem fazer a diferença. As pressões ambientais e situacionais podem ser exploradas de modo espúrio. A Lei de Abuso de Autoridade coíbe diversas práticas (arts. 12, 13, 15, 16, 18 e 25);

8) O Método Reid: O modelo autoritário de imposição de perguntas fechadas, pressupondo-se a culpa do interrogado, em ambiente de pressão psicológica, prevaleceu durante muito tempo, ocasionando diversos erros judiciários. A prática submetia o agente à condição de objeto, no melhor estilo inquisitório, valendo-se de todos os meios disponíveis (coerção, manipulação, pressão psicológica etc.) para o fim de extrair a verdade pressuposta (viés confirmatório);

9) Tática Dissimulada: Pode ocorrer de, na fase de **investigação**, o agente estatal **oportunista**: **a)** busque criar ambiente de empatia, por meio de oferecimento de água, café e "conversa fiada", com o fim de reduzir as barreiras impostas pelo interrogado (aparenta ser amigável); **b)** conduza o interrogatório de modo a estabelecer a "concessão da fala", o ritmo da abordagem, o tempo e os movimentos autorizados (quem e quando cada um fala), reafirmando a posição de poder (vantagem

TJRJ, ApCrim. 2009.050.07372 (Des. Geraldo Prado): "Prova ilícita. Ingresso indevido no quarto de hospedagem das acusadas. Inviolabilidade de domicílio, da intimidade e da vida privada (artigo 5.º, incisos X e XI, da Constituição da República). Rés que não foram informadas de seu direito ao silêncio (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República). Apreensão dos bens falsamente furtados, portanto, ilícita. Prova oral que, decorrente exclusivamente dessa apreensão, também se revela ilícita. Desaparecimento da materialidade do crime. Absolvição".

"Só pode falar-se de um sujeito processual, com legitimidade para intervir com eficácia conformadora sobre o processo, quando o arguido persiste, por força de sua liberdade e responsabilidade, senhor de suas declarações, decidindo à margem de toda a coerção sobre se e como quer pronunciar-se". **Manuel da Costa Andrade**

"Há uma tensão permanente entre o interesse na apuração dos delitos e o respeito aos direitos fundamentais do acusado, entre eles o de não se autoincriminar; que exige uma solução harmoniosa. Ambos os interesses são públicos: o primeiro, voltado à persecução penal, e o segundo, vinculado à construção de um processo penal ético. Não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, mas não será admissível também que sejam eles, inclusive o nemo tenetur se detegere, aniquilados, para dar lugar ao direito à prova ilimitado e à busca da verdade a qualquer custo, com a colaboração inarredável do acusado". **Maria Elisabeth Queijo**

"Metodologias de entrevista que insistem na preparação de um ambiente ameaçador, que gere insegurança ao entrevistado a fim de buscar sua vulnerabilidade emocional, podem encontrar resistências ou falsas memórias. O objetivo da entrevista em sede investigativa não é confirmar a hipótese inicial aventada na investigação criminal, tampouco coagir o entrevistado a dar informações, mas sim, promover a condução do entrevistado a oferecer as informações livres, de acordo com a sua percepção do fato testemunhado ou praticado". **André Luiz Bermudez**

"O método Reid consiste na técnica de interrogatório mais difundida e utilizada em investigações criminais. Manipulação, persuasão, coerção e pressão psicológica são apenas alguns dos instrumentos utilizados em prol da confissão, pouco importando a sua veracidade. [...] Pode-se concluir que o método Reid muito pouco se distingue da violência psicológica empregada, sendo apenas uma técnica com roupagem mais sofisticado para incitar a confissão do suspeito, a partir da utilização indiscriminada do blefe e da manipulação psicológica. [...] Para a obtenção de uma confissão, são descritos nove passos a serem seguidos: 1) confrontação direta, 2) introdução e desenvolvimento do tema de interrogatório, 3) a reversão das negações, 4) a reversão das objeções, 5) a busca pela retenção da atenção, 6) o reconhecimento da resignação, 7) a apresentação da questão alternativa, 8) a obtenção da confissão oral e, por fim, a 9) conversão para a confissão escrita." **Lívia Moscatelli**

"Os meios para obter as falsas confissões são variados. A literatura especializada aborda especificamente a substituição, por volta dos anos 1940, da técnica de terceiro grau (third-degree tatic) que consistia em inflingir dor física ou moral para extrair confissões, por métodos de 'interrogatório psicológico', isto é, da substituição da tortura corporal pela tortura psicológica. Essa substituição se deu com base na crença em um mito, o de que alguém submetido a um 'interrogatório psicológico' não confessaria se fosse inocente. Foi assim que diversas técnicas de tortura psicológica passaram a ser introduzidos no métier policial, cujas duas principais táticas são tirar a confiança do suspeito para deixá-lo sem esperança e, depois, oferecer incentivos ao suspeito para confessar. A técnica mais utilizada nos casos de condenações inocentes, chamada técnica Reid, foi criada por Fred Inbau e John Reid. Essa técnica ensinada no Manual de interrogatório policial de ambos, instrui a pressionar e, ao mesmo tempo, sugerir ao ao suspeito que a confissão pode beneficiá-lo". **Luiz Eduardo Cani**

"O estudo dos ardis é deixado aos especialistas em cada um dos jogos; o teórico dos jogos parte da presunção pessimista e, por vezes, imperfeita de que o adversário jogará sem falhas". **Morton David Davis "**

"Cada jogador/decisor está dando a melhor resposta à ação que ele espera venha a ser adotada pelo outro". **Duilio de Avila Bêrni**

"Por vezes a rotina policial não confere a essa diligência a atenção merecida face às informações possíveis decorrentes de uma abordagem técnica, seja pelo desconhecimento da técnica correta por deficiência na capacitação dos entrevistadores, seja pela carência de tempo para a aplicação efetiva da correta metodologia, ou mesmo pela insistência na 'cultura da confissão' que resta impregnada no sistema de persecução criminal brasileiro". **André Luiz Bermudez**

"Sinteticamente, são 05 fases a serem seguidas durante a entre- vista investigativa: (i) preparação e planejamento: deverá ser criado um plano escrito do interrogatório com planejamento e preparo, em que o entrevistador deverá se assegurar que todas as questões fundamentais serão abordadas durante a entrevista. As perguntas e o espaço físico deverão ser previamente organizados. (ii) engajamento e explicação: através de uma escuta ativa, com uma relação harmoniosa, empática e de conexão, interrogador deverá explicar as sistemáticas, os objetivos da entrevista e administrar o processo com cautela, escla- recendo pontos de dúvida e encorajando o entrevistado a cooperar a dizer a verdade. (iii) relato e clarificação: a terceira etapa basicamente consiste no relato do entrevistado, em que o interrogador permite que ele discorra livremente sobre o assunto. São criados alguns estímulos para que o entrevistado volte a se recordar de todas as informações, a fim de maximizar a quantidade e qualidade das informações recordadas. (iv) fechamento do interrogatório: assim que for finalizado o interrogatório, deverão ser resumidos os principais pontos da entrevista e oportunizado ao interrogado corrigir ou adicionar qualquer informação, havendo a possibilidade de esclarecer os pontos controversos. Também é estimulado que o entrevistador deixe o entrevistado em um estado emocional positivo, tendo em vista a cooperação que foi realizada. (v) avaliação: ao final, o processo não é finalizado quando o entrevistador se despede do investigado. Deverá ser ana- lisado todo o conteúdo da entrevista, em confronto com os demais elementos colhidos durante a investigação". **Lívia Moscatelli**

situacional); **c)** apresente os benefícios e/ou eventuais propostas formais ou informais condicionadas à cooperação do interrogado (liberação imediata, comunicação com a família, possibilidade de esclarecimento imediato dos fatos, evitando o indiciamento etc.); **d)** afirme que o seu padrão é melhor do que de outros agentes públicos, destacando a "sorte" do interrogado, além de oferecer o melhor tratamento possível (sinaliza como sendo vantagem do interrogado); **e)** emita, direta ou indiretamente, juízo catastrófico em relação à prova já produzida e, aparentemente, desfavorável ao investigado (estima o pior cenário para o imputado, valendo-se da assimetria de informações; equivalente ao Dilema do Prisioneiro); **f)** promove ameaças indiretas no sentido de "é pegar ou largar" (**Jogo do Ultimato**), porque depois de denunciado não cabem benefícios, como o ANPP (p.ex. sugere poder pode contatar informalmente com o MP, recomendando cláusulas favoráveis, desde que o interrogado coopere); e, **g)** aproveite a vantagem situacional decorrente da condição de preso, explorando o benefício imediato da liberdade, condicionando a capitulação ao oferecimento de informações qualificadas sobre outros casos e/ou alvos (formal ou informalmente);

10) Protocolo PEACE: Dentre as iniciativas tendentes a democratização de procedimentos de interrogatório, em face da identificação de erros advindos de atos conduzidos de maneira duvidosa, resultando em diversas "confissões inidôneas" (forçadas), o Reino Unido elaborou o **Protocolo PEACE**: **a)** *Planning & Preparation* (Planejamento e Preparação); **b)** *Engage & Explain* (Engajar e Explicar); **c)** *Account* (Relato); **d)** *Closure* (Fechamento); e, **e)** *Evaluation* (Avaliação). A proposta supera a abordagem truculenta, adotando postura cooperativa na busca do melhor esclarecimento dos fatos, com respeito às garantias do imputado. Ao contrário de **perguntas fechadas**, muitas vezes enviesadas (viés confirmatório) por prévia conclusão sobre a culpa do interrogado, a proposta tende a mitigar os vieses cognitivos, por meio de **perguntas abertas**, respeitando o tempo e o modo de comunicação do agente, sem imposições coercitivas, com o escopo de ampliar as possibilidades de efetivo esclarecimento dos fatos. Os cuidados do entrevistador levam em conta as condições pessoais, o planejamento da abordagem, o ambiente, enfim, buscam evitar erros comuns advindos do contexto de abordagem ameaçadora (dominadora);

11) Herança Inquisitória: No imaginário judicial, a Religião ocupa papel de destaque no interrogatório, dada a substituição do Padre pelo Juiz e, muitas vezes, o acusado precisa se confessar ("a confissão liberta", dizem). O elevado valor da confissão se dá por influência da doutrina cristã. A Inquisição considerava a **confissão** como a rainha das provas *(regina probatorum)* e, por ela, a possibilidade de reconciliar o criminoso-pecador com Deus. O valor e protagonismo da confissão pareciam superados diante do modelo constitucional, já que o fato de o acusado confessar não exclui a carga probatória do acusador. As novas modalidades de **Justiça Negocial** (v.g colaboração e ANPP) criaram o

fenômeno denominado, por Ricardo Gloekner, de "**confession revival**", consistente na retomada da lógica autoritária de que, somente se o acusado demonstrar "arrependimento sincero" é que os benefícios estarão autorizados (a distinção entre "espontânea" e "qualificada" é descrita nas últimas páginas do livro "1984", de *Orwell*);

12) Juiz Inquisidor: Cabe ao Juiz e às partes a garantia do *fair play* no decorrer do interrogatório, ainda que seja muito difícil ao defensor intervir quando se defronta com um inquisidor. Pode acontecer de o julgador, convencido da culpa do acusado, aproveite do interrogatório para o fim de "confirmar" a culpa, valendo-se de questionamentos sugestivos e de respostas ambíguas, capazes de serem utilizadas em qualquer sentido, especialmente para justificar, dado seu duplo efeito, a culpa pressuposta.

13) Por Que Calas, Se És Inocente?: Com *Aury Lopes Jr* indicamos que as máximas populares são lugares comuns reiterados no dia a dia e que formam, querendo ou não, o aparato cognitivo da população (heurísticas e vieses), dentre eles os metidos no processo penal. Não podemos desprezar o peso da culpa judaico-cristã e do questionamento bíblico "*por que calas, se és inocente?*" Por mais que o acusado tenha o direito de permanecer em silêncio, não raro, sublinha-se, no contexto da fundamentação das decisões judiciais, que o acusado não quis apresentar sua versão. É o sintoma da 'frustração de expectativas', ou seja, o juiz tende a esperar "explicações", podendo interpretar o silêncio como o comportamento de um culpado, afinal, pensam eles, quem "é acusado injustamente luta até o fim". A Constituição garante o **direito ao silêncio** (art. 5º, inciso LXIII), na linha do **Devido Processo**: ninguém seria obrigado a produzir prova contra si mesmo. Mas nos jogos reais e silenciosos, com o viés confirmatório da culpa em pleno funcionamento, não há direito ao silêncio que resista a um inquisidor;

14) Silêncio como Desrespeito (acusado indolente): A atitude do acusado de permanecer em silêncio ainda encontra forte resistência dos agentes processuais que, muitas vezes, entendem o exercício do direito como uma forma de desrespeito. Atribuem ao exercício do direito uma forma de desvalorização de suas funções, maneira "indolente" ou "inatural" de comportamento, quando não invocam, ainda, o não recepcionado art. 186, do CPP, para o fim de justificar o lugar comum e a mentalidade autoritária;

15) Quando o Silêncio Diz: Entre o dizer e o não dizer, aponta *Eni Orlandi*, existe intrincado processo de atribuição de sentido, pelo qual as próprias palavras transpiram apostas, como se do silêncio se deduzisse, imaginariamente, o sentido (que se quiser). O imaginário preenche o vazio. Daí os riscos de não dizer. A conduta de se pôr em silêncio gera, no contexto, a inferência implícita do que se poderia dizer. Será preciso estimar os efeitos do silêncio no processo penal. *Eni Orlandi* sustenta que "*há um sentido no silêncio. O silêncio foi relegado a uma posição secundária, como excrescência, como o 'resto' da linguagem. Nosso trabalho o erige em fator*

"Como regra de funcionamento do processo penal inquisitorial, parece induvidoso, à esta altura, ressaltar-se o valor da confissão para o funcionamento elementar deste modelo cultural. Como aponta Cordero a autoincriminação é o êxito inquisitorial perfeito. Como uma espécie de prática direcionada a fluxos verbais a inquisição encontra na confissão uma série de conveniências que permite a esta se radicar em seu núcleo. Chega até mesmo ser impossível concluir-se pelo funcionamento do sistema inquisitorial ausente a confissão. Desta maneira, conclui-se juntamente com Delumeau que: 'o confessor tornou-se um personagem insubstituível'. Legendre diagnosticará a existência de uma 'cartografia da penitência, o que ocorrerá pelo reconhecimento de uma Lei por sua repetição do discurso textualmente vinculado à Escola e uma articulação simbólica na qual se insere a Palavra de amor. [...] O pensador francês chamará a atenção para uma economia da confissão". **Ricardo Jacobsen Gloeckner**

"Diante do Tribunal da Inquisição, basta a confissão do réu para condená-lo. O crime de heresia é concebido no cérebro e fica escondido na alma: portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu. Eymerich tem absoluta razão quando fala da total inutilidade da defesa". **Nicolau Eymerich**

"El inquisidor viaja en el espacio psíquico, expuesto a algunos peligros, como los confesores y los exorcistas, porque mientras tanto cada uno de los dos proyecta y absorbe alguna cosa; trabajando sobre materiales introspectivos, depende de quien los suministra; y, en este caso, el paciente hábil cuenta acerca de várias partidas; si juega bien, prestando servicios insustituibles contra cómplices o mandantes, a veces imaginarios, puede darse que salga indemne o, por lo menos, con poca pena; existe una rica ficción inquisitorial, alimentada por correos que confiesan" . **Franco Cordero**

"O inquisidor interrogará o acusado sobre o seu local de nascimento e de origem. Sobre seus familiares (Estão vivos? Morreram?). Perguntará onde foi criado, e por quem, onde viveu. Tomará informações sobre suas mudanças de domicílio: deixou o local onde passou sua infância? Foi para lugares infestados de heresia e por quê? De acordo com as repostas, o inquisidor orientará suas próprias perguntas para parecer que voltou naturalmente à pergunta. Pergunta-lhe se, num determinado lugar, não ouviu falar de um certo assunto (do qual, sem que ele saiba, é acusado) [...]. Se disser sim, será pressionado com perguntas, registrando-se as respostas; perguntarão se ele próprio falou isso e qual a sua opinião sobre o assunto. Assim, o inquisidor prudente (prudens inquisitor) vai cercando cada vez mais a questão fundamental da acusação, até chegar à verdade. Concluída a confissão, lavra-se os autos". **Nicolau Eymerich**

TRF-4ª Região, ApCrim. 6.656: "O juiz criminal não se pode permitir nenhuma ingenuidade no exercício de suas funções [...] O silêncio do réu não implica em confissão, mas é significativa a atitude de quem, preso e acusado injustamente de crime gravíssimo, prefere manter-se calado, pois a reação natural de qualquer pessoa inocente é proclamar veementemente a sua inocência, esteja onde estiver."

essencial como condição do significar". Por mais que a **Análise do Discurso** pontue leitura ideológica e histórica do imaginário, mesmo assim, os efeitos da evidência cognitiva decorrentes do preenchimento subjetivo do silêncio deslizam para o contato entre as verdades sabidas, singelas e facilitadoras da decisão penal. Os cúmulos de sentido, as palavras vedetes, os mantras enunciados no ambiente forense, encontram solo fértil no silêncio do acusado. O silêncio articula um convite ao vazio a ser preenchido. Ao mesmo tempo em que preenche a narrativa, autoriza seu preenchimento, dada a confusão entre o **vazio** e o **nada.** Daí o paradoxo e os riscos de seu exercício. Com o silêncio, as coordenadas do sentido migram, sendo necessário compreender autenticamente a noção de sentido para que não se corra o risco de ser engolfado pela postura paranoica do inquisidor (que sabe antes, e tudo) de saber o que o silêncio (não) diz. Deixar que o silêncio opere no processo penal, especialmente no lugar do acusado, precisa, assim, ser problematizado. Não é simples tática processual. Pode gerar consequências avassaladoras. No jogo da linguagem e das imagens que evocam, como metáfora, no contexto do processo penal, a "alucinação probatória" (*Rui Cunha Martins*) pode gerar consequências confirmatórias pela "máxima não dita" (regra de segunda ordem) de que "*quem cala consente*". Será preciso estabelecer as expectativas de comportamento dos agentes processuais no contexto singularizado;

STJ, REsp. 363.548 (Min. Felix Fischer): "DA PROVA. SILÊNCIO DO RÉU. LIVRE CONVENCIMENTO E CONVICÇÃO ÍNTIMA. I A revaloração da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes). II A parte final do art. 186 do CPP não foi recepcionada pela Carta de 1988 (Precedentes do STF e do STJ). O silêncio do réu não pode ser usado, de per si, para fundamentar um juízo condenatório. III O princípio do livre convencimento, que exige fundamentação concreta, vinculada e legalmente válida, não se confunde com o princípio da convicção íntima. IV A condenação requer certeza, sub specie universalis, alcançada com prova válida, não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador. Recurso provido, absolvendo-se o réu recorrente".

O jogador amador reclama do silêncio, enquanto o jogador profissional ouve o silêncio, que sempre diz. O perigo é que o silêncio diz conforme as premissas de quem imagina o não dito.

"Entender o silêncio como uma opção indolente ou inatural por não apresentar uma versão dos fatos – ponderação que vem a lume quando do convencimento do magistrado – é valorá-lo tal qual a uma confissão. Quando o magistrado entende que todo o inocente necessariamente verbaliza sua versão, condena aquele que se cala a uma confissão velada. O silêncio não deve pesar ao convencimento porque nada é. Do contrário, trata-se de torturar racional e psiquicamente, por meio das implicações do exercício do direito ao silêncio". **Helen Hartmann**

16) Estratégias do Acusado (investigação e judicial): O interrogatório formal (o informal acontece por oportunidade da abordagem) pode se realizar durante a investigação ou o processo judicial. Se o acusado estiver **solto**, pode adotar dois comportamento lícitos, ainda que intimado: **a)** comparecer; e, **b)** não comparecer (há o risco de prisão temporária). Se comparecer, as alternativas do acusado consistem em: **a)** confessar totalmente; **b)** confessar parcialmente; **c)** negar os fatos totalmente (negativa de autoria, álibi); **d)** apresentar hipótese alternativa; e, **e)** calar-se. A decisão é **estratégica**, a depender do contexto processual, da capacidade de expressão e do perfil do imputado e dos agentes públicos responsáveis pela investigação e/ou julgamento. Estimam-se os cenários possíveis e o impacto na hipótese explicativa previamente escolhida (ganhos e perdas). A preparação demanda o mapeamento das consequências e dos riscos. Na fase de **investigação criminal ou no Flagrante,** a decisão estratégica sobre a realização e o conteúdo deve levar em consideração as reais chances de não indiciamento ou de inadmissão da ação penal, porque se o imputado apresentar alguma hipótese explicativa, compromete-se com a versão no futuro, reduzindo a margem estratégica defensiva (será preciso infirmar o conteúdo, perdendo tração argumentativa). Na **fase judicial**, por sua vez, o conteúdo deve se vincular às reais chances de modificação das conclusões, já que a exposição do acusado à perquirição do juiz e do acusador, em geral, com experiência, pode gerar incoerência e inconsistência à Hipótese Defensiva (infirmante ou alternativa). Ao

mesmo tempo, o silêncio (total ou seletivo), ainda que não dito, opera por "regras de segunda ordem", desfavoráveis ao acusado (é dominante a noção de que o acusado em silêncio é culpado);

17) Objetivo do Interrogatório (acusação e defesa): Para a acusação é o de obter o máximo de corroboração (qualidade), se possível, a confissão, da Hipótese Acusatória, enquanto que para a defesa é concessão do mínimo de informações, a aderência à Hipótese Defensiva (infirmante ou alternativa) ou, ainda, a confissão (ganho relativo em face da redução da pena). Os objetivos são, em princípio, opostos.

18) Planejamento e Conhecimento Prévio das Hipóteses: A forma e a ordem de questionamento, por mais que estejam definidos no CPP, autorizam diversos comportamentos táticos, vinculados à finalidade pretendida. O esclarecimento dos fatos (investigação) ou da imputação (judicial) depende do estoque de informações já constante dos autos, porque o acusado, em princípio, detem informação privada (se foi o autor da infração). O ato também pode buscar "encurralar" o agente ou buscar indicadores distintos (de outros casos e/ou vínculos);

19) Interrogatório Seletivo (escolha das perguntas a serem respondidas): Como o acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, possui o direito ao silêncio, inclusive o **seletivo**, consistente em responder parcialmente aos questionamentos (autodefesa negativa). O exercício do direito não pode gerar presunções negativas, razão pela qual o art. 198, do CPP, não foi recepcionado, embora alguns usem o argumento de maneira inconstitucional**.** O **silêncio**, como tal, deixa margem à imaginação e pode ser muito perigoso, principalmente quando se está convencido, *ex ante*, da culpa. Em face da **Dissonância Cognitiva**, o silêncio tende a ser tomado como sinalização negativa, convergindo para certeza da culpa (viés confirmatório). Em alguns países, como nos EUA, o acusado não é obrigado a prestar declarações (*privilegie against self-incrimination*), mas se decide fazê-lo, deve dizer a verdade, sob pena de incidir na prática de crime autônomo ("perjúrio"). O acusado pode responder as perguntas que desejar, independentemente de quem as formula;

20) Último Ato do Procedimento Judicial: Deve ser o último ato do processo, mesmo em regimes especiais, já que a amplitude da defesa somente ocorre se o acusado puder se manifestar sobre todo o conteúdo probatório. O disposto nas leis especiais (Drogas, Militar, ações originárias) não prevalece, diante da decisão, com efeitos vinculantes, tomada pelo STF (AP 528);

21) Interrogatório e Cartas Precatória e /ou Rogatória Pendentes: A realização de atos por videoconferência é cada vez mais realidade, aplicando-se às hipóteses de testemunhas residentes em outras comarcas ou países. Desde que presentes os requisitos de integridade e respeito à testemunha, a negativa injustificada das partes, não pode lhes conferir vantagens processuais incompatíveis com os avanços tecnológicos. Se a

STF, HC 100.200 (Min. Joaquim Barbosa): "É jurisprudência pacífica desta Corte a possibilidade de o investigado, convocado para depor perante CPI, permanecer em silêncio, evitando-se a autoincriminação, além de ter assegurado o direito de ser assistido por advogado e de comunicar-se com este durante a sua inquirição. [...] Considerando a qualidade de investigado convocado por CPI para prestar depoimento, é imperiosa a dispensa do compromisso legal inerente às testemunhas. Direitos e garantias inerentes ao privilégio contra a autoincriminação podem ser previamente assegurados para exercício em eventuais reconvocações".

"O direito ao silêncio do réu pode ser exercido de forma total ou parcial. Ou seja, o acusado pode responder a todas as perguntas que lhe forem feitas pelos mais diversos agentes jurídicos (juiz, promotor, assistente de acusação e advogado do corréu) ou responder apenas aos questionamentos de um deles ou responder apenas algumas perguntas de cada um deles ou ainda permanecer calado (autodefesa negativa). O réu pode, inclusive, antes de responder qualquer indagação, consultar o seu advogado/defensor público sobre a conveniência de falar ou permanecer calado. Entende-se, inclusive, como deslealdade processual qualquer pressão ou coação exercida sobre o réu que opta por fazer uso do seu direito ao silêncio". **Gina Ribeiro Gonçalves Muniz**

A estratégia de se manter em silêncio ou de responder apenas às perguntas formuladas pelo juízo e pela defesa, e de se recusar a falar com o Ministério Público, [...] não configura deslealdade processual ou desequilíbrio dos instrumentos processuais em benefício da defesa. O silêncio seletivo, expressão adotada pela magistrada na aludida sentença, é instituto que inexiste no cenário jurídico brasileiro, não havendo qualquer fundamento teórico ou suporte convencional, constitucional ou legal para que se interprete desfavoravelmente ao acusado seu exercício estratégico de calar". **Mariella Pitari, Jorge Bheron Rocha e Alexandre Morais da Rosa**

"Para que se realizem as garantias da ampla defesa e do estado de inocência e o consequente direito do réu ao silêncio, é preciso efetivamente assegurar que declarações do réu sejam prestadas voluntariamente, sem qualquer espécie de coação, afastada qualquer conotação negativa em sua opção por não se manifestar. Consequentemente, o interrogatório há de ser ato realizável apenas se o réu entender conveniente e oportuno o exercício de seu direito de se manifestar pessoalmente sobre a acusação que lhe é feita". **Maria Lúcia Karam**

função do interrogatório é servir de meio de defesa e de prova, somente depois de ser totalmente produzida é que deve ser realizado. O **direito do confronto**, da **ampla defesa** e do **contraditório** impedem a manipulação consistente em antecipar o interrogatório em face da conveniência do julgador. Deve-se aguardar a produção de toda a prova (em prazo razoável), para somente então se realizar o ato. A lógica deve ser: aqui está toda a prova que tenho contra você, defenda-se. Mas se a prova não foi produzida, só a imaginação pode salvar o acusado. Em outras palavras, o acusado poderá ter prova produzida depois do interrogatório como fundamento da sua condenação, tolhendo-se o direito de contraditório direto. Se formos acusados de algo, somente poderemos nos defender, com todos os meios, se tivermos condições de nos manifestar sobre toda a extensão probatória amealhada. Não temos condições de antecipar os termos do futuro depoimento (não aconteceu). Por isso, alterou-se o procedimento processual, reconhecendo-se o interrogatório como o último ato da instrução (vide item 17.5). Antes o ato era o primeiro, inclusive sem a presença de defensor, no estilo confissão religiosa: o padre e o pecador. A democratização do procedimento implicou no reconhecimento de que deve ser o último ato (STF, AP 528). Embora a alteração legislativa, por força de interpretações literais e abusivas, muitos se valem da regra do art. 222, do CPP para afirmar que, por não suspender o processo, nada impede a realização do interrogatório. A interpretação desconsidera o Devido Processo e manipula a premissa de que deve ser o último ato (STF, HC 162.650, Celso de Mello)**.** Já passou o tempo, aliás, de se tratar de modo diverso a acusação e a defesa, devendo-se conferir tratamento igualitário (**paridade de armas**), ainda mais quando disponível o recurso da **videoconferência**. Em geral, quando se trata de testemunha de acusação aguarda-se o tempo que for preciso, sem maiores discussões, mas quando se trata dedefensiva, utiliza-se a regra do art. 222, do CPP, evidenciando o desprezo pelo pleno exercício da defesa. Se a defesa se vale de testemunhas *fakes*, somente para ganhar tempo, além de não servirem como justificativa para alegação de excesso de prazo (a demora decorre de pleito defensivo), devem ser repreendidas (abuso de direito). Um defensor que arrola testemunhas que nada sabem ou desiste da oitiva perto da data designada pelo Juízo deprecado, perde credibilidade. Ademais, existem mecanismos para mitigar o uso abusivo de deprecatas, já que o juiz pode indeferir as provas que reputar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (CPP, art. 400, § 1º). Mas não pode antecipar o ato pela simples disposição genérica do art. 222, do CPP, anterior à alteração do interrogatório como último ato (CPP, art. 400). Se, por acaso, o Juiz determinar o interrogatório, cabe impugnação e comparecimento ao ato, permanecendo em silêncio, com o subsequente requerimento de **reinterrogatório** (CPP, art. 196), quando do retorno das deprecatas. Enfim, viola expressamente a cláusula do Devido Processo a antecipação do interrogatório quando as cartas precatórias ainda não foram cumpridas,

TRF, 2ª Região, ApCrim. 05176822920064025101 – RJ – 0517682-29.2006.4.02.5101 (Desa. Simone Schreiber): "PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INVERSÃO DE ORDEM PROCESSUAL. ART. 222, § 1º E 2º DO CPP. VIOLAÇÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ART. 8º, 2, C. NORMA SUPRALEGAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NULIDADE DECRETADA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO CRIMINAL DA RÉ PROVIDA. [...] 3 – A inversão da ordem processual de oitiva das testemunhas de defesa e acusação; bem como a realização de interrogatório do réu sem que tenham sido devolvidas todas as cartas precatórias ao juízo de origem; e a prolação de julgamento de mérito sem que todas as provas estejam disponíveis para serem refutadas ou realçadas obsta ao acusado o acesso aos meios necessários à preparação de sua defesa técnica. 4 – Sob outro aspecto, a aplicação do art. 222 do CPP enfraquece a própria autodefesa, eis que o réu não poderá valer-se amplamente de seu interrogatório para rebater todas as afirmações feitas pelas testemunhas ou elucidar eventuais declarações que venham a lhe favorecer. 5 – Violada a garantia prevista no art. 8º, 2., c do Pacto de São José da Costa Rica, é inaplicável a autorização dos § 1º e 2º do art. 222 do CPP para oitiva do réu e para a prolação de sentença condenatória sem que a devolução das cartas precatórias tenha ocorrido. Tais disposições são ineficazes por força do conflito entre a lei ordinária e a norma supralegal apontada".

STJ, AgRg RHC 105.154 (Min. Sebastião Reis Júnior): "A inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal, a teor do que dispõe o artigo 222 do Código de Processo Penal. Precedentes".

STJ, HC 48.835 (Min. Laurita Vaz): "A presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, configurando-se como nulidade relativa, fazendo-se, pois, necessária, principalmente se o ato processual se realiza noutra unidade da federação, da efetiva demonstração de prejuízo à defesa".

porque significa prejudicar, manifestamente, o direito do acusado de se defender de "toda a prova" produzida contra si. O interrogatório é o último ato do processo e deve aguardar a devolução das deprecatas para sua realização**;**

22) Videoconferência: A possibilidade excepcional da **videoconferência** tende a ser mitigada, especialmente pelo efeito da pandemia. A regulamentação está contida no art. 185, § 2º, do CPP, com a finalidade de: **a)** prevenir riscos à segurança pública; **b)** viabilizar o comparecimento do acusado; **c)** impedir a influência no estado de ânimo da testemunha (CPP, art. 217); e, **d)** responder à gravíssima questão de ordem pública. A decisão que determina a realização por videoconferência deve se fundar, concretamente, em alguma dessas hipóteses, sendo incabível fundamento genérico ou por mera conveniência do Juízo. Deverá ser garantido o direito de entrevista prévia com o defensor, bem assim acompanhamento de todos os atos processuais. A alegação dominante de ausência de prejuízo, associada aos recursos tecnológicos disponíveis, transformaram a videoconferência em modo regular do ato (com os prejuízos decorrentes da não presença física dos agentes). A objeção defensiva deve ter suporte em causas objetivas, vinculadas ao caso, sob pena de ser rejeitada;

TJSC, HC 2015.085972-2 (Des. Rodrigo Collaço): "Na verdade, fundamentação genérica é aquela que serve para qualquer réu, em qualquer processo. Generalidades como a gravidade do crime e hipotético pedido de prestar depoimento na ausência do acusado, sem o enfrentamento dos elementos do caso concreto, não servem para embasar a realização do interrogatório por videoconferência".

STJ, Resp. 1.438.571 (Min. Sebastião Reis Júnior): "A deficiência de transporte e escolta para que o réu seja deslocado do presídio para o fórum não constitui justificativa plausível para designação de audiência por meio de videoconferência. A hipótese deve estar prevista em um dos incisos do art. 185, § 2º, do Código de Processo Penal, o que não ocorreu no presente caso".

STJ, RHC 57.546 (Min. Maria Thereza de Assis Moura): "A adoção da medida foi calcada em elementos extraídos do caso concreto, especialmente nos fortes indícios de que a conduta do agente provavelmente estaria inserida na atividade de organização criminosa empresarial com atuação internacional e na necessidade de escolta do acusado por centenas de quilômetros para propiciar o interrogatório presencial, com risco de fuga. Não se limitou o magistrado a reproduzir o texto legal, mas alinhavou a gravidade concreta como substrato para a realização de atos processuais por intermédio da referida tecnologia, com espeque nos requisitos do art. 185, § 2º, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, demonstrando-se, assim, a necessidade da providência excepcional".

STJ, HC 279.441 (Min. Jorge Mussi): "No caso, a excepcionalidade da medida foi fundamentadamente justificada: necessidade de evitar que o réu intimide as vítimas, entre as quais duas crianças".

23) Cuidados Especiais (estrangeiro, surdo e mudo): Se for **estrangeiro** deve ter **tradutor**, bem assim no caso de **surdo** e/ou **mudo**, exigem-se diligências assecuratórias do direito de ser interrogado;

24) Filhos e Contexto Familiar: A novidade inserida pela Lei 13.257/16 orienta-se pelo esclarecimento, pelo agente, sobre a existência de filhos, as respectivas idades, eventuais debilidades, além da indicação do nome e do contato do responsável pelos cuidados aos filhos, indicado pela pessoa presa (CPP, art. 185, § 10), com o fim de verificar o cabimento de prisão domiciliar (CPP, art. 318). É indicativo de que as restrições de direitos não podem transcender a pessoa do agente, prejudicando as condições mínimas de sobrevivência digna. Se for concedida prisão domiciliar e não houver meios materiais, deve-se acionar a Assistência Social (prender o agente em casa, sem meios de prover a subsistência da família é paradoxal);

25) Confissão Espontânea: O acusado (ou investigado) pode **confessar** a imputação em ato: **a) pessoal** (não vale por procurador e/ou advogado isoladamente); **b) voluntário** (sem intimidação, coação ou influência da autonomia privada); **c) expresso** (deve ser direto e oral, salvo surdos e mudos, se necessário por escrito, vedada a manifestação implícita; não subsiste a segunda parte do art. 198 do CPP); **d) formal** (deve ser advertido dos seus direitos, depois de entrevista pessoal e assistência de advogado. Se realizada em momento diverso, deve ser reduzida a termo: CPP, art. 195); e; **e) judicial** (a confissão é ato judicial e a denominada extrajudicial não significa confissão para fins penais, embora a prática jurídica manipule e "esquente" a dita confissão extrajudicial,

ainda que produzida sem as garantias constitucionais, dentre elas a jurisdicionalidade, ampla defesa e contraditório);

26) Divisível e Retratável: A confissão pode ser **divisível** (confessar uma parte e negar outra) e **retratável** (CPP, art. 200: o acusado pode mudar, a qualquer tempo e quantas vezes quiser, o conteúdo das declarações, retratando-se da retratação, a ser avaliada conforme as razões que o levaram a modificar o conteúdo);

STJ, Ag REsp 1.775.9639 (Min. Sebastião Reis Júnior): "3. Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial, com posterior retratação em juízo. 4. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal (Súmula 545/STJ), sendo indiferente que a admissão da autoria criminosa seja parcial, qualificada ou acompanhada de alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade (AgRg no REsp n. 1.774.059/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 26/2/2019).

STJ, Súmula 630: "A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio".

27) Confissão Qualificada: Considera-se **qualificada** a confissão em que o agente, além de assumir a conduta, apresenta justificativas defensivas tendentes à exclusão da responsabilidade (ilicitude e culpabilidade). A distinção pretende afastar a incidência do redutor, na segunda fase da aplicação da pena (CP, art. 65), exigindo requisito não previsto em lei. Aplica-se o redutor da confissão espontânea, independentemente de ter se operado na forma qualificada. A posição do próprio STJ colide com o enunciado na Súmula 630, porque se o acusado, p.ex. assumiu a posse da droga (ainda que dizendo que para consumo), colaborou, ainda que de modo parcial, com a elucidação dos fatos (reduziu o ônus da prova do acusador);

28) Confissão na Investigação Preliminar: A investigação preliminar é fase de apuração dos elementos fáticos tendentes a conferir suporte ao exercício da ação, em que não há imputação. Ainda que o investigado reconheça as elementares do tipo penal, a função é restrita. A mentalidade prevalecente aproveita as declarações "como se confissão fosse". Tecnicamente, confissão pressupõe acusação formalizada, inexistente na fase de apuração. O conteúdo das declarações, ainda que reconheça as elementares do tipo penal, não foi produzida no contexto do processo judicia (não havia acusação formalizada);

STJ, Súmula 545: "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal".

STJ, HC 112.623 (Mina. Maria Thereza de Assis Moura): "Há evidente ilegalidade se o Tribunal de origem utilizou a confissão extrajudicial do paciente para embasar a condenação concluindo que a retratação feita em juízo era dissonante das demais provas, mas deixou de reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea"

STJ, AgRg REsp 816.375 (Min. Celso Limongi): "A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça considera que o flagrante não impede se reconheça a atenuante da confissão"

29) O Critério da Utilização da Confissão no Convencimento do Julgador: Se a confissão (na fase de inquérito ou judicial) for, de qualquer forma, utilizada para o fim de atribuir a responsabilidade penal, deve incidir a atenuante (CP, art. 65, III, "d"), nos termos da Súmula 545, do STJ, ainda que obtida no flagrante delito ou retratada em juízo;

30) Confissão Informal: Se a validade da confissão está condicionada à prévia **Advertência de Miranda**, ou seja, o direito de permanecer em silêncio, é espúria a denominada "**confissão informal**", já que desprovida das garantias constitucionais mínimas. O uso de câmeras nas abordagens policiais não pode servir de instrumento à obtenção circunstancial de confissões fora do ambiente adequado (Delegacia e Juízo);

STF, HC 80.949 (Min. Sepúlveda Pertence): "Gravação clandestina de 'conversa informal' do indiciado com policiais. Ilicitude decorrente – quando não das evidências de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita 'conversa informal', modalidade de 'interrogatório' sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais, do interrogatório do inquérito policial (CPP, art. 6º, V) – se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio".

31) Conformidade aos Direitos Fundamentais: A valoração da prova produzida no interrogatório (especialmente confissão) deve atender aos seguintes critérios: **a)** não ter sido obtida por meio de tortura, coação, indução em erro, vício de consentimento e/ou ofensa à integridade física e moral; **b)** o consentimento do imputado estará viciado em face i) de circunstâncias ambientais e pressão situacional capazes de impedir a autonomia de vontade; ii) do uso de medicamentos ou drogas, técnicas de

alteração das capacidades cognitivas e/ou enganosos; iii) da promessa de benefícios ilícitos ou sem poderes do agente público (policiais oferecendo vantagens processuais); **c)** não terem violado **Direitos Fundamentais**, a partir do centro da **Dignidade da Pessoa Humana**, consideradas as garantias de: i) não produzir prova contra si mesmo; ii) informação (sobre as provas já produzidas), Advertência de Miranda e prévia assistência jurídica; iii) privacidade, intimidade e autodeterminação; iv) sigilo profissional, inviolabilidade de correspondência, sigilo fiscal e bancário; v) proteção de dados pessoais e sensíveis (**Reserva de Jurisdição**);

STF, HC 99.436 (Mina. Carmen Lúcia): "A circunstância atenuante pertinente à confissão espontânea, ainda que parcial, é aplicável àquele que confessa a autoria do crime independentemente da admissão do dolo ou das demais circunstâncias narradas na denúncia".

"A lei exige apenas duas condições: a) a confissão deve ser espontânea, ou seja, fundada em decisão autônoma do autor, independentemente da natureza da motivação (egoísmo, altruísmo, nobreza etc.) – o que exclui determinações heterônomas, como confissões obtidas por pressão, ou em face de provas irrefutáveis, mas admite-se confissão espontânea em caso de prisão em flagrante; b) a confissão deve ocorrer perante autoridade, em sentido amplo, incluindo, além da autoridade judicial e policial, também o Ministério Público." **Juarez Cirino dos Santos**

32) Dilema do Inocente Sem Provas (Otelo vs Desdêmona): A partir do **Dilema do Prisioneiro**, podemos aproveitar a metáfora apresentada por *Anatol Rapoport*, utilizando-se a peça *Otelo*, o "*Mouro de Veneza*", de *Shakespeare* (vale ler; é curta: a dúvida de *Otelo* é: *Desdêmona* "se deitou" com Cássio?). Tenhamos *Otelo* e *Desdêmona* como jogadores e que, não tendo certeza sobre a culpa de *Desdêmona*, *Otelo* questione-a: *Você se entregou ou não a Cassio?* Embora *Desdêmona* saiba de sua inocência, suas táticas dependem do que *Otelo* pode ou não acreditar. As suas alternativas são: **1)** confessar falsamente a culpa; e, **2)** negar a culpa. Falar a verdade parece o mais natural, mas a questão é saber "se o outro (que decide) está em condições de acreditar" (grau de credibilidade). Vamos estabelecer **duas vias** para estruturar a escolha:

A) Para estabelecer a estratégia dominante, *Desdêmona* deve pressupor qual a conclusão já tomada por *Otelo*, **ou seja, se ele**: **1)** acredita que é culpada; ou, **2)** acredita que é inocente. Dessa sua pressuposição, abrem-se duas ações: i) confessar falsamente e ter a esperança de que *Otelo* possa perdoar; ii) sustentar a inocência e a provar. Perceba-se que a tática dominante "depende da pressuposição de *Desdêmona* sobre o que *Otelo* pensa". E pouco importa se é ou não inocente;

B) *Desdêmona*, também, pode imaginar um jogo diferente, no qual a sua palavra, reconhecendo ou negando a traição, possa ter credibilidade, peso e valor (função de verdade) na conclusão de *Otelo*. Nesse jogo, então, ***Otelo*** pode ter quatro crenças**: 1)** acreditar que é culpada, seja lá o que responder; **2)** acreditar que é inocente, seja lá o que responder; **3)** acreditar, no que quer que diga (sim ou não); e, **4)** não acreditar, independentemente do que diga.

Esse **segundo** modelo de jogo depende da **pressuposição** de *Desdêmona* quanto à **confiança** depositada por *Otelo* em sua capacidade ou não de traição. A sua escolha vincula-se ao inventário das crenças antecedentes de *Otelo*, para somente então eleger a estratégia dominante (Equilíbrio de *Nash*). O acolhimento do argumento da dúvida razoável depende da suposição sobre a crença de *Otelo*. **A árvore do jogo vincula-se às pressuposições antecedentes**: *Otelo*: **a)** acredita ou não que ela poderia traí-lo? **b)** quer ou não ficar casado com ela? **c)** como lidará com sua reputação? Do conjunto de respostas, os jogos ganham estratégias dominantes diferenciadas, dado o peso de cada uma das variáveis. Por

isso, joga-se no processo penal com as antecipações de sentido e as expectativas de comportamento. Ou não? Acrescente-se, ainda, que os agentes processuais devem levar em consideração a possibilidade de conluio entre os jogadores e as fontes de informação (testemunhas, na hipótese, *Iago*: o invejoso denunciante), a saber, os benefícios dos agentes processuais e das testemunhas com o êxito da cooperação espúria. Por mais difícil que possa ser antecipar todas as expectativas de comportamento, a matriz da Teoria dos Jogos auxilia na compreensão das interações processuais , sem que possamos confundir o mapa dos jogos com os jogos em si, para não cairmos na "falácia do mapa". Em face das alternativas disponíveis, em situação de encruzilhada (os nós de decisão das árvores do jogo), devemos optar pela melhor alternativa: a estratégia dominante (a melhor escolha para cada possível alternativa do outro agente)**.** Podemos simplesmente arriscar, apostando em heurísticas (tino, sorte, vontade divina etc.) com os riscos daí decorrentes ou podemos estimar os cenários, com informação ampliada, isto é, englobando as crenças dos demais agentes quanto à reputação, credibilidade, fiabilidade sobre **quem** enuncia o discurso. A escolha é probabilística e complexa, por isso Dilema. Somos tomados muitas vezes pelo fascínio da autoconfiança ou de uma sinceridade que ceifa as possibilidades de ganhos relativos e, no caso de *Desdêmona*, levou à morte.

Muitas vezes o acusado se diz inocente, mas o **contexto** dos autos não lhe é favorável. O julgador ou investigador, a depender do grau de suficiência probatória, pode atribuir alguma função ao interrogatório ou, ao contrário, já estar convencido. Estamos falando de interações reais e não daquelas que sonhamos, já que pelo trajeto que fizemos, o **Esquema Decisório** dos agentes aposta, de regra, na "convicção subjetiva" da suficiência probatória. Devemos levar em consideração heurísticas e vises cognitivos, dentre eles o "código oculto dos antecedentes criminais", pelo qual, na dúvida, confere-se a "ficha" do acusado. Não deveria ser assim, justamente porque é "correlação ilusória" (são condutas independentes: não há correlação válida entre a condenação passada e a atual; mas opera). Tende-se a reduzir o peso do interrogatório do acusado provido de antecedentes. Os acusados, com antecedentes, não podem fingir que eles não existem. O acusado também pode dizer: "*sempre que fui o autor, confessei*". Sua palavra, para ter credibilidade, precisa ser confortada com as sentenças anteriores (facilmente localizáveis), para o fim de agregar verossimilhança. Dizer ao vento é muito arriscado e pouco convincente (o Juiz não irá procurar; devem ser juntadas pela defesa). Tudo isso para dizer que a atribuição de sentido depende muito do contexto em que os fatos são determinados, especialmente o **Esquema Decisório** dos julgadores.

A) Para estabelecer a estratégia dominante, o acusado deve pressupor qual a conclusão já tomada pelo Julgador, **ou seja, se ele**: **1)** acredita que é culpado; ou **2)** acredita que é inocente (leva a sério a presunção

de inocência). Dessa pressuposição, abrem-se duas ações: i) confessar falsamente e obter a redução de pena; ii) sustentar a inocência e a provar. Perceba-se que a tática dominante "depende do que a Defesa pensa que o Julgador pensa". E pouco importa se é ou não inocente;

B) O acusado, também, pode imaginar um jogo diferente, no qual a sua palavra, reconhecendo ou negando a conduta, possa ter credibilidade e valor (função de verdade) na conclusão do julgador. Nesse jogo, então, o julgador pode ter quatro crenças: **1)** acreditar que é culpado, seja lá o que responder; **2)** acreditar que é inocente, seja lá o que responder; **3)** acreditar, o que quer que diga (sim ou não); e, **4)** não acreditar, independentemente do que diga.

Não basta dizer a verdade; será preciso antecipar as condições de "credibilidade" atribuíveis pelos demais agentes processuais (principalmente o julgador). Ademais, o conteúdo e a forma do interrogatório devem ser robustos o suficiente para o fim de emprestar credibilidade e fiabilidade. Em geral, o que determina o resultado é o que os agentes pensam (subjetivamente) sobre a conduta no contexto. No processo penal o grau de racionalidade é muito variável e dependente do contexto: é da ordem do acontecimento**;**

"Nem sempre a escolha sincera é racional e muitas vezes ela diverge radicalmente da escolha estratégica". **Duilio de Avila Bêrni**

(LAA, art. 20: Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem impede o preso, o réu solto ou o investigado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência**"**.

A descrição do mundo (mapa = ordenamento jurídico) como sendo o território, embora cativante e sedutor, no fundo, gera a confusão em não se conseguir reduzir a sua complexidade. O mundo é complexo. A tentativa de simplificar pode obter parcial sucesso, mas é insuficiente. O processo penal sofre, assim, de um grande déficit, dado que procura, ainda, estabelecer as bases de seu funcionamento em face de coordenadas, ou seja, de um mapa que não se confunde com o território. **Jorge Luis Borges** nos ensinou que o mapa mais perfeito do mundo seria ele próprio. A metáfora mostra que não se pode confundir um mapa do lugar com o seu real. Sempre há nuanças, desvios, mudanças de rumo, erros e surpresas.

33) Hipótese Defensiva Verossímil: A segurança, tranquilidade e coerência do interrogatório são fundamentais, dependendo da capacidade de acreditação, a saber, do que vimos como sendo **Dilema de Desdêmona**, não basta ser verdade, será necessário parecer verdade. Não interessa o que o acusado diz que pensou na hora da conduta – se tinha dolo ou mesmo culpa – mas sim do que os demais agentes processuais, em especial o Juiz, é capaz de acreditar ou inferir que pensou. A ação tática deve se dar em face de versões críveis de acolhimento, desprezando as que, apesar de verdadeiras (segundo o acusado), são inverossímeis. A possibilidade de articulação de narrativa coerente, a qual explique, com sentido, a conduta. Não pode ser extraordinária (droga caiu do céu, foi achada na rua, baixou um espírito etc.), porque deve abrir a possibilidade de ser crível. **E quando não se ajuda?** Algumas vezes, o acusado quer "dourar a pílula", ou seja, incrementar a versão para que ela fique mais crível. Há o caso do acusado por tráfico que, flagrado com um quilo de maconha no veículo, contou ter ouvido um estouro vindo do capô do carro, enquanto trafegava nas imediações do fórum. Ao parar, constatou que se tratava de um tijolo de maconha. Preocupado, disse ele, que uma criança ou animal consumisse a droga, decidiu juntá-lo do asfalto e entregá-lo às autoridades. Teve o "azar" de ser parado por uma blitz da polícia no caminho para a delegacia. Ao final nem ele conteve o riso. Indagado, por fim, de onde teria caído a droga, já sem chances, disse ter vindo de um avião ou disco voador... Em outro caso, encontrada droga em sua residência, afirmou que seu cachorro, não sabe de onde, teria trazido o tijolo de maconha para dentro e como não sabia o que fazer com a droga, pegou a faca, cortou em pequenos pedaços e colocou, com

papel laminado, na geladeira. Teria feito isso para evitar o cheiro. A **criatividade** das versões é grande, mas mesmo que possa ter um fundo de verdade, não são críveis. Daí que as versões precisam ser minimamente acreditáveis. Do contrário, o silêncio é redução de danos**.** Muitas vezes o acusado superestima a probabilidade de sucesso, apegando-se ao **otimismo ingênuo** de versões improváveis. Cabe ao defensor apresentar os prós e contras dessas histórias, não para manipular seu conteúdo, mas para informar o acusado das consequências de versões mirabolantes. A criatividade não possui limites e, no jogo processual, ela deve ser usada com critério para se evitar a frase, dita por *Lenio Streck*: "*o réu não se ajuda*."

"Muitos de nós, como leigos, experimentamos tristes momentos quando nossos advogados nos dizem que nossos melhores argumentos sobre aquela briga com um vizinho não valeriam nada em juízo e que, pelo amor de Deus, não devemos sequer mencioná-los ao juiz. Depois, usam no tribunal argumentos que nós acharíamos irrelevantes ou indevidos. Assim, os conflitos vão se tornando propriedade dos operadores do direito". **Nils Christie**

34) Aderência à Realidade e Coerência Discursiva: A versão do acusado em seu interrogatório precisa ser crível e coerente. A narrativa precisa ter um propósito no contexto dos autos. Talvez seja necessário alinhar a história, sublinhar os aspectos juridicamente relevantes, os momentos de bifurcação entre opções, as razões e as circunstâncias que foram relevantes para deliberação. No final deve se indicar viés de superação. Não pode, em regra, ter cheiro de autoajuda, nem de pensamento positivo. Mas dependendo do juiz**...** A tática argumentativa no interrogatório deve se focar na prova produzida, nas dúvidas inseridas, mostrar-se como experiência articulada com a estratégia eleita pelo jogador defensivo. A versão deve conduzir à tomada de posição por quem ouve. Não deve omitir fato relevante, nem condenações anteriores, caso tenha antecedentes, porque os antecedentes servem de mecanismo de decisão oculto de muitos agentes processuais. Logo, deve sublinhar a situação pretérita e o contexto atual. Assim é que a versão deve ser coordenada com os fatos incontroversos (já demonstrados). Deve-se analisar, também, a tendência a não se emprestar credibilidade aos acusados profissionais ("cartão fidelidade" de varas criminais). E contar um segredo pode ser sempre interessante...

"A pertinácia da defesa necessita argumentação precisa, irrefutável, culta, profundamentamente humanista e solidamente jurídica" **Leonardo Frankenthal**

C - Controvérsia:

1) Função do Juiz: Embora a previsão do art. 185 e sgts, do CPP, diante do alinhamento acusatório previsto na Constituição e explicitado no art. 3º-A, do CPP, o Juiz não deve ocupar função ativa na produção de provas, inclusive no interrogatório, abrindo às partes o desafio do questionamento direto;

2) Ministério Público Pergunta Por Último: Se o interrogatório é meio de prova e de defesa, quem deve iniciar perguntando é a parte interessada, a saber, a defesa, seguindo-se do Ministério Público. O acusado pode responder aos questionamentos que desejar, mas a ordem de indagação, na linha da função epistêmica do interrogatório, deve ser: defesa e acusação;

3) O Incentivo à Confissão: O regime de **incentivos à confissão**, consistente na redução da pena na segunda fase da aplicação (CP, art. 65, III, "d") é modesto e não atende à função a que se propõe, ainda

mais com a Súmula 231, do STJ (a súmula é desprovida de suporte legal; baseada em dispositivo revogado). Se a confissão é importante para o fim de acertar os fatos, o regime de incentivos deveria ser ampliado, nos moldes do ANPP. O cenário atual é incapaz de modificar, na maioria dos casos, o critério da decisão (análise Custo-Benefício);

A Súmula 231 do STJ é reproduzida sem fundamento normativo válido, somente pelo argumento de autoridade. "Como dito anteriormente, não existe no ordenamento qualquer proibição para a incidência da atenuante quando a pena encontra-se no mínimo. Aliás, desrespeita-se tal ordenamento que prescreve que as atenuantes são de aplicação obrigatória". Cezar Bitencourt está correto ao afirmar que não reduzir a pena na segunda fase "é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal". **Aline Bozza**

4) Prisão Temporária Para Interrogar: A prisão temporária para fins de interrogatório é tática agressiva que busca criar ambiente desfavorável às declarações, evitando a preparação junto à defesa, embora deva estar presente. A construção artificial de "pressão ambiental", associada ao constrangimento público da medida e o "medo" e/ou "receio" incutido nos sócios, familiares, enfim, na rede de relacionamentos do alvo. A depender do perfil psicológico e das vulnerabilidades do "preso" (nunca foi preso, não imagina como funciona o sistema carcerário etc.), tende-se a obter melhores resultados. A prisão temporária, conforme já criticamos, é prática incompatível com a democracia, por ser modalidade de "prisão para investigação". Até porque se o alvo jamais se negou a colaborar, não está se escondendo ou fugindo, a medida é desproporcional. Atende, em regra, a motivações autoritárias e/ou oportunistas. Do ponto de vista estratégico, confere vantagem à acusação, principalmente se forem realizadas "ameaças" indiretas sobre a prisão de parentes, amigos ou ainda o encaminhamento do alvo para estabelecimento penal "perigoso". Com a obrigatoriedade da **Audiência de Custódia**, se a prisão se deu para realização de interrogatório, não há como sustentar-se a prisão se não realizado o ato durante o período em que o alvo está segregado, salvo se adicionadas novas razões justificadoras, ocasião em que a prisão deverá ser reanalisada, de modo fundamentado;

"O terror com frequência foi usado como instrumento de guerra, embora sua eficácia seja muito questionada. Acabar com a disposição de resistir do inimigo e assustá-lo para impedir futuras ações por medo das graves consequências pode ser um fator fundamental para garantir a vitória". **Rob Johnson, Michael Whitby e John France**

5) Defensores do Corréu: Os defensores do **corréu** podem fazer perguntas ao acusado, sob pena de nulidade (STF, 94.016);

"Só pode falar-se de um sujeito processual, com legitimidade para intervir com eficácia conformadora sobre o processo, quando o arguido persiste, por força de sua liberdade e responsabilidade, senhor de suas declarações, decidindo à margem de toda a coerção sobre se e como quer pronunciar-se". **Manuel da Costa Andrade**

6) Audiência de Custódia: As declarações da **Audiência de Custódia** não se confundem com interrogatório, devendo-se atentar para manipulações oportunistas que buscam obter, antecipadamente, elementos de prova (condenatória, claro). A finalidade é distinta, tanto que se denomina de "entrevista";

"Existe uma linguagem verbal e outra não-verbal, ambas utilizadas pelas partes como força retórica perante os julgamentos do Tribunal do Júri, e a farda do réu, ao criar imagem de seriedade, traz um desequilíbrio neste discurso. A visão que se tem do réu, garboso em seu uniforme, é um instrumento que reforça a linguagem não-verbal transmitida aos jurados, fazendo-os crer que se trata de um cidadão honesto e trabalhador, que agiu para defender a sociedade". **André Luiz Bogada Cunha**

"A fixação de uma primeira impressão demanda esforço cognitivo para superação e modificação, razão pela qual se deve estar atento no decorrer do jogo processual, inclusive para se lançar em táticas de contingenciamento. O que está em questão é a credibilidade da fonte probatória e as armadilhas da cognição, cujo futuro depende da superação da ingenuidade e/ou do cinismo. Por isso, vale parafrasear: Mas com que roupa, eu vou, ao júri que você me intimou". **Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa**

D – Estratégia:

1) Gran Finale: O interrogatório é gran finale do palco probatório. A prova está produzida, as chances estimadas. É a última oportunidade de virada. A performance do acusado será fundamental, não somente no plano das palavras. A vestimenta, a linguagem corporal, o modo como se expressa, tudo, no mínimo detalhe pode fazer a diferença (efeito borboleta). Ou não faz diferença o acusado fardado ou de macacão da penitenciária? Exige preparação e profissionalismo. A maioria, contudo, lança-se em jogos de sorte, em que o acusado entra sem saber sequer o que irá acontecer e os riscos associados (amadorismo);

2) Silêncio: O silêncio é poderoso campo aberto à imaginação. Prevalece a "regra de segunda ordem" de que, se é a oportunidade de o acusado apresentar suas razões e se cala, "deve ser culpado"("quem cala consente). A conclusão é espúria e desprovida de suporte legal, afinal, ninguém pode ser prejudicado por exercer direitos reconhecidos. Mas o risco é grande e deve estimado;

3) Sinalizações (positivas e negativas): Para corroborar os atributos positivos do acusado, devem ter sido carreadas aos autos provas e/ou depoimentos capazes de promover sinalizações indiretas, de testemunhas/informantes indicadoras da credibilidade do acusado, razão pela qual depoimentos de mães, pais, familiares, pouco auxiliam, salvo se tiverem uma "respeitabilidade social" ou forem conhecidos pelos agentes processuais , em especial dos julgadores. Testemunha que possa gerar credibilidade indireta ao que for dito – defesa direta ou técnica – pode inverter os rumos do caso. A omissão de detalhes será sempre preenchida pelo imaginário pressuposto da culpa/inocência. Produzir informações coerentes com a tese defendida, tanto de acusação, como defesa, sempre será custosa. Preparar-se para o jogo, de forma profissional, exige fontes de credibilidade para os fatos relevantes a serem provardosno decorrer da instrução, dado o jogo cognitivo;

"Essa modalidade cooperativa decorre do comportamento de 'transitividade', tendência que temos de nos tornarmos amigos dos amigos de nossos amigos: se Pedro é amigo de Ana, e Ana é amiga de Cidinha, Pedro tende a ser amigo de Cidinha. Este é um comportamento universal, apesar de sua intensidade poder variar por fatores culturais, e é por causa dele que nós somos tão prolíficos em criar estruturas associativas, como clubes, associações – que, neste manual, serão denominadas genericamente de 'clusters'." **Raul Marinho**

4) Postura do Interrogado: A postura do acusado é importante: quanto mais arrogante, pior a posição adotada. Suas **vestes**, a **preparação**, **nervosismo** (alguém muito calmo ou agitado não passa boa impressão). E o interrogatório é, sempre, muito arriscado. Daí que diante da (in) capacidade do acusado, muitas vezes, com os riscos do silêncio (que sempre diz, via imaginário) deve-se avaliar, ao final da instrução, qual a tática dominante: calar ou falar, eis a questão. O silêncio pode minimizar ou potencializar os riscos de condenação, devendo-se buscar informações sobre o modo com que o Juiz e o Ministério Público atuam, isto é, sobre o **Esquema Decisório** dos agentes processuais;

"Inicia-se, pois, pelos réus a análise da influência da aparência física no momento das audiências. Tendo como premissas as teses acima, têm-se, como consequência lógica, várias características que levam à maior ou menor credibilidade do sujeito e, consequentemente, maior ou menor chance de sua condenação, sem levar em conta as demais provas coligidas aos autos. Por exemplo, um réu policial que comparecer à audiência fardado, poderá ser confundido com a instituição que representa, levando a um esforço extra do julgador que não terá apenas que analisar se há provas suficientes de que o réu cometeu o ato criminoso de que é acusado, mas se aquele réu, que representa e faz parte da instituição que tem como deveres a proteção da população e manutenção da paz e da ordem, poderia cometer aquele crime". **Ariane Hamann**

"É certo que se o acusado for a julgamento popular com o "macacão" do presídio, causará influência indevida no ânimo dos senhores jurados, que tenderão a condená-lo, bem como a presumir culpa e risco à sociedade. Ademais, é certo que adotamos o direito penal do fato e não o direito penal do autor, onde se julga o fato praticado pelo acusado e não a pessoa ou vestimentas, todavia, o tribunal do júri é formado por juízes leigos que decidem de forma desmotivada, sem expor as razões, o que deve ser sempre observado em face do princípio do sigilo das votações, por tal razão é temerária a presença de um símbolo de culpa como esse no júri". **Auryney Brito**

5) Preparação: Como último ato do processo, o "*grand finale*", a performance do acusado pode mudar os rumos do desfecho. Daí a importância estratégica do interrogatório, exigindo planejamento, se necessário, treinamento, com a estipulação de árvores de questionamentos. Como o **silêncio** pode deslizar em diferentes sentidos para o agente público, especialmente no ambiente processual, ficar em silêncio pode ser um risco a ser mensurado. Exercer direitos no Brasil pode ser uma tarefa clandestina e arriscada, principalmente quando se está movido por verdades absolutas e autoritárias. O risco está posto. A análise deve ser feita em cada contexto, conforme seus personagens. A dinâmica do processo é única. O silêncio, todavia, pode ganhar sentidos inesperados, dado que os efeitos do silêncio são imprevisíveis. Afinal, quem cala nem sempre consente. Certo?

INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR ESTATAL

INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

< Capítulo 10 >
Investigação Preliminar Estatal
(Oficial)

10.1 Regras, Funcionamento e Características

A – Definição:

Função estatal consistente na apuração preliminar das evidências (incriminantes ou exculpantes) de fato aparentemente criminoso, por meio de autoridades definidas e procedimentos regulados em lei.

"A investigação preliminar é assunto crucial ao estudo do processo penal, na medida em que permite a reunião de elementos que justifiquem a instauração ou não da persecução judicial, além de impedir a formulação de acusações açodadas, exercendo assim relevantes funções preventiva e preparatória do processo".
Danielle Cavalcanti

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) A Função da Investigação Preliminar: A função da investigação preliminar é a de angariar evidências sobre fatos aparentemente típicos de modo independente imparcial (sem compromisso com a acusação ou a defesa). A Constituição e a legislação atribui a função à Polícia (Estadual ou Federal), tendo o STF reconhecido a legitimidade do Ministério Público. A investigação se inicia por **a)** *notitia criminis*, **b)** requisição; **c)** ciência direta pela autoridade policial; **d)** flagrante. A **Portaria** ou o **Flagrante** são os atos formais pelos quais a autoridade pode iniciar a investigação. Antes, a autoridade realiza juízo sobre a plausibilidade da informação e a adequação típica. A **Portaria** "enquadra", com os dados disponíveis, os limites do objeto da investigação (isolada ou conectada a outras investigações). A **ampliação dos espaços de consenso** (ANPP e Colaboração Premiada) reforçou a importância da investigação preliminar, porque nem sempre haverá processo, razão pela qual ou a defesa realiza investigação defensiva para fins de "negociação" ou de nenhum elemento disporá. Além disso, na maioria dos casos, a atuação do Ministério Público é limitada pela qualidade e quantidade do conjunto de evidências obtidas na investigação. O protagonismo da investigação deve ser cada vez mais levada a sério: é o **cenário** onde se define os rumos futuros (abrem-se e fecham-se portas cognitivas);

"Pela comodidade de se produzir 'provas' na fase inquisitiva, o comum é que o órgão acusador parasite o inquérito policial, pouco acrescentando, na fase judicial, àquilo que foi produzido pela polícia. As provas produzidas em contraditório judicial, que deveriam ser a espinha dorsal do processo, acabam se tornando coadjuvantes na formação da convicção do julgador, convertendo o processo em uma mera repetição ou encenação da primeira fase".
David Queiroz

"De fato, não se pode subestimar a importância das preliminares. Cada vez mais têm ficado evidente, na sistemática dos jogos, os efeitos determinantes da partida prévia sobre o jogo principal. A investigação preliminar, por muito tempo relegada a segundo plano pela doutrina e pelos atores processuais, funciona, em muitos casos, como verdadeiro local de resultado. O placar (antecipado) tem sido constantemente definido na investigação, apesar de toda a válida crítica doutrinária a esse respeito".
Leonardo Marcondes Machado

"O grande problema envolvendo essa questão reside no fato de que, quando pensamos em inquérito policial, logo nos vem a cabeça um procedimento inquisitivo, que tem unicamente como objetivo encontrar um culpado pela prática de uma infração penal. Todavia, esse entendimento não está correto. A investigação preliminar tem o objetivo de fornecer elementos informativos tanto para a acusação, como para a defesa."
Francisco Sannini Neto

"Para minimizar os riscos do uso abusivo do mecanismo da conformidade é preciso que a fase preliminar de investigação se desenvolva com rigor, com uma verdadeira busca de provas, tanto incriminadoras quanto exculpatórias. Quanto mais essa fase se aproxima da busca da verdade menos perigo haverá de falta de liberdade na aceitação de propostas de conformidade porque estas se aproximariam mais à realidade dos fatos e o acusado estará em melhores condições de valorar suas expectativas, se opta ou não por recorrer ao processo."
Lorena Bachmaier Winter

2) Atribuição para Investigar (quem pode?): A Polícia e as demais Instituições são indispensáveis para angariar as circunstâncias, a materialidade e a autoria das infrações penais (CPP, art. 4º e Lei 12.830/13, art. 2º, 5º), em observância às regras democráticas. A **atitude ativa** ou **omissiva** da autoridade policial, por exemplo, pode implicar em consequências relevantes no conjunto das evidências disponíveis, especialmente quando convencido da culpa, aceita omitir ou se negar

a produzir informações defensivas (violentado a lógica do ***disclosure***). As possibilidades do art. 6º, do CPP, serão preenchidas conforme as determinações táticas e operacionais, vinculadas à estratégia do condutor das investigações. Embora não seja processo, mas procedimento, joga-se muito**.** A atitude investigatória da autoridade condutora das investigações poderá ser fundamental, ou não, ao êxito de uma condenação. A simples desídia no levantamento no local do crime, garantia da cadeia de custódia ou a não requisição de uma perícia pode acarretar sérias consequências à materialidade dos fatos investigados, assim como a capacidade (inteligência e tirocínio) de elaborar hipóteses investigáveis;

"A atitude investigatória da autoridade condutora das investigações poderá ser fundamental, ou não, ao êxito de uma condenação". **Márcio Adriano Anselmo**

"Em outras palavras, inquérito policial consiste no processo administrativo apuratório levado a efeito pela polícia judiciária, sob presidência do delegado de polícia natural; em que se busca a produção de elementos informativos e probatórios acerca da materialidade e autoria de infração penal, admitindo que o investigado tenha ciência dos atos investigativos após sua conclusão e se defenda da imputação; indispensável para evitar acusações infundadas, servindo como filtro processual; e que tem a finalidade de buscar a verdade, amparando a acusação ao fornecer substrato mínimo para a ação penal ou auxiliando a própria defesa ao documentar elementos em favor do investigado que possibilitem o arquivamento, sempre resguardando direitos fundamentais dos envolvidos". **Henrique Hoffmann**

3) Polícia Civil e Polícia Federal: A atribuição para instauração de investigações é privativa da Polícia Civil ou Polícia Federal (Lei 12.830/13, art. 2º, § 1º). Conforme o tipo penal em tese violado e da autoridade eventualmente investigada emerge a atribuição para instauração da investigação (Federal e Estadual), ciente da possibilidade de a Polícia Federal investigar os casos de repercussão interestadual e internacional. Toda a investigação deve ser comunicada ao Juiz das Garantias (CPP, art. 3º-B, IV), quando em vigor. A autoridade policial é o Delegado de Polícia ou Delegado Federal, conforme a carreira respectiva. Os Chefes de Polícia são atualmente denominados, conforme a esfera de atuação, de Diretor Geral da Polícia Federal e de Delegado Geral da Polícia Civil. Ainda que, não tenham as garantias dos magistrados e membros do Ministério Público, é vedada a exclusão da condução das investigações sem motivação (Lei 12.830/13, art. 2º, §§ 4º e 5º). **Formam a Polícia Judiciária, com atribuição precípua de investigar os crimes e a autoria**. É acolhida pelo STF a possibilidade de **Termos de Cooperação** entre a Polícia Civil e Federal, desde que o fato seja grave, as circunstâncias justifiquem, bem como esteja previamente determinado. A Lei 12.850/13, em seu art. 3º, VIII, permite a "*cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal*". Os limites da cooperação são relevantes para verificação da realização de atos desprovidos de atribuição ou com manipulação do poder de investigar. Por força da Constituição (art. 129, VII), da Lei Orgânica do Ministério Público (art. 3º) e Resolução 20/07, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), **compete ao Ministério Público o controle externo**, consistente no escopo de zelar pela regularidade e adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, atentando pelo (art. 2º, Res. 20/07, do CNMP) o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição da República e nas leis, dentre outras atribuições. Implica, ainda, na obrigação de fiscalização por parte do membro do Ministério Público, mediante visitas ordinárias e requisições, podendo expedir "Recomendações" para melhoria dos serviços policiais. O exercício da atribuição fiscalizatória ativa é evento raro. Não se confunde com controle ideológico (o Delegado não é subordinado ao MP);

Sobre a atribuição da Polícia Federal conferir as Leis 10.446/02 e 12.894/13 que, em resumo, autorizam a investigação dos crimes contra a ordem política e social (Lei de Segurança Nacional), crimes em detrimento de bens, serviços e interesses da União e de entidades autárquicas ou empresas públicas, bem assim outras infrações (tráfico, furto, roubo, receptação, cartel, etc.) que tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme. As demais atribuições são Estaduais. Não causa nulidade da investigação, todavia, a investigação pela Polícia Federal de crimes Estaduais, salvo má-fé (STJ, RHC 066.741; RHC 068.900). Em sentido contrário: STF, HC 140.311).

4) Ministério Público: O STF decidiu que o **Ministério Público pode investigar**, em prazo razoável, desde que respeitados os direitos e garantias dos investigados, observada a reserva de Jurisdição e as prerrogativas dos advogados, submetendo-se ao controle jurisdicional dos atos praticados (RExt. 593.727; repercussão geral). A forma, competência e dilemas são imensos, até porque sabe-se as dificuldades de quem investiga selecionar as provas que entende "interessantes". As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (181 e 183) não suprem totalmente a legalidade, mas servem de base normativa mínima para o controle da atuação. Toda investigação, ademais, deve ser comunicada ao Juiz das Garantias, justamente para que se possa controlar eventuais abusos (CPP, art. 3º-B, IV). Dominar as Resoluções é fundamental;

"Os limites da investigação direta do MP podem ser esquematizados da seguinte forma: a) excepcionalidade e subsidiariedade da apuração do MP; b) prevalência da requisição da instauração de inquérito sobre a deflagração de investigação ministerial; c) condução da investigação sob sua direção e até sua conclusão; d) impossibilidade de *bis in idem*; e) observância de princípios e regras que norteiam o inquérito policial; f) respeito ao marco legal da investigação criminal no Brasil". **Henrique Hoffman e André Nicolitt**

5) Polícia Militar, Rodoviária, Marítima e Ferroviária: As Polícias Militar, Rodoviária, Marítima e Ferroviária são órgãos da segurança pública e, portanto, de polícia administrativa (não judiciária). Compete à Polícia Militar o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública, sem qualquer competência para instaurar ou conduzir investigações policiais, salvo nos crimes militares, mesmo no âmbito dos Juizados Especiais (CR, art. 144, § 5º). Assim também a Polícia Rodoviária Federal (CR, art. 144, § 2º), a Polícia Ferroviária Federal (CR, art. 144, § 3º) e as Estaduais**.** A Lei 13.491/17 ampliou o espectro investigativo para crimes não previstos no CPPM, com forte discussão sobre a **inconvencionalidade** da medida, especialmente em face das Intervenções das Forças Armadas nas denominadas "Operações de Garantia da Lei e da Ordem (**OpGLO**)" (LC 97/99). **A investigação militar de crimes não militares** (ou praticados por militares; Lei 13.491/17) não pode ir além dos limites previstos em lei. Anote-se, ainda, a nova redação do art. 14-A, do CPP, pela qual o investigado nos crimes de competência militar ganha um novo lugar na investigação, mediante a controversa "citação". Por ser força "auxiliar" e de "reserva" do Exército, a Polícia Militar deve cumprir as missões constitucionais atribuídas no contexto coletivo, além de investigar os crimes militares e, no máximo, os previstos na Lei 13.491/17, sem que tenha autorização normativa para violar a fronteira. Em decorrência, a Polícia Militar não pode requerer medidas cautelares (interceptação telefônica, mandado de busca e apreensão etc.), porque a função administrativa não autoriza a prática de atos de investigação, salvo em crimes militares. O dito serviço de **investigação (P2)** é o *jeitinho brasileiro* aplicado pelas corporações para investigar sem regras (forma, prazos, indiciamentos etc.), apresentando relatórios e requerendo providências típicas da polícia judiciária. Não raro, por ausência de treinamento, equivoca-se, contaminando a validade dos elementos probatórios (cheio de boa intenção, claro). Se a autoridade administrativa (Polícia Militar) realiza atividade sem previsão legal, embora existente materialmente, não pode gerar efeitos válidos (é inservível). O STF, no julgamento do ARRExt. 702.617 (Min. Luiz Fux), excluiu a atribuição da Polícia Militar

para fins de lavratura de Termo Circunstanciado (Juizados Especiais Criminais), diante do reconhecimento da **atribuição exclusiva da Polícia Judiciária**: "*O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 3.614, que teve como redatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia, pacificou o entendimento segundo o qual a atribuição de polícia judiciária compete à Polícia Civil, devendo o Termo Circunstanciado ser por ela lavrado sob pena de usurpação de função pela Polícia Militar*". **Se não pode para TC, mais grave ainda é a realização de atos investigatórios no regime do CPP**. Embora isso, os Tribunais aceitam a investigação pelas Polícias Militares (STJ, RHC 97.886, Min. Maria Thereza de Assis Moura), deferindo medidas requeridas por órgãos militares, validando "investigações" paralegais. Desconsidera-se a estrutura de funcionamento da investigação preliminar em nome dos resultados, consolidando-se investigações sem forma, nem regramento, às escuras**.** A depender dos demais agentes com poder decisório (MP e Juiz), a investigação unilateral da Polícia Militar recebe respostas diversas (validada ou não). O reconhecimento da nulidade, por ausência de atribuição legal, depende do juiz que "apita" a violação das regras e, no caso de a Polícia Militar realizar investigações, há certa leniência pelo resultado. O argumento da nulidade pode ser relevante, porque a falta de atribuição legal pode configurar abuso de autoridade (LAA, art. 30), Improbidade (LIA, art. 11, I) ou de usurpação de função pública (CP, art. 328), além de ocasionar a anulação de todos os atos e provas obtidas;

6) Guarda Municipal: A Guarda Municipal é órgão criado para o fim de proteção dos bens, serviços e instalações dos Municípios e **não como substituto da Polícia Militar ou Civil** (CR, art. 144, § 8º). Não pode realizar atos próprios de investigação, nem de policiamento ostensivo, muito menos apurar denúncias anônimas**.** Assim como qualquer cidadão do povo, tem a faculdade de prender em "flagrante delito posto", não pressuposto. Toda atuação em desconformidade com a sua competência levará à ilicitude da prova (CR, art. 5º, LVI), além de poder configurar abuso de autoridade (LAA, art. 30) ou de usurpação de função pública (CP, art. 328). Em algumas cidades a Guarda Municipal transformou-se em arremedo de *Polícia Municipal*, sem previsão legal, mas que atende aos anseios políticos locais. As prisões decorrentes de abordagem pessoal (busca pessoal), por exemplo, sem flagrante antecedente, sujeitam os agentes da guarda à tipificação de abuso de autoridade, além do relaxamento da prisão (STF, RExt 1.281.774, Min. Marco Aurélio). Eventual resultado da diligência em nada altera o pressuposto: não há autorização constitucional: os atos são nulos. Guarda Municipal não pode agir como Polícia Militar. Com a aprovação do Estatuto das Guardas Municipais (Lei 13.022/14), surgem interpretações oportunistas. A validade da investigação ou atendimento dependerá da compreensão de quem controla a legalidade;

Invocando o julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana, destacou: "A Corte estabeleceu, que a intervenção do foro militar na investigação desses fatos violou os parâmetros de excepcionalidade e restrição que devem caracterizar a competência desta jurisdição (a militar), tendo sido um dos fatores que culminou na impunidade do caso. [...] Entendeu que a intervenção militar em investigações de civis é medida indevida e a investigação criminal militar é excepcional aos crimes militares próprios, tendo o país violado as próprias leis internas quando permitiram que a investigação fosse militar, ao revés de uma investigação civil" **Ruchester Marreiros Barbosa**

"Em resumo, mudou-se a lei para estabelecer que os crimes dolosos contra a vida praticados por membros das Forças Armadas contra civis, no exercício anormal de suas funções, gozam de natureza militar e, portanto, ficam sujeitos a um juízo especial, diverso daquele constitucionalmente previsto que seria o Tribunal do Júri. É, no fundo, uma maneira aparentemente legal de afastar a garantia constitucional do juízo natural civil/não militarizado que vigorava segundo as regras de competência material". **Leonardo Marcondes Machado**

TJSC, 3ª Turma Recursal (Juiz Alexandre Morais da Rosa): "CONTRAVENÇÃO DE "JOGO DO BICHO". TERMO CIRCUNSTANCIADO ELABORADO PELA POLÍCIA MILITAR EM FRANCA VIOLAÇÃO DE SUAS FUNÇÕES. ATO NULO E SEM CAPACIDADE DE GERAR QUALQUER MATERIALIDADE. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CONDUTA ATÍPICA. DIREITO PENAL NÃO SERVE PARA COIBIR VIOLAÇÃO QUE DEVE SER ADMINISTRATIVA. JOGO EXPLORADO PELO ESTADO. RECURSO PROVIDO PARA DECRETAR A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO".

"Quando a Polícia Militar investiga e representa por medidas cautelares (interceptações telefônicas, busca e apreensão, e outras), funções exclusivamente de Polícia Judiciária, pratica o crime de usurpação de função pública (art. 328 do CP) e deixa de prestar com a máxima eficiência o seu dever constitucional, como prevê o art. 144, § 5º, da Constituição". [...] "É vedado ao Poder Judiciário a concessão de medidas cautelares à Polícia Militar e/ou a execução de medidas investigativas pela mesma polícia, uma vez que essas atribuições são exclusivas da Polícia Civil. A violação dessas regras acarretaria a ilegalidade e inconstitucionalidade da prova ou elementos de informação produzidos e a impossibilidade de se lavrar um auto de prisão em flagrante delito que se fundamentasse exclusivamente em tais circunstâncias". **Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos**

STF, RExt 1.281.774, (Min. Marco Aurélio; j. 14/08/2020): "Ora, o art. 144, § 8º, da Constituição Federal atribui aos guardas municipais a proteção dos bens, serviços e instalações municipais. Atividades de investigação e policiamento ostensivo, conforme expresso nos demais parágrafos do mesmo artigo, constituem função das polícias civil e militar. No caso, portanto, ao receber notícias de tráfico, competia aos guardas acionar os referidos órgãos policiais. Não havia qualquer motivo para que, em vez disso, tomassem a iniciativa da abordagem e apreensão de drogas. [...] Nesse cenário, forçoso reconhecer que, jungidos à legalidade estrita, que só permite ao agente público fazer o que estiver expressamente previsto em lei, os guardas municipais não estavam autorizados a abordar o réu, tampouco seguir até imóvel noticiado e proceder revista no local, mormente se considerado que não observada ação típica de mercancia ilícita e nada se encontrou de ilícito com o apelante. Logo, inválida a apreensão dos entorpecentes, não pode subsistir a condenação por tráfico. →

7) Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI): A Constituição da República (art. 58, § 3º) autorizou a criação de Comissão Parlamentar de Inquérito, com regulamentação infraconstitucional (Leis 1.579/52, 10.001/00 e 13.367/16), além dos Regimentos Internos de cada casa parlamentar. São de caráter temporário e destinadas a investigar "fato certo" e determinado, dentro do poder de fiscalização e controle, típicos do Poder Legislativo (STF, HC 71.039). A CPI realiza investigações munida de poderes instrutórios (requisição de documentos, tomada de depoimentos, quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados), sem a necessidade de intervenção prévia do Poder Judiciário, exigindo-se motivação adequada (não equivalente à decisão judicial), passível de controle posterior (STF, MS 23.452). **Prevalece a reserva de Jurisdição no tocante às restrições de liberdade.** Não poderá determinar busca e apreensão, salvo as de caráter não domiciliar (STF, MS 33.663), interceptação telefônica, nem decretar prisões (STF, MS 23.452, 27.972, 31.423, 31388, 23.851, 23.639, 29046 e 33.663). O investigado exerce seus direitos constitucionais, dentre eles o de permanecer em silêncio, de não produzir prova contra si e de ter assistência técnica de advogado (STF, HC 86.232). O resultado pode ser utilizado para fins de apuração criminal pelo órgão de controle competente (Ministério Público, Controladorias, Advocacia Geral da União, Tribunais de Contas etc.). As táticas e estratégias no âmbito da CPI são povoadas por jogos ocultos, interesses políticos, bastidores insondáveis, perseguição político partidária *Lawfare*, além de muito jogo sujo movido pelas recompensas;

A hipótese não é de anulação, já que ilícitos os elementos de convicção colhidos, inexistindo outros a embasar a inculpação. As razões do extraordinário partem de pressupostos fáticos estranhos à decisão atacada, buscando-se, em última análise, o reexame dos elementos probatórios para, com fundamento em quadro diverso, assentar a viabilidade do recurso".

STF, MS 33.663 (Min. Celso de Melo): "É por essa razão que a jurisprudência constitucional do Supremo tem advertido que as comissões parlamentares de inquérito não podem formular acusações nem punir delitos, nem desrespeitar o privilégio contra a autoincriminação que assiste a qualquer indiciado ou testemunha, nem decretar a prisão de qualquer pessoa, exceto nas hipóteses de flagrância".

8) Inquérito Civil, Sindicância e Processo Administrativo: A apuração de situações diversas da penal e que, no seu decorrer, impliquem em condutas criminalizáveis, devem ser comunicados ao titular da ação penal (CPP, art. 4º, parágrafo único e art. 40). **São exemplos**: **a)** o Inquérito Civil (Lei 7.347/85, art. 8º); **b)** o Inquérito Judicial Trabalhista (CLT, art. 494); **c)** apurações, sindicâncias e processos administrativos em todos os entes e órgãos da Federação (União, Estados e Municípios) em que se apure a prática, em tese, de crime; **d)** os processos em andamento nos Tribunais de Contas (União, Estado e Municípios); **e)** a verificação por parte do juiz no decorrer do processo (CPP, art. 40); e, **f)** investigações do Banco Central, da Comissão de Valores Imobiliários (CVM) e da Unidade de Inteligência Financeira (UIF, antigo COAF). O cuidado é com o uso oportunista das modalidades diversas de investigação preliminar para o fim de "driblar" as garantias constitucionais. A extensão e nulidade da apuração realizada em desconformidade com os marcos legais pode significar modalidade de *doping* e, por via de consequência, nulificar os atos (possível abuso de autoridade, LAA, art. 30). Muitas vezes, especialmente pelo uso midiático e no jogo dos interesses políticos, lança-se mão dessa tática oportunista;

9) Foro de Prerrogativa de Função: Nos casos de Foro de Prerrogativa de função a investigação deve ser conduzida, com o apoio da Polícia

Judiciária, pelo órgão julgador competente, a partir de requerimentos específicos, dentre eles o de indiciamento (STF, Inq. 2.411). Não se aplica, em princípio, a lógica do Juiz das Garantias, por se tratar de órgão colegiado em que as decisões passam pela deliberação coletiva (direta ou diferida). Na hipótese de prisão, realiza-se audiência de custódia (STF, In. 4.781). O STF restringiu a competência da corte (AP 937). Verificada a possível participação de **agente provido de foro com prerrogativa de função** (em exercício do mandado e vinculado à função), as investigações devem ser remetidas imediatamente, sob pena de nulidade dos atos investigatórios praticados. Diante das dificuldades, algumas vezes, utiliza-se o expediente da "**barriga de aluguel**", consistente na manipulação da investigação para o fim de envolver a autoridade com foro diverso. É uma jogada arriscada e muito utilizada, diante da exposição antecipada dos resultados pela mídia e a pressão implicada aos órgãos julgadores**;**

"Pesquisa, ou conjunto de pesquisas, administrada estrategicamente, no curso da qual incidem certos conhecimentos operativos oriundos da teoria dos tipos e da teoria das provas, apresentando uma teorização sob várias perspectivas que concorrem para a compreensão de uma investigação criminal científica e juridicamente ponderada pelo respeito aos direitos fundamentais, segundo a doutrina do garantismo penal." **Eliomar da Silva Pereira**

10) Lugar e Funcionamento: Para o exercício da ação penal exige-se a demonstração de **justa causa** (elementos de materialidade, de autoria e culpabilidade) a ser aferida por investigação e/ou documentos preliminares**.** De regra, realiza-se por Inquérito Policial (CPP, art. 4º, sgts.), o qual é procedimento administrativo, não jurisdicional, a cargo da Polícia Judiciária (CR, art. 144, § 4º; Federal ou Estadual) ou demais legitimados, submetido aos princípios da administração pública (legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência; CR, art. 37). A instauração do Inquérito Policial se dá por **portaria** lavrada pela *autoridade policial,* de ofício ou a requerimento da parte interessada (CPP, art. 5º, II e art. 27, não tendo sido recepcionado o art. 26 do CPP). Para tanto, deve existir **tipicidade aparente** (causa provável, sob o risco de Absuso de Autoridade; LAA, art. 30), isto é, as informações devem indicar a violação de tipo penal, sob pena de indeferimento, do qual cabe recurso (CPP, art. 5º, § 2º). Embora **não seja peça essencial** (STJ, RHC, 161.154), o exercício de ação penal sem elementos sólidos obtidos de outra forma exige maiores cuidados por parte do Juiz das Garantias. Na **hipótese de ação penal privada** o termo correto é apresentar "representação", enquanto na pública se trata de "*noticia criminis*". Pode acontecer, ainda, a hipótese de **requisição do Ministro da Justiça** (CP, art. 7º, § 3º, "b" e crimes contra a honra do Presidente e Chefe estrangeiro). No caso de ação penal privada, a ausência de Inquérito Policial (CPP, art. 5º, § 5º) implica em maior cuidado na verificação elaboração da materialidade do crime imputado (p.ex. ofensas desferidas na *internet* demandam prova idônea da materialidade e não se confundem com meros "*prints*". A nomeação de curador (CPP, art. 15) perdeu o sentido em face da maioridade civil (CC, art. 5º);

"O inquérito policial somente pode ser instaurado de duas formas: por portaria e por auto de prisão em flagrante delito. As requisições do Ministério Público e do Ministro da Justiça, bem como a representação do ofendido não são formas de instauração o inquérito policial. A requisição do Ministro da Justiça e a representação do ofendido são condições de procedibilidade para instauração do inquérito policial por portaria ou lavratura de auto de prisão em flagrante". **Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos**

STF, ED.Caut. MS 25.617-6 (Min. Celso de Mello): "A unilateralidade desse procedimento investigatório não confere ao Estado o poder de agir arbitrariamente em relação ao indiciado e às testemunhas, negando-lhes, abusivamente, determinados direitos e certas garantias – como a prerrogativa contra a auto-incriminação – que derivam do texto constitucional ou de preceitos inscritos em diplomas legais. [...] O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial".

11) Características destacar ser: a) escrito, com a possibilidade de depoimentos serem gravados por audiovisual (CPP, art. 9º); **b) sigiloso**, tanto no sentido de que não se pode dar certidão, salvo para fins penais (CPP, art. 20), como para fins de publicidade, dada a condição de mero

investigado. O acesso aos autos deve ser franqueado aos advogados que demonstrarem interesse legítimo. Pode-se **diferenciar entre *sigilo dos autos*** e ***sigilo das investigações***, a saber, enquanto no primeiro a autoridade pode limitar o acesso a terceiros, sempre garantido ao Ministério Público, Defensores e acusados. Já no segundo caso, de sigilo das investigações, entende-se que a autoridade policial não é obrigada a informar as diligências ainda a serem feitas em desfavor do investigado, mas deve dar ciência à defesa de tudo o que já foi documentado, inclusive de terceiros (STF, Súmula Vinculante 14). A LAA tipifica a conduta (art. 32). Negar ao interessado, seu defensor ou advogado **acesso aos autos** de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível. Cabe *Habeas Corpus* ao Juiz das Garantias como primeira opção ou Reclamação Constitucional; **c) inquisitivo**: a linha de investigação e as diligências não estão submetidas ao contraditório (STJ, HC 142.089), dada a atribuição de presidência das investigações, onde se joga muito; e, **d) oficiosidade**: noticiada a infração pública incondicionada ou oferecida representação, na pública condicionada é dever a apuração, mediante a instauração do Inquérito Policial, comunicando-se ao Juiz das Garantias (CPP, art. 3º-B, IV);

STF, HC 94.387 (Min. Ricardo Lewandowski): "Em suma, impedir que o defensor acesse dados já formalmente incorporados ao procedimento inquisitorial se releva incompatível com a pureza do princípio constitucional da plenitude de defesa, mormente em matéria penal (embora estejamos aqui a tratar de acesso a informações contidas em inquérito policial, que não propriamente um processo penal, mas tão somente, um pré-processo); mesmo que isto implique desproteção da intimidade de um ou de outro investigado".

STF, HC 73.271 (Min. Celso de Mello): "A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial".

LAA, art. 27: "Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada".

12) Motivação das deliberações da autoridade condutora da Investigação e do Flagrante: Por se tratar de apuração administrativa a motivação das deliberações constitui-se em dever. Não há discricionariedade desprovida de motivação, muito menos deliberações implícitas, já que o contexto em que a investigação acontece, as decisões, enfim, o processamento do procedimento, deve acontecer em respeito aos princípios democráticos. As deliberações relevantes devem ser motivadas**.** A relevância da função do Delegado de Polícia exige que no ato de lavratura de prisão em flagrante a **motivação das razões** apresentadas pelo condutor e a normatividade, justificadoras das hipóteses de flagrante, sejam devidamente motivadas. Não há nenhuma razão democrática para que se continue a aceitar flagrantes com fundamentação implícita e/ou ausente**.** Dito diretamente: entre as declarações do condutor/testemunhas, observância da cadeia de custódia e o enquadramento normativo, exige-se que a autoridade policial **explicite os motivos**, do nexo entre os fatos e o respectivo tipo legal violado (é vedada a decisão implícita). Tanto assim que o art. 10, § 1º, do CPP, indica a necessidade de "minucioso relatório", assim como, no caso a Lei de Drogas (Lei 11.3434/06, art. 52, I) impõe-se a descrição da quantidade, da natureza, do local e das condições em que a conduta se verificou, além da qualificação e antecedentes do agente. Ainda que a prática acolha relatório como sendo apenas a narrativa dos fatos, a postura responsável é a da devida análise da conduta típica, das

"No inquérito policial, o relatório final deve contemplar não só o fundamento base que justifica a decisão, mas, também, a exposição jurídica e racional dos fundamentos apresentados no curso do procedimento investigativo e refutados por ocasião do relatório final. Somente assim o indiciado poderá aceitar mais facilmente a coercitividade inerente ao Direito e se visualizar na decisão final, até porque existe a possibilidade de, no curso do processo penal, retomar o debate para uma nova decisão".
Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos

LAA, art. 30: "Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

"A 'fundada suspeita sobre o conduzido' (artigo 304 do CPP) capaz de determinar que se mande a recolher a prisão alguém pela prática de crime, mais do que mera afirmação, precisa estar fundamentada de modo juridicamente consistente, alcançando todos os requisitos formais e materiais que compõem a regra do jogo do instituto complexo da prisão em flagrante, não fosse assim não seria necessária a lavratura de um 'auto'. A fundamentação do enquadramento jurídico-penal dado também se mostra necessária, inclusive, para explicitação dos 'motivos' da prisão, requisito inerente à elaboração da 'nota de culpa' como garantia do acusado".
Márcio Berclaz e Alexandre Morais da Rosa

"Pela leitura do boletim de ocorrência o Delegado de Polícia poderá arquivá-lo se verificar que não existe crime (fato típico, antijurídico e culpável) ou que existe alguma causa extintiva da punibilidade, utilizando, para tanto, um despacho fundamentado. Havendo dúvida ou se não houver elementos de informação suficientes para o arquivamento, o boletim de ocorrência não poder ser arquivado e deverá ser instaurado o inquérito policial (caso haja elementos de autoria e materialidade suficientes) ou efetuar uma verificação preliminar e inquérito (caso os elementos de autoria e materialidade não sejam suficientes para instaurar o inquérito policial".
Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos

STF, Ag.Reg. IP 4.435 (Min Celso de Mello): "Os fins não justificam os meios. Há parâmetros ético-jurídicos que não podem e não devem ser transpostos pelos órgãos, pelos agentes ou pelas instituições do Estado. Os órgãos do poder público, quando investigam, processam ou julgam, não estão exonerados do dever de respeitar os estritos limites da lei e da Constituição, por mais graves que sejam os fatos cuja prática tenha motivado a instauração do procedimento estatal".

Lei 13.060/2014: "Art. 2º – Os órgãos de segurança pública deverão priorizar a utilização dos instrumentos de menor potencial ofensivo, desde que o seu uso não coloque em risco a integridade física ou psíquica dos policiais, e deverão obedecer aos seguintes princípios: I - legalidade; II - necessidade; III - razoabilidade e proporcionalidade. Parágrafo único: Não é legítimo o uso de arma de fogo: I - contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros; e II - contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros".'

"Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos".
Celso Antônio Bandeira de Mello

elementares do crime de modo justificado, inclusive eventual excludente (legítima defesa, estado de necessidade, erro de tipo e de proibição). O Delegado de Polícia é a primeira autoridade na garantia de Direitos (Segurança Coletiva e Direitos Fundamentais). Não deveria se portar como um mero burocrata. Cuida-se de personagem jurídico com funções relevantes (art. 2º, Lei 12.830/13) e deve exercê-las na máxima extensão, sob pena de ser descartável;

13) Dentro das Regras: A Autoridade Policial, ao **tomar conhecimento** de um fato aparentemente criminoso, nos termos do art. 4º e sgts. do CPP, deve instaurar o Inquérito Policial para apurar as circunstâncias de fato e de direito capazes de esclarecer o evento aparentemente criminoso, **sempre**. Não há exceção, salvo diligências preliminares em face de denúncia anônima ou decorrente de Boletim de Ocorrência. Constitui-se **prática reprovável** e ilegal a investigação sem formalização dos atos. Mas quando se pretende redução da atividade burocrática, afinal, todo inquérito precisa ser comunicado ao Juiz das Garantias (CPP, art. 3º-B, IV) e controlado o arquivamento (CPP, art. 28), não registrar pode ser estratégia dominante, assim como o não registro diminui as estatísticas de crimes. Há incentivo para se evitar o registro e melhorar o índice de criminalidade artificialmente. A **legalidade constitucional** deve(ria) presidir as investigações preliminares**.** Daí que o **Boletim de Ocorrência** ou a notícia *criminis* deveria ser apenas o primeiro registro, de regra, do possível fato criminoso. Depois disso, se o juízo prévio for procedente, necessária a instauração formal, por portaria, do respectivo Inquérito Policial ou investigação equivalente, caso realizada no âmbito do Ministério Público. É vedada a apuração no "ar", de "gaveta", desprovida de formalização, salvo para fins escusos ou por preguiça. É requisito obrigatório à análise dos pedidos cautelares a formalização do procedimento regular. A liberdade na esfera investigatória exige conformidade (***accountability***). A tentação oportunista, consistente na prevalência de interesses pessoais (ocultos), não se coaduna com as exigências legais. As Garantias Constitucionais e Convencionais devem incidir na investigação preliminar, mas dependem da disposição dos agentes públicos (mentalidade autoritária). O Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais, editado pela ONU, aponta que "*não será exercida qualquer pressão, física ou mental, sobre os suspeitos, testemunhas ou vítimas, a fim de obter informação*". Também indica que "*não serão permitidas atividades de investigação arbitrárias ou indevidamente intrusivas*". O uso da força deve ocorrer como exceção (a menos agressiva possível), privilegiando-se o armamento não letal (Lei 13.060/2014), com mecanismos de controle dos maus tratos e da tortura (audiência de custódia)**;**

14) Diligências da Autoridade Investigante: A presidência não se confunde com arbitrariedade, embora conte com forte dose de habilidades técnicas, engajamento pessoal, condições materiais e tecnológicas,

tempo, além de "tirocínio Policial" A autoridade pode eleger as linhas de investigação e das suas decisões/atitudes dependerá, em geral, o êxito da acusação, porque boa parte das provas materiais serão produzidas na fase preliminar. Podem ser requeridas diligências tanto pela *vítima*, como pelo *indiciado*, o suspeito e pelo Ministério Público. O Delegado decidirá, motivadamente, sobre a relevância e a pertinência (CPP, art. 14). Da decisão, cabe Mandado de Segurança ou Habeas Corpus (STJ, HC 69.405). A defesa também poderá lançar mão da investigação defensiva. Dentre as **diversas iniciativas próprias** (sem autorização judicial) da autoridade investigante, pode destacar, a partir do art. 6º, do CPP e legislação esparsa: **a)** comunicação e apuração de crimes; **b)** preservação de local de crime, com observância da cadeia de custódia; **c)** oitiva de pessoas; **d)** requisição de perícias; **e)** realização de acareação; **f)** reconstituição; **g)** identificação criminal, indiciamento e interrogatório, indagando o conduzido sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa (Lei 13.257/16); **h)** diligências em Unidades de Inteligência; **i)** busca de dados em fontes abertas; **j)** reconhecimento de coisas e/ou de pessoas; e, **l)** medidas protetivas no âmbito da violência doméstica. Com **reserva de Jurisdição**, poderá "representar" (fundamentado e justificado) à autoridade Judiciária (por invadir Direitos Fundamentais) para o fim de obter**: a)** prisão preventiva ou temporária; **b)** busca e apreensão; **c)** interceptação telefônica e telemática; **d)** escuta ambiental; **e)** quebra de sigilo (fiscal, bancário e telefônico); **f)** retenção de passaporte; **g)** aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319); **h)** acesso a documentos cobertos pelo sigilo; **i)** sequestro, arresto, cautelares reais; **j)** colaboração premiada, embora possa promover e remeter para homologação; e, **l)** acordos de leniência com efeitos penais;

"No âmbito da persecução penal, o legislador atribuiu ao delegado de polícia a possibilidade de adotar *manu propria* uma série de medidas, a exemplo da prisão em flagrante (artigo 304 do CPP), a liberdade provisória com fiança (artigo 322 do CPP), a apreensão de bens (artigo 6º, II do CPP), a requisição de perícias, objetos e documentos (artigo 6º, VII do CPP e artigo 2º, §2º da Lei 12.830/13), a requisição de dados cadastrais (artigo 15 da Lei 12.850/13, artigo 17-B da Lei 9.613/98, artigo 10, §3º da Lei 12.965/14 e artigo 13-A do CPP), a requisição de dados telefônicos de localização (ERBs) após decurso de 12 horas sem decisão judicial (artigo 13-B do CPP), a busca pessoal (artigo 240, §2º do CPP), a condução coercitiva [de testemunhas] (artigo 201, §1º, 218, 260 e 278 do CPP), a ação controlada no crime organizado (artigo 8º, §1º da Lei 12.850/13), terrorismo (artigo 16 da Lei 13.260/16) e tráfico de pessoas (artigo 9º da Lei 13.344/16), o aceite de colaboração de detetive particular (artigo 5º, parágrafo único da Lei 13.432/17) e o afastamento de servidor público mediante indiciamento por crime de lavagem de capitais (artigo 17-D da Lei 9.613/98). O legislador pode inclusive ampliar esse rol de atribuições, desde que não haja reserva absoluta de jurisdição estampada na Constituição". **Henrique Hoffmann**

15] A importância da Investigação Preliminar: Diante do conjunto de evidências disponível, a **autoridade** investigante promove o "**enquadramento**" preliminar (método "**abdutivo**"), inferindo "**as melhores explicações (IMEs)**" racionais e lógicas (**hipóteses investigatórias**). A atividade investigatória é orientada pela "**Hipótese Investigatória**". A atuação depende do engajamento, da motivação, das condições materiais etc., porque a atitude e o esforço da autoridade serão decisivos aos rumos do caso. Se for um Delegado (de Polícia ou Federal) devidamente preparado, motivado, com **análise estratégica** de atuação (método, análises científicas, protocolos, técnicas atuais etc.), as chances defensivas tendem a se reduzir, enquanto se for o inverso, ampliam-se. A dinâmica conta com margem decisória (não é rígida, mas flexível), para o fim de "esclarecer o discurso sobre os fatos". A autoridade deve buscar elementos (incriminantes e exonerantes), porque a função investigativa não é "subordinada" ao MP (embora seja possível o alinhamento oportunista);

"O ciclo PDCA, que como o 5W2H, é aplicável em qualquer esforço gerencial, seja mais simples, seja mais complexo, constitui um método de tomada de decisão e de gestão em busca da excelência gerencial. O ciclo é composto de quatro momentos, a saber: planejar (Plan); executar (Do); verificar (Check); agir corretivamente (Action)". **Adriano Mendes Barbosa**

"A matriz SWOT é mais um instrumento utilizado em fase preliminar para planejamento estratégico da investigação criminal, procurando [...] identificar pormenorizadamente todos os pontos positivos do ambiente interno relacionados à investigação e à equipe que irá desenvolver as diligências (forças – *strengths*), bem como enumerar todas as suas deficiências (fraquezas – *weaknesses*). [...] analisar o ambiente externo, elencando as oportunidades (*opportunities*) e ameaças (*threats*) à investigação ou à equipe que irá desenvolver o trabalho. A matriz SWOT confere um panorama geral do cenário investigativo e auxilia (juntamente com a matriz GUT) no processo de tomada estratégica de decisão. [...] o Delegado de Polícia [...], irá planejar as ações (*plan*), determinar a execução – ou executar diretamente (*do*), conferir os resultados das ações (*check*) e, por fim, ajustar o planejamento para a jogada posterior (*act*). Tal metodologia é chamada PDCA, auxiliando na fiscalização dos elementos produzidos durante a investigação criminal." **André Luiz Bermudez**

"Este plano constitui um documento formal e administrativo, portanto não há de ser colecionado nos autos da investigação criminal, v.g., Inquérito Policial, onde estão juntados os documentos, que traduzem as evidências angariadas no transcurso da investigação criminal". **Adriano Mendes Barbosa**

"Rastejamento é o método segundo o qual o investigador parte de uma evidência para a evidência seguinte levando em conta o dado coletado anteriormente, perseguindo uma trilha (rastro) de informações" **André Luiz Bermudez**

"O Delegado de Polícia que preside a investigação definirá a prioridade das diligências levando em conta a matriz GUT, identificando a **gravidade** do problema, a **urgência** para deflagração da medida e a **tendência** de a ação investigativa ser eficaz ou ineficaz com o decurso do tempo. Para tanto, é imprescindível que o presidente da investigação conheça muito bem todos os meandros não apenas do crime investigado, mas também de sua equipe, identificando os potenciais, fraquezas, oportunidades e ameaças, já que a investigação se desenvolve em um grupo de trabalho, e não individualmente". **André Luiz Bermudez**

"Mostra-se imperioso que o jogador-investigador solicite ao Estado-Juiz a autorização para acesso aos dados necessários, a exemplo de operações policiais de cumprimento de busca e apreensão. O método de detonação também pode ser utilizado para conferir movimentação à rede criminosa que atua de forma discreta. Assim, a deflagração de operação policial com o cumprimento de diversas buscas em locais relacionados à organização criminosa pode servir de estímulo para que eventual colaborador se apresente ao presidente da investigação com receio de ser preso em flagrante, temporária ou preventivamente. **André Luiz Bermudez**

"Esta modalidade de investigação criminal [prospectiva] segue a ideia central de toda a investigação criminal – a busca de conhecimento sobre o evento criminal – acrescido do fator temporal futuro ao invés do passado, conforme tem seguido o modelo clássico de investigação. Não bastasse isso, este evento futuro deve relacionar-se com fatos e atos do presente, se pretende evitar ou neutralizar os efeitos perigosos e danosos para o tempo futuro. Então, no presente já se busca elementos embrionários de provável crime no futuro próximo, ampliando-se as estruturas normais de cognição". **Celio Jacinto dos Santos**

"O monitoramento de grupos criminosos apresenta novas ferramentas e possibilidades probatórias e, por conseguinte, mostra-se necessário que os instrumentos normativos acompanhem o desenvolvimento tecnológico a fim de evitar que as provas produzidas via novos recursos sejam invalidadas por ausência de regulamentação legal". **André Luiz Bermudez**

"Quem joga na investigação sem os instrumentos acima referidos, corre o risco de ser surpreendido por contrajogadas e perder a partida. O panorama apresentado se liga essencialmente à fase de coleta de evidências que serão formalizadas e reunidas de forma coerente e concatenada no procedimento investigativo (via de regra, no inquérito policial)". **André Luiz Bermudez**

"É comum ser depositado no policial a expectativa de prender, julgar e, sumariamente, aplicar um castigo ao suposto auto de um delito. Muitas vezes o policial se sente responsável não somente por apurar a autoria da infração, mas sim por 'fazer justiça', esquecendo-se com isso do seu verdadeiro papel na persecução penal". **David Queiroz**

16) Estratégia e Plano de Ação Investigativa: A autoridade investigante (em geral, o Delegado de Polícia) conduz as ações em **três níveis**: **a) Estratégico; b) Tático;** e **c) Operacional**. No nível **estratégico**, coordena a apuração com o fim de buscar: **1)** indicadores de materialidade; e, **2)** evidências de autoria. No nível **tático**, planeja e organiza os **Planos de Ação**. No nível **operacional**, coordena, monitora e ajusta as atividades das equipes, além dos pedidos necessários ao Poder Judiciário. A ação metodológica se organiza pelo **Plano de Ação Investigativa**, não constante dos autos, em que os **vazios** significantes das primeiras linhas firmadas são organizados, hierarquizados, com o fim de delinear as ações disponíveis, materializada em "ordens de serviço". Vale-se das metodologias de pesquisa disponíveis (5W2H, GUT, SWOT, PCDA etc.) para o fim de otimizar a investigação (**Ciclo de Esforço Investigativo**); Dentre os **Métodos de Investigação**, a partir de *André Luiz Bermudez*, pode-se indicar: **a) rastejamento** (vinculando os rastros dos dados e elementos obtidos); b**) círculos concêntricos** (ampliando a investigação a partir de um ponto fixo, em geral o suspeito ou a vítima); e, **c) detonação** (ação direta ou indireta para superar as barreiras impeditivas da obtenção de informações);

17) Modelos de Investigação Criminal: As dinâmicas investigatórias se atualizaram, especialmente pelo uso de tecnologia e novos institutos de obtenção de prova (ORCRIM), destacando-se as modalidades de investigação criminal: **a)** "antecipada normativamente"; **b)** "prospectiva"; **c)** "complexa"; e, **d)** "campo avançado". Até porque, a depender do objetio da investigação, nem todas as modalidades de obtenção de prova estarão disponíveis;

18) Custo da Investigação: A realização de diligência depende de orçamento, alocação de investigadores, enfim, demanda a escolha entre alternativas. A realidade de precarização da **Polícia Civil**, em vários lugares, impede materialmente que as investigações ocorram. A **pressão estatística** também opera no sentido de se promover o registo do Boletim de Ocorrência, evitando a instauração de Inquérito Policial. Criam-se filtros por **regras secundárias**, como a denominada "Verificação de Procedência de Investigação" em que a apuração flutua sem forma determinada, nem controle pelo MP e defesa**.** Ademais, há uma seletividade silenciosa que opera no ambiente em que vítimas com antecedentes criminais não recebem o devido atendimento, bem como o *jeitinho* e o favor podem prevalecer**.** Assim, por mais que a autoridade tenha linhas de investigação, sem material humano, viaturas, recursos para diligências, sua performance resta prejudicada, além do que, o acometimento de funções burocráticas impede a realização da atividade investigativa;

19) Risco Cognitivo da Investigação Enviesada: O afastamento e a imparcialidade (objetiva, subjetiva e cognitiva) dos agentes públicos responsáveis pela investigação reduzem as chances da incidências de

vieses, em especial o "viés da confirmação", consistente em adotar a "cegueira deliberada" sobre as evidências contrárias à premissa tida por "verdadeira", além de incentivar a "colheita seletiva" (*cherry picking)* somente das evidências que "corroborem", desqualificando as demais (mesma estrutura da Dissonância Cognitiva). Prevalece, ainda, o paradoxo de que à autoridade policial não são oponíveis as exceções de impedimento e suspeição. Se o representante do Estado deve agir de modo imparcial, é incompatível a atuação em casos que tenha, direta ou indiretamente, interesses vinculados, até porque pode configurar improbidade (CR, art. 37 c/c a Lei 8.429/92, art. 11);

"Este fenômeno foi muito bem estudado por Altavilla, [...] uma vez internalizada na mente do policial, do promotor ou do juiz, a procedência da hipótese provisória, cria-se em seu espírito a necessidade de demonstrar o que considera verdade, 'à qual ele liga uma especial razão de orgulho', como se a eventual demonstração da improcedência de sua hipótese 'constituísse uma razão de demérito'. E assim, intoxicado por sua verdade, sobrevaloriza todos os elementos probatórios que lhe forem favoráveis e diminui 'o valor dos contrários, até o ponto de não serem tomados em consideração num ato". **Antônio Evaristo de Morais Filho**

"Tal fator intuitivo, com resultados práticos acertados, é chamado "tirocínio" pelo jargão policial, e decorre da experiência profissional do policial no exercício de seu mister, ou seja, da heurística entendida como método empírico.". **André Luiz Bermudez**

20) Filtro de Inquéritos e Flagrantes Insignificantes: A gestão dos casos que merecem atenção deve se dar pela gravidade, urgência e relevância. Diante do volume de situações, analisar a tipicidade material, a insignificância inerente à conduta e a relativa (em relação aos demais casos rivais), passa a ser questão de sobrevivência. Em ambientes com escassez, a decisão orientada pelo critério custo-benefício, em geral, é dissimulada pelo comportamento que "evita" o registro ou "adia" as investigações menos relevantes, tendo como pressuposto, ainda, a "disposição" do agente. Na hipótese de flagrante **bagatelar** (frívolo), há o risco associado de o MP promover ações punitivas contra o agente (representações, perseguições etc.), motivo pelo qual deve documentar os motivos da ausência de tipicidade material;

"Mais do que um poder do delegado de Polícia, a aplicação do princípio da insignificância é um dever no desempenho da sua missão de garantir direitos fundamentais, devendo ser repelidas eventuais interferências escusas em detrimento do interesse púbico. Entendimento diverso reduziria a autoridade Policial a mero instrumento repressivo focado em ninharias, reforçando o viés seletivo do Direito Penal". **Henrique Hoffmann**

"Necessário frisar aqui, portanto, que não apenas os inquéritos que terminam por apontar a autoria e materialidade de uma infração penal são exitosos, mas também, ainda na perspectiva de filtro, o são aqueles que concluem pela inexistência de crime, evitando assim o alto custo do processo penal'. **Márcio Adriano Anselmo**

21) O Advogado/Defensor na Investigação Preliminar (e CPP, art. 14-A): Não há contraditório na investigação criminal. A defesa pode participar em alguns momentos, sem que seja garantido o direito de perguntar ou produzir provas, salvo a paradoxal disposição do art. 14-A, do CPP, inserido pelo Pacote Anticrime. **A defesa, em geral, é tolerada**, impondo-se restrições das mais diversas ordens. A Lei 13.245/2016, alterou o art. 7º da Lei 8.906/94 (EOAB), garantindo o acesso do defensor aos atos de investigação: [é direito do advogado];

EOAB, art. 7º: "XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de *nulidade absoluta* do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos".

STF, HC 92.331 (Min. Marco Aurélio): "A busca de parâmetros não pode conduzir a manter-se quando já compelido certo cidadão a comparecer para ser interrogado, ou para prestar esclarecimentos, o óbice ao acesso aos fatos que estariam a impelí-lo'".

STJ, Jurisprudência em Teses (Edição 117): "7) A garantia do sigilo das comunicações entre advogado e cliente não confere imunidade para a prática de crimes no exercício da advocacia, sendo lícita a colheita de provas em interceptação telefônica devidamente autorizada e motivada pela autoridade judicial".

22) Interrogatório: A Lei de Abuso de Autoridade tipificou a violação do **direito ao silêncio** do investigado/acusado e as condições em que o ato é realizado (LAA, art. 15, 18 e 32). O **interrogatório**, durante a investigação ou no APF, deverá **necessariamente ser assistido por defensor**, com a cominação de nulidade absoluta**.** Caso não se tenha defensor, por circunstâncias de impossibilidade, o interrogatório não deve ser realizado naquele momento, mas em posterior, já que o direito de assistência preliminar de um defensor, inclusive reservada, é medida de preservação de direitos. A insistência na realização do interrogatório implicará na nulidade dos atos subsequentes, ainda que deva prevalecer a versão equivocada de que as nulidades do inquérito não contaminam a ação penal. Aplicam-se as disposições do CPP;

"A investigação criminal antecipada normativamente consiste na técnica legislativa, portanto produto de uma política criminal securitária, de abreviação da proteção penal para momento anterior à produção de dano ao bem jurídico protegido [...] O investigador deve transportar-se para o momento da realização da ação e para o contexto daquele momento de modo a aferir se o autor conhecia a potencialidade dos riscos, sob a perspectiva dos saberes específicos do autor e, também, sob a perspectiva dos saberes oferecidos pela ciência naquele momento, que expliquem os cursos causais e as projeções futuras do risco criado". **Celio Jacinto dos Santos**

23) Testemunhas: No caso de não se exige a presença do defensor, embora algumas autoridades preocupadas com o direito de defesa deem ciência à defesa da realização do respectivo ato, facultando, inclusive,

a indicação de perguntas. Mas, essa participação não é obrigatória, justamente porque não se estabeleceu um Juízo Preliminar de Instrução**.** Aliás, por ausência de mediação por Juiz, imputação posta e contraditório na realização das perguntas é que não valem para fins de uso judicial. A presença de defensor na investigação mitiga, mas não garante, o contraditório, nem se está defendendo que tal deva ocorrer. O que é importante ser analisado é que antes de o investigado prestar, formalmente, declarações diante de autoridade encarregada da investigação, tenha o direito de consultar profissional habilitado, que indicará qual a melhor tática na garantia de seus direitos, além da Advertência de Miranda. Mas se joga – muito – na investigação;

24) A Citação do Investigado nos casos de Garantia da Lei e da Ordem: A novidade trazida pelo art. 14-A, do CPP é a de que, o **investigado** deverá ser **citado** da instauração do procedimento investigatório, *podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.* (não comparecendo defensor, a força que estiver vinculada deverá ser notificada) A providência insere a necessidade de citação, sem processo, de maneira equivocada (o correto seria notificação; § 2º). A autoridade policial deverá observar a regra para fins de garantir a efetiva participação do investigado nos atos. A coleta de informações sobre a conduta investigada não pode ser atrasada em face da diligência. Não havendo imputação formalizada em ação penal, mesmo com a participação de defensor, não cabe o aproveitamento dos atos no julgamento futuro por violação ao devido processo legal;

CPP, art. 14-A:"Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor. § 1º Para os casos previstos no caput deste artigo".

25) Publicidade ao Indiciado, ao Advogado e Imprensa: De regra, os atos de investigação são *públicos*. O *sigilo* pode acontecer nos casos em que a autoridade policial **justificar** a necessidade (CPP, art. 20), mas vinculada ao interesse público, não se podendo excluir os advogados dos indiciados (EOAB, art. 7º, XIV, com a redação dada pela Lei 13.245/16), conforme a Súmula Vinculante 14, do STF. Ademais, pode configurar abuso de autoridade (LAA, art. 32). O defensor pode e deve acompanhar o flagrante, sob pena de nulidade (EOAB, art. 7º, XXI – *assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração*) e na hipótese de se negar acesso aos autos (EOAB, art. 7º, XIV: *examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital*.) – inacreditavelmente isso ainda acontece, mas caso haja a negativa, poderá ser impetrado mandado de segurança para assegurar esse direito junto ao Juiz das Garantias. A **exposição** dos **conduzidos** à **imprensa**, publicação no *Facebook* da foto, compartilhamento de fotos no *WhatsApp*, longe de ser forma de

publicidade, sem o prévio consentimento expresso do agente *configura abuso de autoridade* do agente responsável (LAA, art. 13. *Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: I - exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública; II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei; III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro*: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência). A ***imagem*** e a *intimidade* são atributos do sujeito conduzido e somente podem ser flexibilizadas na hipótese declarada por escrito e nos autos, com anuência do defensor, nos termos do art. 20 do Código Civil**.** A **exposição** do preso como se fosse "**caça**" ou produto comercial é abusiva e ilegal. Toda autoridade que franquear acesso ao preso, com fotos, entrevistas, fora das hipóteses previstas em lei (e no regramento do Juiz das Garantias, CPP, art. 3º-F), deve responder por abuso de autoridade. A justificativa democrática para que seja exposto se dá no âmbito da investigação criminal, ou seja, se a imagem ou dados pessoais forem necessárias para elucidação da conduta investigada ou de outros fatos criminosos (de modo motivado e formalizado nos autos). A ***vítima*** também pode requerer ao juiz a garantia dos seus direitos fundamentais (CPP, art. 201, § 6º), sendo informada do desenrolar das investigações. O direito à informação consiste em comunicar a ocorrência de fato, vedada a exploração comercial (é disso que se trata), dos dados pessoais do agente. A exposição de seus dados, sem justificativa, é sintoma perverso das autoridades públicas, passível de responsabilização administrativa, penal e civil (dano moral)**.**

STF, SV, 14: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

CC, art. 20. "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais".

LAA, art. 32.: "Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa".

26) Prazo e Duração Razoável da Investigação: O Estado não pode ficar investigando indefinidamente. Para isso, estabelecem-se **prazos** para realização da **investigação**. A prática de prorrogações burocráticas, sem justificativa adequada, devem ser rejeitadas, porque a **duração razoável** da prestação estatal também se aplica às investigações. A situação modificou-se porque toda investigação deve ser comunicada ao Juiz das Garantias (CPP, art. 3º-B, IV), cuja função é a de garantir a duração razoável, mediante a informação do desenrolar das investigações, trancando as abusivas e ilegais. Além disso, controlará a prorrogação de prazo, anotando-se que em caso de investigado preso a prorrogação poderá ser deferida uma única vez, pelo prazo de 15 (quinze), dias, concedendo-se liberdade, com ou sem cautelares, na hipótese de maiores diligências (CPP, art. 3º-B, § 2º). O quadro atual é de investigação sem controle, dada a omissão das instâncias de controle. Se quisermos saber se estamos sendo investigados, não há Central Nacional, nem Balcão de Informações. Será preciso usar a **Lei de Acesso à Informação** em vários órgãos públicos, às vezes com a necessidade de impetração de Mandado de Segurança, dado o efeito dissimulador (LAA, art. 29 e 30; Lei 8.429/92, art. 11, IX)). O prazo para **encerramento** do Inquérito Policial em geral será, se solto, de **30 (trinta) dias,** enquanto se preso, de **10 (dez) dias** (CPP, art. 10). No

caso da **Justiça Federal** a regra prevista no art. 66, da Lei 5.010/66, de duvidosa compatibilidade constitucional, fixa o prazo de **15 (quinze) dias**, se estiver preso, prorrogável por igual período. No regime da **Lei de Drogas** (Lei 11.343/06), o prazo será de **30 (trinta) dias**, se preso, e **90 (noventa) dias,** se solto. Já nos crimes contra a **Economia Popular**, o prazo será de **10 (dez) dias**, esteja solto ou preso (Lei 1.521/51, art. 10, § 1º)**.** As prorrogações indefinidas devem ser controladas, muitas vezes por serem meramente dilatórias, sem que se constitua como casos de "difícil elucidação". Mas contam com a leniência do Poder Judiciário e Ministério Público. A **demora** na finalização do auto de prisão não pode se dar por ausência de condições materiais, mas sim e exclusivamente pela pendência justificada de alguma diligência policial. Por isso, pela demora não razoável, é possível a impetração de *Habeas Corpus* para garantia do direito de duração razoável da investigação preliminar (STJ, HC 96.666) junto ao Juiz das Garantias (CPP, art. 3º-B, XII). Aliás, a demora em mandar o APF muitas vezes é jogada tática da autoridade policial, em geral para manter o conduzido preso, especialmente nos locais em que não há audiência de custódia implementada (jogo sujo). Anote-se que diante da **audiência de custódia**, imediatamente, com a decretação da preventiva, o prazo para oferecimento da denúncia, em regra, será o de 5 (cinco) dias (CPP, 46). A desídia da autoridade investigante no municiamento de elementos necessários ao exercício da ação penal pode configurar excesso de prazo e justificar a liberdade;

LAA, art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado".

"O que se pode constatar, na prática, é que as mencionadas restrições legais são ineficazes e os inquéritos policiais perduram por meses e até anos. Um dos fatores para essa absurda situação é a faculdade prevista no art. 10, § 3º, do CPP, que permite à autoridade policial solicitar ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, quando o fato for de difícil elucidação e o imputado estiver solto". **André Augusto Mendes Machado**

27) Advertência de Miranda (Direito de permanecer calado formalizado): O conduzido deve ser, necessariamente, antes de qualquer interrogatório (formal ou informal), ***advertido quanto ao direito de permanecer calado***. A famosa *Advertência de Miranda* foi acolhida pela Corte Suprema dos Estados Unidos, em 1966, no caso *Miranda vs*. *Arizona* (384 U.S. 436), segundo a qual é pressuposto à validade das declarações a advertência formal efetivada pelo agente público. O julgamento (*Miranda vs Arizona*) reconheceu que o interrogatório efetuado pela polícia, com suspeito sob custódia, é presumidamente ilegítimo (é inválida a **confissão extrajudicial** sem as advertências), cabendo ao Estado a demonstração de que os direitos constitucionais foram devidamente efetivados, sob pena de nulidade. Todo ato de **restrição de liberdade** é **presumivelmente ilegal**, atribuindo-se o ônus da prova ao agente público (não é o conduzido que precisa demonstrar a irregularidade). O conteúdo varia em cada unidade da Federação, em geral consiste na possibilidade, anterior ao interrogatório, de **consulta** a um **defensor** e também do direito de não se **autoincriminar**. No Brasil ainda prevalece a lógica bizarra que que por ser ato administrativo há presunção de legitimidade, manipulando-se as premissas. Desenhando: o ato de prisão se sustenta no plano da existência (se auto executa), em seguida deve-se efetuar o controle da legalidade/validade por parte do Poder Judiciário (Reserva de Jurisdição: restrição de Direitos Fundamentais), cujo **ônus** da demonstração da regularidade

é atribuído de quem praticou o ato (agente público ativo da ação) e não quem foi concernido (agente passivo do ato: conduzido), até porque pode configurar Abuso de Autoridade (LAA, art. 16 e art. 15, parágrafo único). Em 1984, a Corte Suprema acolheu a doutrina da "*public safety exception*" (*Quarles vs New York*) em que o acusado foi detido e, antes de serem lidos os direitos, indagou-se sobre a arma que teria sido utilizada no estupro, tendo a Corte afirmado a prevalência do interesse coletivo em localizar uma arma perdida e municiada. O perigo de tal abrangência do interesse coletivo é o de transformar qualquer interesse da proteção pública como legitimador da superação da Advertência de Miranda. Todavia, no regime americano, estabeleceu-se que sequer poderia ser cancelada pelo Congresso (*Dickerson vs*. *United States* – 2000). A **ausência** de **advertência** expressa, nos termos da Constituição (CR, art. 5º, LXII e LXIV), impede que o conduzido seja indagado sobre o conteúdo da prisão antes de formalizada a advertência, sob pena de **nulidade** de seu conteúdo**.** A efetivação da garantia no momento da prisão é carga probatória do Estado (presumisse-se a ilegalidade). As declarações não precedidas de advertência são inservíveis para qualquer fim, embora seja prática comum de atuação da força policial. As "**confissões informais**" obtidas sem as advertências legais devem ser desconsideradas para qualquer fim válido (trazem o defeito constitutivo). Por isso, no momento da oitiva das testemunhas de acusação, tal fato pode ser explorado pela defesa, indagando-se em que momento o conduzido foi advertido formalmente, na presença de quem mais, e em que termos;

"Decidiu a Suprema Corte, em *Miranda* v. *Arizona*, 384 US 436 (1966) que, no momento de sua prisão, o imputado deve ser claramente advertido quanto aos seus direitos – especialmente o de manter-se calado, o de ter a assistência de um advogado para sua defesa e o de abrir mão desses direitos. Só a partir da constatação de que abriu mão 'inteligente e conscientemente' desses direitos é que se pode ter certeza de que, nesse ponto, o devido processo legal foi respeitado)".
João Gualberto Garcez Ramos

STF, HC 78.708, (Min. Sepúlveda Pertence): "O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder a atualidade. Em princípio, em vez de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas dela derivadas".

STJ, HC 244.977 (Min. Sebastião Reis Júnior): "É ilícita a gravação de conversa informal entre os policiais e o conduzido ocorrida quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, se não houver prévia comunicação do direito de permanecer em silêncio. O direito de o indiciado permanecer em silêncio, na fase policial, não pode ser relativizado em função do dever-poder do Estado de exercer a investigação criminal. Ainda que formalmente seja consignado, no auto de prisão em flagrante, que o indiciado exerceu o direito de permanecer calado, evidencia ofensa ao direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, LXII) se não lhe foi avisada previamente, por ocasião de diálogo gravado com os policiais, a existência desse direito".

STF, HC 82.463, (Min. Ellen Gracie): "Não tendo sido o acusado informado do seu direito ao silencio pelo Juízo (art. 5º, inciso LXIII), a audiência realizada, que se restringiu à sua oitiva, é nula". Entendendo como nulidade relativa: STJ, RHC 067.730; HC 320.876.

STF, HC 80.949 (Min. Sepúlveda Pertence): "Gravação clandestina de 'conversa informal' do indiciado com policiais. Ilicitude decorrente – quando não das evidências de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita 'conversa informal', modalidade de 'interrogatório' sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais, do interrogatório do inquérito policial (CPP, art. 6º, V) – se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio".

"Em tempos recentes, decidiu-se que, no caso de uma violação das Miranda rules, só não pode ser objeto de valoração a confissão primária, baseada na falta de advertência, mas não o meio de prova adquirido mediatamente (derivado) (p. ex. a arma do crime encontrada em razão da confissão) [U.S v. Patane]".
Kai Ambos

"A crença na regularidade dos atos do poder, sobretudo do poder punitivo (*potestas puniendi*), define postura disforme dos sujeitos processuais, estabelecendo situação de crise através da ampliação da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional. O reflexo concreto é a violação explícita ou a inversão do sentido garantista de interpretação e de aplicação das normas de direito e de processo penal, revigorando práticas autoritárias".
Salo de Carvalho

28) E extensão do *Nemo tenetur se detegere*: O suspeito ou indiciado é titular do direito de *não produzir prova contra si mesmo*, sendo que a insistência constitui abuso de autoridade (LAA, art. 13, III e art. 15, parágrafo único). Logo, não poderá ser obrigado a participar de reconstituição, fornecer padrões vocais (STF, HC 83.096), padrões gráficos de próprio punho (STF, HC 77.135), sangue, esperma, voz etc. Essa negativa não impede que a autoridade policial possa investigar por outros meios lícitos (p.ex. o lixo do investigado, requisição de documentos em repartições públicas, colégios etc.) e com uso de tecnologia**.** A dimensão da garantia do direito de **não se autoincriminar** (CR, art. 5º, LXIII) vai além do direito ao silêncio, já que indica a possibilidade de o sujeito não colaborar com a investigação ou instrução criminal. A carga probatória em face da conduta imputada é do Estado, prevalecendo a esfera da liberdade do alvo, desobrigado a cooperar com a apuração criminal, nem de sofrer métodos proibidos de interrogatório e de obtenção probatória (LAA, art. 18). A restrição deve estar regulada em lei e atender aos ditames do Devido Processo, especialmente a proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). O problema é o de que o exercício do direito pode implicar disposições cognitivas desfavoráveis. A mentalidade inquisitória/autoritária leva, em geral, à utilização da regra: "quem não deve não teme". Com isso, acrescido da noção de busca

da ilusória verdade real, suplanta-se a garantia constitucional. Daí que sempre será **tática arriscada** não colaborar com a investigação, justamente porque potencializa a dissonância cognitiva, servindo como mecanismo confirmador dos julgamentos preliminares (viés confirmatório);

29) Denúncia Anônima e seus limites: É muito comum que os órgãos de controle social recebam denúncias anônimas. De um lado servem para trazer ao conhecimento 'condutas criminosas' com a preservação do denunciante e, de outro lado, servem, muitas vezes, como mecanismo escuso de manipulação das investigações ou de perseguições infundadas, dado o caráter estigmatizante de simplesmente se ter uma investigação instaurada (ficam nos registros policiais)**.** A denúncia anônima é meio **oportunista** de denúncia de predador ou inimigo, mitigando o risco de ser descoberto, além de evitar a retaliação. A convivência do mecanismo da denúncia anônima com a Democracia, em que o anonimato é condenado (CR, art. 5º, IV), pressupõe estabelecer limites rígidos e não oportunistas, como se verifica no caso do "**reportante do bem**" (*whistleblowing*)**.** Não se pode descartar sua existência, muito menos, dar-se a relevância de uma formal "*noticia criminis*", dado o custo social e pessoal que o ato de denunciar implica, afinal de contas a **denunciação caluniosa** é crime (CP, art. 339 ou LAA, art. 27). Ao mesmo tempo, deve-se ter prudência, principalmente em situações com remuneração pecuniária ou moral (anda na moda: *whistleblowers*). O impasse se dá, justamente, porque assumir o lugar de noticiante de um crime gera obrigações pessoais ao denunciante, enquanto na hipótese de anonimato, libera-se do encargo. Mas, se ninguém mais denunciar, os custos coletivos de tal conduta se inscrevem na modalidade de **Tragédia dos Comuns**, na seguinte lógica: o sujeito pensa que não irá denunciar porque outro fará; se todos pensarem assim, então, gerará a ausência de apuração coletiva, aumentando a cifra oculta das condutas não apuradas. **Recebida a denúncia anônima** (telefone, carta, e-mail etc.) compete à autoridade policial providenciar diligências preliminares e, se forem consistentes, instaurar inquérito policial ou equivalente. Formalizado o procedimento é que podem ser realizadas diligências próprias da persecução penal. As diligências requeridas e deferidas com base exclusivamente em denúncia anônima são nulas, contaminando as decorrentes (fruto da árvore envenenada). De um lado não se pode investigar com base em denúncias anônimas, por outro, não se pode excluir que em situações sensíveis (violência doméstica, contra crianças, corrupção etc.), seja o caminho inicial. Tão logo surjam elementos mínimos, a instauração de investigação formal é obrigatória, com comunicação ao Juiz das Garantias (CPP. Art. 3º, IV). É preciso que as investigações aconteçam no limite da legalidade. Para se investigar alguém, em uma Democracia, não se pode iniciar com o *denuncismo anônimo* contemporâneo em que a autoridade investigante recebe a *denúncia anônima* e se dá por satisfeita. O processo da Inquisição (*Kramer e Sprenger*) acontecia com testemunhas sem rosto, sem face,

STF, HC 79.812 (Min. Celso de Mello): "O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o poder público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário".

STF, HC 79.812 (Min. Celso de Mello): "O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado".

STF, HC 98.345 (Min. Marco Aurélio): "1. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa 'denúncia' são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações. 2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais civis diligenciaram no sentido de apurar a eventual existência de irregularidades cartorárias que pudessem conferir indícios de verossimilhança aos fatos. Portanto, o procedimento tomado pelos policiais está em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito. 3. Ordem denegada".

STJ, HC 229.205, (Min. Maria Thereza de Assis Moura): "Na hipótese em apreço, constata-se que a comunicação anônima foi o único dado que serviu para embasar a interceptação telefônica autorizada judicialmente, que ensejou as quebras de sigilos de outros terminais, bem como as prorrogações posteriores, inexistindo a realização de diligências prévias à medida constritiva extrema. Evidente a flagrante ilegalidade, visto que, em decorrência da suposta prática de tráfico de entorpecentes e associação, a quebra do sigilo, a prisão, a denúncia e a condenação do paciente estão intimamente amparadas nos informes apócrifos recebidos pela autoridade policial, que não se esmerou em realizar procedimentos investigatórios preliminares, antes da requisição da interceptação telefônica.".

STF, HC 108147 (Min. Cármen Lúcia): "Elementos dos autos que evidenciam não ter havido investigação preliminar para corroborar o que exposto em denúncia anônima. O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedente. A interceptação telefônica é subsidiária e excepcional, só podendo ser determinada quando não houver outro meio para se apurar os fatos tidos por criminosos, nos termos do art. 2º, inc. II, da Lei n. 9.296/1996.

sem nome, em um denuncismo sem limites. Para isso a Constituição estabeleceu no art. 5º, IV: "*É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*". Assim é que a denúncia anônima não pode ser tida, *a priori*, como fundamento suficiente, nem justifica qualquer medida direta pela autoridade policial que não a investigação preliminar e o requerimento ao Judiciário, após formalizado o inquérito policial, das medidas cautelares que se fizerem necessárias, apresentando as investigações até então realizadas. Os agentes públicos que realizam ou deferem diligência em desconformidade com a normativa constitucional podem ser responsabilizados penal e administrativamente. Especial **destaque** merecem os casos de prisão por **tráfico** em face de denúncia anônima. É que muitas vezes diante de mais uma denúncia anônima, montam-se operações com diversos policiais, viaturas, acompanhamento e perseguição. A prisão é ato de sorte em face da 'denúncia quente' ou se está sendo enganado, mediante a subtração de informações relevantes. O fato de ter havido êxito na apreensão não exclui a necessidade democrática de se saber o trajeto até a apreensão, algumas vezes decorrentes de interceptações telefônicas que simplesmente não aparecem nos autos. O eficientismo penal não ocupa o lugar das garantias constitucionais. Embora possa ser o caso de encontro fortuito, mesmo assim, a apreensão decorre de investigação já existente, com fixação do Juiz Natural (CPP, art. 83), manipulado pela omissão de sua existência. Democraticamente, o condutor da investigação pode: **a)** prender os agentes e apresentar a interceptação; ou, **b)** postergar o flagrante, comunicando ao Juiz, nos termos do art. 53, da Lei de Drogas. Entretanto, o agente oportunista age à margem da legalidade, dando "jeitinho" para contornar os limites legais, prendendo de surpresa o agente isolado, ao mesmo tempo em que mantêm a investigação maior, omitindo, depois, do relatório do processo "quente" a realização do flagrante anterior. Essa prática é amplamente acolhida pelo Poder Judiciário que finge não ver a situação criminosa praticada em nome do resultado (cegueira deliberada oportunista)**.** A prisão surpresa parece "tino policial", mas dissimula trapaça democrática. Para remediar a questão pode-se solicitar informações ou certidões sobre a existência de investigação em que o agente tenha sido interceptado e, uma vez descoberta, declarar-se a nulidade dos atos e a responsabilidade dos agentes, valendo-se da **Lei de Acesso à Informação**. Pode-se também indagar os agentes por oportunidade de seus depoimentos judiciais. Daí que a denúncia anônima, no máximo, pode servir para **diligências preliminares**, no limite dos Direitos e Garantias fundamentais, sendo descabida qualquer formalização de inquérito policial ou mesmo solicitação de cautelares. Mas a manipulação é amplamente tolerada;

Precedente. Ordem concedida para se declarar a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas, em razão da ilegalidade das autorizações, e a nulidade das decisões judiciais que as decretaram amparadas apenas na denúncia anônima, sem investigação preliminar".

"Se o nosso CP erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os 'denunciados' chamar à responsabilidade o autor da *delatio criminis*, se esta pudesse ser anônima? A vingar entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros da impunidade. Se se admitisse a *delatio* anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza, ao tempo da *inquisitio extraordinem*, quando se permitia ao povo jogasse nas famosas 'Bocas dos Leões' suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno".
Fernando da Costa Tourinho Filho

STJ, HC 64.096 (Min. Arnaldo Esteves Lima): "A delação apócrifa não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária; é mera notícia vinda de pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denunciação caluniosa (art. 339 do CP). Assim, as gravações levadas a efeito contra o paciente, por terem sido produzidas mediante interceptação telefônica autorizada em desconformidade com os requisitos legais, bem como todas as demais provas delas decorrentes, abrangidas em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada, adotada pelo STF, são ilícitas e, conforme o disposto no art. 5º, LVI, da CF/1988, inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação.".

"Denúncia anônima no tráfico: me engana que eu gosto [...] Cabe dizer que, muitas vezes, são montadas operações com diversas viaturas, muitos policiais convocados, acompanhamento, perseguição e prisão. Das duas uma: ou somos ingênuos ou enganados. Inexiste terceira opção. Mas a imensa maioria finge que não vê nada, nem quer saber de onde veio, quem registrou, como aconteceu a tão da denúncia anônima, afinal, em nome da eficiência, mais uma prisão está feita e a droga existe. [...] O mundo do "me engana que eu gosto" faz com que não se indague sobre nada. Um jeito nefelibata de ser. A questão é se o sujeito não sente vergonha de saber que é manipulado? A resposta é sua".
Salah Khaled Jr e Alexandre Morais da Rosa

"Pensamos que autoridade que determinar a instauração do procedimento criminal ou administrativo, tendo como base a denúncia anônima, ficaria sujeita, em tese, à responsabilidade criminal, nos exatos limites do art. 339 do CP. O denunciante anônimo se esconde atrás das vestes da impunidade, pois, se sua denúncia for falsa, ele não será responsabilizado. [...] O 'denunciado' tem o direito de demonstrar os motivos pelos quais quem o denuncia o faz: vingança, perseguição política, inveja, despeito, falta do que fazer etc. Sendo anônima a denúncia, não há como reagir contra o denunciante. Ele fica refém".
Paulo Rangel

30) CPP, art. 260 e a Condução Coercitiva (ainda): O tema ganhou relevância por ser prática utilizada na Lava Jato e **proibida para investigados/acusados** pelo STF no julgamento das ADPFs 395 e 444, por apertada maioria (6x5). Para compreensão adequada é necessária

a distinção entre condução de testemunhas e investigados**.** No caso de **testemunhas**, a autoridade policial deve colher o respectivo depoimento (CPP, art. 6º, III) e, em caso de **renitência** (CPP, art. 218), poderá ser conduzida sob vara (STF, HC 107.644). Quando se tratar de **investigado** (indiciado ou não), decidiu-se que o art. 260 do CPP não foi recepcionado em face do direito ao silêncio. Cabe **diferenciar** a condução legítima até à Delegacia de Polícia tão logo se verifique a situação de flagrância para que a autoridade policial lavre o flagrante o registre a ocorrência (STJ, RHC 25.475), situação diversa, portanto, da condução no curso de investigações. A Lei de Abuso de Autoridade tipificou a conduta: *art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo*). O que se verifica, em alguns casos, é o **drible** consistente em se de intimar potenciais investigados, na condição de testemunhas, mesmo sabendo-se que deveriam ser na condição de investigados. Essa prática, muito comum em Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs), já foi rechaçada pelo STF (HC 114.879). A prática constantemente se traduzia como mecanismo intimidatório frente ao investigado, muitas vezes sendo utilizada para que dele seja "extraída a verdade" e ameaçar com possíveis prisões cautelares *caso não diga o que se quer que diga*. Representava claro resquício da matriz inquisitória. **Com a proibição do STF a tática se alterou para prisões temporárias** (condução coercitiva *express*) de um dia ou de horas, verdadeira manipulação tática do jogo democrático ou ainda a intimação para comparecimento no mesmo dia com 2 (duas) ou 3 (três) horas de antecedência, em franca manipulação das premissas democráticas. É abusiva a prática de intimação para comparecimento em poucas horas, no mesmo dia, com a deliberada pretensão de impedir acesso ao advogado, situação que pode configurar a conduta do art. 15 da LAA. Por isso, em caso de intimação com prazo exíguo o investigado deve afirmar **somente** que pretende ser ouvido na presença de seu defensor, remarcando o ato. Mas os que jogam sujo dirão ao investigado *"é melhor falar agora"*, *"pode ser pior para você"*, em blefes psicológicos de cariz inquisitório para os quais os investigados devem estar preparados. Diante do direito de não produzir prova contra si mesmo e de exercer o direito ao silêncio, o investigado/acusado não precisa ser conduzido, mesmo sob o argumento de se proceder ao indiciamento. A condução apresentava-se como a face da pressão psicológica, com a finalidade de se obter informações de maneira forçada. Privar alguém de escolher como exercerá a sua defesa, constitui afronta aos direitos e garantias fundamentais do investigado (*nemo tenetur se detegere*: nada a temer por se deter"). Aliás, obrigar é abuso de autoridade (LAA, art. 13, III);

31) Indiciamento, Investigado e Suspeito: O **indiciamento** é o **ato formal** exclusivo da autoridade que preside a investigação (STF, HC, 115.015), pelo qual o sujeito passa a ocupar o lugar de indiciado, ou seja, é a declaração do Estado de que há indicativos convergentes (probabilidade

LAA: art. 15. "Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo; [...]. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório: I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou II - de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono".

STJ, RHC 25.475 (Min. Jorge Mussi): "De acordo com os relatos e informações constantes dos autos, percebe-se claramente que não houve qualquer ilegalidade na condução do recorrente à delegacia de polícia para prestar esclarecimentos, ainda que não estivesse em flagrante delito e inexistisse mandado judicial.Isso porque, como visto, o recorrente em momento algum foi detido ou preso, tendo sido apenas encaminhado ao distrito policial para que, tanto ele, quanto os demais presentes, pudessem depor e elucidar os fatos em apuração. [...] A teoria dos poderes implícitos explica que a Constituição Federal, ao outorgar atribuições a determinado órgão, lhe confere, implicitamente, os poderes necessários para a sua execução. Desse modo, não faria o menor sentido incumbir à polícia a apuração das infrações penais, e ao mesmo tempo vedar-lhe, por exemplo, a condução de suspeitos ou testemunhas à delegacia para esclarecimentos".

"Não se pode desconsiderar que a condução coercitiva exerce certa compulsão sobre o acusado para que participe ativamente no interrogatório, respondendo às indagações formuladas. É ínsita à condução coercitiva a expectativa de que ele responda às perguntas que lhe serão dirigidas no interrogatório". **Maria Elisabeth Queijo**

"Tampouco existe embasamento legal, a nosso ver, para a sua condução coercitiva com fins de interrogatório, prevista no art. 260 do CPP, já que de nada adianta o acusado ser apresentado sob vara e, depois de todo esse desgaste, silenciar. Se ele não atende ao chamamento judicial, é porque deseja, ao menos no início do processo, calar. Ademais, a condução coercitiva 'para interrogatório', daquele que deseja silenciar, consistiria inadmissível coação, ainda que indireta". **Roberto Delmanto JR**

STF, HC 114.879 (Min. Marco Aurélio, em liminar, garantiu os seguintes direitos): "1) de não ser obrigado a assinar termo de compromisso de dizer a verdade; 2) de permanecer calado ou silenciar; 3) de não se autoincriminar; 4) de ser assistido por advogado, podendo comunicar-se livremente e em particular; 5) de não ser preso por desobediência ou falso testemunho, diante do exercício das referidas prerrogativas; 6) de ter acesso a todos os elementos de investigação colhidos até então; 7) de presenciar e acompanhar, por meio de defesa pessoal ou técnica, a produção de provas no curso da aludida CPMI.").

"É pura lógica! Ninguém faz com que outra pessoa seja deslocada do local em que se encontra para permanecer em silêncio, porque ao se optar pelo silêncio, tem-se a mesma consequência de que se o investigado não comparece ao ato previsto em lei: exercício de autodefesa manifestada através da opção por não falar, ou seja, desdobramento direto do princípio da ampla defesa concretizada através da vontade do acusado de não se auto incriminar". **Alexandre Morais da Rosa e Michelle Aguiar**

e não possibilidade) sobre sua responsabilidade penal, com os ônus daí decorrentes**.** A **Presunção de Inocência** veda o indiciamento arbitrário, pressupondo a apuração da materialidade da infração e informação convergente de autoria. Por não ser automático, deve ser fundamentado (Lei 12.830/13, art. 2º, § 6º). Diferencia-se o averiguado/suspeito do indiciado. Diante da legalidade, havendo indicativos, o ***indiciamento* é obrigatório**, em ato motivado e traz como consequência o interrogatório, pregressamento, identificação criminal, acesso às informações já coletadas, via defesa técnica, dando-lhe um lugar na investigação preliminar. Existem duas formas de indiciamento**: a) direto**, com a presença do investigado; **b) indireto**, sem a presença do acusado por estar foragido ou em local desconhecido. Nos crimes de **Lavagem de Capitais** o indiciamento de agente público pode gerar o afastamento das funções, em decisão motivada da autoridade investigante (Lei 9.613/98, art. 17-D). Surge a possibilidade de impugnação do indiciamento na via do *Habeas corpus*, na qual se pode buscar o **desindiciamento**. O **retardamento do indiciamento** é jogada tática oportunista de Delegados porque restringe a participação da defesa, operando na lógica da subtração de informações (é mais cômodo investigar sem o controle efetivo da defesa). **Ao investigado ou suspeito deve ser facultada a possibilidade de ser ouvido** durante a investigação (CPP, art. 6, V), na presença do defensor, sob pena de nulidade (LAA, art. 15), salvo se estiver foragido ou em local desconhecido pela autoridade policial, tendo em vista que a apuração de elementos probatórios deve ser a mais ampla possível, também se dá em favor da defesa. A defesa do foragido poderá se valer da investigação defensiva, inclusive ouvindo-o, se for parte da estratégia. Sem a possibilidade de se manifestar diretamente (autodefesa) ou por procurador (defesa técnica), a investigação é unilateral. Ainda que os Tribunais indiquem não ser obrigatório (STJ, HC, 142.089), na linha de promover a apuração mais ampla possível, respeitando-se o direito de defesa, não é acertada a posição de sua dispensabilidade, salvo quando a investigação realizada por outros caminhos tiver facultado sua participação. Deve ser intimado e não conduzido para tal ato, porque o seu não comparecimento está incluído no espectro do direito ao silêncio e da tática defensiva. **O argumento de que a condução deverá ser feita para fins de qualificação e indiciamento não se sustenta**. Na oportunidade do interrogatório deverá a autoridade policial "*colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa*". (CPP, art. 6º, X), com a finalidade de apurar eventual aplicação de prisão domiciliar. O **investigado não é obrigado a responder aos questionamentos**, podendo silenciar (inclusive seletivamente, a saber, em partes), bem assim mentir, sem que responda pelo crime de falso testemunho (CP, art. 342)**.** A imputação de crime ou de responsabilidade penal a terceiro pode configurar denunciação caluniosa (CP, art. 339). O **indiciamento** deve ser realizado também no

"Enquanto subsistir a figura do indiciado em nossa sistemática de processo penal, o sujeito investigado somente pode ser alçado a esta categoria mediante decisão fundamentada, proferida pela autoridade policial responsável pela investigação a partir dos dados constantes do inquérito, isso tudo agora por força de norma regulamentadora prevista em lei federal".
Marta Saad

"O averiguado ou suspeito é aquele em relação ao qual existem apenas 'frágeis indícios' ou 'outro meio de prova esgarçado'. Já o indiciado é o provável autor da infração penal. Não existem apenas conjecturas, mas elementos probatórios positivos, convergentes, que o apontam como provável autor do delito em apuração".
Maria Elizabeth Queijo

"O ato de indiciamento é o ato do delegado de polícia, enquanto presidente da investigação, via de regra praticado ao término da mesma, ao considerar concluída a fase de coleta de elementos probatórios do delito investigado, quando é possível concluir-se pela autoria de determinado crime, individualizando-se o autor. Funciona, portanto, como uma das etapas da formação da culpa na investigação criminal, quando os elementos constantes no inquérito policial permitem ao delegado de polícia formar sua convicção de autoria e materialidade na investigação criminal".
Márcio Adriano Anselmo

"E o que dizer do estigma moral que o indiciamento ocasiona quando revelado pela mídia, por exemplo? O indiciamento, muitas vezes desprezado por juristas e pelo próprio delegado de polícia, pode gerar consequências negativas de proporções avassaladoras na vida de uma pessoa, quiçá fadando-a ao fracasso profissional e a extirpação de um projeto de vida. Ao indiciar um suspeito o delegado de polícia impõe-lhe uma mácula perene (perene porque sequer existe mecanismo legal específico para expurgá-lo), isto é, o rótulo de "fichado na polícia", que o acompanhará para o resto de sua vida, sendo por vezes seu algoz".
David Tarcísio Queiroz de Souza

"A manutenção de um indiciamento que não mais se sustenta acarretaria, entre outras consequências, a prática de constrangimento ilegal pela autoridade policial e a violação de direitos fundamentais".
Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos

"De acordo com o art. 6º, inciso V, do CPP, a oitiva do indiciado é obrigatória e somente pode ser dispensada no curso do inquérito policial se o indiciado estiver foragido ou em local desconhecido pela Polícia Judiciária".
Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos

"Deve ocorrer o indiciamento se houver detenção cautelar (flagrante delito, temporária ou preventiva) ou alguma providência restritiva de direitos individuais do imputado (busca e apreensão, quebra de sigilo de dados ou das comunicações telefônicas, arresto ou sequestro de bens etc.). É que, nesses casos, há atribuição da conduta criminosa a pessoa determinada. O indiciamento não pode ficar ao alvedrio da autoridade policial. O sujeito passivo da persecução prévia deve ser tratado como indiciado, com os direitos e deveres inerentes a essa condição, se existirem indícios convergentes da provável autoria delitiva, independentemente de manifestação formal da autoridade policial nesse sentido".
André Augusto Mendes Machado

auto de prisão em flagrante, deduzindo-se as razões de fato e de direito que convergem em face do investigado, de modo motivado. Não cabe o indiciamento nos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) por oportunidade do Termo Circunstanciado, embora possa ser possível no caso de instauração posterior de investigação em face da baixa do Termo Circunstanciado. Pode acontecer o **retardamento tático** do indiciamento com a finalidade de não se franquear as informações já formalizadas, dificultando a defesa, podendo configurar modalidade de *doping*. Acontece, também, de sequer ouvir-se o investigado, em franca violação da amplitude da defesa, com a leniência dos Tribunais (STJ, 142.089), sob o fundamento "guarda-chuva" de que as nulidades do flagrante não contaminam a ação penal. O jogo sujo pode acontecer em face da estratégia. A não convocação do investigado só está autorizada em caso de endereço desconhecido (não disponível nos bancos de dados) ou estiver foragido. Nos demais casos a oitiva é obrigatória. A omissão deveria ser suprida por diligência do MP ou, ainda, pela rejeição da denúncia, justamente porque suas explicações preliminares podem arredar a "justa causa" e não podem ser suprimidas por mera conveniência ou autoritarismo. A ausência de indiciamento formal, quando possível e razoável, configura franca manipulação da diretriz democrática da investigação preliminar e deve ser vista como ausência de **justa causa** para o recebimento da ação penal;

32) Nulidade da Fase de Investigação: O "mantra" repetido de que as nulidades do inquérito não contaminam a ação penal serve de "esquiva hermenêutica" para se negar jurisdição. Os atos de investigação devem atender aos planos da existência, validade e eficácia (Teste EVE) no contraditório diferido, ou seja, durante o processo. A negativa genérica é inválida porque se há alegação de nulidade e/ou de restrição ao direito de defesa, o argumento deve ser analisado, apurando-se a extensão dos efeitos ao processo. Aliás, são inúmeros julgados do STJ que reconhecem nulidades dos meios de obtenção de prova, ou seja, demonstram a pertinência da análise dos argumentos. Ademais, os agentes públicos devem prestar contas das conduta em desconformidade (abuso de autoridade, Improbidade etc.). A negativa de jurisdição sobre a alegação "guarda-chuva" de "ausência de nulidade" incentiva as práticas ilegais de agentes **oportunistas** (exige-se conformidade). O argumento genérico de que a ausência de nulidade impede a análise da alegada nulidade é falacioso, porque do contrário teríamos espaço de ampla manipulação. É preciso **separar** a **causa** do **efeito** (questão de lógica e de ***accountability***);

C – Controvérsia:

"A investigação decide e o processo apenas convalida. A sentença torna-se conhecida de todos desde muito antes da partida oficial. O placar com resultado final é anunciado previamente. Só não vê quem não quer ou não pode".
Leonardo Marcondes Machado

1) A Interação "às claras" e "às sombras": A interação entre agentes da Lei (policiais militares, civis, investigados, testemunhas, vítimas, advogados, magistrados etc.) depende de diversos fatores não previstos em lei, isto é, existem "regras de segunda ordem" que orientam o modo com que acontecem as interações. O engajamento e disposição

do presidente da investigação é decisivo para o êxito ou insucesso da responsabilização penal. A omissão da autoridade pode ampliar as chances de exoneração, enquanto a postura ativa amplia as chances da acusação. A Polícia está submetida, em maior ou menor medida, às contingências políticas, midiáticas e comunitárias (em cidades pequenas ou quando os agentes usam a instituição de trampolim político);

2) Declarar falsamente a identidade (CP, arts. 304 e 307): O conduzido ao ser preso deve declarar sua identificação civil sob pena de cometimento de crime? A resposta majoritária, tanto no STF (STF, RExt 640.139, Min. Dias Toffoli; STF, RExt 648.223 Min. Ricardo Lewandowski), como no STJ (Súmula 522), está correta nos casos em que se usa documentos, mas não nas hipóteses em que o conduzido omite/dissimula a identidade verdadeira sem a apresentação de documento. É mais um sintoma do **Fator Julia Roberts**. **Primeiro** cabe distinguir as condutas dos art. 304 e 307, do Código Penal. O uso de documento falso para imputar a responsabilidade a terceiro é conduta típica, porque está para além do exercício do Direito de não produzir prova contra si mesmo, justamente porque há uma ação, diferente da omissão do silêncio (garantia constitucional). Se o conduzido apresenta documentação falsa ou mediante ardil documental busca excluir sua responsabilidade penal, incide a regra do art. 307 do CP. **Segundo**, situação diversa, mas equiparada sem maiores reflexões, decorre da má compreensão do regime da identificação criminal. Se o conduzido não possui documento hábil, a **identificação** não é facultativa e sim **obrigatória,** ou seja, não poderia ser lavrado o flagrante ou mesmo procedido o indiciamento, já que a pessoa não está particularizada, usando-se o famoso "de tal". Ausente documento hábil, a providência subsequente é a identificação criminal. Não deveria a autoridade policial dar crédito ao nome eventualmente fornecido pelo agente, sem documentação idônea, já que é obrigatória a identificação. Mas, por comodidade em face das providências complementares à identificação, o Estado, por seus agentes, nega-se a realizar o determinado em lei e, mesmo assim, imputa ao investigado a tipicidade do art. 304, do CP. No **primeiro** caso não há extensão à garantia da ampla defesa, enquanto no **segundo**, pelo direito de não produzir prova contra si mesmo, bem assim de omitir e deliberadamente, inclusive, indicar nomes aleatórios, não pode ser responsabilizado. **Equiparam-se condutas diversas** sob o manto da Súmula 522, do STJ de maneira simplificadora e equivocada (S1). Cabe sublinhar a distinção e esperar que possa encontrar um agente processual que não se atire no mantra de que "dar nome diverso é crime e pronto". Em resumo, a posição **dominante** é a de que configura conduta típica em qualquer dos casos e dominada a que nega se tratar de extensão do direito de autodefesa, salvo se o agente processual parar para pensar o paradoxo (teoria conglobante);

3) A ilegitimidade presumida dos atos que restringem a Liberdade: Se a **Liberdade** é o pressuposto para o exercício de **Direitos**

"Não obstante as cortes superiores não admitirem com todas as letras o regime de nulidades do inquérito policial, em inúmeros julgados acabam por invalidar os atos investigativos praticados sem a observância das formalidades e garantias devidas. São exemplos: a) busca e apreensão domiciliar cumprida em endereço não especificado no mandado judicial; [STF, HC 106566, Rel. Min. Gilmar Mendes] b) quebra de sigilo de dados amparada exclusivamente em denúncia anônima; [STJ, HC 137.349, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura] c) interceptação telefônica executada por agentes não policiais civis ou federais; [STJ, HC 149.250, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu] d) interceptação telefônica iniciada por denúncia anônima desacompanhada de diligências preliminares. Nota-se que as próprias cortes superiores reconhecem que a investigação policial possui força probante e reconhecem nulidades, rechaçando uma imunidade dos atos policiais contra qualquer declaração de invalidade, ainda que não digam com essas palavras. [18] Assim agindo, entram em contradição com seus próprios julgados, que difundem o lugar-comum de acordo com o qual não há nulidade no inquérito policial".
Henrique Hoffmann

"Ao ingressar o inquérito no processo e no 'mundo processual', desaparece toda e qualquer imunidade à legalidade, podendo e devendo ser submetido ao filtro de legalidade/constitucionalidade como qualquer ato do processo, até porque, todo e qualquer ato jurídico submetido ao processo judicial deve gozar de legalidade suficiente para poder gerar efeitos. Não esqueçamos, ainda, que se os atos jurisdicionais — mais relevantes do que aqueles da investigação — são suscetíveis de controle de legalidade, como afastar a incidência da fiscalização de sua validade justamente naqueles atos mais precários, mais informais? É justamente nesse terreno que o controle deve ser mais efetivo e criterioso!"
Aury Lopes Jr

STJ, Súmula 522: "A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa".

STJ, Recurso Repetitivo, 3ª Seção. REsp 1.362.524 (Min. Sebastião Reis Júnior): "Isso porque a referida conduta não constitui extensão da garantia à ampla defesa, visto tratar-se de conduta típica, por ofensa à fé pública e aos interesses de disciplina social, prejudicial, inclusive, a eventual terceiro cujo nome seja utilizado no falso".

TJSC, 3ª Turma Recursal (Juiz Alexandre Morais da Rosa): "**FALSA IDENTIDADE** - CP ART. 307 - DISTINÇÃO DO CASO ENTRE O ART. **304,** DO CP E A SÚMULA 522 DO STJ - ACUSADO QUE SEM APRESENTAR DOCUMENTOS APONTA O NOME DO IRMÃO E DIANTE DA ABORDAGEM POLICIAL ASSUME A **IDENTIDADE,** ANTES DA ELABORAÇÃO DE QUALQUER ATO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE VANTAGEM -ELEMENTAR DO TIPO - RECURSO PROVIDO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA. "ATRIBUIR-SE **FALSA IDENTIDADE.** ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. A interpretação sistemática e histórica do Direito Penal, frente à evolução dos sistemas de informações modernos, à profissionalização da administração pública e à pronta identificação real do indivíduo pelas informações detidas pelo próprio Estado, tornam impossível, no caso concreto, o crime de auto-atribuição de **identidade falsa.** Acusado que, objetivando lograr furtar-se à ação estatal, atribuiu a si **falsaidentidade,** conduta que, ante a suspeita dos agentes públicos e a pronta e incontinenti realização de questionamentos sobre seus dados de identificação, foi coarctada pela autoridade, mostrando-se a auto-atribuição de **identidade falsa** inidônea ao fim de obter, ainda que remotamente, qualquer vantagem pessoal. RECURSO PROVIDO" (TJRS, Turmas Recursal Crimianl, Apelação 71008825168, relator Juiz Luis Gustavo Zanella Piccinin)".

Fundamentais, todas as restrições ou limitações são exceções (prisão em flagrante, cautelares etc.). A demonstração da conformidade da atuação é dos agentes da lei. Do contrário, inverte-se o pressuposto democrático: toda restrição da Liberdade (direta ou indireta) deve se dar nos termos e limites legais. A **presunção invertida** (o ato é válido) decorre da equivalência inválida entre os atos restritivos de Direitos Fundamentais, típicos da ação investigatória, com o regime dos atos administrativos. A presunção "juris tantum" de legalidade dos atos dos agentes públicos, ao mesmo tempo em que autoriza a "auto eficácia" (prisão, abordagem etc.), atribui o dever de prestação de contas da legalidade e legitimidade da conduta. Enfim, o dever de comprovar a legitimidade do ato é do agente público e não de quem sofreu os efeitos. Prevalece o enquadramento diverso, por erro lógico ou **oportunista**. A legitimidade da intervenção na vida, propriedade e **liberdade** dos sujeitos deve ser comprovada, pelo Estado (Devido Processo Legal), no decorrer do procedimento/processo de apuração da responsabilidade penal. Por isso, desde a regularidade do flagrante, a efetiva "**Advertência de Miranda**" , todos os atos devem ser comprovados pelo Estado e não presumidos. Dito diretamente: **os atos são presumivelmente ilegais**. Nos Estados Unidos, os atos estatais devem receber, *prima facie*, a presunção de ilicitude, derrotável pela demonstração da regularidade. Não é o conduzido quem deve comprovar a violação de seus direitos e garantias (é ônus do Estado, por meio de gravações, testemunhas etc.). Esse giro de compreensão, da pressuposta legitimidade dos atos, para a **presunção de ilicitude** é consequência lógica da distribuição da Confiança aos agentes públicos. A posição **dominante** é a de legitimidade dos atos sem maiores discussões, porque impera o S1. Apresentar esta lógica depende do contexto e da capacidade de argumentação;

STF, HC 73.271 (Min. Celso de Mello): "A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial".

"Nessa decisão [Miranda vs Arizona], a Suprema Corte estabeleceu a inversão das presunções em matéria de confissão do imputado preso. Antes valia a presunção de que os atos administrativos praticados pelos agentes de polícia eram justos e legítimos e cabia ao imputado comprovar o contrário. A partir da decisão, as declarações feitas pelo imputado preso na polícia são consideradas, *prima facie*, obtidas mediante coerção ou por meio da colocação do imputado diante do trilema cruel (cruel trilemma): 'permanecer em silêncio e encarar a prisão; falar a verdade e encarar a prisão; ou mentir e encarar a prisão, dessa vez por perjúrio.' (Saltzburg, Capra)". **João Gualberto Garcez Ramos**

D – Estratégia:

1) Palco Investigatório: As evidências angariadas pela autoridade policial servem para conferir suporte à **causa provável** da ação penal, mediante controle por oportunidade da admissão da ação penal. Se forem irrepetíveis, o contraditório será diferido; se forem repetíveis, não deveriam gerar efeitos na ação penal (violam a garantia do contraditório, imediação, imediatidade e jurisdicionalidade). O importante é que os rumos da responsabilização do acusado dependem da **qualidade** e **quantidade** da atividade investigatória, motivo pelo qual o monitoramento das partes deve ser constante. A defesa, se possível, deve realizar investigação defensiva, especialmente pelas oportunidades de consenso;.

"Dos atos produzidos no inquérito policial, portanto, apenas a oitiva de testemunhas e eventual acareação são medidas que devem ser repetidas em juízo, ao passo que todo o conjunto de documentos e perícias realizados no curso do mesmo são utilizados como prova na ação penal". **Márcio Adriano Anselmo**

2) Planejamento: A construção da **Teoria do Caso** deve se realizar o quanto antes, por meio de indicadores que possam sustentar a adoção de estratégias defensivas factíveis, sob pena de ausência de tração cognitiva. Dominar as práticas investigativas é sempre ganho estratégico.

O futuro do caso penal, na maioria dos casos, depende do produzido na investigação preliminar.

"Por isso, cada vez mais necessário pensar em táticas de defesa e ataque no jogo investigatório, sob pena de inviabilizar por completo certas estratégias processuais. Aos que insistem em menosprezar a repercussão do pré-jogo e, portanto, nem sequer atuam nele ou não se preparam adequadamente para dinâmica da investigação, pouca coisa lhe restará no processo; será, de fato, como afirma o senso comum, 'correr atrás do prejuízo'". **Leonardo Marcondes Machado**



10.2 *Template* Estratégico

1) Mapeamento dos Movimentos da autoridade investigante: O amplo espectro de comportamentos da autoridade investigadora pode se dar por meio de iniciativas próprias ou dependentes de autorização jurisdicional (Reserva de Jurisdição). A atividade de investigação deve ser devidamente justificada (controle dos motivos, requisitos e meios), especialmente quando o pleito restringir Direitos Fundamentais;

2) Iniciativas Próprias (sem autorização judicial): Dentre as **diversas iniciativas** da autoridade investigante, a partir do art. 6º, do CPP e da legislação esparsa, podemos destacar:

a) comunicação e apuração direta de denúncias criminais (apreensão de bens, documentos, busca pessoal e diligências);

b) preservação de local de crime, com observância da cadeia de custódia;

c) oitiva de pessoas (vítima, informantes, peritos e testemunhas);

d) requisição de perícias;

e) acareação;

f) reconstituição;

g) reconhecimento de pessoas e/ou coisas;

h) identificação criminal, indiciamento e interrogatório;

i) diligências em Unidades de Inteligência;

j) busca de dados em fontes abertas;

k) medidas protetivas no âmbito da violência doméstica.

l) prisão em flagrante e eventual fiança;

m) requisição de dados cadastrais;

n) requisição de dados telefônicos de localização (ERBs) após decurso de 12 horas sem decisão judicial (artigo 13-B do CPP);

o) condução coercitiva de testemunhas;

p) busca pessoal;

q) ação controlada;

r) afastamento de servidor público por indiciamento (Lavagem de Capitais).

3) Reserva de Jurisdição: Para obter meios de prova que restrinjam Direitos Fundamentais, será necessária a formulação de "Representação" à autoridade Judiciária (controle dos motivos, requisitos e meios, de modo concreto e singularizado), dentre outras hipóteses:

a) prisão preventiva ou temporária;

b) busca e apreensão;

c) interceptação telefônica e telemática;

d) escuta ambiental;

e) quebra de sigilo (fiscal, bancário e telefônico);

f) retenção de passaporte;

g) aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319);

h) acesso a documentos cobertos pelo sigilo;

i) sequestro, arresto, cautelares reais;

j) agente infiltrado;

k) colaboração premiada (submetida à homologação);

4) Planejamento: O **Mapeamento** das opções possíveis, prováveis e disponíveis no contexto, por parte da autoridade investigante, amplia a capacidade de **precisão** e **acurácia** da **estratégia** a ser adotadaa. O Planejamento adequado pressupõe a possibilidade de antecipação de movimentos táticos (tanto da Investigação Oficial, quanto da Defensiva). A autoridade investigadora pública também pode ser adaptar ao Caso Penal munido de investigação defensiva. Em todos as hipóteses, o monitoramento das ações é condição de possibilidade à obtenção do **melhor desempenho**.

10.3 Arquivamento do Inquérito Policial: Velho e Novo Regime

A – Definição:

O arquivamento da investigação preliminar encerra a fase procedimental e condiciona o desarquivamento à existência de prova materialmente nova.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Velho Regime: O controle da investigação é feito por meio de **prazos** (a investigação deve atender à duração razoável) e, finalizado (acompanhado das conclusões da autoridade: Relatório), deve ser **remetida** ao **juízo** competente para o fim de registro e oportunização do exercício da **ação penal** pelos legitimados (MP ou vítima). A autoridade investigante não pode arquivar o inquérito (CPP, art. 17). A vítima deve exercer a ação no prazo decadencial (CPP, art. 38), enquanto o MP pode: **a)** declinar da atribuição; **b)** denunciar; **c)** requerer novas diligências; **d)** negociar acordos e, **e)** arquivar. Requerido o arquivamento, o juiz pode "acolher" ou, não concordando, "recorrer" ao Procurador Geral (em franca violação ao regime acusatório). O Chefe do MP se mantiver o arquivamento, obriga o juiz. Se der razão ao juiz, designa membro diverso do MP para promover a acusação pública (e o mesmo juiz depois irá julgar, fingindo imparcialidade);

2) Diligências: O Ministério Público poderá determinar a devolução dos autos à autoridade policial para realização de diligências extras, se **imprescindíveis** (CPP, art. 16). **Prevalece** a noção de que as diligências requeridas e determinadas pelo Ministério Público devem ser observadas pela autoridade policial (STJ, HC, 185.495; HC, 55.631), embora não haja subordinação hierárquica (Lei 12.830/13). A diligência deve realmente ser pertinente, porque representa custo objetivo e de oportunidade. O Delegado precisa alocar tempo para cumprir diligências (às vezes irrelevantes), prejudicando a gestão da unidade, além de rivalizar com outras investigações. Por ter conduzido as investigações, a impertinência da diligência pode antevista, justificando-se a não realização (não configura desobediência, por ser *intraneus*; STF HC 76.888). Para evitar retaliações ou representações, em geral, a autoridade investigante promove as diligências;

"Arquivamento direto. [...] O Delegado pode opinar pelo arquivamento do inquérito policial com base na insuficiência das provas (falta de justa causa), por falta de condição de procedibilidade da ação penal (pressuposto processual ou condição da ação), pelo fato de inexistir o crime (excludentes de tipicidade, de antijuridicidade e de culpabilidade) ou em razão de ser hipótese de causa extintiva da punibilidade do agente". **Bruno Taufner Zanotti**

"Não são todas as diligências requisitadas pelo Ministério Público que devem ser cumpridas pelo Delegado de Polícia, mas aquelas imprescindíveis para a denúncia, podendo o Delegado recusar, fundamentadamente, as diligências manifestamente ilegais, meramente protelatórias ou desarrazoadas". **Bruno Taufner Zanotti (uso racional – escassez, custo benefício)**

"No caso, ainda não se tem presente em uma maior escala – como se deveria –, que o chamado princípio da obrigatoriedade impõe um ato vinculado e, portanto, devido (do dever que vem da previsão); mas não como obrigação. É justo isso que faz com que a ação – mesmo sendo devida – possa ser discricionária (conforme se passa na estrutura do sistema acusatório), tudo em face das previsões expressas na lei". **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Ana Maria Lumi Kamimura Murata**

3) Novo Regime (suspenso; STF): O Pacote AntiCrime estabeleceu a comunicação direta entre a autoridade policial e o MP, sem a mediação judicial, exceto no regime dos Juizados Especiais Criminais, em que o Termo Circunstanciado prevalece. O controle da investigação é feito por meio do **Juiz das Garantias** (deve ser comunicado de toda investigação instaurada; CPP, art. 3º-B, IV). O arquivamento continua sendo vedado à autoridade investigante (CPP, art. 17), deslocando-se a função ao MP (CPP, art. 19). A novidade do art. 28 do CPP é o **duplo regime do arquivamento**: "*Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei*)". A alteração é significativa porque as investigações ser **arquivadas** no âmbito do **Ministério Público**, sem a intervenção do Juiz, na linha acusatória. Não há mais espaço para homologação judicial do arquivamento, dado que tudo se resolve na esfera ministerial, especialmente as comunicações – vítima, investigado e autoridade investigante, inclusive nos casos de Foro de Prorrogativa de Função. A **vítima**, uma vez notificada, terá o prazo processual de 30 (trinta) dias para manejar recurso contra o arquivamento (CPP, art. 28, § 1º), sendo que nos crimes praticados em detrimento de entes públicos, a revisão cabe ao chefe do órgão (CPP, art. 28, § 2º). Então o arquivamento deve se dar em **duas fases**:

a) primeira fase: o Ministério Público manifesta-se pelo arquivamento. Em seguida, comunica a vítima e o investigado (quando existentes), advertindo expressamente sobre a possibilidade recursal (30 dias contados da respectiva intimação e não da juntada aos autos, na linha do art. 798, do CPP);

b) segunda fase: Efetivadas as comunicações formais, ausente pedido voluntário de revisão da vítima (ou seu representante), investigado ou da autoridade investigante, devidamente certificado o prazo, sobem os autos para **homologação** do arquivamento pelo órgão competente do Ministério Público, cuja função é a de

confirmar ou **rejeitar**, total ou parcialmente. Na hipótese de rejeição, será designado novo membro do Ministério Público para o exercício da ação penal.

Em caso de manutenção da decisão, os autos serão arquivados fisicamente (ou digitalmente) na estrutura administrativa do próprio Ministério Público, com a comunicação ao **Juiz das Garantias** para respectiva baixa do controle (CPP, art. 3º-B, IV). O efeito do prazo é que somente depois de certificada a ausência de recurso voluntário, quando houver vítima, é que o arquivamento definitivo poderá se operar (demora mínima de mais de 30 dias)**.** Se houver pedido de arquivamento, mesmo sem homologação, deve-se revogar eventual prisão e/ou medida cautelar imediatamente, instando-se o Juiz das Garantias para tanto. O risco do modelo é o da ampliação dos mecanismos de **controle ideológico** dos membros do MP. O lado **positivo** é o de maior esforço na análise da teoria do caso, enquanto pelo lado **negativo**, diante da revisão obrigatória, a tendência será a se denunciar mais (Diretamente: no novo contexto é mais fácil denunciar do que arquivar). Caberá ao Juiz das Garantias o controle efetivo dos pressupostos e condições da ação de modo robusto, especialmente a **justa causa** (causa provável), coibindo o "abuso do direito de ação", bem assim trancar investigações quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento (CPP, art. 3º-B, IX e XII), além de demora abusiva (duração não razoável), preferencialmente na via do *habeas corpus* (CPP, art. 3º-B, XII), inclusive de ofício;

"A nova sistemática, constante do artigo 28 do CPP, dispõe que que tanto a decisão quanto os procedimentos correlatos de notificação e revisão decorrentes do arquivamento do inquérito policial, com ou sem recurso da vítima, incumbem ao Ministério Público. Não há mais qualquer interferência do órgão judicial". **Leonardo Marcondes Machado**

"A submissão do ato, para homologação, torna-o um ato administrativo composto, o qual só vai se consolidar – e existir como tal – com aquele da instância revisora. Eis por que o ato ordenatório do órgão do MP, que ele submete à referida instância, é provisório quanto à perfeição, se se pensa no ato como composto". **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Ana Maria Lumi Kamimura Murata**

"Verifica-se do art. 18 que, mesmo após o arquivamento, é possível ao delegado de polícia a realização de diligências em razão de notícias de novas provas. Para a ação penal, entretanto, é necessário, como bem observa a súmula 524, do STF, o surgimento de provas substancialmente novas que venham a configurar o lastro ou suporte probatório mínimo, ou justa ausa para a ação penal'. **Ana Cristina Mendonça**

4) Desarquivamento em face de Novas Evidências: A investigação pode ser reaberta, a depender do fundamento do arquivamento, desde que surjam "novos elementos" (CPP, art. 18), capazes de alterar a conclusão anterior (STF, Súmula 524). O novo elemento deve ser a "causa suficiente" do **desarquivamento**, evitando-se o comportamento **oportunista** de se juntar novo elemento indireto (sem força) como justificativa de revolvimento do material anterior, mesmo os não referenciados no arquivamento anterior (não são materialmente novos). É necessário que a prova justificadora da instauração da ação penal seja **nova** e **relevante**, bem assim que seu valor tenha força **suficiente** para modificar a compreensão. A simples oitiva de pessoa irrelevante, por exemplo, não pode ser um **drible procedimental.** O simples acréscimo de novos depoimentos, sem alteração substancial do regime cognitivo anterior, não serve de álibi tático (drible inválido), por violar o *venire contra factum proprium* (Boa-fé Objetiva). Operado o arquivamento, a simples mudança física do agente ministerial (que pensa diferente) também não autoriza o desarquivamento;

STF, Súmula 524: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas".

STF, HC 83.346 (Min. Sepúlveda Pertence): "Inquérito policial: arquivamento com base na atipicidade do fato: eficácia de coisa julgada material. A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, quando fundado o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, que – ainda quando emanada a decisão de juiz absolutamente incompetente –, impede a instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio".

STF, Inq. 2028 (Min. Joaquim Barbosa): "Na hipótese dos autos, o procurador-geral da República requererá, inicialmente, o arquivamento dos autos, tendo seu sucessor oferecido a respectiva denúncia sem que houvessem surgido novas provas. Na organização do Ministério Público, vicissitudes e desavenças internas, manifestadas por divergências entre os sucessivos ocupantes de sua chefia, não podem afetar a unicidade da instituição. A promoção primeira de arquivamento pelo Parquet deve ser acolhida, por força do entendimento jurisprudencial pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, e não há possibilidade de retratação, seja tácita ou expressa, com o oferecimento de denúncia, em especial por ausência de provas novas".

STF, HC 94.982 (Min. Cármen Lúcia): "Inquérito Policial: arquivamento com base na atipicidade do fato: eficácia de coisa julgada material. [...] Paciente processado pelos mesmos fatos que foram objeto de inquérito policial arquivado mediante sentença transitada em julgado para a acusação, na qual se declarou a extinção da punibilidade pelo transcurso do prazo decadencial para o ajuizamento da queixa-crime [...] Prevalência do direito à liberdade com esteio em coisa julgada sobre o dever estatal de acusar".

C – Controvérsia:

1) Arquivamento Implícito (tácito): Se a ação penal é indisponível, o MP deve analisar "todo" o material angariado pela autoridade investigante, deliberando por declinar da atribuição, denunciar, requerer

novas diligências, negociar acordos ou arquivar. Não há espaço dentro do pressuposto da **Boa-fé Objetiva** para o "esquecimento", a "desídia" ou "repescagem" do mesmo material, para o fim de nova ação penal. Se o MP, de posse do resultado da investigação, promove ação penal contra "X," pelos fatos "W", sem ressalvar a existência de novas diligências, o exercício futuro de nova ação penal, a partir do mesmo material (sem acréscimo de novos elementos que alterem a conclusão anterior), configura *venire contra factum proprium*. O princípio da **Confiança** autoriza a inferência de que o MP exerceu a ação penal em face de todas as condutas típicas. Se surgirem novos elementos, capazes de modificar a conclusão anterior, a **Boa-fé Objetiva** estará preservada. Do contrário, o comportamento viola dever de ofício (no mínimo, falta funcional). De modo paradoxal, **prevalece a posição de que é possível**, ou seja, o princípio da indisponibilidade da ação penal é invocado para "justificar" o exercício futuro, quando cronologicamente, deveria "impedir", por incompatível, a "repescagem" acusatória. Na hipótese de **aditamento**, ainda, deve-se verificar as "razões" da ausência de acusação completa, porque representa "vantagem tática da acusação", diante da expectativa defensiva de que inexistia acusação sobre os fatos silenciados;

STF, HC 104.356 (Min. Ricardo Lewandowski): "Independentemente de a identificação do paciente ter ocorrido antes ou depois da primeira denúncia, o fato é que não existe, em nosso ordenamento jurídico processual, qualquer dispositivo legal que preveja a figura do arquivamento implícito [...]. Incidência do postulado da indisponibilidade da ação penal pública que decorre do elevado valor dos bens jurídicos que ela tutela".

"A teoria da vedação a comportamentos contraditórios tem por pressupostos (i) o *factum proprium*; (ii) a conduta contraditória posterior; (iii) a ruptura da confiança emanada desse *factum proprium* e (iv) a ocorrência de danos decorrentes dessa frustração de expectativas.". **Larissa Gaspar Tunala**

2) Arquivamento de PIC pelo MP: Ainda que não esteja em vigor o novo regime, o STF reconheceu a legitimidade do arquivamento próprio, sem a homologação judicial nos casos de Procedimento de Investigação Criminal conduzido pelo Ministério Público, dentro de suas prerrogativas;

STF, MS 34730 (Min. Luiz Fux): "1. O arquivamento de Procedimento de Investigação Criminal (PIC) determinado por Procurador-Geral de Justiça, em hipóteses de sua atribuição originária, não reclama prévia submissão ao Poder Judiciário, posto o arquivamento não acarretar coisa julgada material. 2. O Procurador-Geral de Justiça é a autoridade própria para aferir a legitimidade do arquivamento de Procedimento de Investigação Criminal (PIC), por isso que descabe a submissão da decisão de arquivamento ao Poder Judiciário nas hipóteses de competência originária do Procurador-Geral de Justiça".

D – Estratégia:

1) Atenção aos Fundamentos: O monitoramento do fundamento utilizado para fins de arquivamento é importante porque pode limitar o desarquivamento imotivado ou mesmo dissimulado. A prova nova deve ser suficiente à modificação da conclusão anterior;

2) Investigação Defensiva: A atividade investigatória defensiva pode contribuir decisivamente para o arquivamento, evitando a instauração da ação penal, motivo pelo qual a avaliação das iniciativas possíveis, no contexto, tende a ser ganho competitivo.

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

DEFENSIVA

< Capítulo 11 >
Investigação Defensiva



11.1 Regras, Funcionamento e Características

A – Definição:

É a atividade investigatória realizada, sob a responsabilidade do advogado, com o objetivo de constituir acervo probatório válido à defesa do investigado/acusado.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) A Defesa Passiva e Ativa: Embora a investigação preliminar esteja a cargo do Estado, **admite-se a defensiva**, até porque a finalidade da fase anterior ao processo é a de produzir material probatório e informativo capaz de colher todos os pontos de vistas possíveis, a partir das regras democráticas, para o fim de justificar ou não a autoria, materialidade e culpabilidade, diante dos efeitos nefastos do processo de criminalização. Além disso, diante dos espaços de acordo (ANPP, colaboração premiada etc.), ou a defesa investiga ou não terá chance de produzir nenhum elemento para negociação. Acusação e defesa podem sugerir, equivocadamente, o determinismo da postura passiva da defesa. Configura **grave erro estratégico** aguardar a produção de toda a prova pelo Estado para, então, iniciar a atividade defensiva. A situação se agrava no ambiente de aceleração processual, espaços de consenso e por tecnologias 4.0. Por mais que as condições materiais sejam díspares, com ampla vantagem estatal, a proibição da investigação defensiva submete o acusado à boa vontade dos agentes públicos, dada a estreita hipótese do art. 14, do CPP, "assistindo da arquibancada" o "desfile probatório" da acusação, em franca violação à **paridade de armas**. A intervenção defensiva antes da AIJ é realidade em muitos países (não estamos inventando a roda) e tende a evitar ações penais sem suporte probatório, abusivas ou ainda o Erro do Tipo 1 (falso positivo). Na **Justiça Negocial**, a investigação defensiva aumenta a probabilidade de um acordo melhor ou o arquivamento. O diagnóstico e a intervenção precoce da **Teoria do Caso** também auxiliam na identificação dos pontos fortes e fracos, evitando a instauração ou manutenção de ações penais sem fundamento (justa causa). No campo de investigações 4.0., com alto poder tecnológico, bem assim de casos de Alta Complexidade (Megaprocessos), a antecipação defensiva é condição para que se possa ao menos confrontar a acusação, em flagrante vantagem

STF, Inq. 4.831 (Min. Celso de Mello): "**O fato** de o Poder Público **considerar suficientes** os elementos de informação **produzidos** no procedimento administrativo **não** legitima **nem** autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, **de medidas** que, tomadas em detrimento daquele **que sofre** a persecução administrativa, **culminem por frustrar** a possibilidade **de o próprio** interessado **produzir** as provas **que repute indispensáveis** à demonstração de suas alegações **e que entenda essenciais** à condução de sua defesa. **Mostra-se** claramente lesiva à cláusula constitucional do '*due process*' **a supressão**, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, **por compor** o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, **deve ter** o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades **e** agentes administrativos, **que não podem impedir** que o administrado produza os elementos de informações por ele considerados imprescindíveis **e que sejam** eventualmente capazes, até mesmo, **de infirmar** a pretensão punitiva da Pública Administração".

competitiva (O Estado dispõe de meios, tempo e preparação, enquanto o exíguo prazo da resposta à acusação impede, em geral, robustez dos meios de resistência). É que o palco da culpa deixou de ser somente a audiência de instrução e julgamento, para coadjuvar com a investigação preliminar, já que em boa parte dos casos o julgamento sequer ocorrerá (colaboração, ANPP, etc.). A defesa não pode mais ficar observando a movimentação estatal, sem armas adequadas para se opor, já que o fator tempo será decisivo e opera contra;

2) Limitações da Investigação Oficial: Na investigação oficial, a participação dos investigados é restrita (CPP, art. 14). O STJ (HC 69.045), aliás, reconheceu o direito de se requerer diligências pela defesa em face do Delegado de Polícia, o qual deve fundamentar a negativa, sob pena de cerceamento de defesa (a IP busca apurar os fatos e não elementos de incriminação). É reconhecida a tendência de alinhamento entre as forças policiais e o Ministério Público, com a possibilidade de sonegamento de informações favoráveis à defesa (violação da Boa-fé Objetiva). Segue-se daí a importância da atividade investigativa, dentro dos parâmetros fixados pelo Conselho Federal da OAB (Provimento 188/2018), para o fim de conferir de garantir **defesa efetiva;**

3) Direito ou o Dever de Investigar?: A adoção de postura ativa não é um direito e sim dever do advogado, consistente na avaliação, desde o primeiro contato, das oportunidades probatórias defensivas. A **Teoria do Caso** adotada aponta para o diagnóstico e atuação imediata, sob pena de se perder uma chance importante. Em geral, o diálogo com o acusado e as testemunhas para o fim de obter informações não incorporadas à investigação oficial é dever do defensor. A depender da situação fática, a diligência pode se dar em maior ou menor medida. Ao mesmo tempo em que a checagem da regularidade da investigação oficial, principalmente a certificação de que nenhum meio de prova foi suprimido ou omitido do imputado, amplia os horizontes defensivos. A ausência de cultura investigatória defensiva, muitas vezes confundida com "pressão ou manipulação" precisa ser superada. O exercício da atividade investigatória é ação neutra, desde que exercida dentro dos parâmetros legais, sob pena de transpor a fronteira do lícito. Os riscos da atividade investigatória são o da "coação à testemunha", da "obstrução da Justiça", além de violações éticas, razão pela qual pressupõe formação adequada. Sem habilidades investigatórias robustas, o defensor opera como "aprendiz de feiticeiro" e pode se "queimar" com os poderes que opera (ID não é oba-oba). A inspiração dos modelos italiano e americano aponta a necessária superação da "defesa de gabinete", impondo nova postura (ativa) diante do desenrolar da apuração da **Teoria do Caso**, dentro do jogo limpo (*fair play*). O dever de investigar (*duty to investigate*) é urgente e deve ser efetivado por meio de profissionais qualificados, treinados e cientes das salvaguardas necessárias ao bom desempenho da atividade. A existência de autorização normativa exige prévia qualificação. A reputação pode ser

CPP, art. 14: "O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade".

"Desde sempre a advocacia de 'alta performance' não se contenta com uma postura reativa, pautada com base na produção estatal da prova. Muito pelo contrário, grandes profissionais adotam uma postura proativa, diligente, que se abre do local asséptico e seguro do Escritório ao Mundo. Há, pois, um nítido 'choque' de cultura entre o perfil da 'advocacia criminal de gabinete', a qual se digna à produção defensiva apenas e tão somente quando a acusação já está posta e cristalizada, geralmente quando há efetivação da citação (artigos 351 e seguintes do CPP) do então acusado, cidadão-cliente." **Gabriel Bulhões**

"O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informação na posse acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigar existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado". **Tatiane Imai Zanardi**

"O tempo, então, se revela fator essencial para a qualidade da prova e como forma de implementar um nível de suficiência probatória. Somente com a antecipação da intervenção defensiva, permitindo que ela possa colher fontes de prova, é que o papel defensivo assumirá ainda mais relevo em tema de prova. [...] Qualquer pequeno detalhe encontrado pela defesa pode ser determinante ao abalo da imputação acusatória e na formulação do convencimento do juiz, o que reafirma a premente necessidade de a defesa ter iniciativa probatória". **Franklyn Roger Alves Silvaa**

"Por isso, cada vez mais necessário pensar em táticas de defesa e ataque no jogo investigatório, sob pena de inviabilizar por completo certas estratégias processuais. Aos que insistem em menosprezar a repercussão do pré-jogo e, portanto, nem sequer atuam nele ou não se preparam adequadamente para dinâmica da investigação, pouca coisa lhe restará no processo; será, de fato, como afirma o senso comum, 'correr atrás do prejuízo'". **Leonardo Marcondes Machado**

"A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação, o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre, daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada." **Antonio Scarance Fernandes**

destruída por uma ação defensiva mal planejada, expondo o defensor ao risco da atividade desempenhada de modo amador;

4) O Provimento 188/2018 da OAB: As disposições gerais do Provimento autorizam a realização da atividade investigatória. Do ponto de vista político e estratégico, a iniciativa merece aplausos porque inseriu a discussão no ambiente processual, sem que tenha sido suspensa a eficácia por decisão judicial. Segue-se que a atividade investigatória, além de necessária, mostra-se lícita. O exercício demanda cuidados redobrados dos que se dedicam à atividade, principalmente por ser novidade:

"Para aclarar o objeto e objetivo de nossa reflexão, principiemos com um enunciado conceitual necessário que, a partir do estudo daquele instituto italiano, elaboramos: 'entende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consulente técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficiais'".
André Boiani Azevedo Édson Luís Baldan

"Noutra dimensão, é uma garantia da advocacia, principalmente em tempos de furor persecutório estatal, em que (alguns) pretendem criminalizar o exercício do direito de defesa. Basta ver o errado entendimento de alguns, por exemplo, no sentido de que o advogado não poderia ter contato ou entrevistar testemunhas antes da audiência. Ora, que absurdo! Existe uma distância milenar entre procurar saber qual o conhecimento que determinada pessoa tem acerca de um caso penal, para decidir se vai arrolar ou não, se vai questionar ou não etc., e constranger, ameaçar ou induzir a prestar falsas declarações (isso, sim, é crime e conduta antiética)".
Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa

"Art. 1° Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.

Art. 3° A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em: I – pedido de instauração ou trancamento de inquérito; II – rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa; III – resposta a acusação; IV – pedido de medidas cautelares; V – defesa em ação penal pública ou privada; VI – razões de recurso; VII – revisão criminal; VIII – habeas corpus; IX – proposta de acordo de colaboração premiada; X – proposta de acordo de leniência; XI – outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal. Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição. Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados. Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.

EUA, Código de Conduta (Função Defensiva: 4.4.1): "O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informação na posse acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigar existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado. O Advogado de defesa não deve buscar adquirir a posse de elementos de prova pessoalmente ou por intermédio de um investigador quando seu único propósito for o de obstruir o acesso a essa prova".

"Extraem-se os requisitos essenciais da investigação preliminar defensiva, quais sejam: (I) prática de atos de investigação (e não de provas); (II) pelo defensor do imputado, com ou sem o apoio de auxiliares técnicos; (III) em qualquer momento da persecução penal; (IV) fora dos autos da investigação pública e como contraponto a esta; (V) com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado". **André Augusto Mendes Machado**

STF, Inq. 4.831 (Min. Celso de Mello): "**Assiste** ao interessado, **mesmo** em procedimentos de índole administrativa, **como direta emanação** da própria garantia constitucional do '*due process of law*' (**CF**, art. 5º, LIV) – **independentemente**, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos orgãos do Estado –, **a prerrogativa indisponível** do contraditório **e** da plenitude de defesa, **com** os meios e recursos a ela inerentes (**CF**, art. 5º, LV). – **Abrangência da cláusula constitucional** do '*due process of law*', **que compreende**, entre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova".

Art. 7º As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades".

5) Teoria do Caso Penal: Dominar a **Teoria do Caso Penal**, saber antecipar as rodadas/rounds do desenvolvimento cronológico, não cair na armadilha da lógica linear, autoriza novas ações, flexíveis ao contexto e aos momentos do jogo, enfim, de defensores capazes de agir estrategicamente e com forte poder de adaptação. Em face dessa premissa de abordagem, então, não é possível uma receita de sucesso ou mesmo uma regra de ouro. Reside na capacidade de adaptação, flexibilidade e capacidade de leitura do contexto, a curto, médio e longo prazo, integrados por uma estratégia bem delineada e ações táticas convergentes com o sucesso da ação defensiva. O caráter dinâmico da constante análise do modelo do caso, também, pressupõe a capacidade de ajustamento, de monitoramento, do caso penal. O fato de a defesa ter funcionado anteriormente não é garantia de que irá funcionar no caso seguinte, cuja singularidade deve ser cuidadosamente modelada, a saber, deve-se ter instrumentos de modelagem do caso. Para tanto, não basta copiar, sendo necessário se reinventar em cada arena de jogo. O cenário da **Investigação** é diferente do jogo da **Justiça Negocial** (transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, colaboração premiada etc.) e também do **Processo de Mérito.** São desenhos de relações diversos, cuja abordagem cuidadosa pressupõe a capacidade de leitura e organização formal mínimas;

"A concepção moderna de paridade de armas e devido processo legal significa reconhecer que nenhuma das partes pode postar-se em uma posição desvantajosa em relação à outra, o que deve ser assegurado em qualquer momento da persecução estatal, bastando que haja qualquer imputação formal e material". **Fabricio Dreyer de Ávila Pozzebon e Rodrigo Oliveira de Camargo**

6) Uso Estratégico e o Dever de Investigar da Defesa (paridade de armas): Diante da tendência democrática à **paridade de armas** (STF, HC, 83.255), pode-se defender que paralelamente a defesa está autorizada a inventariar e investigar os elementos materiais e testemunhais relevantes para o exercício pleno da ampla defesa, inclusive evitando a instauração da ação penal por ausência de "justa causa" ou a absolvição sumária. Até porque no ambiente de consenso (ANPP e colaboração premiada) o momento de produção de elementos probatórios é o da investigação preliminar, novo palco da culpa (ou produz prova ou nem mesmo terá chance futura, muito menos de negociar um acordo melhor);

"Primeiro, porque ela coloca o imputado em igualdade de condições com a acusação, permitindo que o seu defensor recolha elementos de prova que lhe sejam favoráveis. Segundo, porque ela aumenta o campo cognitivo do magistrado, que, ao decidir sobre a viabilidade da ação penal ou alguma cautelar no curso da investigação preliminar, poderá cotejar os dados resultantes da investigação pública e da defensiva". **André Augusto Mendes Machado**

"Diante de uma imputação manifestamente infundada, apresentar elementos que refutem a inicial acusatória e subsidiem o juiz em determinar a sua rejeição. [...] No caso de absolvição sumária, ganhará o instituto maior aplicação prática na medida em que a defesa poderá, já na Resposta, apresentar elementos que contribuam decisivamente na extinção prematura da ação penal, se assim for a estratégia a ser adotada". **Franklyn Roger**

7) Ampliação do Controle, da Qualidade e Quantidade de Evidências: Embora haja o monopólio da decisão judicial, a ampliação da investigação, não só mais oficial e também defensiva, amplia o horizonte cognitivo do Caso Penal, favorecendo a precisão e a acurácia da decisão (evita-se Erro Tipo 1; falso positivo). É que a partir de um dever de investigar, tão bem conhecido no ambiente americano, surgem novos desafios aos investigadores, membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Advogados. São exigidas novas habilidades estratégicas, ainda pouco exploradas. Esse rompimento do monopólio da investigação também trouxe consigo o dever de **disclosure**, dado

que a defesa pode não só produzir elementos defensivos como também, com maior vigor, escrutinar a cadeia de custódia das provas acusatórias, avaliar seu conteúdo e demonstrar o uso abusivo da investigação seletiva (*cherry pincking*), além de poder melhorar a qualidade e a quantidade da prova disponível ao acertamento do Caso Penal. O fim do monopólio probatório do Estado contribui para efetivação da paridade de armas, mitiga o efeito das investigações enviesadas e/ou alinhadas ao propósito exclusivo da acusação. A consequência é a de que os defensores precisam se "acordar", buscando novas habilidades e instrumentos capazes de melhorar o desempenho;

8) Oportunidade Defensiva: O palco de produção de provas passa a ser o da investigação em que as possibilidades defensivas são reduzidas, a saber, não pode participar e controlar dinamicamente a produção. A possibilidade reativa e defesa é diminuta. O contraditório, por ser **diferido** no tempo, acontece quando a investigação já está finalizada (o tempo favorece a acusação e restringe a defesa). As investigações não acontecem sem a deliberação de um agente público (comissivas e/ou omissivas), submetido ao regime de controle democrático. A urgência e a ausência de contraditório, típicos da modalidade **oculta**, devem ser justificados. Não é proporcional realizar às sombras investigações que podem ser às claras. As buscas às escuras impedem a possível colaboração, a fiscalização técnico-jurídica (controle dos limites e do *fishing expedition*) por parte da defesa, além de conferirem transparência à medida. Assumimos que a investigação unilateral, desprovida de mecanismos efetivos de controle, amplia os incentivos do comportamento desleal (***disclosure***) e de *Lawfare*. Ainda que a autoridade investigante deva justificar a extensão (qualidade, quantidade e tempo) das ações, os fins e limites da intervenção (vedado o caráter exploratório) em decisão motivada, a prática forense, mormente depois dos diálogos da "LavaJato" (especialmente o caso *Gustavo Badaró*) demonstram certo desprezo à defesa. Os pleitos probatórios defensivos, em regra, são rejeitados ou realizados de modo parcial, sem que atendam a finalidade almejada. Se a defesa não realiza atividade investigatória, as chances de produção efetiva de prova ou de descoberta de comportamento **oportunista** por parte dos agentes da investigação oficial se reduz (quase nulo);

9) O Tempo da Investigação Defensiva: Considerando que o palco principal de produção de prova e discussão de culpa passa a ser a investigação preliminar, não se pode admitir uma postura inerte da defesa, ou até mesmo ingênua, acreditando que o Estado se importará por si só em produzir provas pró-defesa/absolutórias. Existindo a prerrogativa de investigação defensiva, esta torna-se basicamente um dever de prestação de um bom serviço advocatício, com atuação em prol de todos os interesses do seu cliente, em toda e qualquer fase (quanto antes começar a traçar a **Teoria do Caso**, maior a vantagem defensiva). O defensor, para que possa fazer uma boa análise de risco antes de decidir

"Uma especial finalidade preventiva na investigação defensiva, que serve em alguns momentos para fomentar a legalidade na atuação dos agentes estatais e, em outros, para viabilizar as responsabilizações dos eventuais desvios e excessos cometidos por esses mesmos. É importante perceber que a potencialidade da segunda medida acarreta um efeito pedagógico que fomenta a primeira". **Fabricio Dreyer de Ávila Pozzebon e Rodrigo Oliveira de Camargo**

"Nos Estados Unidos, foi iniciado, em 2011, o movimento "*open file discovery*" para que autoridades compartilhem com a defesa *as provas* obtidas durante as investigações. O estopim da demanda foi o caso Michael Morton, um gerente de supermercado no Texas condenado pelo suposto assassinato de sua esposa. Após 25 anos na prisão, ele foi libertado diante da revelação de exames de DNA que comprovavam sua inocência, conhecidas e ocultadas pelo promotor do caso desde o momento inicial". **Pierpaolo Bottini**

"Como estaria o processo penal brasileiro se, de um lado, um Juiz Federal e Procuradores da República não dialogassem pelo aplicativo Telegram, como se irmãos siameses fossem; e, de outro, um hacker não tivesse ilegalmente obtido tais conversas que, depois, foram divulgadas? Difícil saber, exatamente. Pessoalmente, posso dizer que este advogado, que teve sua conversa telefônica com cliente captada com ordem judicial, mas indevidamente analisada por um Delegado de Polícia e por Procuradores da República, nunca a descobriria". **Gustavo Badaró**

"O sistema acusatório reforça a posição do juiz como *controller* e, portanto, garantidor do fair play, observando formas de um processo regular e de administração da justiça". **Fabricio Dreyer de Ávila Pozzebon e Rodrigo Oliveira de Camargo**

"Não se faz ciência com os olhos toldados pelo preconceito, já que advogado não é bandido jurídico, policial não é criminoso oficial, promotor não é querubim de 'hollerith' e juiz não é uma contemplativa Têmis". **Edson Luiz Baldan**

"São objetivos [da Investigação Defensiva]: 1. Reforçar o sistema acusatório. [...] Gerir a prova de acordo com o melhor interesse do acusado. [...] Propomos uma espécie de roteiro no atuar defensivo perante o Tribunal do Júri [...]. 1ª Passo: Escuta Aberta com o acusado [...]. 2º Passo; Entrevista com a Familiares e Amigos. [...] 3º Passo: Diligências e Simulados [...] 4º Passo; Sistematização [...] a ICD cria melhores estruturas de resistência para o acusado e o seu Defensor. Este deixa de atuar como objeto do processo, de uma defesa meramente formal, para uma defesa efetiva". **Renata Tavares da Costa**

negociar um acordo de não persecução penal, precisa estar devidamente preparado, e a investigação defensiva é um bom caminho para tanto;

10) Validade e Eficácia da Investigação Defensiva: A apuração estará marcada pela unilateralidade, com **eficácia probatória limitada**, mas poderá ser relevante para o contexto processual para maior profundidade da investigação, intervenção direta do investigado antes da instauração formal da ação penal e direcionamento da estratégia defensiva, além de apontar lacunas na investigação estatal, capazes de justificar a incidência da 'perda de uma chance' . O defensor deve juntar aos autos somente as informações que forem favoráveis à defesa. A investigação por agir em nome do imputado, está coberta pelo privilégio de não produzir prova contra si mesmo, motivo pelo qual é inválido o argumento de que deve apresentar todo o resultado obtido. Defender o contrário é impedir indiretamente a atividade probatória defensiva, além de atribuir obrigações não previstas em lei (CR, art. 5º, II). A margem de atuação está inserida no espectro da **ampla defesa**, da **paridade de armas**, das **ações neutras** e do **sigilo** do advogado. A preparação antecedente do contraponto, por meio de elementos, indicadores e/ou provas confere vantagem à defesa. A questão é a produção a partir de regras e procedimentos aceitos científica e juridicamente. Do contrário, o esforço será irrelevante. É preciso saber usar o espaço da investigação de modo eficiente para que o **contraponto** defensivo, desde antes da ação penal, possa evitar a prevalência da visão monocular (oficial) dominar o cenário do jogo;

"**Direito-Dever** de – coadjuvado ou não por peritos, técnicos e investigadores privados - empreender inúmeras ações tendentes à produção de evidências probatórias favoráveis ao assistido, sendo-lhe possível: - Promover o colóquio não documentado, consistente na entrevista pessoal e informal a potenciais testemunhas; - Receber ou colher (sem a presença do imputado, da vítima ou de outras partes privadas) a declaração escrita de pessoas, com a cominação de crime de falso testemunho (excluídas as que, já ouvidas no inquérito ou processo, estão proibidas de depor perante o defensor); - Requerer laudos periciais ou, então, produzi-los através de assistentes técnicos; - Efetuar vistoria em coisas ou inspecionar lugares públicos ou privados (exceto aqueles abrangidos pela expressão "casa"), em caso de dissenso do particular requerendo expedição de autorização judicial; - Solicitar documentos em poder da Administração Pública, deles extraindo cópias; - Formar o instrumento para documentação dessas atividades visando ao seu posterior encarte em qualquer estágio do inquérito ou processo." **Tatiane Imai Zanardi**

11) Eficácia da Investigação Defensiva: A **gestão** da investigação defensiva pressupõe domínio estratégico dos pontos fortes e fracos do Caso Penal, a ordem de relevância e prioridade, associadas ao orçamento disponível. Entre o desejado e o possível, diversos fatores (objetivos e subjetivos) condicionam a atuação defensiva. O primeiro deles é saber quais diligências podem ser realizadas e a função estratégica respectiva. É verdade que a investigação defensiva deve ter um orçamento, trabalhar com profissionais qualificados, não se deixando levar pelo amadorismo. Será preciso **delegar** a terceiros as missões específicas, delineadas a partir de um projeto de jogo (*draw*) estratégico;

"Para minimizar os riscos do uso abusivo do mecanismo da conformidade é preciso que a fase preliminar de investigação se desenvolva com rigor, com uma verdadeira busca de provas, tanto incriminadoras quanto exculpatórias. Quanto mais essa fase se aproxima da busca da verdade menos perigo haverá de falta de liberdade na aceitação de propostas de conformidade porque estas se aproximariam mais à realidade dos fatos e o acusado estará em melhores condições de valorar suas expectativas, se opta ou não por recorrer ao processo." **Lorena Bachmaier Winter**

12) Espectro de Iniciativas Defensivas: Embora não possua o poder de requisição (STF, ADin 230, Min. Cármen Lúcia), nem os inerentes à função pública investigadora, o defensor, protagonista da investigação defensiva, pode utilizar a Lei de Acesso à Informação, Lei de Registros Públicos e requerer busca e apreensão (CPP, art. 242). O levantamento preliminar defensivo pode auxiliar no requerimento de diligências a ser formulado perante a autoridade investigante (CPP, art. 14), assim como pedido de busca e apreensão defensivo. Paralelamente, por meio de profissionais qualificados, poderá ampliar o horizonte de validade da prova oficial (p.ex. regularidade da cadeia de custódia), corroboração das linhas defensivas etc.. Além da atividade investigatória, a organização

"Entende-se, portanto, que o advogado deve avaliar todas as provas: (i) que já estão produzidas (documentos pessoais, comprovação de residência fixa, ocupação laboral, escolaridade, profissionalização, certidões diversas, documentos diversos etc.); (ii) que podem ser produzidas de forma privada (prova testemunhal – produção audiovisual antecipada, perícia privada, provas documentais diversas – em empresas privadas e/ou utilizando a Lei de Acesso à Informação); e (iii) que podem ser produzidas com o auxílio do Juízo competente, por exigir o afastamento de certas garantias constitucionais (triangularização das ERB's, quebra de sigilo telefônico, telemático, bancário e/ou fiscal, busca e apreensão etc.)". **Gabriel Bulhões**

e demonstração das incoerências e/ou inconsistências do regime de evidências, especialmente e relação ao *standard* probatório , por meio de recursos visuais (mediadores, colisores e confundidores) e tecnológicos, tende a modificar o padrão de compreensão jurisidicional;

13) Ferramentas Metodológicas e Profissionais Habilitados: O planejamento precisa contar com metodologia de atuação, observância de regras e procedimentos técnicos, em que o defensor precisa reconhecer os limites pessoais, a saber, a atividade do defensor não pode se confundir com a *Sherlock Holmes* "ad-hoc", sob pena de se arriscar em campo impróprio. Enquanto coordenar a atividade defensiva, estará coberto pelos direitos e prerrogativas inerentes à função de defensor, situação que se modifica na hipótese de querer exercer atividade estranha à função. O defensor fará a gestão da **Teoria do Caso** do ponto de vista do imputado, sem que se transforme em "Delegado Privado". Para tanto, utilizam-se **detetives particulares** (Lei 13.432/17), peritos, assistentes técnicos, pareceres, declarações (em geral por audiovisual), aplicações mais atuais de *Profiling Criminal*, *Visual Law*, novas tecnologias e, também, de Criminologia Forense. Não é uma tática defensiva ainda muito manejada, dada a ausência de cultura, mas já conta com empresas de suporte ao litígio (www.ethosbrasil.org e www.investigacaoprivada.com). É novo campo a ser desbravado, especialmente pelo manejo tático da antecipação defensiva;

"Tal pesquisa poderia indagar de determinada amostragem desses profissionais, por meio de formulários padronizados, se eles têm por hábito: (a) entrevistar pessoalmente com o acusado e seus familiares; (b) requerer cópia da íntegra dos elementos informativos amealhados pela Polícia Judiciária ou parte processual acusadora; (c) tentar localizar fontes de prova testemunhal defensiva; (d) pesquisar elementos de prova sobre os antecedentes sociais do ofendido e das testemunhas de acusação, a fim de contraditá-los; (e) visitar o local do crime; (f) efetuar pesquisas sobre os fatos imputados em bancos de dados, registros comerciais, repartições públicas, na imprensa e/ou na rede mundial de computadores; (g) solicitar pareceres técnicos a peritos particulares; (h) contratar investigadores particulares, (i) requerer em Juízo a produção de elementos probatórios etc.".
Diogo Malan

"Dentre os atos investigativos podemos apontar: a colheita e registro de depoimentos; a requisição de documentos e informações; os exames e contraprova pericial; a inspeção no local do crime; a utilização de depoimento de especialista e apoio de equipes multidisciplinares; o acesso aos bancos de dados públicos e às informações pessoais do imputado; e a coleta de dados pessoais da vítima de acesso público".
Franklin Roger

14) Mentalidade Defensiva: Exige-se a mudança de postura para os que desejam sobreviver ou pelo menos mitigar a disparidade tecnológica, tanto na produção como na avaliação qualificada e robusta da prova produzida pelo Estado. Para isso será necessária a reformulação drástica do modo como a defesa atua, com a formação e qualificação de profissionais jurídicos e de áreas afins capazes de fazer frente ao poderio tecnológico do Estado Polícia. Um dos obstáculos pode ser a falsa impressão de que "em time que está ganhando não se mexe", a saber, a defesa está acostumada a agir de um modo passivo, funcionou durante muito tempo, os pares continuam assim agindo (pelo menos na aparência) e a **inércia** parece o caminho mais adequado. Esse modo letárgico de agir, de manter a mesma estratégia defensiva, tende a desaparecer. Por isso os **flexíveis**, adaptados tecnologicamente, em futuro próximo, devem se destacar no agir defensivo. Mudar o modo como se age defensivamente passa a ser a marca dos que se atualizaram. Por certo muitos acreditam que isso é uma bobagem ou mesmo de que basta fazer tudo como antes, no que, lamentamos, estão enganados. Os defensores do futuro (que já chegou) precisam modificar radicalmente o modo de pensar e se postarem tecnologicamente informados, porque muita coisa se modificou. Evidentemente que a **insegurança** decorrente da informação assimétrica advinda da tecnologia traz consigo o aumento da incerteza;

"Nada obstante a isso, é preciso que o Advogado condutor considere quem vai ser o receptor de todo o produto da investigação defensiva, notadamente quando se adotar a metodologia da autuação do caderno de provas através do chamado Autos Inquérito Defensivo (AID). Portanto, de nada adiantaria apresentar um amontoado de documentos, desorganizados e visualmente poluídos, uma vez que a apreensão dos sentidos deve ser o mais facilitada possível, de preferência sob o aspecto visual. Para isso, é preciso uma série de cuidados desde a produção dos aportes documentais resultantes das diligências investigativas, igualmente no arquivamento e na apresentação desses elementos de informação, os quais devem estar claros, limpos e organizados".
Gabriel Bulhões

"Nos limites legais, a advocacia é livre para diligenciar ou operar conforme seja melhor para a defesa do acusado. Tanto é verdade que desde sempre advogados diligenciam e produzem a sua própria prova, contraprovas, novas provas, enfim. Essa prática opera, ainda que intuitivamente, sem metodologia bem delineada ou qualquer segurança jurídica, a partir da generalidade da 'ampla defesa' e do 'contraditório'. É esse panorama que passa a se alterar e é benéfico para todos".
Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa

15) Tecnologia e Investigação Defensiva: A inserção do fator tecnologia no processo penal implica em dois movimentos. O primeiro

"De maneira simplificada: enquanto na investigação pública o defensor é mero coadjuvante, na investigação defensiva ele assume o papel de protagonista. [...] Em realidade, cuida-se de prática usual do direito norte-americano, o qual, por observar um modelo processual adversarial, concedeu às partes iniciativa probatória e investigatória".
André Augusto Mendes Machado

é o da necessidade de conhecimento e aplicação de **novas tecnologias** no regime de prova. O segundo é o uso cada vez mais comum das Unidades de Inteligência, por parte do Ministério Público, da Polícia Federal, das Polícias Estaduais, das Polícias Militares e da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), dado o uso tático da ocultação (**às sombras**) das investigações. A necessidade de adaptação às novas modalidades tecnológicas passou a ser questão de **sobrevivência**. Enquanto o Estado detém o monopólio da investigação, o lema da Guerra "dividir para enfraquecer" sempre foi a marca do modelo liberal de processo, dado que a existência de defensores públicos e/ou autônomos, sem capacidade de interlocução, nem protocolos de compartilhamento de dados/informações relevantes, implicou na fragmentação dos dados/informações defensivas. Essa **vantagem** do Estado Policial tende a se potencializar no ambiente tecnológico por diversos fatores, dentre eles, a existência de um mercado competitivo na advocacia, a ausência de agentes neutros de compartilhamento de dados/informações relevantes, a Defensoria desprovida de Unidades de Inteligência, a ausência de orçamento e estrutura para o desempenho de atividades tecnológicas em igualdade de condições e a opacidade do regime de Unidades de Inteligência estatal. O principal obstáculo é o **desconhecimento** dos profissionais defensivos sobre as potencialidades do ambiente tecnológico, bem assim de seus custos (não são tão altos como se imagina). Associado a isso, também, a falta de **mentalidade estratégica** ainda presente na maioria dos Casos penais. Em geral, a defesa adota postura passiva, em vez de ativa, demorando muito tempo para reagir (não há tração defensiva). Esse modo tradicional de agir defensivo tornou-se comportamento dominado, justamente porque sem conhecimento técnico, orçamento defensivo e atitude ativa, aponta no sentido da a **paridade** probatória tecnológica;

"Apesar das mencionadas características positivas do uso da investigação defensiva como instrumento de promoção da almejada paridade de armas entre acusação e defesa, dentro do sistema acusatório, não se pode olvidar que se trata de instituto complexo. A análise de complexidade exige o enfrentamento de complicadores por parte de seus teóricos e aplicadores, tendo em vista que as reflexões acerca das implicações morais e éticas devem mapear um plexo de deveres e limitações àquele que se propõe a executar a prática investigativa". **Fabricio Dreyer de Ávila Pozzebon e Rodrigo Oliveira de Camargo**

16) Atitude: O fator **tradição** defensiva precisa ser problematizado. Não se trata da total alteração do modo de atuação, mas a ampliação dos campos de atuação, com a criação de equipes tecnológicas dentro do escritório ou mesmo da consulta especializada dos especialistas necessários. Mas até mesmo para saber quem consultar, será necessário conhecer quais especialistas podem contribuir. Estabelecer estratégias de atualização tecnológica em Instituições como Defensoria Pública ou Advogados Liberais passa a ser condição para sobrevivência no mercado competitivo da advocacia, com um adendo. Os profissionais que já se valem do **salto tecnológico** não fazem alarde, nem contam o que usam, justamente porque a vantagem competitiva tecnológica passa a ser a arma secreta dos êxitos, reiterando o comportamento de não cooperação típico do mercado da advocacia criminal. A ação da Ordem dos Advogados do Brasil, por sua vez, encontra-se limitada porque não pode criar uma Unidade de Inteligência própria, nem fornecer os meios para cada advogado. Ao mesmo tempo, os Cursos de Direito, em geral, continuam formando egressos alienados da dimensão tecnológica. Então, mãos a

obra. Mas como fazer? O **primeiro** passo é a tomada de consciência de que o padrão defensivo modificou-se. O **segundo** passo é saber o que se pretende. O **terceiro** é verificar o orçamento para formação e treinamento do time de apoio. O **quarto** é o estabelecer parcerias entre profissionais de outros campos capazes de ser acionados quando necessário. O **quinto** é ter um gestor de risco estratégico em cada caso para avaliar as necessidades. O **sexto** é o de alterar a estrutura de funcionamento de cada abordagem de casos penais e também o regime de honorários, porque os custos de terceiros não devem, necessariamente, estar contidos no valor cobrado do cliente, dada a autonomia. Deve ocorrer, no início, certa frustação porque de um lado o "se dar conta" não implica que amanhã se possa modificar as práticas. Mas é o início doloroso e, por outro lado, significa que o problema existe e deve ser enfrentado. Daí que não adianta contratar todos os produtos do mercado, nem ficar apavorado. Será necessário conhecer o que há de produtos, investir em formação, consultoria e constante adaptação. Enfim, construir os procedimentos necessários ao verdadeiro agir estratégico. Continuar com as mesmas práticas é que se converte em comportamento dominado. Até porque, a cada dia, novas possibilidades se apresentam, o mercado torna possível novos caminhos e se está sentado na frente do computador, como ontem. O desespero também não auxilia. É preciso buscar auxílio qualificado;

"Já a investigação defensiva, esta sim espécie da investigação privada, consiste na possibilidade de o imputado realizar diretamente a investigação do fato criminoso por intermédio de seu defensor, com o intuito de reunir elementos de convicção que lhe sejam favoráveis. [...] tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficiais". **Fabricio Dreyer de Ávila Pozzebon e Rodrigo Oliveira de Camargo**

17) Habilidades Tecnológicas: A formação e treinamento em plataformas e programas disponíveis no mercado se mostra como condição de possibilidade, afinal de contas, na hipótese de ser necessário avaliar os requisitos da cadeia de custódia, por exemplo, caso o defensor não saiba dos recursos tecnológicos e conhecimento técnico disponíveis no mercado defensivo, nem mesmo saberá o que poderia ter feito. O desconhecimento técnico é, em geral, o calcanhar de Aquiles defensivo. Conhecer o que os produtos e especialistas podem oferecer passa a ser decisivo no estabelecimento de estratégias defensivas;

"A atividade defensiva servirá também como forma de aprimorar a atividade investigativa acusatória, já que o Ministério Público terá maior receio de que a denúncia possa não ter seguimento em virtude de material produzido pela defesa". **Franklyn Roger**

18) Incorporação da Investigação Defensiva (Inquérito ou Ação Penal): A eficácia da investigação defensiva depende da internalização na apuração estatal ou no processo penal. Prevalece a "teoria da canalização", em que os elementos devem ser anexados à investigação oficial ou ao processo. Por mais que a defesa não precise juntar elementos desfavoráveis, a decisão estratégica deve levar em conta o momento da incorporação, a partir da **Boa-fé Objetiva**. É que tendo produzido indicador que possa infirmar a Hipótese Acusatória, o adiamento da juntada aos autos pode violar o **dever de colaboração** e o de **Boa-fé Objetiva**, por sonegar da acusação a possibilidade de contraposição. A escolha do melhor momento deve estar vinculada ao planejamento estratégico, estimando-se o efeito do indicador (mediador, colisor o confundindo) no contexto geral, dentro das regras de conformidade. O dever de lealdade é de todos os envolvidos no Caso Penal e a postura de aguardar o final da instrução para, valendo-se do **efeito surpresa**, entranhar elementos produzidos de

modo antecedente, tende a ser considerado como jogada **oportunista**. Ademais, devem ser apresentados de maneira organizada, clara, objetiva e esquematizada, acompanhada dos requisitos de validade (se necessário) à autoridade condutora das investigações ou ao Juiz das Garantias, no caso de ação penal pública e não somente em juízo;

"Mister que a autoridade policial, como presidente da fase investigatória administrativa reservada à ação da polícia judiciária, preserve, no âmbito de suas atribuições, a garantia do devido processo legal, potencializando o uso da disposição garantista encerrada no art. 14 do CPP, propiciando que nos autos do inquérito policial ingressem, também, os elementos de prova (desde que legítimos) de interesse da defesa da pessoa sujeita à investigação ou indiciamento". **André Boiani Azevedo Édson Luís Baldan**

"Por isso, em razão dessa omissão legislativa, a investigação promovida diretamente pelo particular não está proibida. Contudo, a repercussão dessa investigação varia de acordo com a natureza da ação penal: – ação penal privada: a investigação particular pode servir de base para a queixa, sem qualquer participação direta ou indireta da investigação estatal e do Ministério Público; – ação penal pública: de certa forma, incide a 'teoria da canalização' do Direito italiano, uma vez que toda a investigação particular deve ser apresentada ao Delegado de Polícia ou ao Ministério Público para que verifiquem a necessidade de produção de outros elementos de informação, caso não haja base suficiente para a propositura da denúncia." **Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos**

C – Controvérsia:

1) Especialista: O movimento defensivo pressupõe clareza no que se deseja, enfim, a análise realista das possibilidades defensivas. Sem clareza no que a defesa pode obter como resultado útil, tudo passa a ser interação amadora e que conta com a sorte. Provavelmente não iríamos aceitar que um profissional médico tivesse defasagem teórica para o atender, tanto assim que existem os clínicos gerais e os especialistas, ou seja, médicos que se dedicam a estudar com maior profundidade o respectivo campo de atuação. Esse saber **verticalizado** em uma determinada área (cardiologia, oncologia, dermatologia etc.) faz com que com as mesmas evidências (exames, dados etc.) especialistas possam "**enxergar**" mais longe do que generalistas ou profissionais defasados. Assumir a função de defensor da futura liberdade do acusado é algo sério. Demanda conhecimento, treinamento e habilidades constantemente atualizados, principalmente aos que desejam construir ou manter as reputações;

"A compreensão dos níveis de suficiência probatória permite que a defesa possa avaliar com maior clareza a necessidade de resistência à pretensão ou a possibilidade de anuir com determinada proposta ofertada pela acusação, seja a nível de transação, suspensão ou não persecução, ou embasar eventual pretensão recursal, demonstrando o desacerto na interpretação das provas". **Franklyn Roger**

STF, MS 26.358 (Min. Celso de Mello): "O **direito à prova** qualifica-se como prerrogativa jurídica **intimamente** vinculada ao direito do interessado à observância, **pelo Poder Público**, da fórmula **inerente** ao "*due process of law*".

D – Estratégia:

1) Decisão entre o Passado e o Futuro: O campo da investigação se **acelerou**. Exige novas habilidades de gestão e avaliação de riscos. A postura passiva até pode ser uma tática, mas não é determinismo, até mesmo porque a atividade serve, ao menos, para controle e checagem da conformidade da investigação oficial. A **capacidade** de leitura do jogo probatório, das antecipações de sentido, pressupõe a habilidade de se antecipar nos pontos fortes e fracos do adversário, **modelar** a interação humana e normativa (investigação e processo penal), promovendo intervenções tópicas capazes de alterar o desfecho do Caso Penal. As fronteiras entre a atuação estatal e defensiva estavam firmadas. A investigação defensiva torna a fronteira de conteúdo variado (*Rui Cunha Martins*), a depender da atitude, orçamento e conhecimento tecnológico dos defensores. O futuro já chegou e muitos que vivem no seu "mundinho", nem sabem que ficaram para trás.

11.2 *Template* Estratégico

A partir da Teoria do Caso Adaptada ao **RoadMapCrime** (item 8.8), orientados pelo Teste EVE, podemos **mapear** a **Investigação Defensiva** associada à **Teoria do Caso**, na seguinte ordem:

Primeiro passo: Deve-se distinguir os planos de **a)** Existência; **b)** Validade; e, **c)** Eficácia-valoração.

a) Entende-se por **existência** a satisfação dos **pressupostos**: **1)** agente (humanos); **2)** objeto (um ato processual ou comportamento); **3)** forma (requisitos aparentes); e, **4)** vontade (humana).

b) Entende-se por **validade** a satisfação dos **requisitos**: **1)** ser o agente capaz (a partir de atribuição legal e/ou capacidade técnica); **2)** ser o objeto (ato ou comportamento) lícito, adequado e produzido no momento oportuno; **3)** ser a forma prescrita ou não defesa em lei (observância das regras de produção); e, **4)** o comportamento ou o ato deve ser livre, consciente e voluntário.

c) Entende-se por **eficácia-valoração** a possibilidade de o ato ou comportamento gerar efeitos válidos no contexto do Caso Penal.

Segundo Passo: Decompor e identificar, em conjunto, os aspectos do Caso Penal, situando os pressupostos e requisitos de **existência** e de **validade** da prova produzida e a se produzir;

Terceiro Passo: Decompor as provas produzidas e as possíveis de serem produzidas, atribuindo os Pontos Fortes e os pontos Fracos (**SWOT**);

Quarto Passo: Estabelecer **Planos de Ação** em face das oportunidades processuais, considerando o Tipo Penal, os Agentes Processuais, o Procedimento, as Provas (produzidas e possíveis) e Valoração (futura nas decisões), com o orçamento respectivo, dentro do **Plano Geral Estratégico**;

Quinto Passo: Executar, Monitorar e Ajustar.

PRISÃO EM FLAGRANTE

FLAGRANTE

< Capítulo 12 >
Prisão em Flagrante



12.1 Regras, Funcionamento e Características

A – Definição:

A prisão em flagrante é exceção à prévia ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, pela qual alguém encontrado nas hipóteses de flagrante delito (CPP, art. 302 e 303) pode ser preso por qualquer do povo ou deve ser preso por agente da lei, lavrando-se auto de prisão, atribuição privativa do Delegado (de Polícia ou Federal).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Flagrante é Exceção: A prisão em flagrante é **exceção** à exigência de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária (CR, art. 5º, LXI, CPP, art. 283), restrita às hipóteses taxativas previstas em lei. Com fundamento em *Carnelluti*, *Aury Lopes Jr*. invoca a metáfora da fogueira para que se possa entender o flagrante: "*Essa chama, que denota com certeza a existência de uma combustão, coincide com a possibilidade para uma pessoa de comprová-lo mediante a prova direta. Como sintetiza o mestre italiano: a flagrância não é outra coisa que a visibilidade do delito*". Constatada situação de flagrante, em decorrência da proximidade temporal da conduta, qualquer um do povo **pode** realizar a prisão (facultativa), enquanto as autoridades públicas **devem** efetivá-la (CPP, art. 301). Por não decorrer de decisão judicial, o controle sobre o preenchimento dos requisitos legais deve ser realizado imediatamente, por meio de **Audiência de Custódia** (ou por decisão escrita, na exceção). O Auto de Prisão em Flagrante é a materialização, pela autoridade policial, da existência, validade e eficácia do suporte fático autorizador da prisão excepcional do conduzido, especificando-se o *standard* probatório exigido, a partir da presunção de inocência (regra de tratamento) e da Inferência pela Melhor Explicação (IME) do discurso sobre os fatos (o método **abdutivo** opera). Mesmo havendo indicadores de autoria e materiaidade, mas não superado o standard probatório exigido, a lavratura do flagrante deve ser negada. Enfim, **Prisão em Flagrante não é equivalente à Prisão Preventiva**. Ainda que óbvia a afirmação, persevera a prática da mera "homologação" da prisão em flagrante, desacompanhada de motivação adequada. Por ser desprovida de cunho jurisdicional, é inválida a manutenção de prisão em flagrantes "como se fosse" preventiva. O ato de conversão demanda

"Desse modo, o Delegado de Polícia, fundamentado numa teoria constitucionalista do delito, não deve lavrar o autor de prisão em flagrante delito, desde que os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância tenham sido preenchidos. A Autoridade Policial, como órgão que exerce poder estatal, deve adequar o fundamento de sua decisão às normas e aos direitos e garantias fundamentais". **Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos**

"Logo, ninguém pode permanecer preso sob o fundamento 'prisão em flagrante', pois esse não é um título suficiente". **Aury Lopes Jr**

"A função do delegado de polícia não pode resumir-se a um juízo de tipicidade legal ou formal, tendo que ser alargada ao juízo de tipicidade material e, mesmo, conglobante". **André Nicolitt**

motivação adequada, concreta e singularizada (CPP, art. 315, §2º). A prisão sem motivação é ilegal, devendo ser relaxada por *Habeas Corpus*, além de configurar Abuso de Autoridade (LAA, art. 9º);

2) Delegado de Polícia (controle de legalidade, elementos do crime, insignificância): A prisão em flagrante pressupõe o preenchimento das hipóteses legais e a violação de bem jurídico relevante. O Delegado de Polícia é o primeiro garante das violações de Direitos Fundamentais. Compete à autoridade policial verificar se estão preenchidos os requisitos legais e o suporte fático da situação de flagrância, rejeitando a lavratura somente porque policiais militares, por exemplo, entendem que há flagrante. O modelo atribui **confiança** ao Delegado que não é mero "chancelador" de comportamento dos agentes das demais forças públicas, já que deverá controlar a regularidade da prisão, analisar detidamente a tipicidade, reconhecer a **insignificância**, se for o caso (Lei 12.830/13, art. 2º). Se a autoridade policial deve motivar todas as deliberações, proibir o controle da tipicidade **formal** e **material** é incompatível com a função própria de evitar flagrantes por condutas atípicas, frívolas ou abusivas. Grassa a leitura antiga, incompatível com o modelo de garantias, enviesada pela suposta hierarquia do Poder Judiciário, de que o Delegado não pode realizar o controle material (STJ, HC 154.949, Min. Felix Fischer). O efeito imediato é a tendência "protetiva" de "lavrar fragrante de tudo" para evitar **representação** na Corregedoria, ameaça de improbidade, além de insatisfação da vítima, grupos de pressão, da corporação militar e eventual massacre pela imprensa ou redes sociais, ao mesmo tempo em que desvaloriza a sua relevante função (para não se incomodar, deixa de ser útil). Em todas as profissões é preciso ter coragem e assumir os desafios. Do contrário, viramos burocratas. A contabilidade da decisão (lavrar ou não lavrar) leva em conta o contexto e os riscos associados (custo-benefício). Ademais, as relações entre as forças policiais nem sempre são cooperativas, podendo influenciar na dinâmica da segurança pública, por exemplo, nas cidades com Central de Flagrantes, saber quem é a autoridade e que horas termina o turno, pode incentivar a condução imediata ou a postergação (Delegados que controlam as ilegalidades, em geral, são tidos como hostis. Joga-se muito com a dissimulação, aliás, ensinada expressamente nas táticas militares). **Garantir direitos não é para qualquer um; só para corajosos e que antecipam as consequências**. Os jogos ocultos incidem na lavratura de flagrante. Sustentar a posição de garantia implica o enfrentamento da "mentalidade bélica", exigindo-se fundamentação adequada. A tática é tomar todos os depoimentos, proferir decisão motivada explicitando as razões, sem indiciamento, com a remessa ao Ministério Público. A função do Delegado, reforçada pela Lei 12.830/13 (art. 2º), deve ser respeitada no "enquadramento da confiança atribuída à função": analisar detidamente a ocorrência de conduta típica (formal e material), além dos demais requisitos, lavrando flagrantes somente quando houver crime, afinal, é

a primeira barreira de contenção do exercício abusivo do poder estatal. A fixação de standard probatório nos casos de flagrante permanente (STJ, HC 598.051, Min. Rogério Schietti Cruz), por exemplo, é dever de ofício. O dilema do Delegado é o de que se sustenta a função, pode incomodar-se com os agentes judiciários, enquanto se adere, perde a relevância democrática. A **motivação** evita a responsabilização, salvo se for imputado o crime de hermenêutica;

"É evidente que o delegado de polícia não só pode como deve garantir a liberdade em situações de bagatela. Não pode haver 'auto de prisão em flagrante delito' se não há crime. Ninguém pode ser preso se o fato não constitui injusto penal. O princípio (ou critério) da insignificância exclui justamente a natureza criminosa do fato, uma vez que afasta a tipicidade (material). Abusivo mesmo seria o delegado prender alguém por fato atípico. Não há dúvidas 'ser da autoridade policial o primeiro juízo acerca do fato', a fim de decidir pela lavratura (ou não) do auto de prisão em flagrante, bem como pela custódia (ou não) do conduzido. O encarceramento não pode consistir em 'ato automático' do delegado de polícia pela mera notícia de eventual ilícito penal trazida pelo condutor. Indispensável uma 'concreta verificação fático-jurídica do estado de flagrância' a ser realizada pela autoridade policia". **Leonardo Marcondes Machado**

"Deve o Delegado desempenhar papel condizente com a estrutura racional-legal de contenção do poder punitivo e para tanto, é natural que disponha de atribuição para fazer os juízos necessários ao sentido apropriado da tipicidade no marco contemporâneo; se o fato é atípico, não pode ensejar persecução penal e manutenção do indivíduo preso em flagrante em função de situação insignificante. E não basta ser formalmente típico. É preciso ser materialmente típico. Pensar o contrário é manter a postura de desconfiança para com a classe e, no fundo, sustentar uma qualidade melhor e hierarquicamente do Poder Judiciário (Juiz e Ministério Público)". **Salah Khaled Jr. e Alexandre Morais da Rosa**

3) Flagrante Próprio e Impróprio: Nos termos do art. 302 do CPP, considera-se em **flagrante** delito **quem**: **a) está** cometendo a infração penal; **b) acaba** de cometê-la; **c)** é **perseguido** (CPP, art. 290, § 1º), logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração. Se a perseguição (sem interrupção, mesmo perdendo de vista ou por informações aptas) transpassar os limites territoriais da comarca, efetivada a prisão, deve ser o conduzido apresentado à autoridade policial do local da prisão (CPP, art. 290 e § 1º); e, **d**) é **encontrado**, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. **Embora seja controversa a classificação da doutrina, pode-se distinguir flagrant**e; **a)** ***próprio*** (incisos I e II), em que o agente está praticando ou ainda acaba de cometê-lo, mesmo que na modalidade tentada (CP, art. 14, II); **b)** ***impróprio*** (incisos III), em que o agente é perseguido, logo após, em diligência policial efetiva e, **c)** ***presumido*** (inciso IV), em que o agente é encontrado logo após a prática da conduta criminalizada, e posse de bens ou produtos que justifiquem o nexo de causalidade entre o fato e o agente;

4) Flagrante Postergado, Diferido ou Prorrogado: A regra é a de que caso verificada a ocorrência de situação de flagrante, é **dever** dos agentes públicos a efetivação da prisão. Por se tratar de investigações envolvendo organizações criminosas ou tráfico, as leis de regência autorizam (Lei 12.850/13, art. 8º; Lei 11.343/06, art. 53, II) que, para fins de investigação ampliada (da estrutura e funcionamento), poderá a autoridade valer-se do flagrante postergado. Do contrário, a investigação perderia tração por indicar o monitoramento da operação. A razão é o custo-benefício: se a investigação procura um "peixe graúdo" não pode prender um "peixe menor", sob pena de inviabilizar a apuração maior, reduzindo as chances de obtenção de provas robustas contra a ORCRIM. A utilização pressupõe Inquérito Policial instaurado e devidamente justificado, com a **comunicação** do evento. Prevalece a prática informal, sequer noticiada, da não lavratura do flagrante ou, ainda, a prisão autônoma (valendo-se da denúncia anônima oportunista). Nas investigações de tráfico, em nome do resultado, opera reiterado desrespeito às regras, especialmente pelo uso oculto de investigações paralelas (v.g. interceptações telefônicas de "barriga de aluguel"). A descoberta da manipulação depende da estratégia defensiva em face do cruzamento de outras investigações, do uso da Lei de Acesso à Informação (c/c art. 23, I, LAA) e da elaboração de perguntas

assertivas sobre o procedimento adotado durante a investigação (sem planejamento, prevalece a dissimulação);

5) Flagrante Preparado ou Provocado / Flagrante Esperado / Flagrante Forjado: O flagrante **preparado** ou provocado é o induzido/instigado pela autoridade policial, portanto, *ilícito*, em que o agente público é o provocador da conduta: a ocorrência é putativa (STF, Súmula 145). A atitude positiva do Estado, por seus agentes, torna a conduta típica estimulada e performática. O agente público, por exemplo, que se disfarça de vítima, torna a ação policial nula. Trata-se de crime putativo por meio da ação do agente provocador. **Diferencia-se** do **esperado**, em que não se opera o incentivo estatal, pelo qual a autoridade possui informações de que o crime *pode* acontecer e licitamente monitora ou acompanha a consumação independente. Já no **forjado** a situação é criada pelos agentes realizadores da prisão, tornando **ilícita** a ação e as provas. Em todos as hipóteses, o agente ativo não será responsabilizado por força exclusiva do agente público, o qual se submete, ainda, à responsabilização (administrativa e penal: LAA, art. 23);

STF, Súmula 145: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".

6) Flagrante em Crimes Permanentes: O art. 303 do CPP autoriza a prisão em flagrante nos **crimes permanentes** enquanto não cessar a permanência. O trajeto válido é: **i)** constatada, por meio de indicadores objetivos e comprováveis no auto de prisão em flagrante (a mera intuição, suspeita ou denúncia anônima são espúrias; deve-se filmar a ação ou indicar-se testemunha independente) da ocorrência da conduta típica; **ii)** justificada estará a prisão em flagrante; **iii)** se necessária a invasão de casa ou empresa, sem prévio mandado; e, **iv)** a prova sobre a regularidade da ação é ônus dos agentes públicos (inobservado é abuso de autoridade0. Restou superado, pelas decisões do STF (Tema 280) e STJ (HC 598.051) e pela Lei de Abuso de Autoridade (art. 22), o comportamento **oportunista** que partia de premissa inválida, isto é, de que por se tratar de crime permanente, estaria autorizada a entrada para "averiguação" do flagrante. A flexibilização dos Direitos Fundamentais (intimidade, privacidade, materializados pela casa) depende de **flagrante posto** (indicadores objetivos anteriores da justa causa da fundada suspeita) e não por **flagrante pressuposto** (indicadores imaginados e confirmados posteriormente). A inversão da lógica causa-efeito opera por meio da falácia do "**argumento a partir das consequências**", quando a consequência prevalece sobre a causa inválida (a apreensão só é lícita se o meio de obtenção também for (V+V= V); se o meio é ilícito, a consequência também será (F+V=F). A lavratura do flagrante deve observar a cronologia dos eventos e o suporte fático, por meio de conectores lógicos (mediadores), capazes de autorizar a conclusão racional e lógica de que **antes** da entrada na casa **já havia** sido constatada a situação de flagrância. Não basta, por exemplo, que o agente estatal afirme ter recebido uma ligação anônima, sem que indique quem fez a denúncia, nem mesmo o número de telefone, dizendo que havia chegado droga, na casa "x", bem como que "*acharam*" que

havia droga porque era um traficante conhecido, muito menos que pelo comportamento do agente "*parecia*" que havia droga ou mesmo que ao avistar a guarnição fugiu do local (STJ, HC 598.051 e REsp. 1.574.681, a seguir). É preciso que existam evidências demonstráveis dos **fundados indícios** *ex ante*: **a)** há flagrante, autorizado; e, **b)** imagina-se que há flagrante, vedado. É espúrio o fundamento da probabilidade (mesmo alta), porque se trata de restrição de Direitos Fundamentais (**Reserva de Jurisdição**: só o juiz pode autorizar Busca e Apreensão), exigindo-se que a ação decorra de justa causa (fundados indícios), demonstrável por inferências probatórias mínimas na lavratura do flagrante (o Delegado deve controlar, sob pena de incidir em abuso de autoridade: LAA, art. 22 e 25). Nada impede o monitoramento do contexto e a solicitação de mandado de busca e apreensão, ainda que trabalhoso. O que tende a operar é a criação de versões convenientes (em geral de perseguição forjada), demandando o esforço desconstrutivo da defesa (por meio de perguntas, requisição de documentos, filmagens, GPS da viatura, além da perda de uma chance). O agente que viola as regras de obtenção, no fundo, absolve o autor do ilícito (e depois reclama de modo oportunista). Se a prova é ilícita, deve ser declarada como tal e excluída, já que se o Delegado, o MP ou o Juiz a usarem como fundamento de suas decisões também incidem em abuso de autoridade (LAA, art. 25, parágrafo único);

LAA, art. 22*:* "Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem: I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências; (...). § 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre"*).*

STF, Tese obrigatória firmada no Tema 280 – RExt. 603.616 (Min. Gilmar Mendes): "A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori,* que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados".

STJ, HC 512.418 (Min. Nefi Cordeiro): "A mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida."

STJ, RHC 83.501 (Min. Nefi Cordeiro): "[...] não foi apontado nenhum elemento idôneo para justificar a entrada dos policiais na residência da paciente, citando-se apenas a verificação de denúncias de tráfico de drogas que receberam através do 'Disque Denúncia', e a fuga do adolescente. 2. Verifica-se ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, determinado no art. 5º, inc. XI, da Constituição da República, quando não há referência a prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas, não se tratando de averiguação de informações concretas e robustas acerca da traficância no domicílio violado".

7) A Razão Forte do STF (Tema 280) do STJ (Resp. 1.574.681): Decompondo a **razão forte** dos julgamentos do STF e do STJ, podemos inferir que: **a) STF** (Tema 280; RExt. 603.616; Min. Gilmar Mendes): "*O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: 'Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação'*".; **b) STJ** (Resp. 1.574.681; Min. Rogério Schietti Cruz): "*1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"*; **c) STJ** (Resp. 1.574.681): "*2. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exigem"*; **d) STJ** (Resp. 1.574.681): "*3. O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior*

TJRJ, ApCrim. 2009.050.07372 (Des. Geraldo Prado): "O ingresso não pode decorrer de um estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia. Ao revés, é necessário que fique demonstrada a fundada – e não simplesmente íntima – suspeita de que um crime esteja sendo praticado no interior da casa em que se pretende ingressar e que o ingresso tenha justamente o propósito de evitar que esse crime se consume. Se assim não fosse, seria permitido ingressar nas casas alheias, de forma aleatória, até encontrar substrato fático, consistente em flagrante delito, capaz de ensejar a formal instauração de procedimento investigatório criminal. Mais que isso, seria incentivar que a autoridade policial assim fizesse e, com a intenção de se livrar de uma eventual imputação de abuso de autoridade, encontrasse à força o estado de flagrância no domicílio indevidamente violado".

"É como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: – não sucumbais ao canto de sereia da obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios! Por exemplo, se invadistes o domicílio do suspeito sem a devida autorização judicial e nesse local encontrares a arma do crime, então é como se tivésseis destruído essa prova material". **Paulo de Sousa Mendes**

da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio".; e, **e) STJ** (Resp. 1.574.681): *"Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da* fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas".*;

8) Consolidação dos Critérios pelo STJ (HC 598.051): Para fins de consolidação da orientação, associada à Lei de Abuso de Autoridade (arts. 22 e 25), o STJ, no julgamento do HC 598.051 (Min. Rogério Schietti Cruz), restaram firmadas 5 (cinco) teses que devem servir de parâmetro de controle das ações estatais: "***1)*** *Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito;* ***2)*** *O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada;* ***3)*** *O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação;* ***4)*** *A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, e preservada tal prova enquanto durar o processo; e,* ***5)*** *A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal dos agentes públicos que tenham realizado a diligência*". O conjunto de diretrizes reduz a incerteza e autoriza que se possa, ao mesmo tempo, garantir-se direitos individuais e segurança pública. O importante reconhecimento do item "4" merece ser destacado, afinal de contas o ônus da prova da regularidade da ação é do agente público e nunca do alvo, já que o direito atingido foi o dele, motivo pelo qual quem restringe traz para si a demonstração da regularidade. Atribuir prova negativa é incompatível com a presunção de inocência. A filmagem de toda a operação também garante a conformidade da conduta do agente, além de auxiliar a prova acusatória. A negativa da filmagem ou a subtração de conteúdo, operam na lógica da perda de uma

chance probatória, isto é, se é razoável e possível aos agentes estatais, a inobservância enfraquece a versão dos agentes estatais;

9) Seletividade Comportamental: A efetivação das garantias depende do contexto da ação policial e dos riscos associados, isto é, quanto mais pobre, excluída ou sem meios de descoberta e punição, o custo-benefício dos agentes públicos é positivo. Por mais que os agentes públicos saibam das limitações, a depender dos alvos, o comportamento tende a se ajustar ao estrato social do alvo da diligência. O critério é o risco de ser descoberto e punido, motivo pelo qual "comunidades" instalaram câmeras ocultas, além de filmagem colaborativa dos moradores, para o fim de ampliar o espectro de garantias individuais. A exigência de ***standard* probatório** mínimo, por meio de filmagem das ações (STJ, HC 598.051), também opera favoravelmente. Enfim, a prisão deve observar as regras de garantia de todos (inclusive dos agentes da lei). Além do que, diante de populações vulneráveis, o abuso do poder é sintoma de covardia;

10) Atitude Suspeita Concreta, Objetiva e Evidências (o depoimento dos agentes é insuficiente): Durante muito tempo os Tribunais foram tolerantes com ilegalidades praticadas em nome do resultado, isto é, com o encontro de material ilícito (drogas, bens subtraídos etc.), vendavam os olhos para o fim de não reconhecer a nulidade do meio utilizado pelos agentes públicos. A "cegueira deliberada" operava por meio do mantra de que "se tratava de crime permanente", manipulando-se a premissa. É que o flagrante delito deve estar posto por evidências objetivas, tangíveis e demonstráveis, para além da palavra do agente. A invocação de "tino policial" (ou quase um "sexto sentido"), por mais relevante que seja para o exercício da função (valorizamos a existência), é inválido para o fim de restringir Direitos Fundamentais, autorizar abordagens ou mesmo invasões (vide mais: 15.B.17). A nova orientação do STJ, conjugada com a lei de abuso de autoridade, aponta par novo horizonte, em que os agentes podem agir em conformidade ou adotar táticas dissimuladoras. São **inválidas**, dentre outras, as alegações de que o conduzido: **a)** estava em local de tráfico; **b)** refugiou-se ou entrou em casa; **c)** parecia, por "tino policial" (intuição), que era suspeito; e, **d)** comportou-se de modo estranho;

11) Franqueamento da Entrada pelo Conduzido ou Morador (requisitos): O contexto em que se "franqueia" o acesso à casa decorre de prévia abordagem e restrição de liberdade circunstancial do agente. A decisão de conceder acesso aos agentes públicos, produzindo prova contra si mesmo (LAA, art. 13, III), somente será válida se decorrer da **autonomia de vontade** do suspeito (alvo), incompatível com o contexto de "intimidação ambiental" (agentes armados, fardados, pressões as mais diversas etc.). Acolher a alegação de que o conduzido ou morador autorizou a entrada de modo espontâneo pode convencer por suas razões: **a)** ingenuidade; ou, **b)** má-fé. O Min. *Rogério Schietti Cruz* afirma: "*Chega a ser – para dizer o mínimo – ingenuidade acreditar que uma pessoa abordada*

STJ, REsp. 1.574.681 (Min. Rogério Schietti Cruz): "7. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou".

STJ, REsp. 1.574.681 (Min. Rogério Schietti Cruz): "6. A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda".

STJ, REsp. 1.574.681, Min. Rogério Schietti Cruz): **STJ** (Resp. 1.574.681): "11. Na hipótese sob exame, o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais, refugiou-se dentro de sua casa, sendo certo que, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack). Havia, consoante se demonstrou, suspeitas vagas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu, em razão, única e exclusivamente, do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e em virtude de seu comportamento de correr para sua residência, conduta que pode explicar-se por diversos motivos, não necessariamente o de que o suspeito cometia, no momento, ação caracterizadora de mercancia ilícita de drogas. 12. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial".

STJ, HC 435.465 (Min. Sebastião Reis Júnior): "Hipótese em que a invasão de domicílio pelos policiais se fundou tão somente no fato de o paciente ter adentrado rapidamente a sua residência quando avistou a viatura, o que não caracteriza elemento objetivo, seguro e racional apto a justificar a medida".

STJ, HC 435.465 (Min. Sebastião Reis Júnior): "3. Na hipótese, os policiais franquearam a própria entrada no imóvel sem possuírem quaisquer indícios objetivos de que lá, no interior do domicílio, haveria a ocorrência de crimes. Apesar da conduta suspeita do paciente – abandonar a moto e empreender fuga diante da visualização da equipe policial -, ela, per si, não se apresenta como suficientemente idônea para denotar a fundada suposição de que estivesse ocorrendo a prática de infrações penais dentro da residência. 4. Ordem concedida para, reconhecida a ilicitude do ingresso dos policiais no domicílio do paciente, anular as provas obtidas a partir da busca domiciliar considerada ilícita e, consequentemente, a condenação proferida contra o paciente".

por dois ou três policiais militares, armados, nem sempre cordatos na abordagem, livremente concorde, sobretudo de noite ou de madrugada, em franquear àqueles a sua residência". (STJ, HC 598.051). Será que alguém acredita, mesmo, que o conduzido livremente autorizou a entrada? O consentimento do conduzido ou de familiar no mesmo contexto, são inválidos (vide Busca e Apreensão; item 15.B.17). O tema foi enfrentado pelo **Tribunal Constitucional da Espanha** no Recurso 11.277/2012 (STS 4761/2013, Min. *Juan Gomez de La Torre*), a partir da proteção constitucional ao domicílio, pelo qual estabeleceu os seguintes requisitos de validade da autorização: **a)** ***outorga por pessoa civilmente capaz e no exercício de seus direitos***; **b)** ***outorga consciente e livre***, a qual requer: **b1)** que não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo; **b2)** que não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; **b3)** se o consentimento for de pessoa presa/conduzida, não pode validamente prestar o consentimento se não tiver antes a assistência de um defensor, o que constará da diligência policial (STS 2-12-1998). É que se a assistência de defensor é necessária para que o conduzido preste declarações, dado o prejuízo aos seus direitos, o consentimento segue a mesma lógica protetiva, em face da "*intimidação ambiental*" ou "*a coação que a presença dos agentes da atividade representa*". (STS, 831/2000); **c)** ***ser prestada oral ou por escrito, porém sempre vertida documentalmente***. *Deve ser outorgada expressamente,* não servindo o silêncio como consentimento tácito (princípio '*in dubio pro liberdade*") e *deve ser outorgado pelo titular do domicílio.* A relação jurídica entre o titular do direito e sua salvaguarda deve prevalecer, não sendo necessária a propriedade. Em caso de múltiplos titulares, algum deles pode conceder a autorização, desde que não tenha interesse contraposto, nem esteja no âmbito da pressão psicológica (STS, 779/2006); e, **d)** ***o consentimento deve ser outorgado para um caso concreto***, sem que seja usado para fins distintos, ou seja, vigora a especialidade da busca. (STS, 6-6-2001). A **exigência** dos mesmos **requisitos** é compatível com o sistema de garantias e pode servir de **parâmetro** de atuação e controle dos atos públicos, nos moldes do contido no voto aqui trabalhado (STJ, HC 598.051): "***4)*** *A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, e preservada tal prova enquanto durar o processo*". A comprovação da regularidade da diligência é ônus dos agentes públicos, por filmagens ou fontes independentes (o mero depoimento do agente é insuficiente). Acrescente-se que a autorização deve ocorrer, no máximo, no **mesmo ambiente da abordagem** (quintal ou adjacências de sua residência). É vedada, por ausência de nexo causal, a conversão da prisão em "pescaria probatória" (*fishing expedition*) consistente na prática oportunista de se deslocar até a casa do agente ou de familiares

(fora do contexto inicial da abordagem), obtendo-se a "autorização". O comportamento configura abuso de autoridade (LAA, art. 13, III e 22), cujo resultado é a declaração de **ilicitude** da prova obtida. As regras de garantia não podem ser manipuladas por força da "vantagem ambiental e psicológica" dos agentes públicos. (até porque se forem policiais militares falta-lhes atribuição investigatória);

12) Formalidades e Garantias: No aspecto **formal** o Auto de Prisão em Flagrante deve ser escrito, com a oitiva do condutor, das testemunhas e do conduzido, na presença do defensor, observando-se a necessidade de indagação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados aos filhos, indicado pela pessoa presa (CPP, art. 304, § 4º c/c art. 318, prisão domiciliar). A autoridade policial precisa **motivar** as razões que justificaram a lavratura do flagrante, porque nada é implícito no tocante à restrição de Direitos Fundamentais. Deverá também avaliar a possibilidade de fiança, a qual recolhida, implica na liberação do agente. Diante das condições pessoais do conduzido, o CPP estipula prisão especial (CPP, art. 295 e 296). Os presos cautelares, ademais, devem ficar separados dos definitivos (CPP, art. 300), além do que mulheres devem ser separadas de homens, respeitando-se, ainda, a declaração de gênero (transexuais) e, por fim, todos apartados de adolescentes (LAA, art. 21). **Lavrado** o APF, nos termos do art. 306, do CPP, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, deverá ser *comunicado* o juiz competente, o Ministério Público, a família do conduzido (CR, art. 5º, LXII), seu advogado e, na falta desse, da Defensoria Pública (CPP, art. 306, § 1º), bem assim entregue nota de culpa, sob pena de abuso de autoridade (LAA, art. 12), com a realização de **Audiência de Custódia;**

13) Incomunicabilidade do preso: O art. 21 do CPP não foi recepcionado e o advogado deve ter acesso ao custodiado. É traço autoritário, incompatível com a ampla defesa, incabível, até mesmo durante o Estado de Defesa (CR, art. 136, § 3º, IV), razão pela qual não subsiste o dispositivo. A questão é que alguns se apegam à literalidade, por meio da hermenêutica *Walking Dead*, para o fim de obter vantagem, especialmente se o objetivo for a de forçar a confissão/delação. Cabe, portanto, no decorrer da instrução verificar a violação do direito de acesso ao advogado, bem assim da efetivação dos direitos de toda pessoa presa, podendo-se verificar a extensão da nulidade, acrescendo-se a nova redação do Estatuto da OAB que exige a participação do defensor, além da responsabilidade administrativa e penal (LAA, arts. 15, parágrafo único, II e art. 20) do agente público que vedou o acesso. Manipula-se com a constante transferência do preso, especialmente quando se busca reduzir a capacidade de defesa ou mesmo para fins de colaboração premiada (Dilema do Prisioneiro);

14) Uso de força, algemas e demais requisitos de validade: O uso da força (CPP, art. 284) diz respeito àquela necessária para manutenção

STJ, Resp. 1.574.681 (Min. Rogério Schietti Cruz): "Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu na espécie – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento".

STJ, HC 598.051 (Min. Rogerio Schietti Cruz): "Aliás, releva destacar que os tribunais, em regra, tomam conhecimento dessas ações policiais apenas quando delas resulta a prisão do suspeito, ou seja, quando atingem o fim a que visavam. O que dizer, então, das incontáveis situações em que agentes do Estado ingressam em domicílio, muitas vezes durante a noite ou a madrugada – com tudo o que isso representa para os moradores –, e nada encontram?"

TJRJ, ApCrim. 2009.050.07372 (Des. Geraldo Prado): "Prova ilícita. Ingresso indevido no quarto de hospedagem das acusadas. Inviolabilidade de domicílio, da intimidade e da vida privada (artigo 5.º, incisos X e XI, da Constituição da República). Rés que não foram informadas de seu direito ao silêncio (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República). Apreensão dos bens falsamente furtados, portanto, ilícita. Prova oral que, decorrente exclusivamente dessa apreensão, também se revela ilícita. Desaparecimento da materialidade do crime. Absolvição".

"Em conclusão, só é possível o ingresso em domicílio alheio nas circunstâncias seguintes: à noite ou de dia, sem mandado judicial, em caso de flagrante próprio (CPP, art. 302, I e II), desastre ou prestação de socorro; e durante o dia, com mandado judicial, em todas as outras hipóteses de flagrante (CPP, art. 302, III e IV). Reconheço que a falta de estrutura do sistema investigatório brasileiro, tornando inviável o contato próximo e a tempo com a autoridade judiciária, possa fazer com que o entendimento exposto se transforme em mais um entrave burocrático à persecução penal. Não é essa a intenção, mas não se pode aceitar que a doutrina fique à mercê da boa-vontade dos governantes para dotarem a polícia dos recursos técnicos e humanos necessários para o desempenho da função". **Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho**

Por ocasião do interrogatório deverá a autoridade policial "colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa". (CPP, art. 6º, X), com a finalidade de apurar eventual aplicação de prisão domiciliar.

ONU, Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros: 8. As diferentes categorias de presos deverão ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento prisional, levando-se em consideração seu sexo e idade, seus antecedentes, as razões da detenção e o tratamento que lhes deve ser aplicado".

do ato (resistência à prisão ou receio justificado de fuga), inclusive contra terceiros (CPP, art. 292), salvo se precisar adentrar em residência, diante da inviolabilidade (CR, art. 5º, XI), atendido o disposto no art. 293 do CPP. A lógica medieval em que se opera exigiu a edição de lei proibindo que grávidas sejam algemadas, especialmente em trabalho de parto. Em qualquer caso, o excesso é punível. A utilização de *algemas* é restrita, nos termos da Súmula Vinculante 11, do STF: "*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado*". Exige-se motivação idônea, sob pena de nulidade, com efeitos diversos a depender do caso penal (STF, Reclamação 22.557, Min. Edson Fachin). Deve-se atentar que a **demora** da defesa em invocar a nulidade pode ser entendida como jogada tática duvidosa, violadora da **Boa-fé Objetiva** (*venire contra factum proprium*), motivo pelo qual a oposição deve constar expressamente da ata (se o julgador negar, pergunte durante a gravação de algum ato processual, porque inacreditavelmente há agentes públicos que ainda se negam a registrar a oposição);

CPP: "art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas. Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato."

"A decisão do STF [Reclamação 22.557] é fundamental ainda porque ela sinaliza uma recusa às decisões formulárias, genéricas, que constituem fundamentação em sentido formal, mas não substancial, na medida em que, na realidade, nada 'fundamentam' no caso concreto e à luz de suas especialidades. A decisão que determina a manutenção das algemas pode comprometer o julgamento (pois estamos diante de jurados leigos), exigindo, portanto, uma fundamentação de boa qualidade empírica, calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). A qualidade da decisão e a concretude dos elementos que a sustentam devem guardar proporcionalidade com o elevadíssimo custo da injustiça que essa "estética" pode efetivamente gerar neste julgamento". **Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa**

15) Juizados Especiais Criminais: Termo Circunstanciado (TC ou TCO): Nos JECs não cabe prisão em flagrante (as penas não justificam). O registro da ocorrência é feito por Termo Circunstanciado, no qual são angariadas as informações suficientes sobre a ocorrência de infração penal (autoria, materialidade e culpabilidade), remetendo-se diretamente os envolvidos (vítima, autor do fato e possível responsável civil) à audiência preliminar. Não se aplica o regime do Juiz das Garantias aos Juizados Especiais;

C – Controvérsia:

1) Perseguição e Apresentação do Agente: A apresentação voluntária do agente na Delegacia de Polícia, sem perseguição, não pode gerar a prisão em flagrante, por não ser hipótese legal (CPP, art. 302 e 303) embora a prática, muitas vezes, manipule as premissas. Independentemente do prazo de 24 horas, desde que haja perseguição objetivamente demonstrada por evidências tangíveis (diligências seguindo o rastro do suspeito) e não mera investigação, a prisão é possível. O mantra de que o decurso de 24 horas "baixa" o "estado de flagrância" não encontra respaldo normativo, assim como a prisão sem perseguição (LAA, art. 9º). A apresentação do suspeito para esclarecimentos na Delegacia autoriza a instauração de Inquérito Policial, eventualmente com pedido autônomo de prisão. Pode ocorrer o comportamento oportunista, consistente em atrasar o registro da ocorrência para, à sorrelfa, requerer a prisão do agente, ainda nas dependências da Delegacia (manifesto jogo sujo). Já a **perseguição**, para além dos limites territoriais de atribuição do Delegado, autoriza a prisão

e a lavratura de flagrante (realizado na cidade em que ocorrer a prisão, nas instalações policiais; CPP, art. 290), remetendo os autos ao Juízo competente (STJ, HC 44.154);

D – Estratégia:

1) Agentes Oportunistas: Em face da possível nulidade decorrente da entrada ilegal em "casa", agentes públicos **oportunistas** tendem a combinar versões sobre o comportamento do conduzido (para eles justifica-se mentir porque estão do lado do "bem" contra o "mal"). Para evitar contradição, a **tática** comum é a de criar uma narrativa curta, sintética e sem detalhes, corroborada pelos demais (inventam perseguição; viram o agente correndo com algo que parecia uma arma/droga; avistaram de fora da casa o material ilícito etc.). Em todos os casos, por meio de boas técnicas de indagação, mapeando o contexto, mostra-se possível o desmonte da versão. Perguntas diretas e objetivas estão fadadas ao insucesso porque os agentes públicos são "**testemunhas profissionai**s", dominam táticas de **dissimulação**, restringindo-se a responder o absolutamente necessário à configuração da conduta (o resto não se recorda; faz tempo; são muitas ocorrências), além do que, estão acobertando suas próprias condutas criminosas.

2) Mapeamento para Audiência de Custódia e Habeas Corpus: O mapeamento dos pressupostos, requisitos e condições de validade da prisão em flagrante deve ser realizado de modo estruturado, apurando-se os pontos fortes e fracos. A impugnação deve ser assertiva em dois focos: **a)** a liberdade; e, **b)** o caso penal. Nem sempre as estratégias são equivalentes, especialmente quando a meta imediata for a liberdade;

"Não menos inquietantes são os resultados trazidos por Ricardo Gloeckner. No âmbito das cautelares, Gloeckner pôs-se a investigar os reflexos que a decretação de prisão preventiva pode acarretar à decisão de mérito. Entre 03/10/2012 e 31/12/2013, foram examinados os desfechos de todos os processos que contaram, em seu decorrer, com a decretação de prisão preventiva. No universo de 90 processos com decretação de cautelar, constatou-se 90 acórdãos condenatórios. Ou seja, em 100% dos casos a existência de uma prisão cautelar foi critério definitivo para a condenação penal. A circularidade do raciocínio dos magistrados é evidente: a prisão preventiva das etapas iniciais pressupõe que o julgamento de mérito será ao fim do processo; o julgamento de mérito ao fim do processo justifica-se na prisão preventiva decretada nas etapas iniciais do processo". **Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa**

3) Probabilidade de Condenação: A desvantagem da posição *a priori* do acusado preso em flagrante tende a gerar forte impacto cognitivo no julgador, ainda mais enquanto não houver Juiz das Garantias. Por isso, o esforço das partes é diverso de um processo sem prisão em flagrante. Em qualquer caso, quanto antes for organizada a estrutura do caso penal, maiores as chances de identificação das oportunidades estratégicas.

12.2 *Templa*te Estratégico



A partir da Teoria do Caso Adaptada ao **RoadMapCrime** (item 8.8), orientados pelo Teste EVE, podemos **mapear** o flagrante na seguinte ordem:

Primeiro passo: Deve-se distinguir os planos de **a)** Existência; **b)** Validade; e, **c)** Eficácia-valoração.

a) Entende-se por **existência** a satisfação dos **pressupostos**: **1)** agente (humanos); **2)** objeto (um ato processual ou comportamento); **3)** forma (requisitos aparentes); e, **4)** vontade (humana).

b) Entende-se por **validade** o satisfação dos **requisitos**: **1)** ser o agente ser capaz (a partir de atribuição legal e/ou capacidade técnica); **2)** ser o

objeto (ato ou comportamento) lícito, adequado e produzido no momento oportuno; **3)** ser a forma prescrita ou não defesa em lei (observância das regras de produção); e, **4)** o comportamento ou o ato deve ser livre, consciente e voluntário.

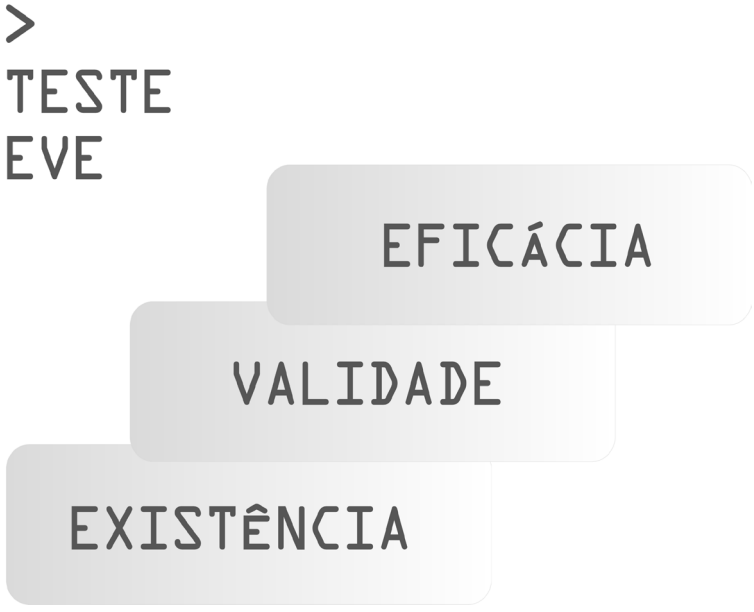
c) Entende-se por **eficácia-valoração** a possibilidade de o ato ou comportamento gerar efeitos válidos no contexto do Caso Penal.

Segundo Passo: Decompor e identificar, em conjunto, os aspectos do Caso Penal, situando os pressupostos e requisitos de **existência** e de **validade**;

Terceiro Passo: Decompor o conteúdo do APF para o fim de atribuir os Pontos Fortes e os pontos Fracos (**SWOT**);

Quarto Passo: Estabelecer **Planos de Ação** em face das oportunidades processuais, considerando o Tipo Penal, os Agentes Processuais, o Procedimento, as Provas (produzidas e possíveis) e Valoração (futura nas decisões);

Quinto Passo: Executar, Monitorar e Ajustar.



"Ora, sabendo que alguém tem em depósito drogas, vende droga, ou outras situações de permanência é que pode, conforme a Constituição, penetrar em domicílio sem o consentimento do morador. Sabe, logo tem indícios que permitam solicitar ao juiz o mandado, imprescindível contra o abuso. Não basta a mera desconfiança, pois corre o risco de responder por descumprimento da lei, logo, impossível considerar válida a apreensão nesses casos, sem ordem judicial. Seria, como o é de fato, fazer vista grossa aos abusos policiais. [...] Como entender urgente o que se protrai no tempo? [...] A facilidade do arguir-se urgência é forma espúria de desconhecer direitos, é subterfúgio para o exercício de força, é descumprimento do dever de acatar as diretrizes políticas assumidas pelo Estado. Impossível legalizar o ilícito. Deve, nestes crimes chamados permanentes, especificamente por durarem, não se reconhecer a urgência do flagrante próprio, pois nem se evita sua consumação, nem se impede maiores consequências, e, sobretudo, arrisca-se sequer determinar a autoria, interesse maior nesses casos. O argumento de urgência deve fundamentar pedido à autoridade judiciária, inclusive, modos legais de realização. [...] No caso do flagrante em crime permanente, vê-se com muita frequência não só o descumprimento da lei, mais que isto, um caminho perigoso a permitir retornem as más autoridade o modelo inquisitorial, buscando provar a qualquer custo, não se preocupando com mais nada, senão com a punição pela punição". **Ana Maria Campos Tôrres**

PRISÃO CAUTELAR E MEDIDAS ALTERNATIVAS

ALTERNATIVAS

< Capítulo 13 >
Prisão Cautelar e Medidas Alternativas
(Preventiva, Domiciliar e Temporária)

13.1 Regras, Funcionamento e Características

A – Definição:

A função da prisão cautelar e das medidas cautelares é a de evitar a interferência do acusado na produção regular das provas relativas ao caso penal (garantia da instrução criminal), impedir a reiteração de condutas criminosas (ordem pública) e garantir a utilidade de eventual sentença condenatória (aplicação da lei penal). A prisão temporária é utilizada para fins de investigação.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Prisão e Medidas Cautelares: O regime da prisão preventiva e das medidas cautelares será realizado na primeira parte do capítulo. Ao final será abordada a prisão temporária de modo específico. A distinção se justifica em face das funções distintas e da incompatibilidade da temporária com a Presunção de Inocência;

[Não se pode transformar a] "[...] presunção de inocência a um inútil engodo, demonstrando que o uso deste instituto, antes ainda de um abuso, é radicalmente ilegítimo e além disso apto a provocar, como a experiência ensina, o esvaecimento de todas as outras garantias penais e processuais". **Luigi Ferrajoli**

2) Características: São características das Medidas Cautelares: **a) instrumentalidade** (são os meios instrumentais para obtenção de um fim processual; não podem ser antecipação de pena); **b) responsividade** (devem ser requeridas pelos legitimados, com a demonstração concreta dos requisitos; adotado o modelo acusatório, não cabem de ofício); **c) coercitividade** (limitam ou reduzem Direitos Fundamentais); **d) legalidade/taxatividade** (reserva legal: devem estar previstas expressamente na lei processual penal, vedada a analogia em *malam partem*); **e) contemporaneidade** (os motivos devem ser atuais e objetivos); **f) proporcionalidade** (devem atender ao juízo de: **i)** *necessidade*; **ii)** *adequação*; e, **iii)** *proporcionalidade em sentido estrito*); **g) subsidiariedade** (a inexistência de alternativa menos gravosa aos direitos do imputado); **h) revisibilidade** (alteração dinâmica em face da superação dos motivos da decisão ou das fases processuais; "*rebus sic stantibus*"; a cada 90 dias); **i) provisoriedade** (a eficácia depende da perseverança dos motivos ou pelo decurso do prazo, p.ex. prazo da prisão temporária); **j) homogeneidade** (os efeitos das cautelares devem ser menos graves do que o da sentença condenatória, manifestado pela "proibição de excesso", p.ex. se a pena é regime aberto, vedada a prisão cautelar) e, **k) motivação** racional da

LAA, Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais: Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: I - relaxar a prisão manifestamente ilegal; II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; III - deferir liminar ou ordem de **habeas corpus**, quando manifestamente cabível".

CPP, art. 315: "A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada".

STF, HC 180.709 (Min. Gilmar Mendes): "2. Fundamentação em denúncia anônima sem diligências complementares. Ilegalidade. Precedentes. 3. Decisão carente de motivação. A motivação da decisão, além de cumprir com o requisito formal de existência, deve ir além e materialmente ser apta a justificar o julgamento no caso concreto. Ilegalidade de decisão que se limita a invocar dispositivo constitucional sem analisar sua aplicabilidade ao caso concreto e assenta motivos que reproduzem texto-modelo aplicável a qualquer caso. Aplicabilidade do art. 315, § 2º, CPP, nos termos alterados pela Lei 13.964/2019. 4. Ordem de habeas corpus concedida para declarar a ilicitude da busca e apreensão realizada e, consequentemente, dos elementos probatórios produzidos por sua derivação. Trancamento do processo penal por manifesta ausência de justa causa".

"causa provável", a partir da presunção de inocência, sustentada por evidências válidas (p.ex. observada a cadeia de custódia), concretas e contemporâneas, com indicação expressa do *Standard* probatório utilizado;

3) Presunção de Inocência e Devida Motivação: A prisão cautelar fundada em questões instrumentais, vinculadas ao processo, encontra compatibilidade constitucional. A Presunção de Inocência impõe regra de tratamento, probatória e de julgamento, pela qual se exige a demonstração (no no pedido e na decisão) da condição instrumental, por meio de indicadores concretos e contemporâneos (é vedado o manejo como modalidade de pena). A demonstração concreta e tangível dos requisitos é condição de validade do ato decisório, sob pena de ilegalidade e abuso de autoridade (CPP, art. 315, §§ 1º e 2º; LAA, art. 9º);

4) Proporcionalidade: Necessidade, Adequação e Proporcionalidade em Sentido Estrito: O art. 282 do CPP é expresso ao apontar a superação dos ditames do Devido Processo Legal, consistente na aplicação do princípio da proporcionalidade: *necessidade*, *adequação* e *proporcionalidade* (em sentido estrito). Por necessidade, a partir da intervenção mínima do Estado na esfera privada, proibindo o excesso e privilegiando a alternativa menos gravosa, pela qual se violará o menos possível os direitos fundamentais do afetado (especialmente liberdade e que poderá gerar efeitos equivalentes). Já adequação significa a relação positiva (apta) entre o meio e o fim da medida, ou seja, o meio empregado deve facilitar a obtenção do fim almejado. Não há sentido em se manter alguém preso cautelarmente se a pena a ser aplicada, ao final, não significar a privação da liberdade: o meio não se relaciona com o fim. E, proporcionalidade em sentido estrito implica em juízo acerca do custo-benefício da medida imposta, isto é, quais os princípios em jogo. Não se trata, como já visto, de mera ponderação à brasileira , nas quais incidem vieses e heurísticas incontroláveis;

"Epistemologia Jurídica tem sido empregada para fazer referência ao desafio de se justificar proposições sobre questões de fato que são apresentadas em um processo judicial. A questão que interessa é a justificação das proposições sobre os fatos que integram o raciocínio do julgador no momento em que se lhe exige uma decisão sobre quem merece a tutela jurisdicional no caso individual". **Janaína Matida**

5) Paradigma do HC 282.509 (STJ, Min. *Rogério Schietti Cruz*): A explicação lógica está no julgamento do HC 282.509 (STJ), Min. *Rogério Schietti Cruz*: *"Com efeito, as medidas alternativas à prisão preventiva não pressupõem, ou não deveriam pressupor, a inexistência de requisitos ou do cabimento da prisão preventiva, mas sim a existência de uma providência igualmente eficaz (idônea, adequada) para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo. É essa, precisamente, a ideia da subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição de excesso): o juiz somente poderá decretar a medida mais radical – a prisão preventiva – **quando não existirem outras medidas menos gravosas** ao direito de liberdade do indiciado ou acusado por meio das quais sejam possíveis, com igual eficácia, os mesmos fins colimados pela prisão cautelar. Trata-se de uma **escolha comparativa**, entre duas ou mais medidas disponíveis* – in casu, *a prisão preventiva e alguma(s) das outras arroladas no artigo 319 do CPP – igualmente adequadas e suficientes para atingir o objetivo*

*a que se propõe a providência cautelar. Desse modo, é plenamente possível que estejam presentes os motivos ou requisitos que justificariam e tornariam cabível a prisão preventiva, mas, sob a influência do princípio da proporcionalidade e à luz das novas opções fornecidas pelo legislador, deverá valer-se o juiz de uma ou mais das medidas indicadas no artigo 319 do CPP, desde que considere sua opção suficiente e adequada para obter o mesmo resultado – a proteção do bem sob ameaça – de forma menos gravosa. Vale dizer, cabível a prisão preventiva, não há dúvida de que poderia magistrado decretá-la, pondo a salvo, assim, o bem ameaçado pela liberdade do agente. [...] Semelhante opção judicial [*neste caso o Ministro refere-se à proibição de o acusado de ausentar-se da comarca (art. 319, IV, CPP) e utilização de monitoração eletrônica*] produzirá o mesmo resultado cautelar – evitar a fuga do réu e o consequente prejuízo à aplicação da lei penal – sem a necessidade de suprimir, de modo absoluto, a liberdade do acusado. Além do menor custo pessoal e familiar da medida – pois o não-recolhimento à prisão do réu o poupa, bem assim seus entes mais próximos, de um sofrimento desnecessário – o Estado também se beneficia com essa escolha, porquanto preserva vultosos recursos, humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém sob custódia, a par de diminuírem-se os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento (lesões corporais, tortura, ou mesmo homicídio, eventualmente cometidos por outros presos ou por carcereiros, transmissão de doenças infecto-contagiosas, criminalização do preso, estigmatização, etc.). [...] Os motivos justificadores da prisão preventiva são os mesmos que legitimam a determinação do recolhimento noturno ou qualquer outra das medidas cautelares a que alude o artigo 319 do CPP, sendo equivocado condicionar a escolha de uma dessas últimas ao não cabimento da prisão preventiva. Na verdade, a prisão preventiva é, em princípio, cabível, mas a sua decretação não é necessária, porque, em avaliação judicial concreta e razoável, devidamente motivada, considera-se suficiente para produzir o mesmo resultado a adoção de medida cautelar menos gravosa. [...] Decerto que nem todas as medidas cautelares possuem os mesmos requisitos exigidos para a decretação da medida restritiva extrema. Forçoso, então, concluir que pode ser cabível uma medida cautelar pessoal qualquer e não ser cabível a prisão preventiva".*;

6) Enquadramento Cautelar: O que está em questão é a prisão cautelar e não a antecipação dos efeitos da sentença condenatória. Nenhum agente processual foi contratado pelo Estado (em geral por concurso público) para dar a sua opinião pessoal do lugar e função de agente estatal. Seria ineficiente que cada engenheiro, médico, administrador, servidor público em geral, pudesse livremente escolher quais os critérios de decisão no espaço público (a distribuição de **Confiança** é limitada ao espaço conferido pela legalidade: certa margem de discricionariedade). O perigo de manipulação (dolosa ou culposa) das premissas decisórias pode ocorrer pela antecipação de conclusões de mérito. A Premissa Fática deve atribuir a probabilidade de existência de **causa provável**, a partir de *standard* probatório reduzido (conforme a fase do processo), associada à Premissa Normativa (tipo imputado) e ao preenchimento

STJ, HC 155.665 (Min. Laurita Vaz): "Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. Ressaltou-se que a privação cautelar da liberdade individual se reveste de caráter excepcional, sendo, portanto, inadmissível que a finalidade da custódia provisória, independentemente de qual a sua modalidade, seja deturpada a ponto de configurar antecipação do cumprimento da pena. Com efeito, o princípio constitucional da presunção de inocência se, por um lado, não foi violado diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares, por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado. Dessa forma, a privação cautelar do direito de locomoção deve-se basear em fundamento concreto que justifique sua real necessidade".

CPP, art. 313, § 2º: "Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia".

dos requisitos da custódia cautelar. Assumimos que a "**heurística da satisfatoriedade**" pode bloquear a abertura cognitiva e turvar o raciocínio adequado ao momento cautelar. A motivação será o meio de verificação do preenchimento dos requisitos legais, de modo concreto, objetivo e tangível;

7) Proibição de Prisão de Ofício: O Pacote Anticrime proibiu expressamente que o juiz, em qualquer fase (investigação ou processo), decrete a prisão preventiva de ofício (CPP, art. 311 e 282, §§ 2º e 4º). Além de estar em vigor, o STF reconheceu a eficácia (HC 188.888, Min. Celso de Mello), ainda assim o comportamento contrário continua operante. A adequação judicial ao comportamento desejado (não decretar prisão de ofício), depende da efetiva existência de responsabilização, mecanismos de ***Compliance*** e, se necessário, punição (LAA , art. 9º). Do contrário, cada juiz continuará a fazer o que bem entender, potencializando a continuidade do atual "estado da arte", em que não há estabilidade, coerência, consistência e previsibilidade do comportamento judicial;

"Ao juiz é vedado manter eventual prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar outrora decretada em desfavor do acusado na hipótese de pronunciamento contrário do Ministério Público, seja expressamente tratando da segregação cautelar, como o requerimento de relaxamento de prisão ou de revogação da preventiva ou mesmo parecer favorável diante de pedido da defesa, seja de forma implícita, com ato incompatível com o desejo de submeter o acusado à prisão cautelar, como obviamente é o pedido de absolvição ou de impronúncia". **Lenio Streck, Gina Muniz e Jorge Bheron Rocha**

8) Contraditório Direto ou Diferido: O contraditório se materializa pela defesa direta e/ou técnica, a se realizar na **Audiência de Custódia** (diferido) ou antecipadamente. Se **direto**, oitiva da defesa antes da decisão; Se **diferido**, deve ser produzida nova decisão, superando as objeções ou argumentos defensivos (viola a regra da devida motivação a prática de 'manter pelos próprios fundamentos a decisão anterior'). Decisão serve para demonstrar a "ausência de arbitrariedade" (se os argumentos e objeções não são afastados, a decisão será arbitrária). Segue-se que a decisão proferida no contraditório **diferido** deve rebater as objeções apresentadas, não bastando a mera referência às páginas do decreto de prisão. Será preciso "atualizar" a decisão, adotando-se parcialmente os argumentos anteriores, desde que se afaste as novas objeções de modo direto, além de promover as devidas inferências lógicas, por mediadores racionalmente justificados;

"É preciso compreender quais são os elementos formadores e estruturadores à convicção do juiz no que concerne a decretação da prisão preventiva. [...] Os fundamentos que levaram a restringir a liberdade do indivíduo devem ser motivadamente explicitados, e mais do que isto, é preciso que sejam revestidos de clareza, a fim de que não existam razões ocultas ensejadoras ao acautelamento por parte do magistrado". **Michelle Aguiar**

9) Distribuição da Probabilidade dos Erros: Se a pena restritiva de liberdade é o possível desfecho do julgamento do Caso Penal, a limitação cautelar da liberdade deve se vincular aos fins processuais. Do contrário, transforma o imputado em objeto, violando a dignidade da pessoa humana. A depender da fase processual, ademais, sequer há produção de prova em contraditório. A decisão de prisão cautelar precisa manifestar-se expressamente sobre a "causa provável" objeto do processo, estipulando o ***standard*** **probatório** utilizado para decretação da prisão (ou das medidas cautelares). Em seguida, deve estimar a **probabilidade** de o agente se comportar de modo vedado, a partir de indicadores objetivos, concretos e tangíveis. É inválida a utilização de argumentação vaga, descolada do suporte fático dos autos. É que se a condenação deve obter grau de suficiência do discurso sobre os fatos, a prisão cautelar, com maior vigor, exige maiores cuidados, especialmente para evitar os falsos positivos. O **Erro Tipo 1** (aceitar como verdadeiro ou provado

fato falso) e **Erro 2** (não aceitar como verdadeiro ou não provado o fato verdadeiro) são distribuídos de modo diverso. A decisão política, a partir da **Presunção de Inocência**, busca evitar o **Erro 1**, ou seja, a prisão de inocente, por meio da imposição de exigências probabilísticas maiores. A **probabilidade** de erros, diante da **distribuição assimétrica** (em favor do acusado: Presunção de Inocência) não consegue extinguir os erros de "falso positivo" porque depende da atribuição por parte dos agentes processuais, cujos critérios podem variar (muito, afinal os humanos não lidam bem com a probabilidade). O escopo da estrutura decisória é a de reduzir o risco (o *Standard* Probatório serve como critério para redução do **Erro 1**):

	Fato Verdadeiro	Fato Falso
Provado	Acerto (condena culpado)	**Erro 1 (condena inocente)**
Não Provado	**Erro 2 (absolve culpado)**	Acerto (absolve inocente)

10) Prisões Obrigatórias: As prisões obrigatórias violam expressamente a garantia da presunção de inocência**.** Aqui incide o viés do S1 no sentido de manter o conduzido preso, dada a facilidade – decisões prontas, não fossem as decisões prontas erro de avaliação que desconsidera a teoria do caso. A prisão é cautelar ao processo e não à sociedade, ou seja, somente se pode prender para garantia da prova e aplicação da lei penal. Imputações sem violência nem grave ameaça, frases feitas de medo, terror, pânico e escalada de criminalidade não deveriam seduzir, mas seu manejo dependerá do julgador e do contexto da decisão, até porque muitos aderem ao modelo da Defesa Social. A pertinência de cada prisão deve ser demonstrada na hipótese singular de modo concreto e contemporâneo. Não serve, para decretação da prisão, a vedação genérica da liberdade provisória, como na Lei de Drogas, condenação maior de 15 (quinze) anos no Júri (CPP, art. 492, "e") ou Estatuto do Desarmamento, porque a vedação genérica é **inconstitucional** (STF, Adin 3.112-1). A lei não pode restringir o acesso à justiça, ou seja, o art. 5º, XXXV, da CR, preconiza que o pedido de liberdade, pressuposto da democracia, deve ser analisado. Sempre. A restrição genérica vincula-se à compreensão inquisitória de processo, da qual se deve passar longe**;**

O art. 44 da Lei de Drogas foi declarado inconstitucional. (STF, HC 104339/SP) A prisão é cautelar e não por resultado de uma mera imputação. O sujeito é somente acusado e não condenado. E por militar em seu favor a presunção de inocência, mera disposição legal, por si, não pode justificar a prisão. Os requisitos legais deveriam ser demonstrados. As disposições do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03) também (STF, ADIN n. 3.112-1) e Repercussão Geral (RExt. 1.038.925).

"Surgida contemporaneamente à revolução francesa e reforçada pela Criminologia Positiva, a ideologia da defesa social é constituída pelos seguintes princípios: a) princípio da legitimidade, segundo o qual o estado está legitimado para reprimir a criminalidade, por meio das instâncias formais de controle; b) princípio do bem e do mal, que considera o delito uma disfunção e o delinquente um elemento negativo para a sociedade; c) princípio da culpabilidade, para o qual o delito é o resultado de uma atitude interna reprovável, pois se contrapõe a normas aceitas consensualmente pela sociedade, mesmo antes de serem sancionadas; d) princípio da finalidade ou da prevenção, que acredita que a pena tem a função de retribuir e de prevenir a prática de delitos; e) princípio da igualdade, segundo o qual o delito é o comportamento de uma minoria desviante e o sistema penal se aplica de igual maneira a todos; f) princípio do interesse social e do delito natural, que afirma que os delitos definidos pelos códigos representam ofensa a interesses comuns a toda a sociedade e que apenas pequena parte decorre de arranjos políticos circunstanciais (BARATTA, 2002, p. 41-42)". **Fabiana Costa Oliveira Barreto**

11) As Razões dos Pedidos de Prisão: A tendência argumentativa dos pedidos de prisão cautelar é o de construir a narrativa de modo tal a não considerar o material colidente com a tese defendida, moldando a versão acusatória por meio de conectores lógicos (mediadores) forçados e/ou parciais. Em geral, a autoridade policial ou o MP buscam justificar o pedido de modo a obter a adesão do julgador, desprezando as evidências favoráveis à defesa. Mais complicado, ainda, é quando pretende despachar para acrescentar informações que não pode ou não quer inserir no pedido (atitude oportunista), mas que conta com a leniência de muitos. Valem-se, também, do fator "**urgência**" para "constranger" o julgador, evitando a análise precisa e acurada. Desde já se percebe as táticas diversas. Enquanto a **acusação** procura sublinhar a importância da **coletividade**, da segurança

"A dissonância cognitiva provocará ações do sujeito para reduzir o sentimento de aversão. O sujeito poderá mudar seu comportamento, a fim de conciliar aquela relação de oposição ou então, ignorará aquele fato, no escopo de manter a coerência interna do sistema de experiências vivido. Ambas as ações consistem em reduções de dissonância. O que pode ser notado claramente é que a contraparte do processo de consonância é a tendência a se evitar aquelas informações que infirmem as crenças e que se prestariam a servir como suporte para alternativas àquelas hipóteses".
Ricardo Jacobsen Gloeckner

"O desconhecido, a informação assimétrica, o futuro, são fatores que compõem a decisão judicial, justamente porque operam no campo da probabilidade, em que os indicadores não são mais do que predições. [...]. Munidos dessas noções se pode analisar a questão do encarceramento e também das prisões cautelares. Por exemplo, a decisão sobre a liberdade do conduzido em uma audiência de custódia, para além da discussão normativa da prisão (CPP art. 312), exige um salto para o futuro, desconhecido por definição. Isso porque, com a liberdade do agente, a probabilidade subjetiva de praticar alguma nova conduta criminalizada, evadir-se do distrito da culpa, destruir provas, agir de forma tal a prejudicar a instrução criminal, é diferente de zero".
Alexandre Morais da Rosa e Thiago Oliveira Castro Vieira

"Em uma sociedade política, econômica, cultural e racialmente desigual, com constantes ativismos escravocratas e ditatoriais (Saulo Mattos; Luciano Góes), que não apenas aceita, como comemora as mazelas do cárcere brasileiro sem se importar com os números inadmissíveis do genocídio em curso (Vinicius Assumpção), o risco para o magistrado não é prender demais, mas sim soltar aqueles selecionados por nossa política criminal. Os que cumprem a Resolução 62 do CNJ é que são tendencialmente perseguidos. Não raras vezes os juízes brasileiros sofrem ataques por parte da mídia e dos seus próprios pares por decisões que restituem a liberdade".
Alexandre Morais da Rosa e Thiago Oliveira Castro Vieira

coletiva, da escalada do crime, do discurso do ódio (destilado nas redes sociais), argumentos estranhos à finalidade processual da prisão, a **defesa** insiste em discutir os requisitos legais para manutenção da prisão naquele processo, com aquele acusado. E a manutenção da prisão depende de diversos fatores anteriormente mostrados, buscando compreender o modo como pensam os jogadores, suas recompensas e, principalmente, o contexto espaço-temporal em que a decisão será tomada;

12) *Fumus Boni Iuris* e *Periculum In Mora*: A definição de modo tangível e concreto do: **I)** ***fumus boni iuris***: **causa provável**, a partir de *Standard* probatório reduzido, capaz de autorizar inferências prováveis de materialidade, autoria e culpabilidade; prova suficiente, por evidências objetivas, da ação ou omissão do agente em face dos fatos objeto da persecução; e, **II)** ***periculum in mora***: risco tangível, provável e concreto, vedado o uso genérico da categoria risco, sob pena de nulidade da decisão. A decisão válida pressupõe a demonstração do risco concreto por meio de motivação adequada, com suporte probatório hígido;

13) Função Processual da Prisão Cautelar e das Medidas Cautelares: A função da prisão cautelar e das medidas cautelares é a de **evitar** a interferência do acusado na produção regular das provas relativas ao caso penal (garantia da instrução criminal), **impedir** a reiteração de condutas criminosas (ordem pública) e **garantir** a utilidade de eventual sentença condenatória (aplicação da lei penal). A garantia da Presunção de Inocência precisa ser levada a sério, evitando-se prisões anteriores ao julgamento definitivo. A tentação *criminológica* de **Defesa Social**, ou seja, de julgar o acusado e não a hipotética conduta, escorrega na cadeia de significantes previstos na lei, até porque a legislação utiliza-se de termos claramente *vagos* e *ambíguos* para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos, valendo, por todos, a **anemia semântica** do art. 312 do CPP: *ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal.* De fato, aquele que conhece um pouquinho da estrutura linguística pode construir *artificialmente* tais pseudos requisitos, cuja *falsificação* – pressuposto –, diante da contenção, será inverificável. Em outras palavras, se deferida a prisão, os argumentos se desfazem. Afinal, o acusado estará preso e não se poderão verificar os ditos motivos da prisão;

14) Garantia da Instrução Criminal: A garantia da instrução processual se vincula à produção probatória (colheita de depoimentos, produção de provas etc.) em que a liberdade do imputado configure obstáculo concreto, objetivo e contemporâneo, por evidências tangíveis (não basta mera precaução) ao *fair play* (CPP, art. 282 e 313), com a indicação expressa do juízo de **probabilidade** dos atos capazes de interferência na higidez da instrução processual. É inválido o uso genérico de que o "acusado pode interferir" (mero juízo de possibilidade; exige-se probabilidade). A motivação deve referir ao suporte fático da probabilidade da conduta. Deve decorrer de fatos concretos e não de suposições em face

da imputação, eventualmente gravosa (a mera "gravidade" abstrata é inválida). A hipótese se justifica somente até a produção da prova, especialmente nos casos de testemunhas suscetíveis à pressão. **Finalizada a instrução**, o fundamento para prisão se desfaz, configurando abuso de autoridade a manutenção. Aliás, diante da alteração do procedimento ordinário, o uso retórico das Súmulas 52 *(Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal.)* e 21 (*Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução*.), é espúria, porque ou a decisão é proferida no ato ou a prisão ilegal, salvo se por nova justificativa e suporte fático diverso. Entre o encerramento da instrução, eventuais memoriais e sentença em gabinete, a custódia é carente de base legal. Por certo a sentença poderá novamente analisar os requisitos da custódia cautelar (CPP, 387, § 1º e art. 413 § 2º). O fato de o acusado ter ficado preso para fins de instrução não é causa suficiente à continuidade da prisão manutenção, já que os indicativos devem ser concretos e não etéreos, genéricos e/ou retóricos**.** Tanto na decisão condenatória, quanto na de pronúncia, exige-se expressamente a motivação adequada. Em resumo e de **modo direito**, a decisão deve apontar qual a conduta do acusado que, em juízo probabilístico, visa: **impedir**, **dificultar** ou **obstaculizar**, de modo concreto, a produção das provas durante a investigação ou instrução processual, a partir dos seguintes **critérios**: **a)** risco concreto e tangível de destruição, alteração, ocultação, supressão ou falsificação de elementos probatórios; e/ou, **b)** risco concreto e tangível de influência, ameaça ou pressão sobre a vítima, informantes e/ou testemunhas;

"Analisando o contexto latino americano, percebe-se um intenso processo de reformas legislativas no âmbito do sistema de justiça criminal. Essas reformas envolveram a substituição de sistemas inquisitivos por sistemas acusatórios e, por sua vez, em matéria de prisão preventiva, uma transição de um paradigma de encarceramento e automatismo em sua aplicação a uma lógica de precaução e redução de danos. Um dos principais objetivos de todas essas mudanças está na racionalização do uso da prisão preventiva de acordo com, não só, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como também, e principalmente, com as normas internacionais de Direitos humanos". **Thiago Minagé**

15) Aplicação da Lei Penal: A contenção cautelar pela aplicação da lei penal se verifica quando, por indicativos concretos, o imputado demonstre movimentos de fuga à aplicação da lei ou tenha histórico similar. No caso de reiteração de conduta criminalizada, atendida a situação do contexto do caso, também, poderá ser analisada a pertinência da medida. Exige-se fundamentação concreta e não meras especulações e/ou presunções. Não se confunde com a situação de ausência do acusado aos atos processuais**,** a saber, pelo fato de o acusado não atender aos chamados de audiência, por exemplo, só por isso, incabível a prisão cautelar pelo fundamento da aplicação da lei penal, mormente quando intimado ou submetido a medidas cautelares devidamente observadas. É direito do acusado não produzir prova contra si mesmo e, nessa hipótese, a prisão seria decorrente do exercício de direito, situação intolerável democraticamente. O acusado não precisa estar nos atos processuais, mas deve estar disponível ao Juízo. A tática deve ser bem ponderada, comunicada ao Juízo antecedentemente, porque a ausência do acusado é tida como desrespeito às determinações do Juízo, tendendo a ser causa (mesmo espúria) ao decreto de prisão. Se o acusado já cumpriu pena anteriormente, o fato deve ser interpretado a seu favor (não se evadiu de condenações antecedentes). Em resumo e de **modo direto**, a decisão deve apontar qual a conduta do acusado que,

em juízo probabilístico, visa: mitigar o risco concreto de não aplicação dos efeitos da futura sanção, a partir dos seguintes **critérios**: **a)** histórico pessoal de fuga; **b)** indicadores concretos de preparação imigração ou desaparecimento (saída do emprego, passaporte ou visto novo para países sem acordos de cooperação); **c)** comportamento processual durante o procedimento (manutenção do endereço, cumprimento de cautelares etc.); **d)** alienação e desfazimento de bens sem justificativa; e, **e)** *quantum* da pena estimado na hipótese de condenação, associado aos itens anteriores;

16) Garantia da Ordem Pública: O fundamento da ordem pública é retoricamente manipulável, afinal de contas qual a conduta criminalizada que não alterou a dita "ordem social"? O art. 312 do CPP utiliza-se de termos claramente 'vagos' e 'ambíguos' para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos, valendo, por todos, a **anemia semântica** do art. 312 do CPP. A **imputação**, em **abstrato**, não é fundamento capaz de autorizar a prisão cautelar. O STJ entende possível a prisão para garantia da ordem pública nos casos de reiteração delitiva, participação em Organizações Criminosas, gravidade em concreto da conduta, "periculosidade social do agente", ou pelas circunstâncias (*modus operandi*) em que foi praticada a conduta imputada (STJ, HC 311.909; RHC 054.750; HC 003.660; HC 312.368). Em **resumo** e no limite, a prisão para garantia da ordem pública visa evitar o risco concreto de **reiteração** de condutas delitivas pelo agente, a partir dos seguintes **critérios**: **a)** existência de imputações em curto período de tempo, relacionadas a bens jurídicos correlatos; **b)** descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão em processos antecedentes; e, **c)** investigação ou processo envolvendo múltiplas infrações com o mesmo *modus operandi*. Nas hipóteses de garantia da **ordem econômica** e do sistema financeiro (Leis 8.884/94 e 7.492/86), os requisitos devem se vincular à conduta imputada/apurada e não a aspectos genéricos, mas da gravidade e potencialidade coletiva decorrente da manutenção da liberdade do agente de modo concreto e contemporâneo;

"A ideia de ordem pública, longe de representar um conceito que pode ser corretamente delimitado constitui um recurso retórico do legislador, utilizado 'com o objetivo de superara a rigidez tipificadora da dogmática jurídica, e que implica a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da certeza jurídica'". **Antônio Magalhães Gomes Filho**

TJRS, ApCrim. 70006140693 (Des. Amilton Bueno de Carvalho): "O 'clamor público', a 'intranquilidade social' e o 'aumento da criminalidade' não são suficientes à configuração do periculum in mora: são dados genéricos, sem qualquer conexão com o fato delituoso praticado pelo réu, logo não podem atingir as garantias processuais deste. Outrossim, o aumento da criminalidade e o clamor público são frutos da estrutura social vigente, que se encarrega de os multiplicar nas suas próprias excrescências. Assim, não é razoável que tais elementos – genéricos o suficiente para levar qualquer cidadão à cadeia – sejam valorados para determinar o encarceramento prematuro. – A gravidade do delito, por si-só, também não justifica a imposição da segregação cautelar, seja porque a lei penal não prevê prisão provisória automática para nenhuma espécie delitiva (e nem o poderia porque a Constituição não permite), seja porque não desobriga o atendimento dos requisitos legais em caso algum. À unanimidade, concederam a ordem".

17) Demais hipóteses: As possibilidades de prisão cautelar são diversas, especialmente pela profusão de leis esparsas e regramentos específicos. Mesmo assim vale indicar alguns casos de aplicabilidade**.** Quando houver dúvida fundada sobre a **identificação criminal do acusado** (CPP, art. 313, parágrafo único c/c Leis 12.037/09 e 12.654/12), cabe prisão cautelar até o momento em que é esclarecida a identidade. Nos casos de **extradição** (Lei 6.815/80, com a redação dada aos arts. 80-82, pela Lei 12.878/13), também, o regime de prisão cautelar deve atender ao resultado útil da medida pretendida, não se confundindo com a antecipação de seus efeitos. Na hipótese de **descumprimento de medidas cautelares** (CPP, art. 319), pode se avaliar a justificativa democrática da prisão cautelar (CPP, art. 282, § 4 e § 5º), estabelecido, antes, o contraditório, a substituição por outra medida ou a cumulação com diversa. Ademais, deve estar presente fato concreto e não meramente normativo (descumprimento). Nos casos

de **Violência Doméstica** reconhece-se que a prisão pode se vincular ao cumprimento e garantia das medidas cautelares (STJ, HC 306070; RHC 051.683), diante dos direitos e interesses em jogo (vulnerabilidade da vítima);

18) Regras de Segunda Ordem: Mais uma vez dependeremos do **Esquema Decisório** dos agentes processuais e das "regras de segunda ordem" (não ditas, indiretas) sobre a finalidade do processo e a função da prisão cautelar. Parcela significativa da magistratura entende que a prisão cautelar torna as cidades seguras, o agente deve permanecer preso antecipadamente, quem sabe cumprir toda a pena, até que se confirme a decisão. Pensam eles conforme a matriz inquisitória. Uma outra parcela compreende que a presunção de inocência prepondera, que o acusado deve aguardar a definição de sua culpa até o trânsito em julgado, para somente depois, iniciar o cumprimento da pena (STF, HC 100.430). A **gravidade** do crime ou os antecedentes do acusado, isoladamente, não são suficientes para manutenção/decretação da custódia cautelar. O contexto social e midiático (incluindo redes sociais) promove a construção (imaginária) de cenário de valorização das condutas violentas gerando, com isso, pressão externa na motivação (oculta) dos julgadores, porque incide a **heurística da disponibilidade**, pela qual as contingências sociais contaminam o caso, dificultando o enquadramento e promovendo o efeito do "bode expiatório" (*René Girard*)**.** Com isso, diante do ambiente violento, o acusado passa a ocupar o lugar de quem é o "representante do mal", pagando uma conta que não é, necessariamente, sua. A obtenção de informações preliminares sobre o modo de pensar dos agentes processuais é ganho tático. Decidir sobre a prisão se dá sempre por meio da estimativa de probabilidade, cujos critérios são de conteúdo variado, alguns "ocultos". Dentre os mecanismos não ditos está o da consulta dos antecedentes do acusado. Boa parte dos agentes estatais, em caso de dúvida, consulta a "ficha de antecedentes". É código oculto da prática forense que serve de **heurística**, contaminando o raciocínio por inferência inválida (correlação não é sinônimo de causalidade). Por isso, deve ser levado a sério no estabelecimento da tática defensiva, porque fingir que eles não existem, constitui-se em grave erro de atuação. Com amplo acesso aos sistemas de ocorrências, não raro, o membro do Ministério Público diligencia para saber quantos Boletins de Ocorrência o acusado possui e, com isso, "solidificar" o critério inválido da decisão pela custódia cautelar (incide nas armadilhas cognitivas da representatividade e da correlação ilusória). Se a gravidade genérica da conduta imputada não justifica a prisão, quanto mais fatos passados. A existência ou não de antecedentes (e até mesmo simples registros), pode ser desastrosa na avaliação da custódia cautelar do imputado. A **comprovação** de **ocupação lícita** é herança totalitária, a saber, quando o CPP foi editado, na sua versão original, era vedada a concessão de liberdade provisória para o acusado considerado *vadio*, exigindo-se, para tanto, o então denominado "atestado

de ocupação lícita". Em sendo o **trabalho** direito e não dever (CR, art. 7º), tal exigência é incompatível com a Democracia, sem contar que, diante da quantidade de pessoas desempregadas, estes seriam penalizados por não terem emprego. Aliás, se o acusado trabalha e usa uniforme, com crachá, diante do **Efeito Halo**, convém comparecer aos atos judiciais devidamente trajado com a roupa de serviço. Exigir prova de ocupação lícita é abusivo, mas opera na lógica dos vieses e heurísticas, porque se o imputado está "trabalhando", opera como sinalizador potente da liberdade;

"A familiaridade dos exemplos – bem como sua recenticidade – também pode produzir uma distorção na estimativa da frequência. [...] Os jornalistas e os repórteres de notícias nos superexpõem a alguns fatos e nos subexpõem a outros. [...] Falam-nos de fatos violentos, como incêndios e assassinatos com muito mais frequência do que de causas de morte menos dramáticas (e mais comuns). Há cem vezes mais mortes por doenças do que por assassinato e, no entanto, os jornais trazem o triplo de artigos sobre assassinatos". **Margaret Matlin**

19) Uso Oportunista da Prisão Cautelar: A partir da Teoria dos Jogos as medidas cautelares podem configurar como mecanismos de *pressão cooperativa* e/ou *táticas de aniquilamento* (simbólico e real, dadas as condições em que são executadas), para fins de colaboração premida (**Dilema do Prisioneiro**). A prisão do indiciado/acusado é modalidade de guerra com *tática de aniquilação*, uma vez que os movimentos da defesa estarão vinculados à *soltura*. *Clausewitz* deixou herdeiros no processo penal ao apontar que a pressão pela liberdade ou por finalizar o processo ajuda na estratégia, uma vez que atua no centro de gravidade: a *liberdade*. Além disso, a facilidade probatória (testemunhas e informantes com memória mais próxima da conduta, mídia acompanhando etc.) e redução da condição do acusado a objeto (subjugação psicológica do acusado, defensor, familiares etc.) podem ser úteis à acusação, como já apontava o Manual dos Inquisidores. Mas se constituem como práticas típicas de abuso de autoridade;

"Não menos inquietantes são os resultados trazidos por Ricardo Gloeckner. No âmbito das cautelares, Gloeckner pôs-se a investigar os reflexos que a decretação de prisão preventiva pode acarretar à decisão de mérito. Entre 03/10/2012 e 31/12/2013, foram examinados os desfechos de todos os processos que contaram, em seu decorrer, com a decretação de prisão preventiva. No universo de 90 processos com decretação de cautelar, constatou-se 90 acórdãos condenatórios. Ou seja, em 100% dos casos a existência de uma prisão cautelar foi critério definitivo para a condenação penal. A circularidade do raciocínio dos magistrados é evidente: a prisão preventiva das etapas iniciais pressupõe que o julgamento de mérito será ao fim do processo; o julgamento de mérito ao fim do processo justifica-se na prisão preventiva decretada nas etapas iniciais do processo". **Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa**

20) Prazo e Revisão da Prisão (Limites e Abusos): Embora o Brasil não tenha adotado o prazo máximo de duração do processo, diante da cláusula do julgamento sem demoras (**prazo razoável**), antes da reforma de 2008, apontava-se o prazo máximo de *81 (oitenta e um) dias*. O STJ editou as Súmulas n° 52 (*Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo*) e n° 64 (*Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa*), rejeitando o excesso de prazo depois de finalizada a instrução ou por ação defensiva. As súmulas careciam de sentido, já que não há correlação entre o fato de se encerrar a instrução e a manutenção da prisão cautelar, salvo por comportamento defensivo, na linha do *venire contra factum proprium*. A atual conformação dos procedimentos (CPP, art. 394, §§ 2º e 5º, art. 400 c/c art. 403), mediante *audiência única* e julgamento oral no próprio ato, as Súmulas 52 e 64 perderam o sentido (se é que um dia tiveram)**.** Computando-se os prazos do novo procedimento, o Conselho Nacional de Justiça editou o *Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal* e, depois, o *Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal*, pelos quais, "*ultrapassado o prazo estimado para a duração razoável do processo"*, fixado em **105 (cento e cinco) dias,** prorrogados **por mais 26 dias**, no caso de aplicação do § 3º do art. 403, do CPP, desde que justificada a necessidade, cotejadas a partir dos critério indicados pelas Cortes de Direitos Humanos: **a)** complexidade

"A frase do procurador da República, Manoel Pastana, causou justificada perplexidade: 'o passarinho pra cantar precisa estar preso'. [...] Diante desse contexto, estaria 'justificada' a prisão para forçar o passarinho a 'cantar' — em verso e prosa — como foi cometido o delito, em um "negócio" que o Estado faz com o criminoso. Visivelmente trata-se de modalidade de prisão-guerra, utilizada como tática de aniquilação do outro, típica do dilema do prisioneiro. O recurso ao *shock and awe* na investigação preliminar remete às estratégias sistematizadas por Nicolau Eymerich no *Manual dos Inquisidores* [...] como observou Cordero, no auge do esplendor inquisitório o processo tornou-se assunto terapêutico; a pena era considerada um remédio; querendo ou não, o imputado era coagido a cooperar. A ferramenta inquisitorial desenvolveu um teorema: culpado ou não, o imputado detém a verdade histórica; cada questão será seguramente resolvida, bastando que o inquisidor entre em sua cabeça. Não havia um diálogo formalmente regulado: o sistema era voltado para um animal que confessava. Como arte dirigida à obtenção da confissão, o processo inquisitório necessita de tempo para manipular o acusado; expediente instrutório, essa custódia é um instrumento de ofício: em ambiente normal, o acusado não confessaria. As características do sistema conformavam uma objetificação de corpos: para o inquisidor, era necessário dispor do corpo do herege, para que fosse esquadrinhado, decomposto analiticamente e recomposto como objeto de um saber possível, de acordo com a conformação dogmática de um conjunto de verdades e procedimentos preestabelecidos. [...] Se isso já é assustador, o que dizer do comentário de Francisco De La Peña (que ampliou o *Directorum Inquisitorum*)? Para ele, Eymerich tem absoluta razão quando fala da total inutilidade da defesa: o papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido". **Salah Khaled Jr**

do Caso Penal; **b)** comportamento da acusação e da defesa; e, **c)** atuação do órgão jurisdicional;

21) Revisão a Cada 90 Dias (CPP, art. 316): A Lei 13.964/19 deu nova redação ao art. 316, do CPP, criando não só a constante demonstração, em motivação idônea, da atualidade e necessidade da prisão, como a revisão obrigatória. A prisão deve ser revista, para garantia do aspecto contemporâneo dos fundamentos, a cada 90 (noventa) dias (CPP, art. 316, parágrafo único.) Conforme a orientação do STF (HC 191.386 e MC da SL 1.395), a consequência da prisão ilegal foi mitigada, sendo necessário instar o julgador para reanálise, nos seguintes termos: "*a inobservância do prazo nonagesimal do art. 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.*" A decisão enquadra a situação de modo equivocado. Concordamos com a leitura formulada por *Rafaela Baldissera* segundo a qual: **a)** a revisão deve ocorrer a cada 90 dias pelo órgão emissor, enquanto não proferida sentença condenatória, ocasião em que, por força do art. 387, § 1º, do CPP o juiz deverá analisar os aspectos contemporâneos da justificativa da prisão cautelar; e, **b)** proferida decisão condenatória, com prisão cautelar, cabe ao Tribunal, quando instado pela defesa, reanalisar os requisitos, sendo inaplicável o art. 316, parágrafo único, do CPP;

CNJ, Plano de Gestão de Funcionamento das Varas Criminais: "A prisão preventiva, em tese, passa a ser considerada ilegal, devendo ser providenciado o seu relaxamento."

"Conseguir um limite claro a partir do qual não há mais como se falar em razoabilidade da dilação". **Fauzi Hassan Choukr**

"Se, inteligentemente, não confiamos nos juízes a ponto de delegar-lhes o poder de determinar o conteúdo das condutas puníveis, nem o tipo de pena a aplicar, ou sua duração sem limites mínimos e máximos, nem as regras de natureza procedimental, não há motivo algum para confiar a eles a determinação do prazo máximo razoável de duração do processo penal". **Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró**

22) Teste de Validade da Decisão de Prisão Cautelar: A **presunção de inocência** (regra de tratamento) é **compatível** com a prisão cautelar (e as medidas cautelares; art. 319), **desde** que preenchidos os requisitos legais em decisão provida de motivação adequada (CPP, art. 282, § 6º). A **função** da **motivação** e a de demonstrar as justificativas públicas das medidas restritivas de Direitos Fundamentais. Se as **razões** forem **insuficientes**, **ausentes** ou **incompletas** (CPP, art. 315, §2º), a prisão ou as cautelares serão **arbitrárias**. O **teste** dos requisitos deve considerar se: **a)** a hipótese está prevista em lei; **b)** foi requerida pela autoridade policial e/ou acusação (jamais de ofício); **c)** a função é instrumental e não de pena antecipada; **d)** motivada de modo racional, a partir da Presunção de Inocência, por meio de conectores lógicos capazes de atribuir nexo entre a hipótese e o caso penal; **e)** baseada em evidências válidas, concretas e contemporâneas, com indicação expressa do *standard* probatório utilizado; e, **f)** necessária, adequada e proporcional (homogênea e insuficientes as medidas cautelares do art. 319 do CPP). A **resposta positiva** a todos os 6 (seis) passos autoriza o decreto de prisão preventiva. Ausente qualquer resposta positiva, a prisão é ilegal. Ademais, diante do "estado de coisas inconstitucional" declarado pelo STF no julgamento da ADPF 347, com lotação carcerária, associada à COVID, a decisão de prisão preventiva deve levar em consideração a situação dos estabelecimentos penais em que o acusado será segregado;

CPP, art. 316**.** "O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal."

CPP, art. 387, § 1º: "O juiz, ao proferir sentença condenatória, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta."

"Se o prazo nonagesimal deve ser observado pelo órgão emissor, está-se diante do primeiro grau de jurisdição que, enquanto não houver prolação final do juiz – emissor da prisão preventiva –, essa deverá ser reanalisada, inclusive de ofício, a cada 90 dias. Entretanto, após prolação do édito condenatório, esgotada estará a jurisdição daquele que emitiu a custódia cautelar, não havendo que se falar, pois, em revisão da sua manutenção em outras instâncias". **Rafaela Baldissera**

23) Cautelares diversas da prisão: CPP, art. 319: A imposição de **medidas cautelares** (CPP, art. 319), vincula-se ao resultado do processo,

"Nas duas últimas décadas, muito se trabalhou para elaboração de uma doutrina que explique e regule a prisão preventiva, desde que, tenha base constitucional e indubitavelmente fundada em princípios constitucionais oriundos dos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos. Dentro desse contexto, entendo que, deve-se construir *standards* de intolerabilidade da prisão preventiva, ou seja, situações negativas, impeditivas do uso da medida prisional. Isso significa que, apenas em casos extremos, que transcendam a construção epistemológica impeditiva de uso, com duração previamente determinada e revisão periódica da necessidade de manutenção que a Prisão Preventiva poderá ser utilizada". **Thiago Minagé**

não podendo ser aplicação *light* antecipada da pena**.** Devem ser analisadas antes da prisão preventiva (por serem menos gravosas), tendo por pressuposto a demonstração da pertinência (do nexo; da correlação) entre a medida e a utilidade instrumental pretendida . A presunção de inocência (o forte a ser tomado pela acusação) milita em favor da defesa. O que deveria servir para mitigação do sistema de controle, transformou-se em mecanismo de pressão e de pena *soft* antecipada. O deferimento das medidas cautelares se funda nos mesmos pressupostos da prisão cautelar (legalidade, presunção de inocência, precariedade, necessidade, adequação, proporcionalidade, subsidiariedade) e devem ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, desde que atendidos os pressupostos de garantia do processo. As medidas cautelares devem guardar pertinência com a imputação formalizada, a saber, inviável a aplicação genérica como prevenção geral ou especial (STJ, HC 302.730; RHC 042.863). É vedada a invenção de cautelares diante da taxatividade e da rejeição do "poder geral de cautelar". A **fiscalização** do efetivo cumprimento das medidas cautelares além do Juízo respectivo, nos termos da Resolução n. 213, do CNJ, art. 9º, § 1º, deverá ser realizado pela Central Integradas de Alternativas Penais. No regime da **Violência Doméstica** existem cautelares específicas (arts. 22-24), observando-se a alteração promovida pela Lei 13.641/18, pelo qual se tipificou o descumprimento de protetivas (art. 24-A). O tema transcende os limites da proposta, remetendo-se aos livros de *Ana Luisa Schmidt Ramos* (**Dano Psíquico como crime de Lesão Corporal)** e de *Fernanda Pacheco Amorim* (**Respeita as Mina**; EMais Editora), que sugere também inovações tecnológicas (inteligência artificial na aplicação das cautelares).

24) Moradores de Rua e Desempregados: Negar benefícios a pessoas que estão **desempregadas** ou são desprovidas de "casa" é abusivo (desumano). Sabe-se que o trabalho é um direito e não um dever do sujeito (CR, art. 7º). O imputado não pode ser prejudicado por estar desempregado. Do mesmo modo, **moradores de rua** (STF, HC 97.177) e pessoas desprovidas de condições materiais ou com trabalho informal não podem ficar presas por esses motivos espúrios, dado que seria uma forma de manter a exclusão social. É a face autoritária da gestão da pobreza. Exigir-se comprovante de residência e/ou de trabalho, como condição à liberdade, mostra-se abusivo;

25) Mulheres Grávidas, Mães de Crianças (STF, HC 143.641; Min. *Ricardo Lewandowski*): "*Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave*

ameaça, contra seus descendentes. XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima". Embora a decisão, a mentalidade inquisitória permanece, fazendo com que em muitos casos a retórica e as falácias tenham sido utilizadas para manter as mulheres presas, diante da exploração das exceções indicadas no julgamento do HC 143.641, Reabre-se a escalada até o STF, por meio de Habeas Corpus ou Reclamação Constitucional (Reclamação 32.579);

26) Comparecimento Periódico: O comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades (CPP, art. 319, I) estabelece mecanismo temporal pelo qual o acusado deve comparecer em Juízo (pode ser fiscalizado por carta precatória, caso resida em outra comarca) e, se for o caso, manter atualizado sobre seus endereços e atividades. Cada situação deve ser avaliada de forma a não inviabilizar as atividades diárias do imputado, já que o comparecimento diário ou semanal, por exemplo, pode implicar efeitos deletérios em sua atividade laboral. Serve de mecanismo para manter o acusado vinculado ao processo. A experiência da pandemia autoriza o comparecimento por vídeo ou meios tecnológicos;

27) Proibição de Acesso ou Frequência a Lugares: A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações (CPP, art. 319, II), não pode servir de álibi para restrições ao direito de ir e vir ou moralismo antidemocrático. A restrição da liberdade de locomoção e frequência deve estar vinculada (nexo de causalidade) ao crime imputado, ou seja, a cautelar não deve servir para moralismo ou bom-mocismo, em que o Juiz obriga o acusado a não frequentar "bares, zonas e locais de reputação duvidosa". A cautelar deve guardar correlação/nexo com o fato imputado e não pode ser universal. P.ex., em se tratando de lesão corporal acontecida no Bar do Mengo, a proibição deve se restringir somente ao local e/ou adjacências e não a todos os bares, por ser desproporcional à garantia do objeto do processo. **Distingue-se acesso de frequência**, já que o acesso é a vedação de qualquer ida ao local determinado, enquanto a frequência autoriza, eventualmente, o acesso, mas impede que o acusado repetidamente reitere a ida, ou seja, que tenha habitualidade;

28) Proibição de Manter Contato com Pessoa: A proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante, serve como alternativa às pressões decorrentes da contaminação e garantia da higidez probatória, especialmente testemunhal**.** Busca garantir a eficácia da prova, sem que haja interferência no estado de ânimo e/ou tranquilidade da vítima, familiares ou informantes/testemunhas. O contato não se restringe ao físico, englobando, também, por telefone,

email, aplicativos, redes sociais etc. ou mesmo por interposta pessoa**.** No regime da **Violência Doméstica** ainda se indica a possibilidade de contato com a ofendida, familiares, testemunhas e, também, a aproximação (Lei 12.403/11, art. 22, III, a e b). A aproximação deve levar em conta a dinâmica da vida das pessoas, bem assim do contexto dos fatos, especialmente em cidades pequenas, porque poderá inviabilizar as atividades cotidianas do acusado (distância de 50 metros em cidades pequenas é significativo);

29) Proibição de se Ausentar da Comarca: A cautelar de proibição de se ausentar da comarca vincula o acusado ao Juízo, proporcionando que seja chamado na hipótese de necessidade probatória e, por isso, deve trazer consigo elementos concretos de que a liberdade do agente coloque em risco a aplicação da lei penal**.** Não se confunde com mera "conveniência do julgador ou do processo", já que a garantia de liberdade deve prevalecer. Ademais, não pode servir de moeda de troca para que o investigado/acusado renuncie ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Será comunicada a autoridade responsável pelas fronteiras e pode ser cumulada com a entrega do passaporte, em juízo, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (CPP, art. 320);

30) Recolhimento Domiciliar: Dado o caráter excepcional da prisão cautelar e da prevalência da Presunção de Inocência, na hipótese em que o acusado possua emprego e residência fixa, poderá ser mantido em liberdade, restringindo-se a circulação do agente fora do direito ao trabalho**.** Poderá ser conferida a medida, autorizando-se o deslocamento para o trabalho e retorno até a residência. Demonstra-se o caráter último da prisão cautelar. Como o **trabalho** é **direito** e não dever, a punição do acusado por ser desempregado é prática autoritária. Por esse motivo, a leitura constitucional autoriza o deferimento com o preenchimento exclusivo da condição residência fixa. Deve ser demonstrada a correlação (nexo) entre a medida e a garantia probatória. Pode ser cumulado com monitoramento eletrônico, garantindo-se a efetiva observância da restrição de liberdade, desde que atendidos os requisitos específicos. Não se confunde com a prisão domiciliar (CPP, arts. 317-318);

31) Suspensão de Função Pública ou Atividade Econômico Financeira: Especialmente nos casos de crimes contra a administração pública em que o investigado/acusado exerça função pública, bem assim atividade econômica financeira (Leis 7.492/86, 8.137/90 e 8.176/91), regulamentada pelo Estado, a manutenção de suas atividades pode ser prejudicial à instrução e esclarecimento dos fatos. P.ex. nos casos de corrupção praticado por "fiscal de tributos", a continuidade das atividades corriqueiras pode ser prejudicial. Não se confunde com a perda do cargo e/ou função decorrente de sentença condenatória. Deve se vincular ao interesse útil do processo. O investigado/acusado continua a fazer jus à remuneração, podendo sofrer, pela autonomia das instâncias, punição administrativa ou decorrente da Lei de Improbidade (Lei 8.429/92);

32) Internação Provisória: Suprindo lacuna legal, diante do caso de agente portador de transtorno mental, comprovado por laudos ou indicativos técnico sólidos, poderá o juiz determinar a internação provisória em Hospital de Custódia ou Clínica particular, em face da possibilidade de reiteração de condutas (CPP, art. 319, VII)**.** Embora o agente não seja punido com prisão, mas com medida de segurança, até então, muitas vezes, era submetido ao regime de prisão cautelar, violando-se os direitos inerentes à sua condição diferenciada. A medida de segurança não pode ser eterna (STF, HC 87.007) e, também, se vincula aos limites temporais da custódia cautelar, atendendo-se ao contido na Lei 10.216/01;

CNJ, Resolução n. 213, art. 9, § 3º: "O juiz deve buscar garantir às pessoas presas em flagrante delito o direito à atenção médica e psicossocial eventualmente necessária, resguardando a natureza voluntária desses serviços, a partir do encaminhamento ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, não sendo cabível a aplicação de medidas cautelares de tratamento ou internação compulsória de pessoas autuadas em flagrante que apresentem quadro de transtorno mental ou de dependência química, em desconformidade com o previsto no art. 4º, da Lei 10.216, de 06 de abril de 2001 e no art. 319, inciso VII, do CPP".

33) Fiança: A fiança é o depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou hipoteca inscrita em primeiro lugar (CPP, art. 330), pelo qual o acusado, diante da caução (contracautela) prestada ao Juízo, assume obrigações processuais (CPP, arts. 327 e 328, CPP: **a)** comparecer aos atos processuais que for intimado; **b)** não mudar de residência ou se ausentar da comarca por mais de oito dias; e, **c)** não praticar outra infração penal), servindo, ao final, para pagamento de indenização, pena e custas processuais, se for o caso; devolve-se na hipótese de absolvição (CPP, art. 337). Pode ser deferida pela autoridade policial nos crimes de até 4 (quatro) anos de prisão, inclusive (CPP, art. 332), bem assim pela autoridade judiciária a qualquer momento da persecução penal (CPP, art. 322**)**. Se a autoridade policial se recusar ou retardar a concessão da fiança, poderá dirigir-se diretamente ao juiz (CPP, art. 335). Diante da facilidade, a fiança é prestada em dinheiro e não cabe a substituição por "cheque", até porque é ordem de pagamento e não dinheiro. O deferimento independe de manifestação prévia do Ministério Público (CPP, art. 333)**. Não cabe fiança nos casos** (CPP, art. 323 e 324) de racismo, tortura, tráfico, terrorismo, hediondos, por grupos armados (civis e militares), contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, Crime Organizado, Lavagem de Dinheiro e Sistema Financeiro (CPP, arts. 323 e 324). O **valor da fiança** deverá atender o motivo da segregação (o tipo penal em tese violado), as condições pessoais do agente (indicativos patrimoniais), a vida pregressa e condições pessoais, além das possíveis custas processuais (CPP, art. 326). O valor deverá atender aos seguintes **limites**: **a)** de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; e, **b)** de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos. (CPP, art. 325). Diante da situação econômica do acusado, o valor da fiança poderá ser dispensado em face da pobreza (CPP, art. 350), reduzida em até 2/3 (dois terços) ou aumentada em até 1.000 (mil) vezes (CPP, art. 325, § 1º)**.** No caso de descumprimento das obrigações assumidas o juiz poderá **quebrar a fiança** (perda da metade do valor – CPP, art. 343) e retorno à prisão, se

for o caso (CPP, art. 341) ou mesmo decretar a **perda da fiança**, quando o acusado não se recolha ao cárcere em face da decisão condenatória (CPP, art. 344-345). **O valor pode ser reforçado a qualquer tempo** (CPP, art. 340) e, também, dispensado, caso seja impossível o cumprimento ou o acusado seja pobre (CPP, art. 350), mantendo-se as demais obrigações processuais;

34) Monitoramento Eletrônico: A inserção de mecanismo de monitoramento embora possa aparentar perspectiva emancipatória, afinal de contas o acusado estará em liberdade, traz consigo a alteração do modelo de controle social. Nesse sentido a advertência de *Gilles Deleuze* se fez certeira, uma vez que houve a paulatina modificação das sociedades disciplinarias (*Foucault*) para sociedades de controle. O projeto moderno de lugares de encarceramento mediante o controle do tempo e da força de trabalho perdeu sua densidade coletiva, alterando-se a lógica que preside a atuação estatal. Deixa-se o modelo da fábrica em favor do modelo da empresa, a qual passa a monitorar e não mais prender diretamente. O monitoramento por meio de celulares, câmeras de segurança, reconhecimento facial, de modo ativo e passivo, passa a ser o novo modo de gestão das condutas desviantes e, no caso, de mecanismo de controle processual. Do ponto de vista normativo, o monitoramento eletrônico está previsto como cautelar diversa da prisão (CPP, art. 319, IX) e também na Execução Penal (LEP, art. 146-B), com a regulamentação do Decreto 7.627/11**.** Para seu deferimento deve-se demonstrar a pertinência entre a medida e o objetivo processual, não se confundindo com mero controle social. A função do monitoramento se vincula aos interesses processuais, especialmente nos casos em que o monitoramento seja relevante e adequado (imputações em que a aproximação das vítimas e testemunhas seja importante, por exemplo, no âmbito da Violência Doméstica**).** Devidamente usado nos casos de prisão cautelar, pode significar a redução do aprisionamento antes de decisão condenatória, evitando-se a estigmatização. Por fim, não adianta se impor a quem não compreende as respectivas finalidades, limites e cuidados, devendo ser amplamente explicado, especialmente de revogação;

CNJ, Resolução 213, art. 10: "A aplicação de medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I, do *caput* do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa. Parágrafo único. Por abranger dados que pressupõem sigilo, a utilização de informações coletadas durante a monitoração eletrônica de pessoas dependerá de autorização judicial, em atenção ao art. 5º, XII, da Constituição Federal".

35) Detração das Medidas Cautelares: Além da detração do tempo de prisão cautelar (CP, art. 42), discute-se a possibilidade de detração das cautelares diversas da prisão, já que todas implicam em restrição de Direitos Fundamentais. Não há previsão legal e a doutrina atenta reconhece a necessidade de criação de mecanismos de equivalência. Isso porque o submetido ao regime cautelar fica alijado do pleno direito de liberdade, fazendo com que se deva reconhecer, analogicamente, em favor do acusado, modalidade de redução da pena. O critério prevalecente é o de 1 (um) dia de pena cumprida a cada 3 (três) de cautelar imposta, a depender das medidas aplicadas, já que algumas das medidas não implicam em maiores restrições (proibição de acesso ou frequência a lugares, de manter contato com pessoas ou se ausentar da comarca, suspensão de função ou atividade, bem como fiança, não se

submetem ao regime de detração), enquanto outras são bem restritivas (comparecimento periódico, recolhimento domiciliar, internação provisória e monitoramento eletrônico), fazendo jus à detração: a cada 3 (três) dias, reduz-se 1 (um) dia da pena imposta (CPP, art. 387, § 2°);

36) Prisão Domiciliar: Presentes os requisitos para prisão preventiva, poderá, ainda, a teor do art. 317, do CPP, o juiz determinar que a contenção cautelar seja realizada no próprio domicílio do indiciado/acusado, autorizando a saída somente para o trabalho. Ao invés de ficar em estabelecimento prisional, permaneceria em casa "como se estivesse preso". Esse o sentido da prisão domiciliar**.** A redação do art. 318, do CPP estabelece de hipóteses: "*Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante; V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo*". Observar também a alteração promovida pela Lei 13.769/18: "*Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código*". Da mesma forma o **Habeas Corpus Coletivo** deferido pelo STF (HC 143.641)**.** Além do reconhecimento do princípio da humanidade em relação aos idosos e enfermos, a proteção integral à família ganhou destaque. Recordemos que se tratam, ainda, de presos cautelares, ampliando-se as possibilidades de prisão domiciliar para abarcar as gestantes, o núcleo familiar composto por filhos menores de até 12 (doze) de idade (STF, HC 131.760; HC 287.277; RHC 047.184). Com isso, apesar dos requisitos da preventiva, comprovada alguma das hipóteses legais, deve ser concedida prisão domiciliar. Em face da declaração, por parte do Supremo Tribunal Federal, do "estado de coisas inconstitucional" do sistema prisional (ADPF 347)**,** atento aos fatores locais e do caráter excepcional da prisão cautelar, ainda mais depois da imposição da estrutura acusatória (CPP, art. 3º-A), resta ainda mais justificada a utilização da prisão domiciliar, apurando-se, no caso, o dilema – sempre trágico – de se manter alguém em um sistema violador de Direitos Humanos sem decisão condenatória. Pode ser revista/alterada a qualquer tempo, inclusive com a contenção cautelar do agente em caso de violação aos deveres da prisão domiciliar;

37) Prisão Temporária: A prisão temporária (Lei 7.960/89) é modalidade de prisão para investigação em que os investigados, mesmo que ausentes motivos para prisão preventiva (CPP, art. 312), são submetidos

à contenção da liberdade, com o objetivo de constranger e obter vantagens na investigação/acusação. Tendo em vista que a prisão temporária é forte instrumento de pressão psicológica, moral e midiática, capaz de influenciar a estratégia do investigado, principalmente no incentivo à delação, diante da proibição da condução coercitiva pelo STF, deve-se tomar maior cuidado em sua análise. Difere da "prisão para averiguação", prática comum até a Constituição de 1988, em que a autoridade policial, diante da mera suspeita, detinha alguém para então "averiguar". Embora a distinção teórica, pode-se arriscar que a prisão temporária é utilizada como sucedâneo da "prisão para averiguação", ou seja, prende-se para depois ver o que irá acontecer (pescaria probatória). Essa modalidade de prisão, que deveria ser excepcional, acabou sendo banalizada pela herança da mentalidade inquisitória, em que o "corpo" do acusado é objeto da investigação, além do desgaste midiático e psicológico em que submete o alvo. É tática de aniquilação poderosa e conta com o amplo apoio da "magistratura xerife". Pode configurar abuso de autoridade (LAA, art. 9º). Logo, a prisão temporária não se vincula à garantia do processo, mas sim da investigação. Prevista pela Lei 7.960/89 (conversão da MP 111/89), significou retrocesso democrático. Diante do seu curto espaço de duração, as possibilidades de revogação ou mesmo *Habeas Corpus* são reduzidas, constituindo-se em poder de difícil controle jurisdicional. Além do que, não há um guiché, depois, para retomada da reputação do preso temporário, justificando cuidados excepcionais no seu deferimento e, eventualmente o uso do *Habeas Corpus* preventivo (em geral denegado). Com a vedação da condução coercitiva, a prisão temporária passou a ser a ferramenta utilizada (condução coercitiva *express*). Tanto assim que há casos de prisão temporária por horas, ou seja, a mentalidade autoritária opera por novos caminhos quando limitada, justamente porque pretende se valer dos ganhos cognitivos de alguém limitado em sua liberdade, mormente para fins de colaboração premiada;

"O sequestro, de meio cautelar, transforma-se com frequência em meio de coerção psicológica, um meio expedito, poder-se-ia dizer, de agarrar o adversário pela goela; não ser (como hipocritamente se diz) para manter, durante o curso da lide, a igualdade das partes e a estabilidade de suas situações patrimoniais, mas serve, ao contrário, para colocar uma das partes em condição de tal inferioridade, de compeli-la a, antes que se decida a lide, pedir mercê por asfixia". **Piero Calamandrei**

"A falta de *accountability* em nossas paragens é uma das causas da inobservância, por julgadores, de direitos fundamentais". **Bernardo Schmidt Penna**

38) Requisitos da Prisão Temporária: Discute-se sobre a necessidade de preenchimento cumulativo dos incisos I a III, do art. 1º da Lei 7.960/89 ou se apenas um deles seria suficiente, tendo prevalecido a orientação de que devem ser cumulativos, pelo menos o inciso III (que restringe as hipóteses de cabimento) mais o inciso I (diante da imprescindibilidade) com a possibilidade ou não do preenchimento do inciso II (ausência de residência ou dúvida quanto à identidade)**.** Assim, será preciso justificar a partir do que já tiver sido apurado, em investigação preliminar regularmente instaurada (CPP, art. 283), elementos convergentes de autoria e de crime, em que tanto o pedido como a decisão devem especificar no que consiste cada um dos requisitos (*I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:*

a) homicídio doloso; b) sequestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante sequestro; f) estupro; g) epidemia com resultado morte; h) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal; i) associação criminosa; j) tráfico de drogas; l) genocídio; m) crimes contra o sistema financeiro; n) terrorismo; m) tortura). Como se encontra no regime das prisões sem condenação, para sua concessão, ainda, devem estar preenchidos os requisitos do art. 282 do CPP, atinentes ao devido processo legal substancial, ou seja, "necessidade", "adequação" e "proporcionalidade em sentido estrito". A motivação precisa ser adequada, por decisão motivada (Lei 7.960/89, art. 2º, § 2º), em que se articulem "fundadas razões" da efetiva participação do alvo na atividade criminosa, não sendo suficiente para tanto a mera suspeita, depoimentos indiretos, por ouvir dizer, nem relatórios unilaterais, porque a presunção de inocência, como regra de tratamento, deve prevalecer. Por evidente que não haverá **contraditório preliminar**, sendo que o diferido – realizado no decorrer do processo penal – deverá discutir o acerto da decisão e, em caso de deficiente motivação, poderá levar à declaração de nulidade por decorrência dos frutos da árvore envenenada. A decisão que decreta a prisão temporária sem fundamentação adequada é a semente da nulidade, motivo pelo qual a exigência de razões/motivos idôneos deveria ser um cuidado dos acusadores. Mas a frágil motivação é relegada posteriormente por argumentações de resultados (posição ainda dominante). Todavia, deveria ser levada a sério pelos jogadores, dados os efeitos que pode gerar. A prisão será requerida ao juiz competente (reserva de jurisdição) que ouvirá o Ministério Público quando não for o requerente, decidindo no prazo de 24 (vinte e quatro) horas sobre o pleito. A prisão temporária poderá ser decretada pelo prazo de 5 (cinco) dias, "*prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade*" (Lei 7.960/89, art. 2º). Nos crimes hediondos (Lei 8.072/90, art. 2º, § 4º) – tráfico, terrorismo e tortura – poderá ser decretada pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual prazo, diante da comprovada necessidade**.** Cumprida a decisão, por mandado, o alvo deve ser advertido dos direitos legais – Advertência de Miranda –, submetido ao exame de corpo de delito e **Audiência de Custódia**. Realizada a finalidade da prisão deverá o imputado ser solto, não se mantendo a prisão depois de promovida sua justificativa, ou seja, se era para ouvir o investigado sobre algo, não subsistem mais os motivos. Mas, a prática demonstra o abuso, aguardando-se o decurso do prazo, mesmo não sendo realizada nenhuma diligência, no que pode constituir violação legal (LAA, art. 9º). Além disso, pode-se pressionar com a promessa de encaminhamento para estabelecimentos penais distantes ou perigosos caso não haja "cooperação". Não é necessária a expedição de alvará, tendo em vista que o prazo da constrição deve constar do mandado de prisão, devendo o investigado ser liberado imediatamente pela autoridade investigante (Lei 7.960/89, art. 2º, § 7º), tanto Delegado, quanto Ministério Público (embora controversa a legitimidade do MP). A

"Portanto é forçoso reconhecer que o juízo sobre a ocorrência de um crime e de suspeita contra alguém deve derivar de meios probatórios regulares, ... afastando-se, de uma vez por todas, de um acervo que se pretende sério, porque flagrantemente imprestáveis, meros rumores ou denúncias anônimas, referências de ouvir dizer, que, fundamentalmente, nada explicam sobre o *thema probandum* (quando muito surgindo como mero início ou indicativo de prova), tanto mais estando isolados e sem qualquer outra repercussão jurídica". **Luis Lanfredi**

"Se se admitir essa inserção indefinida de dimensões políticas, como camadas de recheio de um bolo, completamente desvinculadas da receita previamente fornecida, também deve admitir-se a total relativização do direito e sua total ausência de normatividade. Ora, isso é muito grave e algo que parece simples e sem maiores consequências, apresenta-se como absolutamente deletério". **Luis Henrique Madalena**

manutenção para além do prazo é tipificado como abuso de autoridade (LAA, art. 12, parágrafo único, IV);

39) Tática Agressiva: As considerações sobre o uso da prisão como tática de aniquilação aplicam-se à prisão temporária, cujo manejo é de complicada compatibilidade constitucional. O uso da prisão temporária como estratégia de pressão à cooperação é cada vez mais utilizada no contexto do Processo Penal do Espetáculo (*Rubens Casara*), já que submete aos estragos midiáticos de reputação, constrição da liberdade e psicológica, além de servir de elemento indutor de colaborações premiadas. A defesa, por sua vez, encontra-se em total ausência de paridade de armas, dado que a impugnação da fundamentação depende da interposição de *Habeas Corpus*, cuja eficácia somente seria possível com a concessão de liminar, cada vez mais rara. O monitoramento da investigação preliminar pode auxiliar a defesa, mas diante das práticas sigilosas, tanto ao acesso quanto à obtenção de cópias hábeis ao aparelhamento do *Habeas Corpus*, no caso de prisões temporárias de 5 (cinco) dias, tornam a prática em ação praticamente sem poder derrogatório, ou seja, sem meios de revisão democrática. Acaba se tornando em medida restritiva de direitos civis (de liberdade), ao gosto do magistrado, sem que o alvo possa, depois de verificado o abuso, passar no guiché para resgatar sua reputação, já que (muitos) erros acontecem. Constitui-se em mais uma subversão da Presunção de Inocência, como regra de tratamento, em nome das conveniências mais obscuras, na lógica da aniquilação, em que o Dilema do Prisioneiro incide com vigor, mormente após a proibição da condução coercitiva (11.6.5). Participar desse jogo ardiloso é escolha do sujeito, mesmo acreditando-se em causas justas, mas que não se sustentam ao olhar constitucional. Todavia, é prática dominante o deferimento de prisões temporárias;

STF, HC 84.078 (Min. Eros Grau): "nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade para se transformarem em objetos processuais".

40) Prisão Temporária Transformou-se em Condução Coercitiva *Express*: Em face da decisão proferida pelo STF no julgamento das ADPFs 395 e 444 proibindo a condução coercitiva de investigados/acusados, os inconformados agentes da lei de mentalidade autoritária precisaram adaptar o instituto aos fins espúrios de sempre, encontrando na prisão temporária *express* o meio (in)adequado para tanto. Não se pode conceber que a prisão temporária, já de duvidosa legalidade, possa ser utilizada como instrumento de intimidação ou, na pior das hipóteses, como meio de tortura *flex* que gera e fortalece arbitrariedades. Afinal, o comparecimento do investigado/acusado é um direito e não um dever, sendo que a prisão por horas e poucos dias (*express*) no fundo é a nova embalagem da inconstitucional condução coercitiva. Assim é inconcebível que uma garantia inerente ao indiciado seja suprimida pela subjetividade da autoridade policial/judiciária. Não existe direito pela metade, tampouco há a possibilidade de que princípios e garantias fundamentais sejam relativizados, dada a não recepção do art. 260 do CPP. Deveria existir uma ética da prisão temporária, para se evitar pegar pessoas de surpresa

e/ou pelas costas, salvo se esse for o objetivo. Mas, para isso a lógica é outra, porque não se trata de resistência ao depoimento, até porque muitas vezes nem sequer intimados nos endereços existentes e públicos, porque se cuida de mecanismo de pressão, de guerra, tolerado pelo Judiciário colaboracionista. No fundo se descumpre a decisão do STF (ADPFs 395 e 444). Ciente da possibilidade do uso manipulado da prisão temporária, possível a impetração de *Habeas Corpus* preventivo demonstrando que está à disposição da autoridade investigatória**,** uma vez que o reparatório se torna inviável, diante da execução imediata da prisão temporária, com os prejuízos daí advindos. Há muito jogo neste campo minado;

"O julgador descompromissado com a autonomia do direito, que pretende fazer valer a sua vontade no momento da decisão – de acordo com um sentimento subjetivo de 'justiça' tem à sua disposição uma série de possibilidades argumentativas que poderão convencer, não legitimamente, os jurisdicionados. Usar estrategicamente o poder da jurisdição, nesse sentido, pode significar cobrir com um véu de pretensa legitimidade decisões tomadas subjetivamente". **Georges Abdoud**

C – Controvérsia:

1) Pacote Anticrime: O pacote anticrime ampliou o tempo de pena. O enquadramento foi o de que os condenados devem cumprir mais pena para serem libertados. Deixou de fora a discussão os custos difusos, a saber, o custo do prolongamento do encarceramento. O custo da medida será pago pelos contribuintes. O STF declarou o sistema carcerário em "estado de coisas inconstitucional" (STF, ADPF, 347). O aumento do encarceramento não pode ser decidido sem evidências de que é desejável e os custos são justificados. O populismo penal precisa de muito dinheiro, ao mesmo tempo em que enriquece os fornecedores do sistema penal, sem demonstração da utilidade. Os efeitos gerais/dinâmicos não foram sequer valorados. A nossa e as próximas gerações pagarão a conta (grande), sem evidências de que a alteração trará resultados positivos. A história demonstra, aliás, a experiência desastrosa da Lei dos Crimes Hediondos;

"La que se ha denominado 'pena de banquillo', es decir, el hacer que una persona llegue a sufrir un juicio, con todos los inconvenientes que ello le supone, sólo se justifica si antes se han acreditado los indicios [...] El procedimiento preliminar tiene, pues, finalidades muy complejas. No sólo sirve para preparar el juicio oral, pues puede llegar a servir para impedir que ese juicio oral se celebre". **Juan Montero Aroca, Juan-Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo e Silvia Barona Vilar**

2) Mentalidade Autoritária: A verificação dos requisitos legais é função do juiz. A postura do juiz pode ser de garantia dos direitos do investigado ou de associação ao movimento punitivista. O perfil do juiz modifica a expectativa de comportamento decisório. Em todos os casos, será proferida decisão que pode ser atacada posteriormente (contraditório diferido), momento em que será analisada a validade concreta do comando judicial. Como o controle é posterior, o alinhamento do julgador com as agências de controle social, não filtra, nem evita, o estrago decorrente da existência da medida. O papel do juiz seria o de evitar a violação de Direitos Fundamentais. Depois de autorizada e realizada, mesmo declarada ilegal, os estragos só poderão ser mitigados e não evitados;

D – Estratégia:

1) Motivação é Juízo Binário (suficiente ou não): A motivação adequada existe ou não; impossível que seja parcial e, por via de consequência, complementada. O comportamento **oportunista**, na hipótese de "precisar" reconhecer a ausência de fundamentação/motivação (p.ex. em *Habeas Corpus*), depois de ter tentado "salvar de todas as formas" a decisão impugnada, aplica o 'drible", o "jeitinho processual",

"conferindo" prazo para que a "decisão seja complementada". A análise democrática é: a decisão está suficientemente motivada/fundamentada? A resposta lógica deveria ser: **a) Sim**; ou **b) Não**. Se **Sim**, analisa-se o acerto do conteúdo decisório. Se **Não**, a restrição de direitos está desprovida de autorização constitucional (CR, art. 93, IX, CPP, art. 315, § 2º). O **enquadramento correto** é o de que a restrição de direitos ocorreu sem suporte adequado, tendo como consequência a cessação dos efeitos da decisão nula (CPP, art. 564, V). Não faz sentido lógico a determinação da "complementação", mantendo-se a restrição aos direitos do prejudicado (decisão nula não gera efeitos válidos). Na hipótese de *Habeas Corpus* contra decreto de prisão carente de fundamentação, a abertura de prazo "complementar" decorre do reconhecimento, *a priori*, de que a decisão impugnada não se sustenta sozinha, razão pela qual pode configurar Abuso de Autoridade (art. 9º, parágrafo único, I e II). Repetimos, a ausência de motivação significa "*decretar medida de privação de liberdade em desconformidade com as hipóteses legais*" (LAA, art. 9º). A leitura conjunta dos dispositivos (ninguém pode alegar desconhecimento, ainda mais o juiz: "*jura novit curia*") autoriza a conclusão de que a decisão genérica, abstrata, sem suporte fático e comprovado, enfim, que não se sustenta, pode configurar ato ilícito praticado por agente estatal;

STF, MS 23.868 (Min. Celso de Mello): "A fundamentação da quebra de sigilo há de ser contemporânea à própria deliberação legislativa que a decreta. A **exigência de motivação** – que há de ser **contemporânea** ao ato da CPI que ordena a quebra de sigilo – qualifica-se como **pressuposto de validade jurídica** da própria deliberação emanada desse órgão de investigação legislativa, **não podendo ser por este suprida, em momento ulterior**, quando da prestação de informações em sede mandamental".

"Somente a análise de seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem ou não decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da Sociedade". **Ingo Wolfgang Sarlet**

2) Habeas Corpus e Abuso de Autoridade: O artigo 282, § 6º, do CPP expressamente dispõe que a prisão preventiva será determinada quando não cabível sua substituição por outra medida cautelar (STJ, HC 155.665). Demonstrado que, a despeito de haver indícios de autoria e prova da materialidade, o *periculum libertatis* (atual/contemporâneo e concretamente motivado) não está configurado, deve ser mantida a liberdade, com ou sem medidas cautelares ou fiança. Além disso, na compreensão do *periculum libertatis*, o trajeto da motivação deve demostrar de maneira idônea o risco concreto da liberdade do agente, não prevalecendo motivações genéricas. Eventual ausência de motivação não pode ser suprida pelo Tribunal, na tentativa de manter a prisão, por violação do devido processo legal (STJ, HC 309.740; HC 313.156; HC 292.987), podendo, em qualquer caso, implicar em abuso de autoridade (LAA, art. 9º);

"O que se pretende é estabelecer, com lastro no *favor rei*, uma interpretação do art. 93, IX, da CF, mais favorável ao réu que, mesmo em se tratando de uma decisão carente de fundamentação, ou sobretudo nos casos de fundamentação inidônea, não implicaria anulação, e sim a reforma benéfica, notadamente quando o órgão acusador não tiver demonstrado nenhum inconformismo. [...] É até compreensível que se anule a decisão viciada em decorrência da ausência ou carência de motivação. Não obstante, em se tratando de fundamentos inidôneos como a gravidade abstrata do crime ou uma vedação legal incompatível com a Constituição, não há, propriamente, ausência ou carência de fundamentação, pois a fundamentação existe, mas está incorreta, de sorte que somente poderia haver reforma e não anulação da decisão, como tem acontecido com frequência". **William César Pinto Oliveira**

13.2 *Template* Estratégico

O **teste** dos requisitos da **Prisão Preventiva** deve verificar se:

a) a hipótese está prevista em lei;

b) foi requerida pela autoridade policial e/ou acusação (jamais de ofício);

c) a função é instrumental e não de pena antecipada;

d) motivada de modo racional, a partir da Presunção de Inocência, por meio de conectores lógicos capazes de atribuir nexo entre a hipótese e o Caso Penal;

e) baseada em evidências válidas, concretas e contemporâneas, com indicação expressa do *standard* probatório utilizado; e,

f) necessária, adequada e proporcional (homogênea e insuficientes as medidas cautelares do art. 319 do CPP).

A resposta **positiva** a todos os 6 (seis) passos **autoriza** o decreto de prisão preventiva. **Ausente** qualquer resposta **positiva**, a **prisão** é **ilegal**.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

CUSTÓDIA

< Capítulo 14 >
Audiência de Custódia



14.1 Regras, Funcionamento e Características

A – Definição:

Audiência de Custódia é o direito subjetivo que toda pessoa presa, em decorrência de prisão em flagrante, temporária ou preventiva, tem de ser levada à presença de um Juiz, no prazo de 24 (horas), salvo justificativa idônea e fundamentada, para realização de ato jurisdicional consistente na avaliação dos termos da prisão e prevenção da tortura/violência.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Regularidade da Prisão: A legitimidade da intervenção na vida, propriedade e **liberdade** dos sujeitos deve ser comprovada, pelo Estado (**Devido Processo Legal),** no decorrer do procedimento/processo de apuração da responsabilidade penal. Desde a regularidade do flagrante, a efetiva "**Advertência de Miranda**", a ausência de violência ou maus-tratos, todos os atos unilaterais praticados pelas forças policiais precisam de controle, a ser realizado pela autoridade judiciária. A **Audiência de Custódia** objetiva a garantia do conduzido ser ouvido por autoridade judiciária, cuja atribuição é a verificação da regularidade da prisão, avaliar os requisitos e condições da decretação ou manutenção da custódia cautelar ou medidas cautelares alternativas, além de verificar a ocorrência de tortura ou maus-tratos. A legitimidade dos atos unilaterais de restrição de liberdade deve ser comprovada pelo Estado (p.ex. prisão em flagrante: (**Trajeto** : 1 – Liberdade; 2 – Restrição de Liberdade; 3 – Controle; 4 – O agente estatal que restringiu a Liberdade deve demonstrar a regularidade). Nos Estados Unidos, os atos estatais devem receber, *prima facie*, a presunção de ilicitude, derrotável pela demonstração da regularidade. Não é o conduzido quem deve comprovar a violação de seus direitos e garantias (é ônus do Estado, por meio de gravações, testemunhas etc.). Esse giro de compreensão, da pressuposta legitimidade dos atos, para a **presunção de ilicitude** é consequência lógica da distribuição da **Confiança** aos agentes públicos. um passo para efetivação do **Devido Processo**, especialmente na audiência de custódia. A depender a compreensão dos agentes processuais, as táticas devem ser diversas. A posição **dominante** é a de legitimidade dos atos sem maiores discussões, porque impera

"Se a apresentação do preso cumpre finalidades relacionadas à prevenção da tortura e de repressão a prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias, a autoridade responsável pela audiência de custódia deve ter independência, imparcialidade, e, sobretudo, poder para fazer cessar imediatamente qualquer tipo de ilegalidade". **Caio Paiva**

"'Por 'autoridade competente' se deve entender o juiz ou outra autoridade legalmente autorizada para exercer as funções judiciais que satisfaça os requisitos da independência, imparcialidade e prévia designação por lei, fixados no artigo 8.1 da Convenção Americana". **Flávia Piovesan e Melina Giradi Fachin**

"Compete ao Estado acusador a carga probatória de comprovar a conduta diante da presunção de inocência. A pergunta que é feita aqui é: mas quando do caso imputado, especialmente da apuração preliminar ou flagrante, existir a real possibilidade de esclarecimento por parte dos agentes estatais em produzir todas as provas (depoimentos, filmagens etc.), isso repercute na formação da culpa? Para responder a essa pergunta, além da consideração sobre dúvida razoável, cabe invocar aqui, com a respectiva adaptação, a lógica da denominada "Teoria da Perda de Uma Chance", própria do Direito Civil, justamente para se analisar os modos de absolvição em face da plena possibilidade e omissão de elementos probatórios por parte do Estado". **Luiz Eduardo Cani e Alexandre Morais da Rosa**

"1) Questões ligadas a tortura ou maus tratos, afinal, o Brasil assumiu compromisso internacional de velar pelos direitos humanos, de forma que é obrigação do Estado (seja através do legislativo, judiciário ou executivo) proteger tais os direitos; 2) Questões ligadas à legalidade ou ilegalidade da prisão, devendo determinar o relaxamento nesta última hipótese; 3) Resolver sobre a liberdade e aplicação de medidas cautelares; ou 4) Entender pela necessidade e adequação da prisão, prorrogando a prisão cautelar iniciada com o flagrante enquanto necessária". **Eduardo Newton, Gina Muniz e Jorge Bheron Rocha**

o S1. Apresentar esta lógica depende do contexto e da capacidade de argumentação;

2) Filmagens e Provas Independentes: Se a regularidade das circunstâncias da prisão devem ser comprovadas pelo Estado, a constante **filmagem** das ações policiais pode colaborar tanto para verificação da legalidade da prisão, bem assim evitar a alegação de tortura e/ou maus tratos. Para comprovação da situação de flagrante (ônus dos agentes públicos), câmeras de segurança, artefatos tecnológicos, filmagens dos próprios agentes da lei são necessárias quando possíveis. Se cada policial dispõe de câmera e pode filmar a operação, em caso de dúvida prevalece a **perda de uma chance**, por parte do Estado. Todo ato de investigação é necessário, ainda mais quando se pode manipular as narrativas. Se estavam disponíveis fontes autônomas (câmeras de segurança, públicas e/ou provadas, testemunhos independentes etc.), as declarações exclusivas do agente público devem ser vistas com reservas, afinal de contas, a obtenção era justificável e razoável;

3) Finalidade:

I) Prisão em Flagrante: a) verificar se configurada hipótese de flagrante e também a regularidade formal do auto (CPP, art. 302 e 303); em caso negativo: relaxar a prisão; **b)** analisar a suficiência das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319, sgts e Lei da Violência Doméstica, art. 22) ou liberdade provisória, com ou sem fiança; **c)** analisar eventual pedido de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público ou representação da autoridade policial específica (não há pedido implícito), após manifestação da Defesa, se atendidos os requisitos da decretação prisão preventiva (CPP, art. 312); A decretação de prisão de ofício, sem pedido, configura abuso de autoridade (LAA, art. 9º), porque é prisão em desconformidade à legalidade;

II) Prisão Temporária: a) verificar a regularidade da prisão; **b)** oferecer oportunidade para manifestação da defesa sobre os requisitos da prisão; e, **c)** proferir nova decisão rejeitando expressamente as objeções defensivas;

III) Prisão Preventiva: a) verificar a regularidade da prisão; **b)** oferecer oportunidade para manifestação da defesa sobre os requisitos da prisão; e, **c)** proferir nova decisão rejeitando expressamente as objeções defensivas;

IV) Tortura, Maus Tratos e Abusos: em todas as hipóteses verificar, receber as denúncias e promover o encaminhamento de providências sociais ou de suspeita de tortura/violência policial;

4) Modalidades (Presencial e Vídeo): Presencial é a regra. Videoconferência excepcional, mediante justificativa idônea (desastres, mandado de prisão cumprido em localidade distante). **Pandemia**: admitida a videoconferência (art. 19, da Res. 329/20 c/c Res. 357/20, do CNJ);

5) Dinâmica: I – Participantes: **a)** Preso; **b)** Juiz ou Juiz das Garantias; **c)** Ministério Público; e, **d)** Advogado ou Defensor Público (o advogado que acompanhou a lavratura do flagrante deve ser notificado para

comparecimento (CNJ, art. 213, art. 5º, parágrafo único); **II – Entrevista reservada** entre Preso e Defensor: direito subjetivo do acusado para o fim de expor a situação fática, de modo a garantir o sigilo, sem a presença dos agentes da lei. A violação da prerrogativa constitui abuso de autoridade (LAA, art. 20); **III –** É **vedada** a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia (CNJ, art. 213, art. 4º, parágrafo único). A **escolta** pode ser realizada por outros servidores **neutros**, desde que garantida a **confidencialidade** do diálogo entre o defensor e o conduzido (CNJ, Res. 213, art. 6º). O diálogo com o advogado deve se dar por prazo razoável, atendidas as peculiaridades, sem a presença de agentes de segurança ou servidores, já que a privacidade estaria maculada. Não faz sentido que o diálogo do conduzido seja monitorado pelos agentes de segurança**.** O conduzido pode permanecer **algemado**, desde que justificada por decisão prévia, por indicadores concretos (Súmula Vinculante 11). Impedir a confidencialidade torna nulo o ato, especialmente quando se nega o direito. A situação se potencializa quando é atendido pela Defensoria Pública porque só terá contato com o defensor pouco antes do ato. A negativa de atendimento prévio e reservado é próprio de quem não compreende a dimensão do direito de acesso ao defensor, enfim, um totalitário. Pode configurar abuso de autoridade (LAA, art. 20); **IV –** Se for estrangeiro a assistência consular e de tradutor, caso necessário, bem assim intérprete de libras;

LAA, art. 20: Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem impede o preso, o réu solto ou o investigado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência**".**

6) Quando o Juiz Manipula a Audiência de Custódia: A implementação da audiência de custódia, mecanismo de garantia da apresentação física do conduzido à autoridade judiciária para fins de verificação da **a)** legalidade da prisão, **b)** ocorrência de abusos pela autoridade policial, e, **c)** análise da custódia cautelar e/ou aplicação das medidas cautelares, está sujeita à má compreensão de certa parcela da magistratura. Alguns de má vontade, enquanto outros por má-fé, em decorrência da **mentalidade inquisitória**, manipulam as finalidades. Parcela da magistratura está (ainda) de má vontade na realização de ato exigido pela normativa internacional e, para tanto, tem se utilizado da Audiência de Custódia para finalidades em desconformidade com sua razão de ser. A audiência de custódia é ato individual, feita para aferir, em cada condução, os requisitos de validade e, também, diante da intervenção do Ministério Público e do defensor/advogado, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade de sua manutenção. Promove P melhor qualidade e quantidade de informação capaz de tornar, tanto a decisão que decreta a preventiva, como a decisão que solta o agente, mais próxima da realidade e do impacto humano proporcionado pelo contato pessoal do conduzido**.** Logo, audiências coletivas, com diversos acusados em conjunto, violam a individualização do caso penal e devem ser anuladas, com a soltura dos agentes. Do mesmo modo, a insistência na permanência de acusados algemados, algumas vezes uns aos outros, todos assistindo a audiências coletivas, viola a Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal e podem ser

anuladas por força de reclamação junto ao STF. Além dessas questões, surgem ainda duas mazelas. A **primeira** é a transformação do crime de ação pública incondicionada de tortura (Lei 9.455/97) em simples lesões corporais, indagando-se sobre o interesse do conduzido em representar contra o agente. Quando realizam tal conduta, magistrados e membros do Ministério Público podem estar incidindo na conduta criminal do § 2º, do artigo 1º, da Lei 9.455/97, por não exercerem a função de garante. A omissão pode ser criminosa. A **segunda** é a manipulação da finalidade da audiência, fazendo verdadeiro interrogatório, sem acusação formalizada. Confundem o ato de audiência de custódia com a produção antecipada de provas, em que se busca, não raras vezes, a confissão do conduzido. É a inversão da lógica do devido processo legal. Munidos de mentalidade inquisitória, buscam facilitar a instrução e eventual condenação, mediante perguntas sobre a conduta e com sorriso nos lábios. Nesse caso, o material da audiência viola diversas garantias constitucionais e deveria ser declarado nulo, com a exclusão do ato, inclusive física;

"Absolver ou condenar acusados criminais não são decisões neutras, regidas pela dogmática como critério de racionalidade, mas exercício de poder seletivo orientado pela ideologia penal, quase sempre ativada por estereótipos, preconceitos e outras idiossincrasias pessoais, por sua vez desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização etc. Conhecer as premissas ideológicas do poder punitivo é condição para reduzir a repressão seletiva do Direito Penal, mediante prática judicial comprometida com o valor superior da democracia."
Juarez Cirino dos Santos

7) Observância das Regras Válidas: Cabe aos operadores nacionais do Direito lutar pela implementação da Audiência de custódia em patamares democráticos. A ausência de cultura democrática servirá, paradoxalmente, para nulificar atos judiciais por ausência de conformidade legal, colocando muitos conduzidos que poderiam ficar presos (já que não defendemos soltar todos) liberados pela má vontade de parcela da magistratura que se nega a cumprir regras. As regras do jogo mudaram. Não se pode ficar como "adolescentes revoltados" negando a realidade, principalmente porque as normas foram declaradas constitucionais pelo STF. Pessoalmente podemos ou não concordar com diversos institutos, ao mesmo tempo em que devemos observância normativa pelas funções que exercemos. O Juiz precisa assumir seu lugar de garante e responder por sua atuação. O CNJ, ao dar efetividade à normativa internacional, no fundo, fomentou a transparência e ***accountability*** do Poder Judiciário em face de qualquer pessoa segregada do seu direito de "ir, vir e ficar". Os meios de aferição da conformidade e do suporte fático disponível à decisão sobre a custódia, ampliam-se com a participação efetiva do concernido (imputado e defesa). Daí a importância da normativa complementar editada pelo CNJ, capaz de conferir protocolos hábeis de atuação;

8) Perguntas do Ato Judicial: As perguntas devem se vincular às finalidades. Não serve para confissão preliminar da conduta, embora hoje em dia ocorra flagrante manipulação diante da produção de prova antecipada, especialmente **confissão.** O objetivo da audiência é a verificação da regularidade da prisão (em flagrante ou do mandado), a existência dos requisitos legais para decretação ou manutenção (no caso de cumprimento de mandado de prisão), sempre por requerimento do acusador, vedado de ofício. Inaplicável a lógica do interrogatório e sim de entrevista, devendo-se evitar questionamentos de mérito**.** Se assim for realizado, pode se discutir a validade do conteúdo, diante

do *nemo tenetur se detegere*, como expressamente consta do art. 8º, VIII, da Resolução 213, do CNJ: "*abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante*". Os Protocolos I e II, anunciados pelo CNJ auxiliam na orientação das perguntas e formas de atuação do Juiz Garante. É audiência com **enquadramento restrito** (CNJ, Res. 213, art. 8º), na qual deve-se, preliminarmente, esclarecer ao conduzido a finalidade da audiência, assegurar que não se use algemas quando desnecessária, dar ciência do direito ao silêncio, questionar sobre a efetivação das garantias constitucionais por oportunidade da prisão, indagar sobre as circunstâncias da prisão ou apreensão, perguntar sobre eventuais maus tratos e violência policial, se foi realizado exame de corpo de delito (em caso negativo tomar as providências para tanto), abster-se de perguntar sobre o mérito da acusação, adotar providências para sanar irregularidades e averiguar hipóteses de gravidez, existência de filhos pequenos, doenças graves, sofrimento mental e dependência química**.** Após as perguntas do juiz, será facultado ao Ministério Público e à defesa a formulação de questionamentos, devendo o juiz indeferir as que forem violadoras dos limites da audiência de custódia. A depender do crime imputado e do contexto fático, os limites dos questionamentos são indissociáveis, até mesmo para aferição da regularidade da "situação de flagrância". O que se veda é a dissimulação, em que a "entrevista" transforma-se em "interrogatório". Por isso, a entrevista preliminar com o defensor (CNJ, Res. 213, art. 6º) e o estabelecimento de tática de atuação será importante, além de o defensor poder, a todo o tempo, orientar ao conduzido para que não responda aos questionamentos;

9) Prisão Preventiva (pedido fundamentado): Por não ser a prisão em flagrante modalidade de prisão cautelar, a Audiência de Custódia é a oportunidade do primeiro controle jurisdicional do ato unilateral. Analisam-se os elementos constitutivos da regularidade do ato de prisão, com o relaxamento, a conversão ou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. A decretação da prisão pressupõe trajeto democrático da motivação, conforme indicado anteriormente: **a)** a Presunção de Inocência é regra de tratamento, razão pela qual a liberdade é o ponto de largada da decisão judicial; **b)** analisando os requisitos da prisão preventiva – ***fummus comissi delicti*** – em cotejo com o art. 282, do CPP – adequação, necessidade e proporcionalidade , cabe analisar a atualidade do ***periculum libertatis*** em concreto e não por conjecturas, nem mesmo a gravidade genérica, o clamor público ou a comoção social, de modo abstrato, são inidôneos (STJ, RHC 055.070; HC 311.162; RHC 048.058), principalmente em crimes nos quais a condenação não resultará em prisão (princípio da homogeneidade; STJ, HC 303.184; HC 178.812; RHC 049.916). A pergunta a ser feita é: o que de concreto e recente/contemporâneo (STJ, HC 214.921; HC 299.733; HC 246.229) o investigado/acusado **fez** (indicador de realidade objetivo) para **prejudicar a instrução**

STF, HC 188.888 (Min. Celso de Mello): "[...] vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio 'requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público', não mais sendo lícito, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação 'ex officio' do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. [...]"a significar que se tornou inviável a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, anterior e formal provocação do Ministério Publico, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. [...] Em suma: tornou-se inadmissível, em face da superveniência da Lei nº 13.964 ('Lei Anticrime'), a conversão, 'ex officio', da prisão em flagrante em preventiva, pois a decretação dessa medida cautelar de ordem pessoal dependerá, sempre, do prévio e necessário requerimento do Ministério Público, do seu assistente ou do querelante (se for o caso), ou, ainda, de representação da autoridade policial na fase pré-processual da 'persecutio criminis', sendo certo, por tal razão, que, em tema de privação e/ou de restrição cautelar da liberdade, não mais subsiste, em nosso sistema processual penal, a possibilidade de atuação 'ex officio' do magistrado processante."

"Em primeiro lugar porque afronta jurisprudência solidificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no sentido de inadmitir qualquer forma de modalidade de prisão automática. Em segundo lugar, restrição à concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos perdurou até o advento da Lei 11.464/2007, tendo sido abolida. E, em terceiro lugar, porque, mais uma vez, o STF, ao declarar inconstitucional o artigo 44, da Lei 11.343/06 (que vedava a liberdade provisória aos crimes dos arts. 33, § 1º, 34 e 37) 'sepultou a impossibilidade de individualização da pena nesses casos". **Soraia da Rosa Mendes e Ana Maria Martinez**

"Pesquisas como a realizada pelo IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa nos oferecem dados alarmantes. Dispostos a investigar o funcionamento das audiências de custódia, seus pesquisadores examinaram um total de 2774 casos, distribuídos entre 13 cidades, 9 estados, durante o ano de 2018. Para o que aqui interessa, foi constatado que em 85,5% dos casos houve convergência entre o pedido do órgão acusador e a decisão do julgador, em face de apenas 6,96% dos casos em que o juiz deu ouvidos à defesa. O que o Ministério Público pede, o juiz dá". **Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa**

processual ou **evitar a aplicação** da lei penal? A **ordem pública**, por outro lado, encontra-se em ambiente retórico e incontrolável, porque nem mesmo "crimes de catálogo" dispomos, abrindo-se espaço para artifícios oportunistas. No limite, o fundamento da ordem pública justifica-se em face de reiterações, no curto lapso temporal, do mesmo agente; **c)** diante do comportamento processual do imputado é que se pode definir o cabimento, ou não, das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319) e, por último da prisão cautelar. A rejeição, motivada, da impertinência para garantia do processo da aplicação das cautelares deve preceder à decretação da preventiva. A inversão dessa ordem é comodismo autoritário. É nula a decisão que decreta a preventiva e não demonstra a insuficiência das cautelares, (STJ, HC 246.582; RHC 036.443; HC 302.730), por omitir pressuposto alternativo à prisão**.** O "salto direto" para preventiva é burla à adequada motivação judicial (CPP, art. 315). Para o deferimento de qualquer das medidas cautelares, exige-se motivação idônea em que o Caso Penal seja problematizado, não bastando juízos de conveniência subjetivos, e sim, aspectos relativos ao contexto objetivo (suporte fático), as razões públicas concretas e contemporâneas (STJ, HC 315.093; HC 311.440). A prisão obrigatória do § 2º do art. 310, do CPP, é incompatível com a Presunção de Inocência. Deve-se levar em conta, por fim, o *Standard* probatório da fase respectiva. A decisão que serve para qualquer caso, recheada de citações e/ou julgados assertivos, desprovidos de costura/pertinência com a hipótese detalhada nos autos, constitui-se decisão charlatã e nula. Incidem os vieses e heurísticas, especialmente pela decisão imediata, intuitiva e fácil (S1);

10) Cognição e Risco: A informação parcial, somada à velocidade do ato (muitas audiências seguidas), fomenta a tendência de conversão/manutenção da prisão, a partir de critérios heurísticos (intuitivos, rápidos, isto é, S1 e não S2). A prisão, em vez da liberdade, mitiga o risco de linchamento moral e midiático. Explica-se. Com o recrudescimento da lógica punitivista, o magistrado que se opõe é tratado como traidor. Em geral, a mobilização da mídia, da opinião pública e da comunidade reprovam o magistrado porque confundem as funções: anseiam por um magistrado xerife, ao contrário do desenho constitucional de garante. Mas a função do Judiciário sempre foi contramajoritária e quem se posta de Juiz-Xerife está no lugar errado. Assim, como "todo mundo prende", soltar é arriscado. Muito arriscado. Quando se trata de **magistrada** a situação piora porque a misoginia e a covardia são atributos típicos de gente autoritária. Com redes sociais, patrulhamento policialesco, o medo de ser esculachado nas mídias é fator relevante, a ser contabilizado pela defesa. O momento da decisão de prisão/liberdade traz consigo a proximidade do ato que gerou a prisão e também a incapacidade de se prever o futuro, gerando **três posições** dos agentes processuais: **a)** os com aversão ao risco tendem a manter o conduzido preso; **b)** os amantes do risco tendem a conceder liberdade (com ou sem medidas cautelares);

c) os neutros avaliam com maior cuidado os fatores situacionais. Os indicadores tendem a se manifestar em face dos traços dos julgadores e do contexto da decisão;

11) Impugnação da decisão: **a) MP**: RESE restrito à acusação no caso de liberdade ou relaxamento da prisão, sem efeito suspensivo (usa-se o Mandado de Segurança para conferir efeito suspensivo, embora vedado pelo STJ, Súmula 604); **b) Defesa**: interposição de *Habeas Corpus*;

12) Acordo de Não Persecução Penal: Cada vez mais se utiliza a Audiência de Custódia com a finalidade de se aproveitar a presença de todos e se homologar acordo de não persecução penal. Diante da narrativa do conduzido, seu defensor, bem assim da conduta imputada, em tese, é possível. A abertura para espaços de consenso no Processo Penal deve sempre vir acompanhada da reflexão sobre as possíveis manipulações, especialmente com táticas agressivas de ultimato: *aceita e está solto; não aceita, continue preso*. Precisamos consolidar minimamente o problema da barganha no Processo Penal de modo franco e aberto. Não é vedada proposta do ANPP na audiência de custódia. A Resolução 329/20, do CNJ (atos **pandemia**), no art. 19, § 3º, autoriza. **Cenários: a)** MP em vantagem situacional (conduzido **preso**), com tendência de **manutenção** da custódia cautelar, oferece a proposta na forma do **Jogo do Ultimato** (pegar ou largar). Será preciso avaliar, no caso, a matriz de custo benefício (liberdade imediata e sanções); **b)** MP em posição de vantagem, mas com a tendência de liberdade com ou sem cautelares, benefícios, situação em que as oportunidades defensivas podem ser exploradas (barganha); e, **c)** MP em desvantagem, com a tendência de relaxamento da prisão ou liberdade plena (prova ruim e flagrante deficiente), em que a vantagem é defensiva. Em geral, no contexto de barganha, o MP está em posição de vantagem situacional, já que o conduzido preso e o benefício da liberdade imediata (tende a aumentar o preço das sanções). O horizonte de necessidades de quem vive na linha de sobrevivência é muito próximo da mera subsistência, enquanto com a superação das necessidades básicas, passa a demandar conforto, sofisticação e bens que atendam a demandas subjetivas mais sofisticadas. O conduzido tende a aceitar condições desfavoráveis em face do benefício imediato da liberdade. A vantagem situacional é da acusação e será necessário analisar eventual oportunismo do MP. Se a proposta for ofertada em Audiência de Custódia, mesmo não aceitando, a defesa poderá utilizar o comportamento como a demonstração de que os requisitos da custódia cautelar estão ausentes (afinal, se fechar o acordo estará livre). O problema é a "sobrecarga acusatória" que poderá ocorrer;

13) Não realização: A Audiência de Custódia é **direito subjetivo** (STF, HC 186.421; HC 188.888; Min. Celso de Mello). O decurso do tempo sem que tenha sido realizada a audiência transforma a prisão em ilegal (CPP, art. 310, § 4º). Em tempos de pandemia, o CNJ autorizou a realização por documentos ou videoconferência;

"Com base em um atalho cognitivo - que é composto pelos seguintes fragmentos: a legalidade da prisão, a antevisão da culpa, a necessidade da punição e o absurdo da soltura de quem deve ser punido - se mantém o aprisionamento e tudo isso sob o falso manto de que questões meritórias não podem ser enfrentadas". **Eduardo Newton**

"Na audiência de custódia, com o medo de ser escrachado/linchado imediatamente após a decisão, via redes sociais, a tendência dos julgadores é o de mitigar os riscos, promovendo a decisão mais conservadora, a saber, deixar o conduzido preso. Cabe ao defensor apresentar garantias documentais capazes de mitigar o risco moral do julgador, porque o blábláblá meramente argumentativo não diminui o risco e tende a ser uma tática dominada. Então, colocar-se na posição do julgador que não quer correr riscos pode ser interessante para o êxito da estratégia. Neste sentido, advogados e defensores ao formularem pedidos de liberdade devem, além de refutar os fundamentos da prisão, emitir sinais externos que reduzam o risco moral ao qual os magistrados estão submetidos". **Alexandre Morais da Rosa e Thiago Oliveira Castro Vieira**

"Aqueles que militam na seara criminal devem analisar o perfil de risco daqueles para os quais irá se deduzir os pleitos, especialmente de prisão e liberdade. Em todos os caminhos o impacto estratégico deve ser antevisto e avaliado em face do respectivo perfil: a) amantes ao risco; b) adversos ao risco; e, c) indiferentes ao risco. A avaliação tática é recorrente e sempre será uma aposta, mais ou menos, arriscada. Amantes do risco e avessos ao risco tendem a ter comportamentos diferenciados e, assim, a atitude perante o risco poderá ser um fator positivo ou negativo, devendo-se ter a capacidade de se afastar dos casos em que houver necessidade de posturas mais arrojadas ou conservadoras, em dissonância com o que o decisor pensa e sustenta". **Alexandre Morais da Rosa e Thiago Oliveira Castro Vieira**

"É de se questionar, todavia, a realização de um ANPP em uma fase tão incipiente da investigação, mormente quando será exigido do preso, como umas das condições obrigatórias, a confissão formal e circunstanciada do delito que lhe é imputado. Destarte, em espaço consensual, deve ser assegurado às partes condições efetivas de negar as propostas que entender injustas ou desvantajosas". **Gina Muniz**

STF, HC 188.888 (Min. Celso de Mello): "esta Corte, em diversos precedentes sobre questão idêntica à ora em exame, reconheceu a ocorrência de desrespeito à decisão proferida na ADPF 347-MC/DF, cujo julgamento, impregnado de eficácia vinculante, proclamou a obrigação da autoridade judiciária competente de promover audiência de custódia, tendo em vista o fato – juridicamente relevante – de que a realização desse ato constitui direito subjetivo da pessoa a quem se impôs prisão cautelar. [...] A essencialidade da audiência de custódia, considerados os fins a que se destina, que a ausência de sua realização provoca, entre outros efeitos, a ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o consequente relaxamento da privação cautelar da liberdade da pessoa sob poder do Estado."

14) Reaproveitamento Espúrio de Atos: O conteúdo da Audiência de Custódia não deve ser transferido aos autos de Julgamento, em face da cisão entre Juiz das Garantias e Juiz de Julgamento, bem assim da ausência de relevância democrática, até porque somente pode ser considerada prova a produzida em contraditório;

C – Controvérsia:

1) Maus Tratos e Violência Policial: Juiz que não apura tortura responde pela conduta, além de não cumprir sua função democrática de garante. Não deveria ser, mas é: Audiência de custódia e o conduzido reclama ao juiz do tratamento dado pelos policiais e/ou pela vítima, denunciando a violência que lhe foi impingida. A narrativa pode ter dois caminhos. O primeiro é o de o juiz silenciosamente achar que a violência foi merecida. A segunda, mais rara, será de apurar o crime de que o conduzido foi vítima. Denunciar a violência precisa de ouvidos jurisdicionais capazes de dar crédito ao conduzido. Parte da magistratura é tolerante com a tortura e as denúncias podem, paradoxalmente, ampliar as chances de permanecer preso;

2) Tortura e Omissão Judicial: A omissão do juiz e do MP na apuração das condutas descritas na Lei 9.455/97, denunciadas em audiência, pode configurar a conduta do art. 1º, § 2º, da Lei de Tortura. Questão interessante surge quando houver, por parte do membro do Ministério Público, leniência no tocante à prática de tortura (Lei 9.455/97) especialmente nos casos de audiência de custódia, dado que, segundo o § 2º estabelece que "*aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos*";

D – Estratégia:

1) Argumentação e Documentos: O **mapeamento** dos requisitos formais e materiais do ato de prisão (flagrante ou decisão judicial) deve ser realizado antecipadamente para o fim de indicar os **pontos fortes** e **fracos** do contexto. O pedido de liberdade ganha tração se houver a demonstração de endereço fixo e/ou prova de emprego, muitos deles disponíveis em fontes abertas de consulta. É sintoma de amadorismo a ausência de consulta e obtenção, nos bancos de dados disponíveis, de documentos capazes de reduzir o risco do julgador no momento da decisão sobre a prisão do agente. A alegação de inocência ganha tração se tiver conforto probatório. O planejamento do **Esquema Argumentativo** deve levar em consideração os agentes processuais singularizados, evitando pedidos desprovidos de viabilidade. Reconhecer as limitações circunstanciais, decorrentes do curto espaço de preparação, preservando a oportunidade de liberação quando aparelhado por documentos robustos, pode ser estratégia viável. A postura renitente ou agressiva, de "ganhar no grito", tende a ser dominada;

CNJ, Resolução 213, art. 11: "Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado. § 1º. Com o objetivo de assegurar o efetivo combate à tortura e maus tratos, a autoridade jurídica e funcionários deverão observar o Protocolo II desta Resolução com vistas a garantir condições adequadas para a oitiva e coleta idônea de depoimentos das pessoas presas em flagrante delito na audiência de custódia, a adoção de procedimentos durante o depoimento que permitam a apuração de indícios de práticas de tortura e de providências cabíveis em caso de identificação de práticas de tortura. § 2º. O funcionário responsável pela coleta de dados de pessoa presa em flagrante delito deve cuidar para que seja coletadas as seguintes informações, respeitando a vontade da vítima: I – identificação dos agressores, indicando sua instituição e sua unidade de atuação; II – locais, datas e horários aproximados dos fatos; III – descrição dos fatos, inclusive dos métodos adotados pelo agressor e a indicação das lesões sofridas; IV – identificação de testemunhas que possam colaborar para a averiguação dos fatos; V – verificação das lesões sofridas pela vítima; VI – existência de registro que indique prática de tortura ou maus tratos no laudo elaborado pelos peritos do Instituto Médico Legal; VII – registro dos encaminhamentos dados pela autoridade judicial para requisitar investigação dos relatos; VIII – registro da aplicação de medida protetiva ao autuado pela autoridade judicial, caso a natureza ou gravidade dos fatos relatados coloque em risco a vida ou a segurança da pessoa presa em flagrante delito, de seus familiares ou de testemunhas".

"Conhecer as decisões anteriores do julgador e o que ele valoriza como relevante para além do contexto normativo ao conceder uma liberdade é fundamental para aumentar as chances de sucesso. Além disso, existem diversos bancos de dados que podem agregar segurança ao julgador sobre o passado do conduzido, ou seja, contas de água, luz, telefone, registros, cuja segunda via pode ser facilmente obtida (não precisa esperar o parente trazer, coisa de amadores). Dominar a lógica do risco moral pode ser mais uma categoria importante para ampliar o horizonte cognitivo do processo e entender as razões silenciosas que operam no jogo penal da realidade, em que o fator risco sempre esteve presente, talvez como um fantasma. Cuidado". **Alexandre Morais da Rosa e Thiago Oliveira Castro Vieira**

2) A Preparação do Conduzido: Se o conduzido apresentou alguma versão na oportunidade do flagrante, a coerência deve ser preservada. Mudanças repentinas da narrativa são dominadas. A decisão de "falar ou não" depende das reais chances de liberdade, porque se o juiz for "punitivista", a "entrevista" do conduzido é irrelevante. Falar somente amplia as possibilidades de "produzir prova contra si mesmo". A decisão deve ser modulada conforme o contexto, levando em consideração o conjunto de narrativas já incorporadas aos autos, especialmente quando as declarações das testemunhas, vítima e condutor foram gravadas desde a Delegacia;

3) Ganho Tático: Conhecer e dominar os Protocolos I (medidas cautelares) e II (denúncia de tortura) da Resolução 214, do CNJ.

14.2 *Template* Estratégico

A partir da Teoria do Caso Adaptada ao **RoadMapCrime** (item 8.8), orientados pelo Teste EVE, podemos **mapear** o flagrante ou a decisão de prisão, na seguinte ordem:

Primeiro passo: Deve-se distinguir os planos de **a)** Existência; **b)** Validade; e, **c)** Eficácia-valoração.

a) Entende-se por **existência** a satisfação dos **pressupostos**: **1)** agente (humanos); **2)** objeto (um ato processual ou comportamento); **3)** forma (requisitos aparentes); e, **4)** vontade (humana).

b) Entende-se por **validade** a satisfação dos **requisitos**: **1)** ser o agente capaz (a partir de atribuição legal e/ou capacidade técnica); **2)** ser o objeto (ato ou comportamento) lícito, adequado e produzido no momento oportuno; **3)** ser a forma prescrita ou não defesa em lei (observância das regras de produção); e, **4)** o comportamento ou o ato deve ser livre, consciente e voluntário.

c) Entende-se por **eficácia-valoração** a possibilidade de o ato ou comportamento gerar efeitos válidos no contexto do Caso Penal.

Segundo Passo: Decompor e identificar, em conjunto, os aspectos do Caso Penal, situando os pressupostos e requisitos de **existência** e de **validade**;

Terceiro Passo: Decompor o conteúdo do APF ou a decisão de prisão para o fim de atribuir os Pontos Fortes e os pontos Fracos (**SWOT**);

Quarto Passo: Estabelecer **Planos de Ação** em face das oportunidades processuais, considerando o Tipo Penal, os Agentes Processuais, o Procedimento, as Provas (produzidas e possíveis) e Valoração (futura nas decisões);

Quinto Passo: Executar, Monitorar e Ajustar.

CAUTELARES

CAUTELARES

< Capítulo 15 >
Cautelares
(Patrimoniais, Probatórias, Busca e Apreensão, Quebra de Sigilo, Interceptação Telefônica etc.)

15.1 Regras, Funcionamento e Características

A – Definição:

As Medidas Cautelares são instrumentos de caráter pessoal, probatório ou patrimonial com o fim de garantir o resultado útil do processo.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Função das Medidas Cautelares: A garantia do resultado útil do processo pode depender de providências cautelares no contexto **pessoal**, **probatório** ou **patrimonial**. Por restringirem Direitos Fundamentais, a análise é privativa do Poder Judiciário (**Reserva de Jurisdição**), restrita às hipóteses legais (**taxatividade**). O requerimento deve ser formulados pelos legitimados por lei, com a apresentação de elementos concretos, devidamente comprovados por evidências. Podem ser requeridas durante a investigação preliminar (**preparatórias**) ou durante a instrução processual (**incidentais**). São instrumentos disponíveis à efetivação da estratégia das partes, com vantagem da acusação (são "medidas" e não "ações" cautelares). Estão previstas no CPP e na Legislação esparsa. Destacaremos as seguintes modalidades: **a)** sequestro de bens e hipoteca legal; **b)** arresto de bens; **c)** busca e apreensão; **d)** interceptação telefônica e de dados; **e)** quebra de sigilo fiscal e bancário; **f)** gravação ambiental; **g)** agente infiltrado (físico ou virtual) e, **h)** produção antecipada de provas. A **prisão cautelar** compõe item específico;

2) Características: São características das Medidas Cautelares: **a) instrumentalidade** (são os meios instrumentais para obtenção de um fim processual; não podem ser antecipação de pena); **b) responsividade** (devem ser requeridas pelos legitimados, com a demonstração concreta dos requisitos; adotado o modelo acusatório, não cabem de ofício); **c) coercitividade** (limitam ou reduzem Direitos Fundamentais); **d) legalidade/taxatividade** (reserva legal: devem estar previstas expressamente na lei processual penal, vedada a analogia em *malam partem*); **e) contemporaneidade** (os motivos devem ser atuais e objetivos); **f) proporcionalidade** (devem atender ao juízo de: **i)** necessidade; **ii)**

adequação; e, **iii)** proporcionalidade em sentido estrito); **g) subsidiariedade** (a inexistência de alternativa menos gravosa aos direitos do acusado); **h) revisibilidade** (alteração dinâmica em face da superação dos motivos da decisão ou das fases processuais; "*rebus sic stantibus*"); **i) provisoriedade** (a eficácia depende da perseverança dos motivos ou pelo decurso do prazo, p.ex. prazo da prisão temporária); **j) homogeneidade** (os efeitos das cautelares devem ser menos graves do que o da sentença condenatória, manifestado pela "proibição de excesso", p.ex. se não perda alargada fixada, o patrimônio não deve ser restringido para além do dano apontado em decorrência direta da conduta descrita);

Necessidade pressupõe a superação das alternativas menos gravosas (com possíveis efeitos equivalentes) de modo concreto, sendo insuficiente aos pedidos e decisões, o uso genérico da assertiva de que "não existem outras alternativas", porque a inviabilidade precisa ser comprovada por meios idôneos. Erro vulgar e recorrente é a invocação genérica da "necessidade" para o sucesso das investigações ou do processo, sem explicitar concretamente a inviabilidade de outras opções menos gravosas (muito por força da mentalidade autoritária de certos setores do ambiente penal). A "necessidade" não é do Estado, por meio dos agentes da persecução penal; a "necessidade" é a de flexionar Direitos Fundamentais do afetado diante das circunstâncias do caso.

Adequação: significa a relação positiva (apta) entre o **meio** e o **fim** da medida, ou seja, o meio empregado deve facilitar a obtenção do fim almejado. Não há sentido em se manter alguém preso cautelarmente se a pena a ser aplicada, ao final, não implicar na privação da liberdade; o meio não se relaciona com o fim. Do mesmo modo que sem objeto certo (fim definido *ex ante*), a busca e apreensão converte-se em *fishing expedition*.

Proporcionalidade em Sentido Estrito: deve ser entendida a partir do juízo de custo-benefício da medida imposta, isto é, quais os princípios que na apuração da conduta, em cotejo com os Direitos Fundamentais se pretende flexionar.

3) Motivação Idônea (do pedido e da decisão): A exigência de motivação concreta e substancial ganhou reforço com o art. 315, § 2º, do CPP. Deve conter todos os elementos, com a transcrição do conteúdo relevante (inválida a mera referência ao depoimento de fls.), além de promover as devidas inferências lógicas, por mediadores racionalmente justificados. A decisão deve se pautar no contexto do Devido Processo Legal (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito; CPP, art. 282), a partir da Presunção de Inocência (regra de tratamento), evitando-se o excesso de restrições a Direitos Fundamentais. O pedido e a decisão devem abordar de modo concreto e singularizado, necessariamente, ao seguintes passos: **a)** Juízo Competente; **b)** Previsão expressa do pedido formulado; **c)** Legitimidade do requerente; **d)** elementos indicadores da "causa provável" (*fumus boni iuris*); **e)** superação do standard probatório da fase processual; **f)** demonstração concreta da: **i**) necessidade; **ii**) adequação; e, **iii**) proporcionalidade em sentido estrito; **g)** urgência da medida; **h)** finalidade tangível do resultado (nexo entre meio e fim). Será preciso justificar a excepcionalidade e a insuficiência de meios menos violentos ou gravosos (os conectores lógicos auxiliam). A definição de modo tangível e concreto do: **I)** ***fumus boni iuris***: causa provável, a partir de *standard* probatório reduzido, capaz de autorizar inferências prováveis de materialidade, autoria e culpabilidade; prova suficiente, por evidências objetivas, da ação ou omissão do agente em face dos fatos objeto da persecução; e, **II)** ***periculum in mora***: risco tangível, provável e concreto, vedado o uso genérico da categoria risco, sob pena de nulidade da decisão;

STF, HC 180.709 (Min. Gilmar Mendes): "2. Fundamentação em denúncia anônima sem diligências complementares. Ilegalidade. Precedentes. 3. Decisão carente de motivação. A motivação da decisão, além de cumprir com o requisito formal de existência, deve ir além e materialmente ser apta a justificar o julgamento no caso concreto. Ilegalidade de decisão que se limita a invocar dispositivo constitucional sem analisar sua aplicabilidade ao caso concreto e assenta motivos que reproduzem texto-modelo aplicável a qualquer caso. Aplicabilidade do art. 315, § 2º, CPP, nos termos alterados pela Lei 13.964/2019. 4. Ordem de habeas corpus concedida para declarar a ilicitude da busca e apreensão realizada e, consequentemente, dos elementos probatórios produzidos por sua derivação. Trancamento do processo penal por manifesta ausência de justa causa".

4) Inexistência do Poder Geral de Cautela: No modelo **acusatório** os pedidos devem ser analisados nos limites em que foram formulados (deferir, em parte ou negar), sem que o juiz possa, de ofício, alterar o conteúdo formulado em nome do Poder Geral de Cautela, categoria sequer mantida pelo CPC de 2015 (substituído por Tutela de Urgência e Evidência, arts. 297 e 300). Se a taxatividade e a responsividade são características das cautelares, é inválido o movimento ativo do julgador. O paroxismo é o uso analógico de categoria inexistente (*Walking Dead* Hermenêutico). É vedada a **criatividade** cautelar em face da taxatividade (a restrição de direitos pressupõe regra expressa; *numerus clausus*). No

inquisitório, o juiz controla a gestão da prova, usa e abusa do poder geral de cautela, enfim, faz o que quiser (processo *Free Style*);

5) Contraditório (prévio ou diferido): Em geral, as medidas cautelares são analisadas sem contraditório prévio (*inaudita altera pars*), promovendo-se o contraditório diferido (no tempo, depois de efetivadas). A razão de ser é a de que a prévia ciência do acusado ou suspeito pode prejudicar a utilidade do meio. A efetivação do contraditório (oitiva do imputado e seu defensor) pode se dar de modo: **a) prévio (direto)**: oitiva da defesa antes da decisão; e, **b) posterior** (**diferido)**: após a realização do objeto da medida, deve ser produzida nova decisão, superando-se as objeções ou argumentos defensivos (é nula a decisão, por violação art. 315, §2º, do CPP, a prática de "manter pelos próprios fundamentos a decisão anterior", porque não enfrenta os motivos deduzidos pela defesa em oposição). A decisão serve para demonstrar a "ausência de arbitrariedade" (se os argumentos e objeções não são afastados, a decisão será arbitrária). **Oportunidade** um tanto quanto desprezada é a de discutir a fundamentação idônea. A depender do contexto, a defesa pode impugnar o conteúdo da decisão, evitando que todo o material probatório seja analisado em conjunto, por oportunidade da ação penal. É que se houver a possibilidade de exclusão de elemento de prova, ampliam-se as chances defensivas, além de evitar que as alegações de nulidade possam "se perder" em meio à discussão maiores. Por isso, o **Teste EVE** (Existência, Validade e Eficácia) serve de parâmetro para análise da decisão, identificando-se os pontos fortes e fracos. A **acusação** deve monitorar a qualidade decisória, porque se for carente de fundamentação, eventual declaração futura de nulidade pode colocar a perder o Caso Penal (se for o caso, embargar de declaração para obter melhor qualidade decisória);

"No processo civil, explica CALAMANDREI, é reconhecido o poder geral de cautela (*potere cautelare generale*) confiado aos juízes, em virtude do qual eles podem, sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo, utilizando a forma e o meio que consideram oportunos e apropriados ao caso. [...] No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para 'poderes gerais', pois todo poder é estritamente vinculado aos limites e à forma legal". **Aury Lopes Jr**

STJ, REsp. 128.599 (Min. Maria Thereza de Assis Moura): "Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência".

6) Causa Provável: A "causa provável" (forte ou fraca) deve ser demonstrada antes da implementação de medidas investigatórias, sob pena de legitimar as práticas de pescaria probatória. Sem razões tangíveis, denotadoras da fundadas suspeita, as devassas transformam-se em arbítrio A cronologia de atos de investigação deve materializar-se por linha de tempo, com marcadores de validade tecnológicos, não bastando a mera indicação das datas. O tempo das investigações também deve ser proporcional e justificado, evitando-se a dissimulação dos agentes estatais;

7) Vedação da Pescaria Probatória (*Fishing Expedition*): O uso exploratório para "ver o que encontra" (*fishing expedition*), sem que se indique, antecipadamente, o alvo perseguido, transforma a restrição do Direito Fundamental em ilegal devassa da vida privada. As cautelares devem se fundar em **causa provável**, tangível e concreta;

vcomo a apropriação de meios legais para, sem objetivo traçado, 'pescar' qualquer espécie de evidência, tendo ou não relação com o caso concreto. Trata-se de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que, de forma ampla e genérica, 'lança' suas redes com a esperança de 'pescar' qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação ou para tentar justificar uma ação já iniciada. Por se tratar de meio (abusivo) de obtenção de prova, tem largo campo de ocorrência na cultura da prática penal, tais como nos mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, interrogatório do acusado etc.". **Viviani Ghizoni Silva, Philipe Benoni Melo e Silva e Alexandre Morais da Rosa**

8) Medidas Cautelares Patrimoniais e Reais (arresto e sequestro): A condenação pode gerar o dever de indenizar a vítima (CP, art. 91), a perda dos bens ou perda alargada, bem assim do produto do crime em favor da União/Estado, ressalvando-se o terceiro de boa-fé (CP, art. 91, II, "b"). As cautelares patrimoniais (arresto, sequestro e hipoteca legal;

CPP, arts. 125-144) buscam mitigar o **risco concreto** de não aplicação dos efeitos da futura sanção, por meio da dilapidação do patrimônio e/ou ocultamento de bens. O deferimento pressupõe, além da **causa provável**, a demonstração de probabilidade tangível do comportamento do acusado, por meio de indicadores concretos. O fato de ser acusado não pode impedir a disposição do património de modo automático ou por simples conveniência, até porque o excesso pode configurar abuso de autoridade (LAA, art. 32). A **tática de aniquilação** do alvo consistente na imobilização de todos os ativos é usada para fins de rendição (colaboração premiada), inclusive porque restringe a contratação de defensa adequada. Se já existem garantias patrimoniais por outras vias (penhora fiscal, ação de improbidade etc.) não há risco de dilapidação. A cumulação de restrições configura-se como abuso (não há risco provável);

LAA, art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

9) Sequestro: O sequestro de bens imóveis, mesmo os já transferidos para terceiros (em que se discutirá a higidez da transação, via embargos de terceiro – CPP, art. 129 e 130), poderá ser decretado se verificados indícios veementes de que os recursos utilizados para a aquisição decorreram de atividade criminalizada (CPP, art. 126), com inscrição no Registro de Imóveis (CPP, art. 128). O ofendido também poderá requerer a medida cautelar (CPP, art. 134-135). Embora o texto indique que o juiz poderá deferir o sequestro de ofício (CPP, art. 127), diante do modelo acusatório, o deferimento depende de pedido dos legitimados. O prejudicado poderá embargar da decisão (CPP, art. 130), mas como a decisão depende do trânsito em julgado da sentença condenatória (CPP, art. 130, parágrafo único), o caminho apto de impugnação será o mandado de segurança. Se for antecedente, o não exercício da ação penal, no prazo de 60 (sessenta) dias, prestada caução idônea ou extinta a punibilidade, o sequestro será levantado (CPP, art. 131). No caso de bens móveis cabível a busca e apreensão (veículos, embarcações, aeronaves etc.). Diante da degradação dos bens e do custo de manutenção, a **alienação** pode se dar de modo antecipado (CPP, art. 144-A), recolhendo-se o proveito financeiro em conta vinculada ao processo, por lance igual ou superior à avaliação judicial. O arrematante de bens móveis (veículos, aeronaves, embarcações ou equivalente) não será responsável pelas multas e taxas anteriores à arrematação. A nova redação do art. 133-A, do CPP, autoriza a utilização de bens em nome do interesse público (com os riscos decorrentes dos prejuízos ocasionados a terceiros;

"Por ensejar restrições significativas a diversos direitos fundamentais do acusado, o sequestro deve ser pautado pelas cláusulas da proporcionalidade e do devido processo legal, sujeitando-se, dentre outros, a dois pressupostos principais: (i) justa causa remota: soma da prova da materialidade do crime com indícios suficientes de autoria; (ii) justa causa próxima: urgência para assegurar a futura execução civil dos efeitos patrimoniais da sentença penal condenatória, ante fundado receio de fraude (danificação, depreciação, dissipação, ocultação, transferência de bens). A estrutura normativa da presunção de inocência abarca a presunção de licitude da origem dos bens do acusado. Por conseguinte, a coação ínsita ao sequestro processual penal deve ser rigorosamente pautada pela cautelaridade e excepcionalidade, jamais podendo ser usada para fins substantivos ou penais (isto é, de antecipação dos efeitos patrimoniais da sentença penal condenatória)". **Diogo Malan**

10) Arresto: Na hipótese de **arresto** de bens imóveis deverão ser inscritos em 15 (dias), sob pena de revogação (CPP, art. 136), estendendo-se aos bens móveis caso os bens imóveis sejam insuficientes (CPP, art. 137), mas de forma a não prejudicar o sustento do acusado e sua família. Correrão em apartado aos autos principais, com protagonismo do Ministério Público (CPP, art. 142). Ao final serão utilizados para ressarcimento da vítima, das custas processuais e de eventual multa (CPP, art. 140);

11) Medidas Cautelares Probatórias: As cautelares probatórias se vinculam à proteção dos Direitos Fundamentais (privacidade, intimidade, dignidade etc.). A expectativa de proteção pode ser restringida se e somente se existirem indicadores concretos e tangíveis de que o agente se vale da proteção para fins ilícitos. São excepcionais, provisórias e não devem ser banalizadas, exigindo-se elementos probatórios suficientes para atestar a ocorrência de causa provável (elementos mínimos de materialidade e de autoria). Os pedidos devem ser formulados diretamente ao juiz com competência para conhecer da ação penal, vedados alguns pedidos em plantão (v.g. prorrogação de interceptação telefônica, salvo nos casos de risco iminente e grave à integridade ou à vida de terceiros e no recesso de final de ano – Resolução 59/217, art. 13, § 1º, do CNJ);

"A expectativa de privacidade do imputado, por outro lado, também deve ser legítima, isto é, deve ser de molde a ser aceita pelo conjunto da sociedade. Em outras palavras, não há legítima expectativa de atividade ilícitas". **João Gualberto Garcez Ramos**.

12) Busca e Apreensão (função e requisitos): Embora a Busca e Apreensão esteja regulada em local diverso, no campo das provas (CPP, art. 240), o caráter cautelar é amplamente reconhecido. Pode ser requerida ao Juiz das Garantias de modo **preparatório** (na fase de investigação, que deve ser necessariamente instaurada antes) ou **incidentalmente** (no decorrer do processo e na fase de execução; LEP, art. 145)**.** Por mais que o CPP indique que poderá ser decretada de ofício (CPP, art. 242), diante da alteração estrutural promovida pelo art. 3º-A, do CPP, acolhendo o modelo acusatório, a medida somente poderá ser deferida se o Juízo for instado por alguma das partes, até porque se deve respeitar o respectivo *draw* estratégico. Ainda que denominada de Busca e Apreensão conjuntamente, **diferencia-se a busca da apreensão**. A busca possui a função de obter a prova mediante a localização de pessoas ou coisas, enquanto a apreensão tenciona garantir a prova ou restituição do patrimônio. A **finalidade**, nos termos do art. 240, § 1º, do CPP, deve ser a de: **a)** prender 'criminosos'; **b)** apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; **c)** apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos contrafeitos; **d)** apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituosos; **e)** descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu; e, **f)** apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato. No tocante às **cartas**, para quem ainda as manda, o art. 5º, XII, da Constituição garante o sigilo, havendo controvérsia sobre os limites da diligência, bem assim sobre os documentos em poder do defensor, salvo quando constituírem elementos do corpo de delito (CPP, art. 243, § 2º). A busca e apreensão (CPP, art. 240) é restrição a Direito Fundamental (inviolabilidade do domicílio, dignidade da pessoa humana, intimidade e a vida privada, incolumidade física e moral do sujeito) e, como tal, exige decisão motivada, sob pena de nulidade (CPP, art. 315, §2º). O deferimento de mandado genérico configura abuso de autoridade (LAA, art. 22). A **espetacularização** do processo penal, diante dos Direitos Fundamentais em jogo, bem assim da publicização externa (acompanhamento da mídia

no cumprimento), deve ser considerada como violadora das regras democráticas e configurar, no mínimo, abuso de autoridade (LAA, art. 13, I e II e art. 22) e/ou improbidade. O deferimento pressupõe "**causa provável",** por evidências válidas e robustas (espúrio o pedido baseado em relatórios unilaterais de investigação, sem suporte probatório independente. No julgamento *United States v. Nixon* (1974) a Corte Suprema Americana estabeleceu os indicadores do "**teste**" necessário ao requerimento de busca e apreensão, em que se deve demonstrar que: **1)** os documentos são probatórios e relevantes, devidamente indicados; **2)** não é razoavelmente possível a obtenção por outros meios; **3)** a parte não consegue preparar-se propriamente para o julgamento sem essa prévia produção e inspeção, bem assim de que a impossibilidade de acesso pode atrasar de modo desarrazoado o julgamento; e, **4)** a solicitação é feita de boa-fé e não esconde/oculta finalidade genérica de *Fishing Expedition***.** O controle da **motivação** adequada deve ser foco de atenção das partes, porque a acusação, caso declarada a nulidade, "ganha, mas não leva", além de possível abuso de autoridade (LAA, art. 25, parágrafo único);

13) Contemporaneidade: A análise do pedido deve levar em conta, a partir da Presunção de Inocência, do caráter violento e silencioso da ação e do caráter excepcional e instrumental: **a)** a urgência, atualidade e relevância da busca probatória sem a participação defensiva a partir de elementos concretos que justifiquem a medida. A busca se justifica pela possibilidade concreta e contemporânea de destruição, evitação ou ação do investigado (eventos passados, em geral, não justificam a medida às escuras); **b)** a demonstração, pelo solicitante, das vantagens concretas da autorização em face da suspensão de Direitos Fundamentais. A busca não pode ser deferida por argumentos genéricos, abstratos, não singularizados ao caso. A vantagem tática deve ser tangível e não incerta e aleatória; e, **c)** a justificação do lapso temporal, especificando o início e o fim. Se a busca é deferida por ser atual, o prazo deve ser proporcional (não pode ficar na gaveta, esperando o melhor momento);

14) Definição de Casa: Em relação ao controvertido conceito de casa, pode-se indicar que a norma deve ser interpretada no sentido de **espaço privado**, no qual o sujeito pode exercer seu direito à intimidade e à privacidade, incluindo pessoas jurídicas. Abrange, em geral, os casos de: **a)** habitação definitiva (própria ou alugada); **b)** moradia ou ocupação de caráter provisório (de temporada, hotel, motel, hostel, barraca de *camping* e similares; STF, RHC 90.376-RJ); **c)** dependências da casa; **d)** estabelecimentos comerciais, industriais e condomínios de acesso restrito ao público; e, **e)** meios de transporte providos ou transformados em "casa", ou seja, quando parados – barco, trailer, cabine de caminhão. Os veículos, embarcações, aviões, bicicletas, motos, demais meios de transporte não recebem a proteção constitucional**.** Uma barraca montada na carroceria de um veículo não recebe proteção constitucional;

"Feita essa distinção, compreende-se que a busca se destina a algo, ou seja, quem busca, busca algo. E esse algo será – uma vez encontrado- apreendido. Logo, a busca é uma medida instrumental, cuja finalidade é encontrar objetos, documentos, cartas, armas, nos termos do art. 240, com utilidade probatória. Encontrado, é o objeto apreendido, para, uma vez acautelado, atender sua função probatória no processo". **Aury Lopes Jr**

"Discute-se no sistema americano os casos a) sem mandado que sejam razoáveis (*reasonableness clause*); e b) com mandado causas prováveis (*warrant clause*). Doutrina do castelo (*castle doctrine*)". **João Gualberto Garcez Ramos**

"O direito fundamental só pode sofrer diminuição dentro da estrita legalidade. A hipótese de restrição há que estar prevista, modelada, em lei ordinária, consoante a Constituição; ainda, ter fins legítimos e possuir justificativa socialmente relevante. Devem ser considerados, também, os concretos meios, colocados à disposição, da justiça pública, para se atingir o fim desejado". **Cleunice Bastos Pitombo**

"A autoridade judicial quando determinar a realização de busca domiciliar deve, efetivamente, motivar a imprescindível necessidade da diligência, demonstrando de forma cabal os motivos justificadores que autorizam a violação daquilo que a própria Constituição Federal chama de 'asilo inviolável'" **Luciano Dutra**

STF, HC 106.566 (Min. Gilmar Mendes): "Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. 3. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. 4. Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilicitude do resultado da diligência. 5. Ordem concedida, para determinar a inutilização das provas".

STF, HC 82.788 (Min. Celso de Mello): "A qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais".

15) Escritórios de Advocacia: Os Escritórios de Advocacia podem ser objeto da busca e apreensão exclusivamente dos documentos descritos e necessários à configuração material do crime investigado (o objeto do mandado deve ser certo). O sigilo profissional (art. 5º, inc. XIV, da CR; art. 154 do CP; art. 7º, inciso II e §§6º e 7º da lei n. 8.906/94) também importa na inadmissibilidade da apreensão dos documentos em posse do advogado, desde que não constituam elemento de corpo de delito e estejam previamente indicados no mandado, (art. 243, §2º, do CPP). A regularidade da diligência será acompanhada por representante da OAB (EOAB, art. 7º, II)**.** É vedado o uso oportunista, consistente na devassa de documentos, pastas e computadores de outros clientes ou do próprio advogado, para o fim de localizar evidências de interesse do Estado (configura pescaria probatória), especialmente quando "copiam" os arquivos. Com maior vigor, então, prevalecem as limitações ao **Encontro Fortuito** e do ***Fishing Expedition*** em face do advogado e de terceiros clientes que tenham documentos apreendidos. O problema é que o agente oportunista se vale da dissimulação para ter acesso privilegiado aos documentos, mesmo que diga não ter visto, procurando "esquentar", depois, por alguma fonte aparentemente independente. A exceção da entrada em escritórios deve se vincular a obtenção de documento determinado e não à arrecadação de todos os documentos do escritório, além de servir, nos últimos tempos, como tática de humilhação e retaliação à atuação de alguns, por parte de agentes públicos que jogam sujo, em face de atividades "neutras" próprias do exercício da função;

STF, Inq. 2.424 (Min. Cezar Peluso): "Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício de profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. [...] Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crie, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício de profissão".

"Com muita frequência constato casos em que a atividade da advocacia sofre tentativas de incriminação, quer de forma dissimulada, a título de suposta colaboração de advogados, por seu ofício, na prática delitiva de outrem, com a insidiosa comparação da conduta do causídico a formas comuns de coautoria ou participação, quer de maneira bastante clara, ao se pretender coibir atos próprios da atividade, como aconselhamentos e orientações estratégicas respaldados na garantia que têm os clientes contra a autoincriminação compulsória, subvertendo-se o julgamento jurídico em pretenso julgamento moral. [...] Para entender o ponto é necessário partir do conceito jurídico-penal de ações neutras. Segundo Luís Greco, 'ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis.' Em que circunstâncias essas 'ações neutras' surgem? A rigor, as 'ações neutras' aparecem em contextos delimitados de atuação profissional, cotidiana ou habitual. Nesta esfera o autor da ação neutra realiza os comportamentos ordinários de sua profissão e estes atos, todavia, configuram contribuição à ação delitiva alheia". **Geraldo Prado**

"O problema da busca em Escritórios de Advocacia é que ela tem sido banalizada de forma perigosa, muitas vezes com a (encoberta) intenção de intimidar ou mesmo humilhar e estigmatizar o profissional do que propriamente com fins probatórios". **Aury Lopes Jr**

16) Mandado e Cumprimento: a) Quando na comarca ou circunscrição. O mandado de busca e apreensão, que deve ser cumprido **durante o dia (das 5 às 21 horas, LAA, art. 22, § 1º, III)**, sob pena de nulidade, deve conter os requisitos do art. 243, do CPP: **i)** indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; **ii)** mencionar o motivo e os fins da diligência; **iii)** ser subscrito por autoridade. Se a ordem for de prisão, deverá, também, constar no texto do mandado (CPP, art. 240 § 1º). A diligência deve ser realizada da forma menos invasiva ou prejudicial ao submetido (CPP, art. 248), apresentando cópia do mandado. Aliás, numa Democracia, "toda a diligência" deve ser filmada. Estamos em 2021 e a filmagem é garantia dos direitos de todos (agentes públicos e submetidos), evitando-se alegações de abusos, violações e mesmo de que o objeto ou bem apreendido foi 'plantado' (perda de uma chance probatória, até porque, os atos são presumivelmente ilegítimos. Trata-se de transparência e ***accountability***; **b) Quando fora da Comarca ou Circunscrição**: O Juiz das Garantias, competente para analisar os pedidos de busca e apreensão, pode expedir mandados para serem cumpridos em outras comarcas. Não é necessária a expedição de carta precatória para esta finalidade, exigindo-se, apenas, que antes da diligência tome-se o

"ciente, cumpra-se", da autoridade local ou se a urgência exigir, depois. A realização de atos probatórios em comarcas diversas, assim, precisa da ciência da autoridade judiciária com competência no lugar. Em caso de perseguição à pessoa, assim como nas hipóteses de flagrante , o mandado é válido, não obstante esteja fora das limitações geográficas do juiz que o expediu. A lógica é a de garantir a diligência, desde que não verificada má-fé e a urgência;

"A inobservância, ausência ou deficiência no atendimento dos requisitos legais tornam ineficaz o ato procedimental. Daí ser inadmissível mandado de busca coletivo". **Cleunice Bastos Pitombo**

STJ, AgRg HC 435.934 (Min. Sebastião Reis Júnior): "A carta branca à polícia é inadmissível, devendo-se respeitar os direitos individuais. A suspeita de que na comunidade existam criminosos e que crimes estejam sendo praticados diariamente, por si só, não autoriza que toda e qualquer residência do local seja objeto de busca e apreensão".

"Há juízes-soldados e *parquets* guerreiros nessa suposta guerra. A primeira vítima é a isenção e, por conseguinte, a segunda serão os sem-voz, os habitantes das áreas de exceção". **Rosivaldo Toscano**

"O controle social penal das periferias do mundo, desde sempre, se caracterizou pela violência de suas práticas à margem da legalidade no qual o poder punitivo público e vingança privada se misturam". **Victoria Sulocki**

17) Mandado Genérico (pescaria Probatória): Necessária a prévia **individualização** dos alvos (numeração, localização por GPS, levantamento do local, com fotos, *google maps* etc.). A casa deve ser certa, não podendo ser deferida para toda a rua X, nem ao Bairro Y, sob pena de nulidade, por violação expressa ao art. 243, I e II, do CPP e ao art. 5º, XI, da CR. Os mandados de busca e apreensão genéricos, sem individualização, podem se constituir como modalidades de *Fishing Expedition*, tática vedada (STF, HC. 416.483, Min. Celso de Mello), além de denotar a precariedade da investigação. Nos casos de comunidades (pobres, claro), é sintoma de "covardia";

18) Mandado Coletivo de Busca e Apreensão: A lógica é uma só: não tenho certeza, mas tenho convicção de que na região de "favelas" há crime. Com essa certeza pressuposta, em vez de investigar e depois individualizar os pedidos de busca e apreensão, promove-se uma varredura, a saber, "joga-se a rede" – expediente de pesca ou *"Fishing Expedition"* (STF, HC 106.566), sobre as casas de população excluída e vulnerável (não há histórico de mandado coletivo em zonas abastadas: os agentes públicos são valentes com pobres). A "casa" é o asilo inviolável de todos. Pobres, ricos, enfim, não se pode fazer distinções em face da condição patrimonial/financeira. Graduar a cidadania é sintoma autoritário, indicador do elitismo na distribuição das garantias constitucionais, inconstitucional (e desprezível, ademais). A prova obtida é ilícita;

"Situação absurda, que infelizmente tem se tornado comum, são os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas 'favelas' de tal ou qual vila. Claro que os juízes somente expedem tais monstruosidades jurídicas quando se trata de barbarizar os clientes preferenciais do excludente sistema implantado, aqueles para quem a proteção constitucional da casa (e demais direitos fundamentais) é ineficaz, até porque favela e barraco não são casas... e quem lá (sobre)vive não merece nenhuma proteção, pois são os 'outros', ou, ainda, a multidão de invisíveis". **Aury Lopes Jr**

"A dificuldade em delimitar um imóvel é fruto da omissão estatal e que posteriormente se volta como argumento para sabotar o disposto na regra da inviolabilidade do domicílio. Apesar de ser trazida para os mais diversos quadrantes do direito, a boa-fé objetiva passa ao largo na forma como se desenvolvem as relações entre Estado e determinada classe de cidadãos". **Eduardo Newton**

19) Busca Domiciliar e Consentimento do Morador: O STF no julgamento do Rext. 603.616 (Min. Gilmar Mendes), com **repercussão geral**, assentou que a busca domiciliar, sem mandado, deve pressupor a demonstração de fundadas razões que indiquem a situação de flagrante, circundado pelas decisões recentes do STJ (HC 598.051) e pela Lei de Abuso de Autoridade (arts. 22 e 25). Conforme o STF, a "fundada suspeita" (CPP, art. 244) não pode basear-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa e do cerceamento de direitos**.** Ausência de evidências comprovadas por filmagem ou outro meio independente (não basta mais a palavra do policial em 2021, dado o acesso tecnológico), exige que a fundada suspeita seja mais do que o palpite do agente da lei. Não se pode "ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um 'blusão' suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder" (STF, HC 81305 (Min.

Ilmar Galvão) ou quejandos. Remetemos o leitor ao tópico flagrante em crime permanente (vide item: 12.B.8) em que a temática foi trabalhada, especificando-se os requisitos necessários à validade do "consentimento";

20) Os Bens e Objetos Apreendidos/Arrecadados: Diante do universo de bens e documentos que podem ser arrecadados, por conexão, pela diligência de busca e apreensão, da qual deverá ser lavrado termo circunstanciado (CPP, art. 345, § 7º), surge a questão do **Encontro Fortuito**, pelo qual, dentre o material arrecadado, verificam-se elementos de outros crimes não vinculados ao autorizador da diligência, ou seja, desprovidos de vínculo causal entre o pedido e o fim. A diligência deve arrecadar exclusivamente o material aderente à finalidade da medida. Por isso mandados genéricos e desprovidos de descrição mínima de bens e/ou objetos, transforma-se, facilmente, em devassa, com os riscos de reconhecimento de ilicitude, por incidir a lógica da '*fishing expedition*'. O mandado de busca deve ser específico, sob pena de nulidade, já que os genéricos são ilegais;

21) Busca Pessoal, Intuições e Causa Objetiva: As **intuições** do sistema de resposta rápido dos agentes são governadas pelos estereótipos gerados no exercício de cada profissão**.** *Gary Klein*, citado por *Kahneman*, narra o contexto em que o bombeiro chefe, ao chegar ao local do incêndio, sem nenhuma outra evidência, "percebeu" algo de errado, determinando a evacuação imediata do local, evitando a morte dos demais colegas porque o chão desabou. A decisão tomada de modo automático, irrefletido, no Sistema 1 (**S1**), foi atribuída, em entrevistas, ao "sexto sentido". *Daniel Kahneman* afirma que aos comuns parece *magia*, mas é o resultado da **perícia intuitiva**, a saber, por realizar a tarefa muitas vezes, a capacidade de detecção de pequenos sinais do contexto ampliou a percepção. A mesma situação acontece com os enxadristas que, estudados por *Herbert Simon*, conseguem visualizar o tabuleiro de maneira diferente dos demais mortais. Os policiais, diante da reiteração da atividade, podem "sentir" algo diferente. A diferença é que na atividade de segurança pública, a restrição de direitos de liberdade depende de prévias evidências objetivas, tangíveis e demonstráveis. É inválida qualquer abordagem policial com suporte em "intuições", ainda que comprovadas depois, porque a ação pressupõe "causa democrática e objetiva". A "fundada suspeita" decorre de ação ou omissão do abordado e não simplesmente porque o agente público "não foi com a cara", "cismou" , "intuiu" ou porque o local é perigoso, pelos trajes do submetido, cor, a saber, por estigmas e avaliações subjetivas, não configurando desobediência a negativa imotivada, sob pena de nulidade da abordagem e, também, prejuízo à licitude da prova (LAA, art. 22 e 25). Não se pode aceitar como normal a nociva prática utilizada pelos agentes da lei de emparedar toda e qualquer pessoa, destacando discricionariamente os potenciais suspeitos, via estigmas, por violação aos Direitos Fundamentais (inocência e dignidade);

STF, Rext. 603.616 (Min. Gilmar Mendes): "Controle judicial *a posteriori*. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal".

STJ, REsp. 1.574.681 (Min. Rogério Schietti Cruz): "A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial".

STJ, HC 598.051 (Min. Rogerio Schietti Cruz): "Simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude 'suspeita', ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente".

STJ, HC 561.329 (voto vista Min. Antonio Saldanha Palheiro): " [...] o mero indício de que o agente encontra-se em estado de 'nervosismo' não é suficiente para autorizar a busca pessoal, porquanto não pode ser considerado fundada suspeita de que a pessoa esteja praticando algum delito ou em posse de seus produtos. Portanto, entendo descabida a atuação da guarda municipal em razão de suas atribuições não abarcarem o policiamento ostensivo e a realização de busca pessoal, atuação que causa gravame às liberdades individuais e, por isso, autorizada constitucionalmente tão somente a restritos órgãos e agentes estatais, como as polícias administrativas e seus agentes no exercício de suas funções, ou sob autorização judicial".

22) Busca Pessoal (Revistas Coletivas): a) Regime geral e fundada suspeita: Buscas pessoais são práticas policiais reiteradas e problemáticas. A denominação "atitude/fundada suspeita" é **mantra** entoado e que quando se pergunta: "*mas especificamente em que consistia a atitude/fundada suspeita*?", o agente não sabe responder**.** Quando falamos sobre percepção, sugerimos que a prática da profissão e treinamento podem gerar a capacidade de os profissionais compreenderem melhor os sinais e também a leitura corporal das pessoas . Mas a pergunta é se esse "tino", essa "capacidade sensorial" é suficiente para a legitimidade de abordagem pessoal, muitas vezes humilhante, violadora, mesmo que momentaneamente, do direito de "ir e vir", especialmente em abordagens policiais coletivas ou em "blitz"? A resposta *prima face* que se pode dar depende do contexto da abordagem e não se pode, sem analisar o caso (tendo tudo em conta – TTC), apontar-se o acerto da medida, salvo para aqueles que "validam" qualquer abordagem de segurança pública em face dos – dizem eles – interesses maiores da coletividade**.** Sem **fundada suspeita** anterior e baseada em evidências objetivas e palpáveis, a busca será ilegal**.** Do ponto de vista normativo, a teor do art. 240, § 2º, do CPP, somente (condição, pois) quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou os objetos mencionados nas letras "b" a "f" e letra "h" do parágrafo anterior (coisa achadas ou obtidas por meio ilícito; instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu; apreender cartas – CR, art. 5º, XII, não autoriza esse último; colher qualquer elemento de convicção)**.** O texto normativo é por demais amplo, especialmente a "abertura" para colher qualquer elemento de convicção que não pode se transformar em álibi para violações reiteradas de Direitos Fundamentais, como se verifica nas abordagens coletivas, sem motivo precedente e justificado. A devassa que se faz em celulares dos suspeitos também é ilegal. A resistência do sujeito, caso a ordem seja ilegal, não configura desobediência (CP, art. 330). Prevalece a autorização do uso de "cães farejadores em bagagens (*United States vs Place*, 462 US 696 – 1983), bem assim de "testes químicos" em bagagem (United States *vs* Jacobsen, 466 US 109)**;**

STJ, HC 598.051 (Min. Rogerio Schietti Cruz): "Simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude 'suspeita', ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente".

STF, HC 81.304-4 (Min. Ilmar Galvão): "A fundada suspeita, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter configurado na alegação de que trajava, o paciente, 'blusão' suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias, ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder".

STJ AgRg HC 435.934 (Min. Sebastião Reis Júnior): "1. Configurada a ausência de individualização das medidas de apreensão a serem cumpridas, o que contraria diversos dispositivos legais, dentre eles os arts. 240, 242, 244, 245, 248 e 249 do Código de Processo Penal, além do art. 5º, XI, da Constituição Federal: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Caracterizada a possibilidade concreta e iminente de ofensa ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. 2. Indispensável que o mandado de busca e apreensão tenha objetivo certo e pessoa determinada, não se admitindo ordem judicial genérica e indiscriminada de busca e apreensão para a entrada da polícia em qualquer residência. Constrangimento ilegal evidenciado". STJ, HC 598.051 (Min. Rogerio Schietti Cruz): "Aliás, releva destacar que os tribunais, em regra, tomam conhecimento dessas ações policiais apenas quando delas resulta a prisão do suspeito, ou seja, quando atingem o fim a que visavam. O que dizer, então, das incontáveis situações em que agentes do Estado ingressam em domicílio, muitas vezes durante a noite ou a madrugada – com tudo o que isso representa para os moradores –, e nada encontram?"

23) Busca em Mulher e Transgênero: Se o alvo da busca e apreensão ou da revista for mulher, será feita por outra mulher (agente estatal), se não resultar retardamento ou prejuízo à diligência (CPP, art. 249). O constrangimento de ser revistado por homem, da mulher que é meramente "abordada" (no caso de revista pessoal) ou é alvo de mandado de busca e apreensão, exige mais cuidado**.** Aí que, salvo nos casos em que houver risco de cometimento da infração, poderá ser procedida a revista, sendo que nos demais casos deve-se solicitar o concurso de policial feminina. Nos casos de cumprimento de mandado de busca e apreensão em que se sabe de antemão que o alvo é feminino, a justificativa de não dispor de

"A *identidade de gênero* constitui-se no entendimento que a pessoa tem em relação ao gênero do qual faz parte – embora as pessoas usualmente tenham uma coincidência entre seu *sexo físico* e seu *sexo psíquico*, transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto àquele que lhes foi atribuído ao nascer". **Paulo Iotti**

"A atividade policial, mormente no âmbito penitenciário, transcendendo a esfera da revista pessoal, parte para a prática invasiva de buscar drogas e objetos na cavidade anal ou vaginal. [...] Tal medida não está inserta nos termos da busca pessoal prevista no art. 244 do CPP". **André Nicolitt**

agente feminina é mendaz e, talvez, esconda uma perversão do agente estatal em manipular o alvo. Na hipótese de **transgênero**, o respeito por seus direitos ainda não faz parte da cultura coletiva, acontecendo as mais diversas violações, ridicularizações e supressões de direitos. Deve ser respeitada a identidade de gênero (masculina ou feminina; STF, ADPF 527, Min *Roberto Barroso*). A **extração** com intervenção corporal: na extensão da revista íntima, a realizada, portanto, com possível intervenção em cavidades corporais, surge a discussão da legitimidade da extração, à força, de produtos ou material ilícito ingerido ou trazido pelo revistado, como nos casos de "mulas". A garantia do *nemo tenetur se detegere*, estende-se aos casos de revista corporal, constituindo-se em providência abusiva, embora tolerada pela jurisprudência, a extração (por introdução de instrumentos, cirurgias, remédios). Se houver risco à saúde, prevalece o dever médico, mas nem todo 'mula', por exemplo, corre risco de vida. Claro que se houver concordância informada (depois de se aconselhar com defensor) poderá ser realizada. É bem comum a prática de submissão das visitas de presos ao regime de exposição das cavidades, em espelhos e por "toque" interno, providências violadoras da dignidade humana (STF, tema em julgamento no RExt. 959.620). A tendência de declaração de nulidade de "revistas vexatórias" é dominante. **A violação de direitos importa na declaração de ilicitude da prova**;

STJ, REsp 1.695.349 (Min. Rogério Schietti Cruz): "TRÁFICO DE DROGAS. REVISTA ÍNTIMA. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A acusada foi submetida à realização de revista íntima com base, tão somente, em uma denúncia anônima feita ao presídio no dia dos fatos informando que ela tentaria entrar no presídio com drogas, sem a realização, ao que tudo indica, de outras diligências prévias para apurar a veracidade e a plausibilidade dessa informação. 2. No caso, houve apenas "denúncia anônima" acerca de eventual traficância praticada pela ré, incapaz, portanto, de configurar, por si só, fundadas suspeitas a autorizar a realização de revista íntima. 3. Se não havia fundadas suspeitas para a realização de revista na acusada, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância - localização, no interior da vagina, de substância entorpecente (45,2 gramas de maconha) -, posterior à revista, justifique a medida, sob pena de esvaziar-se o direito constitucional à intimidade, à honra e à imagem do indivíduo. 4. Em que pese eventual boa-fé dos agentes penitenciários, não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a realização de revista íntima. Eis a razão pela qual são ilícitas as provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como todas as que delas decorreram (por força da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), o que impõe a absolvição dos acusados, por ausência de provas acerca da materialidade do delito".

"Será que a 'busca pessoal' com o fim de apreender a substância pode autorizar uma intervenção corporal (cirúrgica, ou ministrando medicamento adequado) para apreensão da substância? Não, salvo se houver o consentimento válido do agente. Isso porque, nesse caso, a questão é deslocada para outra esfera, a da intervenção corporal". **Aury Lopes Jr.**

24) Agente de Segurança Privado: Os seguranças privados não podem realizar revistas pessoais, isto é, realizar atos típicos de busca pessoal involuntária. A atuação é restrita aos poderes particulares de legítima defesa, acionamento da força pública ou de prisão em flagrante delito. É vedada a atividade investigatória. Sem previsão legal, a restrição de direitos é ilegal (CR, art. 5º, II). Toda a ação é ilícita, submetendo-se à responsabilidade civil e penal;

STJ, HC 470.937 (Min. Joel Ilan Paciornik): "Discute-se nos autos a validade da revista pessoal realizada por agente de segurança privada da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM. 3. Segundo a Constituição Federal - CF e o Código de Processo Penal - CPP somente as autoridades judiciais, policiais ou seus agentes, estão autorizados a realizarem a busca domiciliar ou pessoal".

STJ, HC 529.554 (Min. Nefi Cordeiro): "1. Considera-se ilícita a revista pessoal executada por agentes de segurança, sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal, não podendo ser utilizada a droga apreendia para materializar o delito. 2. Habeas corpus concedido para declarar ilegal a apreensão da droga, e, consequentemente, absolver o paciente, nos termos do art. 386, II, do CPP".

25) Guarda Municipal: A Guarda Municipal pode prender como qualquer um do povo (CPP, art. 301). Não está autorizada a investigar, proceder "buscas pessoais", por falta de atribuição. A prática é abuso de autoridade e usurpação de função pública (CP, art. 328). O resultado da apreensão é nulo. Somente a Polícia Militar ou Judiciária, ou as especiais, podem promover a diligência;

26) Interceptação Telefônica e de Dados (*Whattsapp*): A Constituição (art. 5º, XII) assegura a inviolabilidade do "sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". A inviolabilidade comporta excepcional intervenção, segundo a própria previsão literal da CR, para fins de instrução processual ou investigação criminal. A Lei 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º, da CR, prevê que a "interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente

STJ, HC 561.329 (Min. Nefi Cordeiro): "1. Considera-se ilícita a revista pessoal executada por guardas municipais, sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal. 2. Tendo a busca pessoal ocorrido sem estar o paciente em situação de flagrância, após dias da prática do crime, por guardas municipais que o abordaram sem fundadas razões, apenas por reconhecer sua foto em postagens na rede social comunitária, realizando verdadeira atividade de investigação, deve ser reconhecida a ilegalidade por ilicitude da prova. 3. Habeas corpus concedido para declarar ilegal a apreensão e, consequentemente, absolver o paciente, nos termos do art. 386, II, do CPP".

da ação principal, sob segredo de justiça". A invasão do conteúdo do **celular** do alvo, sem prévia autorização judicial, mostra-se ilegal. Anote-se que os dados cadastrais e o número do *Internet Protocol* (IP) não são entendidos como quebra de sigilo (STJ, HC 83.338). **O sigilo é a regra e a interceptação sua exceção.** A lógica que deve presidir a abordagem é o da Presunção de Inocência, pela qual a legitimidade da intervenção somente se justifica nas hipóteses expressamente previstas (taxatividade) e demonstradas (não cabe espelhamento por *WhattsApp Web*, p. ex.), concretamente, as hipóteses legais, demonstrando-se necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (sobre busca e acesso celular vide item 9.4);

27) Distinção entre Escuta Ambiental, Gravação e Interceptação Telefônica: Distingue-se a "gravação telefônica" ou "escuta ambiental", consistente na gravação da conversa por um ou mais interlocutores, com terceiro não sabedor da gravação (vide art. 10-A, § 2º, da Lei 9.296: "§ 1º: Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores"), da "intercepção telefônica", sem ciência dos interlocutores, realizada por agente estatal, na forma disciplinada pela Lei 9.296/96. A realização de interceptação sem autorização denomina-se de "grampo telefônico ilegal", punido expressamente (Lei 9.296/96, art. 10), sem validade probatória, dada a ilicitude. Não se confunde com a "gravação em ambiente público", dado que não prevalece o sigilo. Logo, se os alvos estão em ambientes públicos, a gravação é válida. Entende-se possível que alguém acusado injustamente, para o fim de comprovar sua inocência, possa se valer de interceptação clandestina exclusivamente para esse fim (STF, HC 87.341), mas a prova obtida não pode ser utilizada para condenação de terceiros (16.8.);

28) Requisitos e Dinâmica: A função do Poder Judiciário é a de garantir Direitos Fundamentais do sujeito em face do Estado. As intervenções na esfera privada somente se justificam se houver relevância coletiva e, no caso de investigações criminais, os fundamentos precisam ser firmes. Há forte movimento tendente ao agigantamento da ingerência na intimidade e, por isso, a posição subjetiva do julgador será fundamental para compreender as expectativas de comportamento. Pode ser requerida pela autoridade policial durante a investigação criminal e pelo Ministério Público, tanto na investigação como durante a instrução (Lei 9.296/96, art. 3º). O deferimento de ofício é incompatível com a democracia processual. O deferimento no decorrer da instrução é mais complicado, dado que se o objetivo é obtenção de provas e a ação penal já está instaurada, salvo hipóteses excepcionais, servirá para obtenção de provas pós acusação e, em geral, vinculada a imputações autônomas (coação de testemunhas ou crimes paralelos etc.), configurando jogo sujo. É sigiloso (Lei 9.296/96, art. 1º), antes de seu deferimento, estabelecendo-se o contraditório diferido (STJ, Ag.Rg. AResp. 262.625) de toda extensão da interceptação, também sob o regime da **Cadeia de Custódia**, durante a ação penal, com controle

STJ, RHC 99.735 (Min. Laurita Vaz): "1. Hipótese em que, após coleta de dados do aplicativo WhatsApp, realizada pela Autoridade Policial mediante apreensão judicialmente autorizada de celular e subsequente espelhamento das mensagens recebidas e enviadas, os Recorrentes tiveram decretadas contra si prisão preventiva, em razão da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006. 2. O **espelhamento** das mensagens do WhatsApp ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado WhatsApp Web. Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (Quick Response), o qual só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço. Daí a necessidade de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico que se pretende monitorar. 3. Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta WhatsApp Web foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de todos os atos de comunicação a que teria acesso no próprio celular. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, simultaneamente, no navegador da internet, ocasião em que as conversas são automaticamente atualizadas na plataforma que não esteja sendo utilizada. 4. Tanto no aplicativo, quanto no navegador, é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários. 5. Cumpre assinalar, portanto, que o caso dos autos difere da situação, com legalidade amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, a exemplo de conversas mantidas por e-mail, ocorre autorização judicial para a obtenção, sem espelhamento, de conversas já registradas no aplicativo WhatsApp, com o propósito de periciar seu conteúdo. 6. É impossível, tal como sugerido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1.º, da Lei n.º 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso. 7. Primeiro: ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via WhatsApp Web o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular,haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma online, de interagir nos diálogos mediante envio de novas mensagens a qualquer contato presente no celular e exclusão, com total liberdade, e sem deixar vestígios, de qualquer mensagem passada, presente ou, se for o caso, futura. 8. O fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade "Apagar para mim") ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica.

pelo Juiz de Garantias. Por isso, a mídia bruta deve ser conservada e, verificada a ausência de integridade e/ou manipulação pelos órgãos estatais, pode se dar a contaminação pela ilicitude. Qualquer restrição feita em desconformidade com as regras será ilegal. Convém lembrar que, para garantia do contraditório diferido, as interceptações devem ser juntadas pelos jogadores aos autos, na via em apenso e em sigilo, nos termos do art. 8º, da Lei 9.296/96. Podem ser transcritas (STF, AP 508), mas não editadas/cortadas. Aliás, a Resolução 217, do CNJ, exige a juntada de todas as conversas e não somente as que interessam à acusação. Por isso, o cuidado democrático de quem será o responsável pela guarda das mídias, não se podendo continuar a acreditar ingenuamente nos agentes públicos subordinados ao órgão acusador. A restrição aos direitos fundamentais, avivada pela interceptação telefônica, demanda o preenchimento dos requisitos do art. 2º da Lei 9.296/96, demonstrando-se, por evidências objetivas, concretas e tangíveis (CPP, art. 315, § 2º), a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. O requerimento pressupõe a prévia instauração de Inquérito Policial (CNJ, Res. 217), não bastando mero Boletim de Ocorrência. Isso porque o deferimento da interceptação depende da comprovação da inexistência de outros meios de investigação. Se ela não está instaurada, como se pode justificá-la? O CNJ editou a Resolução 59, complementada pelas Resoluções 84 e 217, exigindo o seu deferimento em procedimento policial regular, a saber, Inquérito Policial. Os demais órgãos que podem investigar também se submetem a essa exigência. É preciso acabar com a investigação sem forma adequada (de gaveta). Sem Inquérito Policial ou equivalente, é inviável sequer a análise do pleito. A prática de "pular etapas" é fortemente combatida pela Resolução 217, do CNJ, na linha dos julgados do STF (HC 108.147) e STJ (HC 131.225), naquilo que *Aury Lopes Jr* denomina: "interceptar e depois ver o que dá", modalidade de *Fishing Expedition*. Quem requer ou defere assim deve ser responsabilizado. Do apurado na investigação preliminar deve ser possível inferir-se o liame lógico entre os terminais que se quer interceptar, seus titulares – os quais devem necessariamente ser indicados no pedido (CNJ, Res. 59, art. 10) –, bem como de onde surgiram durante a investigação (cadeia de custódia do ramal – 8.5.7.). Dito diretamente: é necessário o esclarecimento, por elementos probatórios mínimos, das condições em que os indigitados agentes estariam vinculados à conduta investigada, para além de relatório policial de fontes ocultas. Exige-se, minimamente, **i)** indícios razoáveis de autoria e materialidade do crime**; ii)** que a prova não possa ser feita por outro meio; e, **iii)** que o crime seja punido, no mínimo, com pena de reclusão (Lei 9.296/96, art. 2º), concretamente apontados**,** já que "é necessário a demonstração real da necessidade da interceptação telefônica, e não por ser mais prático, fácil e cômodo, para a investigação". (TRF, HC 0049876-36.2012.4.01.0000, Rel. Des. Tourinho Neto). A impossibilidade da obtenção por outros meios deve conter argumentação objetiva, vedada a assertiva genérica, porque

9. Segundo: ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (*ex nunc*), o espelhamento via Código QR viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (*ex tunc*). 10. Terceiro: ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via Código QR depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da Autoridade Policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura – embora não haja nos autos notícia de que isso tenha ocorrido no caso concreto – , acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito ilegalidades: (a) sem que se apontasse nenhum fato novo na decisão, a medida foi autorizada quatro meses após ter sido determinado o arquivamento dos autos; (b) ausência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal a respaldar a limitação do direito de privacidade; e (c) ilegalidade na fixação direta do prazo de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por igual período. 12. Recurso provido, a fim de declarar a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do WhatsApp via Código QR, bem como das provas e dos atos que dela diretamente dependam ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes independentes, revogando, por conseguinte, a prisão preventiva dos Recorrentes, se por outro motivo não estiverem presos"

STF, AI 560.223 (Min. Joaquim Barbosa): "É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação".

STJ, HC 161.053, (Min. Jorge Mussi): "INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VÍCIO INSANÁVEL. Não é válida a interceptação telefônica realizada sem prévia autorização judicial, ainda que haja posterior consentimento de um dos interlocutores para ser tratada como escuta telefônica e utilizada como prova em processo penal. A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores,que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da CF, regulamentado pela Lei n. 9.296/1996. A ausência de autorização judicial para captação da conversa macula a validade do material como prova para processo penal. A escuta telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores. A gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro. A escuta e a gravação telefônicas, por não constituírem interceptação telefônica em sentido estrito, não estão sujeitas à Lei 9.296/1996, podendo ser utilizadas, a depender do caso concreto, como prova no processo. O fato de um dos interlocutores dos diálogos gravados de forma clandestina ter consentido posteriormente com a divulgação dos seus conteúdos não tem o condão de legitimar o ato, pois no momento da gravação não tinha ciência do artifício que foi implementado pelo responsável pela interceptação, não se podendo afirmar, portanto, que, caso soubesse, manteria tais conversas pelo telefone interceptado. Não existindo prévia autorização judicial, tampouco configurada a hipótese de gravação de comunicação telefônica, já que nenhum dos interlocutores tinha ciência de tal artifício no momento dos diálogos interceptados, se faz imperiosa a declaração de nulidade da prova, para que não surta efeitos na ação penal. Precedente citado: EDcl no HC 130.429-CE".

STF, HC 87.341 (Min. Eros Grau): "Na hipótese dos autos, contudo, em que a conduta criminosa dos acusados, então ocupantes de cargos públicos – de exigirem vantagem indevida de um indivíduo, para não lhes forjarem um flagrante de tráfico de drogas –, era realizada em via pública, não há sigilo a ser preservado, sendo incabível, portanto, falar-se em tutela da intimidade e, consequentemente, em ilicitude da prova obtida. [...] Conforme destacou o Ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto no julgamento do habeas corpus n. 87.341-3/PR [...] não há nenhuma ilicitude na documentação cinematográfica da prática de um crime, a salvo, é claro, se o agente se encontra numa situação de intimidade. Obviamente, não é o caso de uma corrupção passiva pratica em repartição pública".

STJ, AgRg no REsp 1.154.376 (Min. Sebastião Reis Júnior): "Não existe intercepção apenas para sondar, para pesquisar se há indícios de que a pessoa praticou o crime, para descobrir se um indivíduo está envolvido em algum delito".

"A euforia e deslumbrante necessidade de apetrechamento dos operadores judiciários de meios de obtenção de prova sem que primeiramente se avalie os resultados objetivados com os meios já existentes – é uma praxis a que nos habituamos. Ou, concretizando melhor, a desmedida e facilitada autorização das escutas tefelónicas – de necessidade duvidosa – sem que primeiramente se avaliem os meios menos delatores dos direitos e liberdades pessoais, converteu um meio de obtenção de prova de *ultima ratio* – de exceção – em prima *ratio* – em vulgar". **Manuel Monteiro Guedes Valente**

"Colocado na prática o que o CNMP 'liberou', o Ministério Público vai ser o responsável por investigar, requerer a quebra de sigilo, realizar a interceptação, classificar e separar o que balize, convenientemente, a função de acusador e, ainda, ser o detentor da prova que será utilizada no processo penal. Sem controle, sem supervisão, sem ciência de outra Instituição. Muito menos a apresentação do material bruto para defesa, como nega-se reiteradamente". **Alexandre Morais da Rosa e Rodolfo Macedo do Prado**

STF, HC 129.646 (Min. Celso de Melo): "Sucessivas prorrogações de interceptação telefônica, quando determinadas em decisões desprovidas de fundamentação juridicamente idônea, qualificam-se, quanto à sua eficácia probatória, como provas ilícitas, que, repudiadas pela própria ordem constitucional, reputam-se inadmissíveis em juízo (CF, artigo 5º, LVI), tal como adverte o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal firmado em diversos precedentes".

"Importante ressaltar que, segundo o entendimento do STJ, para que seja concedida a prorrogação de interceptação telefônica, exige-se que seja demonstrada a imprescindibilidade da medida, pois a falta de fundamentação configura desrespeito direto ao princípio da motivação das decisões, o que acarretaria o reconhecimento da invalidade da escuta telefônica obtida por meio de prorrogação de interceptação legalmente autorizada [HC 143.697 (Min. Napoleão Nunes Maia)". **Nestor Eduardo Araruna Santiago**

transforma a exceção da investigação na famosa "pescaria' de provas", denominada de '*Fishing Expedition*';

29) Prazo e Arquivamento: Ainda que exista controvérsia, o prazo para deferimento é o de 15 dias, prorrogáveis, justificadamente, por mais 15 dias (STJ, HC 76.686), embora existam decisões acolhendo prazos maiores (STF, RHC 85.575, Min. Joaquim Barbosa; STJ, HC 149.866, Min. *Laurita Vaz* e HC 187.335, Min. *Marco Aurelio Belizze*)**.** Não cabe o deferimento direto por 30 dias, salvo na hipótese de declaração de Estado de Defesa (CR, art. 136, § 2º). Cada **prorrogação** deve ser fundamentada com argumentação idônea e dialogada com o resultado da interceptação recém finalizada (fatos novos e contemporâneos), não bastando a reiteração genérica, sob pena de nulidade (STF, HC 129.646), ainda mais diante do art. 315, § 2º do CPP. No caso de **arquivamento** sem instauração de ação penal, deve-se dar ciência aos que tiveram o direito restringido. Afinal de contas, o Estado investigou alguém e não propôs ação penal. Logo, em nome da transparência e **Boa-fé Objetiva**, o sujeito precisa saber quem e por quais motivos foi enleado em investigação criminal, até mesmo para fins de eventual abuso de autoridade (LAA, art. 27);

30) Barriga de Aluguel: O jogo sujo na interceptação configura-se pela produção em "alvo dissimulado", com o posterior compartilhamento do resultado, de modo a subtrair o caminho adequado (atalho espúrio). A prática denomina-se "barriga de aluguel". É possível que no decorrer da interceptação lícita surjam indicativos de outros crimes envolvendo terceiros. Nessas hipóteses, será necessário verificar se não houve desvio de finalidade, especialmente a denominada "barriga de aluguel". No caso de compartilhamento, modalidade de prova emprestada, via **Encontro Fortuito**, necessária a verificação do liame probatório e da possibilidade excepcional de sua validação democrática, quase sempre impossível, dado os requisitos de deferimento e especificidades. A prática da denominada **"barriga de aluguel"**, verdadeira modalidade de *doping*, procede-se de **dois modos distintos: a)** inclui-se dentre os terminais alvo um 'cabrito', ou seja, numeral que é obtido ilegalmente ou sem registro 'quente', aproveitando-se que está interceptado para se fazer ligações aos alvos que se pretende incluir nas investigações. O estratagema consiste em que o sistema de captação de áudio e dados passa a ser monitorado "por tabela". Com isso, o terminal é incluído na investigação de maneira ilegal; e, **b)** em face de investigação lícita, são incluídos terminais estranhos ao objeto, com o fim de – aparentemente – "esquentá-los". Adicionam-se terminais que não compõem o enquadramento da investigação, isto é, não guardam nexo com o contexto investigado: entram de carona. Embora a Res. 59, do CNJ, exija o requisito dos dados de registro do titular alvo, constitui-se em prática comum o deferimento de titulares ocultos. Essa prática é ilegal pelo descumprimento de requisito de validade, mas é tolerada em nome dos efeitos que promove. Aliás, os dados cadastrais podem ser obtidos sem intervenção judicial. O manejo da estratégia

se dá por preguiça ou má-fé, inexistindo terceira opção. Deferir ou requerer pleitos em desconformidade pode configurar crime, infração administrativa e contaminar toda a prova obtida (STJ, MS 18.000). O manejo do "*Fishing Expedition*" (pescaria probatória é uma realidade na interceptação telefônica com amplo espectro de abrangência: muitos numerais sem elo antecipado), desprovida de individualização e nexo com o caso investigado, com afirmações genéricas e manifesto interesse de prospecção/mineração de informações**.** Verificada a hipótese de pescaria probatória, pode-se reconhecer a ilicitude. No vocabulário da **Guerra**, o cerco ao alvo da investigação pode se dar diretamente ou por **"duplo cerco".** O cerco é ter como alvo seu próprio aparelho telefônico ou e-mail. O duplo cerco acontece quando as tentativas de uso de aparelhos que não estarão sob interceptação direta, na visão do alvo, por antecipação, também estarão incluídos na medida. A coordenação entre o **cerco** e o **duplo cerco** pode gerar informação relevante (dominar a tática reduz a ingenuidade defensiva). A execução eficiente gera informações relevantes à investigação, antecipando os movimentos dos alvos (efeito surpresa), além de tornar a manobra de "fuga" mais dificultosa e complexa. Já a tática do **flanqueamento** consiste em atacar por onde o oponente não espera, aproveitando-se do fator surpresa. Gera pânico e medo diante do inesperado (incerteza). Por isso, a investigação policial pode começar com membro de pouca relevância na organização criminosa ou mesmo auxiliares de menor expressão de comando (motoristas, empregados, secretários etc.), justamente porque não estão tão preocupados com a segurança (acreditam-se imunes), fogem do perímetro de atenção ostensiva dos líderes, bem assim são mais fáceis de convencimento para o fim de colaboração premiada (quente ou fria). Em regra, os "membros orbitais" têm muito a perder e muito pouco a ganhar, caso mantenham a fidelidade (sentem-se abandonados). Além disso, os agentes públicos podem criar evento de cobertura (diversão ou confusão), técnica de "**detonação**", para o fim de chamar a atenção dos grupos, instigando-os a manter comunicação entre si (p.ex. busca e apreensão, intimação para prestar esclarecimentos em alvo interceptado etc.). A prisão de alvos menores faz com que os líderes precisem se mobilizar e, com isso, podem cair na armadilha de usar aparelhos interceptados. A dissimulação e a emboscada participam do jogo investigatório. A possibilidade de **jogo sujo**, no ambiente da interceptação telefônica, principalmente pelo 'furor punitivo', ao arrepio das regras legais, encontra, ainda, esteio nos vazamentos seletivos de mídias, com o fim de jogar com a opinião pública, em franca violação da Res. 217, do CNJ (LAA, art. 28), criando-se obstáculos (e pressões) ao reconhecimento da ilegalidade. O uso tático de "fatias", "partes de diálogos", "frases fora do contexto" do conjunto de dados, para o fim de construir narrativas *fakes*, com mera aparência de verdade. Sem o contexto em que a proposição foi dita, o imaginário da "narrativa conveniente" prevalece, favorecendo interesses espúrios.

STJ, MS 18.800. No caso, agente da polícia federal foi demitido: "Quanto ao mais, consta dos autos depoimentos prestados pela impetrante e seu companheiro que o número de telefone indevidamente incluído em ofício dirigido a uma empresa de telefonia móvel pertencia a um amigo deste; e que não foi comprovada a inserção acidental ou a coação de autoridades administrativas na ocasião em que a impetrante admitiu a prática do ato por motivos pessoais. Assim, configurada a prática de infração disciplinar que dá ensejo à aplicação da pena de demissão, a autoridade administrativa não tem discricionariedade para aplicar sanção diversa. Nesses termos, não se configura ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade".

"Trata-se aqui de impedir que, através da gravação, a palavra, que foi proferida com a intencionalidade e a confiança na sua transitoriedade e historicidade, num contexto de espaço, tempo, vivência, gesto, ambiente de simbolizações e outros significantes, possa converte-se num pedaço objectivado da personalidade". **Manoel Costa Andrade**

"O STF já se pronunciou a favor da licitude da prova penal daí resultante, considerando o uso da prova obtida fortuitamente compatível com a legalidade processual penal desde que a interceptação telefônica tenha sido conduzida licitamente e o crime descoberto seja conexo ao objeto da escuta e punível com reclusão. Para o STF, não há, em princípio, óbice à utilização de prova emprestada de interceptação telefônica realizada no bojo de outra investigação, desde que franqueado à defesa o acesso a essa prova e garantindo-se o contraditório". **Nestor Eduardo Araruna Santiago**

A "seleção" de expressões "interessantes e/ou convenientes", do ponto de vista da acusação, na modalidade "pescaria", potencializa os riscos defensivos, especialmente quando a defesa não dispõe de meios capazes de aferir a cadeia de custódia ou mesmo recursos tecnológicos de auditar o conteúdo. As frases descontextualizadas podem gerar impactos cautelares, mormente por influência de **heurísticas** e **vieses**. A depender dos interlocutores, dos locais, do contexto, a própria "veracidade" das afirmações pode ser contestada, mas desde que a defesa possua meios adequados tecnologicamente. Basta lembrar de quantas vezes ouvimos alguém dizer que "*iria matar alguém*", sem que afirmação tivesse o condão de gerar efeitos reais. A frase fora do contexto faz o sentido migrar ao gosto de quem escuta. O **compartilhamento** do resultado da interpretação, no campo do **Encontro Fortuito** é controverso, especialmente quando se manipula o alvo, além de ser modalidade anômala de produção probatória. Se a obtenção da prova for dissimulada, obtida por atalho, por ser razoável a inferência de o alvo era outro, configura jogo sujo, nulificando o conteúdo (STF, RHC 135.683);

31) Quebra de Sigilo Fiscal e Bancário (UIF): O direito à intimidade é garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição da República**.** A LC 105/2001 dispõe sobre as hipóteses em que a quebra de sigilo bancário pode ser decretada, mais especificamente no *caput* do § 4º, de seu art. 1º**:** "*§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada,* quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, *em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante sequestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa*." A análise do pedido deve estar vinculada à instaurada investigação de "crime do catálogo", devidamente documentados os meios já apurados e a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, diante da **Presunção** de **Inocência** e da **privacidade**. A decisão, na maioria dos casos, poderia ser realizada depois de contraditório **direto** (prévio), estabelecido com o investigado/acusado. Se o contraditório for **diferido**, ausente fundamentação idônea, o resultado da quebra pode ser declarado ilícito. Para o seu deferimento, deve-se demonstrar a imprescindibilidade da produção, especialmente a ausência de outros meios, não podendo ter fundamento automático. Mas há manifesta **banalização** do sigilo fiscal e bancário, com deferimentos retóricos e automáticos**.** Sobre a validade dos dados obtidos pela Unidade de Inteligência Financeira (**UIF**), antigo **COAF** (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), o STF, por maioria, no julgamento do Rext. 1.055.941 (Min. Dias Tóffoli), sedimentou a tese de que, administrativamente, verificados indícios de

STF, RExt. 1.055.941(Min. Dias Tóffoli): "Ementa Repercussão geral. Tema 990. Constitucional. Processual Penal. Compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida. Recurso ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença condenatória de 1o grau. Revogada a liminar de suspensão nacional (art. 1.035, § 5o, do CPC). Fixação das seguintes teses: 1. **É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional**; 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios". (julgado em 04/12/2019). "Consubstancia-se a quebra de sigilo financeiro em medida de coação porque importa em restrição a direito fundamental. Como todas as medidas desta natureza, será lícita – e, então processualmente admissível e valorável – quando a sua realização obedecer aos pressupostos e requisitos exigidos pela Constituição e pela lei. De outra forma, representará ilícito penal, civil, e, eventualmente, administrativo – sendo absolutamente imprestável à persecução penal, por força do comando constitucional inserto no art. 5°, LVI, irredutível quando se tratar de prova para fundamentar uma condenação". **Juliana Garcia Belloque**

prática criminosa, devem ser compartilhados os dados. Manteve-se a tese de que a LC 105/2001, ao determinar a comunicação compulsória, relativizou o sigilo, autorizando, inclusive, o início das investigações somente com os relatórios do COAF/UIF, potencializada no caso de investigação de crimes de lavagem de dinheiro, diante das dificuldades de descoberta de provas. A tendência é de mitigação do *Standard* probatório nas hipóteses de investigação de condutas de corrupção, lavagem de dinheiro, organização criminosa e hediondas, criando-se distinção retórica e oportunista. Prevalece a lógica de que em crimes graves e sofisticados, as garantias constitucionais (como a do sigilo) devem ser mitigadas, diante do fim: eficiência da descoberta das condutas criminalizadas. O que se verifica, em geral, é a sedução e o arrastamento das garantias *flex* para os demais delitos (contamina o modelo processual). Enfim, sigilo bancário e fiscal em tempos de prevalência do interesse público, deixaram de existir. A partir de agora, havendo qualquer indicativo, afasta-se o Direito Fundamental para se fazer a "pescaria probatória" (*fishing expedition*): achou algo, investiga-se; nada achando, arquiva-se. Eis os dilemas entre eficiência e garantias. A depender do jogador teremos resultados diferenciados, justificando, mais ainda, conhecer com quem se está jogando;

STJ, HC 349.945 (Min. Rogério Schietti Cruz): "O Coaf, desde a edição da Lei Complementar 105/2001, passou a receber, independentemente de autorização judicial, diversas informações de natureza bancária, securitária, cambiária, relativas a mercados futuros e de títulos ou valores mobiliários, previdenciária, creditícia, de empréstimos com cartão de crédito, enfim, sobre todo negócio jurídico que tenha expressão monetária. Assim, por via transversa, a referida lei, ao tornar o sigilo e as inviolabilidades inoponíveis ao Coaf, acabou por permitir que os relatórios produzidos por ele fossem lastreados em elementos de informação da mais alta relevância e precisão técnica. [...] A atividade desempenhada pelo Coaf, ao constatar indícios de crime, não se restringe a simples afirmação de movimentação atípica, mas, ao contrário, apoia-se em um conjunto de informações relevantes que impõe, em alguns casos (até para melhor esclarecer o fato apontado), melhor análise dos dados que subsidiaram a comunicação feita aos órgãos de persecução penal e que, a fortiori, importam na necessária quebra de sigilo".

STJ, HC 349.945 (Min. Rogério Schietti Cruz): "Crimes desse jaez – que compõem a também conhecida criminalidade corporativa – são 'cada vez mais um segmento terceirizado do mercado de serviços ilegais, proporcionada por especialistas, indivíduos e empresas, não só hábeis em elaborar complexas técnicas de escamoteação da origem ilícita de ativos mais habilitados a fornecer sofistica assessoria de análise e gerenciamento de riscos e no estabelecimento de retaguarda jurídica para implementação de tais operações. (MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 13)'. É possível antever, portanto, que os indícios de prova, suficientes para dar lastro a um juízo de probabilidade de ocorrência do fato delituoso – com a formação de uma suspeita razoável para pronunciamentos judiciais menos gravosos que a condenação, como a quebra de sigilo fiscal e bancário, por exemplo – devem ser colmatados com outras formas distintas das formas clássicas já conhecidas e que, geralmente, são precedidas de inquérito policial, de modo a possibilitar, com eficiência, o desmantelamento dos complexos delitos corporativos".

"Assim as coisas, é evidente que o "processo penal do inimigo" pode ser identificado como um modelo de *crime control*, assemelhando-se a um esquema totalizante de poder penal, que tem sua origem na edificação de um arquétipo social de alarme, de urgência, passando a desenhar institutos jurídicos que expressamente se encontram consubstanciados no princípio do bem e do mal..."
Ricardo Jacobsen Gloeckner

32) Produção Antecipada de Provas: A regra é a produção da prova testemunhal em contraditório. A **exceção** é a cautelar de produção antecipada, cujo deferimento demanda o preenchimento dos requisitos legais e motivação adequada, vedada a mera "conveniência" do julgador, por limitar a defesa (Não há acusação formalizada, nem indicadores definitivos do conjunto de provas contra o agente). A produção probatória antecipada pode ser **requerida** pelas **partes** e, embora prevista (CPP, art. 156, I), a iniciativa do julgador restou revogada pela regra do art. 3º-A, do CPP, pois incompatível com a estrutura acusatória. O pleito deve ser formulado pela autoridade policial ou pelas partes, demonstrando-se, a partir do Devido Processo (necessidade, adequação e proporcionalidade da medida), a **urgência** e a **relevância**. Por exemplo, vítimas e/ou testemunhas que: **i)** não moram no Brasil (turistas); **ii)** estarão em viagem prolongada ou indo morar fora do país; **iii)** são idosos em idade avançada ou enfermos; e, **iv)** devem ser preservadas da **revitimização**, por meio da produção antecipada de perícias/laudos psicológicos. Nas hipóteses de **suspensão do processo** em face de citação por edital (CPP, art. 366), a produção antecipada deve ser justificada por indicadores objetivos e tangíveis (não é mera conveniência). Verifica-se o comportamento **oportunista** do juiz em casos com pluralidade de acusados, pela lógica do menor esforço, o juiz nomeia defensor ao revel, realiza a instrução, postergando ilegalmente a **cisão** do processo (CPP, art. 80) para depois de instruído e antes do interrogatório (evita fazer a instrução quando o acusado for encontrado: faltaria apenas o interrogatório). O comportamento é vedado por violar as garantias do processo em contraditório, do **direito de confronto**, sendo

STJ, Súmula 455: "A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso de tempo".

"Medida cautelar que só está autorizada quando houver risco de perecimento da prova, ou de grande dificuldade de sua coleta em outro momento. Sem o requisito do *periculum in mora* a produção da prova importará em nulidade por verdadeira subversão à suspensão do processo".
André Nicolitt

STJ, "RHC 64.086 (Min. Rogério Schietti Cruz): "4. Estudos recentes de Psicologia demonstram a ocorrência frequente do fenômeno psíquico denominado "falsa memória", em razão do qual a pessoa verdadeiramente acredita que viveu determinado fato, frequentemente distorcido, porém, por interpretações subjetivas, convergência de outras memórias e por sugestões externas, de sorte a interferirem no processo de resgate dos fatos testemunhados.

amplamente **dominado** pela jurisprudência (STJ, Súmula 455). Ademais, a carona probatória do acusado revel não é mais compatível com a cisão funcional entre o Juiz das Garantias e o Juiz de Julgamento, dado que exige superação de fases incompatíveis com o jeitinho de aproveitamento;

C – Controvérsia:

1) Regime de Lavagem de Capitais e ORCRIM: Atente-se às peculiaridades dos casos de Lavagem de Capitais e Crime Organizado. As investigações por métodos ocultos (interceptação, gravação ambiental, agente infiltrado) devem se dirigir a um fim **determinado**, pressupondo-se evidências objetivas e tangíveis, dado o uso instrumental da investigação *fake* de ORCRIM. O argumento de se estar investigando o crime organizado amplia de modo artificial os meios de obtenção de provas. Verificado o uso oportunista, podem gerar a nulidade da prova produzida;

D – Estratégia:

1) Planejamento: Os meios de produção de prova devem ser monitorados porque o Estado dispõe de diversas ferramentas capazes de invadir Direitos Fundamentais sem a prévia ciência do alvo, a saber, a surpresa opera em favor da acusação. O deferimento dos pedidos cautelares se vincula a critérios próprios e objetivos, em geral, inobservados. O esforço de impugnar de modo consistente, no contraditório diferido, a "invalidade" da decisão (CPP, art. 315, § 2º), de modo autônomo, evita a confusão (a mistura) com os demais elementos dos autos. A tática acusatória será a de postergar a discussão, enquanto a defesa age ao contrário. O julgador, a depender do perfil, pode se aliar à acusação ou, de modo honesto, avaliar as objeções defensivas. O problema é que a tendência é a de manutenção da decisão, até porque, do contrário, o julgador, a depender do caso, na hipótese de acolhimento da ausência de motivação adequada, teria que reconhecer o seu próprio abuso de autoridade. Antecipar a discussão, subindo o tema em *Habeas Corpus*, por exemplo, é um ganho estratégico.

15.2 *Template* Estratégico

A partir da Teoria do Caso Adaptada ao **RoadMapCrime** (item 8.8), orientados pelo Teste EVE, podemos **mapear** o objeto e a motivação das cautelares deferidas, na seguinte ordem:

Primeiro passo: Deve-se distinguir os planos de **a)** Existência; **b)** Validade; e, **c)** Eficácia-valoração.

a) Entende-se por **existência** a satisfação dos **pressupostos**: **1)** agente (humanos); **2)** objeto (um ato processual ou comportamento); **3)** forma (requisitos aparentes); e, **4)** vontade (humana).

b) Entende-se por **validade** a satisfação dos **requisitos**: **1)** ser o agente capaz (a partir de atribuição legal e/ou capacidade técnica); **2)** ser o objeto (ato ou comporta

5. Assim, desde que explicitadas as razões concretas da iniciativa judicial, é justificável a antecipação da colheita da prova testemunhal com arrimo no art. 366 do Código de Processo Penal, de maneira a não se perderem detalhes relevantes ao deslinde da causa e a não comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade, atividade que, conquanto não tenha a pretensão de alcançar a plenitude da compreensão sobre o que ocorreu no passado, deve ser voltada, teleologicamente, à reconstrução dos fatos em caráter aproximativo. [...].É que, muito embora tal esquecimento seja passível de concretização, não poderia ser utilizado como mera conjectura, desvinculado de elementos objetivamente deduzidos. Razão de ser da Súmula 455, do STJ e necessidade de seu temperamento na hipótese retratada nos autos. 7. A fundamentação da decisão que determina a produção antecipada de provas pode limitar-se a destacar a probabilidade de que, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas, pela natureza de sua atuação profissional, marcada pelo contato diário com fatos criminosos que apresentam semelhanças em sua dinâmica, devem ser ouvidas com a possível urgência. 8. No caso sob análise, o Juízo singular, ao antecipar a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, salientou que, por ser a testemunha policial, sua oitiva deve realizar-se com urgência, pois "... o atuar constante no combate à criminalidade expõe o agente da segurança pública a inúmeras situações conflituosas com o ordenamento jurídico, sendo certo que as peculiaridades de cada uma acabam se perdendo em sua memória, seja pela frequência com que ocorrem, ou pela própria similitude dos fatos, sem que isso configure violação à garantia da ampla defesa do acusado.".9. A realização antecipada de provas não traz prejuízo ínsito à defesa, visto que, a par de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, nada impede que, retomado eventualmente o curso do processo com o comparecimento do réu, sejam produzidas provas que se julgarem úteis à defesa, não sendo vedada a repetição, se indispensável, da prova produzida antecipadamente".

"A nova lei, na redação dada ao art. 156, foi além do que deveria, ao permitir ao juiz ordenar, de ofício e 'mesmo antes de iniciada a ação penal', a produção antecipada de provas urgentes e relevantes, o que, como já dito, pode comprometer sua imparcialidade e desfigurar a estrutura acusatória do processo penal".
Rogério Schietti Machado Cruz

"A novilíngua agrupa sob o nome de 'crime organizado' todas essas atividades, como se isso não tivesse relação com o resto da atividade econômica, referindo-se a uma espécie de mundo paralelo bárbaro e subterrâneo em relação a um mundo oficial diurno e perfeitamente civilizado. Na realidade, esses dois mundos estão intimamente imbricados, e isso por duas razões: 1) os grupos financeiros e os bancos têm muito interesse em captar os enormes lucros dos negócios do chamado crime organizado; 2) a atividade econômica oficial também fornece uma massa de capitais duvidosos, talvez até pior, que se amalgamam, em vista de lavagens, com o dinheiro fácil oriundo das atividades criminosas. Esses capitais 'corrompidos' provêm de toda uma série de atividades muito difundidas nas grandes empresas".
Dany-Robert Dufour

mento) lícito, adequado e produzido no momento oportuno; **3)** ser a forma prescrita ou não defesa em lei (observância das regras de produção); e, **4)** o comportamento ou o ato deve ser livre, consciente e voluntário.

c) Entende-se por **eficácia-valoração** a possibilidade de o ato ou comportamento gerar efeitos válidos no contexto do Caso Penal.

Segundo Passo: Decompor e identificar, em conjunto, os aspectos do Caso Penal, situando os pressupostos e requisitos de **existência** e de **validade**;

Terceiro Passo: Decompor o conteúdo do objeto e da decisão para o fim de atribuir os Pontos Fortes e os pontos Fracos (SWOT);

Quarto Passo: Estabelecer **Planos de Ação** em face das oportunidades processuais, considerando o Tipo Penal, os Agentes Processuais, o Procedimento, as Provas (produzidas e possíveis) e Valoração (futura nas decisões);

Quinto Passo: Executar, Monitorar e Ajustar.

STF, HC 130.038 (Min. Dias Tóffoli): "Habeas corpus. Processual penal. Produção antecipada de prova testemunhal (art. 366, CPP). Inexistência de demonstração da necessidade concreta da medida. Invocação de fórmulas de estilo genéricas aplicáveis a todo e qualquer caso. Inadmissibilidade. Flagrante ilegalidade caracterizada. Writ concedido. 1. A decisão que determina a produção antecipada da prova testemunhal deve demonstrar a presença dos requisitos previstos no art. 225 do Código de Processo Penal. [...] 3. Na espécie, o juízo de primeiro grau valeu-se de fórmulas de estilo, genéricas, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem indicar os elementos fáticos concretos que pudessem autorizar a medida. 4. Ausente a indicação de circunstância excepcional que justificasse a antecipação da produção da prova testemunhal, há que se reconhecer a ilegalidade da colheita antecipada da prova oral na hipótese em exame. 5. Ordem concedida".

JUSTIÇA NEGOCIAL

NEGOCIAL

< Capítulo 16 >
Justiça Negocial:
ANPP, Colaboração Premiada, Transação e Suspensão Condicional do Processo

16.1 Justiça Negocial (Regras, Funcionamento e Características)

A – Definição:

Justiça Penal Negociada é a possibilidade de o Estado (por seus agentes: investigação ou acusação) e investigado/acusado (necessariamente assistido por defensor), por meio de acordo, determinam os fatos e as sanções de modo consensual (ganha-ganha), com posterior homologação judicial.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Justiça Negocial no Espectro das Normas Regulativas: Distinguem-se as normas entre ***standard*** e ***regulativa***. Enquanto as ***standards*** são indisponíveis (Jurisdição, Órgãos, Sujeitos, Atribuições etc.), as ***regulativas*** autorizam que o titular possa "dispor"' de parcela dos direitos subjetivos processuais, entendidos como "privilégios" (renunciáveis: processo, direitos subjetivos vinculados à assunção de culpa e obrigações probatórias). Em sendo o processo direito do acusado, nos limites da lei, pode negociar a culpa e as sanções. Ao Judiciário cabe controlar os termos do acordo formulado pelas partes, mediante **homologação**. As cláusulas de disponibilidade, portanto, inserem mecanismos de barganha e negociação ampliados, tanto sobre o conteúdo da imputação como sobre os efeitos das sanções;

"Ao conferir um direito, ou privilégio, ou prerrogativa, ao imputado, reconhecem que um certo mandamento foi concebido no seu estrito interesse. Em outras palavras, reconhecem que o enunciado é programático, que o sistema de justiça criminal pode 'viver' sem o respeito a ele, se for da vontade do imputado dele abrir mão. A essa característica da faculdade, ou direito, se chama de 'desistibilidade' (*waivability*). [No segundo caso]: "estabelecem um standard, os princípios alicerçam o próprio sistema de justiça criminal. Com isso, o mandamento é absoluto; não pode ser afastado, porque constitui a estrutura do próprio sistema. Se for violado, configurar-se-á uma verdadeira e própria infração ao princípio standard do devido processo legal".
João Gualberto Garcez Ramos

2) Frequências (FN: Negocial ou FM: Mérito): Assumimos que existem duas **frequências** do processo (**FN** e **FM**; item 4.4). Em termos diretos, **Justiça Penal Negociada** é a possibilidade de o **Estado** (por seus agentes: investigação ou acusação) e **investigado/acusado** (necessariamente assistido por defensor), por meio de acordo, determinarem os fatos e as sanções de modo consensual (**ganha-ganha**), com posterior homologação judicial;

"Já a *count bargaining* caracteriza-se pela desconsideração de uma ou mais condutas dentre aquelas que, pelas circunstâncias de fato, seriam imputadas ao réu. Essa espécie de *plea bargaining* subdivide-se entre o que se denomina de desconsideração vertical (*not to prosecute vertically*) e desconsideração horizontal (*not to prosecute horizontally*). Enquanto, aquela seria o afastamento do delito mais grave em caso de concurso de crimes diferentes, esta permite que o réu que tenha cometido diversos delitos idênticos seja denunciado por um único crime. Por fim, quando a alteração diz respeito unicamente à quantidade da pena, em que se negocia o cumprimento de uma sanção menos grave ou mais leve do que aquela prevista para o tipo penal em questão, configura-se a *sentence bargaining*. Esse tipo de negociação depende, normalmente, da confiança e do poder de influência do promotor de justiça perante o juiz da causa".
Isabela Ramos Philippi

3) Dispositivo de Barganha: Diante do espectro de possibilidades dos termos do acordo (condições e sanções), a ampliação das habilidades negociais é exigência aos agentes processuais. O acordo depende de fatores contextuais, vinculados aos benefícios e interesses (públicos ou

privados) dos agentes processuais. O sucesso do acordo depende do alinhamento dos benefícios das partes: **a) Acusação**: **i)** aplicação imediata da sanção; **ii)** redução da carga de trabalho; e, **iii)** alocação de tempo em casos mais graves; **b) Investigado**: **i)** evita o estigma da condição de acusado; **ii)** redução dos custos processuais associados, **iii)** pena menor do que da sentença de mérito; **iv)** construção de alternativas às sanções (prazo, meios etc.); **v)** evita os riscos de, mesmo sendo inocente, não conseguir os meios probatórios para contrapor a Hipótese Acusatória;

"Diante do reconhecimento da culpabilidade, a qualificação jurídica dos fatos é alterada para um tipo penal menos grave".
Nereu José Giacomolli

"Mais ainda e de forma muito significativa para nossa investigação, a coação que em muitos casos existe sobre os acusados para se declararem culpados dos delitos que lhe são atribuídos e evitar desse modo os custos do julgamento e uma condenação muito maior, longe do pensamento reformador iluminista foi comparada às práticas medievais de tortura legal".
Diego Zysman Quirós

4) Benefício do Agente Público: O Juiz e o Ministério Público não ganham absolutamente nada em promover uma ação penal, porque o subsídio mensal é pago independentemente da carga de trabalho, mas há o **custo de oportunidade** (alocação de tempo), a saber, se o Caso Penal termina em acordo, não há ação penal. Com isso, podem alocar o tempo em outros casos mais graves, organizar a vida ou mesmo ir para casa mais cedo. Em todos eles, há incentivo a práticas de consenso, mesmo que não se assuma publicamente (ou sequer sejam conscientes disso). É o comportamento esperado do agente racional (maximizador de seu bem estar), salvo na hipótese de agentes engajados em alguma cruzada contra crimes específicos (corrupção, meio ambiente etc.);

"Já no caso North Carolina v. Alford, de 1970, a Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou ser cabível a celebração de acordo entre acusação e defesa, mesmo quando o acusado mantenha a afirmação de ser inocente, desde que haja alguma evidência da sua culpa e, desde que não haja indícios de que ele teria sido coagido ou celebrado acordo para favorecer terceiros. Nesse caso, Alford, o suspeito, chegou a celebrar o acordo com a acusação, enfatizando que apenas o fazia por medo da cominação da pena de morte. Cuida-se de uma situação estranha: o acusado afirma sua inocência e, apesar disso, confessa um crime que alega não ter cometido, apenas por conta do receio de uma eventual condenação. É como se dissesse: 'sou inocente'. Mas, como não confio que o sistema reconhecerá isso, confesso um crime que não cometi e celebro acordo!".
Flávio Antônio da Cruz

5) Investigação Defensiva: Para fins de negociação, a **Investigação Defensiva** confere "cartas acusatórias" para o fim de contrapor às pretensões acusatórias. Se a defesa nada produzir antecipadamente, ficará à mercê dos elementos probatórios produzidos pela investigação oficial, perdendo a "chance" de obter um acordo favorável. Alegações sem suporte probatório não tracionam. Sem provas defensivas, o acusado está em desvantagem, tendendo a aceitar propostas oportunistas do MP;

6) Dilema do Prisioneiro: por se tratar de negociação, ocorrem situações de **assimetria de informação** em que o **Dilema do Prisioneiro** pode servir de "chave interpretativa" do real funcionamento de iniciativa processuais (p.ex. medidas e prisões cautelares ou propostas informais em contexto de flagrante). A aceitação da proposta demanda também a estimativa dos efeitos no curto, médio e longo prazos (p.ex. na Lei de Drogas, a colaboração premiada não opera em face do custo pessoal e familiar associado: tendência de vingança). O **Dilema do Prisioneiro** é lógico. Se cada um dos prisioneiros maximizar seus próprios interesses, o resultado será pior para ambos. Se houvesse cooperação, no sentido de fazer o melhor para si e para grupo, o resultado seria melhor. Serve de explicação ao funcionamento da **Justiça Negocial**, além de outros momentos da interação processual (principalmente quando a condição da escolha dos agentes for **oportunista**);

"Não abra mão de mais do que precisa para fazer um acordo. Essa é uma tentação a qual muitos promotores sucumbem. Se você tiver que desistir de alguma coisa, ofereça, em troca de uma confissão, um número menor de acusações ou uma redução do grau de severidade de um crime ou do número de anos que um cúmplice irá servir. Isso será frequentemente suficiente para induzir um cúmplice a testemunhar. Soa melhor para os jurados quando eles descobrem que ambos os peixes ainda estão na rede. Imunidade total das acusações deve ser usada somente como último recurso".
Stephen S. Trott

7) Ameaça e Chantagem (dentro ou fora da lei): No ambiente negocial, a ameaça faz parte dos comportamentos lícitos, desde que orientada pela **Boa-Fé Objetiva**. Até que ponto é permitido o uso de ameaças e ofertas em negociações? A ameaça manifesta-se pela intenção de agir em prejuízo ao "chantageado", caso não aceite as condições

impostas, muitas vezes pelo "**Jogo do Ultimato**" (é pegar ou largar). O ambiente negocial aceita propostas e contrapropostas dentro do enquadramento de **Boa-fé Objetiva**, em que a vantagem situacional seja motivo para o abuso (CC, art. 153). Transforma-se em ilícito quando envolve ato ilegal (extorsão, retaliação etc.). O agente **oportunista** pode se valer da posição privilegiada para impor, por meio da "chantagem processual", condições que não teria sem o "trunfo" (p.ex. na audiência de custódia, a imediata liberdade do conduzido). Quando se estabelece "cláusula penal" nos contratos, cria-se mecanismo de "chantagem" lícita para garantia de seu cumprimento. Por mais que exista certo "desprezo" pelo uso da categoria "chantagem", demonstrar a sua função nos ajuda a compreender como, de fato, as negociações funcionam. A "chantagem" opera disfarçada por outros nomes (cláusula penal; multa; punições etc.). O importante é sabermos distinguir, a partir da **Boa-fé Objetiva**, entre a "chantagem" lícita e a ilícita (chantageamos e somos chantageados no ambiente negocial). Podemos conviver melhor dando o nome correto aos comportamentos (sem dissimulação);

"Mais ainda e de forma muito significativa para nossa investigação, a coação que em muitos casos existe sobre os acusados para se declararem culpados dos delitos que lhe são atribuídos e evitar desse modo os custos do julgamento e uma condenação muito maior, longe do pensamento reformador iluminista foi comparada às práticas medievais de tortura legal". **Diego Zysman Quirós**

"Um jogador que participe de um jogo em que se admite negociação, vê-se em posição embaraçosa. Deseja conseguir o acordo que lhe seja mais favorável e deseja evitar o risco de não fazer acordo nenhum; até certo ponto esses objetivos são conflitantes. Se uma das partes mostrar disposição de fazer acordo em quaisquer termos, mesmo obtendo lucros mínimos, é muito possível que chegue a um acordo, mas não muito atraente. De outro lado, se ela toma uma posição rígida e se mantém irredutível, é de supor que alcance um acordo favorável, se vier a alcançar o acordo – mas corre o risco de ficar a 'ver navios'. Um vendedor que esteja ansioso para negociar um automóvel procurará esconder esse estado de ânimo do eventual comprador; mas fará o que estiver ao seu alcance para determinar quanto deve reduzir no preço para que o negócio se concretize – e irá até o ponto de usar microfones ocultos". **Morton David Davis**

8) Negativa Idônea: A recusa deve ser motivada em razões concretas e tangíveis (STF, HC 83.926). A distribuição de poderes no ambiente democrático implica no dever de prestação de contas. Do contrário, trata-se de arbítrio. Se a negativa for desprovida de fundamento ou inidônea, o juiz deve devolver o caso ao MP para complementação. Mantido o comportamento, é o caso de não recebimento da ação penal pela não superação adequada da etapa antecedente. Inviável a utilização do ainda art. 28, do CPP, porque nenhuma ameaça de direito pode ser excluída da análise do Poder Judiciário e a decisão do Procurador Geral é interna ao MP (externa ao Poder Judiciário);

9) Teoria do Adimplemento Substancial: A sanção deve ser imposta com algum objetivo democrático. Se cumprida de **Boa-fé Objetiva** e substantivamente, não se justifica a prorrogação ou mesmo a revogação. A leitura linear viola a lógica do sistema, motivo pelo qual pode ser invocada a **Teoria do Adimplemento Substancial**. A desproporção entre a prorrogação ou revogação e a pequena parte descumprida, muitas vezes com a omissão dos agentes da lei, favorece ao beneficiado. Se o núcleo da obrigação tiver sido satisfeita e/ou observada, a função da sanção estará cumprida. Por violar a proporcionalidade, desde que cumprida parcela significativa das obrigações, deve ser extinta a punibilidade;

STJ, REsp. 1.581.505 (Min. Antônio Carlos Ferreira): "A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários".

"Em definitivo, a Teoria do Adimplemento Substancial protege o devedor, ao impedir que o credor lhe imponha remédios que lhe causarão sacrifícios desproporcionais à lesão que o descumprimento causou ao seu interesse na prestação. No entanto, não encerra salvo-conduto para que o devedor se exima das obrigações contratualmente assumidas, afinal, *pacta sunt servanda*". **Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes**

C – Controvérsia:

1) Eficácia Normativa e Discordância Particular: A crítica aos institutos importados deve ser feita de modo reiterado. Do ponto de vista estratégico, dominar o funcionamento efetivo do **Dispositivo** negocial tende a ampliar as possibilidades das partes, especialmente porque as nossas escolhas pessoais, no processo penal, não podem gerar violações às

"A forma *venire contra factum proprium*, consistindo em conduta que provoca determinada expectativa num dos contratantes, poderá afastar a possibilidade de resilição unilateral ou anulação do contrato, dependendo do caso concreto. O interessante nessa hipótese é que a conduta desempenhada por uma das partes se mostra contrária à intenção declinada no contrato ou à natureza do negócio jurídico realizado, traduzindo, nas palavras de Menezes Cordeiro, a vocação ética, psicológica e social da regra '*pacta sunt servanda*' para a juspositividade, mesmo naqueles casos específicos em que a ordem jurídica estabelecida, por razões estudadas, por desadaptação ou por incompleição, lha negue. A exigência de confiança recíproca desborda, na atual realidade, da obrigação de verdade subjetiva (pura declaração de vontade), guiando-se, então, pela obrigação decorrente também da conduta dos contratantes". **Rogério Zuel Gomes**

expectativas de **Boa-fé Objetiva** dos demais participantes, especialmente acusados;

D – Estratégia:

1) Novas Habilidades: É preciso dominar **habilidades** negociais sequer referenciadas na formação universitária. A ilusão, o excesso de confiança ou o otimismo ingênuo podem fragilizar profundamente o desempenho dos agentes processuais. Saber reconhecer os próprios limites de atuação é sinal de maturidade. Além do que, a função negocial, em geral, é incompatível com a advocacia de confronto judicial, porque as relações acirradas podem contaminar as práticas negociais. Em geral, os defensores que se dedicam às práticas negocias não devem confundir as atuações, a saber, ou se atua no "combate" (processo) ou na negociação. Cumular as funções tende a ser arriscado e improdutivo;

2) Metodologia: O **mapeamento** das oportunidades estratégicas pode ser feito com as ferramentas anteriormente indicadas, em especial a ferramenta **SWOT** (Pontos Fortes e Pontos Fracos). O perfil dos agentes deve ser monitorado, avaliando-se as perspectivas teóricas e os padrões comportamentais antecedentes.

16.2 Transação Penal (Juizados Especiais Criminais)

A – Definição:

Acordo realizado entre o Ministério Público ou Querelante com o Autor do Fato, assistido por Advogado ou Defensor, nos crimes de menor potencial ofensivo.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Requisitos: A transação penal é modalidade de acordo cabível nos crimes de menor potencial ofensivo (pena máxima não superior a 2 (dois) anos ou contravenções, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95), no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, desde que preenchidos os requisitos legais, por exclusão (art. 76):

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida)."

Consiste na oferta de pena antecipada (multa ou restritiva de direitos, com ou sem reparação do dano), **sem assunção de culpa**, negociada no campo da barganha, com homologação judicial**.** As disposições restritivas

sofrem de mazelas autoritárias, por se basearem na lógica da reincidência e da análise inverificável de atributos subjetivos do agente. A extensão da transação penal dependerá, em muito, da capacidade negocial e do **Esquema Decisório** dos agentes processuais, até porque há tendência ao forçamento dos benefícios para se evitar instruções. O benefício do "autor do fato" é o de não ter ação penal contra si instaurada, nem o nome "sujo" para fins penais, enquanto o dos agentes públicos é o de diminuir a carga de trabalho, especialmente o Ministério Público e o Juiz;

2) Análise Burocrática e Controle da Justa Causa: Verifica-se, muitas vezes, o oferecimento de propostas de transação penal de modo automático, desprovidas de análise da **justa causa**, especialmente da ausência de elementos mínimos para oferecimento de denúncia, dentre eles, tipicidade material. O controle da transação penal somente acontece se o titular da ação penal estuda os casos antes das audiências, já que se o Juizado for "tocado" por conciliadores (cheios de boa vontade, em geral) o devido filtro dos abusos e desvios não é realizado. O fato de ter sido instaurado Termo Circunstanciado não é sinônimo de justa causa, justamente porque é o relato unilateral;

TJSC, 5ª Turma Recursal, HC 25 (Juiz Alexandre Morais da Rosa): "HABEAS CORPUS - JUIZADOS ESPECIAIS - TERMO CIRCUNSTANCIADO - AUDIÊNCIA PRELIMINAR - COMPARECIMENTO - JUSTA CAUSA - AUSÊNCIA DE CONDUTA TÍPICA SEQUER EM TESE – TRANCAMENTO - DO PROCEDIMENTO - ORDEM CONCEDIDA. Decorrência da ausência de maturação/discussão democrática (Habermas) sobre as disposições legais contidas na Lei nº 9.099/95, acrescida da deficiência estrutural e teórica dos atores enlaçados no procedimento (Miranda Coutinho), os Juizados Especiais Criminais acabaram por canalizar as ocorrências sociais e penais (Kant de Lima), gerando, não raras vezes, constrangimento ilegal naqueles que são obrigados à comparecer nas Delegacias de Polícia com o fito de preenchimento dos dados dos Termos Circunstanciados e, ao depois, nas audiências preliminares perante os Fóruns de Justiça/Juizados Especiais, mesmo que não se tenha verificado, sequer em tese, a ocorrência de conduta penal. Nem se diga que "a simples instauração de Termo Circunstanciado não é constrangimento ilegal", posto que além do ida aos órgãos especializados, ainda se pode verificar que muitas decisões, mesmo afrontando a Constituição Federal e a presunção de inocência, ainda consideram os Inquéritos e TC's instaurados como maus antecedentes.... Logo, a justa causa deve, no Estado Democrático de Direito, ser analisada antes da prática de atos judiciais. Essa desfuncionalidade do sistema acaba configurando, em muitos casos, verdadeiro constrangimento ilegal".

3) Negativa do Ministério Público: No caso de o Ministério Público não oferecer transação penal e o juiz verificar seu cabimento, prevalece o entendimento analógico ao da Súmula 696, do STF. Em vez de "recorrer" ao Procurador, a partir de dispositivo anômalo (CPP, art. 28), reformulado pela Lei 13.964/19, o melhor caminho é o da **rejeição da denúncia**, afinal de contas o juiz não deve "recorrer" a ninguém e sim garantir direitos (efetivá-los). Até porque a violação de direitos subjetivos é reserva de Jurisdição e não função do Chefe do Ministério Público. O juiz, ademais, não pode exercer função que não é sua, ou seja, descabido que negocie ou ofereça proposta. Mas não pode ficar obrigado a receber ação penal quando o autor da ação abusa do direito por meio de negativa genérica, inidônea ou também desproporcional (excesso ou sobrecarga de acusação e fora do padrão). O não recebimento da ação penal, com sua rejeição, é modalidade de *habeas corpus* de ofício, diante da violação de Direitos Fundamentais por parte do autor da ação penal;

4) Negativa na Ação Penal Privada: Na hipótese de ação penal privada, é cabível a aplicação dos institutos da transação e da suspensão condicional do processo (STJ, HC 8.480, Min. Gilson Dipp). Se o querelante não oferece ou apresenta sobrecarga (excesso ou proposta maliciosa, normalmente com efeitos cíveis) o juiz pode controlar o abuso, inclusive com a extinção da ação penal por **perempção** (CP, art. 107, IV: intima-se para adequação em prazo razoável e, não atendida, extingue-se). Devida a participação do Ministério Público, especificamente para garantia da regularidade e equidade da proposta, evitando-se o jogo sujo (p.ex. benefícios cíveis indiretos). A queixa-crime pode trazer consigo a tentativa **oportunista** de imposição de sanções sociais em face da estigmatização decorrente da instauração de ação penal, movida por ódio, rancor e outros

sentimentos que jamais serão resolvidos no processo (caminhos possíveis Justiça Restaurativa ou Mediação Penal);

STF, Súmula 696: "Reunidos os pressupostos legais da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal".

5) Descumprimento do Acordo: Descumprida a transação penal homologada por sentença, antes da decisão de revogação, deve-se instaurar **contraditório**, com a oitiva do beneficiado e da defesa técnica, apurando-se a motivação respectiva. Incabível, por ausência de previsão legal**,** a conversão da pena restritiva ou da multa em prisão. O STF, após reiteradas decisões de frágil base teórica e democrática (Fator J*ulia Roberts*), editou a Súmula Vinculante 35, autorizando o exercício da ação penal. Com *Thiago Minagé* criticamos a conclusão da Súmula Vinculante 35 porque, em vez de reconhecer a autoridade da coisa julgada (homologada), deu ares de mero acordo prévio, criando, no fundo, a "suspensão condicional da ação". Mas é **vinculante**;

STF, Súmula Vinculante 35: "A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95, não faz coisa julgada material e, descumpridas as cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial".

C – Controvérsia:

STF, ADIn 3.168 (Min. Joaquim Barbosa): "Se conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 10 da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001) para afastar a aplicação de dispositivo aos processos penais. [...] somente o advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou o defensor público podem oferecer a indispensável defesa qualificada".

1) Advogado/Defensor: É indispensável a presença de advogado ou defensor. Do contrário, é nulo por ausência de requisito de validade;

D – Estratégia:

1) Antecipação Estratégica: A dinâmica veloz das audiências de transação penal, em geral conduzidas por paralegais (estagiários, conciliadores etc.), impede que se possa estabelecer negociações efetivas sobre o conteúdo do acordo, motivo pelo qual o membro do Ministério Público deve ser procurado antecipadamente. O ganho competitivo é o de poder dispor de tempo e meios para construção de proposta que atenda às partes, além de poder apresentar, eventualmente, as razões defensivas para não aceitação da proposta. Esperar a audiência para negociar é prática dominada (e amadora).

16.3 Suspensão Condicional do Processo

A – Definição:

A Suspensão Condicional do Processo é o instituto pelo qual o acusado é submetido ao período de prova (2 a 4 anos), sem reconhecimento da responsabilidade penal, em que decorrido, extingue-se a punibilidade.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Requisitos: A suspensão condicional do processo é o mecanismo pelo qual, **sem assunção de culpa**, o acusado é submetido ao período de prova e acompanhamento, de 2 (dois) até 4 (quatro) anos, com ou sem outras condições**.** Denomina-se '**sursis processua**l' e pode ser aplicado em crimes cujo procedimento não seja da competência dos Juizados Especiais Criminais, desde que a pena mínima seja igual ou inferior ao patamar de 1 ano (v.g., estelionato ou furto tentado). Não se confunde com

sursis da pena, em que se suspende a execução (CP, arts. 77-82). É direito subjetivo do acusado (STF, HC 83.926; STJ, HC 87.992). A **negativa** deve ser devidamente **motivada**, por razões idôneas. Aos acusados primários (leia-se: sem condenação), não beneficiados anteriormente no prazo de 5 (cinco) anos (STF, HC 88.157), nem que tenham o caso analisado após rescisão do "acordo de não persecução penal" (CPP, art. 28-A, § 11), a Lei 9.099/95, em seus arts. 89 c/c 77, autoriza a aplicação da suspensão condicional do processo, desde que a pena base dos tipos penais (previstos em qualquer lei) seja igual ou inferior a 1 (um) ano, pelo prazo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, mediante as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

STF, HC 79.460-2 (Min. Marco Aurélio): *"Não fora isso, tem-se, ainda, a procedência do que articulado no tocante à suspensão do processo. A norma do artigo 89, no que condiciona tal fenômeno à inexistência de processo em andamento contra o acusado, contraria o princípio da presunção de inocência, empresta efeitos obstaculizadores do implemento da providência a situação jurídica que de maneira alguma pode extravasar as partes do processo em que revelada, de modo a prejudicar o acusado, até então, um simples acusado. [...] E realmente assim o é. Se a presunção é no sentido da não-culpabilidade, enquanto não concluído o processo descabe emprestar-lhe efeitos nefastos ao acusado, a ponto, inclusive, de repercutir fora das balizas da própria ação penal em curso. Por isso, concluo pela inconstitucionalidade, no artigo 89 da Lei nº 9.099 [...], da expressão [...] Desde que o acusado não esteja sendo processado ou [...]. O dispositivo mostra-se consentâneo com a ordem jurídica constitucional, no que impede a suspensão na hipótese de condenação por outro crime, devendo o preceito ser tomado como a cuidar de decreto condenatório com trânsito em julgado".*

2) Hipóteses: Deve-se levar em consideração a **pena mínima a ser aplicada**, em abstrato, pelo tipo penal imputado (furto, estelionato etc.), havendo controvérsia sobre a incidência da tentativa ou de eventual redutor de pena, mas a majoritária é a do cabimento. Prevalece a orientação no sentido de que na hipótese de concurso de crimes a somatória será definidora do benefício, nos termos das Súmulas 243, do STJ e 723, do STF. O **prazo prescricional** é suspenso durante o benefício;

STF, Súmulas 243: *"O benefício da suspensão condicional não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano)".*

STF, Súmula 723: *"Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano".*

3) Controle de Cláusulas Abusivas: É prática comum e de duvidosa legalidade a inclusão de prestação pecuniária como cláusula da suspensão (em sentido favorável, STJ, HC 223.596 e RHC 40.727; em sentido contrário: STJ, RHC 42.544). O juiz pode e deve controlar os abusos nas cláusulas, decotando as abusivas e ilegais. Em caso de divergência, vinculado ao modelo do art. 28 do CPP (já criticado no item anterior, mas é dominante), deve-se remeter os autos ao Procurador Geral do Ministério Público (STF, HC 84.342; HC 83.458). Havendo abusividade, pode o juiz rejeitar eventual denúncia formulada. É cabível no caso de ação penal privada, com as sutilezas do controle dos limites do acordo (STF, HC 81.720), podendo o juiz, no caso de negativa do querelante, reconhecer **perempção** (CP, art. 107, IV), diante da mora em promover ato privativo da parte (apresentação da proposta). O juiz, em qualquer caso, pode controlar o *fair play* e legitimidade das propostas;

STF, HC 77.463 (Min. Nelson Jobim): *"Concedida a Suspensão Condicional do Processo (Lei 9.099/95, art. 89) proposta pelo MP, não pode outro Promotor de Justiça apelar para reanalisar a prova e obter integral procedência da ação. A busca de condenação precluiu quando da oferta da proposta de Suspensão Condicional do Processo".*

4) Prévio Recebimento da Acusação: A negociação se dá antes do recebimento da ação penal**,** o que pode gerar o paradoxo consistente de, após acertados os termos da suspensão condicional do processo, o juiz reconhecer a ausência dos pressupostos e/ou condições para o exercício da ação penal (especialmente justa causa). Prática comum é a do controle prévio, por parte dos juízes, dos pressupostos e condições da ação, rejeitando, desde logo, as denúncias (ou queixas), com o fim de evitar

a designação de audiência, a negociação e a ineficácia, dada a rejeição ulterior (especialmente nos casos de insignificância). A externalidade negativa é a de que, havendo recurso da rejeição, a situação jurídica resta prolongada. Diante dos efeitos da demora do julgamento do recursal, pode ocorrer de o acusado e defensor pedirem a homologação;

STF, HC 81.968 (Min. Sepúlveda Pertence): "Não cabe cogitar de suspensão condicional do processo, antes da instauração deste, que só ocorre com o recebimento da denúncia".

5) Revogação: A **revogação** do benefício pode acontecer se o acusado vier a ser processado por outro crime (garantida a presunção de inocência, isto é, não será automática, analisando-se cada caso) ou não efetuar a reparação de dano. Discute-se se a revogação deve ocorrer dentro do prazo de suspensão ou pode ser posteriormente. Prevalece a posição de que pode ser revogada mesmo depois do decurso do prazo acordado (STF, HC 90.833; HC 97.880 e HC 90.738). A análise da revogação pressupõe a instauração de contraditório prévio, com defesa efetiva, verificando-se as circunstâncias do caso específico. Assim é que nem sempre será indicada a revogação da suspensão condicional do processo. Decorrido o prazo, sem revogação, extingue-se a punibilidade do agente (art. 89, § 3º);

"O simples fato de o acusado ser processado por outro crime não pode conduzir à revogação, não só porque representa uma grave violação da garantia da presunção de inocência, mas também porque pode ser uma medida desproporcional. No primeiro caso, o "estar sendo processado" não autoriza um tratamento estigmatizante a ponto de revogar a suspensão condicional antes mesmo de existir uma sentença transitada em julgado. Tal postura representa tratar um mero acusado como se culpado fosse, na medida em que se lhe impõe uma punição (revogação da suspensão condicional do outro processo) antes do julgamento definitivo. Também pode ser uma medida desproporcional, basta considerar o caso em que o novo delito é culposo". **Aury Lopes Jr**

C – Controvérsia:

1) Uso Oportunista: Por ser a última oportunidade de evitar o processo, pode o acusador valer-se da posição de vantagem, explorando as cláusulas, especialmente com multas desprovidas de previsão legal ou abusivas;

D – Estratégia:

1) Planejar Alternativas: O padrão do membro do MP pode ser verificado de modo antecedente, estimando-se os parâmetros da proposta. A ida ao ato judicial ou à negociação prévia (em gabinete), deve ser precedida da construção, com o acusado, de alternativas factíveis de cumprimento, ou seja, além das previsões legais, pode-se agir de modo criativo. A introdução do ANPP ampliou o horizonte das cláusulas, flexibilizando a atuação ministerial no tocante às exigências legais. O planejamento é fundamental.

16.4 Acordo de Não Persecução penal (ANPP)

O tema é novo e instigante. Com Luisa Walter da Rosa e André Luiz Bermudez, escrevemos o livro: "**Como negociar o Acordo de Não Persecução Penal**: Limites e Possibilidades" (emais, 2021)

A – Definição:

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) é modalidade de Justiça Negocial, aplicável às imputações sem violência, nem grave ameaça, com pena mínima até 4 (quatro) anos, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 28-A, do CPP.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Momentos (Investigação e Audiência de Custódia): O palco da atribuição de culpa deixa de ser o processo penal para se deslocar

para o acordo de não persecução, ganhando proeminência a atividade investigatória (tanto do Estado, quanto defensiva), porque no ambiente negocial a capacidade de estabelecer acordos de "**ganha-ganha**" dependerá, em muito, das habilidades (*skills*) dos agentes processuais. As coordenadas são diversas do processo de combate. Se a defesa não realizar **investigação defensiva**, por exemplo, negociará somente com o material produzido pela acusação, perdendo a chance de apresentar objeções capazes de reduzir o "preço" do acordo. Durante a investigação preliminar a defesa pode se preparar para negociar, eventualmente, procurando o agente ministerial para o fim de antecipar o acordo (p.ex. comarca única ou Central de Acordo). Pode-se aproveitar a **Audiência de Custódia** para tal finalidade, até porque o conduzido estará acompanhado de defensor, avaliando-se a voluntariedade e as condições da proposta (a vantagem situacional será da acusação). Embora se afirme ser **incabível** o ANPP após o exercício da ação penal e admitida denúncia, a prática demonstra que a negociação se estende no decorrer do processo, até pelo menos a resposta à acusação (quanto mais próximo da instrução menores as chances de acordo, até porque o "preço" tende a aumentar; se for homologado posteriormente ao recebimento da decisão, deve-se cancelar o registro da ação penal);

STF, HC 191.464 (Min. Roberto Barroso): "Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. **O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual**, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".

STF, HC 607.003 (Min. Reynaldo Soares da Fonseca): "A Lei n. 13.964/2019 (comumente denominada como "Pacote Anticrime"), ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, estabeleceu a previsão no ordenamento jurídico pátrio do instituto do acordo de não persecução penal (ANPP). 3. O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, **desde que não recebida a denúncia**. (HC-191.464/STF, 1ª TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 12/11/2020)".

2) Regulamentação: Incorporado ao processo por meio da redação do art. 28-A, do CPP (antes previsto nas Resoluções 181 e 183, do CNMP), diante da novidade e ausência de tradição "negocial efetiva", apresenta diversas controvérsias sobre os limites e possibilidades;

3) Agentes e Funções: A Justiça Negocial configura-se por 3 (três) posições primárias: **a**) **Comprador** (Ministério Público); **b**) **Vendedor** (Investigados e seus Advogados/Defensores); e, **c**) **Homologador** (Julgador: controlador formal e parcialmente material, *a posteriori*);

"CPP, art. 28-A: "Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado **confessado** formal e **circunstancialmente** a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

4) Meios de Consenso: O ANPP opera pela **negociação** entre os agentes processuais com poderes (de propriedade atribuídos: *Teorema de Coase*) decorrentes do reconhecimento, por parte do Estado, da "disponibilidade da ação penal" e da renúncia ao "privilégio ao processo", por parte do acusado. A "condição" depende do "espaço de acordo" (custo-benefício) estabelecido no Caso Penal, das habilidades negociais das partes e do "contexto" em que a negociação (das posições de "vantagem"). A **barganha** é inerente à vida econômica e significa um novo modo de pensar o processo penal, na via do acordo de não persecução. Tentar encaixar a barganha nas categorias clássicas do processo penal brasileiro configura erro lógico de abordagem. Ainda que a **legalidade** presida a atuação estatal, a abertura de **espaços de consenso** modifica o regime de produção de verdades jurídicas (*antiessencialista*). Não se confundindo "**legalidade**" com "**oportunidade"**, surgem espaços de negociação em que a lei autoriza que o titular da ação penal possa negociar com o investigado/acusado e seu defensor o enquadramento legal, as penas e o regime de cumprimento. Se o direito ao processo é um **privilégio** do

acusado (renunciável; disponível), abre-se espaço de consenso sobre a **culpa** e a **pena**. A **disponibilidade** parcial do Estado quanto à ação penal e às sanções, associada à disponibilidade do investigado/acusado sobre o privilégio ao processo, formam as condições necessárias à negociação. A partir da aplicação do **Teorema de Coase**, no acordo de não persecução, negocia-se: quantos ou quais os benefícios o acusado/investigado está disposto a receber para desistir da externalidade (prisão/pena) e quantos ou quais os prêmios legais que o Ministério Público está disposto a oferecer para obter a formação da culpa, projetando-se a **barganha** como máxima teórica processual penal. Os acordos de não persecução penal, a partir de direitos subjetivos negociáveis e garantidos, tendem a ser eficientes. O **controle judicial** da regularidade opera-se pela **homologação**;

"Qualquer situação de negociação em que dois ou mais agentes podem realizar uma troca que seria mutuamente benéfica – mas na qual divergem acerca dos termos da troca – é uma situação de barganha. Em termos gerais, uma situação de barganha é uma conjuntura na qual dois ou mais jogadores possuem o interesse convergente em cooperar, mas possuem interesses divergentes sobre a forma exata de como a cooperação deve acontecer (conflito de interesses)".
Ivo T. Gico Jr

5) Cabimento (requisitos objetivos e subjetivos): a) Critério Objetivo: Por ser cabível em todos os crimes "sem violência ou grave ameaça", cuja pena mínima seja inferir a 4 (quatro) anos, consideradas "as causas de aumento e de diminuição" aplicáveis ao caso concreto (§1º), a abrangência típica é considerável. Por exemplo, no cômputo devem ser considerados a "tentativa" (CP, art. 14, II) ou o "tráfico privilegiado" (Lei 11.343/06, art. 33, §4º); e, **b)** Critério Subjetivo: a negociação "subjetiva" amplia o "espaço de negociação (barganha), porque a necessidade e suficiência dos termos do acordo para "reprovação e prevenção do crime" são de conteúdo variado, a depender do perfil e dos benefícios dos agentes processuais. O objeto pode incorporar os efeitos administrativos, coordenado a sanção com a Lei de Improbidade Administrativa (§1º do art. 17 da LIA);

6) Causas de Exclusão: É vedada a aplicação do ANPP quando (§ 2º):

I – for cabível transação penal (Lei 9.099/95, art. 76);

II – se o agente for reincidente ou houver indicadores de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se as condutas anteriores forem insignificantes; III

III – tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores, de acordo de não persecução, transação penal ou suspensão condicional do processo; e,

IV – nos casos de violência doméstica/familiar, praticados contra a mulher por razões de gênero, em favor do agressor.

7) Direito Subjetivo e Negativa Motivada: Em se tratando de **direito subjetivo** do investigado (na linha da suspensão condicional do processo; STF, HC 83.926), a negativa deve ser fundamentada pelo Ministério Público, adaptando-se a cada Caso Penal, em sua singularidade (não pode ser genérica quando for óbice subjetivo). Não oferecida, nem negada motivadamente, em face dos requisitos objetivos e subjetivos, o juiz deve rejeitar a denúncia por ausência de superação da fase do acordo de não persecução penal. Incabível a aplicação do art. 28 do CPP, com o recurso do Chefe do Ministério Público, porque o tema é violação de direito subjetivo e não *interna corporis* do Ministério Público. É o Estado Juiz

e não o Estado Acusador que deve controlar a legalidade, porque seria incompatível a existência de poderes ilimitados, apartado da jurisdição (CR, art. 5º, XXXV: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".). Prevalece a orientação contrária, com aplicação subsidiária e orientada pela, nos termos do § 14, do art. 28-A, do art. 28, do CPP (mesmo sentido da Súmula 696, do STF);

§ 14. "No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código".

STF, Súmula 696: "Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal".

8) Confissão e Conteúdo do ANPP: Além da **confissão formal** e **circunstancial** (não é "circunstanciada" e sim "circunstancial", ou seja, a finalidade é a de obter elementos de autoria e não a "confissão" típica da instrução criminal, sob pena de antecipação e confusão dos momentos processuais) da prática (recomenda-se registrada por audiovisual), para o fim de evitar fraudes (que o agente confesse crime alheio), podem ser acordadas, cumulativa e alternativamente, a seguintes condições:

I - **reparar o dano ou restituir a coisa à vítima**, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - **renunciar** voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do CP;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou,

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

9) Sanções Típicas e Atípicas: Além das sanções **típicas** (incisos I ao IV), abre-se espaço para construção participativa de respostas **atípicas** (inciso V). Diante da qualificação e das possibilidades do imputado, obrigações profissionais (prestar serviço de modo diverso do art. 45, do CP: dentista, marceneiros, eletricista, diarista, advogado em abrigos ou instituições de caráter público ou social), dação em pagamento de bens (carros, móveis, computadores etc.), proibição de acesso às redes sociais em crimes de *internet*, frequência de cursos ou atividades (grupos de apoio e similares), financiamento de campanhas sociais, além de ações de "*compliance*' pessoal (adequação e conformidade das práticas). A criatividade não pode gerar constrangimento social, humilhação, nem violação à **dignidade humana** (p.ex. andar com camiseta "sou criminoso/furtador"). Ao juiz, no ato de **homologação**, cabe decotar as cláusulas inadequadas, abusivas, insuficientes ou excessivas. É vedada criatividade fora do razoável ao contexto ou obtida com abuso de posição acusatória, especialmente se ofertada durante a **Audiência de Custódia**. No momento da negociação o Ministério Público está em posição de vantagem, embora a defesa possa ter trunfos (cartas probatórias);

10) Vítima: Embora a vítima não participe diretamente da negociação do ANPP, a preocupação com a satisfação dos seus direitos (danos materiais e morais) comporá o objeto das cláusulas. A depender do contexto, o advogado (nunca o imputado), poderá obter a composição dos danos civis, de modo a comparecer ao ato munido de recibo de quitação. A aproximação deve ser cuidadosa, em linguagem acessível, sem qualquer tipo de vantagem sobre os danos, porque, do contrário, em vez de auxiliar, piora o cenário do imputado. Ademais, sempre que possível, o acordo com a vítima deve ser estipulado com a participação de advogado (reduz a desconfiança da abordagem). Sem a prévia satisfação da vítima ou o depósito concomitante dos danos (materiais e/ou morais), a tendência é de negativa do acordo;

11) Custo-Benefício: Os pressupostos são: **a)** as necessidades humanas são infinitas, enquanto os recursos disponíveis são finitos: decidimos em contexto de "escassez"; **b)** o Agente Racional maximiza a utilidade esperada em cada decisão (benefício próprio) nos limites das possibilidades de alocação de recursos; **c)** dentre as alternativas disponíveis, a partir do conjunto de crenças, ideias e conhecimentos, escolhe comparativamente a que melhor atender ao custo-benefício; **d)** além dos cursos diretos, há o **Custo de Oportunidade**: a escolha exclui as demais opções (Custo de Oportunidade é o preço dos demais itens não escolhidos – *trade off*); **e)** a decisão leva em conta o custo-benefício marginal, em que a mudança marginal (um pequeno ajuste incremental; p.ex. pagar por mais um bem), somente ocorre se o benefício marginal exceder ao custo marginal (se estivermos com sede, estaremos dispostos a pagar mais do que o preço de mercado pelo primeiro copo de água, ajustando/reduzindo o valor que estamos dispostos a pagar quando a necessidade for diminuindo: benefício marginal decrescente; se o agente estiver preso, a vantagem da acusação opera do mesmo modo);

12) Custo de Oportunidade do MP e do Juiz: A homologação de um ANPP reduz a carga de trabalho do sistema judicial, abre espaço para novas demandas, ou seja, aloca-se de maneira eficiente o parque instalado. A constatação, longe de ser elogio, decorre da leitura econômica do ANPP. Significa, de um lado, a condenação direta, sem custos associados ao processo penal tradicional. O ANPP é uma forma de redução de custos. Aumenta-se a entrada de casos, abrevia-se a sentença (não mais de mérito, mas homologatória). A performance do **Dispositivo** melhora porque *output* demanda menos recursos;

"Conseguir prova suficiente para condenação de investigado/acusado por uma sentença motivada de juiz singular demanda recursos materiais, financeiros, cognitivos, probatórios, dentre outros, mas submetidos ao regime de escassez e de rivalidade, justamente porque dispondo de recursos limitados (escassos), a saída negocial é relevante. Tomar a decisão de perseguir, processar, defender, pressupõe a alocação de parte dos recursos do jogador para essa finalidade, rivalizando com outros casos". **Alexandre Morais da Rosa Luisa Walter da Rosa e André Luiz Bermudez**

13) Estrutura de Incentivos (benefícios): Dentre os incentivos ou benefícios dos agentes processuais, podemos apontar: **a) Acusação**: **i)** aplicação direta e imediata de sanção; **ii)** customização das sanções às peculiaridades do contexto; **iii)** atendimento dos direitos da vítima (reparação dos danos); **iv)** redução do estoque de processos em aberto (menos denúncias, instruções); **v)** alocação do tempo disponível a casos mais complexos; e, **vi)** redução do tempo de tramitação dos demais

processos (diminui a rivalidade); e, **b) Imputado**: **i)** abatimento da pena que receberia ao final do processo; **ii)** redução dos custos objetivos associados à litigância; **iii)** mitigação do custo subjetivo (angústia, estresse e incerteza); e, **iv)** ficha limpa; sem reincidência (sem condenação, nem processo instaurado);

14) Critérios da Sanção Negociada: O "espaço de negociação" envolvendo liberdade e sanções, por ser escasso, pode ser medido em face da utilidade da transferência dos agentes processuais envolvidos (negócio jurídico de compra e venda), em que fatores dinâmicos e contextuais podem alterar, pelo detalhe, o resultado. A par dos parâmetros legais, o conteúdo do ANPP deve levar em consideração: a) o perfil, a qualificação, a capacidade econômico e financeira do imputado (o pobre não pode ser duplamente punido por sua condição, motivo pelo qual eventual impossibilidade de satisfação dos danos pode ser flexibilizada); b) a satisfação imediata de danos à vítima (se existir e/ou for possível); c) impacto direto ou indireto na vida do imputado (eventuais lesões, exposição pública, constrangimento etc.); d) extensão da violação ao bem jurídico; e, e) comportamento do imputado após o fato;

15) Problema de Agência (Imputado e Defensor): Assumimos que os interesses ou benefícios do imputado e de seu procurador/defensor podem ser distintos, alterando a matriz de incentivos. A abordagem ocorre do ponto de vista racional, sem que obrigue nenhum agente. Os fatores éticos, morais e/ou deontológicos devem ser considerados, sem que o problema perca a função explicativa (se pode ocorrer, melhor saber como funciona). O pressuposto é o de que a **forma de remuneração** do defensor pode modificar os incentivos, da seguinte forma: **a)** se o defensor estiver atendendo o caso por amizade, for Defensor Público ou já tiver recebido "todos" os honorários, a tendência racional é a de "aceitar" acordo **subótimo** porque a continuidade do caso penal só aumenta a carga de trabalho (se homologada acaba; do contrário, terá novas rodadas, sem nenhum acréscimo de benefícios); **b)** se recebe por atos praticados ou em parcelas periódicas (enquanto durar o processo), a "homologação do acordo" reduz a entrada de recursos financeiros, tendendo a objetar o acordo **ótimo**; e, **c)** a remuneração pelo "êxito do acordo", com o pagamento de honorários em etapas tende a ser mais eficaz, embora dependa também do contexto;

"Como se pode ver, o jogo processual é muito mais sofisticado e complexo do que pode parecer à primeira vista, sendo que a estrutura de incentivos de todos os agentes envolvidos importa para a compreensão plena do fenômeno. Espero que a discussão ilustrativa acima acerca das diferentes estruturas de incentivo para autor e advogado demonstre não apenas as dificuldades de se alinhar os interesses em qualquer contexto de relação de agência, mas também como um modelo simples pode gerar resultados contraintuitivos que revelem aspectos interessantes da realidade. A discussão acima de forma alguma foi exaustiva, mas serve para mostrar ao leitor como até mesmo a questão da contratação de advogado pode ser objeto de uma análise econômica do processo e, mais importante, que tanto na relação Estado-juiz quanto na relação cliente-advogado temos um problema de agência." **Ivo T. Gico Jr**.

16) Habilidades Negociais: O modelo negocial exige formação específica. É necessário que se domine novas categorias e habilidades. O amador acredita que dá conta porque está acostumado a "negociar". A **barganha** no processo penal é conformada por **regras de segunda ordem** (não escritas), sutilezas e detalhes que precisam ser adquiridos e constantemente atualizados. Os agentes públicos (MP e Defesa) deveriam ser "dedicados" exclusivamente à atividade negocial, não cumulando funções de "combate", ou seja, processos crime com AIJ. O defensor que atua em ambos os ambientes (negocial e de combate) corre maiores

"Não basta informar à Universidade de Yale que você vai se matricular, nem ao Google que você vai aparecer amanhã para começar a trabalhar lá. Você precisa ser aprovado ou contratado. Tampouco Yale ou o Google podem ditar quem vai escolhê-los, assim como um cônjuge não pode simplesmente escolher outro: cada um também tem que ser escolhido. [...] Há inúmeros casamentos ocorrendo nos mercados, e os mercados, como as histórias de amor, começam com desejos. Um ambiente de mercado ajuda a dar forma a esses desejos e a satisfazê-los, unindo compradores e vendedores, estudantes e professores, empregadores a candidatos e, por vezes, pessoas em busca de amor". **Alvin Roth**.

riscos de que eventual altercação ou enfrentamento mais "tenso", típico da produção probatória, possa "contaminar" o ambiente negocial (de modo direito ou indireto). Cada vez mais profissionais que se dedicam "somente" à Justiça Negocial ganham espaço, principalmente por serem contratados para tarefas específicas, isto é, "formam" uma equipe;

17) Dinâmica Negocial e *Matching*: A atividade negocial instaurada em face da abertura do ANPP parte da noção de que vendedor e comprador querem maximizar a utilidade do negócio jurídico. Não se trata de negociação "soma zero", em que o ganho do comprador é igual à perda do vendedor (vide item Teoria dos Jogos). É muito mais complexa, exigindo novas ferramentas de leitura, especialmente dos campos da economia, administração, psicologia e sociologia, envoltos sob o foco da "teoria da tomada de decisão". A tarefa é multidisciplinar e submetida ao pressuposto da necessária interação humana sob coordenação de Instituições. Desenvolvemos o tema da negociação, critérios e passos, no livro "**Como negociar o Acordo de Não Persecução Penal**: *Limites e Possibilidades*" (emais, 2021), escrito em conjunto com *Luisa Walter da Rosa* e *André Luiz Bermudez*. De maneira esquemática, com o auxílio de *Robert Mnookin*, é possível apontar **quatro obstáculos** ao processo de negociação, que servirão de base para ampliação no contexto do acordo de não persecução: "*Primeiro, os obstáculos estratégicos e os ligados ao problema do mandante e do mandatário. Os dois outros tipos são de natureza psicológica: um, cognitivo, se refere à maneira como o espírito humano processa informações, sobretudo, em situações de avaliação de riscos; o outro resulta da 'reação desvalorizadora' de uma parte em relação à outra*". As discussões devem se valer do saber estratégico, associado às reais potencialidades de consenso, em que certo grau de assimetria de informações pode auxiliar. Por isso, nem sempre o jogo às claras é o eficiente. Em cada contexto deve ser apurada a **jogabilidade** os benefícios, dada a (ir)racionalidade da **tomada de decisão** (item 6.9) e o acréscimo ocasional das recompensas em decorrência da informação advinda da parte contrária. Situados os **quatro obstáculos** (estratégico, mandante/mandatário, cognitivo e interacional/procedimental), cabe sublinhar, ainda, do ponto de vista cognitivo, que a leitura do jogo pode estar turvada por heurísticas e vieses que impedem a clareza e nitidez da cognição, especialmente pela pretensão de "obrigar" o oponente a se submeter ao seu ponto de vista. Certa capacidade de modulação e de atitude cooperativa recíproca será o norte de qualquer negociação. O papel dos negociadores, assim, será relevante, dando-se especial relevo aos detalhes. Uma palavra agressiva/passiva ou mesmo um simples detalhe – efeito borboleta – pode fazer com que um dos negociadores se retire da mesa de negociações. No procedimento de negociação a capacidade de demonstrar as razões de sua proposta, bem assim de se colocar na posição do adversário, promove melhores condições de jogabilidade, porque antecipa os obstáculos e abre espaço para manobras argumentativas de contingência focada nos

ganhos relativos convergentes. Por fim, antever o fracasso da negociação pode ser uma perspectiva importante. O **excesso de confiança**, intuitiva e subjetivamente alicerçado, aduba o "viés otimista" de que "tudo vai dar certo", de modo irrealístico. Nem todo fracasso nos subjogos/*rounds* da negociação deve ser tido como negativo porque, na negociação para fechar o acordo, ceder faz parte da estratégia de ganhar (**subótima**: vantagem relativa). Ademais, sem uma certa dose de risco, mantém-se a lógica da preservação do conquistado. Jogadas arrojadas e inovadoras, capazes de surpreender o adversário, compõem a dinâmica do trajeto. O **planejamento**, por meio de **Planos de Ação** factíveis e bem delineados, mitiga os erros, antecipa comportamentos do adversário e amplia as expectativas de ganho (dentro do jogo limpo). Por isso, mesmo com erros táticos, a estratégia pode ser recomposta, desde que não se atrase muito para perceber o "buraco" em que se meteu. A rapidez da detecção deve ser aprendida, com constante vigilância das evidências parciais. O fator tempo de reação pode ser fatal, justamente porque as relações de confiança no procedimento precisam ser sustentadas pelos negociadores. Entender a dimensão do jogo negocial pressupõe, assim, saber perder batalhas em nome da meta final (o que importa)**.** Reconhecer e aprender com o erro, também, autoriza a melhoria futura da performance. Será preciso habilidade para customizar as rodadas de negociações ao que o negociador oponente deseja, dado que o jogo é interacional (não se joga sozinho no ANPP). Desconsiderar que a manutenção da esperança em um resultado parcialmente vantajoso é o que mantém os negociadores nas mesas, explica muitos dos fracassos de acordos. Tanto assim que as posturas intransigentes, com pontos fixos inegociáveis, geram barreiras interacionais. Estar aberto ao novo, às soluções criativas, será um ganho em quem aposta no procedimento, muito mais do que em sua imaginária capacidade de ganhar. Ao mesmo tempo, pode ser que o fracasso parcial, em uma batalha, seja um truque do negociador para poder, na rodada seguinte, impor um golpe "surpresa", muitas vezes em face da redução das barreiras do adversário. Afinal de contas, forçar uma derrota parcial pode ser a tática para conseguir os resultados pretendidos;

"Matching é o jargão dos economistas para denominar de que maneira obtemos muitas coisas na vida, coisa que escolhemos mas que também precisam nos escolher". **Alvin Roth**

"Claramente, uma proposta de troca de concessões ou de meios-termos entre adversários pode se revelar extremamente problemática. O fato para uma parte de apresentar uma oferta unilateral de concessão, acreditando que a outra considerará válida, e o fato para a outra de reagir desvalorizando-a aumentam as dificuldades de resolução". **Robert Mnookin**

"Esse dilema estabelece que quanto mais rígidos forem os negociadores, mais eles serão capazes de obter uma grande parte do resultado, porém menos estarão dispostos a querer obter um resultado (acordo). Ao contrário, quanto mais flexíveis forem os negociadores, mais eles estarão suscetíveis a encontrar um acordo, mas menos estarão aptos a levar uma parte importante do acordo obtido. Quando poderíamos imaginar um ponto de equilíbrio por meio de uma estratégia mista, essa abordagem é pouco segura, no melhor dos casos, irreal, na pior das hipóteses, e quase não serve como quadro de referência ou de doutrina para os negociadores". **William Zartman**

"A promotoria não está obrigada a revelar as evidências restantes, nem tampouco esclarecer se existiriam outras. Como qualquer negócio, não estariam as partes compelidas a exibir as vulnerabilidades. Se a tese acusatória é frágil, que tal debilidade apareça somente no julgamento, conforme decidiu a Corte de Nova Iorque em People v. Jones (1978). E a Suprema Corte, em U. S. v. Bagley (1985), foi além, ao declarar que o não acesso da defesa ao acervo probatório da acusação, mesmo às exculpantes, apenas vicia o negócio jurídico se o acusado provar (ônus seu) que, caso tivesse tomado ciência deste, não teria pactuado, preferindo o julgamento convencional, com todos os riscos a ele inerentes". **Marcos Paulo Dutra Santos**

18) Formalização das Cláusulas e Homologação: Finalizada a negociação, que poderá ser realizada nos gabinetes respectivos (recomenda-se a materialização dos encontros), nos moldes do § 3º, o "*acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor*", com a posterior designação de audiência pelo Juiz das Garantias (CPP, art. 3ºB, XVII), para verificação da legalidade e voluntariedade do agente, por meio de sua oitiva, na presença de defensor (§ 4º). No ato, o Juiz das Garantias fará juízo sobre o conteúdo das cláusulas, se adequadas, suficientes e não abusivas. Se positiva a análise, homologará o acordo e, em caso negativo, devolverá ao Ministério Público para reformulação da proposta, indicando os parâmetros, a qual deverá contar com a expressa

"[...] o acordo em um caso criminal não contém muitas admissões que poderiam ser legalmente relevantes em um futuro litígio. Como um acordo civil que não resolve matérias fáticas a não ser que o acordo especificamente determine o contrário, um acordo criminal não se destina a buscas fáticas ou à resolução de ações judiciais, da mesma forma que não resolve matérias que estariam preclusas em uma futura demanda." **Brandon Garret**

"Isso significa que a confissão feita num acordo de não persecução penal serve apenas e tão somente para cumprir o requisito legal a fim de permitir a realização do acordo, nada mais". **Alexandre Morais da Rosa, Luísa Walter da Rosa e André Luiz Bermudez**

concordância do investigado e seu defensor (§ 5º). Em todo o caso, o Juiz das Garantias poderá, nos termos do § 7º, "*recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º" do art. 28-A, do CPP*. Cabe Recurso em Sentido Estrito (CPP, art. 581, XXV) da decisão que recusar homologação ao acordo. Independentemente do RSE, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para analisar a necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia (§ 8º);

19) Descumprimento e Extinção: Devidamente cumprido o acordo de não persecução, o Juiz decretará a extinção da punibilidade (§ 13). Na hipótese de descumprimento, o Ministério Público deverá comunicar o Juízo para fins de sua rescisão, garantido o contraditório (preferencialmente em audiência designada para esse fim), com a posterior possibilidade de denúncia, se necessário (§ 10). O descumprimento poderá ser motivo para negativa à suspensão condicional do processo (§ 11);

"As limitações impostas jurisprudencialmente à atuação do Ministério Público definem que não pode esconder provas favoráveis à defesa ou fabricar indícios para incentivar o acordo; além disso, teoricamente é proibida a ação vingativa do promotor em razão do exercício do direito ao julgamento pelo acusado. Entretanto, essas restrições são de pouca aplicabilidade diante da discricionariedade e da abertura interpretativa que autoriza os mais diversos tipos de acordos e contraprestações. Por exemplo, no caso United States v. Nuckols homologou-se *plea bargaining* em que se ameaçava o réu de que, se não aceitasse a proposta, sua esposa iria ser acusada conjuntamente. Portanto, resta patente a fragilidade dogmática do requisito de voluntariedade em um cenário pautado pela barganha, diante da inerente coercibilidade da proposta de redução da punição em caso de renúncia ao processo e da construção jurisprudencial de seus contornos que [...] é relativizada ao extremo ao ter-se por sanada qualquer violação se houver o acompanhamento de um advogado." **Vinícius Gomes de Vasconcellos**

"Parece, pois, que só mesmo a força da 'chantagem' de que fala Cattaneo poderia explicar o 'sucesso' da pena negociada, a fazer com que, na matriz de onde se espraiou – Os Estados Unidos da América –, dada a amplitude do campo de admissibilidade de negociação sobre a pena, que, diferentemente do que ocorre no Brasil e em outros países, não encontra limitações de natureza da infração penal e/ou na dimensão das penas cominadas, a imensa maioria dos processos penais se extinga no nascedouro, com a consentida submissão do réu à pena". **Maria Lúcia Karam**

20) Vítima e Direito de Informação a: Nos termos do § 9º, a vítima deve ser cientificada dos termos do acordo e de eventual **descumprimento**, mas não há previsão de efetiva participação nas rodadas, não obstante possa habilitar futuro assistente de acusação e englobar a reparação civil no contexto do acordo;

21) Jogo Sujo, Omissão Probatória e Sobrecarga: A negociação opera-se, em geral, antes do exercício da ação penal e finalizada a investigação criminal. A defesa, salvo se tiver produzido investigação defensiva, estará em posição desfavorável. Pode ocorrer, também, a omissão ou a supressão de provas favoráveis à defesa, com o fim de obter "vantagem competitiva". Na **fase de investigação**, por definição, não se produziu prova em contraditório, ampliando a assimetria de informações, motivo pela qual agentes oportunistas podem se valer de **informação privada** (não disponível aos demais) para obtenção de melhores resultados. A defesa, por força da **Presunção de Inocência** (distribuição de riscos), está dispensada da colaboração, enquanto a acusação deve apresentar todas as provas disponíveis (já produzidas - *disclosure*). A omissão dolosa dos agentes públicos é incompatível com o dever de probidade. Opera-se também a sobrecarga (*overcharging*);

22) Tática Dissimulada: Pode ocorrer que o agente estatal **a)** busque criar ambiente de empatia, por meio de oferecimento de água, café e "conversa fiada", com o fim de reduzir as barreiras sobre a proposta (por parecer ser amigável); **b)** conduza a reunião, com a fixação do ritmo, do tempo e dos momentos da interação (quem e quando cada um fala), reafirmando a posição de poder (vantagem situacional); **c)** enquadre a proposta nos benefícios comparados entre o acordo, o processo e a pena final (carregando nas vantagens da aceitação); **d)** afirme que é o seu padrão e que não pode modificar os termos (sempre faz assim em casos similares e não há motivos para alteração); **e)** indireta ou diretamente emite juízo favorável à prova de acusação e desfavorável das chances do

investigado (estima o pior cenário para o imputado); **f)** promove ameaças indiretas no sentido de "é pegar ou largar" (Jogo do Ultimato), porque depois de denunciado não cabe mais ANPP; e, **g)** aproveite a vantagem situacional decorrente da condição de preso, na **Audiência de Custódia**, explorando o benefício da liberdade imediata para negociação de acordo mais favorável à acusação;

"O estudo dos ardis é deixado aos especialistas em cada um dos jogos; o teórico dos jogos parte da presunção pessimista e, por vezes, imperfeita de que o adversário jogará sem falhas". **Morton David Davis** "

"Cada jogador/decisor está dando a melhor resposta à ação que ele espera venha a ser adotada pelo outro". **Duilio de Avila Bêrni**

C – Controvérsia:

1) Padrões Instáveis: O instituto está em fase de acomodação e muitas questões precisam ser avaliadas no decorrer da implementação, especialmente em face da compreensão dos agentes na posição de poder. Desde já posso arriscar que diante do novo regime do arquivamento, com controle ideológico e burocrático interno, bem assim a aversão por novas ações, já que tudo se resolve via negociação, o futuro do acordo de não persecução é promissor;

2) Ação Penal Privada: É cabível ANPP no caso de **ação penal privada**, com as sutilezas do controle dos limites do acordo (analogia ao caso de suspensão condicional do processo, conforme STF, HC 81.720), podendo o juiz, no caso de negativa do querelante, reconhecer **perempção** (CP, art. 107, IV), diante da mora em promover ato de ofício – apresentação da proposta. O juiz, em qualquer hipótese, pode controlar o *fair play* e legitimidade das propostas;

3) ANPP Unilateral: Quando a negativa for arbitrária, sem fundamento válido, discute-se a concessão unilateral em face de padrão anterior, a partir da **Boa-fé Objetiva** e do **Princípio da Confiança**. Do contrário, o MP teria poderes sem limites (arbitrário);

4) Negativa sem Motivação e Custo Associado: A negativa unilateral por parte do MP gera um custo adicional (Tragédia dos Comuns) em descompasso com a criação do ANPP (pode ter motivação estatística ou motivação pessoal). A defesa, ao não aceitar o ANPP, sem probabilidades (chances reais) de absolvição, também gera o custo coletivo do processo e amplia a rivalidade com outros processos. Uma das explicações pode ser a postura do advogado (pela forma de remuneração);

"O desempenho ético e ativo das funções atribuídas ao advogado de defesa colabora para que tenha lugar a essência do instituto, além de zelar pela justiça da decisão, fazendo com que se obtenha o que a doutrina norte-americana considera o *due processo of law na plea bargaining*". **Flávia Pereira Hill**

D – Estratégica:

1) Barganha e Teoria dos Jogos: A lógica da barganha é fundamental para que se possa incorporar habilidades (*skills*) aos jogadores, partindo-se das noções estabelecidas pela Teoria dos Jogos, a saber, do sujeito otimizador, do 'Dilema do Prisioneiro', das táticas e estratégias de Guerra, dentre outras anteriormente analisadas, com destaque para o papel das recompensas e, também, dos 'blefes', dos 'truques', dos 'trunfos' e das 'ameaças'. A modelagem pela matriz de estratégias auxilia a compreensão do Caso Penal e no planejamento das ações;

"Assim, a principal questão que os jogadores enfrentam em qualquer situação de barganha é como chegar a um acordo sobre os termos da cooperação, da troca. Cada jogador prefere chegar a algum entendimento e celebrar o acordo, a discordar e, por isso, não celebrar acordo algum. Cada jogador, é claro, também prefere que o acordo seja o mais favorável possível para si". **Ivo T. Gico Jr**

2) Ganha-Ganha e Não Perde. Não é soma zero. A lógica que preside a negociação é a do ganha-ganha e não do ganha-perde. A atitude cooperativa é necessária;

3) Estratégia: O mapeamento da interação, com a definição dos Pontos Fortes e Pontos Fracos (**SWOT**) das partes e do objeto do ANPP deve ser antecipado. A **investigação defensiva** amplia os horizontes do objeto da negociação por incrementar evidências favoráveis à defesa ou confirmar o contexto desfavorável. Promove condições à tomada de decisão informada, baseada em critério objetivos e racional.



16.5 *Template* Estratégico

Com *Luisa Walter da Rosa e André Luiz Bermudez* indicamos o seguinte trajeto de negociação:

1) Preparação dos negociadores, materiais e organização da prova (*Preparation*);

2) reunião preliminar (*Debriefing*) de intenção sobre a apresentação do produto informação (provas do cometimento do crime e necessidade da confissão), com o devido desenvolvimento do rapport, bem como a explicação dos termos e dos procedimentos que serão realizados (*Engage & Explain*);

3) reunião de debate e negociação sobre o conteúdo da proposta: estabelecimento do preço;

4) assinatura do acordo, com detalhamento do produto a ser entregue e as obrigações recíprocas;

5) depoimentos com confissão circunstancial prévios gravados em áudio e vídeo (*Account, Closure*), conduzidos pelo Ministério Público e sob supervisão dos defensores, com o investigado;

6) apresentação da proposta de homologação ao juízo competente, devidamente fixado o conteúdo das obrigações recíprocas; 7) homologação judicial do acordo de não persecução penal;

7) homologação judicial do acordo de não persecução penal;

8) possível *recall* com a inserção, exclusão de informações e novas cláusulas, inclusive revisando anteriores.

A partir da Teoria do Caso Adaptada ao **RoadMapCrime** (item 8.8), orientados pelo Teste EVE, podemos **mapear** as possibilidades no ANPP na seguinte ordem:

Primeiro passo: Deve-se distinguir os planos de **a)** Existência; **b)** Validade; e, **c)** Eficácia-valoração.

a) Entende-se por existência a satisfação dos **pressupostos**: **1)** agente (humanos); **2)** objeto (um ato processual ou comportamento); **3)** forma (requisitos aparentes); e, **4)** vontade (humana).

b) Entende-se por **validade** a satisfação dos **requisitos**: **1)** ser o agente capaz (a partir de atribuição legal e/ou capacidade técnica); **2)** ser o objeto (ato ou comportamento) lícito, adequado e produzido no momento

oportuno; **3)** ser a forma prescrita ou não defesa em lei (observância das regras de produção); e, **4)** o comportamento ou o ato deve ser livre, consciente e voluntário.

c) Entende-se por **eficácia-valoração** a possibilidade de o ato ou comportamento gerar efeitos válidos no contexto do Caso Penal.

Segundo Passo: Decompor e identificar, em conjunto, os aspectos do Caso Penal, situando os pressupostos e requisitos de **existência** e de **validade**;

Terceiro Passo: Decompor o conteúdo do APF para o fim de atribuir os Pontos Fortes e os Pontos Fracos (**SWOT**);

Quarto Passo: Estabelecer **Planos de Ação** em face das oportunidades processuais, considerando o Tipo Penal, os Agentes Processuais, o Procedimento, as Provas (produzidas e possíveis) e Valoração (futura nas decisões);

Quinto Passo: Executar, Monitorar e Ajustar.

PROCEDIMENTOS

PROCEDIMENTOS

< Capítulo 17 >
Procedimentos



17.1 Regras, Funcionamento e Características

A – Definição:

Os Procedimentos regulamentam as etapas processuais, as oportunidades probatórias e as condições do contraditório entre as partes.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) As Regras de Procedimento são Garantias: A função do processo é a de garantir o contraditório significativo, com **paridade de armas** e vedada a surpresa, a fim de verificar a **Hipótese Acusatória** em três perspectivas: **a) Premissa Fática**: por meio das regras de formação do contraditório e de produção de provas, determinar a "suficiência probatória" em face da proposição fática (descrição da conduta); **b) Premissa Normativa**: estabelecer a validade do Tipo Penal imputado (constitucionalidade, convencionalidade, requisitos legais para verificação); e, **c) Silogismo**: diante do Tipo Penal imputado, estabelecer o nexo entre a conduta e o **Tipo Penal**, além da necessidade e *quantum* da pena. Se estamos de acordo com o exposto, é inválido dizer que o acusado se defende dos fatos, independentemente da imputação, porque: **i)** é sobre a imputação que se estabelece o contraditório da Premissa Normativa, motivo pelo qual a alteração da imputação (nova definição) surpreende o acusado, violando a Boa-fé Objetiva; **ii)** a imputação fixa competência, determina o rito a ser impresso, serve de parâmetro para negativa de benefícios; e, **iii)** constitui-se em decisão *extra petita*, já que existem mecanismos hábeis à manutenção da congruência (CPP, arts. 383-384). É **oportunista** a condenação surpresa por tipificação diversa da constante na denúncia (salvo nos crimes complexos e em favor da defesa, p.ex.: denunciado em roubo, a condenação pode se dar por furto; o inverso não cabe). O Devido Processo Legal rejeita a possibilidade da surpresa por parte do acusador ou do julgador. Deve existir congruência (nexo) entre fatos, imputação e a decisão judicial . Do contrário, o objeto do processo é fraudado (Mas prevalece a posição contrária);

"Dentro deste enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa'. **Dierle Nunes**.

2) Processo em Contraditório: O Devido Processo Legal manifesta-se pelos procedimentos específicos, atendido o "*processo como procedimento em contraditório*". Em relação ao **direito subjetivo**, *Elio Fazzalari* propõe que deve ser entendido a partir da relação entre o **sujeito** e *o* **objeto** do comportamento indicado pela **norma jurídica**, a qual o coloca numa

posição de **vantagem** *pelo exercício de uma* **faculdade** *ou de* um **poder**. Não se trata mais de poder sobre a conduta da parte adversa ou mesmo de prestação, senão sobre os **efeitos** processuais da norma. Os atos processuais lícitos se mostram como poderes decorrentes do exercício da vontade, regulados por normas processuais, perante as quais o sujeito possui o **poder** de agir (p.ex. confissão judicial), a **faculdade** (p.ex. arrolar testemunhas) e o **ônus**, (no caso da imposição de consequências pelo descumprimento da norma). A *faculdade* e o *poder*, caso não exercidos a tempo e modo, podem gerar consequências diretas ou indiretas desfavoráveis ao agente processual. O procedimento desenvolve-se a partir de atos jurídicos lícitos, componentes do desenrolar procedimental até a decisão final, mas não em uma compreensão de oposição aos atos ilícitos (*Aroldo Plínio Gonçalves*). Até a decisão final, o procedimento, apesar de guardar unidade, deve ser entendido como sucessão de atos jurídicos determinados por normas processuais que regulamentam a maneira pela qual se dará a sequência de atos e posições jurídicas. É a perfeita vinculação das etapas antecedentes que legitima o procedimento como condição preparatória ao provimento final;

"El antecedente inválido contamina a los siguientes." **Franco Cordero**

"É que a declaração de nulidade exige a regressão do procedimento ao momento processual em que foi o ato nulo praticado. Daí por diante, todos os demais atos processuais são atingidos pela nulidade". **Antonio Breda**

As modalidades de citação são: por mandado, na comarca ou via precatória, por hora certa (CPP, art. 362 c/c CPC 228 e 229) ou edital, com a suspensão do processo (CPP, art. 366). O militar será feita ao chefe do serviço (CPP, art. 358).

3) Ritos (Comum e Especial): A lógica dos procedimentos é o de superação de etapas, com a distribuição da amplitude cognitiva e as oportunidades de participação, entre os seguintes procedimentos (CPP, art. 394):

a) comum (ordinário, sumário e sumaríssimo), ou;

b) especial (júri, honra, propriedade imaterial, falimentares, lavagem de dinheiro, eleitorais, competência originária, drogas).

No caso do **procedimento comum**, a fixação do rito entre **ordinário**, **sumário** ou **sumaríssimo**, decorre do *quantum* da pena a ser imposta, conforme a denúncia/queixa (CPP, art. 394, § 1º). Será **ordinário** se a sanção **máxima** for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (CPP, arts. 395-405), **sumário** quando *inferior* a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (CPP, arts. 531-538) e **sumaríssimo** nas infrações de *menor potencial ofensivo* (Lei 9.099/95**).** Consideram-se no cálculo as causas especiais de aumento e diminuição, mas não as agravantes e atenuantes**,** dado que se considera o máximo da pena aplicável em conformidade com a imputação constante na denúncia/queixa, por isso, também, a importância do controle de excesso de acusação. No regime do CPP, o **Júri** possui procedimento específico (CPP, arts. 406-497), assim como o **crime contra honra** (CPP, arts. 519-523), **servidor público** (CPP, arts. 513-518) e **propriedade imaterial** (CPP, arts. 524-530). A competência em decorrência da ***pessoa* acusada** pode alterar o rito (Lei 8.038/90);

C – Controvérsia:

1) Juiz das Garantias: Com o Juiz das Garantias e a exclusão dos atos anteriores, não existe mais a noção de autos como conhecemos atualmente. Com a nova regulamentação, somente algumas peças são encaminhadas, porque o Juiz de Julgamento não assume os autos do Juiz das Garantias (não é troca de bastão). Será preciso sanear cada autos de processo penal para evitar justamente a contaminação. Apenas encaminhar os autos, sem exclusão de peças, será uma burla ao sistema de cisão das funções entre Juiz das Garantias e Juiz de Julgamento. Significa ruptura com o modelo de autos completos e escritos/documentados, prevalecendo a oralidade. Será na AIJ que deverá ser produzida. É uma mudança paradigmática;

D – Estratégia:

1) Planejamento: O aproveitamento das **oportunidades** processuais demanda o devido planejamento, antecipando-se o comportamento dos demais agentes. A depender do cenário do caso penal, especialmente o grau de suficiência probatória, abrem-se estratégias ativas ou passivas. Em todos os momentos, as partes podem atribuir funções e pesos às provas e argumentos, a partir da classificação de **a)** mediadores; **b)** colisores e, **c)** confundidores;

2) Audiência Online: Além da regulamentação do CNJ sobre audiência digital e das normas internas do Tribunais, a utilização de mecanismos de *Visual Law* ampliam os horizontes. Reproduzo abaixo o modelo realizado pela ENFAM, em parceria com a Villa (Professor *Alexandre Zavaglia*).



17.2 Procedimento Ordinário

A – Definição:

É o procedimento com maior amplitude cognitiva, disponibilidade probatória e construção participativa no procedimento.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Maior Amplitude Cognitiva: É o procedimento com maior amplitude de produção probatória por conduta imputada (**8 testemunhas** por fato), oportunizando a efetiva participação das partes;

"O juiz competente para processar e julgar a ação penal, não tendo sido instado a tomar decisões pertinentes à fase de investigatória, estará muito mais qualificado para fazer o julgamento justo e imparcial. A participação no inquérito contamina o juiz, tornando muito mais árdua a tarefa da defesa de se fazer ouvir no processo". **Simone Schreiber**

2) Com e Sem Juiz das Garantias: O procedimento **ordinário** opera pelas fases a seguir descritas, observada a cisão funcional entre Juiz das Garantias e Juiz de Julgamento (enquanto suspensa a eficácia o Juiz congrega todas as atribuições), inicia-se com:

Juiz das Garantias: **a)** apresentação de denúncia ou queixa-crime apta (CPP, art. 41), podendo-se arrolar, no máximo, 8 (oito) testemunhas (CPP, art. 401), excluídos os informantes (porque não entram no cômputo), a partir do apurado durante a investigação preliminar;

Juiz das Garantias: **b)** exercida a ação penal, o juiz poderá admitir (total ou parcialmente) ou rejeitar a acusação, analisando os pressupostos processuais e as condições da ação, em decisão fundamentada, fixando os limites da acusação (objeto do processo). Determina-se, na sequência, a citação do acusado para que apresente resposta, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias (CPP, art. 396);

Juiz das Garantias: **c)** no prazo de resposta o acusado poderá apresentar **i)** exceções (CPP, art. 95), processadas em apartado; **ii)** apresentar **resposta à acusação**, em que poderá suscitar preliminares, apresentar matéria de mérito com o fim de obter **absolvição sumária** e/ou a **desclassificação** para conduta menos grave; **iii)** requerer e especificar provas (arrolar testemunhas, no **máximo de oito**, juntar documentos, solicitar perícias etc. A **resposta à acusação é ato obrigatório, sob pena de nulidade**. A defesa não precisa aprofundar as teses de mérito. Deve atender a estratégia defensiva, de modo direto ou indireto. Por ser obrigatória, se o acusado, devidamente citado, não apresentar resposta, o juiz nomeará defensor (CPP, art. 396-A, § 2o);

Juiz das Garantias: **d)** apresentada a defesa preliminar, em decisão fundamentada, o julgador poderá fazer cessar o processo em face do reconhecimento de causa excludente da ilicitude, existência manifesta de causa de excludente de culpabilidade, salvo inimputabilidade, atipicidade e extinção da punibilidade (CPP, art. 397). Não reconhecida a absolvição sumária, o julgador remeterá não mais os autos, mas o **Bloco Principal:** Denúncia/queixa com a respectiva decisão motivada de recebimento; Decreto de prisão cautelar e/ou medidas cautelares, para controle e revisão no prazo de 10 dias (CPP, art. 3º-C, § 2º) ou 90 dias (CPP, art. 316, parágrafo único); decisão que rejeitou a absolvição sumária (total ou parcialmente) e o **Bloco Apenso:** Provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas e/ou produzidas

antecipadamente (laudos, exames, levantamentos, interceptação), autuando-se em apartado, sem que o juiz deva ler antes do julgamento, porque cabe aos jogadores a referência e utilização na audiência de instrução e julgamento – ao Juiz de Julgamento, para realização de Audiência de Instrução e Julgamento, mantendo acautelado na secretaria do Juiz das Garantias os demais elementos produzidos (**é vedado o encaminhamento completo dos autos**);

Juiz de Julgamento: **e)** Receberá os autos do Juiz das Garantias e designará **audiência de instrução e julgamento**, no prazo de 60 (sessenta) dias, ocasião em que será coletada a prova oral (CPP, art. 400), na seguinte ordem, se houver: **i)** ofendido; **ii)** declarantes da acusação; **iii)** declarantes da defesa; **iv)** esclarecimento dos peritos (CPP, art. 400, § 2o e art. 159, § 5º, I); e, **v)** interrogatório. As testemunhas/informantes, se residentes fora da comarca, serão ouvidas por carta precatória (CPP, art. 222) ou rogatória (CPP, art. 223), não se suspendendo o processo, salvo se disponível sistema de videoconferência (CPP, art. 222, § 3º);

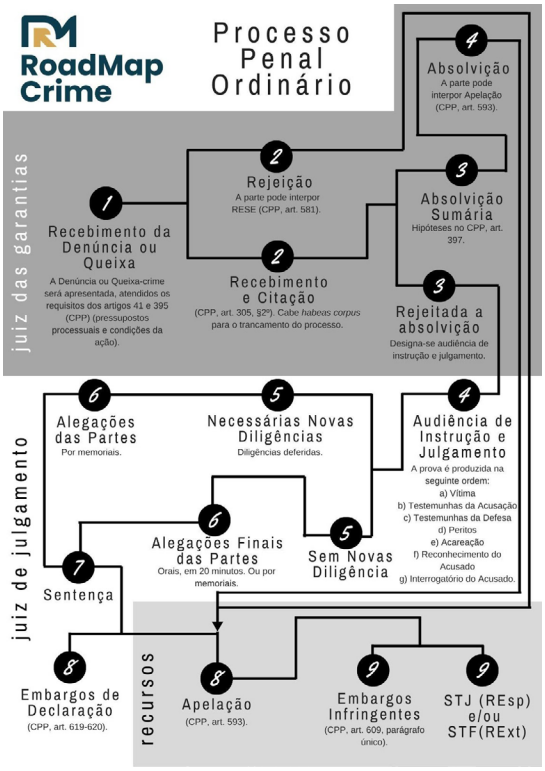
Juiz de Julgamento: **f)** encerrada a produção de provas, as partes podem requerer **diligências, desde que vinculadas diretamente** aos elementos produzidos no ato (CPP, art. 402). As diligências não reabrem a instrução (complementam de modo excepcional; p.ex. testemunha referida), nem se prestam à atualização de antecedentes criminais, porque a obtenção pode se dar de modo independente ao ato;

Juiz de Julgamento: **g)** seguem-se as **alegações finais** orais ou por memorais (CPP, art. 403) e;

Juiz de Julgamento: **h)** profere sentença.

STJ, RHC 39.960 (Min. Maria Thereza de Assis Moura): "3. Realizada após a defesa preliminar, a ratificação do recebimento da denúncia dispensa a expensão de fundamentos exaurientes e plenos, até para que não seja prejulgada a causa, mas mostra-se imprescindível a mínima referência aos argumentos naquela peça apresentados, sob pena de nulidade. 4. No caso concreto, o *decisium* proferido careceu de fundamentação, eis que primou por um conteúdo estereotipado e genérico, restringindo-se o magistrado a declinar que não se encontravam elementos aptos a espancar de plano a pretensão acusatória, menção que não se presta a justificar o recebimento da incoativa, sem sequer aludir o juiz às alegações defensivas ventiladas na defesa preliminar. 5. Incumbe ao magistrado enfrentar as questões processuais relevantes e urgentes ao confirmar o aceite da exordial acusatória. 6. Recurso parcialmente provido a fim de anular o processo, a partir da segunda decisão de recebimento da denúncia, devendo outra ser proferida, apreciando-se os termos da defesa preliminar".

Prática odiosa é o requerimento de atualização de antecedentes criminais. A secretaria não é despachante das partes, até porque os custos dos ofícios, processamento dos pleitos, gestão dos dados, correios, etc., sobrecarregam o Judiciário. Comprovada a impossibilidade e/ou negativa da obtenção, além da pertinência ao caso penal, podem ser deferidos. Do contrário, os requerimentos devem ser indeferidos. O Judiciário não é despachante das partes.



Você encontrará os mapas completos acessando o QRCode do início de cada item

3) Juiz das Garantias e Juiz de Julgamento (Cisão de Funções): O Juiz das Garantias terá função nos atos de 1 até 3, enquanto o Juiz de Julgamento nos demais. Enquanto não efetivado o Juiz das Garantias, o Juiz continua responsável por todo o fluxo;

4) Aplicação Subsidiária aos Demais Procedimentos: Por força do art. 394, §§ 2º, 4º e 5º, do CPP, as disposições do procedimento ordinário são aplicáveis em todos os processos, salvo disposição em contrário, compatibilizando com as regras dos arts. 395-397, do CPP, de observância cogente, servindo supletivamente aos procedimentos sumário e sumaríssimo, bem assim aos especiais;

5) Recebimento da Acusação: O **recebimento da acusação** deve ocorrer no momento do exercício da ação penal (primeiro momento). O uso constante de reformas parciais gera paradoxos, estabilizados posteriormente pela doutrina e jurisprudência. Tanto assim que a determinação de aplicação universal dos arts. 395-398 esbarra na revogação do art. 398 pela mesma norma que determinou a aplicação. Com as emendas parlamentares, a confusão chegou ao ponto de indicar dois momentos para o recebimento da denúncia (CPP, art. 395 e 399). No projeto originário foi previsto o estabelecimento de contraditório preliminar ao recebimento da denúncia, superado pela alteração parlamentar havida. Manteve-se o prévio recebimento da denúncia e o contraditório posterior. As decisões devem ser fundamentadas (CPP, art. 315, §2º);

STF, HC 180.709 (Min. Gilmar Mendes): "2. Fundamentação em denúncia anônima sem diligências complementares. Ilegalidade. Precedentes. 3. Decisão carente de motivação. A motivação da decisão, além de cumprir com o requisito formal de existência, deve ir além e materialmente ser apta a justificar o julgamento no caso concreto. Ilegalidade de decisão que se limita a invocar dispositivo constitucional sem analisar sua aplicabilidade ao caso concreto e assenta motivos que reproduzem texto-modelo aplicável a qualquer caso. Aplicabilidade do art. 315, § 2º, CPP, nos termos alterados pela Lei 13.964/2019. 4. Ordem de habeas corpus concedida para declarar a ilicitude da busca e apreensão realizada e, consequentemente, dos elementos probatórios produzidos por sua derivação. Trancamento do processo penal por manifesta ausência de justa causa".

6) Cumulação de Imputações: No caso de **cumulação de imputações**, com a mescla de procedimentos, prevalece o ordinário**.** A Lei de Drogas (Lei 11.343/06) estabeleceu um procedimento especial e, no caso de cumulação, por exemplo, com porte de arma, havia dúvida sobre qual o procedimento a ser aplicado. Especial ou ordinário? Por força do 394, §§ 2º, 4º e 5º, do CPP, inclusive por ser posterior, deve-se aplicar o procedimento ordinário (STJ, HC 303.385; STF, HC 97.126);

STF, HC 97.126 (Min. Ayres Britto): "A jurisprudência deste nosso Tribunal Federal é firme no sentido de que, havendo crimes conexos ao tráfico de entorpecentes, a adoção do procedimento comum não implica nulidade. Isso porque o rito ordinário assegura ao acuado o acesso ao mais amplo espectro de garantias processuais penais".

STJ, HC 303.385 (Min. Felix Fischer): "Tratando-se de ação penal referente a crimes diversos, afetos a ritos distintos, porém conexos, a adoção do rito ordinário, como na hipótese, na linha da jurisprudência desta eg. Corte, não acarreta nulidade, porquanto o procedimento nele inserto possui, em tese, maior amplitude, apta a possibilitar o pleno exercício do direito de defesa".

7) Controle da Justa Causa: O **controle da justa causa** pode se dar a **qualquer tempo**, ou seja, não há de se falar em preclusão *pro judicato*, uma vez que havendo constrangimento legal, especificamente pela ausência de **justa causa**, a revisão do recebimento ou da absolvição sumária pode se dar a qualquer tempo, na lógica do *Habeas Corpus* de ofício (STF, AP 913);

C – Controvérsia:

1) Legislação Especial: a) Violência Doméstica: em seu art. 41, determina a exclusão da Lei 9.099/95, aplicando-se o ordinário ou sumário (a depender da imputação: art. 41); **b) Estatuto do Idoso** determina o sumaríssimo (art. 94; STF, Adin 3.096); **c)** Crimes Falimentares (Lei 11.101/05); e, **d) Organizações Criminosas** (Lei 12.850/13, art. 22);

2) Excesso de Testemunhas e Informantes: Na hipótese de a defesa arrolar mais de 8 testemunhas, o juiz pode: **a)** determinar a indicação de quais deseja ouvir; ou, **b)** considerar as 8 primeiras, desconsiderando

as demais. Prevalece a intimação para esclarecimento (demonstra incompetência ou má-fé). Também ocorre a estratégia procrastinatória de arrolar informantes em excesso. Antevendo o comportamento **oportunista**, em geral, determina-se o esclarecimento da "pertinência" da oitiva. Insistir na produção de prova impertinente ou irrelevante ao desfecho do caso, principalmente por carta precatória, prejudica a reputação dos agentes processuais. Designar audiência, intimar e ouvir pessoas significa a alocação de custos estatais e de oportunidade. Fazer com que os agentes "percam" tempo útil com "testemunha placebo" (sem efeito no caso), tende a prejudicar a situação da parte;

3) Qualificação Incompleta da Prova Testemunhal: para que parte adversa possa se preparar adequadamente, a qualificação da prova testemunhal deve ser a mais completa possível (denúncia e resposta à acusação). A prática consistente em apenas referenciar a qualificação, remetendo-se a outros documentos dos autos, denota preguiça ou dissimulação. Primar pela técnica adequada é salutar e atente ao jogo limpo;

4) Alegações Finais Orais e Memorais: No exercício da ampla defesa, até porque não poderá alegar excesso de prazo, a conversão de alegações finais em memorais pode ser realizada, desde que não configure violação do jogo limpo, nem reconhecimento de prescrição e, ademais, a questão seja complexa. Em processos simples, é dever das partes a preparação para alegações finais orais;

STJ, HC 418.911 (Min, Ribeiro Dantas): "2. Após a reforma operada pela Lei n. 11.719/2008 no Código de Processo Penal, as alegações finais passaram a ser apresentadas, em regra, na forma oral (art. 403, caput), em homenagem ao princípio da oralidade e, portanto, à celeridade processual. Excepcionalmente, nas hipóteses admitidas pela lei, serão as alegações finais apresentadas na forma escrita, como ocorre, por exemplo, quando o magistrado, diante de casos complexos ou com significativa número de acusados, concede às partes prazo para a apresentação de memorais (art. 403, § 3º). 3. No caso em apreço, após o encerramento da instrução, em audiência de instrução, debates e julgamento, a magistrada de primeiro grau, diante da simplicidade da causa e com apenas um único réu, indeferiu o pedido formulado pela defesa de apresentação de memorais a título de alegações finais e, diante da recusa da defesa em apresentá-la na forma oral, proferiu sentença condenatória na mesma audiência. 4. O § 3º do artigo 403 do CPP, ao utilizar o verbo 'poderá' - em vez de 'deverá' - confere o magistrado uma faculdade, não um dever, ante a complexidade do caso ou se houver muitos réus. Precedentes. 5. Não cabe à parte arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido (art. 565) do CPP)".

D – Estratégia:

1) Compromisso e Risco: A apresentação de razões de mérito na resposta à acusação depende da avaliação preliminar da probabilidade efetiva de acolhimento. A tendência do julgador é a de rejeição da absolvição preliminar, remetendo o caso à instrução. Por isso, se a defesa antecipa a tese de mérito, amplia as oportunidades de ataque da parte adversa, além de gerar o dever de coerência, consistente em perseverar com os argumentos, sob pena de perder tração cognitiva (quem precisa de muitas teses é porque não dispõe de nenhuma robusta). É o momento de indagar ao julgador qual o *Standard* Probatório que será utilizado no julgamento de mérito.

17.3 Procedimento Sumário

A – Definição:

Procedimento com limitação probatória, aplicável às imputações cuja pena seja inferir a 4 (quatro) anos.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

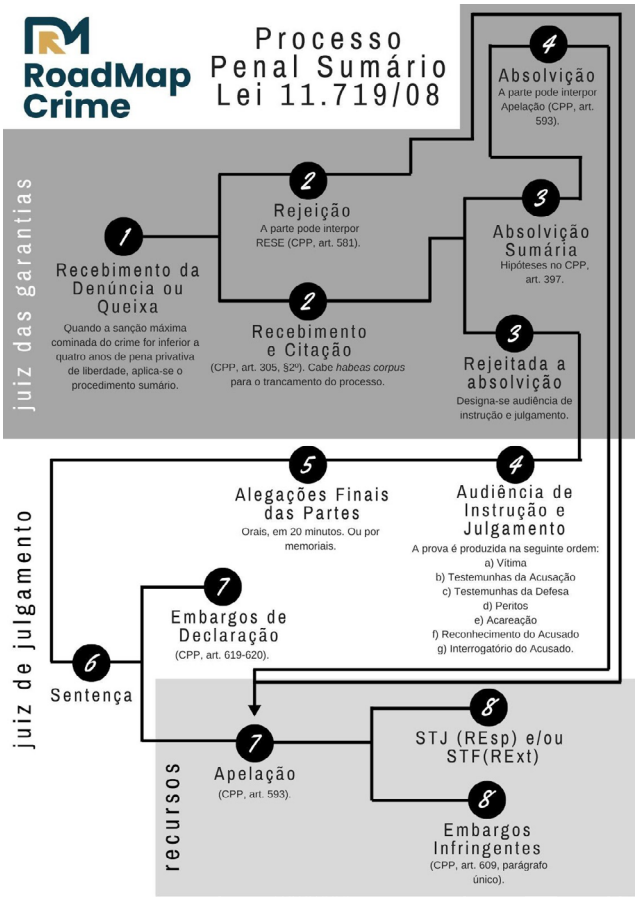
1) Diferenças e Limitação Probatória: O procedimento sumário (CPP, art. 531-538) aplica-se quando a pena for *inferior* a 4 (quatro) anos.

Diferencia-se do *ordinário* basicamente pelo prazo da audiência, 30 dias, bem assim pelo número menor de testemunhas a se ouvir: **5 (cinco)**, sem que os informantes entrem no cômputo. Não há previsão de diligências, embora seja acolhido se houver pertinência.;

2) Dinâmica: Cada vez mais **raro**, o procedimento sumário, diante do protagonismo do procedimento ordinário, inclusive com maior amplitude, deixou de ser aplicado pelos magistrados. As pequenas diferenças acabam sendo superadas na prática, porque juízes costumam deferir diligências após o encerramento da audiência de instrução e julgamento. O importante é que eventual diligência decorra de acontecimento cuja causa tenha se operado na respectiva audiência, sob pena de indeferimento;

"Se houver necessidade de esclarecer ponto relevante do fato em decorrência das provas produzidas em audiência, devem as partes requerer a realização de tal diligência e a conversão do julgamento comum sumário em ordinário. Ressalte-se que tal garantia é de ambas as partes, não é apena direito do acusado uma defesa plena, mas também direito da própria acusação, que é quem possui o ônus da prova".
Flaviane de Magalhães Barros

3) Juiz das Garantias e Juiz de Julgamento (Cisão de Funções): O Juiz das Garantias terá função nos atos de 1 até 3, enquanto o Juiz de Julgamento nos demais. Enquanto não efetivado o Juiz das Garantias, o Juiz continua responsável por todo o fluxo



Você encontrará os mapas completos acessando o QRCode do início de cada item

C – Controvérsia:

1) Complexidade: O fato de ser crime com menor pena, nem por isso a prova seja menos complexa, motivo pelo qual, desde que justificado, pode-se solicitar a ampliação do espectro probatório;

D – Estratégia:

1) Planejamento: O planejamento e deliberação estratégica faz parte da atuação assertiva, evitando o amadorismo. Aplicam-se as anteriores considerações sobre o uso de metodologia inteligentes.

17.4 Procedimento Sumaríssimo: Juizados Especiais Criminais

A – Definição:

Procedimento aplicável aos Crimes de Menor Potencial Ofensivo.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Dinâmica: Os Juizados Especiais (Lei 9.099/95), na linha do previsto na Constituição (art. 98, I), admitiu a possibilidade de duas inovações, vinculadas à disponibilidade mitigada do exercício da ação penal, consistentes na transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89, também aplicável nos demais procedimentos, desde que a pena autorize)**.** Em ambos os casos – inaplicáveis no âmbito da Violência Doméstica (Lei 11.340/06, art. 41: STF, HC 110.113, Min. Cármen Lúcia; STJ, RHC 54.493, Min. Rogério Schietti Cruz; Súmulas 542 e 588) – , diante da aceitação do imputado, acompanhado de defensor, a ação penal não é ofertada (transação) ou fica suspensa (suspensão). Decorrido o lapso de tempo e cumpridas as medidas, extingue-se a punibilidade. Enquanto a **transação penal** restringe-se aos casos de competência dos Juizados, a **suspensão condicional do processo** aplica-se a todos os crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano**.** Os Juizados Especiais agigantaram o sistema de controle social, já que as novas possibilidades de pena sem processo, ao invés de reduzirem as sanções, expandiram, com o custo reduzido, o número de submetidos.

"A 'inflação penal', que abandona as ideias de intervenção mínima e de *ultima ratio*, requer uma economia de meios. O procedimento abreviado, visando obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão à pena, vem atender a esta economia, permitindo que o agigantado sistema penal melhor distribua seus recursos disponíveis para o fim de responder às exigências de sua expansão: mais penas se impõem – já que eliminada a resistência do réu que poderia resultar na absolvição – e de forma mais econômica, sem o gasto de tempo e de atividades que seria consumido pelo curso normal do processo". **Maria Lúcia Karam**

2) Questões Cíveis Embaladas de Penal: O tema suscitou controvérsias sobre a compatibilidade democrática dos novos institutos, tendo o STF declarada a constitucionalidade. O balanço de aplicabilidade dos Juizados é complexo, diante da resolução, na via penal, de diversas questões que não configuram sequer conduta típica, mas que diante da ausência de mecanismos de **acesso à justiça**, são levadas na forma de pequenas agressões, verbais ou físicas, para deliberação nos Juizados Especiais. O fato de se ter aceitado o acordo, não impede a impugnação via *Habeas Corpus* (STF, HC 176.785). A lógica da barganha, mesmo

que em menor grau, incide tanto na transação como na suspensão. O controle de "causa provável" é dever dos agentes públicos, evitando a passagem direta à tração penal por modelos prontos. É necessário o filtro de legalidade, sob pena de punição por condutas atípicas;

3) Juiz das Garantias: O regime dos Juizados Especiais não está submetido ao Juiz das Garantias (CPP, art. 3º-C);

4) Presença de Defensor: O defensor deve necessariamente assistir o "autor do fato" por oportunidade da audiência preliminar (STF, HC 88.797 – Min. Eros Grau). O Juiz Leigo não pode praticar atos decisórios no crime (CNJ, PCA 303-58.2011.2.00.0000);

5) Competência Absoluta: A **competência** dos JECrim é **absoluta** (STJ, HC 40.040, Min. Laurita Vaz). No sumaríssimo, âmbito dos Juizados Especiais Criminais (crime com a pena máxima de dois anos; STF, Súmula 723 e STJ, Súmula 243), cabe diferenciar: **a)** o **concurso formal**, segundo o qual para fins de fixação de competência prevalece a pena máxima do crime mais grave, somada o aumento máximo, mais a metade, conforme a regra do concurso de crimes, **b)** enquanto no **concurso material** deve-se levar o somatório das penas máximas dos tipos imputados. Essa é uma das possibilidades de manipulação da competência, dado que a cumulação de imputações (frívolas e/ou abusivas) pode afastar a competência dos Juizados Especiais Criminais. Logo, com maior vigor, deve-se controlar o recebimento da denúncia de forma motivada. Já no caso de **conexão** (CPP, art. 76) de crime da competência dos Juizados Especiais Criminais com do Juízo Comum, prevalece a competência do Comum, sendo abusivo o desmembramento da imputação (como em geral acontece). É anômala a **cisão** arbitrária de imputações, mediante a remessa do crime de menor potencial ofensivo aos Juizados e a permanência do restante no Juízo Comum. O acusado recebe o ônus de se defender em dois Juízos distintos, pelo mesmo contexto fático, além de receber nos registros dois processos crimes;

6) Dinâmica: O procedimento inicia-se pela audiência de *conciliação*, com a possibilidade de **composição dos danos civis** (arts. 74 e 75), obrigatória na ação penal privada (STJ, ROMS 11.398, Min. Gilson Dipp). O prazo de decadência é de 6 (seis) meses (CPP, art. 38). Em seguida, se for o caso, oportuniza-se a **transação penal** (art. 76) ou a **suspensão condicional do processo** (art. 89, STF, Súmula 723; STJ, Súmula 243). As questões concernentes à transação penal e a suspensão condicional do processo foram trabalhadas nos tópicos específicos. Os envolvidos na ocorrência (vítima e autor do fato) devem ser cientificados, mas não podem ser conduzidos ao ato. Não comparecendo, perde-se a possibilidade de composição, benefícios processuais, sem efeitos que impeçam o desenvolvimento do processo (STJ, HC 284.107; Min. Jorge Mussi). A presença efetiva de defensor privado ou público na audiência preliminar é condição necessária para avaliação técnica (jurídica), sob pena de mitigação da ampla defesa, constituindo-se em nulidade

STJ, HC 119.272 (Min. Maria Thereza de Assis Moura): "Segundo orientação pacífica desta Corte, na hipótese de concurso formal, o limite de dois anos para se fixar a competência dos Juizados Especiais, dar-se-á pela consideração do máximo da pena do crime mais grave, acrescido de eventual exasperação máxima, mais a metade, que é o máximo da regra do concurso".

STJ, HC 314.854 (Min. Jorge Mussi): "Pacificou-se neste Sodalício o entendimento de que para efeito de fixação da competência dos Juizados Especiais, deve ser levado em conta o somatório das penas máximas cominadas aos delitos no caso de concurso material de crimes, caso em que, ultrapassado o limite de 2 (dois) anos, encaminha-se o feito à Justiça Comum".

STJ, RHC 54.493 (Min. Gurgel de Faria): "Os diversos institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais, inclusive a suspensão condicional do processo, não são aplicáveis aos crimes cometidos com violência familiar, independentemente da gravidade da infração".

absoluta (STF, HC 88.797; Min. Eros Grau). É possível a renovação da transação e/ou suspensão condicional do processo antes do início da audiência de instrução e julgamento, porque atenderia aos interesses da lei (STF, HC 92.870; Min. Eros Grau). Há possibilidade de a denúncia basear-se nas declarações do Termo Circunstanciado (STF, HC 85.803; Min Carlos Britto). Existe a possibilidade de baixa para instauração de Inquérito Policial diante da complexidade e apuração dos fatos (STJ, HC 41.348; Min. Hélio Quaglia Barbosa) e de autoria (STJ, ROHC 7.980; Min. Fernando Gonçalves). O suposto autor do fato pode ser intimado para prestar declarações na delegacia (STJ, ROHC 7.780; Min. Vicente Leal). Diligências deferidas pelo Juiz e requeridas pelo MP devem ser cumpridas (STJ, ROMS 8.837; Min. José Dantas). Em seguida, caso não seja requerido o **arquivamento**, em que deve se observar a nova redação do art. 28, do CPP, será ofertada **denúncia** (art. 77). O autor do fato será **citado** mediante a entrega de cópia (art. 78), designando-se **audiência** de instrução e julgamento, em prazo não inferior a 10 (dez) dias, na qual será oferecida **defesa preliminar** estabelecendo-se contraditório, ou seja, antes do **recebimento** motivado da denúncia, sob pena de nulidade. Rejeitada a defesa preliminar, procede-se à **instrução** (oitiva da vítima, testemunhas de acusação, defesa e interrogatório). O número de testemunhas deveria ser o de *5* (cinco), na forma do art. 394, §§ 2º, 4º e 5º, do CPP, mas prevalece o **número de 3 (três),** em face da aplicação analógica do art. 34 da Lei 9.099/95;

STJ, RHC 61.822 (Min. Felix Fischer): "A despeito da Lei nº 9.099/95 ser pautada por critérios da oralidade, simplicidade e informalidade, a inicial acusatória (denúncia ou queixa-crime), mesmo nas infrações de menor potencial ofensivo, deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório, ou seja, com lastro probatório mínimo apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal. Recurso ordinário provido para determinar o trancamento do Processo".

STJ, RHC 35.239 (Min. Jorge Mussi): "A omissão constatada na hipótese em apreço macula a ação penal na qual o recorrente figurou como réu, pois se trata de formalidade essencial à escorreita prestação jurisdicional no procedimento dos delitos de menor potencial ofensivo, no qual a celeridade legalmente recomendada não pode significar preterição às garantias constitucionais da ampla defesa e dos contraditório. Recurso provido para declarar a nulidade da ação penal deflagrada em desfavor do paciente desde a abertura da audiência de instrução criminal, para que lhe seja oportunizada a defesa oral prevista na primeira parte do art. 81 da Lei 9.099/95".

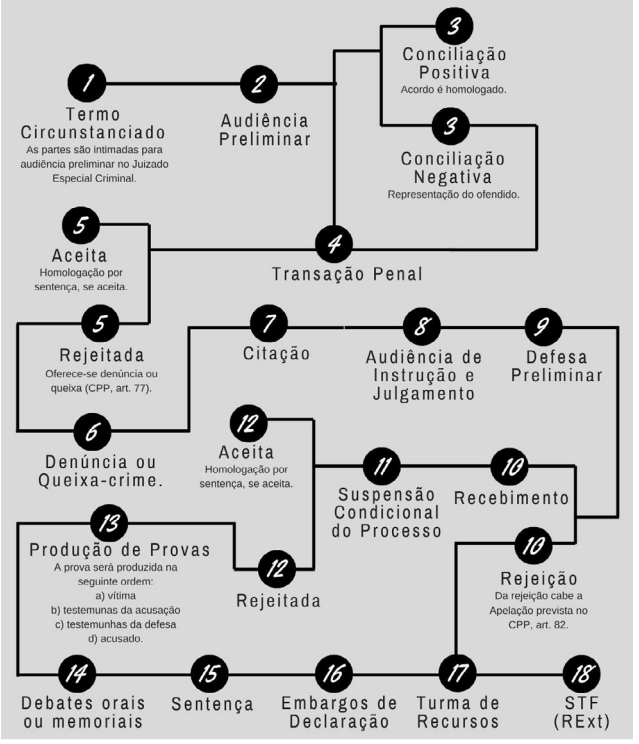
7) Citação por Edital: Não sendo encontrado o acusado, por disposição do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95, diante da necessidade de citação por edital, os autos devem ser remetidos ao Juízo Comum. Entende-se que a disposição não prevalece diante a alteração do regime de citação por edital, já que antes da reforma de 2008 era possível o processo contra o acusado revel, o que não mais se configura. Só fazia sentido encaminhar para o Juízo Comum porque a ação penal prosseguia, situação que não mais acontece. Logo, a lógica perdeu o sentido, mas a compreensão dominante é a da remessa, desde que esgotados os meios de localização do acusado. Dito de outro modo, antes de declinar somente pode ser determinada após esgotados os meios de obtenção dos endereços.

STJ, HC 224.343 (Min. Jorge Mussi): "A citação por edital somente deve ser efetuada quando esgotados todos os meios disponíveis para se encontrar pessoalmente o réu. [...] Tal circunstância, por representar alteração de competência absoluta, prevista no art. 98, inc. I, da Constituição Federal, evidencia que a determinação da aludida modificação deve ser precedida do esgotamento dos meios disponíveis para a localização do acusado, sob pena de mal ferimento ao princípio do juiz natural, também de índole constitucional (art. 5º, inciso LIII, da CF/88)".

8) Decisão Judicial: Incidem as nuanças da argumentação jurídica, devendo-se proferir decisão motivada. Os princípios dos juizados especiais (oralidade, simplicidade – incluído pela Lei. 13.603/18) informalidade, economia processual e celeridade) não podem servir de álibi discricionário, pelo qual magistrados se desoneram da obrigação constitucional de motivação da decisão. Anote-se que a **simplicidade**, já constante como disposição geral dos Juizados, no fundo serve apenas para uniformizar e facilitar a compreensão, por exemplo, das intimações que podem ser feitas de modo diferenciado (*WhattsApp* ou telefone, por exemplo: STJ, ROHC 11.847; Min Gilson Dipp), sem que altere, significativamente, o conjunto normativo;

RoadMap Crime

Processo Penal
Sumaríssimo
Lei 9.099/95



Você encontrará os mapas completos acessando o QRCode do início de cada item

"Aplicando tal teoria ao direto penal, mais especificamente, à suspensão condicional do processo, com base nos princípios da boa-fé objetiva, proporcionalidade, equidade e celeridade processual, corolário do devido processo legal substancial, não é cabível a revogação do acordo entre as partes quando, o acusado de boa-fé, cumprindo parte substancial das condições, não cumpre, por exemplo, com o dever de comparecer em juízo no período acordado ou mesmo não quita parte da parcela monetária. Ora, como movimentar o Poder Judiciário com audiência de justificativa, intimando o acusado, tomando tempo do advogado, juiz e representante do Ministério Público para que seja explicado o não comparecimento parcial ou mesmo de parcela insignificante do acordado? Necessária se faz a aplicação da teoria do adimplemento substancial, no mesmo contexto em que vem sendo aplicada nos contratos, pois a problemática cotidiana do exacerbado formalismo atingiu, também, a suspensão condicional do processo. Por isso, quem sabe, a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no campo da Suspensão Condicional do Processo possa ser um sendero na aplicação do devido processo legal substancial, evitando gastos desnecessários e atendendo ao fim do instituto". **Alexandre Morais da Rosa e Andrezza Anzolin**

C – Controvérsia:

1) Adimplemento Substancial: Em face do caráter contratual acolhido na Justiça Negocial, ganhou densidade o reconhecimento de que se parte significativa das obrigações pactuadas for devidamente cumprida, não se justifica a postura estritamente matemática, sob pena de prevalecer o excesso de formalismo. Se a suspensão e/ou a transação penal têm como fundamento lógica diversa da pena, especialmente pela possibilidade de engajamento social dos agentes, exigir a prorrogação por descumprimento irrelevante (p.ex. de 24 – vinte e quatro – a meses de apresentação, a ausência de 3 – três – deles) é incompatível com a finalidade e também com os custos decorrentes de prorrogações sem sentido. Configura-se como mais uma das faces da "**Tragédia dos Comuns"**;

2) Recurso e Conflito: O órgão *ad quem* dos Juizados Especiais Criminais é a Turma Recursal, não existindo submissão às decisões do Tribunal (de Justiça ou Federal, salvo nos casos de *Habeas Corpus* e mandado de segurança), razão pela qual em caso de **conflito** entre Vara Criminal e Juizados Especiais, a competência para dirimir o conflito é

do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dada a ausência de competência do Tribunal Estadual ou Federal (CR, art. 105, I, "d") (STJ, CC 91.984; Min. Jorge Mussi). Das decisões da Turma Recursal, em sede de *Habeas Corpus* e mandado de segurança, cabe impetração ao Tribunal de Justiça, em casos excepcionais;

Diante da avalanche de impetrações em face da Súmula 690, do STF (*"Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de habeas corpus contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais"*.), desde o julgamento do HC 86.834, superou-se a Súmula 690, diante do contido na EC 22/99, determinando-se que os Tribunais (de Justiça ou Regionais Federais) conheçam dos habeas corpus impetrados contra decisão das Turmas Recursais (STF, HC 104.893; HC 89.630), bem assim dos mandados de segurança (STF, MS 25.087).

D – Estratégia:

1) Planejamento: O planejamento e deliberação estratégica faz parte da atuação assertiva, evitando o amadorismo. Aplicam-se as anteriores considerações sobre o uso de metodologia inteligentes.

17.5 Procedimentos Especiais (Honra, Servidores Públicos e Drogas)

A – Definição:

Os procedimentos especiais regulamentam, em face das especificidades do bem jurídico tutelado e/ou dos acusados, regras distintas de processamento.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Regra Geral: As especificidades dos procedimentos especiais devem guardar parâmetro com o procedimento ordinário. Em todos os casos, as pequenas alterações de processamento decorrem do tempo histórico da produção normativa ou de detalhes vinculados aos acusados;

2) Interrogatório ao Final: O STF, em nome da garantia da ampla defesa, decidiu que o interrogatório é sempre o último ato do procedimento, a despeito da previsão normativa expressa. Se o juiz quiser antecipar, o advogado deve orientar o acusado a responder que deseja ser ouvido ao final porque não sabe a prova que será produzida;

STF, AP 528: "I – o art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução processual penal. II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito".

3) Juiz das Garantias: Aplica-se o regime do Juiz das Garantias;

4) Crimes Contra a Honra: No caso de crimes contra a honra (**calúnia**, **injúria** ou **difamação**; CP, art. 138-140) aplicam-se as disposições do procedimento (CPP, arts. 519-523), conforme o máximo da pena a ser aplicada, inclusive com as cumulações de imputações (concurso de crimes). Deverá ser designada **audiência prévia** de conciliação (CPP, art. 520), com a possibilidade de renúncia da ação penal, mediante acordo em que os advogados deverão necessariamente estar presentes. Na hipótese de o querelante não comparecer, extingue-se pela perempção (CPP, art. 60, III). Se o crime for contra a honra de servidor público, o Ministério Público estará legitimado, mediante representação da vítima (STF, Súmula 714). Pode ser antecedido de pedido de explicações para apuração dos limites da conduta tida como criminosa (CP, art. 144). A **exceção da verdade**, cabível nos crimes de calúnia (CP, art. 138, § 3º) e difamação (de servidor

público, art. 139, parágrafo único, CP), será processada conjuntamente. No mais, incidem as disposições do procedimento comum;

5) Servidores Públicos: Nos crimes contra servidores públicos (CPP, arts. 513-518), embora a previsão do art. 514, do CPP, bem assim da Súmula 330, do STJ , diante da redação do art. 394, § 4º, do CPP, desnecessária a providência. Mas o STF entende que é necessária a notificação preliminar (HC 96.058), no prazo de 15 (quinze) dias (CPP, art. 514). Os magistrados acabam determinando a intimação para evitar alegação de nulidade. Na sequência, aplicam-se as disposições do procedimento comum;

STJ, Súmula 330: "É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal na ação penal instruída por inquérito policial".

6) Lei de Drogas: No procedimento de Drogas (Lei 11.343/06), há fase de **defesa preliminar**, via notificação (art. 55), estabelecendo-se contraditório preliminar ao recebimento, com a oferta de defesa, exceções e especificação das provas que pretende produzir. Não apresentada defesa, será nomeado defensor ou Defensor Público. Com a defesa, deverá ser proferida decisão de recebimento/rejeição, na qual se deverá analisar, **motivadamente**, o preenchimento das condições do exercício da ação, incluída a justa causa. O juiz poderá determinar a apresentação do preso (art. 55, § 5º), com a finalidade de deferir exame de **dependência toxicológica** (também deverá ser realizado na hipótese de o acusado se declarar "viciado", para o fim de atestar a imputabilidade; se for "usuário", o exame é desnecessário). Até esta fase, o **Juiz das Garantias** exerce suas funções, sendo que em seguida, assume o Juiz de Julgamento. A Lei 11.343 estabelece que a instrução se inicia com o interrogatório (art. 57), mas diante da amplitude da defesa e das novas regras do procedimento ordinário, prevalece o entendimento (com efeito vinculante) de que o **interrogatório** deve ser o último ato (STF, HC 127.900). No caso de cumulação de imputações (Lei de Drogas e outras), aplica-se o procedimento ordinário (STJ, HC 303.385; STF, HC 97.126);

"Cabe uma indagação: qual seria mesmo a utilidade ou a necessidade dessa defesa prévia, senão obter, desde logo, a rejeição **in limine** da pretensão acusatória. Logo, é direito do denunciado ter a sua resposta devidamente rechaçada (ou não), por meio de uma válida decisão judicial e não de um mero arremedo". **Rômulo de Andrade Moreira**

STF, HC 97.126 (Min. Ayres Britto): "A jurisprudência deste nosso Tribunal Federal é firme no sentido de que, havendo crimes conexos ao tráfico de entorpecentes, a adoção do procedimento comum não implica nulidade. Isso porque o rito ordinário assegura ao acuado o acesso ao mais amplo aspecto de garantias processuais penais".

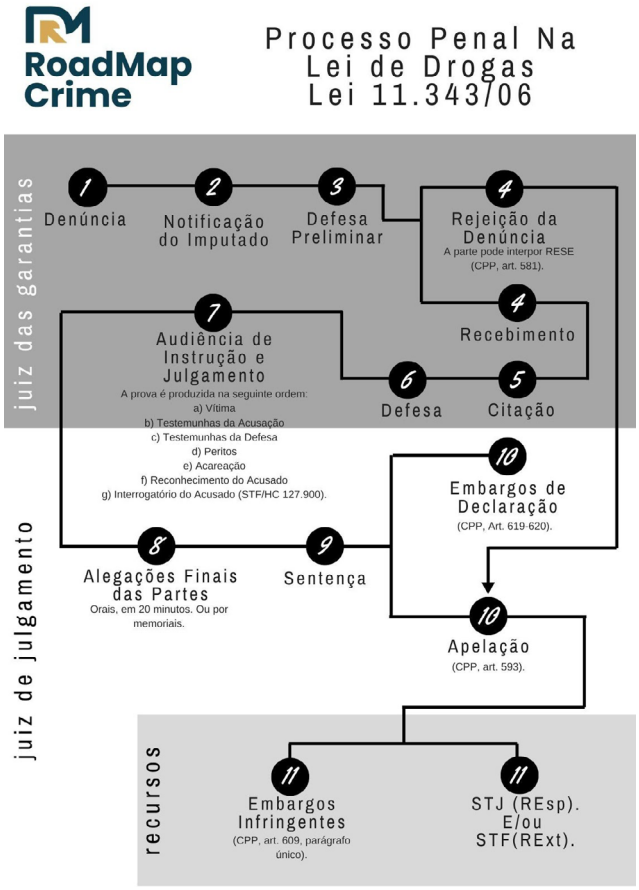
STJ, HC 303.385 (Min. Felix Fischer): "Tratando-se de ação penal referente a crimes diversos, afetos a ritos distintos, porém conexos, a adoção do rito ordinário, como na hipótese, na linha da jurisprudência desta eg. Corte, não acarreta nulidade, porquanto o procedimento nele inserto possui, em tese, maior amplitude, apta a possibilitar o pleno exercício do direito de defesa".

C – Controvérsia:

1) Objeção Imediata: O óbice quanto ao procedimento adotado deve ser formulado, pela parte, na primeira oportunidade, sob pena de configurar comportamento contraditório (STJ, ArAREsp 134.923, Min. Nefi Cordeiro);

D – Estratégia:

1) Planejamento: O planejamento e a deliberação estratégica compõem a dinâmica da atuação assertiva. Aplicam-se as anteriores considerações sobre o uso de metodologia inteligentes.



Você encontrará os mapas completos acessando o QRCode do início de cada item

17.6 Procedimento no Foro de Prerrogativa de Função

A – Definição:

Procedimento aplicável aos casos de agentes com Prerrogativa de Função.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Dinâmica: Nos casos de competência por prerrogativa de função, a Lei 8.038/90 estabelece que o Ministério Público dispõe do prazo de 15 (quinze) dias para apresentar denúncia, podendo arquivar ou solicitar novas diligências. Caso preso, o prazo de oferecimento da denúncia será o de 5 (cinco) dias. O acusado será notificado, com prazo de 15 (quinze) dias, para apresentação de defesa preliminar ao recebimento da denúncia (**contraditório prévio**). As **decisões** de **recebimento** e **julgamento** são do **colegiado**, proferidas com a devida fundamentação (arts. 6º e 7º). O resultado do **recebimento** é materializado por alentados votos em que se debate a existência dos pressupostos e condições da ação penal;

STF, Inq. 3.016 (Min. Ellen Grace): "A verificação acerca da narração de fato típico, antijurídico e culpável, da inexistência de causa de extinção da punibilidade e da presença das condições exigidas pela lei para o exercício da ação penal (aí incluída a justa causa), revela-se fundamental para o juízo de admissibilidade de deflagração da ação penal, em qualquer hipótese, mas guarda tratamento mais rigoroso em se tratando de crimes de competência originária do Supremo Tribunal Federal".

2) Juiz das Garantias: Não se aplica;

3) Interrogatório ao Final: Diante da alteração no procedimento ordinário (STF, HC 127.900), o interrogatório, que era o primeiro ato (art. 7º), ocorrerá ao final;

4) Instrução e Julgamento: O julgamento de mérito opera-se pelo **colegiado**. Embora os atos instrutórios sejam atribuição do relator, o plenário pode analisar a produção probatória, por ser o destinatário da prova (STF, HC 143.333; STJ, HC 473.033). Para conferir agilidade à tramitação, os Ministros podem convocar magistrados denominados de "instrutores" (Lei 8.038/90, art. 3º). Aplicam-se as demais disposições do procedimento comum ordinário;

STF, AP 528: "I – o art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução processual penal. II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito").

STF, AgR, AP. 1.027 (Min. Roberto Barroso): "1. O art. 7º da Lei n. 8.038/1990 determina que "recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso". A interpretação literal do comando normativo é no sentido de que o interrogatório do réu, nos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, deve ser o ato inaugural da instrução processual penal. 2. No entanto, o dispositivo não se coaduna com os princípios do contraditório e da ampla defesa, que impõem a realização do ato apenas ao término da instrução".

C – Controvérsia:

1) Posição Atual do STF: O STF, na **Questão de Ordem na AP 937**, estabeleceu que o foro de prerrogativa de função, no caso de Deputados e Senadores, **restringe-se aos crimes cometidos no exercício do cargo e relacionado às funções desempenhadas**. (no site há texto complementar ao tópico);

STF, AP 937: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".

D – Estratégia:

1) Planejamento Segmentado: As fases (contraditório prévio, instrução e julgamento) demandam estratégias diversas, por força da alteração **dinâmica** do contexto, além da exposição midiática do julgamento penal no STF. A decisão proferida pelo STF, na AP 937, associada aos trâmites processuais necessários à preparação do julgamento, tende a reduzir a frequência dos julgamentos originários (cessado o mandato, os autos serão remetidos às instâncias ordinárias). Por isso, há constante avaliação dos riscos e, também, dos efeitos partidários dos julgamentos (impacto público da exposição).

17.7 Procedimento do Júri

A – Definição:

Procedimento aplicável aos crimes dolosos contra a vida e conexos, dividido em duas fases: a) instrução preliminar até a decisão de pronúncia; e, b) plenário.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Diretrizes Constitucionais: O art. 5, XXXVIII, da Constituição estabelece as seguintes diretrizes:

a) plenitude da defesa;

b) sigilo das votações;

c) soberania dos veredictos e;

d) competência para crimes dolosos contra a vida.

2) Características do Tribunal do Júri: O Tribunal do Júri é órgão do Poder Judiciário, com as seguintes características:

a) heterogêneo: Juiz-Presidente e Jurados, em número de 25 (vinte e cinco) e 7 (sete) no Conselho de Sentença;

b) horizontal: os participantes atuam sem hierarquia, mas com funções diversas e definidas e;

c) temporário: reúne-se para sessões, profere julgamentos, desfazendo-se posteriormente.

3) Competência: Compete ao Tribunal do Júri julgar os **crimes dolosos contra a vida**. A Lei pode ampliar e não restringir a competência. Aplica-se, atualmente, ao julgamento dos crimes previstos nos arts. 121-127, do Código Penal (tentados ou consumados), bem assim os conexos (CPP, art. 74). Atentar para nova tipificação do "induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação", inserida pela Lei 13.968/19. Não são da competência do Tribunal do Júri os tipos penais com resultado **morte** (latrocínio (CP, art. 157, genocídio etc.; STF, Súmula 603). Não se aplica o **Juiz das Garantias**;

A remissão ao Código Penal faz com se apure os crimes respectivos, previstos na Parte Especial, Título I (Crimes contra a pessoa), Capítulo I (Crimes contra a vida), os seguintes crimes: a) homicídio; b) induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; c) infanticídio e d) aborto. O Júri atrai a competência dos crimes conexos aos dolosos contra a vida (arts. 76, 77 e 78, I, CPP), realizando-se julgamento conjunto, perante o Tribunal do Júri.

STF, Súmula 603: "A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri".

4) Contexto Atual: Apesar da origem histórica da instituição do Júri, os contornos atuais são diversificados, especialmente pela possível pressão contextual, influência externa dos acusados, vítimas ou grupos de pressão locais, da complexidade dos casos em julgamento, associada à exposição social e midiática. Além disso acolhemos a possível existência de "jogos ocultos" entre os agentes públicos. O júri fomenta o que há de melhor e de pior no humano;

5) Assistente de Acusação: Participação ativa da vítima, na defesa dos seus interesses, coadjuvando com a acusação pública, o **assistente de acusação** pode se habilitar a qualquer tempo do procedimento, exceção aos 5 (cinco) dias que antecedem ao julgamento em plenário (CPP, art. 430). Recebe o processo no momento em que se encontra;

Existem diversas obras sobre Júri, valendo destacar, dentre elas, os dois volumes de *Rodrigo Faucz e Daniel Avelar* (Plenário do Tribunal do Júri e Manual do Tribunal do Júri; RT), de *Marcella Nardelli* (A prova no Tribunal do Júri; Lumen Juris), de *Juliano de Oliveira Leonel e Yuri Felix* (Triunal do Júri: aspectos processuais; emais) de *Fabiana Silva Bittencourt* (Tribunal do Júri e Teoria dos Jogos; emais), de *Maurílio Casas Maia* (A faixa verde no Júri; DePlácido) e por *Denis Sampaio* (Manual do Tribunal do Júri; emais).

6) Procedimento Bifásico (Instrução Preliminar e Plenário): Divide-se em **duas fases** (procedimento bifásico), com instrução preliminar denominada de formação da culpa (CPP, art. 406-421) e julgamento em plenário (CPP, art. 422-424 e 453-497)**.** A **primeira** é o da "formação da culpa", denominada de **instrução preliminar**;

7) Instrução Preliminar: A primeira fase terá o seguinte trajeto procedimental**:**

a) recebida a denúncia ou queixa (subsidiária) apta, em decisão fundamentada, será determinada a citação do acusado para apresentação de resposta no prazo de 10 (dez) dias (CPP, art. 406);

b) não apresentada a resposta será nomeado defensor e, no caso de citação por edital, aplica-se o art. 366 do CPP;

c) abre-se vista ao acusador, no prazo de 5 (cinco) dias, para se manifestar sobre preliminares e documentos;

d) designação de audiência de instrução e julgamento, na qual será colhida a prova, alegações finais e decisão que, no caso de não ser proferida no ato, deve ser realizada em 10 (dez) dias (CPP, art. 411). O prazo do procedimento é de 90 (noventa) dias.

8) Decisão Judicial da Instrução Preliminar: Ao final da primeira fase, na qual o Juiz profere as seguintes decisões: **a)** absolvição sumária; **b)** impronúncia; **c)** desclassificação; ou, **d)** pronúncia (total ou parcial). Já a **segunda** será o julgamento em plenário;

9) Absolvição Sumária: Quando provada a **inexistência** do **fato**, não existir prova de ser o acusado o **autor** ou partícipe da conduta, o fato **não constituir infração** penal, demonstrada **causa de isenção** de pena ou de **exclusão** do crime (CPP, art. 415), excetuando-se a inimputabilidade (CPP, art. 415, parágrafo único), o juiz deve absolver sumariamente o acusado. A tendência é a de evitar a análise motivada em nome do *in dubio pro societate*, não mais aceito (STF, ARE 1.067.392 – Min. Gilmar Mendes). A decisão estratégica defensiva é: se antecipa a tese defensiva na primeira fase, confere vantagem à acusação em Plenário, além de criar o dever de coerência consistente em sustentar a tese em Plenário (efeito perseverança). Se modifica a tese em Plenário, tende a perder tração cognitiva;

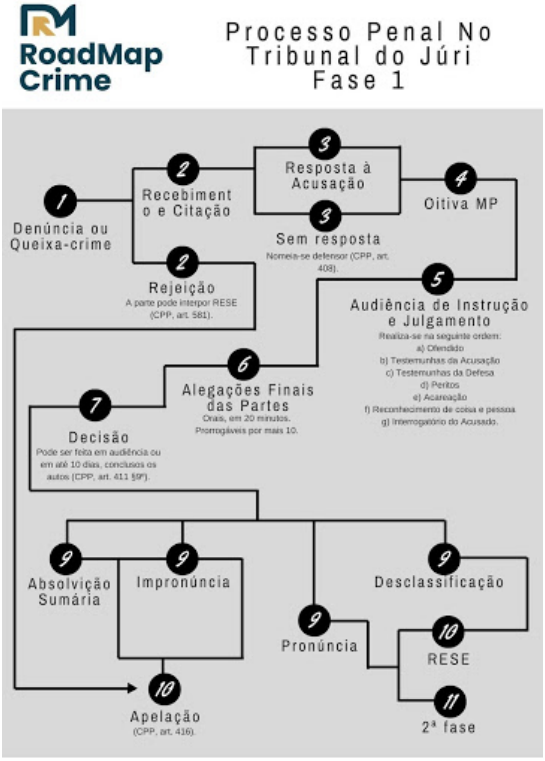
10) Impronúncia: quando **ausente prova** suficiente da **materialidade** ou de indícios de **autoria** (e participação), o julgador deve impronunciar o acusado. O tema é controverso porque nem absolve, nem pronuncia, deixando o acusado "no limbo". Apresentados novos elementos, pode a ação penal ser renovada. Discute-se a compatibilidade com a garantia da coisa julgada e também com o dever de investigação madura, dado os efeitos deletérios da decisão que mantem a incerteza sobre os fatos (CPP, art. 414, parágrafo único);

11) Desclassificação (imprópria e própria): Não se tratando de crime doloso contra a vida, determina-se a remessa ao juiz competente (CPP, art. 419). Distingue-se da **desclassificação imprópria** (a que modifica a qualificação do crime, mas mantêm a competência do Júri) e **própria** (que exclui a competência do Júri). A desclassificação também pode ocorrer em **Plenário**, seguindo-se a mesma lógica. Os atos processuais realizados serão considerados válidos, adequando-se à nova imputação;

12) Pronúncia: motivadamente, atendido o disposto no ar. 315, § 2º, do CPP, o juiz reconhece a **existência de materialidade** do fato, de **indícios suficientes** de **autoria** e de elementos sobre o dolo do acusado (CPP, art. 413), determinando a submissão ao plenário do Júri (segunda fase). Ainda que não possa afirmar categoricamente a ocorrência do crime e atribuir autoria, o juízo deve analisar a "causa provável", além de rejeitar a Hipótese Defensiva. Prevalecia até pouco tempo a mera

retórica (puro jogo de palavras), em que o juiz e o Tribunal invocavam o adágio do '*in dubio pro societate*' para, em fingindo motivar, encaminhar (quase automaticamente) o caso ao julgamento em Plenário. Partiam da seguinte ordem: **a)** há prova da materialidade; **b)** dos depoimentos coligidos há elementos mínimos e convergentes da autoria (sem análise minimamente circunstanciada), capazes de justificar a submissão do acusado ao Juiz Natural: Júri; **c)** inviável a análise das teses defensivas, reservando a temática ao Plenário; e, **d)** duas ou três citações de doutrina e jurisprudência sobre a impossibilidade de análise profunda (modalidade de "esquiva decisória"). Proferida nos termos "burocráticos" descritos, perde-se a oportunidade de "filtragem" das acusações "abusivas" ou mesmo de "sobrecarga" (a pronúncia pode decotar qualificadoras). Do contrário, o caso chega ao Plenário sem controle técnico legal, porque os jurados são leigos. É preciso levar-se a sério o **controle/filtro** sobre os elementos constitutivos da Hipótese Acusatória, inclusive com a indicação do *Standard* Probatório utilizado. O paroxismo opera nos julgamentos de trânsito, transformados, sem mais, em dolo eventual. A **defesa**, se conseguir escalar até o STF, tende a anular a pronúncia genérica (cabe em qualquer caso; basta mudar o nome do acusado). A devida motivação é exigência democrática, ao mesmo tempo em que não pode condenar antecipadamente o acusado, especialmente por meio de adjetivos (o juiz que carrega nas tintas, por força do **excesso**, acaba postergando o julgamento pela nulidade: na sua volúpia punitiva, favorece a defesa);

"No Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE, de minha relatoria, restou consignado que a invocação do princípio do *in dubio pro societate* não seria critério legítimo a fundamentar reforma de sentença de impronúncia proferida em processo penal". **Gilmar Mendes**



Você encontrará os mapas completos acessando o QRCode do início de cada item

13) Preparação do Plenário: Sem recurso pendente, abre-se a possibilidade de, no prazo de 5 (cinco) dias, arrolar-se testemunhas ao plenário (CPP, art. 422), no máximo 5 (cinco), juntar documentos e requerer diligências. Na sequência, o juiz deliberará sobre os pleitos, elaborará relatório e designará sessão de julgamento (CPP, art. 423), ocasião em que se formará o corpo de 7 (sete) jurados, em julgamento público, presidido pelo julgador;

14) Desaforamento: Após a preclusão da decisão de pronúncia pode ser requerido o **desaforamento**, situação excepcional, diante da alteração do juiz natural (*mutatio fori*), nos casos de interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade dos jurados, garantia da segurança pessoal do acusado e não designação de data para o júri no prazo de até 6 (seis) meses, contatos do trânsito em julgado da pronúncia ou quando comprovado o excesso de serviço (CPP, art. 427-428), sempre com a oitiva da defesa. (Discute-se a possibilidade de desaforamento em face da comoção social e pressões midiáticas em face da imparcialidade dos jurados. Embora deva-se transferir o julgamento para comarca próxima, a distância deve ser suficiente para superar as razões que justificaram o desaforamento, sob pena de ineficácia. Há divergência teórica (e nenhum caso efetivo) sobre a possibilidade de "**reaforamento**" caso cessado o suporte fático das razões do deferimento;

STF, Súmula 712: "É nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa.

15) Juntada e Uso de Documentos (Limitações): Nos termos do art. 479, do CPP, não será permitida a leitura de documentos e exibição de objetos cuja juntada não tenha ocorrido com anterioridade superior a 3 (três) dias úteis, dando-se ciência ao adversário, em tempo suficiente para oposição e contraditório. É vedada a surpresa da parte contrária, nem a leitura em plenário, com fins argumentativos, de documentos não constantes dos autos;

STJ, Resp. 1.307.166 (Min. Laurita Vaz): "Conclui-se, pois, que o prazo em tela estabelece um interstício mínimo entre a juntada de documento ou objeto e a respectiva sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri. Assim, se o julgamento está aprazado para segunda-feira (como no caso), o material deve ser juntado pela parte até a terça-feira da semana anterior, termo final do prazo, de modo a respeitar o interstício mínimo de três dias úteis entre esse ato e o julgamento".

STJ, HC 225.478 (Min. Jorge Mussi): "De acordo com a norma contida na antiga redação do artigo 475 do Código de Processo Penal, atualmente disciplinada no artigo 479 com a reforma processual operada com o advento da Lei 11.689/2008, é defeso às partes a leitura em plenário de documento que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias".

16) Ausência das Partes (MP ou Defensor) em Plenário: Pode ocorrer a ausência de alguma das partes (CPP, art. 455 e 456): **a) Ministério Público:** se o MP faltar, será designada a primeira data desimpedida (sem justificativa, o Chefe do MP deverá ser comunicado); e, **b) Defensor**: se o defensor faltar, sem justificativa, além da multa prevista no art. 265, do CPP (vide item 5.11), será adiado, com a salvaguarda de intimação da Defensoria Pública, com prazo mínimo de 10 (dez) dias, para garantia da realização na data aprazada e também da preparação mínima das teses defensivas;

17) Acusado no Plenário: O acusado deve ser intimado para a sessão de julgamento. Não precisa comparecer ao julgamento, que poderá ocorrer sem a sua presença, desde que devidamente intimado, embora a ausência seja tendencialmente compreendida intuitivamente como culpa pelo corpo de jurados leigo. Só o fato de ser submetido ao julgamento público já é uma pena;

"La que se ha denominado 'pena de banquillo', es decir, el hacer que una persona llegue a sufrir un juicio, con todos los inconvenientes que ello le supone, sólo se justifica si antes se han acreditado los indicios [...] El procedimiento preliminar tiene, pues, finalidades muy complejas. No sólo sirve para preparar el juicio oral, pues puede llegar a servir para impedir que ese juicio oral se celebre". **Juan Montero Aroca, Juan-Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo e Silvia Barona Vilar**

18) Uso de Algemas: O uso de algemas deve ser justificado de modo concreto, por indicadores objetivos, dado o efeito na convicção dos jurados, sob pena de nulidade;

19) Testemunha em Plenário: O julgamento não será adiado se uma das testemunhas arroladas (CPP, art. 422) não comparecer, salvo se for arrolada como **imprescindível** e tiver sido localizada no endereço indicado pela parte. Caso a testemunha **imprescindível** não tenha comparecido, ainda que intimada, será conduzida "sob vara" na data do julgamento redesignado. Se a testemunha arrolada como **imprescindível** nada souber, a tendência é a de se entender como jogada de má-fé;

20) Recusa Imotivada de Jurado: Cada parte (acusação e defesa) pode rejeitar, sem fundamento, até 3 (três) jurados, conforme a estratégia (STF, RHC 126.884, Min. Dias Toffoli), hipótese em que, somados os impedimentos e as suspeições, pode ocorrer a **cisão** do julgamento (CPP, art. 469). O levantamento prévio dos perfis dos jurados confere vantagem às partes, dado que a recusa é substancial (a simples consulta em fontes abertas confere dados relevantes: rede social, p.ex.). O amador recusa o jurado pela intuição;

21) Cisão em Plenário: Se da recusa, operar-se a cisão, o julgamento continuará com o "autor" (acusado principal) e se ambos forem coautores, o que estiver preso e, ainda, caso estejam presos, o que há mais tempo estiver segregado ou precedentemente pronunciado na decisão de pronúncia (CPP, art. 429);

22) Defesa Efetiva: O controle da efetiva defesa deve ser feito pelo julgando. A defesa não é formalidade. Sem defesa substancial, não há julgamento justo. A diretriz da Corte Interamericana, na linha do Pacto de San Jose (art. 8º, 2), indica parâmetros negativos de mensuração, por meio de ausência e/ou inefetividade de: **a)** atividade probatória; **b)** iniciativa argumentativa; **c)** conhecimento da teoria do caso em que participa; **d)** de interposição dos recursos e meios impugnativos disponíveis; **e)** fundamentação das peças e argumentos; e, **f)** abandono do acusado. A ausência de defesa efetiva anula o julgamento (Defesa de 11 minutos, nulidade reconhecida: STJ, HC 427.129);

23) Estética do Julgamento: A organização do plenário do Júri sugere estética desfavorável à defesa (Juiz e Ministério Público lado-a-lado), situação que deverá ser encarada de frente. O pleito defensivo, em Plenário, para retirada do MP do seu local cativo, em geral, é estratégia dominada. Além de o juiz indeferir, pode conferir a oportunidade de o agente do MP antecipar a defesa da sociedade, promovendo discurso efusivo contra a defesa. A arena para superar a questão da posição não é no Plenário;

24) Dinâmica Probatória: Serão produzidos: prova testemunhal, reconhecimentos, acareações e esclarecimento de peritos, seguido de interrogatório do acusado. As perguntas serão formuladas diretamente

STJ, RHC n. 76.591 (Min. Rogerio Schietti Cruz): "1. O uso de algemas – de quem se apresenta ao Tribunal ou ao juiz, para ser interrogado ou para assistir a uma audiência ou julgamento como acusado – somente se justifica ante o concreto receio de que, com as mãos livres, fuja ou coloque em risco a segurança das pessoas que participam do ato processual. 2. Não se mostra aceitável que se obvie a presunção de inocência (como regra de tratamento) e se contorne o rigor da Súmula Vinculante n. 11 com motivação genérica e abstrata que, na prática, serviria para todos os casos de pessoas julgadas pelo Tribunal do Júri, visto que se cuida de órgão jurisdicional incumbido de julgar os crimes mais graves do Código Penal, definidos quase sempre como hediondos. [...] 3. A menos que se aduza alguma peculiaridade do caso concreto, a denotar efetivo risco de que o réu, com mãos livres, poderá pôr em risco a segurança dos circunstantes ou fugir – risco que não pode decorrer do simples fato de responder por crime hediondo – revela-se ilegal a manutenção do réu algemado durante a sessão de julgamento, máxime perante juízes leigos, para quem o simbolismo do uso de algemas pelo acusado possui significado mais relevante do que se se tratasse de julgamento perante juiz togado".

STJ, HC 506.975 (Min. Reynaldo Soares da Fonseca): "A contenção por meio de algemas durante a realização da audiência no tribunal do júri não é um expediente que pode ser empregado sem critérios, devendo ser demonstrada sua necessidade em situações nas quais se vislumbre risco para a segurança do próprio acusado e das demais pessoas presentes no recinto."

STJ, RMS 60.575 (Min. Ribeiro Dantas): "A par das algemas, tem-se nos uniformes prisionais outro símbolo da massa encarcerada brasileira, sendo, assim, plausível a preocupação da defesa com as possíveis preconcepções que a imagem do réu, com as vestes do presídio, possa causar ao ânimo dos jurados leigos".

STF, RHC 126.884 (Min. Dias Toffoli): "Estratégia inerente à dinâmica do júri. [...] 1. A recusa peremptória do jurado (art. 468, CPP), em que as partes não precisam esclarecer os motivos dessa recusa, constitui típico exercício de poder discricionário, que prescinde de necessária justificação lógico-racional, razão porque é incontrastável judicialmente. 2. O legislador cometeu à defesa e ao Ministério Público o poder de declinar imotivadamente de um jurado, no pressuposto de que a escolha do juiz leigo que melhor se enquadre nas expectativas de êxito da parte constitui estratégia inerente à dinâmica do Tribunal do Júri. 3. Nesse contexto, é irrelevante que o Ministério Público tenha direcionado suas escolhas a que jurados do sexo feminino integrassem o conselho de sentença, razão pela porque não há falar-se em comportamento discriminatório de sua parte. 4. O fato de o Promotor de Justiça, finda a escolha do Conselho de Sentença, ter afirmado que 'Deus é bom' não conduz à nulidade do julgamento do Tribunal do Júri"

pelos jogadores. O **interrogatório** será realizado pelo juiz e, depois, com a palavra dada às partes;

"Tribunal do Júri não é lugar parava aventureiros. Plenário é presença. Advogado é protagonista. O titular das prerrogativas é o advogado, mas o destinatário destas é o seu cliente. A plenitude de defesa em plenário deve ser exercida sem qualquer temor pelo advogado". **Ércio Quaresma**

25) Debates: Encerrada a produção de provas em Plenário, a **palavra** será dada ao acusador (Ministério Público e Assistente de Acusação, que deverão acordar o tempo de cada um ou ser fixado pelo juiz; CPP, arts. 476 e 477), pelo **prazo** de 1:30 (uma hora e trinta minutos), mesmo prazo que disporá a defesa. Havendo **réplica** e **tréplica**, o prazo será de 1 (uma) hora. Se forem mais acusados, o tempo máximo será de 2:30 (duas horas e trinta minutos) para cada parte, seguida de réplica e tréplica de 2 (duas) horas. Em casos mais **complexos**, com muitos acusados, pode-se dispor de modo diverso, desde que garantida a paridade de armas, a ampla defesa e o contraditório. O julgador, em geral, profere decisão organizando o Plenário em situações diferenciadas;

"Aceita-se, ainda, que se possa inovar na tréplica, mesmo que isto cause surpresa à acusação e impeça o contraditório". **Gustavo Badaró**

STJ, REsp. 1.727.274 (Min. Nefi Cordeiro): "Reside na possibilidade de a defesa suscitar tese nova na tréplica, última fase oral, até então não debatida. Entendo que é, sim, possível, inovar na fase da tréplica, em homenagem ao Princípio da Plenitude de Defesa, previsto no art. 59, inciso XXXVIII, "a", da Constituição Federal - que tem maior densidade em relação ao Princípio do Contraditório, no caso de embate -, mesmo porque os jurados não estão vinculados às teses das partes, podendo, no terceiro quesito (absolutório), adotar a tese que lhes convier. Tal interpretação é a que confere maior densidade ao princípio da ampla defesa".

STJ, AREsp. 1.239.101 (Min. Ribeiro Dantas): "Impossível admitir que o princípio constitucional da plenitude de defesa no Tribunal do Júri autoriza a inovação em sede de tréplica. Afinal, por plenitude de defesa deve ser entendido o direito assegurado ao acusado de valer-se de todos os meios processuais disponíveis para comprovar a sua inocência, e não a busca, a qualquer custo, pela absolvição, seja ela justa ou injusta. De modo que o princípio da plenitude de defesa deve ser contextualizado em um sistema maior, delimitado pelo princípio do devido processo legal. [...]. Assim, o exercício da defesa em sua plenitude não prescinde, absolutamente, da estrita observância dos postulados inerentes ao devido processo legal, dentre os quais, o princípio do contraditório, definido como paridade de armas entre as partes (par conditio). E, se uma das partes no processo se manifesta, inovando suas teses jurídicas, em situação em que à parte contrária não é mais permitido o uso da palavra, resta evidente que paridade de armas não há, com clara violação ao princípio do contraditório. Já o prejuízo ao titular da ação penal é evidente, considerando que a tese inovadora acabou sendo efetivamente acolhida pelo Conselho de Sentença. Motivo pelo qual não resta outra alternativa que não a anulação do Júri".

26) Réplica e Tréplica: A defesa pode exercer a **tréplica**, desde que haja **réplica** pela acusação (sem réplica, inexiste tréplica, ou seja, a tréplica não é direito subjetivo). Se a acusação disser que não quer replicar "*porque os fatos estão suficientemente comprovados*", por exemplo, o acusador enuncia juízo sobre a prova, motivo pelo qual configura "ato de fala" suficiente à configuração da réplica, abrindo-se o direito de tréplica. A plenitude da defesa prevalece. Questão controversa é a inovação de tese defensiva somente na tréplica. Dividem-se em duas correntes: **a)** acolhe a inovação em face da plenitude de defesa; ou, **b)** proíbe a inovação por violação ao contraditório do argumento. A **resposta** depende do **enquadramento** da função defensiva. Se o ônus da prova acusatório é o de provar a conduta, independentemente dos argumentos defensivos, a inovação não prejudica ou altera a carga probatória. O argumento da **surpresa** é inválido, basicamente, por dois motivos: **a)** o primeiro é o de que em todos os procedimentos as alegações finais são apresentadas depois da acusação e, nem por isso, cogita-se de surpresa (do contrário, nunca terminaríamos o processo); e, **b)** inexiste regra vedando a alteração da tese defensiva em face do contexto, isto é, a defesa pode modificar a orientação argumentativa no decorrer do plenário, dentro do "jogo limpo";

27) Quesitos (objetivos): Diferente do Júri de outros países, no Brasil, o jurado é convidado a julgar o Caso Penal, nos termos do art. 472, do CPP: "E*m nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça*". Os termos são vagos, justamente pela abertura conferida aos critérios de julgamento entre pares, ao mesmo tempo em que, além de exigir **imparcialidade**, pressupõe "boas razões públicas e democráticas", dentro do quadro de argumentos válidos (aderência ao devido processo), afinal de contas, o Júri está contido no Processo Penal;

"É preciso aceitar que os cidadãos são, por opção constitucional, os juízes do fato nos crimes dolosos contra a vida, e buscar implementar, a partir daí, as medidas necessárias para que exerçam a função com qualidade. Ademais, tanto na escola, como na vida, práticas como fazer anotações, solicitar esclarecimentos com vistas a sanar eventuais dúvidas e dirigir perguntas a quem está a lhe transmitir determinada informação são extremamente naturais e intuitivas. Não são vedadas aos juízes profissionais e não há motivos para que não sejam encorajadas quando o julgamento está a cargo dos jurados. O mesmo se diga da interação potencialmente proveitosa que se verifica em meio a debates entre alunos de uma sala de aula e entre julgadores profissionais com assento em um órgão colegiado. Cabe refletir sobre as razões para não se aplicar a mesma lógica em meio ao sistema de júri brasileiro". **Marcella Mascarenhas Nardelli**

28) Jurados e Controle Efetivo dos Critérios Decisórios: Dividem-se em três correntes; **a**) soberania ilimitada do jurado, porque livre para julgar conforme sua convicção, pouco importando o fundamento e a aderência aos fatos provados; **b)** soberania limitada por critérios lógicos,

válidos e sólidos, exigindo aderência probatória; e, **c)** soberania limitada pelos critérios lógicos e também por fundamento interno ao Direito, vedada a prevalência de preconceitos, crenças pessoais ou argumentos incompatíveis com os critérios normativos, especialmente a violação de **Direitos Fundamentais**. Assumimos que os julgamentos devem observar o Direito Penal de Conduta (não do autor), estar suficientemente provada a imputação, por critérios probatórios objetivos, vedado o uso oportunista de argumentos incompatíveis com os Direitos Fundamentais, especialmente a "**legítima defesa da honra**" (defesa; STF, ADPF 779) e a condenação pelos "**antecedentes**" ou pela "**violência social**"(acusação). É muito comum o Ministério Público preparar a condenação com julgamentos morais da vida pregressa do acusado e seus antecedentes criminais, não raro, valendo-se de "frases de efeito" manipuladoras;

29) Livre Convicção, Responsabilidade pela Fala (Legítima Defesa da honra vedada): A contabilidade mental opera em diversos níveis/camadas, em que o mesmo fato da vida (imputação) promove efeitos/consequências diversas nos jurados (aspectos morais, pessoais, crenças etc.). O livre convencimento, sem motivação racional, enseja que os julgamentos sejam realizados por critérios externos ao Direito, a saber, o acusado pode ser condenado ou absolvido por premissas espúrias. A promessa democrática de que todos seremos julgados pelo que fizemos (direito penal de conduta) e não pelo que somos (direito penal do autor ou da vítima), deixa de ser controlado pela deliberação silenciosa do jurado. O **enquadramento normativo**, com o esclarecimento dos critérios válidos, depende dos agentes processuais e da **responsabilidade pela fala** no espaço público. A limitação do STF (ADPF, 779; Min Dias Tóffoli) quanto ao uso da "legítima defesa da honra", demonstra, de modo correto, que "não vale tudo", nem que se pode aceitar a prevalência de discursos preconceituosos, misóginos, racistas, sexistas, em nome da ampla defesa. Por via de consequência, o Júri não é o equivalente ao "estado de exceção", em que os jurados são "soberanos" e podem decidir conforme bem entenderem. Muito pelo contrário, o julgamento está limitado pelos princípios constitucionais, ao regime da **Boa-fé Objetiva**, dentro do quadro das expectativas de **confiança** depositadas na função dirimente do Poder Judiciário. O Tribunal do Júri opera internamente ao Direito. O juiz deve coibir a instrumentalização oportunista da ampla defesa ou da devida acusação, porque não há Direito Fundamental à manipulação, a saber, ao uso de teses violadoras da dignidade da pessoa humana;

"O propósito do debate forense é conquistar uma vitória verbal contra o oponente impressionando a plateia (ou o árbitro). Isso significa que argumentos falaciosos e ataques pessoais são um bom recurso quando favorecem essa vitória. Em outras palavras, no contexto de um debate, nem sempre um argumento bem-sucedido é um argumento racional do ponto de vista da lógica. *Dar-se a impressão* de ter um argumento racional pode ser uma boa estratégia, mas o importante não é tê-lo realmente. O que importa é vencer o debate. Assim, os padrões do debate forense não representam necessariamente, ou de maneira confiável, bons padrões de argumento racional". **Douglas Walton**

"Não significa, portanto, poder absoluto ou ilimitado dos jurados, o que faria com se tivesse que admitir como válido um julgamento que apresentasse resultado ilegal ou arbitrário". **Gustavo Badaró**

STF, HC 178.777 (Min. Marco Aurélio): "A absolvição do réu, ante resposta a quesito específico, independe de elementos probatórios ou de tese veiculada pela defesa, considerada a livre convicção dos jurados - artigo 483, § 2º, do Código de Processo Penal" (Tema Repercussão Geral 1.087, Min. Gilmar Mendes).

30) Proibições Durante o Debate: Por força do art. 478, do CPP, durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: **a)** a decisão de pronúncia ou das que admitiram a acusação; **b)** uso de algemas como argumento de autoridade; e, **c)** o silêncio do acusado ou a sua ausência. **A nulidade é cominada e deve ser reconhecida**. A pergunta a ser feita é se um acusador ou defensor oportunista, vislumbrando a forte tendência de absolvição/condenação,

STJ, HC 136.171 (Min. Jorge Mussi): "Embora uma das alterações significantes no procedimento do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, com o advento da Lei n. 11.689/2008, tenha sido a proibição das partes se referirem em Plenário à decisão de pronúncia (artigo 478, I, do CPP), é certo que os jurados, caso solicitem, terão acesso aos autos e, consequentemente, à provisional objurgada (artigo 480, § 3º, do CPP), razão pela qual vislumbra-se o risco de influência no ânimo do Tribunal Popular".

plantar o "argumento proibido" durante a réplica para o fim de obter a anulação do julgamento (fará dissimulação de que "se esqueceu", "não fez por querer" etc.). Em casos tais, a defesa ou a acusação pode abrir mão da nulidade, tendo em vista o comportamento de má-fé, ainda que dissimulado, do acusador. Quem opera de má-fé não pode se beneficiar da próprio torpeza;

31) Dominar as Emoções no Plenário: O comportamento é da ordem do momento. Podemos estar convencidos de que não vale a pena, de que precisamos nos controlar, mas, por um **detalhe**, explodimos, derrapamos... já era. Conhecer os nossos marcadores de pressão, evitando túneis de irracionalidade, além do treinamento antecedente, exige a sustentação constante no decorrer da interação. A **pressão do momento**, as armadilhas cognitivas, podem turvar o planejamento e gerar comportamentos trágicos. No Plenário a parte adversa pode conhecer o "calcanhar de Aquiles" da parte contrária, valer-se do contexto e buscar a "perda da estabilidade emocional". Todos nós possuímos pontos fortes e fracos, mesmo que tenhamos dificuldades em reconhecê-los. É sinal de **maturidade** identificar os limites e fraquezas, definindo táticas prévias, porque além de ineficiente, tende a ser manipulado (trouxa que tropeça em seus defeitos);

32) Tração das Teses (Principal e Subsidiária): O planejamento do Plenário pressupõe a hierarquia das teses, ou seja, é arriscado apostar em uma única tese. Além da apuração prévia do **Esquema Decisório** dos 25 jurados sorteados, as reações não verbais durante a produção probatória, o interrogatório e os debates, tendem a exigir ajustes estratégicos. A **defesa** dispõe de mecanismo cognitivo interessante e pouco explorado. Entre o homicídio qualificado e o simples, a diferença de pena é significativa, em geral, mais do que o dobro. Insistir em diversas teses defensivas absolutórias e, ao final, subsidiariamente, argumentar pela exclusão das qualificadoras, além da ausência de tração cognitiva (afinal, no que a defesa acredita), amplia as alternativas de escolha dos jurados. Quanto mais simples a arquitetura da escolha (*Nudge*: sim ou não), menores as chances de erro por parte dos jurados. Então, se houver poucas chances de absolvição, sustentar, desde o início, a condenação no meio termo (homicídio simples), tende a tornar o **Esquema Decisório** dos jurados menos complexo. Faz parte da sabedoria popular que a opção do meio é a mais justa, embora não haja evidências do acerto da proposição (mas opera, por parecer razoável: nem tudo, nem nada: meio termo). A **acusação** também pode agir de modo a pedir a exclusão de alguma qualificadora, demonstrando o interesse em se fazer Justiça. Em todos os casos, o "ajuste" depende da habilidade de leitura dos sinais (*tells*) emitidos constantemente pelos jurados. A perda de sinalizações recorrentes se dá porque não se domina a habilidade ou é desqualificada em nome da razão plena. Os **intervalos** para alimentação, descanso, banheiro, são oportunidades valiosas de constatação das tendências dos

jurados, sem que signifique jogo sujo. O comportamento, o ritmo dos diálogos, com quem está conversando, além do teor dos comentários, são indicadores poderosos do "**termômetro**" das inclinações dos jurados. Impressiona que os agentes fiquem revendo teses em suas mesas, alheios aos movimentos sinalizadores dos jurados. De nada adianta a postura de observação se o agente não domina as habilidades necessárias, isto é, se é incapaz de entender os sinais cifrados do contexto. Existem profissionais treinados na leitura de sinalizadores não verbais operando exclusivamente na observação discreta dos jurados, cuja função é a de verificar o impacto cognitivo e sugerir "ajustes" argumentativos diante das reações observadas em cada jurado individualizado;

"O presente trabalho, nesse sentido, estabelece uma relação entre a forma de construção discursiva e o conceito de jogos e prevê a consequente aplicação da teoria dos jogos no contexto do Tribunal do Júri como mecanismo de compreensão e ao mesmo tempo mecanismo norteador da atuação principalmente da defesa e da acusação em plentário, mas também de como os demais participantes devem enxergar o jogo a partir das decisões a ser tomada e para além das performances apresentadas". **Fabiana Silva Bitterncourt**

33) Comparação de Vidas (acusado e vítima): A tese da comparação das diversas vidas do acusado e da vítima, muito realizada nos plenários, depende da possibilidade de produzir efeito nos jurados, razão pela qual o mapeamento do perfil de cada um dos 25 (vinte e cinco) jurados é fundamental. A condição da decisão dependerá do **enquadramento** hierárquico da questão na contabilidade mental dos jurados, ou seja, se na categoria "injustiça" ou "justiça". Os jargões de presente e passado, embora "surrados", ainda servem como argumento retórico ao corpo de jurados. Também opera a construção de cenários, a referência aos familiares eventualmente presentes no plenário (o eterno jogo entre o passado, presente e futuro). Precisamos realmente condenar o acusado? Os efeitos atuais – se preso preventivamente pode ser usado pela defesa – incrementando com defasagens familiares aos filhos e parentes presentes ou não;

34) Defesa Direta do Acusado: Ao lado da defesa técnica, o acusado também pode apresentar sua versão no interrogatório judicial. Aliás, se alguma tese defensiva não for explorada no debate pelo defensor, mesmo assim o juiz deverá incluir na quesitação. Se o acusado suscitar tese vedada, p.ex. "legítima defesa da honra", o juiz deve orientar os jurados da invalidade do argumento para fins de deliberação sobre a atribuição de culpa;

35) Aparte: O aparte é a possibilidade de intervenção durante o discurso do oponente, com a finalidade de esclarecer ou de se opor (CPP, art. 497, XII – Durante os debates, a parte que não estiver com a palavra poderá conceder ou, em caso negativo, requere-la ao juiz). O objetivo declarado é o de elaborar questionamento, promover retificação, acrescentar observação de ponto relevante ou apontar o erro do orador. O objetivo tático é o de cortar o ritmo do orador, promover alterações de sentido e/ou desestabilizar o opoente. Não há direito subjetivo ao aparte e o uso depende do contexto (CPP, art. 497, XII). Se solicitado e negado, ao requerer o deferimento ao Juiz, normalmente, o solicitante, em geral, "embute" o conteúdo do aparte nas razões do pleito, operando de modo oportunista. Deve ser usado com moderação, , dado o risco de fomentar

"A experiência ensina que não se deve apartear: – o aparte estimula o adversário, dá vivacidade ao seu discurso, tira a monotonia da exposição que algumas vezes já ia enfadando os ouvintes. Quanto aos apartes contrários, se eles são importunos ou são dados despropositadamente, com o objetivo de perturbar ou de roubar o tempo da defesa, quem não os dá pode exigir reciprocidade, não os receber, não os aceitar e se houver insistência, pedir ao juiz que lhe garanta a palavra". **Evandro Lins e Silva**

AgRg Resp. 122.969 (Min. Rogério Schietti Cruz): "A discussão em torno da supressão dos apartes, que no caso ocorreu em desfavor tanto da acusação quanto da defesa, não enseja nulidade de natureza absoluta, visto não se tratar de direito indisponível e irrenunciável do réu. As partes devem sempre atuar em cooperação com o Juízo, principalmente no que diz respeito à utilização adequada dos institutos processuais disponíveis".

o discurso do adversário, demonstrar falta de cordialidade, bem assim causar má impressão nos jurados.

36) Falácia, Retórica e Oportunismo: O Ministério Público poderá requerer a absolvição, não sendo obrigado a sustentar a condenação em plenário. O pedido de absolvição pode ser uma forma de ganhar, quando a prova não for "boa" ou o contexto for desfavorável. O que não pode fazer é se transformar em testemunha surpresa de acusação, a saber, em fonte de prova (por ouvir dizer), lançando mão de recurso falacioso do "**argumento de autoridade**" vedado pelo art. 478, I, do CPP, verdadeiro *doping*, conforme artigo com *Aury Lopes Jr.* O rol do art. 478 deve ser interpretado pelo critério da **Boa-fé Objetiva**, ou seja, é meramente exemplificativo. Tomando-se por *base* o art. 478 e seus incisos, a expressão *de autoridade* deve ser compreendida por aquelas decisões proferidas por uma *autoridade jurisdicional* (juiz ou tribunal), que seja apta a exercer indevida influência na cognição dos jurados, retirando a imparcialidade do conselho de sentença. O argumento de autoridade é sempre uma afirmação, com pretensão de imposição de uma verdade dada, calcada na legitimidade e presunção de confiabilidade atribuída ao emissor. É o apossamento, pela parte, de determinado argumento, eliminando o interlocutor adversário, tido como não sério (quem contesta a verdade dada é desqualificado). No Plenário, as partes buscam se "aliar" aos argumentos de autoridade da doutrina e jurisprudência a todo o tempo. A vedação direta é da referência ao conteúdo das decisões "do caso em questão" (outros casos podem ser citados). O argumento de autoridade exclui a possibilidade de democracia processual, da diferença, pois impede qualquer diálogo (coloca ponto final: Tenho dito). No ambiente do plenário do Júri a postura da acusação que se vale do lugar de promotor para atestar, como se fosse fiador, da certeza da conduta, demonstra que o acusador não joga limpo, porque precisa lançar mão do seu testemunho, em acréscimo, para garantir a prova que não possui. Em última análise, trata-se de afirmativa que somente encontra '**poder de convencimento'** a partir da autoridade de quem a profere. Pode se valer da afirmação genérica de que "somente pede a condenação quando tem certeza, pois em vários casos pediu a absolvição e que o juiz presidente seria testemunha desse fato". Eis uma situação cada vez mais comum no Júri, criada nitidamente de forma a reforçar a autoridade não *apenas* da decisão, mas também com o escopo de dar credibilidade à acusação, de forma a violar a paridade de armas (mas não só). É uma modalidade de *doping* processual, dado que o acusador vira testemunha indireta do crime. A situação é ainda mais sensível se considerarmos que o conselho de sentença é formado por leigos, pessoas sem conhecimento jurídico (e mesmo do processo em julgamento) e que, no ritual judiciário, sentem-se intimidadas pelas 'autoridades' que ali estão, ainda mais com a ostentação do medo prevalente. É elementar que, para o leigo, as figuras do Juiz de Direito e do Promotor de Justiça exercem, na dimensão do simbólico, uma grande e

inegável influência na tomada de decisões. Nesse campo, o discurso feito pelo Promotor no plenário, invocando ainda o 'testemunho-aval' do juiz (que balança a cabeça confirmando; ou fica em silêncio, por não contestar), produz um estrago imenso na produção da decisão pelos jurados leigos (funciona como um *Nudge*). E mesmo que não invocasse o testemunho do juiz, ele é uma 'autoridade' aos olhos dos jurados, espaço jamais ocupado pela defesa. A liderança exercida pelo Juiz, e, também, pelo Promotor de Justiça, no julgamento, é inegável. A credibilidade simbólica de suas falas está legitimada pelo 'espaço público' que ocupam, fazendo como que a defesa (espaço do privado), sempre esteja em desvantagem no terreno da credibilidade e da confiança dos jurados. O discurso da 'verdade' tem como legítimos detentores (para os jurados leigos) o Juiz e o Promotor de Justiça, nunca a defesa (comprometida com o acusado e, portanto, desacreditada desde sempre). É por isso que no Tribunal do Júri existe tanta preocupação com os 'argumentos de autoridade' e demais práticas que a ele remetam os jurados. A defesa inicia sempre em desvantagem no ritual do tribunal do júri, correndo atrás de uma credibilidade e autoridade que não lhe é dada, senão que deve ser construída, ao passo que o Juiz e o Promotor de Justiça estão, desde sempre, legitimados. Portanto, a afirmação do Promotor de Justiça de que "somente pede a condenação quando tem certeza" e de que o juiz-presidente seria testemunha disso (o que não foi rebatido pelo juiz, logo, confirmado), tem uma imensurável capacidade de aprisionamento psíquico do jurado leigo e contaminar o *fair play*, claro que em nome do Bem, do Justo, da Segurança Pública. A autoridade desse argumento é plena e 'aprisiona' o jurado também pelo não-dito, ou seja: "quando tenho certeza de que alguém é inocente eu peço a absolvição; logo, a contrário senso, quando eu não peço a absolvição (ou peço a condenação), é porque com certeza é culpado". E tudo isso com o testemunho-aval do Juiz. Em última análise, quando o Promotor se vale desse poderosíssimo argumento de autoridade, com o aval (agravante) do Juiz, gera uma compressão do espaço decisório do jurado leigo, que não vislumbrará outra resposta senão a de corresponder à expectativa criada pela 'autoridade', a qual ele, inconscientemente, já está aprisionado desde sempre. Inegavelmente está comprometido o julgamento. Dessarte, devemos dar mais atenção ao sensível espaço ritual do Tribunal do Júri, para evitar o (ab)uso dos argumentos de autoridade, pois ainda que nenhuma autoridade tenha no argumento, aos nossos olhos, é nos jurados que exercerão uma imensa e negativa influência. Os jurados devem decidir com base nas provas, evitando-se esses instrumentos aprisionadores do espaço decisório, que acabam por constranger a própria decisão, ao tornarem o Promotor e o Juiz em fiadores de uma verdade apresentada por uma das partes. O uso retórico de **falácias**, dentre elas a do **argumento de autoridade**, deve ser prontamente **objetado** pelas partes e punido pelo magistrado.

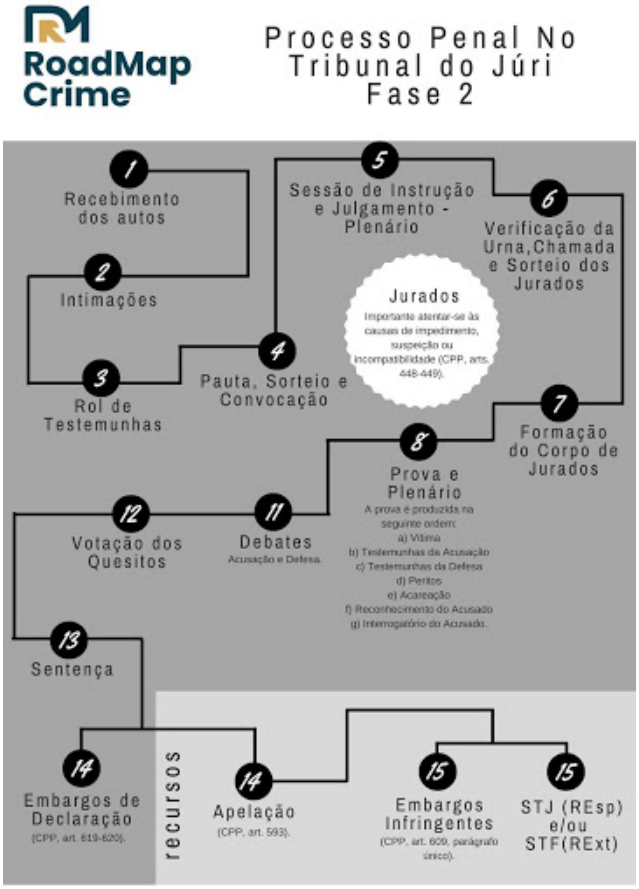
37) Comportamento Agressivo do Agente *Troll*: Podem comparecer agentes cujo perfil é o de causar colisões, confusões, agitações, com o fim de criar atmosfera de rivalidade, banhada por mentiras, cinismo, insultos, afrontas, cinismo e escárnio. A tática do medo, da agressividade, do ataque contínuo e ríspido, é muito arriscada, especialmente se o juiz tiver equilíbrio emocional, contornando a situação e recomendando aos jurados que desconsiderem o argumento e o comportamento;

38) Quesitos: Os **quesitos** são formulados em série, ou seja, para cada acusado e cada imputação, votados de maneira separada, na sala secreta, em sequência, na ordem cronológica do art. 483, do CPP:

> "I – a materialidade do fato;
>
> II – a autoria ou participação;
>
> III – se o acusado deve ser absolvido;
>
> IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
>
> V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação;
>
> § 1° A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado;
>
> § 2° Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?
>
> § 3° Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:
>
> I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
>
> II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação;
>
> § 4° Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso;
>
> § 5° Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito;
>
> § 6° Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas".

39) Sigilo das Votações: O **sigilo** das votações é garantido pelo atual regime processual. Encerrados os debates, o juiz conduzirá os jurados para sala especial onde serão apurados os votos (CPP, art. 485), garantindo-se a tranquilidade da deliberação, momento em que serão disponibilizadas duas cédulas (*sim* e *não*), distribuídas para que o jurado possa colocá-las nas urnas. O julgamento acontece, em geral, por sujeitos sem a vivência de tomada de decisão. Por isso, quando aptos, devem ser transferidos

para a denominada "sala secreta", onde terão, em princípio, tranquilidade de votação, na presença das partes e sob a presidência do magistrado. O objetivo é evitar a pressão do auditório e de terceiros, sem que a plateia – incluídos familiares e amigos do acusado e/ou vítima – possa realizar atos de pressão simbólica, física ou mesmo manifestações gerais de apoio a qualquer uma das teses. A quesitação será sequenciada e, com isso, o ânimo do jurado poderia ser prejudicado em face das mais variadas manifestações. Apresentado o **quesito** – votados separadamente –, sem intervenção dos jogadores, nem sugestão do magistrado, este instruirá o oficial de justiça que passe com a primeira urna, na qual será depositado o voto válido. Em seguida, passará nova urna para devolução da cédula descartada. Assim, como as cédulas *sim* e *não* são iguais, não se sabe qual o conteúdo do voto (CPP, art. 487). A primeira urna, com as cédulas válidas, será aberta, contando-se os votos até se obter a maioria (4 votos). Obtida a maioria dos votos, isto é, 4 (quatro), não serão mais abertas as demais cédulas, evitando-se, com isso, a existência de unanimidade, porque se todos fossem abertos e estivessem iguais, o sigilo não aconteceria. (CPP, art. 489). Entretanto, aqui se instaura impasse bem explicado por *Fernanda Mambrini Rudulfo*: *"Mas será possível que uma apertada votação por 4×3 (que não está descartada nem mesmo quando ocorre uma condenação por 4×0, eis que não se sabe o teor dos demais votos) afaste a presunção de inocência de alguém? Transformando-se a votação por maioria em percentual, obtemos aproximadamente 57,14%.* ***Ter 57,14% de convicção de que alguém é culpado é a certeza que se espera para a prolação de uma sentença condenatória?*** *Certamente não. Se esse mesmo percentual fosse a convicção de um juiz togado quanto à prática de um crime não doloso contra a vida, caracterizar-se-ia como a dúvida que obriga (frise-se: não permite, obriga) à absolvição. Por que no Tribunal do Júri a presunção de inocência haveria de ser mitigada?"* Prevalece sem maiores considerações a plena possibilidade. Pelo que assumimos sobre **probabilidade** e **distribuição de riscos**, aceitar como válido, o veredicto com 42,86 % de erro, é incompatível com a Presunção de Inocência. Enfim, as condenações por 4x3 aceitam a condenação do acusado com 57,14% de certeza e 42,86% de dúvida. É a hipótese de absolvição por não superar o *standard* probatório, mesmo o subjetivo da dúvida razoável. Ademais, como o voto é sequencial, aqui pode incidir a sorte. Isso porque se três jurados votaram pela ausência de autoria, mas retiradas ao acaso, podemos ter, no quesito, tanto 4 x 0, como 4 x 3. O impacto da votação sem voto divergente pode, diante das heurísticas apresentadas (disponibilidade e representatividade), ter efeito nos demais quesitos. Uma vez mais o fator sorte se apresenta. E tem gente que finge que isso não existe no jogo processual;



Você encontrará os mapas completos acessando o QRCode do início de cada item

40) Jogo Argumentativo: A persuasão, as táticas agressivas, falácias, estéticas, desfilam com todo o vigor no Plenário do Júri**.** A maneira como a acusação/defesa apresentam os argumentos, a contaminação de sentido que promove no corpo de jurados, será o fator decisivo. Enfim, joga-se muito com as artimanhas da linguagem e os regimes de verdade, como bem demonstrou *Fabiana Bittencourt*. Joga-se com argumentos no **Plenário do Júri**. A estratégia deve inserir o fator humano no contexto de cada interação processual, especialmente o conteúdo variado do **Esquema Decisório** dos jurados. E as variáveis são múltiplas. Além disso, quando se trata de Tribunal do Júri, a questão é ainda mais complicada, justamente porque a pretensão de validade é (ou não) confirmada pelos jurados, em geral não formados em Direito. Nisso, o regime de verdade, tão bem alinhado com *Michel Foucault*, encontra camadas de convencimento, em jogos de linguagem, sem verdade transcendente. Parte-se, então, da superação da verdade real para se colocar a linguagem no centro do processo penal e da deliberação do corpo de jurados. Antes de sublinhar a aplicação da Teoria dos Jogos, Fabiana Bittencourt, faz o resgate dos alicerces democráticos da instituição Tribunal do Júri, apontando, no

Brasil, as vicissitudes de um modo aparente de participação do povo nas condenações de crimes de sangue. Superada a discussão sobre o regime de verdade contingente no Tribunal do Júri, de modo inovador, apresenta um esquema de atuação que leve em consideração, no momento do julgamento em plenário, a importância da teoria da informação. Quanto mais a informação for assimétrica, mais a sorte será o fator decisivo. Daí que se preparar para o dia do julgamento, com a ampliação do domínio do **Esquema Decisório** dos jurados sorteados e as expectativas de comportamento decisório, a eleição da estratégia adequada passa a ser um ganho técnico. Os agentes processuais devem, a partir dos jurados que estão convocados e não dos que desejam, eleger as táticas argumentativas factíveis e aderentes ao corpo de jurados singular, com tração suficiente à obtenção do objetivo. Trata-se de um modo inovador de se preparar para o julgamento, com certa capacidade de customização, bem assim de profissionalização do ambiente do júri, em que o fator sorte poderá comparecer, mas com seu fator de impacto mitigado. O que se deve buscar é o argumento que possa obter o "*plot point*", a saber, o momento de virada em que o jurado passa a acolher a tese apresentada (se convence). Os pequenos detalhes podem fazer toda a diferença (efeito borboleta), desde vestimenta, argumentos, tom de voz, linguagem corporal. Dentro e fora do *fair play*, são usados os blefes, trunfos, truques, ameaças e falácias. Deve-se buscar informações qualificadas sobre o **Esquema Decisório** dos jurados sorteados, desde investigações maiores até uma simples consulta no G*oogle* ou F*acebook*. Com isso, obtém-se informação qualificada quanto às expectativas de comportamento em face do caso penal. Em casos de violência doméstica, por exemplo, a depender do lado em que se está, a rejeição de homens e de mulheres pode ser uma tática consistente. De outro lado, em casos de crianças vítimas, por exemplo, saber se o jurado é pai/mãe, avó/avô, mostra-se relevante (efeito empatia). Assim é que o manejo das jogadas, das táticas, dos blefes, ameaças, truques, especialmente no modo como os argumentos são construídos, será o foco do plenário. Ao Juiz cabe controlar o jogo limpo, embora não tenha condições e muitas vezes disposição para manter a atenção em face da duração e repetição de argumentos, ligando, não raro, o piloto automático;

"A *falácia 'de ignoratio elenchi'*, também denominada *falácia da conclusão não-pertinente* ou *falácia de ignorância da questão*, ocorre quando um argumento é conduzido de maneira que prove uma conclusão errada ou não-pertinente. O argumento pode ser válido, mas o problema é que se afastou da questão (falta de pertinência – ver regra 5 [As falhas de pertinência incluem: apresentar a tese errada, desviar-se do ponto a ser provado, responder à pergunta errada num diálogo]). Por exemplo, num processo por assassinato, a acusação pode argumentar com sucesso que o assassinato é um crime hediondo. Essa linha de argumentação pode ser emocionalmente eficaz, mas é um diversionismo, já que a obrigação do promotor é provar que aquele réu específico é culpado do assassinato. [...] Quando um argumentador se afasta demais da obrigação de se ater à questão da disputa, ele pode (e deve, em muitos casos) sofrer a objeção por não-pertinência". **Douglas Walton**

"A falácia *argumentum ad baculum* (apelo à força) ocorre quando um participante recorre à força ou à ameaça (intimidação) para impor sua conclusão sem ter apresentado argumentos adequados para sustentá-la. O *argumentum ad misericordiam* é o apelo à piedade, e o *argumentum ad populum* é o apelo às emoções, ao entusiasmo ou aos sentimentos coletivos de uma plateia. Essas duas formas de apelo emocional são consideradas falácias quando o participante as usa para impor uma conclusão sem que tenha cumprido a obrigação de justificá-las através de provas fortes e pertinentes ao ônus da prova. O apelo emocional é usado para disfarçar a falta de provas sólidas a favor de uma alegação quando umas dessas falácias é perpetrada". **Douglas Walton**

41) Nulidades: As nulidades deverão ser arguidas (CPP, art. 571): **a)** durante a primeira fase até o prazo do art. 411, § 4º, do CPP (pronúncia); **b)** as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (CPP, art. 463 c/c art. 571, V); e, **c)** as ocorridas no plenário devem ser arguidas imediatamente;

C – Controvérsia:

1) Abandono de Plenário (efeitos e sanções): O **abandono de plenário**, quer pelo acusador ou pelo defensor, em geral acontece por divergência (verdadeira ou fingida) sobre o conteúdo das decisões do Juiz e funciona como jogada tática para finalizar um julgamento

tendencialmente de resultado adverso. Trata-se de tática altamente reprovável e arriscada, de perdedores. Cada irresignação dos jogadores pode se fazer constar em ata, manejando-se recursos oportunamente. Abandonar o plenário é ato, em regra, que demonstra a incapacidade do jogador e deve ser sancionado no respectivo órgão de classe, com a imposição de multa (CPP, art. 265), bem assim condenação pelas despesas. Além de turvar a reputação de quem corre do jogo;

STJ, RMS 54.183, Min. Ribeiro Dantas: "2. O "Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela constitucionalidade do art. 265 do CPP, cuja aplicação não acarreta ofensa ao contraditório e à ampla defesa, mas representa, isto sim, estrita observância do regramento legal". (AgInt no RMS 58.366/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/03/2019, DJe 25/03/2019). 3. A Quinta Turma tem rechaçado a postura de abandonar o plenário do Júri como tática da defesa, considerando se tratar de conduta que configura sim abandono processual, apto, portanto, a atrair a aplicação da multa do art. 265 do Código de Processo Penal. Precedentes. 4. A punição do advogado, nos termos do art. 265 do Código de Processo Penal, não entra em conflito com sanções aplicáveis pelos órgãos a que estão vinculados os causídicos, uma vez que estas têm caráter administrativo, e a multa do Código de Processo Penal tem caráter processual. Ademais, o próprio texto da norma ressalva a possibilidade de aplicação de outras sanções. Recorde-se que o reconhecimento de que os advogados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública exercem funções essenciais à Justiça não lhes outorga imunidade absoluta. As instâncias judicial-penal e administrativa são independentes".

2) Prisão Automática: É incompatível com o regime democrático a prisão automática (CPP, art. 492, "e") em face da pena maior de 15 (quinze) anos (vide item 13.1);

3) Comparecimento Parcial do Acusado Solto: Enquanto os jurados estão deliberando na sala secreta, diante da expectativa de prisão (por ser a pena maior de 15 anos), pode o acusado solto ausentar-se do plenário, ou seja, "fugir circunstancialmente"? Não há previsão legal, ainda que seja conduta reprovável. Se efetivada, pode render ensejo à prisão preventiva para garantia da aplicação da lei penal. Mas não é infactível;

D – Estratégia:

1) Teoria do Caso: A elaboração de relatório robusto da Teoria do Caso, mapeando as oportunidades probatórias, o roteiro das perguntas, os pontos fracos e fortes, além do perfil dos agentes processuais em especial os jurados, deve ser levado a sério de modo organizado. Além disso, o **Equema Argumentativo** das partes pode ser estimado diante do histórico próprio e dos demais casos na comarca;

2) Investigação Defensiva: A produção de iniciativa probatória pela defesa amplia o horizonte de oportunidades. Serve para identificar novas oportunidades e também para checar a validade da prova encartada;

3) Tecnologia: A utilização de recursos tecnológicos e/ou visuais melhora a qualidade da cognição, motivo pelo qual estão cada vez mais sendo manejados, desde que validados cientificamente e compatíveis com a estratégia definida (óculos 3D, reconstrução da cena, da prova testemunhal etc.).

17.8 Exceções e Questões Processuais

A – Definição:

As exceções são defesas indiretas (incidentes) que atacam matérias vinculadas aos pressupostos processuais ou às condições da ação (CPP, art. 95). Podem ser "dilatórias" (impedimento, suspeição e incompetência) ou "perempetórias" (coisa julgada, litispendência ou ilegitimidade de partes).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Defesa Indireta: Modalidade de defesa indireta, visam atacar aspectos relativos aos pressupostos processuais e às condições da ação (CPP, art. 95). Podem ser **opostas por qualquer das partes**, deduzidas com as razões correspondentes. A boa técnica indica o enfrentamento por petição autônoma, autuada em apartado, no prazo da defesa preliminar (CPP, art. 396-A). Aceita-se, em geral, a oposição por meio de preliminar nas manifestações judiciais, com o risco de não serem conhecidas, salvo nas de ofício (CPP, art. 109). A invocação posterior deve ser justificada, demonstrando-se a boa-fé em face do desconhecimento justificado da situação. Podem ser:

a) dilatórias: buscam o afastamento do magistrado ou do Juízo (suspeição/impedimento ou incompetência), sem extinção do processo;

b) peremptórias: buscam a extinção do processo (litispendência, coisa julgada, ilegitimidade de parte).

2) Exceção de Suspeição ou Impedimento: É a primeira a ser oposta, porque a deliberação das demais depende da imparcialidade do julgador. No prazo de resposta ou quando ciente dos motivos (CPP, art. 252-254), em petição subscrita pela parte ou por procurador com poderes especiais (CPP, art. 98), serão deduzidos os motivos, com a juntada dos respectivos documentos. O juiz, acolhendo as razões, mandará os autos ao substituto legal (CPP, art. 99) e, caso rejeite, mandará autuar em apartado, oferecendo resposta em 3 (três) dias, com documentos e testemunhas (se for o caso), remetendo ao órgão recursal. A exceção de suspeição/impedimento deve ser julgada pelo órgão *ad quem* (CPP, art. 110). O Tribunal poderá rejeitar liminarmente a arguição ou determinar o processamento, com ou sem suspensão do processo em primeiro grau. Em seguida, profere decisão colegiada. Caso acolha, afastará o juiz e anulará os atos decisórios, condenando-o nas custas. Na hipótese de rejeição, o juiz permanece no caso. Verificada a "malícia" (má-fé) do excipiente, pode ser condenado ao pagamento de multa (CPP, art. 101). A parte adversa pode reconhecer a arguição e sustar o trâmite do processo (CPP, art. 102). Nos Tribunais a dinâmica é regulamentada pelo art. 103 do CPP, acrescida das regras regimentais;

3) Suspeição do Ministério Público, Peritos, Jurados e demais Servidores: A exceção será oposta e julgada pelo Juiz Natural (CPP, 105-106), aplicando-se as disposições procedimentais dos magistrados. Embora o art. 107, do CPP, exclua a autoridade policial, caminha-se, em nome dos princípios da administração pública, no sentido da aceitação, afinal de contas, deve existir controle sobre a impessoalidade de todos os atos estatais;

STJ, Súmula 234: "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia".

4) Incompetência do Juízo: A Exceção de Incompetência discute a fixação do **Juiz Natural** (CPP, art. 108-109). A compreensão que o julgador

tiver sobre competência, a saber, se acolhe, ou não, a distinção entre competência absoluta ou relativa, dependerá de arguição das partes. A corrente **dominante** entende que, se não for excepcionada pela parte, no prazo da resposta, a matéria está preclusa, com a **prorrogação** da competência. A posição **minoritária** (por nós assumida) defende que o Juiz Natural é Norma *Standard* (constitutiva) do Devido Processo, estando o juiz autorizada a declinar a qualquer tempo (de ofício ou por provocação). Pode-se, ainda, instaurar-se **Conflito de Competência** (positivo ou negativo) perante o Tribunal correspondente. Aos que adotam a distinção entre competência absoluta e relativa, somente no caso de absoluta os atos decisórios serão nulos, enquanto na relativa, poderão ser validados (CPP, art. 567). Acolhida, o processo é remetido ao Juízo competente, onde os atos poderão ser ratificados (CPP, art. 108) e cabe Recurso em Sentido Estrito (CPP, art. 581, II). Desacolhida a exceção de incompetência, cabe *habeas corpus* (CPP, art. 648, III) se o prejudicado for a defesa;

5) Coisa Julgada e Litispendência: A **Coisa Julgada** e a **Litispendência** se aproximam pela **identidade** de condutas, imputações e agentes processuais (CPP, art. 95, V e III). Enquanto a Coisa Julgada garante a proibição de dupla persecução (*Ne bis in idem*), porque o Caso Penal já foi dirimido, a litispendência incide em duas ações penais ainda não julgadas e com identidade de acusado, objeto e imputação. Discute-se também a aplicação na hipótese de ações penais e/ou investigações preliminares tendo o mesmo objeto, uma vez que o Estado não pode estar, ao mesmo tempo, investigando e acusando (não se confunde com diligências complementares, atividade lícita). Acolhida, extingue-se o processo (Coisa Julgada) ou o processo mais recente (Litispendência);

6) Ilegitimidade de Parte: O exercício do direito de ação vincula-se à condição de legitimidade e aos poderes de estar em Juízo (*ad processum* ou *ad causam*). O acolhimento leva à extinção do processo, com a declaração de nulidade da ação penal e de todos os seus efeitos;

C – Controvérsia:

1) "Cooperar e Conviver" ou "Romper e Enfrentar": A estratégia judicial em tribunais/julgadores desprovidos de imparcialidade pode ser a mesma indicada por *Jacques Vergès*, a saber, em vez de "cooperar e conviver", adotar a estratégia de "romper e enfrentar". O romper e enfrentar parte do não reconhecimento da autoridade do julgador, por meio de táticas de combate (hostis) a ordem estabelecida (parcial). A atitude defensiva e do acusado passa a ser a de deslocar o foco da acusação para o campo da ausência de imparcialidade (objetiva, subjetiva ou cognitiva). A estratégia é arriscada, *prima facie*, justamente porque afronta o Poder Judiciário como um todo, devendo-se tomar o cuidado de situar o julgador que não se reconhece, fortemente alicerçada em razões públicas e prováveis, sob pena de rebote avassalador. Entre convivência e

ruptura, a estratégia judicial em casos de dúvida quanto à imparcialidade do julgador pode ser a única via, tendo em vista que o acusado já larga condenado, especialmente nos casos de *Lawfare*;

D – Estratégia:

1) Risco, Planejamento e Documentação: O uso da modalidade de defesa indireta depende da estratégia do agente processual e, especialmente, do momento processual da sua invocação, dado que pode ensejar a percepção adversa de procrastinação ou mesmo o "efeito rebote" (no caso presente ou nos futuros). Em qualquer hipótese, deve ser deduzida em face de argumentos sólidos, devidamente corroborados por elementos probatórios (boa-fé).

17.9 Questões Prejudiciais

A – Definição:

É a questão controversa (prejudicante) sobre elemento constitutivo do crime (prejudicado), cuja decisão constitui-se como antecedente lógico (condição) à análise do mérito (caso penal).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Fundamento e Dinâmica: A funcionalidade é a de reconhecer a necessidade de decisão antecedente. A decisão de mérito sobre a configuração da infração penal pode depender de questão necessária e logicamente prévia, da competência, ou não, do juiz criminal. O regime penal se comunica com os demais campos do direito. As partes ou o Juiz, de ofício (CPP, art. 94), podem estabelecer a questão controversa/prejudicial (p.ex: a propriedade da coisa no furto; a exceção da verdade nos crimes de calúnia, o crime antecedente na lavagem de dinheiro, o estado civil na bigamia; o crédito tributário nos crimes vinculados etc.). O objetivo é o de **evitar decisões contraditórias** e também o de preservar a competência de cada órgão jurisdicional (homogêneas ou heterogêneas ao Direito Penal);

2) Homogênea e Heterogênea: Podem ser: a) homogêneas ao Direito Penal: a decisão depende do julgamento de outra questão penal, a ser dirimida pelo mesmo juízo (conexão; CPP, art. 78) ou por juízos diversos (dentro do âmbito criminal); **b) heterogêneas ao Direito Penal**: quando forem questões cíveis, administrativas, tributárias etc., estranhas à competência do julgador penal, divididas entre: **b1) obrigatória**: sobre o estado civil das pessoas (nacionalidade, estado civil, filiação, gênero etc.), cuja decisão será exclusiva do juízo cível; e, **b2) facultativa**: sobre questões de posse, propriedade, administrativas, comerciais etc., desde que: **i)** seja de difícil solução; **ii)** não verse sobre direito cuja a prova a lei civil limite; e, **iii)** tenha já sido proposta ação para dirimi-la. Os

requisitos são sucessivos e caso não haja ação, deve o julgador enfrentar a questão. Em ambos os casos, a decisão determinará a suspensão do prazo prescricional (CP, art. 116, I), sem prejuízo da produção das provas urgentes (CPP, art. 92);

3) Dinâmica: Na suspensão facultativa, não há prazo definido de suspensão, adotando-se, em regra, a anual. Decorrido o prazo, o juiz pode renová-lo ou assumir a decisão incidental da controvérsia. A decisão do Juiz Cível vincula o Juiz Criminal. O STF aplica a disposição do art. 116, I, do CP, para o fim de suspender a prescrição nos casos de Repercussão Geral;

4) Processamento: Decisão judicial que repute séria e fundada a controvérsia sobre o estado civil das pessoas (nacionalidade, estado civil, filiação, gênero, etc.). Se for crime de ação pública, o MP deverá promover a ação respectiva. Suspende-se a prescrição (CP, art. 116, I);

5) Impugnação: Da decisão que nega, não há previsão de recurso, devendo a defesa se valer de HC ou MS ou suscitar quando do recurso de apelação. Da decisão deferindo, cabe RESE (CPP, art. 581, XVI);

6) Ministério Público: O Ministério Público proporá ou intervirá no processo cível com o fim de resguardar o interesse público na solução da controvérsia (CPP, art. 92, parágrafo único);

C – Controvérsia:

1) Crimes Tributários e Direito Administrativo: Controvertida nos casos de crimes tributários (STF, Súmula 24) e na hipótese do deferimento de tutela de urgência ou anulatória já julgada em favor do acusado/contribuinte, mas na pendência de recurso. O risco da decisão sem deliberação do Juízo heterogêneo é a confusão decorrente de decisões contraditórias. Exemplificativamente, nos casos em que se discute a "legalidade" de licitações, contratos públicos, autuações fiscais, enfim, toda gama abarcada pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), mostra-se desarrazoado que o juiz criminal decida sobre a regularidade do ato administrativo, objeto de outra ação própria, justificando-se a suspensão do processo por prejudicial externa;

D – Estratégia:

1) Estimar os Efeitos Práticos: Do ponto de vista tático, depende de cada caso penal e da dinâmica do jogo. Invocar-se prejudicial heterogênea facultativa, desprovida de **razões fortes e críveis**, pode levar à aversão do julgador em face da aparência de procrastinação. O inventário preliminar do contexto processual é relevante, especialmente do perfil do julgador. O manejo da tática de suspensão do processo, por prejudicial externa (CPP, art. 92 e 93), demanda análise global, porque a prescrição resta suspensa (CPP, art. 116, I). Se as chances no cível forem robustas, vale a pena aguarda. Se forem pequenas, o julgamento criminal pode ser uma oportunidade.

SENTENÇA

SENTENÇA PENAL

< Capítulo 18 >
Sentença Penal

A – Definição

É o ato jurisdicional (motivado e fundamentado) pelo qual o juiz determina o resultado da interação processual: extingue, absolve ou condena.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Decisões: A **Jurisdição Penal** opera por "despachos", "decisões interlocutórias" (terminativas e não terminativas) e "sentenças" (condenatórias e absolutórias: próprias e impróprias). Os **despachos** promovem o impulso do processo. As **decisões interlocutórias** analisam questões relevantes (exigem motivação e fundamentação): **I)** "**simples**" (probatórias, incidentais etc.); e, **II)** "**mistas**" (admissibilidade ou rejeição da denúncia ou queixa, absolvição sumária, pronúncia, desclassificação etc.). As **sentenças** podem ser: **a) terminativas** por extinção em análise do mérito (CPP, art. 61 e CP, art. 107); **b**) **homologatórias** (Justiça Negocial); **c) absolutórias** (própria ou imprópria: aplica medida de segurança, se for o caso); e, **d) condenatórias**.;

2) Motivação e Fundamentação (CPP, art. 315, § 2º): A "cultura da motivação" ganhou o reforço do art. 315, § 2º, CPP (associada ao disposto no art. 489, § 2º, do CPC, conforme trabalhado no decorrer do Guia). A decisão será **nula** se não atender aos seguintes requisitos (algoritmo da decisão):

a) não estabelecer a **relação** (nexo lógico e racional) entre os fundamentos normativos utilizados e o Caso Penal singularizado (inciso I);

b) empregar conceitos jurídicos indeterminados sem a definição de seu conteúdo e, também, a demonstração do **motivo** (nexo lógico e racional) ao Caso Penal singularizado (inciso II);

c) adotar **motivação genérica** (serve para todos os casos), sem inferência lógica ao Caso Penal singular (inciso III);

d) deixar de rejeitar motivadamente os argumentos suscitados em contraditório (dever de não surpresa), capazes de infirmar a conclusão adotada pela decisão (inciso IV);

e) basear-se em Precedente (não é mero julgado) ou Súmula, sem a demonstração do nexo (lógico e racional) da *"ratio decidendi"* e o Caso Penal sob análise (inciso V); e,

CPP, art. 315, § 2º: "§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

CPC, art. 489, § 2º: "No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

"A fundamentação pode estar baseada somente em motivos de direito, em motivos de fato, ou em ambos os suportes. Motivar é dizer quais as bases fáticas e/ou de direito que permitem a fundamentação, ou seja, a explicação racional da decisão. Somente a motivação, sem uma fundamentação, uma explicação racional que possibilite o entendimento, que permita a sua compreensão, não satisfaz o conteúdo do art. 93, IX, da CF"). **Nereu José Giacomolli**

f) rejeitar a incidência de **Súmula, Jurisprudência** ou **Precedente** (com efeito vinculante), sem a demonstração da **distinção** (entre o paradigma e o Caso Penal) ou da **superação** (acréscimo de argumento não analisado e suficiente para derrotar a "ratio decidendi" invocada; inciso VI).

CPP, art. 381. A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do juiz".

Sem embargo disso, modernamente, ao lado dessa ótica puramente política, tem sido reiteradamente sublinhada uma nova função da motivação (que também não deixa de ser política), qual seja a de servir de instrumento para a efetividade das garantias enfeixadas pela cláusula do devido processo legal. Sob esse aspecto, funciona a motivação como mecanismo apto a assegurar o atendimento daqueles requisitos tidos como indispensáveis à obtenção de uma justa decisão. Daí a qualidade de garanzia di chiusura del sistema, que lhe atribui Ferrajoli ou de complemento e reforço de um sistema circular de garantias, na expressão de Bargi". **Antônio Magalhães Gomes Filho**

"A fundamentação fornece as bases de um processo penal democrático, constitucionalmente comprometido, livre de argumentos de consciência, de argumentos de autoridade, bem como de juízos precipitados". **Nereu José Giacomolli**

"É imprescindível ressaltar que a força estruturante dos argumentos configura antídoto contra 'fachadas linguísticas' que tem, segundo Ralph Christensen, 'a única função de ocultar a brutalidade da decisão'". **Geraldo Prado**

3) Sentença (condenatória ou absolutória): É o ato pelo qual o juiz "motiva" e "fundamenta" a regularidade do procedimento, estabelece a **Premissa Normativa** (válida/inválida) e a **Premissa Fática** ("suficiência probatória": "provado ou não provado" em relação ao *Standard* Probatório) para, por **Subsunção** (Silogismo: Premissa Maior / Premissa Menor), **concluir**: **absolve** ou **condena** o acusado. Os **requisitos formais** estão previstos no art. 381, do CPP;

4) Motivação *Per Relacionem* (Adoção da peça do Ministério Público como razão de decidir): Em vez de proferir decisão, o juiz "adota", "pega carona" (*Free Raider*) na motivação do Ministério Público (porque desconhecemos decisão que adote a motivação defensiva), sem acrescentar conteúdo próprio (limita-se à reprodução).O STJ (**Embargos de Divergência**, EDResp 1.384.669, Min. Néfi Cordeiro; Terceira Seção);

STJ (EDResp 1.384.669, Min. Néfi Cordeiro): "[...] a mera transcrição de outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo de fundamentação, não é apta a suprir a exigência de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal. 2. A Corte de origem, ao apreciar o apelo defensivo, limitou-se a fazer remissão ao parecer ministerial, sequer transcrito no acórdão, sem tecer qualquer consideração acerca das preliminares arguidas, o que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais".

"É preciso compreender que esse método de julgamento não pode ser endossado, pois viola permanentemente o devido processo legal dos acusados. Mais do que anular o presente caso, trata-se de passar um standard de legalidade obrigatório a ser seguido pelos julgadores, proibindo o método de 'cópia e cola' em acórdãos. Mais um passo para garantir o devido processo legal substancial". **Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa**

"Mas o escândalo maior está em que jamais se vê juiz encampar as razões do advogado de defesa para conceder benefício, o que vem a demonstrar a relação incestuosa – logo não-garantista e sim inquisitória – que se dá entre acusador e julgador". **Amilton Bueno de Carvalho**

5) Requisitos Formais, Consequências e Efeitos da Sentença (Absolutória ou Condenatória): A sentença deve **conter Relatório, Fundamentação e Dispositivo (CPP, art. 381 e 387), mantida a correlação (CPP, arts. 383 e 384) entre a acusação e o dispositivo (o acusado se defende dos fatos e da capitulação, mas ainda prevalece o contrário)**. Em caso de **absolvição**, deve-se indicar o inciso da absolvição (CPP, art. 386), dadas as repercussões civis (CPP, art. 63, sgts., conforme a seguir). Com o trânsito em julgado, opera-se a **Coisa Julgada**, sem possibilidade de reabertura ao Ministério Público, resguardando-se a possibilidade de **Revisão Criminal**. A sentença **condenatória** deverá **aplicar a pena**, fixar o regime de cumprimento, reconhecer a detração (da prisão cautelar e das cautelares diversas da prisão), bem assim fixar **indenização mínima** (CPP, art. 387). Deverá decidir sobre a **manutenção da custódia cautelar** do acusado (CPP, art. 387, § 1°). Gera, ainda, **efeitos genéricos** e **específicos** (CP, art. 91 e 92), sendo que os específicos devem ser motivados (não automáticos, nem presumíveis). **A inserção do § 2°, do art. 387, do CPP merece ser analisada em cada caso concreto, porque a detração pode ser prejudicial ao acusado. Se a detração modificar o regime inicial, será favorável; do contrário, não**. **A intimação da decisão deve se dar aos agentes e ao acusado em caso de condenação ou absolvição imprópria (CPP, art. 391-392), pessoalmente ou por edital, dando-se ciência à vítima (CPP, art. 201, § 2°)**. A expressão "se livrar solto" (CPP, art. 392), dispensando a intimação é anterior ao texto Constitucional que reconheceu a **ampla defesa** (art. 5º, LV), incluindo o poder de recorrer pessoalmente da condenação (STJ, HC. 85.057; STF, HC 143.886);

STJ, RHC 52.407: "É incompatível a imposição/manutenção de prisão preventiva na sentença condenatória a réu condenado a cumprir a pena no regime inicial diverso do fechado.

6) Vedação de Condenação com Pedido de Absolvição do MP: No modelo constitucional do processo de partes, o pedido de absolvição

formulado pelo Ministério Público vincula o julgador. A norma do art. 385 do CPP é herança autoritária, incompatível com a noção de **Devido Processo Legal**, porque o juiz não pode assumir a função acusatória, sob pena de trazer para si o objeto do processo, em franca atividade inquisitória. As condições da decisão condenatória são: **a)** pedido expresso de condenação por parte de quem acusa; e, **b)** nos limites máximos do pedido (se for parcial, não pode a condenação ser total. Sem pedido expresso de condenação, é vedado ao julgador condenar o acusado;

7) Correlação e Congruência: A acusação é composta pela descrição da conduta e da imputação (o tipo penal incriminado), porque não faz sentido, no processo democrático, que o juiz "conserte" ou seja o "curador" da acusação, salvo se pressupormos o acusador como incompetente ou incapaz (historicamente até poderia se justificar a postura, já que se nomeava MP "*ad-hoc*", sequer formado em Direito, situação incompatível com o desenho constitucional atual). O Ministério Público é a Instituição titular da ação penal (CR, art. 129, I), sem atribuição acusatória ao Estado-Juiz (tanto assim que o juiz não pode mais iniciar ação penal nas "contravenções"; sim, a regra que permitia é contemporânea a que analisamos: viés autoritário). O exercício da **Ampla Defesa** e do **Contraditório** pressupõe **Investigação Madura**, com a fixação dos limites e dos elementos que serão objeto do processo (Premissa Maior e Premissa Menor). Do contrário, o **efeito surpresa** manipula os limites do Caso Penal (passam a ser incontroláveis). Na hipótese de admissão, a ***Emendatio*** ou a ***Mutatio*** devem ser de iniciativa exclusiva da acusação, nos limites do Devido Processo Legal. **Levar a sério a acusação, guardando congruência, sem surpresas, nem manipu lações retóricas, é o pressuposto da análise sobre a compatibilidade democrática dos art. 383 e 384, do CPP;**

8) Alteração da Imputação (conduta e/ou tipificação): é discutível a possibilidade de o Ministério Público ou o Juiz "ajustarem" a "descrição da conduta" (Premissa Menor) e/ou do tipo penal imputado (Premissa Maior), ampliando ou modificando o objeto do Caso Penal depois de fixados os limites da acusação (CPP, art. 41). Enquanto na ***Emendatio*** a descrição permanece a mesma, na ***Mutatio***, há alteração do conteúdo da imputação (não somente na qualificação jurídica). A congruência estará mantida na hipótese de acolhimento parcial da acusação (parcial procedência), especialmente em crimes complexos (p.ex. denúncia por roubo e condenação por furto: a qualificação jurídica está contida na maior). O contrário viola o **Princípio da Confiança** e a **Boa-fé Objetiva**, por aproveitar (direta ou indiretamente) o material produzido em processo com objeto diverso, para o fim de obter "vantagem" na nova definição jurídica. A postura dominante adota a noção de processo como "Relação Jurídica", pela qual compete às partes "dar os fatos" e ao Juiz "aplicar o direito" ("*jura novit curia*" e o mantra "*narra mihi factum, dabo tibi ius*"), incompatível com o "processo como procedimento em contraditório" e a regra do art. 315, 2º, do CPP. A depender da hipótese, haverá flagrante

notadamente quando não há recurso de acusação quanto a este ponto"; STF, Súmula 718: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada". STF, Súmula 719: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

"Pensemos agora em dois acusados, A e B, condenados a nove anos de reclusão. 'A' ficou preso preventivamente durante 1 (um) ano, enquanto 'B' respondeu o processo em liberdade. Dessa forma, feita a detração, a pena de 'A' seria de oito anos e já poderia ter fixado o regime semiaberto. No entanto, 'B', condenado a nove anos, teria fixado o regime fechado, não tendo nada a ser detraído, só ingressaria no regime semiaberto após o cumprimento de 1/6 da pena. Em outros termos, 'A' ficou um ano em regime fechado e passou ao semiaberto, enquanto 'B', pelo mesmo crime, só passaria ao regime semiaberto após 1 (um) ano e 6 (seis) meses". **André Luiz Nicolitt e Cipriana Nicolitt**

"Repetimos, ainda mais uma vez: qualquer que seja a decisão judicial, deve o Estado intimar o acusado pessoalmente, preso ou solto, do resultado do processo penal por ele instaurado. Essa é uma exigência de um processo devido e legal, no qual o jurisdicionado é respeitado na sua condição jurídica de não culpado, até o trânsito em julgado". **Eugênio Pacelli e Douglas Fischer**

"No processo penal, tem de haver fixação do objeto do processo, de tal maneira que, quando se chega à fase do julgamento, o objeto do processo é aquele e não outro. O que, além do mais, também cumpre uma função de garantia dos direitos de defesa do arguido, pois só assim ele sabe de que factos é que terá de se defender". **Paulo de Sousa Mendes**

"A cláusula do devido processo legal, por sua vez, abrange o direito do réu ao procedimento adequado ao crime efetivamente praticado, aspecto que se denomina garantia ao devido procedimento. A garantia da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, pressupõe a informação clara, completa e detalhada acerca da acusação formulada contra o réu, desde o momento da instauração da relação processual, faceta cognominada direito fundamental a ser informado da acusação. Via de consequência, essas garantias pressupõem a imutabilidade do objeto processual (imutatio libelli) durante a fase de julgamento. Por esse motivo, não se deve admitir a modificação superveniente do fato imputado ao réu, durante a instrução processual, sem a aquiescência expressa da sua defesa técnica, que é a única apta a avaliar a conveniência de se admitir a ampliação da acusação e a subsequente continuação do julgamento". **Diogo Rudge Malan**

"Se debe tener en cuenta que detrás de este principio de 'congruencia' no se halla ninguna cuestión de simetría sino la preservación del derecho de defensa: el imputado debe saber de qué y sobre qué há de defenderse" **Alberto Binder**

"Tudo isso leva ao entendimento inafastável de que o réu se defende sim da capitulação legal. Primeiramente, porque é o que realmente ocorre no mundo dos fatos: não há defesa que não aborde a (a)tipicidade da conduta e a presença ou ausência das elementares do tipo. Em segundo momento, porque o tipo penal é a única forma de relacionar o acusado com a sanção que se lhe pretende impor, de modo que a defesa nunca poderia considera-lo irrelevante, como o fazem os julgadores ao modifica-lo no momento da sentença sem proporcionar o devido contraditório acerca da questão".
Débora Inocêncio Cane

"Pois bem, o art. 10 do novo CPC visa a evitar decisões que surpreendam as partes, invocando fundamento que nenhuma delas tenha suscitado, quer explícita, quer implicitamente, assegurando-lhes a máxima efetividade ao contraditório. Ei-lo: Art. 10. 'O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício'. Consequentemente, ainda que se trate de matéria conhecível de ofício (v.g., prescrição penal), é recomendável que o juiz criminal possibilite às partes manifestarem-se sobre o assunto. O artigo em questão é especialmente importante nos casos em que o juiz vislumbrar a possibilidade de proferir sentença condenatória em desacordo com a denúncia ou as alegações finais produzidas pela acusação (emendatio libelli). O art. 383, caput, do CPP, deverá, portanto, ser interpretado em conformidade com a referida inovação do CPC, assegurando-se o princípio da correlação entre a acusação e a sentença".
Paulo Queiroz

"Em uma interpretação constitucionalmente adequada do instituto, deve o juiz, quando verificar no processo a possibilidade de nova definição jurídica para o fato, seja no recebimento da denúncia, seja na AIJ, deve garantir o contraditório como princípio da influência, possibilitando às partes, e não só à defesa, debater sobre a adequação da classificação do fato. A possibilidade do contraditório postergado, pela via do recurso, não pode ser a justificativa para retirar das partes a possibilidade de influir na construção da decisão. Como a classificação do crime é certamente ponto relevante para a determinação da defesa, pois é a interpretação que o órgão da acusação deu para o fato, toda e qualquer mudança em tal definição deve preceder de prévia manifestação das partes".
Flaviane de Magalhães de Barros

surpresa decisória, em franca violação ao Princípio da Confiança, da Não Surpresa e da Boa-fé Objetiva, além de violação da estrutura constitucional (processo de partes: juiz não é parte);

9) *Emendatio Libelli*: A *Emendatio Libelli* (CPP, art. 383 e 418) na leitura desprovida de filtro constitucional, autoriza ao juiz, sem alteração da descrição contida na denúncia/queixa, a inovação de **Premissa Normativa** (definição jurídica diversa; capitulação diferente), não submetida ao contraditório significativo (surpresa decisória), inclusive com a aplicação de pena mais grave (STJ, HC 32.596). Também se aplica ao órgão recursal (CPP, art. 617), vedado o agravamento da pena na hipótese de recurso exclusivo da defesa (*reformatio in pejus*; STJ, HC 118.888). Prevalece na doutrina a orientação de que ***Emendatio*** é feita pelo juiz no momento da sentença, com alguma controvérsia sobre a necessidade de instauração de contraditório. A jurisprudência acolhe, sem maiores reflexões, a lógica o art. 383 do CPP (STF, HC 102.375 e HC 94.443; STJ, HC 247.252). O acolhimento da leitura padrão do art. 383 do CPP, via teoria da **consubstanciação**, significa a prevalência do fator surpresa, dado que a tática defensiva, em face da congruência da acusação-decisão, foi superada justamente pelo comportamento oportunista do juiz (que deveria ser inerte e imparcial). A teoria do processo democrático busca justamente fazer óbice ao fator surpresa no processo. A prática, em favor da acusação (ampliando ou modificando para pior), em geral, viola o Devido Processo Legal, por surpreender a defesa, com manifesto prejuízo à Boa-fé Objetiva que deveria presidir os comportamentos processuais. É prática oportunista, fora do *Fair Trail*. Mantida a parametricidade da denúncia/queixa, o juiz poderá aplicar tipo penal diverso, desde que a nova **Premissa Normativa** esteja contida no limite da imputação inicial, a saber, por exemplo, em caso cuja acusação seja de roubo (furto mais ameaça ou lesão corporal), poderá condenar por furto, vedado o inverso;

10) *Mutatio Libelli*: A *Mutatio Libelli* (CPP, art. 384) consiste na possibilidade de o acusador, diante da prova produzida nos autos, promover o aditamento à denúncia/queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, acrescentando as descrições necessárias à garantia da congruência entre a denúncia/queixa e a futura sentença, especialmente quanto a "elementar" do tipo penal**.** A possibilidade de o juiz se valer do § 1º, do art. 384, do CPP, depende da postura que adotar em relação à autonomia do Ministério Público e ao modelo acusatório. Se for curador da atuação e se postar como Juiz-e-Acusador (modelo inquisitório), deverá dirigir-se ao Procurador Geral (CPP, art. 28). Se atuar democraticamente, nada fará, porque não lhe diz respeito a maneira como o Estado-Acusador procede. A função do Juiz é a de, no lugar de terceiro imparcial, conduzir o processo e proferir decisão em face da acusação, sem promover "ajustes", além de tudo, oportunistas, porque a alteração será para "justificar" a decisão condenatória, desde antes tomada (ou o juiz altera para absolver?). Assumida a posição democrática do juiz (estrutura acusatória), vedado o

uso, de ofício, do art. 384, do CPP. Processualmente, acolhida a ***Mutatio Libelli***, depois de ouvida a defesa, no prazo de 5 (cinco) dias, a prova testemunhal e o interrogatório deverão ser refeitos, conforme manifestação das partes. A pergunta é: a prova produzida anteriormente deve ser excluída do processo? A resposta é positiva. Do contrário, o aditamento é performático. Se a prova anterior vale, o "ajuste" antecipa o resultado do processo (customiza a denúncia ao descoberto depois). Não se descarta o uso oportunista do processo. Acolhido o aditamento, a prova anterior deveria ser apagada (o juiz deveria ser alterado), com o reinício da instrução. Prevalece o acordo entre as partes e o aproveitamento total ou parcial da prova anterior ao aditamento. Não se aplica ao grau recursal (STF, Súmula 453);

"O dever de congruência entre a acusação e a sentença reforça a inércia da jurisdição, pois veda ao juiz que este profira uma sentença sobre matéria que não integrou a ação ou ainda que ele pessoalmente inove a imputação". **Aline Guidalli**

STF, Súmula 453: "Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa".

STJ, HC 162131 (Min. Og Fernandes): "1: DENÚNCIA POR TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. SENTENÇA EM DESACORDO COM A EXORDIAL ACUSATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIA ELEMENTAR DIVERSA ENTRE O TRÁFICO E O USO DE ENTORPECENTE. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. MUTATIO LIBELLI. INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. [...]

ABSOLVIÇÃO DECRETADA. [...] 'É inadmissível, em recurso exclusivo da defesa, a anulação de ofício da sentença condenatória, pela ausência de correlação com a denúncia, já tendo havido o trânsito em julgado para a acusação, pois causaria prejuízo à Defesa, incidindo em inaceitável *reformatio in pejus*, sendo a absolvição a medida cabível'. (RJDTACRIM 23/366)".

11) Perda Alargada: A perda alargada (confisco alargado) foi reconhecida pelo art. 91-A, do CP. A lógica é a de que as Organizações Criminosas, para além do proveito direto do crime, devem sofrer maiores baixas patrimoniais, englobando ativos não diretamente ligados à conduta investigada. Indicada por diversas Convenções Internacionais (Viena, Palermo e Mérida), e, também, pela Comunidade Europeia (Diretiva 2014/42), parte da distinção entre a sanção penal e seus efeitos, modulando o *standard* probatório exigido para o fim da perda alargada. Enquanto para condenação prevalece a suficiência probatória (*Starndad* Probatório e Presunção de Inocência), no caso da perda alargada, mitiga-se o patamar probatório, transferindo para o poder público o potencial proveito das práticas criminosas, resguardados os terceiros de boa-fé. Engloba os bens e direitos dos quais o acusado detenha domínio direto ou indireto (seu nome ou terceiros), na data da infração ou posteriormente, incluídos os transferidos em desconformidade com as práticas de Boa-Fé, além dos que tenham sido transferidos de modo gratuito, não oneroso, ou por quantia irrisória, a contar do início da atividade criminal. O patrimônio do condenado é conferido e auditado, porque deve ter origem lícita. Verificada a inconsistência, em decorrência da condenação, a sentença deve motivar o nexo justificador da aplicação da perda alargada de modo singular (cada bem ou direito), por não ser efeito automático. Por ser norma de direito penal, somente se aplica às condutas praticadas depois da entrada em vigor, com a necessidade de constar expressamente na denúncia, a diferença apurada e a data do início da atividade criminosa, evitando a surpresa, até porque o acusado deve ter condições de justificar a origem lícita e a regularidade patrimonial. O pedido de perda alargada pressupõe investigação escorreita e madura, constando na denúncia expressamente os ativos que pretende atingir. A ampliação da acusação, com o aditamento do pedido de perda alargada, no decorrer do processo, constitui-se inovação surpresa e fora do jogo limpo. O efeito em bens registrados em nome de terceiros será controverso. Ninguém pode sofrer confisco de seus bens sem o Devido Processo Legal, sendo abusiva a decretação da perda em processo do qual o titular nem sequer faz parte

(devem compor o processo ou o incidente instaurado para esse fim). Somente na sentença, depois da condenação, o juiz declarará o valor apurado e especificará os bens cuja perda será decretada. Para garantia do resultado útil do processo, poderá o juiz, a requerimento da acusação, deferir medidas cautelares de sequestro e/ou arresto, com ou sem alienação antecipada. No caso de Organizações Criminosas e/ou Milícias (CP, art. 288-A; Lei 12.850/13) a perda se dará em favor da União ou Estados, a depender da Justiça competente, de modo a praticamente confiscar tudo o que tiver sido utilizado, mesmo sem vinculação com o crime. A ideia é a de inviabilizar a continuidade das atividades, apropriando-se de todos os bens que foram utilizados pela OCRIM ou milícias, mesmo que ausente liame com o crime apurado, situação que deverá ser descrita na denúncia, inclusive com a citação dos titulares dos bens, sob pena de violação do devido processo legal. Alega-se a violação do ônus da prova do instituto, o que não nos convence. O Estado investiga, apura o descompasso patrimonial, acusa da prática criminosa (principal), sendo que o confisco somente ocorre por efeito da condenação, observadas as garantias constitucionais;

CP, art. 91-A: "Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio (todos os bens móveis ou imóveis) do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito".

Consiste na perda "de toda parcela do patrimônio do condenado que se revelar incongruente com seus rendimentos lícitos e que seja presumivelmente oriunda da prática de outras infrações penais". **Luiz Eduardo Dias Cardoso**

"Em suma, ainda que se trate de um só processo – ou de seus incidentes –, é possível que nele se exijam diferentes standards probatórios para decisões a respeito de diferentes questões. Exatamente por isso, a decisão quanto à perda alargada é tomada sob a ótica do standard probatório da preponderância de provas inferior ao da prova além de qualquer dúvida razoável. [...] Não se trata simplesmente de aumentar o custo esperado em relação ao possível crime, mas de tornar mais abrangente e mais complexa a punição esperada, de forma a fazer com que as vantagens oriundas de práticas criminais sejam incertas e, em última instância, o crime não compense". **Luiz Eduardo Dias Cardoso**

12) Reparação Mínima (CPP, at. 387, IV): O movimento de aproximação da vítima ao processo penal, na pretensão de satisfazer os interesses patrimoniais, inseriu o art. 387, IV, CPP,. Ao proferir sentença condenatória, o juiz deverá fixar **"valor mínimo da indenização"**. Disposição similar já existia no art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro. Há nítida inserção de questão civil no âmbito das informações necessárias à decisão, ou seja, para que seja garantido o Devido Processo Legal, o acusado poderá arrolar testemunhas e requerer perícia sobre o valor a extensão dos danos e valores a se indenizar? Evidentemente que a vítima deve ser valorizada, tanto assim que defendemos a Justiça Restaurativa. A colocação de montante surpresa, sem pedido, nem contraditório, fere o devido processo legal. Na hipótese de pedido expresso, certo e definido, formulado por oportunidade da denúncia/queixa, submetido ao contraditório e ampla defesa, a sentença deve analisa-lo (STJ, Resp. 1.185.542). Sem pedido na inicial, nem produção probatória em contraditório, é vedado ao juiz arbitrar o valor, por ausência do Devido Processo Legal (o valor será surpresa)**.** A fixação não exclui o direito da vítima em executar a decisão condenatória no cível.

STJ, HC 318.943 (Min. Maria Thereza de Assis Moura): "Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, que cuida da reparação civil dos danos sofridos pelo ofendido, contempla norma de direito material mais rigorosa ao réu, não se aplicando a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n. 11.719/2008".

13) Eficácia Civil da Sentença e Ação *Ex Delicto*: A sentença condenatória penal pode gerar efeitos civis (CPP, art. 63; CC, art. 186). O lesado, representante legal ou herdeiros, poderão requerer danos materiais e morais em face da condenação. Os efeitos se restringem ao acusado e não são extensíveis ao responsável civil, para o qual é necessária ação de conhecimento própria (CPP, art. 64), na qual a decisão condenatória penal poderá ser utilizada. **O lesado pode adotar duas táticas:**

a) aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória e executar o título diretamente contra o acusado; e

b) promover diretamente ação cível, sem aguardar o trânsito em julgado, hipótese em que a ação poderá – não é obrigatória – ser suspensa por prejudicial externa (CPP, art. 64, parágrafo único).

O lesado poderá promover a **execução** imediata do valor fixado na sentença (CPP, art. 387, IV), sem prejuízo de ampliar o montante em pleito autônomo (CPP, art. 63, parágrafo único). **Não impedirá a ação cível o arquivamento, a declaração de extinção de punibilidade** e a depender do fundamento da absolvição (CPP, art. 67 c/c 386), subsiste o dever de indenizar:

a) é **excluído** nas hipóteses dos incisos I (estar provada a inexistência do fato) e IV (estar provado que o réu não concorreu para o delito);

b) é **devido** nas hipóteses de deficiência probatória ou do não reconhecimento do caráter ilícito penal da conduta previstos nos incisos II (não haver prova da existência do fato), III (não constituir o fato infração penal), V (não haver prova de ter o réu contribuído para a infração penal) e VII (não existir prova suficiente para condenação);

c) absolvido com base no inciso VI, do art. 386, do CPP, no caso de ser reconhecida em favor do acusado o estado de necessidade, a legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito (CP, art. 23), ocorre a **eficácia preclusiva subordinante**, pela qual a temática não poderá ser rediscutida. Nem por isso fica excluída a possibilidade de indenização cível nas hipóteses de legítima defesa putativa (imaginária), de aberratio ictus (erro de alvo) ou aberratio delicti (resultado diverso do pretendido), bem assim nas hipóteses de estado de necessidade agressivo, para além do necessário, em que terceiro não causador do perigo é afetado (CC, art. 929). Em casos de exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal, tendo guarida civil, prevalece a indenização (CC, art. 186). Nas hipóteses de excludentes de culpabilidade também é mantido o dever de indenizar, por não estarem englobadas no art. 65 do CPP.

A **eficácia civil** da decisão penal é tema tormentoso porque parte da premissa de que a qualidade da decisão proferida no processo penal é melhor do que a do cível. Sem prejuízo dessa crítica, até porque não se acolhe a dita verdade real, nesse livro: **i) reconhecida a responsabilidade penal; ii) a sentença penal condenatória poderá ser executada no cível pelo legitimado (ofendido, representante legal e herdeiros); iii) apurando-se o valor da obrigação e se executar** (CPP, arts. 63-67 e CPC). Somente o condenado poderá figurar no polo passivo da execução e não eventual responsável civil, ou seja, se o acusado for condenado por acidente de trânsito, a empresa proprietária do automotor não poderá ser executada, exigindo ação de conhecimento. O Ministério Público somente pode propor a execução (CPP, art. 68) nos Estados onde não existe Defensoria Pública (STF, AI 48.2332). Com a instalação das Defensorias,

o artigo deixa de prevalecer, na lógica da **recepção decrescente**. O STF reconheceu, de modo contraditório, a legitimidade do Ministério Público no caso de multas penais (ADIn 3.150 e AP. 470);

C – Controvérsia:

1) Juiz Inquisidor: O comportamento do julgador pode desequilibrar o processo de partes de modo significativo no decorrer do processo e, com maiores consequências ao acusado, por oportunidade da aplicação dos ***Emendatio*** ou ***Mutatio Libelli*** **(CPP, art. 383 e 384).** A situação agrava-se se for devoto da Teoria da Relação Jurídica, acreditar em Verdade Real, enfim, for o juiz inquisidor projetado pelo CPP/41. A postura de promover o contraditório "*ad-hoc*", aparentemente facultando às partes, depois das alegações finais, manifestação sobre a possibilidade da alteração da definição jurídica do crime, configura "contraditório *Fake*" (dissimulação: a decisão condenatória já está tomada desde antes);

D – Estratégia:

1) O Esquema Decisório depende da conjugação das diversas variáveis anteriormente expostas. O Planejamento deve levar em conta o histórico do comportamento dos agentes processuais, especialmente o julgador. Adotada a postura inquisitória, o julgador altera a distribuição do ônus da prova, ampliando as expectativas em favor da acusação.

RECURSOS NO PROCESSO PENAL

RECURSOS

< Capítulo 19 >
Recursos no Processo Penal

19.1 Princípios, Categorias e Regras de Funcionamento

A – Definição:

Recurso é o mecanismo processual em que as partes podem instar a instância *ad quem* (hierarquia superior), munida de poderes de revisão (anulação, confirmação ou reforma), com o fim impugnar decisão e/ou comportamento do julgador na condução do processo.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Duplo Grau de Jurisdição: Se a Jurisdição Penal procura mitigar os possíveis erros (distribuição do risco), o Duplo Grau de Jurisdição consiste na garantia "exclusiva do acusado" de obter a revisão/confirmação de decisão judicial desfavorável, ainda que absolutória (modificar o fundamento, impugnar motivação desfavorável: julgamentos morais, preconceituosos constantes na decisão). **Embora não previsto de modo expresso na Constituição, decorre da previsão de Tribunais e do Devido Processo Legal (CR, art. 5º, LIV, art. 92 e sgts.), com os meios capazes de garantir o "contraditório" e a "ampla defesa" (CR, art. 5º, LV), associado à ampliação convencional (Pacto de San Jose da Costa Rica, art. 8º, § 2º, "h", Decreto 678/92): "***toda pessoa acusada de delito tem direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior***" (**recurso voluntário, não obrigatório). Em geral, cabe recurso voluntário ao órgão com competência de segundo grau, em atenção ao princípio do *duplo grau de jurisdição* (Juízo Comum: Tribunais; Juizados Especiais: Turma Recursal; Processo com competência Originária nos Tribunais regime diferenciado; STF: Recurso Extraordinário; e, STJ: Recurso Especial). Os julgamentos são, em regra, pelo colegiado, podendo o relator conceder liminar nos casos necessários, bem assim dar ou negar seguimento de modo monocrático, diante da aplicação das regras do CPC;

"Assim, conclui-se que o direito ao recurso do imputado, em íntimo contato com a proteção de sua presunção de inocência, determina que exista a possibilidade de impugnação em todos os casos em que exista sua fragilização, em prol do denominado 'direito ao juízo de inocência, nos termos de Giulio Ubertis: 'direito ao acusado de obter uma declaração de se não envolvimento com a acusação imputada'".
Vinícius Vasconcellos

A incidência do Pacto de San Jose da Costa Rica no processo penal foi reconhecida pelo STF (HC 88.420). STF, Súmula 347: "O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão".

"A doutrina sói apresentar como funcionalidade positiva ou vantagens da existência do duplo pronunciamento: a) permissão ao exercício da plena e ampla defesa pelos acusados em geral; b) reapreciação do caso penal pelo órgão colegiado; c) confiança do jurisdicionado de que sua causa poderá ser novamente apreciada; d) maior segurança pela possibilidade de controle endoprocessual do decisium e da sua fundamentação; e) exame da causa por vários julgadores, em diferentes graus. Contudo, também situa, entre as desvantagens: a) o retardamento da prestação jurisdicional; b) o prejuízo à valoração da prova, pela ausência de imediação; c) a apreciação da prova por quem não a colheu; d) não é a segunda instância que oferece maior garantia ao jurisdicionado".
Nereu José Giacomolli

2) Rol Recursal: Os recursos são: **Recurso em Sentido Estrito (RESE), Apelação, Carta Testemunhável, Embargos de Declaração** e, ainda**, Embargos Infringentes e/ou Nulidade. A Correição Parcial** ou **Reclamação,** por ausência de previsão legal democrática, será tratada de modo separado, ainda que aceita no ambiente forense. Além disso, teremos o **Recurso Especial (STJ)** e o **Recurso Extraordinário (STF)**. Podem subir por instrumento, de forma autônoma ou nos mesmos

"A relação estabelecida é julgador-revisor e não necessariamente inferior-superior. Por isso, além de ser possível, emerge como uma necessidade a reestruturação dos procedimentos". **Nereu José Giacomolli**

STF, Súmula 704: "Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados".

"O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, na Comunicação n. 1.073/2002 considerou violado o direito ao recurso, ao apreciar um caso de um deputado julgado e condenado pelo Tribunal sem que pudesse recorrer a outro Tribunal Superior para que fosse revisada a sentença. No mesmo sentido foram as Comunicações n. 1.211/2003 e 1.325/2004, do mesmo Comitê". **Nereu José Giacomolli**

autos. Diferem das **Ações Impugnativas Autônomas**, justamente porque na hipótese de **Mandado de Segurança**, **Reclamação Constitucional** e ***Habeas Corpus***, ainda que se tenha por objeto o mesmo processo, instauram-se de modo independente; não são a continuidade da mesma relação processual (é paralela/autônoma). **Exceção à regra recursal se dá por força dos julgamentos de competência originária, em que a Corte Americana de Direitos Humanos indica a divisão do colegiado em dois órgãos (***Barreto Leiva vs Venezuela***).** Do contrário, o mesmo colegiado revisa o julgado próprio (sem sentido democrático, por repetir o mesmo contexto de julgamento; vide: STF, RHC 79.785, AI 601.832 e AP 470, em que o argumento foi rejeitado – Fator Júlia Roberts).

3) Tipicidade/Taxatividade Recursal: Nem todas as deliberações judiciais são desafiáveis via recurso, diante da taxatividade (só cabe recurso quando previsto em lei processual), razão pela qual o duplo grau não se confunde com direito ao recurso. Ao mesmo tempo, a Corte e a Comissão Interamericana (CIDH) apontam o dever de efetividade do Sistema Recursal. Na hipótese de não existir previsão legal, abre-se a oportunidade de Ações Impugnativas Autônomas ou, ainda que não aceito, a interposição de "Recurso Inominado" defensivo, sempre que verificada a condição de vulnerabilidade recursal (fundamento: regra do art. 8.2., da CADH, porque a omissão normativa não restringir o direito recursal; Mendonza *vs* Argentina). O princípio da **taxatividade** também não obsta a interpretação extensiva ou analógica da norma processual penal (CPP, art. 3**o**), isto é, poderá o agente utilizar-se de recursos que embora não estejam previstos expressamente no dispositivo legal, decorram da interpretação extensiva**.** Ao **Agravo em Execução**, por analogia, aplica-se o rito do RESE. Em caso de decisão por maioria do julgamento do Agravo em Execução, é possível ingressar com embargos infringentes e/ou nulidade, mesmo que não previsto no parágrafo único, do art. 609, do CPP (STJ, HC 21.056; REsp. 336.607). O mesmo raciocínio se aplica quando da rejeição do aditamento à denúncia ofertado pelo Ministério Público (CPP, art. 581, I, por analogia). Não podem os Estados ou mesmo os Tribunais inventar recursos por disposição legal (Leis Estaduais) ou mesmo Regimento Interno, porque a competência para legislar sobre processo – e regime recursal – é exclusiva da União (CR, art. 22, I), vedando-se a ampliação do rol**.** A invenção, por exemplo, da "Correição Parcial/Reclamação" é anômala . As hipóteses previstas no CPP ou na legislação especial são *numerus clausus*;

Vale indicar: a) recebimento da denúncia (CPP, art. 581, I); b) admissão ou não do assistente de acusação (CPP, art. 273); c) improcedência das exceções de incompetência, litispendência, coisa julgada e ilegitimidade de parte (CPP, art. 581, III); d) negativa de suspensão do processo em razão de questão prejudicial (CPP, art. 93, § 2º). Podem ser objeto de ações impugnativas autônomas.

"Isso para que o direito ao recurso não seja ilusório. Isso se dá em várias situações: ausência de imparcialidade e independência do Poder Judiciário, falta de meios para executar as decisões judiciais, atraso injustificado nos julgamentos ou por qualquer outra situação denegatória da justiça, limitação ou restrição de acesso à justiça". Nereu José Giacomolli

STF, RHC 91.293 (Min. Gilmar Mendes): "Habeas Corpus. 1. Denúncia. Homicídio duplamente qualificado. 2. Decreto de prisão preventiva. Concessão ao réu do benefício da prisão domiciliar. 3. Interposição de reclamação pelo Ministério Público Estadual contra a decisão concessiva da prisão domiciliar. Benefício revogado mediante aplicação do art. 210 do Regimento Interno do TJ/RJ. 4. A decisão que permitiu ao réu o cumprimento da prisão preventiva em domicílio é interlocutória, não contemplada dentre os taxativos permissivos arrolados no art. 581 do CPP, inadmitindo a adoção de interpretação extensiva. 5. Decisão concessiva de prisão domiciliar cassada mediante via recursal inaplicável na espécie. Situação de constrangimento ilegal apta a ensejar o deferimento da ordem. Ordem deferida para restabelecer o decisório de primeira instância, com isso possibilitando a permanência do paciente em prisão domiciliar, se e enquanto entender o Juízo monocrático cabível a medida".

4) Limitação Recursal Acusatória (Comum e Júri): Discute-se, com vigor, a restrição recursal em favor da acusação. Em face do Sistema Acusatório, o regime recursal precisa ser revisto, especialmente no tocante à reavaliação da prova em desfavor do acusado, já que a tendência é a de se vedar o recurso acusatório nos casos de absolvição por insuficiência probatória (premissa fática), restringindo-se à premissa normativa. É que absolvido em primeiro grau, mas condenado em segundo, restaria

negado ao acusado o direito convencional ao reexame recursal probatório (CIDH, 8.2). Os Tribunais Superiores (STF e STJ) não conhecem de matéria probatória, limitando a revisão da suficiência probatória acolhida pelo órgão *ad quem* reformador. No **Tribunal do Júri**, a tendência é a proibição da revisão das decisões absolutórias (STF, RHC 117.076, Min. Celso de Mello). Essa é a diretriz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH, casos *Wild, Ooms* e *Versyp* vs. *Áustria* e *Rakevich vs Rússia)*;

"Nesse segundo sistema, que certamente encontrará maior aceitabilidade, seria possível que outras partes do processo, além do imputado – a acusação pú¬blica ou privada e o assistente de acusação –, possam recorrer de uma sentença absolutória somente nos casos de: a) ausência de valoração da acusação (sen¬tença extra petita, por exemplo se o juiz não apreciar um dos fatos narrados na Denúncia) que representaria uma tutela penal ineficiente; b) ilicitude probatória ou ocorrência de nulidade; e, c) surgimento de "prova" superveniente ao encerramento da instrução e antes do trânsito em julgado da sentença". **Tiago Bunning Mendes**

"O recurso de uma sentença penal absolutória encontra base convencional para ser abolido, ou restringido". **Nereu José Giacomolli**

"Conclui-se, assim, que o duplo grau de jurisdição tem conteúdo protetivo como garantia fundamental destinada exclusivamente ao imputado, tudo isso com fundamento em um somatório de fatores demonstrados que incluem: sua própria natureza jurídica de garantia fundamental; a inexistência de fundamentos para que se reconheça um direito ao recurso ao acusador; a literalidade dos tratados internacionais de direitos humanos; os fundamentos do duplo grau de jurisdição (dupla conformidade em matéria penal e presunção de inocência); a proibição da múltipla persecução penal (ampla interpretação do ne bis in idem); e a ausência de interesse recursal (direito ao recurso) por parte do acusador". **Tiago Bunning Mendes**

"Admitida a apelação de um veredicto absolutório e advindo da impugnação uma condenação de segundo grau de jurisdição, pela sistemática atual, sepultado estará o direito ao duplo pronunciamento acerca do substrato fático da condenação, na medida em que somente caberá a limitada impugnação aos Tribunais Superiores, sem a apreciação da matéria fática. [...] Por isso, a nossa legislação há se der modificada para ser garantido o duplo pronunciamento, ou seja, revisão total do juízo condenatório". **Nereu José Giacomolli**

"Isso para que o direito ao recurso não seja ilusório. Isso se dá em várias situações: ausência de imparcialidade e independência do Poder Judiciário, falta de meios para executar as decisões judiciais, atraso injustificado nos julgamentos ou por qualquer outra situação denegatória da justiça, limitação ou restrição de acesso à justiça". **Nereu José Giacomolli**

5) Voluntariedade e Recurso de Ofício: O manejo **facultativo** do recurso decorre da estratégia processual dos agentes. Tanto o acusador como o defensivo podem interpor recurso (CPP, art. 577), desde que tenham interesse recursal, entendido como o resultado útil do objeto reclamado. Não são obrigados a interpor, justamente por se constituir faculdade. Diante da autonomia do membro do Ministério Público, em face da decisão juditcial, mesmo absolutória, pode optar ou não pelo recurso. **A previsão de recurso de ofício** (CPP, art. 574, casos de concessão de *habeas corpus* pelo juiz de primeiro grau, absolvição sumária no procedimento do júri, e, também, nos casos de arquivamento de Crimes Contra a Economia popular (Lei 1.521/51), bem assim de Reabilitação Criminal (CPP, 746) e indeferimento liminar por insuficiência de instrução da Revisão Criminal (CPP, art. 625, § 3°), é incompatível com a ação pública (CR, art. 129, I). O Estado possui os meios voluntários para tanto, via Ministério Público, não se justificando, atualmente, o controle de ofício. Além do que, a estrutura acusatória veda qualquer iniciativa do juiz. Por mais que seja incompatível, o STF acolhe sua validade, manipulando as premissas ao sustentar que se trata de requisito de validade da decisão. A tendência é a de superação dessa lógica em face da estrutura acusatória. O juiz, nessas hipóteses, poderá declarar a inconstitucionalidade e/ou revogação dos dispositivos;

6) Unirrecorribilidade das Decisões: Para cada provimento judicial há um recurso singular para ataque. É função do agente a eleição do recurso cabível, com o ônus daí decorrente. Quando houver controvérsia sobre o cabimento e não houver má-fé, pode ser reconhecida a fungibilidade. Em algumas hipóteses, caberão dois recursos simultâneos, como no caso de Embargos Infringentes e Recursos Especial ou Extraordinário, bem assim de Embargos de Declaração. A regra é a de que cabe um recurso de cada manifestação jurisdicional. Diante da ausência, em geral, de efeito suspensivo, busca-se a modificação imediata da decisão pela via do *Habeas Corpus*;

STF, Súmula 423: "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto de ofício".

7) Fungibilidade Recursal: **Diante do controvertido regime recursal, pode-se conhecer um recurso pelo outro, quando não houver má-fé, nem erro grosseiro (CPP, art. 593, § 4º).** Exige-se que o reclamo tenha sido deduzido no mesmo prazo do recurso correto, associada a indicadores de Boa-fé. Os erros técnicos grosseiros são entendidos como fora do regime da fungibilidade (interposição de RESE contra a rejeição da denúncia nos Juizados Especiais). Rejeita-se a aplicação, também, nos casos de

interposição de recurso ordinário em *habeas corpus* quando o ato tiver sido julgado em recurso em sentido estrito (STJ, RHC 042.394; RHC 031.733). A fungibilidade recursal é o mecanismo de garantia do devido processo legal e da manifestação da voluntariedade recursal (STJ, HC 265.378; HC 295.637). Pode acontecer, ainda, que diante da amplitude, um recurso seja **"convolado"** em outro, caso os requisitos estejam satisfeitos;

STJ, AgRg Resp. 1.717.390 (Min. Reynaldo Soares da Fonseca): "A jurisprudência desta Corte Superior admite a fungibilidade recursal, a teor do artigo 579 do CPP, quando, além de observado o prazo do recurso que se pretende reconhecer, não fica configurada a má-fé ou a prática de erro grosseiro. Assim, tendo sido interposta apelação contra a decisão que declarou extinta a punibilidade do réu pela prescrição, cabível a sua conversão em recurso em sentido estrito desde que demonstrada a ausência de má-fé e a tempestividade do recurso, como ocorreu no presente caso".

STJ, TESE 8: "Aplica-se o princípio da fungibilidade à apelação interposta quando cabível o recurso em sentido estrito, desde que demonstrada a ausência de má-fé, de erro grosseiro, bem como a tempestividade do recurso".

8) (In)disponibilidade Recursal: O **Ministério Público não poderá desistir do recurso interposto** (CPP, art. 576). É comum, diante da autonomia funcional do Ministério Público, e da sistemática recursal, que um membro interponha o recurso e, quando do prazo para arrazoar, novo personagem concorde com a decisão e discorde do recurso. Nesses casos, diante da ausência de ataque objetivo à decisão, alguns entendem que não há como conhecer do recurso (ausência de dialeticidade recursal), enquanto outros defendem o conhecimento pela totalidade. A posição, mais uma vez, depende da compreensão das funções e lugares dos agentes processuais. Sem motivação adequada, não é correto conhecer do recurso acusatório. Do contrário, seria desnecessário apresentar razões (além de ser incompatível com a lógica da Súmula 160 do STF: se só pode conhecer de nulidade invocada, a "ausência de razões" não pode se transformar "em razões". É falacioso). **A defesa pode desistir do recurso**, sempre de maneira expressa (pelo acusado e defensor). No caso de o acusado formular a desistência e o defensor sustentar o recurso, prevalece a defesa técnica. O acusado pode destituir o defensor e o novo concordar com a desistência. Na hipótese de o acusado manifestar o interesse recursal (quando intimado da sentença condenatória), sem que o defensor técnico tenha apresentado as razões, pode-se intimar o acusado para substituição do defensor ou conhecer do recurso na sua maior extensão (totalidade da impugnação), em nome da Ampla Defesa (posição dominante);

STF, Súmula 705 "A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência de defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta".

9) Vedação da *Reformatio in Pejus* (Direta ou Indireta): Uma decisão judicial pode desafiar recurso de ambas as partes (acusação e defesa). Caso a acusação se conforme com a decisão, o máximo de intervenção estatal (pena, regime etc.), estará consolidado (precluso). A defesa, por sua vez, interpondo recurso, procura melhorar a situação jurídica do acusado. Diante do **exclusivo** movimento defensivo, o resultado do recurso não pode ser prejudicial ao recorrente (é ilógico que a decisão do Tribunal possa gerar situação pior do que o da ausência de recurso; CPP, art. 617). O recurso defensivo só pode ter por efeito positivo em favor do recorrente e jamais prejudicá-lo**.** Mesmo que o Tribunal reconheça algum erro ou nulidade, por exemplo, na aplicação da pena, a ausência de reclamo acusatório, impede/proíbe a modificação em desfavor ao acusado (STF, Súmula 160). Essa é a lógica da ***reformatio in pejus* direta.** Pode acontecer, também, que o Tribunal em recurso exclusivo da defesa, reconheça uma nulidade, devolvendo os autos à primeira instância que, depois de sanada a nulidade, proferirá nova decisão. Mas a pena e o regime não podem ser maiores do que a anterior, porque, mesmo anulada,

limita a nova. É que o novo julgamento decorreu de exclusiva atividade recursal defensiva, motivo pelo qual o pior cenário de sua situação jurídica é equivalente a da não interposição do recurso antecedente. Denomina-se essa modalidade de ***reformatio in pejus* indireta**, também vedada. Há controvérsia no acolhimento, especialmente no Tribunal do Júri. No Tribunal do Júri, se houver recurso provido, exclusivo da defesa, com a anulação do primeiro julgamento, de acordo o princípio constitucional da soberania dos vereditos (CR/88, art. 5º, XXXVIII, "c"), prevalece a posição (errada) de que os jurados podem reconhecer as mesmas circunstâncias do primeiro julgamento ou ampliar a condenação, mesmo sendo prejudicial ao acusado. Caso reconheçam as mesmas, o juiz presidente fica vinculado, por força da *reformatio in pejus*, a não extrapolar a primeira dosimetria imposta na condenação anulada, justamente porque não houve recurso da acusação e sua situação jurídica seria agravada. É o mesmo processo e o Ministério Público não havia recorrido do julgamento anterior. Caso reconheçam uma nova circunstância prejudicial ao acusado, a jurisprudência entendia (STJ, REsp. 1.068.191, Min. Felix Fischer) que deveria ser respeitada a decisão do conselho de sentença e o magistrado *a quo* poderia sentenciar novamente, aplicando a circunstância reconhecida pelos jurados, inclusive com pena maior. Entretanto, a **jurisprudência mais moderna** do STF e STJ caminha no sentido de que, mesmo no segundo julgamento, se o recurso que anulou o primeiro foi exclusivo da defesa (reconheceu a nulidade absoluta, por exemplo), o juiz fica vinculado à pena do primeiro julgamento, não podendo a segunda pena ser mais prejudicial ao acusado em razão da "*non reformatio in pejus*" e do *venire contra factum proprium*. A ***reformatio in pejus***, então, distingue-se em: **a) direta**, entendida como o agravamento de sua situação jurídica, em recurso exclusivo seu; **b) indireta**, verificada quando depois de acolhido seu recurso e anulado o processo, a nova decisão é mais gravosa do que a anulada. Pode-se indicar, ainda, o caso de pedido de procedência parcial formulado pela acusação, em alegações finais, com subsequente absolvição pelo julgador de primeiro grau. O recurso de apelação a ser interposto, pelo Ministério Público/querelante, está limitado ao pedido de procedência parcial contido nas alegações finais, não podendo requerer a procedência total da denúncia/queixa, utilizando-se a mesma lógica da *reformatio in pejus* indireta e do *venire contra factum proprium*;

10) Reformatio in Melius: No caso de ocorrer somente recurso da acusação e não da defesa, mesmo assim o Tribunal está autorizado a analisar todas as razões da condenação, concedendo, se necessário, *Habeas Corpus* de ofício (CPP, art. 654, § 2º)**.** Nessas hipóteses, mesmo ausente recurso defensivo, por exemplo, o acusado pode ser absolvido, dado o interesse público de não se manter a condenação de um inocente. Pode ainda ampliar o escopo das razões recursais apresentadas pela defesa (erro não opera preclusão em desfavor do acusado);

CPP, art. 617: "O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, **não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença".**

STF, Súmula 160: "É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguída no recurso de acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício".

STF, HC 89.544 (Min. Cezar Peluso): "Homicídio doloso. Tribunal do Júri. Três julgamentos da mesma causa. Reconhecimento da legítima defesa, com excesso, no segundo julgamento. Condenação do réu à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto. Interposição de recurso exclusivo da defesa. Provimento para cassar a decisão anterior. Condenação do réu, por homicídio qualificado, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, no terceiro julgamento. Aplicação de pena mais grave. Inadmissibilidade. Reformatio in pejus indireta. Caracterização. Reconhecimento de outros fatos ou circunstâncias não ventilados no julgamento anterior. Irrelevância. Violação consequente do justo processo da lei (**due process of law**), nas cláusulas do contraditório e da ampla defesa. Proibição compatível com a regra constitucional da soberania relativa dos veredictos. HC concedido para restabelecer a pena menor. Ofensa ao art. 5º, incs. LIV, LV e LVII, da CF. Inteligência dos arts. 617 e 626 do CPP. Anulados o julgamento pelo tribunal do júri e a correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não ventilada no julgamento anterior".

STJ, HC 205.616 (Min. Og Fernandes): "REDUÇÃO DA REPRIMENDA. NOVO JULGAMENTO. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO CORPORAL SUPERIOR. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO QUE VEDA A REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. 1. Os princípios da plenitude de defesa e da soberania dos veredictos devem ser compatibilizados de modo que, em segundo julgamento, os jurados tenham liberdade de decidir a causa conforme suas convicções, sem que isso venha a agravar a situação do acusado, quando apenas este recorra. 2. Nesse contexto, ao proceder à dosimetria da pena, o Magistrado fica impedido de aplicar sanção superior ao primeiro julgamento, se o segundo foi provocado exclusivamente pela defesa. 3. No caso, em decorrência de protesto por novo júri (recurso à época existente), o Juiz presidente aplicou pena superior àquela alcançada no primeiro julgamento, o que contraria o princípio que veda a reformatio in pejus indireta. 4. Ordem concedida".

STF, HC 87.926 (Min. Cezar Peluso): "Estou em que fere, igualmente, as garantias de defesa todo o expediente que impeça o acusado de, por meio do defensor, usar da palavra por último, em sustentação oral, sobretudo nos casos de julgamento de recurso exclusivo da acusação. Invocar, para negá-lo, a qualidade de custos legis do Ministério Público perante os tribunais, em sede recursal, parece-me caracterizar um desses artifícios linguísticos que tendem a fraudar as garantias essenciais a sistema penal verdadeiramente acusatório ou de partes. [...] Desse modo, entendo difícil, senão ilógico, cindir a atuação do Ministério Público no campo recursal, em processo-crime: não há excogitar que, em primeira instância, seu representante atue apenas como parte formal e, em grau de recurso – que, frise-se, constitui mera fase do mesmo processo –, se dispa dessa função para entrar e agir como simples fiscal da lei. Órgão uno e indivisível, na dicção do art. 127, § 1º, da Constituição da República, não há como admitir que o Ministério Público opere tão só como custos legis no curso de processo onde, em fase diversa, já tenha funcionado, mediante outro órgão, como encarregado da acusação, sob pena de se violentar a própria sintaxe acusatória do processo penal".

11) A Defesa sempre fala por último: O contraditório é o fundamento de legitimidade das decisões e a defesa possui o direito de falar por último. Sempre. A manipulação desse direito implica na possível nulidade do julgamento. É comum a participação ativa do membro do Ministério Público nas sessões de julgamento das câmaras criminais. Não raro, de modo oportunista, após a sustentação oral defensiva, pretende articular as razões acusatórias, pode gerar nulidade. Se o Ministério Público quiser sustentar as razões deve fazê-lo antes da defesa ou pelo menos se inscrever. Não há espaço para surpresa, muito menos, privilégios. Ademais, não é permitido dar opiniões no decorrer dos julgamentos, salvo esclarecimento sobre "questão de fato" (por qualquer das partes). Do contrário, não há paridade de armas, mas privilégios incompatíveis com o dever de igualdade de tratamento;

12) Objeto Recursal: O recurso ataca o comportamento decisório do juiz (omissão/inércia, decisão interlocutória ou de mérito), buscando a mitigação, o afastamento, a anulação ou a reforma do ato impugnado (no todo ou em parte). **Os recursos podem ser totais ou parciais quanto à impugnação da decisão recorrida**. Com fundamentação livre ou vinculada (quando restringida pela lei). Podem ser **verticais** (ao órgão *ad quem*) ou **horizontais** (ao mesmo órgão julgador). Embora controversa, pelo menos no CPP, ainda existem **recursos voluntários** e obrigatórios, dado que diante do processo entre partes, torna-se constitucionalmente incompatível o recurso voluntário. **Diferencia-se entre requisitos objetivos** (cabimento, adequação, tempestividade e preparo – CPP, art. 806, §2º, quando cabível) e **subjetivos** (legitimidade e interesse – gravame decorrente da decisão, CPP, art. 577, parágrafo único). Na maioria das hipóteses, não há incorporação ou produção probatória (salvo o controverso art. 616, do CPP) ou a juntada de precatórias/rogatórias pendentes (CPP, art. 222, § 2º), bem assim a juntada de novos documentos (CPP, art. 231), garantido o contraditório, ou seja, se algum novo elemento probatório for anexado, a parte adversa deve ser ouvida (em regra, 5 dias). É a continuidade do processo em outro ambiente e contexto. Significa a oportunidade de rever os erros de avaliação probatória, de reformular/sustentar as narrativas. Preclusa a possibilidade de produção probatória voluntária, salvo a juntada de documentos e provas já indicadas a produção, desde que justificada a juntada tardia. O material que poderá ser explorado já se encontra nos autos, com as restrições decorrentes da inserção do Juiz das Garantias, excluindo-se os atos de investigação (caso entre em vigor). A linha argumentativa pode atacar a "validade" da "premissa normativa" e a "coerência" ou "consistência" da "suficiência probatória" (Standard Probatório) da decisão impugnada, articulada em face do **Esquema Decisório** dos julgadores do Tribunal;

"a) É ato de parte, portanto, não é recurso a atividade de ofício do juiz (senão um mero reexame, completamente dispensável, a nosso ver); b) A parte recorrente deve ter sofrido um gravame, um prejuízo; c) É um direito que deve ser exercido no mesmo processo, ou seja, não instaura o recurso uma nova situação jurídico-processual, senão que constitui desdobramento ou nova fase do mesmo processo que gerou a decisão impugnada; d) A decisão deve ser recorrível; portanto, não pode ter-se operado a coisa julgada (ainda que formal); e) Estabelece um julgamento sobre o julgamento (ou seja, o juízo sobre o juízo, de Carnelutti); f) Permite que outro órgão jurisdicional (superior, hierarquicamente), modifique a decisão, anulando-a, ou reformando-a, no todo ou em parte". **Aury Lopes Jr**

13) Dinâmica e Processamento dos Recursos: Como meio processual de impugnação, submete-se aos requisitos formais – prazos, razões, preparo (se for o caso) –, bem assim à conformação legal, diante

do princípio da **unirrecorribilidade** (para cada manifestação judicial, um recurso), ainda que se aplique, ausente má-fé, a **fungibilidade recursal** (CPP, art. 579). Deve haver legitimidade e lesividade em face do objeto atacado no recurso. No tocante aos **efeitos**, o **devolutivo** sempre acontece pela entrega, ao órgão recursal, das questões analisadas na instância anterior. Já o efeito **suspensivo** implica em diferir as consequências da decisão, sem prejuízo, da análise da prisão cautelar. Pelo regime atual, a sentença, havendo recurso, sempre se suspende, mesmo nos casos de execução provisória e manutenção da prisão cautelar, porque a prisão não deveria ser antecipação de pena (a prisão obrigatória no Júri é inconstitucional). Pode acontecer, também, por aplicação do art. 580, do CPP, a extensão dos efeitos da decisão aos corréus (efeito carona; *Free Rider*), não recorrentes, diante da comunicação das circunstâncias que levaram ao acolhimento do recurso. No regime do CPP, as fases recursais dividem-se em: **a) interposição** (termo ou petição), e; **b) razões** (fundamentos técnicos do pedido de revisão). Por exemplo, no primeiro momento da **apelação** apresenta-se manifestação no sentido do interesse recursal no prazo de 5 (cinco) dias (CPP, art. 593) e, concomitantemente ou no prazo de 8 (oito) dias, as razões recursais, isto é, recebida a intenção, abre-se oportunidade para apresentação das razões. Não há nulidade de apresentação conjunta de recurso com razões. Pode acontecer que, manejado o recurso, não sejam apresentadas as razões. Em se tratando de Recursos ao STF e STJ, não serão conhecidos. Se forem recursos ordinários aos Tribunais, recebem tratamento diverso. No caso do Ministério Público não deve(ria) ser conhecido o recurso, mas a jurisprudência é bem leniente. Já na hipótese defensiva, mesmo sem as razões, os Tribunais, em nome da amplitude da defesa, devem conhecer toda a matéria (a extensão é ampla). Caso o acusado interponha, por si, o recurso, o defensor deverá ser intimado para apresentar as respectivas razões, uma vez que a defesa técnica completa o recurso. Quando o defensor não apresenta, o acusado deve ser intimado para constituir novo defensor (no prazo indicado, em regra 3 ou 5 dias). Ausente, deverá ser nomeada a Defensoria Pública.

STJ, HC 368.272-SP (Min. Reynaldo Soares da Fonseca): "Compartilho deste mesmo entendimento, pois a escolha de defensor, de fato, é um direito inafastável do réu, principalmente se levar em consideração que a constituição de um defensor estabelece uma relação de confiança entre o investigado/réu e seu patrono. Assim, uma vez verificada a ausência de defesa técnica a amparar o acusado, por qualquer motivo que se tenha dado, deve-se conceder, primeiramente, prazo para que o réu indique outro profissional de sua confiança, para só então, caso permaneça inerte, nomear-lhe defensor dativo ou enviar os autos à Defensoria Pública. Isso porque o acusado tem o direito de se ver processado de acordo com o devido processo legal, consubstanciado, dentre outras, na garantia à ampla defesa e ao contraditório previstos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, permitindo-se, assim, o equilíbrio da relação processual e o tratamento isonômico das partes, bem como a própria preservação da imparcialidade do julgador. Nessa ordem de ideias, no âmbito da garantia à ampla defesa, é assegurado ao acusado o direito de nomear um defensor de sua confiança, nos termos do artigo 263 do Código de Processo Penal, que preconiza que se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação". Ainda: STJ, 321.219/SP **(Min. Rogéri Schietti Cruz).**

Consoante afirmado com *Aury Lopes Jr*, não se pode mais tolerar o extrapolamento do **prazo das razões recursais do Ministério Público**, tratando-a como mera irregularidade. Interposto o recurso, abre-se o prazo para apresentações das razões. A demora na apresentação das razões, para além do prazo previsto em lei, considera-se como mera irregularidade e, por via de consequência, não impede o conhecimento pelos Tribunais (STJ, HC 281.873; HC 220.486), A despeito do disposto nos arts. 801 e 802, do CPP, em geral, conhecem-se das razões, sob o argumento retórico de que não constitui nulidade, mas mera irregularidade**.** A questão está mal posta, dado que não se trata de discussão sobre a nulidade do ato, mas sim a perfeita interposição do recurso. Precisamos, então, na linha do que já defendemos sobre a Duração Razoável do Processo (o julgamento sem demoras não pode ficar ao alvedrio da parte; é garantia constitucional),

evitar dilação de prazos fora das regras. O fato de o Ministério Público ter apresentado o desejo de recorrer, cria o ônus de apresentar as razões nos prazos respectivos, os quais, não podem ser considerados genericamente como impróprios. Muito pelo contrário, uma vez que se trata da liberdade do sujeito que aguarda a finalização de sua questão processual. Precisamos levar a sério o devido processo legal e começar a reconhecer que os prazos para apresentação das razões recursais, complementares à manifestação do desejo recursal, constituem-se como instrumento de garantia do *Fair Trail*. Não se pode pensar sequer em demora justificada, uma vez que os prazos são peremptórios e organizadores da dinâmica processual. Pensar o contrário é fazer letra morta às regras procedimentais que, no caso, não se constituem em privilégio do Ministério Público e do Juiz. Devem ser cumpridos. Não apresentadas as razões no prazo de lei, o recurso não congrega a respectiva motivação e, por via de consequência, não deve ser conhecido por incompleto. Aos que entendem tratar-se de mera irregularidade, pelo menos a mesma quantidade de dias deve ser ofertada à defesa, já que o tratamento igualitário deveria prevalecer. O importante, reafirme-se, é o respeito pelas regras do jogo (prazos são regras próprias);

STJ, HC 475.452 (Min. Ribeiro Dantas): "Não obstante seja pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça de que a extemporaneidade da apresentação das razões recursais não justifica a inadmissibilidade do recurso interposto tempestivamente pela parte, o oferecimento das razões 3 anos após a interposição da apelação, ainda mais quando impronunciado o acusado, fere os princípios da razoabilidade, lealdade processual e segurança jurídica. 2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão do Tribunal de origem e restabelecer a sentença de impronúncia.

TRF, 2ª Região, RESE 0000768-87.2010.4.02.5106 (Desa. Liliane Roriz): "**1. É certo que venho acompanhando o entendimento dos Tribunais Superiores, no sentido de que a apresentação a destempo de razões recursais configura mera irregularidade. In casu, porém, a demora de quase dois anos para que o órgão Ministerial oferecesse suas razões ao presente recurso fere qualquer limite de razoabilidade, além do princípio constitucional da duração razoável do processo, deixando de consistir-se em mera irregularidade e passando a hipótese de intempestividade. 2. O lapso injustificado de 2 anos se deveu exclusivamente a fatores da acusação, a que nada contribuiu a ré, sendo que o MPF, em momento algum, buscou trazer aos autos explicações para sua desídia, não podendo o Judiciário compactuar com tais comportamentos. 3.** O réu não pode permanecer indefinidamente sem um mínimo de prazo para saber se responderá ou não a uma ação penal, até mesmo porque nosso sistema processual penal trabalha com prazos curtos, justamente em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana".

14) Razões Recursais em Segundo Grau: CPP, art. 600, §4º: Dispõe o art. 600, §4º, do CPP que o recorrente poderá interpor o recurso e apresentar as razões recusais em segundo grau, depois de distribuído o recurso. O artigo é compatível com a Duração Razoável do Processo (STF, HC 128.873, o Min. Marco Aurélio). A apresentação das razões somente quando já distribuído o recurso constitui ganho estratégico, porque os argumentos serão apresentados depois de atribuídos os julgadores, potencializando as expectativas de comportamento decisório. A linha argumentativa pode ser 'customizada' conforme o órgão julgador. Diante do reconhecimento do Promotor Natural, não se aplica a regra do art. 600, § 4°, do CPP, ao órgão acusatório;

CPP, art. 600, §4º: "Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância serão os autos remetidos ao tribunal ad quem onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial".

15) Devida Motivação e Julgamento *Per Relacionem*: Quando o relator, em vez de analisar o recurso, adota como razão de decidir, na íntegra, sem acrescentar conteúdo próprio, as razões do Ministério Público, há violação do dever de motivação (STJ, EDResp 1.384.669, Min. Néfi Cordeiro; Terceira Seção). O julgamento, em regra por colegiado, deve analisar todas as razões deduzidas no reclamo, de maneira a rebater as hipóteses invocadas, dando amplitude a defesa, inclusive em embargos de declaração. A confirmação ou reforma da decisão deve adequar-se aos parâmetros do art. 315, §2º, do CPP, não bastando a mera transcrição, mas com o rebatimento de todas as teses aduzidas. A adoção de ementas, das razões de primeiro grau, desprovida de singularização, ofende ao dever de fundamentação, mas é amplamente tolerada pelos Tribunais que repetem a mesma aparência de motivação;

STJ (EDResp 1.384.669, Min. Néfi Cordeiro): "[...] a mera transcrição de outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo de fundamentação, não é apta a suprir a exigência de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal. 2. A Corte de origem, ao apreciar o apelo defensivo, limitou-se a fazer remissão ao parecer ministerial, sequer transcrito no acórdão, sem tecer qualquer consideração acerca das preliminares arguidas, o que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais".

"O contraditório há de ser garantido, mesmo nos embargos declaratórios, independentemente de sua finalidade: meramente declaratórios, prequestionadores ou infringentes. O TEDH, no caso Skondrianos vs Grécia, de 18.12.2003, assentou a necessidade de contraditório na fase recursal, na medida em que exigiu a discussão de todas as teses da defesa". **Nereu José Giacomolli**

16) Novos Esquemas Decisórios: Julgadores em Colegiado/Grupo (heurísticas, vieses e regras implícitas): O comportamento dos julgadores

em colegiado pode variar por diversos fatores, dentre eles, a proeminência de algum dos membros, a tendência à aversão da dissidência (essa tal colegialidade que evita a divergência), enfim, e o novo **contexto**, em que as variáveis são exponenciais. Identificar e planejar os argumentos depende do relator e da composição do colegiado no dia do julgamento, inclusive para solicitar adiamento. A ordem que os processos são chamados, as altercações eventuais, o cansaço, enfim, os fatores que alinhamos. Em geral, prevalece o jogo coletivo e de pares, em que a estratégia dominante é a cooperação, já que a repetição de jogos é semanal. A dissensão representa perda de energia e desgastes mútuos, de modo que a tendência é a estabilização via consenso **(Efeito Manada)**.

A reciprocidade de comportamentos cooperativos acontece em colegiados de maneira sutil, sem muito alarde; funciona por regra implícita, capaz de manter a ordem de trabalho possível. A interação reiterada promove o Equilíbrio de Nash (fazer o melhor para si e o melhor para o grupo). Os resultados da cooperação são maximizadores dos benefícios e reduzem os custos (cognitivos e de oportunidade; p.ex.). A **Confiança** preside o relacionamento em colegiado até o ponto em que algum membro rompe com o pacto implícito, é retaliado (pedidos de vista, de esclarecimentos, dissidências oportunistas – estratégia do gatilho), até o momento em que volta a cooperar. Na hipótese de colegiado conflituoso (polarizado), a dinâmica muitas vezes depende de quem está presente ao ato, porque a composição para o julgamento pode alterar o resultado. Assim como no trânsito, em que as aparentemente insignificantes pisadas no freio de cada automóvel podem ser a causa suficiente de congestionamentos, altercações constantes geram pontos de tensão (estresse, rivalidade etc.), cujo resultado é o "congestionamento da pauta". A tendência é a de se encontrar certo ponto de equilíbrio de sobrevivência em colegiado (a cooperação em contexto de equipe). **A noção de "pensamento em grupo" pode ser a chave descritiva do motivo do fenômeno "com o relator", observável nos colegiados**. Em nome da convivência harmônica, o membro tende a se "ajustar" ao pensamento dominante (*Adrian Vermeule* e *Robert Jervis; Roberto Kayat* e *Igor de Lazari)*. O tema foi anteriormente trabalhado quando se abordou o **Dilema do Prisioneiro**. O que diverge muito acaba sendo hostilizado pelos demais (revide e descrédito). No julgamento em colegiado, em geral, ocorre com 3 (três ou mais) julgadores. Quando há unanimidade inexiste problema, assim como quando dois concordam integralmente e um diverge, situação que dá ensejo aos **Embargos Infringentes**, desde que favorável à defesa. O problema se instaura quando são três votos distintos. Na fixação do "voto médio", os erros lógicos são comumente verificados. A partir do **Paradoxo de Condorcet**, comprovado pelo teorema de Kenneth May, a ordem da votação pode modificar o resultado. Dar-se conta do fenômeno exige táticas diversas de abordagem dos julgadores, evitando-se o resultado em desconformidade com o voto da maioria. O fenômeno do **efeito**

"Janis delineou, adicionalmente, seis sintomas do pensamento de grupo. (1) Na atitude de mente fechada, o grupo não está aberto a ideias alternativas. (2) Na racionalização, o grupo faz de tudo para justificar o processo e o resultado de sua tomada de decisão, distorcendo a realidade quando necessário, a fim de ser persuasivo. (3) Na supressão da dissensão, aqueles que discordam são desprezados, criticados ou mesmo ostracizados. (4) Na formação de um 'guarda-costas mental' para o grupo, uma pessoa se nomeia o responsável pela norma do grupo e assegura que as pessoas se mantenham em harmonia. (5) No sentir-se invulnerável, o grupo acredita que deve estar certo, tendo em vista a inteligência de seus membros e as informações que possuem disponíveis. (6) No considerar-se unânime, os grupos acreditam que todos partilham unanimemente as opiniões expressas pelos grupos. A tomada de decisões imperfeita resulta do pensamento de grupo, o qual é em consequência, por sua vez, do exame insuficiente das alternativas, analisando riscos inadequadamente e buscando informações de modo incompleto sobre alternativas". **Robert J. Sternberg**

"Os acórdãos são, na maioria, de poucas laudas. Há muita repetição de acórdãos anteriores, vários não relacionados aos casos em que estão referenciados e pouca discussão. Abundam as unanimidades, quase sempre monólogos do relator. Raramente há citação doutrinária. Quase exclusivamente leis e julgados. Pouco importam os fatos. Menos ainda as provas, ou melhor, as faltas de provas. A falta, constitutiva do ser, representa muito. A máquina jurídica opera por meio de referências vagas a outras referências vagas, enunciadas pelos shifters linguísticos. Na falta de sentido próprio, as decisões remetem a outras decisões e formam uma cadeia cuja origem tampouco parece ter sentido. Abundam expressões como 'melhor sorte não assiste à defesa', 'não merece prosperar', 'razão não assiste' e outros mantras judiciários produzidos e reproduzidos cotidianamente na máquina". **Luiz Eduardo Cani**

"Ele [Condorcet] sabia, mesmo sem a demonstração de May, que a votação por maioria era um método eficiente de escolha entre duas alternativas. Na presença de mais alternativas, uma ideia óbvia seria votar duas de cada vez, optando por aquela que obtivesse a maioria contra todas as remanescentes. Condocert demonstrou que, infelizmente, não é certo que haveria tal alternativa: mesmo se as preferências dos votantes singulares, em respeito às diversas alternativas, fossem ordenadas linearmente, a votação poderia de fato produzir uma ordem social circular". **Piergiorgio Odifreddi**

"Efeitos sistêmicos ocorrem em duas dimensões distintas. Primeiro, quando verificamos ser possível, a um sistema, exibir propriedades e comportamentos diferentes dos observados nos indivíduos que o compõem. De fato, o resultado operacional do somatório das partes pode vir a ser completamente diverso da atuação isolada de cada parte. Segundo, quando estas partes estão interligadas de forma que mudanças experimentadas por uma ou algumas delas, ou em suas relações, produzem modificações em outras partes do sistema. Assim, quando um elemento é alterado, muitas vezes outro ou outros elementos do sistema modificam-se também, o que indica a influência recíproca entre os seus componentes". **Roberto Kayat e Igor de Lazari.** Veja no site do Guia um exemplo (STJ, REsp. 982.033).

"Un juez podría suscribir la opinión mayoritaria en un caso no porque esté de acuerdo con ella, sino porque cree que disentir públicamente podría traer aparejado ampliar el efecto de la opinión mayoritaria al atraer la atención sobre la misma. La <<aversión al disenso>> ayuda a explicar el desconcertante efecto al que da lugar la composición de los órganos judiciales [...]. También influyen sobre el comportamiento judicial factores institucionales como la claridad o la falta de claridad del derecho, la remuneración y volumen de trabajo, y la estructura de promoción en la carrera judicial". **Richard A. Posner**

sistêmico faz com que o resultado nem sempre represente a deliberação dos votos isoladamente.

Para além do plano normativo, a maneira pela qual o discurso do relator é apresentado pode alterar a votação. Se o voto é proferido de modo seguro, demonstrado estudo e credibilidade, associada à reputação, a tendência é a de adesão. A dinâmica de julgamentos coletivos e repetitivos integra a variável fundante de um grupo, a saber, a de que os julgadores se enfrentarão diversas vezes numa mesma sessão e sabem que na semana seguinte, em regra, estarão novamente interagindo, de modo que as movimentações internas se darão no sentido de se construir aliados, posturas de concordância (cooperativa), vinculados à capacidade de Confiança e do perfil dos julgadores.

A ordem pela qual os processos são pautados e/ou julgados pode alterar o resultado. Depois de dois processos em que o relator é vencido e a relatoria transferiu-se ao revisor, por exemplo, a expectativa de concordância com o terceiro voto é maior. As regras não ditas de convivência coletiva assim apontam. A relatoria designada sobrecarrega o revisor, além de, pelas regras de convivência, não deve dissentir a todo o tempo. A presença da defesa no julgamento tende a alterar a *profundidade* em que o caso é analisado. Não porque os julgadores estejam de má-fé e sim porque a credibilidade e a confiança depositadas no relator, na ausência das partes, é potencializada (S1 prevalece sobre o S2). A composição dos julgadores pode alterar os julgamentos pautados, na perspectiva, por exemplo, de fazer prevalecer a posição do relator. Se o revisor ou o vogal, com posições diversas, estiverem afastados (férias, ausência ocasional, licença etc.) o benefício do relator consiste em não travar *batalha oral* com ponto de vista dissonante. Em caso de colegiados maiores, a metodologia da votação pode alterar o resultado. Se o órgão julgador é composto de 11, antes da aplicação da pena, deve-se decidir pela absolvição/condenação. Se o voto fosse total e não fatiado, a possibilidade de absolvição seria potencializada. Tal situação é estudada há tempos e, no campo das eleições, demonstrável matematicamente, afinal, podemos eleger qualquer candidato à presidente da República ou somente os candidatos que os partidos escolhem? A decisão dos partidos vincula e estreita as possibilidades de votação (Paradoxo de *Condorcet*). Daí que, em colegiados, especialmente nos embargos infringentes, a posição de manter as posições anteriores, muitas vezes, pode ser estrategicamente equivocada. Uma pequena alteração tende a obter a adesão dos demais. Na escolha da tática deve-se recordar que muitos julgadores estão com muitos processos pautados, com urgência para terminar ou "não perder tempo". A sustentação oral deve ser bem avaliada e sublinhar diretamente a questão, sem floreios desprovidos de sentido. Se a palavra quer entrar justa, ou seja, se fazer ouvir, é preciso articular algo que faça sentido (cooptação da atenção consciente). Enfim, contar a história do caso no ponto controverso, sem relatório exaustivo, leitura de dispositivos

legais, de doutrina ou de jurisprudência, apresentando as boas razões de modo lógico, racional e organizado, sem manipulações. Ler doutrina e jurisprudência, repetir o óbvio, não causa boa impressão. Devem fazer sentido. Do contrário, não chamam a atenção consciente. Se não há nada de importante a sublinhar, melhor ficar calado. Nunca leia o dispositivo de lei porque causa péssima impressão, afinal de contas, supõe que o julgador não conhece a lei (a vaidade e o excesso de confiança comparecem mais do que imaginamos);

"Os desembargadores, em geral, escutam os advogados pensando em outra coisa. Mario Quintana dizia que os chatos argumentativos são melhores que os chatos perguntativos, já que, com os primeiros, pode-se ouvir pensando em outra coisa". **Paulo Ferrarezze Filho**

"É preciso que se saiba contar histórias ao redigir um texto jurídico. [...] Entulhar uma peça processual com inúmeros julgados (dizendo-se, sendo ou não, jurisprudência), os quais muitas vezes sequer o autor da peça os lê integralmente, é realmente necessário?" **Paulo Silas Filho**

C – Controvérsia:

1) Audiência de Custódia, Liberdade e Recurso: O juiz, ao analisar a prisão em flagrante, poderá relaxar a prisão e/ou conceder liberdade, com ou sem cautelares. A perguntas são: a) qual o recurso cabível quando o juiz relaxa ou concede liberdade provisória com ou sem cautelares do art. 319 do CPP; b) se é possível conferir efeito suspensivo? **D**as decisões proferidas em **Audiências de Custódia** ou análise do flagrante (CPP, art. 310), por exemplo, tanto a que mantêm como a que libera, em ambas, cabe RESE (CPP, art. 581: V). Em resumo: todas as decisões proferidas na Audiência de Custódia ou análise do flagrante **não terão efeito suspensivo** (CPP, art. 584). O uso RESE associado ao Mandado de Segurança (para conferir efeito suspensivo) é rejeitado pelo STJ (Súmula 604). Não há previsão legal, em matéria penal, para atribuir efeito suspensivo a recurso que não o tenha. Este é o regime legal, mas se inventa muito no cotidiano forense. A lei não serve de barreira para quem acha que ela é obstáculo. Se conferido efeito suspensivo, cabe a interposição de ***Habeas Corpus*** ou Reclamação Constitucional, a depender da hipótese;

STJ Súmula 604: "Mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público." A razão forte é a de que "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido do descabimento de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto a decisão que concede liberdade provisória, **por ausência de amparo legal e por tal manejo refugir ao escopo precípuo da ação mandamental.** 3. Assim, o manejo do mandado de segurança como sucedâneo recursal, notadamente com **o fito de obter medida não prevista em lei,** revela-se de todo inviável, sendo, ademais, impossível falar em direito líquido e certo na ação mandamental quando a pretensão carece de amparo legal. Precedentes". (STJ, HC 368.906/SP).

2) Heurísticas, Vieses, Argumentação e Falácias: Renovamos o desafio de compreender a dinâmica dos julgamentos em Colegiado, em que as armadilhas cognitivas, os erros de argumentação, o oportunismo, podem comparecer em maior ou menor grau. Ate porque o relator chega ao julgamento com a decisão proferida. A nossa suposição preliminar é a de que buscará sustentar a consonância cognitiva (equilíbrio). Após a escolha, a tendência é a de valorizar a opção eleita e desvalorizar a ignorada (evidências reais ou imaginárias, suficientes à confirmação da escolha realizada). Por isso o trabalho argumentativo deve ser cuidadoso e planejado, considerando, também, que o comportamento, em grupo, tende a ser diverso do individual;

D – Estratégia:

1) Dinâmica Real: O Planejamento no regime recursal demanda conhecer a dinâmica real de funcionamento do órgão julgador, seus componentes, **Esquemas Decisórios**, histórico de deliberações. É amador deixar para se preparar de véspera. Cada contexto precisa ser customizado. Apostar na aleatoriedade ou nas atuações padrões é reduzir as chances de êxito.

19.2 Apelação (CPP e Juizados Especiais)

A – Definição:

É o recurso interposto contra sentença (condenatória, absolutória, com força de definitiva), proferida pelo juiz, colegiado ou Tribuna do Júri.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Cabimento no Regime do CPP: Apelação nomeia o recurso a ser interposto em face de decisão ou sentença de juiz monocrático, com a finalidade de rever o seu conteúdo. Submete-se ao regime previsto nos arts. 593 e sgts., do CPP, devendo-se atentar para o disposto no art. 593, § 4º, do CPP: "*Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra".* Cuida-se de recurso residual às hipóteses do art. 581, do CPP: se a decisão não comportar RESE, deverá ser interposta Apelação, podendo-se falar, em alguns casos, de aplicação da fungibilidade recursal (CPP, art. 579). O rol é mais ampliado e flexível. Nos julgamentos originários dos Tribunais, incabível a Apelação, e sim, interposição de Recursos ao STF e STJ, conforme o caso, bem assim Embargos de Declaração ou Infringentes.

CPP, art. 593: "I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; II – das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos".

2) Extensão da Apelação (total ou parcial) e Razões Recursais (com ou sem razões): O ato judicial (sentença) pode ser impugnado no todo (apelação plena) ou em parte (apelação limitada ou parcial), nos termos do art. 599, do CPP e art. 82, § 1º, da lei 9.t099/95. O recurso é composto de duas peças distintas: a) petição recursal; e, b) razões recursais. Da análise conjunta das peças, será possível estabelecer a extensão recursal (*tantum devolutum quantum appellatum*), evitando-se o julgamento *"extra"* ou *"ultra petita"* contra o acusado. Em favor do acusado, o Tribunal pode conceder *Habeas Corpus* de ofício (CPP, art. 654, §2º), além de estender os efeitos da absolvição (CPP, art. 580). Por ser o recurso mecanismo disponível, manifestado pela "voluntariedade" (não obrigatório), a atividade recursal deve apontar expressamente o motivo do desacordo (da "premissa fática", da "premissa normativa ou da aplicação da pena), isto é, argumentar sobre quais pontos precisam de revisão pelo órgão *ad quem*. Do contrário, bastaria a mera interposição da petição recursal, premissa incompatível com o art. 599, do CPP e 1º, do art. 82, da Lei 9.099/95. Sem razões, não se estabelece a **dialeticidade** entre o ato decisório, o recurso, as partes e o órgão revisor, pressupondo-se, ademais, de modo ilógico, a "impugnação total" da decisão. A prevalecer a "impugnação total", mesmo nas hipóteses de "recurso parcial" do Ministério Público, o órgão *ad quem* estaria autorizado a reformar "toda a decisão" contra o acusado (forma de *reformatio in pejus*). É que se a "ausência de razões" (o menos) autoriza "o recurso pleno", o "recurso parcial" (o mais), não poderia restringir o órgão revisor, situação irracional e que a afronta a lógica da Súmula 160 do STF (se só pode conhecer de nulidade invocada contra

o acusado e, portanto, a "ausência de razões" não pode se transformar "em razões"). A indicação precisa dos pontos é condição para efetivação do contraditório entre as partes. Do contrário, as razões seriam "mero ornamento" recursal. Justamente por "constituírem" o recurso (petição e interposição e razões recursais),a delimitação do "objeto do recurso" é feita no momento da interposição (*tantum devolutum quantum apellatum*). A consequência da ausência das "razões recursais" recebe tratamento distinto: **i) Ministério Público**: não se conhece do recurso por ausência de dialeticidade (diálogo com a sentença e com a defesa) e porque das "não razões" é inválida a inferência de que o recurso é pleno. Configura-se em ônus descumprido, cujo efeito é o de não prejudicar a situação jurídica do acusado sem motivação recursal adequada (*reformatio in* pejus, por equivalência). Postura dominada aplica subsidiariamente o art. 28, do CPP, instando o Procurador Geral; **ii) Assistente de Acusação**: não se o conhece do recurso; **iii) Defesa**: abrem-se 3 (três) opções: **a**) não conhecimento do recurso por ausência de razões (postura formalista); **b)** intimado do acusado para suprir a ausência ou constituir novo procurador, em prazo razoável (5 a 10 dias). Não atendida a providência, encaminha-se à Defensoria Pública (STJ, HC 302.586; RHC 025.736); **c)** a ausência de razões devolve toda a matéria ao órgão *ad quem*, tendo em vista que pode conceder *Habeas Corpus* de ofício (STJ, RHC 068.264; AgRg HC 320.398). Essa última hipótese **não se aplica às decisões proferidas no Tribunal do Júri**, em face do regime diferenciado previsto no art. 593, III, do CPP, a seguir abordado. A apresentação de razões recursais é a oportunidade de se dirigir diretamente ao relator, sublinhar os pontos importantes, enfim, argumentar de modo direto e assertivo, enquanto a ausência de razões configura erro estratégico grave;

CPP, art. 599: "As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele".

Lei 9.099/95, art. 82, §1º: "Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. § 1º A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente".

STJ, RHC 25.736/MS (Min. Nefi Cordeiro): "1. Sendo a apelação, também no rito da Lei nº 9.099/95, uma espécie de recurso, a ausência ou intempestividade das razões, não induzem ao não-conhecimento da apelação interposta. 2. Esta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que, diante da inércia da defesa na apresentação das devidas razões recursais, em homenagem ao princípio da ampla defesa e contraditório, é imprescindível a intimação do réu, oportunizando a constituição de novo defensor. 3. Recurso em habeas corpus provido para reconhecer a nulidade da decisão de inadmissão do recurso de apelação pela ausência das razões, para a intimação do recorrente a fim de que constitua novo defensor para tal fim e, de ofício, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal".

3) Prazo, Forma de Interposição Efeito (devolutivo e suspensivo): Nos **Juizados**, o prazo é de 10 (dez) dias, com apresentação em conjunto do recurso e das razões. No **CPP**, o prazo de interposição é de 5 (cinco) dias a contar da intimação. O que importa é a data do protocolo e não a da decisão que recebe o recurso. O ato de interposição pode se dividir em dois momentos. O primeiro, do termo de interposição dirigido ao juiz pelos jogadores, ou, no caso de sentença condenatória, da manifestação expressa do acusado de que 'deseja recorrer' (CPP, art. 392), embora não tenha capacidade postulatória para apresentar razões (segundo momento, exclusivo do defensor). Nesses casos, tem-se o recurso interposto e, depois de recebido, abre-se o prazo de 8 (oito) dias para apresentação das razões. Como já indicado, prevalece o entendimento que o traspassamento do prazo é mera irregularidade. Havendo assistente de acusação, sua atuação se dará, no prazo de 3 (três) dias, após o Ministério Público (CPP, art. 600, § 1°). Em caso de ação penal privada, o Ministério Público deverá se manifestar, também, em 3 (três) dias (art. 600, § 2°, do CPP). Se forem dois ou mais os apelantes ou apelados, os prazos serão comuns (art. 600, § 3°, do CPP). O prazo para o oferecimento das contrarrazões é o mesmo

daquele destinado ao oferecimento das razões recursais. A apelação possui efeitos devolutivo e suspensivo, salvo fundamentação na sentença em sentido contrário (CPP, art. 597). Na hipótese de o recurso ser oferecido pelo assistente de acusação – quando o Ministério Público não ofereceu no prazo que possuía para tanto (CPP, art. 598, parágrafo único) – não terá efeito suspensivo. Anote-se que a manutenção/decretação da prisão preventiva deverá ser renovada, de maneira motivada, não se justificando o mero dizer: *"o acusado respondeu ao processo preso, devendo permanecer como tal"*, porque a situação fático-jurídica se alterou e as razões precisam ser renovadas, sob pena de ilegalidade da prisão.

STF, Súmula 710: "No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou carta precatória ou de ordem".

STF, Súmula 428: "Não fica prejudicada a apelação entregue em cartório no prazo legal, embora despachada tardiamente"

4) Recurso no Júri: Nos processos do Tribunal do Júri há **regime diferenciado**, uma vez que não há fundamentação na decisão de plenário, devendo-se indicar a hipótese e a extensão do recurso (CPP, art. 593, III). Salvo a aplicação da pena, inexiste motivação sobre as razões da decisão condenatória/absolutória, já que os jurados julgam conforme sua "íntima convicção", ou seja, puro subjetivismo. O art. 416 do CPP prevê o cabimento de apelação contra as decisões de impronúncia e de absolvição sumária, em que o recurso analisará as razões do momento de pronúncia, diferentemente das hipóteses do art. 593, III, do CPP, isto é, a cognição do Tribunal será sobre os motivos da impronúncia ou absolvição sumária. A análise a seguir convence somente aos casos de absolvição pelo plenário do Júri (segunda fase do procedimento), cujo regime recursal é diferenciado (STF, Súmula 713), relembrando-se a discussão sobre a impossibilidade recursal nos casos de absolvição. Nos termos do art. 593, III, do CPP, somente é possível manejar-se o recurso quando: **a)** ocorrer nulidade posterior à pronúncia, por exemplo, leitura no plenário da decisão de pronúncia ou acórdão, uso de algemas e defeitos/equívocos na formulação dos quesitos, apresentação de documentos não juntados no tempo correto; **b)** a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, a saber, o juiz desconsidera a soberania dos veredictos, por não se conformar com a decisão dos jurados; **c)** erro na aplicação da pena, isto é, a quantidade de pena ou medida de segurança é verificada, para mais ou menos, inclusive o regime de cumprimento de pena; e, **d)** for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, conforme veremos a seguir. Nas três primeiras hipóteses (a, b e c), o Tribunal retifica a sentença, sem necessidade de novo julgamento. Na quarta hipótese – **decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos** (CPP, art. 593, III, "d") –, instala-se controvérsia, cuja tendência é a de impedir o recurso do jogador acusatório. A antiga compreensão da possibilidade recursal do Ministério Público (STF, HC 68.219-7), reafirmada pelo STJ em 2015, por maioria, restou superada pela compreensão e eficácia do controle de convencionalidade do STF. **Diretamente: o recurso previsto no art. 593, III, "d" do CPP (*for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos*) é exclusivo da defesa,** consoante sublinhado anteriormente, salvo na hipótese de a

STF, Súmula 713 do STF: "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos de sua interposição".

STF, MCROHC 117.076 (Min. Celso de Mello): "A apelação com base na manifesta contrariedade às provas dos autos passou a ser recurso exclusivo da defesa. [....] Controle recursal pela acusação pois insuscetível de análise quanto os seus fundamentos que podem inclusive decorrer do perdão social pelo fato praticado [...] A Lei nº 11 689/2008 ao reformar o modelo de Tribunal do Júri existente no Brasil reconstruiu o pacto democrático ao dotar o jurado de garantia de imparcialidade e da possibilidade de formar a sua íntima convicção sem ficar submetido a mecanismos de controle autoritário".

"O caráter de garantia das soberania dos veredictos, cuja funcionalidade é a proteção do acusado de crimes dolosos garantido um julgamento humano realizado por seus pares, e a íntima convicção dos jurados somada ao sigilo das votações também revestido de garantia constitucional e que lhes permite absolverem o réu por razões de índole subjetiva e cujo conteúdo não será revelado, impedem a reforma da decisão por um Tribunal limitando, neste caso, o acesso ao duplo grau de jurisdição pela acusação". **Tiago Bunning Mendes**

decisão estar fundada em argumentação **oportunista**, a saber, não cabe o uso da "legítima defesa da honra" em **feminicídio**. Se as partes se valem de argumentos inválidos, capazes de influenciar os jurados, o juiz deveria advertir sobre a invalidade do argumento e, absolvido, cabível a anulação. De qualquer sorte, acolhendo-se o recurso da acusação, o Tribunal determinará novo julgamento em plenário, não se admitindo novo recurso pelo mesmo fundamento (CPP, art. 593, § 3º). A soberania do Júri impede que o Tribunal substitua a decisão, até porque como não é motivada, torna-se impossível a análise de seu acerto. Prevalece a orientação de que, existindo duas versões suficientemente críveis, a decisão do corpo de jurados, julgador natural, deve preponderar, mesmo que não seja a decorrente de julgamento técnico. Atente-se, ainda, para proibição de *reformatio in pejus* (direta ou indireta), acolhida pelo STF (HC 89.544 ,Min. Cezar Peluso);

"Nestes termos, entende-se que o recurso de apelação fundado na alínea 'd' teria sido revogado tacitamente pelo artigo 483, III e parágrafo 2º em se tratando de absolvições proferidas pelo Tribunal do Júri". **Marina Sandrini Proner**

STJ, Resp. 1.451.720 (Min. Nefi Cordeiro): "O CPP, em seu art. 593, § 3º, garante ao Tribunal de Apelação o exame, por única vez, de conformidade mínima da decisão dos jurados com a prova dos autos. Assim, não configura desrespeito ou afronta à soberania dos veredictos o acórdão que, apreciando recurso de apelação, conclui pela completa dissociação do resultado do julgamento pelo Júri com o conjunto probatório produzido durante a instrução processual, de maneira fundamentada. Dessa forma, embora seja possível até a absolvição por clemência, isso não pode se dar em um primeiro julgamento, sem possibilidade de reexame pelo tribunal, que pode considerar, sim, que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos e submeter ao réu em um segundo julgamento". No julgamento, o Min. Sebastião Reis Júnior, restou vencido, com o fundamento de que: "não sendo conhecidas as razões pelas quais o júri absolveu o acusado não há como se prover eventual recurso por ser a decisão contrária à prova dos autos, afinal pode o júri ter optado, simplesmente, mesmo reconhecendo a autoria, a intenção e a materialidade, por acolher a tese defensiva ou mesmo outra tese que não a apresentada pela defesa mas que leva à absolvição".

"Ainda que prevaleça, no regime americano, a regra da proibição de duplo apenamento, a Corte Suprema, diante da absolvição, por um corpo de jurados branco, de um branco pela morte de um negro, caso Rodney King, mitigou a incidência da regra, com a criação da doutrina da soberania dupla (Estado e Federação), sob a justificativa de se evitar absolvições contra a evidência das provas". **João Gualberto Garcez Ramos**

"De fato, se a decisão transitou em julgado para a acusação, não havendo possibilidade de agravamento da pena, não teria sentido, diante de uma decisão do Tribunal anulando o feito, pudesse o Juiz, na nova sentença, piorar-lhe a situação. Do contrário os réus ficariam receosos de apelar e essa intimidação funcionaria como um freio a angustiar a interposição de recursos. Mesmo que, em face de nulidade decretada pelo Tribunal, entenda o Juiz, à vista do art. 383, dever dar ao fato qualificação jurídica diversa, nada poderá impedi-lo, conquanto não majore a pena. E a razão é simples: se o próprio Tribunal não tem essa faculdade, como se infere do art.617, muito menos a instância inferior". **Fernando da Costa Tourinho Filho**

5) Recurso do Assistente de Acusação: O **assistente de acusação** poderá recorrer de modo suplementar/subsidiário (CPP, art. 598, *caput*), sem efeito suspensivo, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, mesmo que não se tenha habilitado nos autos, caso não tenha sido interposto recurso voluntário pelo Ministério Público. A lógica recursal é similar ao aplicado à ação penal privada subsidiária da pública: fiscalizar a atuação do Ministério Público e garantir os direitos da vítima e/ou sucessores. O assistente também poderá recorrer da parte da decisão não recorrida pelo Ministério Público, no prazo 15 dias, a contar do término do prazo do Ministério Público (CPP, art. 598, parágrafo único; STF, Súmula 448) Esse prazo especial de 15 (quinze) dias, porém, só se aplica se o assistente de acusação não estiver habilitado nos autos, porque, se estiver, o prazo será o mesmo das partes. (STJ, REsp 235.268; STF HC 50.417). O prazo do assistente só começa a fluir após esgotado o prazo do Ministério Público.

6) Dinâmica do Julgamento no CPP: A apelação será julgada pelo Tribunal a que pertença o órgão que prolatou a decisão recorrida. Em segundo grau, o Ministério Público deve oferecer seu parecer, como "fiscal da lei", em regra, em 5 (cinco) dias, salvo se a apelação for interposta das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção (art. 610, *caput*, do CPP). Nesse parecer, o órgão do Ministério Público oficiante no segundo grau não se vincula à manifestação do órgão ministerial de primeiro grau, embora seja raro divergir. Prosseguindo no julgamento, deve haver ainda a **intimação das partes** sobre a pauta do julgamento, sob pena de nulidade do feito. As partes têm o prazo de 10 minutos para **sustentação oral**, nos termos do art. 610, parágrafo único, do CPP. Importante é no novo papel da Defensoria como *"custos vulnerabilis"*, participando do julgamento e garantindo os direitos de defesa. O julgamento inicia-se com o juízo de conhecimento (requisitos de admissibilidade) e, em seguida, analisa-se o mérito. Não é possível a incidência da ***mutatio libelli*** em sede de recurso, como estatui a

STF, Súmula 448: "O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público".

Súmula 453 do STF. É possível, porém, a ***emendatio libelli***. São aplicadas as regras previstas nos arts. 609 a 618, do CPP, para o julgamento da apelação, além das disposições regimentais de cada Tribunal;

STF, Súmula 431: "É nulo o julgamento de recurso criminal na segunda instância sem prévia intimação ou publicação da pauta, salvo em habeas corpus".

7) Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95): Nos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) cabem somente os recursos de Apelação e Embargos de Declaração, sendo que a competência para conhecer e julgar é das Turmas Recursais, sendo excepcional – somente no caso de *Habeas Corpus* e Mandado de Segurança em face de decisões da Turma Recursal – a intervenção dos Tribunais de Justiça ou Federais (STJ, HC 331.614). Em caso de **Conflito de Competência** entre Vara Criminal e Juizados Especiais, a competência para dirimir o conflito é do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dada a ausência de competência do Tribunal Estadual ou Federal (CR, art. 105, I, "d") (STJ, CC 91.984). Cabe **Apelação**, no prazo de 10 (dez) dias, com a apresentação do recurso e as razões em conjunto, ou seja, o processamento é diverso do regime recursal do CPP. O regime das contravenções, anteriormente previsto no art. 600, do CPP, é dos Juizados Especiais Criminais. O prazo inicia-se com a intimação e não da juntada do mandado (STF, Súmula 710). No caso de o acusado manifestar interesse em recorrer, não tendo o defensor constituído apresentado as razões técnicas, cabe a intimação pessoal e, depois, mantida a ausência, encaminhamento à Defensoria Pública. Cabível a interposição de Recurso Extraordinário e vedado o Recurso Especial. Ainda que se possa dispensar relatório, confirmando-se por seus próprios fundamentos (STF, no RExt. 635.729, Min. Dias Toffoli) a decisão deverá singularizar o caso penal, rejeitar as preliminares e os ataques tópicos ao teor decisório, sob pena de não levar a sério o dever constitucional de fundamentação e motivação (pode ser bem objetiva);

Diante da avalanche de impetrações em face da Súmula 690, do STF ("Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de habeas corpus contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais".), desde o julgamento do HC 86.834, superou-se a Súmula 690, diante do contido na EC 22/99, determinando-se que os Tribunais (de Justiça ou Regionais Federais) conheçam dos habeas corpus impetrados contra decisão das Turmas Recursais (STF, HC 104.893; HC 89.630), bem assim dos mandados de segurança (STF, MS 25.087).

STJ, RHC 25.736/MS (Min. Nefi Cordeiro): "1. Sendo a apelação, também no rito da Lei nº 9.099/95, uma espécie de recurso, a ausência ou intempestividade das razões, não induzem ao não-conhecimento da apelação interposta. 2. Esta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que, diante da inércia da defesa na apresentação das devidas razões recursais, em homenagem ao princípio da ampla defesa e contraditório, é imprescindível a intimação do réu, oportunizando a constituição de novo defensor. 3. Recurso em habeas corpus provido para reconhecer a nulidade da decisão de inadmissão do recurso de apelação pela ausência das razões, para a intimação do recorrente a fim de que constitua novo defensor para tal fim e, de ofício, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal".

STJ, Súmula 203: "Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais".

STF, no RExt. 635.729 (Min. Dias Toffoli), no regime de tese, antigo 543-B, do CPP, estabeleceu: "Não afronta a exigência constitucional de motivação dos atos decisórios a decisão de Turma Recursal de Juizados Especiais que, em consonância com a Lei 9.099/95, adota como razões de decidir os fundamentos contidos na sentença recorrida".

C – Controvérsia:

1) No Decorrer: As controvérsias foram apresentadas no decorrer do texto, diluídas no decorrer do Guia.

D – Estratégia:

1) Assertividade: Diante da escassez de tempo, os recursos devem ser objetivos, diretos, sem relatório. Os julgadores que usam processo eletrônico, cada vez mais, evitam passar muitas páginas para chegar ao fundamental. Também não use letras diferentes, nem muito pequenas. O argumento deve ser direto e focado. Não adianta citar decisões irrelevantes, repetitivas, nem explorar o óbvio. Não transcreva texto de lei, salvo se absolutamente importante. A peça não vai para o cliente; deve ser customizada ao julgador. Quanto mais assertivo, maiores as chances de êxito. *Visual Law* auxilia muito.

19.3 Recurso em Sentido Estrito (RESE)

A – Definição:

O RESE é o recurso adequado à impugnação do rol taxativo de decisões (em geral interlocutórias).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Recorribilidade Restrita das Interlocutórias: O Recurso em Sentido Estrito (RESE) é o recurso utilizado para impugnar as decisões proferidas no curso do processo penal vinculado ao rol taxativo do art. 581, do CPP. Embora o art. 581 mencione "despacho" – que dão impulso ao processo – entende-se que não são passíveis de recursos, já que devem ter conteúdo decisório (CPP, art. 315, § 2º). Por esse motivo, o RSE é vinculado àquelas hipóteses legais, sendo possível a modificação da decisão proferida pelo juiz de primeiro grau, em juízo de retratação (**efeito regressivo**, o juiz pode reapreciar a matéria). Também possui **efeito devolutivo**, porque devolve a matéria para análise ao Tribunal. A regra é a da não-produção do **efeito suspensivo,** sendo cabível apenas nas hipóteses elencadas no art. 584, CPP, utilizando-se o Mandado de Segurança e/ou Habeas Corpus para o fim de obter efeito suspensivo (vedado ao Ministério Público; Súmula 604, STJ);

"No direito processual penal, é reconhecida a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, com as exceções previstas em lei". **Sérgio Rebouças**

2) Dinâmica e Prazos: O RESE constitui-se de dois momentos: interposição e razões. No primeiro, o agente manifesta seu inconformismo ao juiz recorrido e, no segundo momento, apresentam-se as razões. Em seguida, abre-se vista, obrigatoriamente, para contrarrazões (STJ, HC 257.721; HC 108.652). Caso o juiz mantenha a decisão (não é reconhecida a nulidade pela remessa direta, sem juízo de retração; STJ HC 216.944; HC 177.854), o RESE sobe mediante traslado de peças ou nos autos principais, conforme determinação legal (CPP, arts. 583 e 587). **O prazo de interposição,** em geral, é o de **cinco dias, a partir da intimação da decisão (CPP, art. 586, CPP). Para arrazoar e contra-arrazoar o prazo é de dois dias** (CPP, art. 588). A hipótese do inc. XIV, do art. 581, do CPP, indica que o prazo será de 20 (vinte) dias, a contar da publicação da lista geral de jurados (CPP, art. 586, *caput* e seu parágrafo único), mas com a entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008 (CPP, art. 426, § 1º) entende-se pela revogação tácita do dispositivo, pois o artigo menciona que é cabível reclamação de qualquer do povo para impugnar a decisão que excluir/incluir jurado na lista geral. Existe corrente minoritária (e em concursos públicos) entendendo pela manutenção do dispositivo;

STJ, HC 397.963 (Min. Reynaldo Soares da Fonseca): "A constituição de novo advogado pelo paciente não legitima a renovação de atos processuais em andamento ou já concluídos. De fato, embora o réu possa constituir novo advogado de sua confiança a qualquer momento, este recebe os autos no estado em que se encontra. Dessa forma, não há se falar em reabertura de prazo para o novo causídico interpor recurso em sentido estrito, quando já escoado o prazo recursal sob a vigência da procuração do anterior causídico, regularmente intimado".

3) Hipóteses Taxativas de Cabimento: As hipóteses legais de cabimento estão previstas no art. 581, do CPP e no art. 294, do CTB:

a) Decisão que rejeita a denúncia ou queixa. É recurso cuja legitimidade é somente da acusação, havendo interpretação, via paridade de armas, no sentido de estender a legitimidade para a defesa. Prevalece a regra de que somente a

acusação pode interpor. Por isso, da decisão que recebe a denúncia ou queixa, o acusado deve valer-se do *Habeas Corpus*. (Exceção: Em se tratando de decisão que rejeita denúncia ou queixa de crime de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal, é cabível Apelação, julgada pela Turma Recursal. Interpor RESE é "erro grosseiro");

b) Decisão que concluir pela incompetência do juízo. É a decisão em que o próprio juiz reconhece – *ex officio* – sua incompetência para apreciar o processo, sem a oposição de exceção pelas partes (defesa indireta), porque, nessa última hipótese, o recurso terá fundamento no inciso III. Nos crimes de competência do

Tribunal do Júri, se houver desclassificação do crime (inicialmente capitulado como doloso contra a vida), na fase da pronúncia (CPP, art. 419), é cabível a interposição do RSE com fundamento neste inciso;

c) Decisão que julgar procedente exceção, salvo a de suspeição. As exceções estão previstas no art. 95, do CPP. São cinco exceções oponíveis: suspeição, incompetência do juízo, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada. A de suspeição do magistrado está excluída, uma vez que a competência originária será do Tribunal *ad quem* (CPP, art. 100);
d) Decisão que pronunciar o acusado. É a decisão proferida na primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida em que o juiz reconhece a existência de materialidade e indícios suficientes de autoria e encerra a fase da admissibilidade da acusação, remetendo o processo para a segunda fase do procedimento – julgamento em plenário para o juiz natural – Tribunal do Júri;

e) Decisão que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante. A concessão da fiança, medida de contracautela, é regulada pelos art. 322 e seguintes, do CPP. Aqui também é possível o recurso da decisão que o juiz confirma a fiança arbitrada pela autoridade policial. As partes podem recorrer da decisão quando reputem ser exagerada ou insuficiente para o caso. Ainda, cabe o RESE da decisão que conceder a liberdade provisória ou relaxar prisão em flagrante. Não existe, novamente, a previsão de recurso contra a decisão que decreta a prisão preventiva, a que indefere pedido de relaxamento do flagrante e da decisão que não concede a liberdade provisória, podendo ser objeto de impugnação por via do *Habeas Corpus*;

f) Decisão que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor. Conferir as hipóteses dos arts. 327, 328, 341, 344 do CPP;

g) Decisão que decretar a prescrição ou julgar por outro modo, extinta a punibilidade. Reconhecida a existência de qualquer causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107; CPP, art. 397, IV), cabe a interposição de RESE. **Exceção**: se a decisão for proferida pelo Juízo da execução penal, são impugnáveis por agravo (LEP, art. 197);

h) Decisão que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade. Como a prescrição é de ordem pública, podendo ser decretada a qualquer tempo, caso tenha sido indeferida, cabível o RESE, podendo-se, ainda, impetrar *Habeas Corpus*;

i) Decisão que conceder ou negar a ordem de Habeas Corpus. É a possibilidade de recurso contra a decisão em *Habeas Corpus* pelo juiz de primeiro grau.

A decisão concessiva da ordem, além de impugnável pelo recurso voluntário, está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório (recurso de ofício), nos termos do disposto no art. 574, inciso I, do CPP, dispositivo declarado inconstitucional por boa parte da magistratura, já que não se pode mais falar em recursos obrigatórios em face da Constituição da República (CR, art. 129, I); **j) Decisão que conceder, negar ou revogar a suspensão da pena (art. 77, CP)**. Se for aplicado na sentença, cabe apelação, em sede de execução da pena, agravo (LEP, art. 197);

l) Decisão que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte. Uma vez mais, só há recurso de houver o reconhecimento da nulidade. Nas hipóteses em que a nulidade não for reconhecida, cabe *Habeas Corpus*;

m) Decisão que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir. Anualmente, é organizada a lista geral de jurados, que se publicará em novembro e poderá ser alterada de ofício ou por reclamação de qualquer do povo, até a publicação da lista definitiva, que ocorre no dia 10 de novembro de cada ano (CPP, art. 426, § 1º, CPP). Entende-se que o dispositivo foi tacitamente revogado diante do novo regime do Júri, embora controverso;

n) Decisão que denegar a apelação ou a julgar deserta. Esta hipótese é uma exceção à regra segundo a qual é cabível a Carta Testemunhável como meio de impugnar decisão que nega seguimento a recurso. Este dispositivo cuida do juízo de admissibilidade do recurso de apelação. Se o juiz não recebe o RESE interposto contra a decisão que negou seguimento à apelação, poderá a parte valer-se da Carta Testemunhável;

o) Decisão que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial. As questões prejudiciais são todas as matérias que devem ser apreciadas pelo julgador antes de julgar o mérito da ação penal. Do indeferimento, impetra-se *Habeas Corpus* ou Mandado de Segurança;

p) Decisão que decidir o incidente de falsidade (CPP, art. 145). É a decisão proferida no processo incidente instaurado a pedido de alguma das partes para constatar a autenticidade ou falsidade de algum documento apresentado no processo;

q) Decisão que recusar a homologação à proposta de acordo de não persecução penal, *previsto no art. 28-A desta Lei (CPP, art. 581, XXV).*

Os demais dispositivos – incisos XII, XVII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII foram "derrogados" pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

C – Controvérsia:

1) Cuidados: O regime de recursos é caótico e privilegia a acusação em detrimento à defesa. Demonstra a faceta autoritária do CPP;

D – Estratégia:

1) Assertividade: Aplicam-se as referências aos Princípios e Conceitos, além da necessária assertividade. A restrição defensiva empurra para o uso desmedido de *Habeas Corpus* que, por sua vez, deve ser utilizado com moderação, como veremos adiante.

19.4 Carta Testemunhável

A – Definição:

É o recurso subsidiário, cabível no caso de denegação de recurso ou de embaraço no processamento.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Conceito e Função: Rara é a interposição de Carta Testemunhável (CPP, 639 e sgts.), instrumento cabível no caso de denegação de recurso, ou de embaraço no seu processamento (p.ex. exigência de tradução). Cuida-se de recurso subsidiário que visa dar andamento a um outro recurso interposto, que não foi recebido ou que foi paralisado. Embora esteja no rol de recursos no CPP, prevalece o entendimento de que Carta Testemunhável constitui-se como remédio para conhecimento de outro recurso;

2) Hipóteses e Processamento: É cabível, na forma do artigo 639, CPP: "*I – da decisão que não receber o recurso na fase do juízo de admissibilidade; II – da decisão que admitido o recurso, obstar à sua expedição e seguimento ao juízo 'ad quem'*". Deve ser dirigido ao escrivão ou secretário da unidade jurisdicional, no prazo de 48 horas (conta-se minuto a minuto), mas na prática, conta-se 2 (dois) dias, a partir da decisão que denegar o recurso, indicando-se as peças que se deseja ver trasladadas. Não tem efeito suspensivo (art. 646, CPP). O escrivão/chefe da secretaria elabora o instrumento, seguido das razões e contrarrazões dos jogadores e, depois o encaminha ao juiz, que pode se retratar. Caso não haja retratação, o recurso sobe ao Tribunal que poderá, caso esteja bem instruído, julgar a Carta Testemunhável e o Recurso que estava paralisado (art. 644, CPP);

STJ, Resp. 1.763.212 (Min. Sebastião Reis Júnior): "Se o juízo condicionou o processamento de recurso em sentido estrito à prática de um determinado ato pelo recorrente – apresentação de tradução das peças em língua inglesa –, tal decisão deve ser atacada via carta testemunhável, por corresponder à hipótese prevista no artigo 639, II, do CPP".

STJ, HC 138.427 (Min. Maria Thereza de Assis Moura): A carta testemunhável é instrumento processual de nítido caráter subsidiário, destinado a corrigir o equívoco decorrente da denegação de recurso ou de negativa de seu seguimento. Havendo, contudo, meios de impugnação do entrave à insurgência, não deve ser conhecida a carta. *In casu*, inadmitidos embargos de declaração opostos contra a sentença condenatória, seria possível arrostar a omissão, obscuridade, contradição ou ambiguidade por meio da apelação".

C – Controvérsia:

1) Cuidado: Da decisão que nega recebimento à apelação, aplica-se o Recurso em Sentido Estrito (CPP, art. 581, XV), sendo a Carta Testemunhável aplicável aos demais;

D – Estratégia:

1) Raridade: Diante do processo eletrônico, a função da Carta testemunhável é cada vez menor.

19.5 Embargos Infringentes ou de Nulidade

A – Definição:

Recurso exclusivo da defesa em caso de julgamento desfavorável, por maioria, nos limites do voto vencido.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Cabimento e Dinâmica: Recurso exclusivo da defesa, os Embargos Infringentes ou de Nulidade (CPP, art. 609, parágrafo único), são passíveis de interposição quando a decisão de segundo grau deliberar, **por maioria**, em desfavor do acusado (não cabe em favor da acusação), nos limites do voto vencido. Se for de mérito, será Infringentes. Caso seja matéria processual, será de Nulidade. Daí certa confusão, porque grande parte da doutrina entende se tratar de um recurso apenas, o que aqui se entende, até porque os tribunais não fazem distinções, aceitando-os, por um nome ou outro. Dito de outro modo, os Embargos Infringentes/Nulidade é recurso exclusivo da defesa e oponível contra a decisão desfavorável ao acusado, não unânime (em Apelação, RSE e Agravo em Execução), prolatada por órgão de segunda instância. Não cabe nas hipóteses de *Habeas Corpus*, Revisão Criminal ou Mandado de Segurança, porque são consideradas ações impugnativas autônomas. Tem efeito regressivo e suspensivo; se houver empate, prevalece a decisão mais favorável ao acusado;

"Essas razões levam-nos a concluir que há de prevalecer mesmo, no processo penal, a orientação consolidada na Súmula n. 355 do STF. No exemplo proposto, portanto, o acusado que pretenda impugnar a parte unânime (condenação) do acórdão deve fazê-lo desde logo, por recurso especial e/ou extraordinário, simultaneamente à oposição de embargos infringentes à parte não unânime". Sérgio Rebouças

STJ, Súmula 207: "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem".

STF, Súmulas 281: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada".

STF, Súmulas 335: "Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora abrangida".

STF, Súmula 455: "Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo tribunal pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional."

2) Exaurimento da Instância: Para interposição de Recurso Especial ou de Recurso Extraordinário, deve-se esgotar a instância. A ausência de interposição de embargos infringentes ou de nulidade, fecha a porta dos recursos ao STF e/ou STJ. O processamento se dá pela via do contraditório, com ampliação, em geral, do quórum de julgadores;

C – Controvérsia:

1) CPC e CPP: Diante da modificação do CPC (CPC, art. 942), aplicado por analogia, surgiram controvérsias no processamento;

D – Estratégia:

1) Cuidado com os Argumentos: O julgamento dos embargos contará, em princípio, com os membros originários da divergência. Deve-se ter cuidado para não ferir suscetibilidades, nem sustentar erros de abordagem. Embora firme, o argumento deve antecipar a interação futura, evitando constrangimentos.

19.6 Embargos de Declaração (CPP e Juizados Especiais)

A – Definição:

O recurso de Embargos de Declaração serve para complementar decisões, sanando omissão, obscuridade e/ou contradição.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Cabimento e Dinâmica no CPP: As decisões judiciais podem ter incidido em **omissão**, **obscuridade** e/ou **contradição**, ainda mais com as

exigências advindas do art. 315, § 2º, do CPP. Os embargos de declaração têm por finalidade complementar a decisão judicial (CPP, art. 382 e 619-620)**.** Embora haja referência, ainda, à ambiguidade no dispositivo legal, entende-se que o termo está superado. Somente faz sentido buscar a complementação para o fim de sanar omissão, contradição ou obscuridade. Com isso, qualquer ato judicial é passível de embargos de declaração, desde que tenha conteúdo decisório. Os erros materiais podem ser sanados a qualquer tempo, inclusive de ofício. O **prazo** para interposição dos embargos de declaração será de **2 (dois) dias**, a contar das decisões do juiz de **primeiro grau e dos Tribunais**, salvo na hipótese de **competência originária do STF e STJ**, cujo prazo será de **5 (cinco) dias**. O prazo para interposição dos demais recursos (Apelação ou RSE, por exemplo) resta interrompido, reiniciando-se do julgamento dos embargos. Não se aplicam as disposições do NCPC (art. 1.026) no tocante aos prazos processuais;

2) Cabimento e Dinâmica nos Juizados Especiais Criminais: Comprovando a ausência de sistematicidade, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, em que os princípios são da celeridade, informalidade, oralidade e eficiência, o prazo é maior: será de 5 (cinco) dias, por escrito ou oralmente (Lei 9.099/95, art. 83). A modificação aproximou a lógica do recurso de complementação, excluindo as referências a dúvidas ou ambiguidades, mas sim à má argumentação (obscura e/ou contraditória), ou à ausência de enfrentamento do objeto do recurso. A simplificação da fundamentação prevista no art. 82, § 5º, da Lei 9.099/95, deve levar em conta a análise e enfrentamento das teses defensivas;

Lei 9.099/95, art. 83: "Cabem embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão".

3) Julgamento e Efeitos: A análise dos embargos será feita pela autoridade judicial que proferiu a decisão. Discute-se se há necessidade de contraditório nos casos de pedido de efeito infringente, situação que não encontra posição uniforme. A garantia do contraditório e da não surpresa deve prevalecer, salvo nos casos de embargos protelatórios e manifestamente improcedentes. Acolhidos os embargos as partes podem complementar eventual recurso já interposto;

"Pelo *princípio da complementaridade*, o recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso se houver modificação do julgado, em virtude do acolhimento de embargos de declaração opostos pela parte adversa". **Sérgio Rebouças**

C – Controvérsia:

1) Uso Abusivo: A interposição deve ser bem delimitada, de modo claro e objetivo, evitando-se o manejo reiterado, sob pena de rejeição**;**

D – Estratégia:

1) Evitar Nulidade: Diante de uma decisão nula, a defesa pode optar em não apontar a mácula da decisão, interpondo diretamente outro recurso (p.ex. apelação). Com isso, evita a complementação e potencializa as chances de anulação, postergando a decisão de mérito. O manejo do recurso depende, também, das estratégias, motivo pelo qual diante da decisão possivelmente nula, o MP deve evitar a anulação, interpondo embargos.

19.7 Recurso Extraordinário (STF) e Recurso Especial (STJ). Embargos de Divergência

A – Definição:

O Recurso Especial é o interposto ao Superior Tribunal de Justiça (discussão infraconstitucional) e o Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (discussão constitucional). O Embargos de Divergência funciona para uniformizar jurisprudência divergente.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Cabimento e Processamento:

Esgotada a instância recursal ou originária (incluindo Turma Recursal: cabe Recurso Extraordinário, somente: STF, Súmula 640), podem as partes manejar recursos aos Tribunais Superiores (STJ – Recurso Especial, CR/88, art. 105; STF – Recurso Extraordinário, CR/88, art. 102), os quais possuem amplitude e requisitos de admissibilidade reduzidos, com a novidade do uso de Inteligência Artificial para análise de admissibilidade (STF, Victor)**.** Aplicam-se as regras da Lei 8.038/90, devendo o recorrente demonstrar analiticamente (STF, Súmulas 281; 282; 283; 284; 286; 322; 369; 399 – STJ, Súmulas 83; 86; 123; 126; 211) as razões que justificam o conhecimento. Interposto o recurso, os Tribunais, em decisão motivada, dão seguimento ao reclamo, ou o negam. No caso de negativa, cabe agravo ao STJ ou STF, conforme a hipótese. Não servem para análise de prova. Os Tribunais aceitam a Premissa Fática estabelecida no Acórdão recorrido, analisando o acerto do silogismo, erro na Premissa Normativa ou, ainda, eventual nulidade. A interposição de Recurso Extraordinário teve a amplitude de admissibilidade reduzida depois da EC 45/04, justamente porque além da violação direta da Constituição, exige-se, ainda, a demonstração de **repercussão geral** da matéria debatida (CR, art. 102, §3º). Com isso, se conhecerá apenas questão individual que apresente transcendência coletiva (econômica, política, social ou jurídica). O mecanismo interno para decisão sobre a relevância é em sede de plenário virtual (RISTF, art. 323);

STJ, Súmula 7: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

STF, Súmula 279: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

CR, art. 102, §3º: "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

2) Embargos de Divergência: Caberá **Embargos de Divergência**, no âmbito do STF e do STJ, objetivando a uniformização de jurisprudência das Turmas Isoladas, nos termos do art. 29 da Lei 8.038/90, no prazo de 15 (quinze) dias, observando-se, ademais, o Regimento Interno respectivo (STF, art. 330; STJ, art. 266);

C – Controvérsia:

1) Jurisprudência Defensiva: A jurisprudência defensiva parte da rejeição dos recursos, motivo pelo qual não se pode agir como amador. Repercussão geral precisa ser bem delineada, sem que eventual "gravidade do caso", por si, justifique o acolhimento. Será preciso demonstrar o

cumprimento dos requisitos formais (e são muitos). Qualquer detalhe derruba o recurso;

D – Estratégia:

1) Prequestionamento:

Observar a importância dos embargos de declaração para fins de prequestionamento objetivo e explícito, porque no caso de implícito, nega-se seguimento (STF, súmula 356). Para abordagem profunda, conferir o livro de Francisco Monteiro Rocha Junior (Recurso Especial e Recurso Extraordinário Criminais. Florianópolis: EMais, 2020).



19.8 Correição Parcial ou Reclamação (Justiça Estadual e Justiça Federal)

A – Definição:

Herança autoritária (parasita recursal), sem previsão legal no CPP, utilizada para corrigir "*error in procedendo*" do juiz.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Déficit de Legalidade: Se um Tribunal (de Justiça ou Regional Federal), não satisfeito com a revogação do Protesto por novo Júri, então previsto nos arts. 607 e 608 do CPP e revogado pela Lei 11.689/08, decide editar ato normativo interno (Resolução, Provimento, Aviso etc.) reavivando o recurso, não teríamos muitas dúvidas em reconhecer a flagrante inconstitucionalidade material e formal da bizarra deliberação. Haveria afronta expressa ao art. 22, I, da Constituição da República, dado que somente a União pode legislar sobre processo. Alguém discorda? Não confundir, por favor, com a Reclamação Constitucional que é homônima, mas possui finalidade totalmente diversa (CR, art. 102, I, "i" e art. 105, I, "f", da CR). A reclamação de que falamos é a usada no processo penal como via de impugnação autônoma ou recursal, em todo caso, carente de justificação democrática. **As irmãs gêmeas: Correição Parcial e Reclamação.** Trata-se de *ORNI – Objeto Recursal Não Identificado*, ou seja, recurso carente de fundamentação legal. Costuma-se dar o "drible constitucional', afirmando-se que "sempre foi assim" e que recurso (sic) está previsto nos Regimentos Internos dos Tribunais, sob a denominação alternativa de Correição Parcial ou Reclamação (prevalece a noção de que, são recursos atípicos, excepcionais etc. e tal). Meras providências para recolocar o processo em ordem. Salvo no âmbito da Justiça Federal, em que existe a previsão (abusiva democraticamente) de que o **Conselho da Justiça Federal**, órgão sem função jurisdicional, pode "*conhecer de correição parcial requerida pela parte ou pela Procuradoria da República, no prazo de cinco dias, contra ato ou despacho do Juiz de que não caiba recurso, ou comissão que importe erro de ofício ou abuso de poder*" (Lei 5010/66, art. 6º. I),

as demais previsões normativas não decorrem de Lei Federal. São recursos processuais penais criados e batizados pelo bel prazer dos Tribunais, como se pudessem, *ex nihil*, inverntar recursos, ampliar prazos, enfim, fazer e acontecer. A mentira recursal foi contada tantas vezes que passou a ser verdade, embora seja o tempo de pararmos e refletirmos sobre as consequências das consequências.

2) De onde surgiram as irmãs gêmeas? Há duas razões básicas. A primeira é histórica. A ideia básica era o controle Monárquico sobre órgão julgador, inspiração da Lei 5.010/66. Significava a possibilidade de se recorrer aos Tribunais Reais apontando-se *error in procedendo* do juiz itinerante ou *error in judicando* do Júri popular, obtendo-se *writs* que mantinham a homogeneidade da administração da Justiça na Inglaterra. No Brasil, atenderam, historicamente, ao controle do Monarca, depois foram "sobrevivendo" nos Regimentos dos Tribunais. O instituto surgiu em ambiente anterior ao da Constituição de 1988 e buscava proporcionar o controle das decisões, inclusive pelo Monarca. Não existe fundamento constitucional. A segunda é a preguiça hermenêutica, afinal de contas sempre se conheceu e se julgou com base no instituto e, então, deve ser constitucional ("efeito manada" opera) . Sempre foi assim e continuará sendo. É o sintoma da baixa constitucionalidade e da prevalência da "micro legalidade", em que a jurisprudência consolidada, o protocolo, a circular da Corregedoria, prevalecem sobre a Constituição, muitas vezes na *mão grande*. **São parasitas do Sistema Recursal do processo penal.** Sabemos que o sistema recursal do Processo Penal é caótico. Não há organicidade, confunde-se despacho com decisão interlocutória e sentença, alternado recursos, procedimentos, com prazos idênticos e reformas parciais que simplesmente esqueceram de revogar expressamente dispositivos legais, valendo, por todos o art. 581 do CPP, uma verdadeira colcha de retalhos. Recursos que só cabem à acusação (rejeição de denúncia) e tolhimento de qualquer modernidade teórica. Daí que a Reclamação e a Correição-parcial, diante da ausência de recursos próprios e do sistema sem organicidade, passaram a ser pragmaticamente utilizadas, mesmo com o *gap* de legalidade. São verdadeiros parasitas do sistema recursal ou melhor, Objetos Recursais Não Identificados que aparecem e desaparecem à margem da legalidade constitucional. A coerência deveria servir como constrangimento ao sujeito no momento da aplicação do Direito, a saber, algo que não encontra validade constitucional jamais poderia ser aceito por conveniências e jeitinhos. Não se pode tolerar a volta do "protesto por novo júri" por decisão do Tribunal isoladamente, via ato normativo, assim como não se pode aceitar a manutenção de Objeto Recursal não Identificado (ORNI), parasita do nosso caótico sistema recursal. O pacote é completo. Os Tribunais não podem legislar, por óbvio (STF, RHC 91.293, Min. Gilmar Mendes). As decisões proferidas em "Correições e/ou Reclamações" são desprovidas de previsão legal e ceifam o mínimo de legalidade esperada do processo penal;

"Já vimos que a suplicatio romana, a sopriação portuguesa, o agravo por ordenação não guardada das Ordenações e o agravo por dano irreparável do Regulamento 737 só podiam ser oferecidos quando descabido qualquer recurso. A condição primeira para a apresentação de qualquer dessas medidas era a inexistência ou a proibição, para o caso, de outro meio de impugnação do ato judicial ofensivo ao direito do reclamante. Na primeira, a eminência do julgador tornava ilícita a apelação; na segunda, uma justiça de gabinete permitia ao Monarca corrigir irregularidades processuais cometidas pelos juízes; na terceira, os tribunais superiores proviam contra as infrações de natureza formal cometidas pelos juízes, controlando a regularidade puramente extrínseca dos processos; na quarta se priva contra despachos proferidos contra literal disposição em lei e que contivessem em seu bojo dano de natureza irreparável. Após isso denominou-se essa impugnação de correição parcial ou reclamação, passando o instituto a figurar nas leis de organização judiciárias dos Estados-membros."
Wesson Alves Pinheiro

STF, RHC 91.293, (Min. Gilmar Mendes):"Ressaltando que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cassara o aludido benefício mediante a incidência do art. 210 de seu regimento interno [São suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou do Órgão do Ministério Público, as omissões dos Juízes e os despachos irrecorríveis por eles proferidos que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder (CODJEJ, art. 219)], esclareceu que o referido dispositivo cuidaria do instituto da 'correição parcial', conceitualmente abordada como meio de impugnação de despachos tumultuários emitidos pelo juiz, o que não se aplicaria à decisão que permitira ao réu o cumprimento da prisão preventiva em domicílio [...]. No ponto, asseverou-se que se trataria de decisão interlocutória não contemplada nos taxativos permissivos arrolados no art. 581 do CPP, o qual não comporta interpretação extensiva. Aduziu que entendimento diverso permitira ao regimento interno do tribunal a criação de recurso que, além de não contemplado na lei processual penal, com ela se mostraria conflitante, abrindo nova via recursal em face de toda e qualquer manifestação do juízo, mesmo que seu provimento resultasse em prejuízo ao réu".

C – Controvérsia:

1) Ausência de Previsão Legal Válida: Não há previsão no CPP. A Lei Federal é inaplicável do processo penal. Os Regimentos Internos não são fontes válidas. Mas as Correições e Reclamações vagam no ambiente processual.

D – Estratégia:

1) Dilema: se levarmos minimamente a sério a necessidade de, pelo menos, lei em sentido estrito, não poderemos aceitar, candidamente, o manejo de invencionice autoritária, mantida por alienação nos Regimentos Internos, e usada conforme a conveniência, porque do contrário estaremos violando o Devido Processo Legal. Muitas vezes tomamos deliberações equivocadas durante muito tempo – não mudamos de emprego, de parceiro no casamento, de opiniões, de sócios etc. – justamente porque para mudar de posição é preciso certa dose de coragem que nem todos possuem.

AÇÕES IMPUGNATIVAS AUTÔNOMAS

AÇÕES
IMPUGNATIVAS
AUTÔNOMAS

< Capítulo 20 >
Ações Impugnativas Autônomas

20.1 O Lugar e a Função das Ações Impugnativas Autônomas



Além do regime recursal ordinário, acolhe-se o manejo de ações impugnativas autônomas. O CPP é de inspiração autoritária e a inexistência expressa de recursos em favor da defesa demanda interpretação a partir da convencionalidade, abrindo-se espaço para interposição de ações autônomas na via integrativa. A posição majoritária é pela taxatividade, exigindo que as partes tentem o uso do **Mandado de Segurança** e do ***Habeas Corpus*** como mecanismos de ataque aos provimentos jurisdicionais. Depois do trânsito em julgado, em favor exclusivo da defesa, cabe a propositura de **Revisão Criminal**. A todo o tempo se pode manejar **Reclamação Constitucional** para garantia da autoridade das decisões do STF.

"A inexistência de um recurso nominal para impugnar determinada decisão não afasta o direito ao duplo grau de jurisdicional, quando se trata de proteção dos direitos humanos e fundamentais. Nessas situações, não se aplica a taxatividade recursal. Em casos tais, é de ser admitida a interpretação analógica e integrativa aos remédios impugnativos previstos em lei, bem como a utilização do habeas corpus e do mandado de segurança, nos limites dos respectivos cabimentos". **Nereu José Giacomolli**

20.2 Habeas Corpus



A – Definição:

O *Habeas Corpus* é a ação constitucional, de caráter mandamental, para garantia preventiva (ameaça) ou liberatório (reparação) às ilegalidades e/ou abuso de poder.

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos): xxxx

1) Lugar e Função: Decorrência da influência do Devido Processo Legal Substancial, o *Habeas Corpus*, previsto desde o texto Constitucional de 1891, encontra respaldo no art. 5º, LXVIII (conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder), da CR/88, com regulamentação parcial nos arts. 647-667, do CPP. Embora situado no contexto das ações impugnativas autônomas, defende-se a autonomia do *Habeas Corpus* como ação/remédio constitucional às violações aos direitos de ir, vir, ficar, bem assim aos constrangimentos decorrentes de instauração de ações penais sem os requisitos e pressupostos processuais, hipótese em que se tranca o processo e não a ação. Com a nova Lei de Abuso de Autoridade, diversas condutas podem ser tipificadas implicando no alargamento do uso do *Habeas Corpus*. Não

é recurso porque pode ser interposto sem a existência de processo penal, bem assim em casos de violações e ameaças administrativas e particulares, além de processos findos em fase de execução da pena. A eficácia se dá em benefício das tutelas de liberdade, não podendo prejudicar a situação do impetrante (STF, HC. 121.907);

2) Modalidades: Preventivo e Reparatório: Pode ser **preventivo** (sem restrição realizada; deferido salvo-conduto) ou **liberatório** (com restrição já realizada). No primeiro se busca impedir e no segundo reparar o ato ilegal ou abusivo. Por essa via também se busca o **trancamento do processo** (e não da ação penal, como insistentemente se equivoca a doutrina e jurisprudência), diante da discussão dos pressupostos e condições do exercício da ação penal, especialmente a configuração da justa causa (14.5.6. – HC 055.701; RHC 057.961). O *Habeas Corpus* preventivo demanda um juízo de probabilidade sobre a potencialidade do constrangimento e no caso de concessão gera a expedição de "salvo conduto" (p.ex. CPI e Manifestações Públicas). A restrição de ***Habeas Corpus* como substitutivo de recurso** com previsão legal é rejeitada pelo STF (HC 109.956, RHC 117.268) e pelo STJ (HC 284.176, HC 293.528 e HC 331.614), diante da pretensão de "otimização" do regime recursal, evitando-se, com essa medida, a sobreposição de *Habeas Corpus* discutindo-se a mesma prisão, por exemplo. Mesmo não conhecendo da impetração, reconhece-se a possibilidade de concessão de ofício de ordem de *Habeas Corpus* quando a flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal. Os limites da "flagrante ilegalidade" não restaram consolidados, tornando-se o casuísmo e boa vontade de cada um dos Ministros. Daí o jogo e a maneira como são argumentados (STJ, HC 194.949, Min. Nefi Cordeiro e STJ, HC 284.829, Min. Rogério Schietti Cruz). **Cabe exemplificar** o caso de condenação por contravenção penal, em que o julgamento do recurso efetuado pelo Tribunal de Justiça, em vez de Turma Recursal, implicou no reconhecimento, de ofício, da violação das cláusulas do juiz natural e devido processo legal, com a declaração de nulidade do julgamento (STJ, HC 331.614). Além da invenção do STF e STJ em não conhecer da impetração e conceder a ordem de ofício (Súmula: STF, 691), o julgador deverá conceder *Habeas Corpus* de ofício (CPP, art. 654, §2º), sempre que verificada hipótese de cabimento. Por isso, sempre que houver demonstração, mesmo já tendo recebido a denúncia ou rejeitado a absolvição preliminar, dos requisitos legais, poderá o Juiz conceder *Habeas Corpus* de ofício para trancar o processo (com o acréscimo do art. 30 da LAA;

3) Legitimidade: Paciente é o nome do beneficiário da ordem de *Habeas Corpus* que pode ser impetrado por qualquer um em favor de terceiro, restringindo-se à pessoa física. Não cabe em favor de pessoa jurídica (STF, HC 92.921; cabe mandado de segurança), embora haja controvérsia em face de questões processuais (nulidades, cautelares etc.)**.** Ainda que possa ser interposto por qualquer do povo, inclusive o

"Para além da proteção da liberdade física ou pessoal, o habeas corpus destina-se à proteção da vida, dos maus tratos, da tortura, dos desaparecimentos, dos danos físicos e sociais; em suma, sua funcionalidade assecuratória atinge todo o sistema dos direitos humanos e fundamentais em uma sociedade democrática". **Nereu José Giacomolli**

"Daí por que a boa técnica aconselha a que se fale de trancamento do processo penal, pois é o curso dele (processo) que se quer fazer parar. Ou seja, o trancamento (do processo, não da ação) corresponde a uma forma de extinção anormal, prematura do processo. Ninguém jamais falou em extinção prematura da ação... pois o que impede o prosseguimento é o processo penal". **Aury Lopes Jr**

"Não é necessário pedido de reconsideração para que se configure direito ao habeas corpus como o TJRJ já entendeu, em mais uma modalidade de hermenêutica defensista". **Eduardo Januário. Newton**

"Restrições impostas ao cabimento de HC: 1) substituto de recurso ordinário; 2) formalização contra decisão liminar; 3) impetrado em face de decisão monocrática contra a qual caberia agravo; 4) em substituição de recurso extraordinário ou revisão criminal; e, 5) volta contra ato de ministro do Supremo Tribunal Federal". **Gustavo Pedrinha, Mariana Nunes, Rafael Souza e Vinícius Vasconcellos**

LAA, art. 30: "Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente".

Ministério Público, normalmente é o Defensor (impetrante) em nome do acusado (paciente) em face da autoridade apontada como coatora (juiz ou colegiado). Crianças e pessoas com necessidades especiais poderão interpor *Habeas Corpus* em favor de terceiro e no campo do ato infracional e protetivo (ECA). A impetração pode ser feita sem advogado/defensor, mas os recursos somente podem ser interpostos por advogados, embora controversa a possibilidade (STF, HC 86.307). Qualquer pessoa pode impetrar *Habeas Corpus* em favor de alguém que esteja na iminência de ou que esteja sofrendo constrangimento ilegal ou prisão**.** Rejeita-se o uso instrumental do *Habeas Corpus* em favor de terceiros, como modo de exibicionismo, especialmente quando se trata de autoridades públicas ou acusados *pops* (STF, HC 167.599). Deve ser demonstrada a boa-fé, sob pena de comportamentos **oportunistas**;

STJ, AgRg no Habeas Corpus 291.352 (Min. Maria Thereza de Assis Moura): "Na espécie, verifica-se a carência de interesse de agir, porquanto os próprios interessados se manifestaram pelo não prosseguimento da impetração, declarando, categoricamente, a não concordância com a atuação da impetrante, inclusive perante esta Corte Superior de Justiça, tendo em vista que sequer a conhecem".

4) Autoridade Coatora e Competência: Autoridade coatora é quem está prestes a ofender (preventivo) ou já violou (reparatório) Direito de Liberdade, incluindo particulares (p. ex, clínicas de internação compulsória, lar de idosos etc.), Delegados de Polícia (Estadual e Federal), Ministério Público (quando investiga), todos os que promovem investigações de cunho criminal, magistrados em geral (juízes e Tribunais). Também cabe na hipótese de Comissão Parlamentar de Inquérito. O Órgão Julgador será o que possui competência recursal**,** ou seja, é regido pela hierarquia da estrutura jurisdicional, em que, na lógica do procedimento, o que exercer poderes de revisão será competente para conhecer e julgar. Diante da avalanche de impetrações em face da Súmula 690, do STF ("*Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de* habeas corpus *contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais"*.), desde o julgamento do HC 86.834, superou-se a Súmula 690, diante do contido na EC 22/99, determinando-se que os Tribunais (de Justiça ou Regionais Federais) conheçam dos *habeas corpus* impetrados contra decisão das Turmas Recursais (STF, HC 104.893; HC 89.630): **Em regra**: **a) Juiz** (também das Garantias)**:** coator particular, autoridade policial ou administrativa; **b) Tribunal**: coator juiz, respeitada a hierarquia (TJ ou TRF, TRE, STJ e STF); **c) Turmas Recursais**: coator juiz dos Juizados Especiais Criminais; e, **d) TJ ou TRF** contra ato coator de Turma Recursal (superação da Súmula 690). O erro no direcionamento da impetração não leva à extinção do processo, dado que por disposição expressa (CPP, art. 649) a ordem deve ser encaminhada, de ofício, para o órgão competente;

STF, HC 86.834 (Min. Marco Aurélio). Informativo 437, STF: "Asseverou-se que, em reforço a esse entendimento, tem-se que a competência originária e recursal do STF está prevista na própria Constituição, inexistindo preceito que delas trate que leve à conclusão de competir ao Supremo a apreciação de habeas corpus ajuizados contra atos de turmas recursais criminais. Considerou-se que a EC n. 22/99 explicitou, relativamente à alínea 'i' do inciso I do art. 102 da CF, que cumpre ao Supremo julgar os habeas corpus quando o coator for tribunal superior, constituindo paradoxo admitir-se também sua competência quando se tratar de ato de turma recursal criminal, cujos integrantes sequer compõem tribunal".

5) Hipóteses de Cabimento: O *Habeas Corpus* (CR, art. 5º, LXVIII) vincula-se à liberdade de locomoção (ir, vir e ficar), tendo alargada sua hipótese recursal diante do caótico e demorado sistema recursal (CPP, art. 654). As hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito, ainda processado em primeiro grau, demoram a ascender aos Tribunais (CPP, art. 581). Daí que se foi ampliando as hipóteses de cabimento. **De qualquer maneira, o CPP, no art. 648, estabelece as hipóteses**: I – quando não houver justa causa; II – prisão além do prazo legal (as Súmulas 21 e 52,

do STJ, perderam o efeito depois da reforma de 2008 e o novo regime do procedimento ordinário (14.6.3.), devendo-se levar em consideração a atividade judicial das partes e a complexidade do caso – 14.5.9.); III – autoridade sem competência (o Delegado possui atribuição, bem assim o Ministério Público); IV – cessado o motivo da coação (termo da prisão temporária); V – quando do cabimento fiança não arbitrada; VI – para o reconhecimento de nulidade. **Também nas hipóteses**: **a)** de negativa das cautelares diversas da prisão cautelar (CPP, art. 319-320; STF, HC 121.046; HC 121.089; STJ HC 128.938; HC 128.599); **b)** extinção de punibilidade, decretação por autoridade incompetente; **c)** negativa e/ou exigências abusivas de transação penal e suspensão condicional do processo (STF, RHC 82.365; HC 88.393: "Não se cogita de suspensão condicional do processo, quando, à vista da atipicidade da conduta, a denúncia já devia ter sido rejeitada".); **d)** indeferimento de provas por parte do juiz ou discussão sobre a ilicitude (STF, HC 79.191); **e)** para assegurar o direito de visitas em estabelecimento prisional (STF, HC 107.701); **f)** limitação do direito de ir e vir de pacientes em hospitais e clínicas; **g)** recebimento da denúncia (CPP, art. 581, I); **h)** admissão ou não do assistente de acusação (CPP, art. 273); **i)** improcedência das exceções de incompetência, litispendência, coisa julgada e ilegitimidade de parte (CPP, art. 581, III); **j)** negativa de suspensão do processo em razão de questão prejudicial (CPP, art. 93, § 2º); **l)** contra deferimento de cautelares (interceptação, quebra de sigilo bancário e fiscal, inclusive com a possibilidade de exclusão de prova; **m)** preventivo na hipótese de alguma cautelar estar em vias de ser deferida (como prisão temporária); **n)** ilegalidade manifesta na aplicação da pena e regime prisional (STJ, HC 229.119; HC 214.096; HC 231.636); **o)** nos casos de decisões da Execução da Pena (22.2.); **p)** contra decisões de indiciamento, trancamento da investigação preliminar (v.g. atipicidade, extinção punibilidade, excesso de prazo, etc.), violação de direitos fundamentais do conduzido; e, **q)** aplicação de multa ao defensor, nas hipóteses do art. 365, do CPP. **Não cabe quando**: a pena cominada for de multa ou exclusivamente pecuniária (STF, Súmula 693), na hipótese de a pena já tiver sido extinta (STF, Súmula 695), contra discussão de ônus de custas (STF, Súmula 395), contra decisão de relator em Tribunal Superior (STF, Súmula 691), contra alegação de omissão do relator em pedido de extradição em face de prova nova (STF, Súmula 692), contra imposição de pena de exclusão de função ou perda da patente de militar (STF, Súmula 694), em face de apreensão de veículos, de pedido de extração gratuita de cópias em processo penal (STJ, HC 111.561). **Nas ações originárias** não cabe novo *Habeas Corpus* aos demais órgãos do Tribunal;

STF, Súmula 693: "Não cabe HC contra decisão condenatória à pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada".

STF, Súmula 694: "Não cabe HC contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública".

STF, Súmula 606: "Não cabe habeas corpus originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em habeas corpus ou no respectivo recurso".

STJ, AgRg, no RESP. 700.115, Min. Hélio Quaglia Barbosa: "Compete ao magistrado de primeiro grau processar e julgar habeas corpus impetrado contra instauração de inquérito policial, ainda que o ato tenha sido praticado por força de requisição ministerial, na medida em que o ato requisitório do inquérito policial se exaure com a sua instauração".

STF, RHC ,107.758 (Min. Luiz Fux): "A nulidade não suscitada no momento oportuno é impassível de ser arguida através de habeas corpus, no afã de superar a preclusão".

6) Limitação Jurisprudencial: Diante da quantidade de *Habeas Corpus* interpostos nos Tribunais Superiores, nos últimos tempos, como mecanismo *atuarial* de sobrevivência, os Ministros do STJ (especialmente) e do STF apontaram para restrição das hipóteses de cabimento do HC, exclusivamente aos casos em que houver ameaça ou restrição à liberdade,

impondo, ainda, requisitos à sua admissibilidade, valendo destacar a Súmula 691. Com isso, STF e STJ, na linha de **hermenêutica defensiva**, não estão aceitando a impetração sem o esgotamento das vias ordinárias, salvo em situações especiais que, paradoxalmente, não conhece da impetração e concede a ordem de ofício. Adotada a **Teoria da Derrotabilidade**, poderia conhecer e decidir e jamais não conhecer, por se tratar de um erro lógico: "afasto a Súmula e conheço". Restringiu-se o manejo do *Habeas corpus* substitutivo de recurso. O argumento da avalanche de *Habeas Corpus* gera a necessidade de superação, em cada impetração, dos obstáculos indicados pelas Súmulas impeditivas de acesso. Com *Romulo de Andrade Moreira*, demonstramos que a concessão de ordens pelo STF não é exceção, em face da mentalidade autoritária que ainda permeia parcela significativa dos jogadores, exigindo que o STF tome uma atitude constitucional para rever as medidas de contenção. Aplica-se aqui a lógica da **Tragédia dos Comuns**, em que o uso abusivo do *Habeas Corpus*, fez com que muitas vezes se perdesse a dimensão da garantia, ou seja, diante das facilidades de acesso (processo eletrônico e sem custos), em vez de se impetrar somente quando houvesse reais chances de êxito, o comportamento padrão passou a se valer da "aposta", gerando efeitos sistêmicos deletérios.

STF, Súmula 691: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar."Ponto fora da curva foi o conhecimento de Pedido de Suspensão de Liminar contra a decisão do min. Marco Aurélio no caso "André do Rap" (STF, HC 186.144).

STJ, AgRg Resp 1.051.954 (Min. Ribeiro Dantas): "É descabido postular a concessão de habeas corpus, de ofício, como forma de tentar burlar a inadmissão do recurso especial."

"O sintoma de que o estreitamento da impetração da habeas corpus é algo a ser revisto pode ser constatado, mais uma vez. O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, no dia 30 dezembro do ano passado, concedeu a ordem no Habeas Corpus nº. 132331, para substituir o regime prisional fechado para o aberto e autorizar que o Juízo de Execução de Caraguatatuba, no Estado de São Paulo, substitua a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O paciente foi condenado a dois anos de reclusão pelo crime de tráfico de drogas. Segundo o Ministro, a gravidade genérica do crime não é fundamentação suficiente para fixação do regime inicial fechado". **Rômulo de Andrade Moreira e Alexandre Morais da Rosa**

7) *Habeas Corpus* Coletivo: Com o fim de otimizar a defesa de coletividades, em que a violação é homogênea, cabe destacar o *habeas corpus* 143.641/SP impetrado pelos membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos – CADHu, sob a relatoria do Min. *Ricardo Lewandowski***.** A ordem foi concedida, por maioria, em 20.02.18, sob o argumento de que a população vulnerável tem maiores dificuldades de acesso à Justiça e que grupos sociais e econômicos devem ser garantidos coletivamente, determinando-se a substituição da prisão preventiva por domiciliar para todas as mulheres presas, grávidas, puérperas ou mães de crianças e deficientes, enquanto perdurar tais condições, que foram relacionadas no processo pelo Departamento Penitenciário Nacional e outras autoridades estaduais. Excepcionou a aplicação aos casos de cometimento de crimes mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou em casos excepcionais, que deverão ser fundamentados pelos juízes singulares, bem assim às reincidentes. Operou-se do mesmo modo no julgamento dos mandados de busca e apreensão coletivos no Rio de Janeiro e no HC 188.820, que determinou a concessão de prisão domiciliar aos presos em estabelecimentos penais lotados em face da COVID-19;

STF, HC 143.641/SP (Min. Ricardo Lewandowski): "HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉNATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO."

"A experiência da gravidez e do nascimento de um filho no cárcere constitui um dos aspectos mais perversos da opção por uma política criminal repressiva, com foco preferencial na pena privativa de liberdade e desprezo por medidas alternativas ao encarceramento". **Maíra Fernandes**

8) Dinâmica, Procedimento e Liminar: A ação é proposta em petição inicial que deve, em regra, atender os requisitos mínimos previstos no art. 654, § 1º, do CPP: "*a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exerce a violência, coação ou ameaça; b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor; c) a assinatura do impetrante, ou de*

alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências". A redação do artigo é antiga e a adequação temporal deve ser feita, exigindo-se maiores formalidades quando o impetrante for advogado, principalmente a cópia dos autos e da documentação respectiva, enquanto a impetração direta, sem advogado, compreende-se as dificuldades do impetrante, principalmente a formulada por segregados e familiares de presos**.** Há casos de impetração em papel higiênico, lençol, pedaços de papel etc. Cabe ao relator, não havendo necessidade de emenda (CPP, art. 662), analisar o pedido de liminar (se houver), e solicitar informações à autoridade apontada como coatora (se necessárias), ouvindo-se, em seguida, o Ministério Público de segundo grau. Anote-se que as informações não significam um contraditório com o magistrado, até porque a decisão deveria ser fundamentada. Com o processo digital e a possibilidade de consulta *online*, muitas vezes as informações deveriam ser desnecessárias, porque o relator pode acompanhar o desenrolar total do caso. Mas pode ser um meio tático do julgador para ganhar tempo antes de analisar o pedido, inclusive ligando ao Juiz para consertar o fundamento da impetração, como não raro isso pode acontecer. A **previsão de liminar** foi expressamente reconhecida no art. 9º, parágrafo único, III, da LAA, até porque inexiste lógica na manutenção do constrangimento em nome da reserva de colegiado. A negativa de liminar, com a solicitação de informações e oitiva do Ministério Público se constitui, muitas vezes, como uma tática do julgador para evitar a concessão de liminar ou adiamento da decisão diante da carga de serviço. Todavia, a concessão de liminares é amplamente aceita, ainda que se tenha como excepcional. Antes do julgamento o Ministério Público deve ser ouvido, mesmo quando a impetração for no primeiro grau de jurisdição, não obstante a omissão legal. O impetrante caso queira promover **sustentação oral** deve requerer expressamente a intimação. O julgamento sem prévia intimação é nulo (STF 108.014, 105.728). O julgamento do *Habeas Corpus* deveria ser prioritário e no caso de demora, entende-se cabível novo habeas no órgão hierarquicamente superior para o fim de "destrancar" a demora no julgamento, situação cada vez mais rara**.** Em caso de empate na votação, do *Habeas Corpus*, prevalece o *in dubio pro reo*, concedendo-se a ordem (STF, HC 128.261);

CPP, art. 654, § 1º, do CPP: "a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exerce a violência, coação ou ameaça; b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor; c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residência".

LAA, Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais: Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: [...] III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível".

"O pedido de informações, como a expressão evidencia, é um relato objetivo e circunstanciado do estado do processo. Por elementar, não existe 'contraditório com o juiz'(o que seria um completo absurdo processual), nem deve a autoridade coatora fazer uma 'defesa' do seu ato. Juiz não é parte, não havendo 'contraditório' ou possibilidade de manifestação que extrapole os estreitos limites da prestação objetiva das informaçõeses solicitadas." **Aury Lopes Jr**

9) Limitações Cognitivas: Não há instrução, nem produção probatória (STJ, HC 317.874; HC 318.033). Em casos cujo objeto seja a **justa causa**, o fato de ser caso complexo ou não, a tendência é o não conhecimento, sob o argumento de que na via estreita do *Habeas* Corpus não se analisa profundamente a prova (STJ, HC 119.070; HC 227.449; HC 313.585), argumento inválido. Se a **admissibilidade** da acusação demanda decisão fundamentada (CPP, art. 315, § 2º) e não há hipótese de RESE pela defesa, o HC é o único meio do acusado provocar a análise, pelo órgão *ad quem*, sobre a satisfação dos pressupostos e condições para o exercício da ação penal. Do contrário, trata-se de negativa de jurisdição. O escopo

do HC, nesses casos, é o de verificação da existência ou não de **justa causa**, não se vinculando à instrução (evento posterior0. O argumento é falacioso porque se para o exercício da ação penal devem estar presentes os pressupostos e condições, a decisão do HC deve analisar somente o fato objetivo: há ou não justa causa. A tendência jurisprudencial, de modo defensista, é o de não conhecimento sob a alegação de necessidade de análise do acervo probatório. Cabe a discussão da legitimidade do ato, inclusive com a temática sobre a inconstitucionalidade das ações e/ou dos tipos penais. Os Tribunais se valem do "mantra" de que prevalece a confiança no juiz da causa, demitindo-se de analisar o (des)acerto da decisão impugnada, verdadeira 'esquiva" decisória (CPP, art. 315, § 2º). Não se está querendo saber a opinião do julgador sobre a credibilidade da autoridade coatora. A questão é se a decisão está fundamentada e subsiste. A invocação da "confiança no juiz da causa" é manipulação das premissas. Em regra, não é pautado e sim apresentado em mesa pelos relatores. O advogado que desejar sustentar oralmente as razões deverá requerer expressamente na petição a intimação do dia e horário da sessão, sob pena de nulidade;

10) Decisão e Efeitos (*Free Rider*; carona): A decisão em *Habeas Corpus* possui efeito mandamental, isto é, uma ordem dirigida a garantir o direito objeto da impetração. Em casos em que o paciente tenha a ordem concedida e existam coacusados em situação similar, poderá ser estendido, nos termos do art. 580, do CPP (STF, HC 86.005). É uma das modalidades do efeito carona (*Free Rider).* No caso de denegação da ordem, não há coisa julgada em desfavor do paciente, podendo a temática ser enfrentada novamente na ação de conhecimento, embora com perda de tração argumentativa. Cabível a interposição de RESE (CPP, art. 581, V), e/ou a interposição de novo HC substitutivo, com os riscos de postura defensiva do Tribunal em não conhecer, bem como de recurso ordinário nos casos de primeiro grau, especial e extraordinário (CR, art. 102, II, "a" e art. 105, II, "a"). Não subsiste a lógica do recurso de ofício do *Habeas Corpus* concessivo (CPP, art. 574, I), diante da constitucionalização do processo em que cabe às partes a interposição de reclamo, ainda que contrária à Sumula 423 do STF, que pode ser declarada inconstitucional pelo juiz;

STF, Súmula 423: "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*".

C – Controvérsia:

1) Júri: Superada a discussão de ser vedado o manejo de HC no caso de júri, por subtrair a competência dos jurados, porque as decisões prévias são do juiz togado.

D – Estratégia:

1) Riscos e Planejamento: A **impetração de HC é arriscada** e depende de cuidadosa análise dos custo-benefício da medida. Como a Câmara resta preventa para o julgamento dos recursos posteriores, pode ser mecanismo de fixação da competência, estimando-se as chances futuras.

Preventa câmara mais progressista, a atuação deverá ser diferenciada de outra mais conservadora. Daí que a interposição de HC, mesmo para se perder, pode ser interessante do ponto de vista do jogo processual. Mas o objeto da impetração deve ser bem restrito sob pena de se levar uma invertida antecipada. O risco é o de o impetrante/acusado ser 'previamente' condenado no julgamento do *Habeas Corpus*, como pode acontecer quando se adentra ao mérito e, antecipadamente, aponta-se a existência dos requisitos legais do crime imputado. O julgador de primeiro grau fica premido pela decisão proferida pelo órgão recursal, lembre-se, prevento. Além do que, impetrar mandado de segurança e/ou *Habeas Corpus* cria a obrigação de o juiz prestar informações, paralisar sua atividade, enfim, cria custos cognitivos e de oportunidade que, podem influenciar no julgamento do caso;

2) Impetração Focada: O **objeto** do HC deve ser **específico e focado**, ou seja, cada tema deve ser objeto de impetração diversa, sob pena de tornar muito complexa a análise do pedido. Deve ser direta, assertiva e objetiva (não pode ser abertura do *Game of Thrones*), munida de todos os documentos e argumentos, sem citações em demasia de dispositivos legais (não precisa ensinar ao julgador do que se trata a lei), nem juntar doutrina e jurisprudência irrelevantes e/ou acessória (principalmente de outros Tribunais). O primeiro parágrafo precisa resumir o caso e os motivos, porque não faz sentido relatório, história do HC, enfim, não é parecer: precisa ser funcional (não desperdice o seu e o tempo do julgador). Além disso, deve-se evitar a interposição "padrão", em todos os casos, porque a conduta reitera a **Tragédia dos Comuns**, isto é, somente impetrar quando for "evidente" a chance de acolhimento e não mera "aposta";

3) Justa Causa: é o único meio disponível à defesa para discutir, antes do recurso, o recebimento da ação penal, daí a possibilidade de interposição para trancamento do processo (pressupostos e condições da ação)**.** A estratégia é muito arriscada, porque pode o Tribunal, ao analisar a questão, pode praticamente condenar o acusado. Para o manejo deve-se ter uma tática bem delineada, antecipando-se o comportamento decisório, mediante impetração focada (sem cumulação de pedidos);

4) Prisão Cautelar e Prova Ilícita/Ilegítima: Na hipótese de **prisão cautelar**, por exemplo, alguns juízes soltam o acusado ao final da instrução e, de qualquer forma, finalizada essa, pelo menos o motivo da garantia da instrução processual (CPP, art. 312), desfaz-se. Enfim, encontrar o momento certo para impetração demanda sempre análise do contexto. Em casos de **nulidade da prova**, talvez seja prudente aguardar a instrução e, com os fatos solidificados, buscar a impetração, evitando-se a rejeição prematura da alegação de nulidade.

20.3 Mandado de Segurança

A – Definição:

O Mandado de Segurança, na esfera criminal, é a ação constitucional destinada à proteção (preventiva ou reparatória) de direito líquido e certo (de pessoa física ou jurídica), não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*, em decorrência de ato comissivo ou omissivo, desprovido de suporte legal (ilegalidade) ou com abuso de poder (para além da autorização legal: excesso), atribuível à autoridade pública (ou equiparada).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Características e competência: O comportamento dos agentes processuais deve ocorrer no espaço de confiança da distribuição de lugares e funções. O Sistema Recursal e o *Habeas Corpus* servem parcialmente à impugnação dos atos praticáveis no curso da investigação e processual. O regime de investigação preliminar encontra-se, na maioria das circunstâncias operacionais, desprovido de meio de impugnação adequado. O Mandado de Segurança serve como meio de intervenção na dinâmica processual. Por ser meio de impugnação autônomo, vinculado ao preenchimento de requisitos rígidos, sem instrução processual, deve ser previamente preparado e integrado ao contexto do caso penal. Com o sistema recursal caótico e ausente hipótese de cabimento expresso, não raro, surge a necessidade de utilização *"atravessada"* do Mandado de Segurança (CR, art. 5º, LXIX e Lei 12.016/09). É uma ação mandamental tipicamente brasileira, de cognição sumária e rito especial (Lei 12.016/09), com possibilidade de liminar, desde que presentes *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ou seja, o direito alegado deve estar comprovado por prova documental pré-constituída (não há instrução probatória), demonstrando-se a irreparabilidade do dano. Pode ser **preventivo** (antes da ocorrência do dano, comprovada sua probabilidade – justo receio) ou **reparatório** (depois de ocorrida a violação)**. Não caberá**, nos termos do art. 5º, incisos I, II e III, da Lei 12.016/09, quando couber recurso administrativo com efeito suspensivo, da decisão judicial que caiba recurso com efeito suspensivo e da decisão judicial com trânsito em julgado (caberá Revisão Criminal). A **competência** para conhecer e julgar será do órgão com poder de revisão**.** Em regra: **a) Juiz (das Garantias, em regra)**: coatora autoridade policial ou administrativa investigante; **b) Tribunal**: coator juiz, respeitada a hierarquia (TJ ou TRF, TRE, STJ e STF); **c) Turmas Recursais**: coator juiz dos Juizados Especiais Criminais; e, d) **TJ ou TRF contra ato coator de Turma Recursal** (superação da Súmula 690, STF);

2) Legitimidade e Autoridade Coatora: O **impetrante** é o sujeito titular do direito ameaçado ou violado (pessoa física ou jurídica),

CR, art. 5º, LXIX e Lei 12.016/09: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."

Diante da avalanche de impetrações em face da Súmula 690, do STF (*"Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de habeas corpus contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais".*), desde o julgamento do HC 86.834, superou-se a Súmula 690, diante do contido na EC 22/99, determinando-se que os Tribunais (de Justiça ou Regionais Federais) conheçam dos *habeas corpus* impetrados contra decisão das Turmas Recursais (STF, HC 104.893; HC 89.630), bem assim dos mandados de segurança (STF, MS 25.087).

necessariamente por procurador (não cabe a impetração sem advogado). A autoridade apontada como coatora será a que proferiu a decisão (Lei 12.016/09, art. 6º, § 3º; superada a Súmula 267, do STF), desde que manifesta a ilegalidade e/ou o abuso de poder. Diante do regime recursal do CPP, processado em primeiro grau, sem recurso suspensivo, muitas vezes o Mandado de Segurança é impetrado com a finalidade de conferir efeito suspensivo ao recurso. Na hipótese de ser o **impetrante o Ministério Público**, a tendência é a de não reconhecer a legitimidade contra ato favorável à defesa, especialmente para "conferir efeito suspensivo ao recurso interposto" (STJ, Súmula 604)**.** Se for cabível, o acusado deve ser citado como litisconsorte passivo necessário (STF, Súmula 701);

STJ Súmula 604: "Mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público." A razão forte é a de que "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido do descabimento de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto a decisão que concede liberdade provisória, por ausência de amparo legal e por tal manejo refugir ao escopo precípuo da ação mandamental. 3. Assim, o manejo do mandado de segurança como sucedâneo recursal, notadamente com o fito de obter medida não prevista em lei, revela-se de todo inviável, sendo, ademais, impossível falar em direito líquido e certo na ação mandamental quando a pretensão carece de amparo legal. Precedentes". (HC 368.906/SP)

3) Hipóteses e Prazo: A configuração do *direito líquido e certo*, bem assim a ilegalidade ou abuso de poder do ato impugnado não são uniformes, demandando análise do caso concreto, denotando a certeza e liquidez dos fatos alegados (ilegalidade ou abuso de direito)**.** O argumento deve ser bem trabalhado, evitando-se **sempre** o uso de adjetivos porque há tendência de manutenção da decisão impugnada, especialmente depois da Lei de Abuso de Autoridade. Utiliza-se, por exemplo, nos seguintes **casos**: **a)** negativa de acesso dos autos (IP, APF, Investigações) por parte da autoridade investigadora (LAA, art. 32); **b)** negativa da autoridade policial ou Ministério Público em proceder às diligências requeridas pelo indiciado na Investigação Preliminar; **c)** da decisão que indefere o pedido de habilitação do assistente de acusação; **d)** das medidas assecuratórias de sequestro e arresto de bens; **e)** impugnação de decisão de restituição de bens apreendidos (CPP 118-124); **f)** efetivação de direitos no âmbito de Comissão Parlamentar de Inquérito; **g)** conferir efeito suspensivo a recurso que não o tenha (Lei 12.016/09, art. 5º, II), vedado ao Ministério Público (STJ, Súmula 604); **h)** para trancar investigação ou processo penal cuja pena seja de multa (já que não cabe *Habeas Corpus*); **i)** para garantia dos direitos de pessoa jurídica; **j)** impugnar a multa aplicada ao advogado ou defensor (CPP, art. 265; (STF, Adin 4.398 Min. Cármen Lúcia). O **prazo** decadencial para impetração é de 120 (cento e vinte) dias da ciência do ato impugnado. Em caso de pedido de reconsideração, deve-se considerar como termo inicial a ciência da decisão que se busca reconsiderar, já que o simples pedido de reconsideração não renova o marco decadencial. Além do que, a demora na impetração pode ser entendida como retardamento doloso, incidindo a limitação do *venire contra factum proprium*.

STF, Súmula 632: "É constitucional lei que fixa prazo de decadência para impetração de mandado de segurança".

STJ, AgRg RMS 58.634 (Min. Reynaldo Soares da Fonseca): "É inadmissível o manejo do mandado de segurança como meio de impugnar decisão judicial que indefere pedido de restituição de valores apreendidos em ação penal na qual o impetrante, juntamente com outros comparsas, responde por suposta prática de delitos envolvendo apropriação de valores devidos a vítimas que faziam jus a levantamento de dinheiro em ações de cumprimento de sentença coletiva de expurgos inflacionários, se tal tipo de decisão pode ser impugnada por meio da apelação prevista no artigo

593, II, do CPP, que, de regra, admite o efeito suspensivo, tanto mais quando o próprio recorrente admite já ter se valido do recurso adequado e cabível para impugnar a decisão que determinou o bloqueio de suas contas bancárias".

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é bem complexa, dado o sistema brasileiro, servindo, em geral, como Direito Penal simbólico. É acolhida em face da adoção da Teoria da dupla imputação (STJ, RMS 39.173).

STJ, RMS 51.511 (Min. Sebastião Reis Júnior) aplicação: "naquelas situações em que fique demonstrado que, sem comunicação prévia ao juiz do feito, o advogado (defensor) abandonou, sem justo motivo, o processo, a causa, deixando o cliente indefeso. A isso não se equipara o abandono de um ato processual".

4) Dinâmica e Procedimento: A petição inicial que deve atender aos requisitos do CPC (CPP, art. 3º), acompanhada da prova pré-constituída (não há instrução probatória), dirigida ao órgão *ad quem* (com competência recursal; Lei 12.016/09, art. 7º). O relator poderá: **a)** indeferir a inicial por não ser hipótese de MS ou por ausência dos requisitos; **b)** conceder liminar (total ou parcialmente) determinando a garantia dos direitos; **c)** negar a liminar (se solicitada); e, **d)** solicitar informações à autoridade apontada como coatora, no prazo de 10 (dez) dias, com citação do litisconsorte passivo necessário (a parte adversa, se houver; STF, Súmula 701). Em seguida, o Ministério Público do órgão recursal emite parecer, seguindo-se o julgamento;

STF, Súmula 701: "Se o impetrante for o Ministério Público o acusado deve ser citado como litisconsorte passivo necessário".

5) Decisão e Efeitos: A decisão (liminar ou final) é mandamento (ordem) destinada a impedir ou cessar a ilegalidade ou o abuso de poder. Os efeitos da decisão podem se estender aos demais coacusados (CPP, art. 580; *efeito carona*). A decisão pode anular o processo, determinar providências complementares e terá eficácia imediata (mandamental), ainda que haja recurso interposto (não há efeito suspensivo no recurso interposto). Se a ordem for concedida pelo juízo de primeiro grau, há reexame necessário (Lei 12.016/09, art. 14, § 1º). Nos Tribunais, se houver indeferimento da inicial, cabe recurso ao colegiado (Lei 12.016/09, art. 10, § 1º) e das de mérito, recursos aos Tribunais Superiores;

C – Controvérsia:

1) Cabimento restrito: O MS é cabível de modo excepcional. Não deve ser usado para qualquer situação;

D – Estratégia:

1) Postura Corporativa: O pressuposto da concessão da ordem é a identificação de ato ilegal ou com abuso de poder, cuja consequência poderá gerar a responsabilização administrativa, penal e cível do agente impetrado. A ampliação do rol da Lei de Abuso de Autoridade gera o paradoxo da punição. Ao mesmo tempo em que amplia as hipóteses de responsabilização, traz consigo a consequente ação protecionista, em que o Judiciário tende a não reconhecer a ilegalidade ou o abuso de poder pelas consequências adversas (se concede a ordem é porque há ato ilegal e/ou abuso de poder, no mínimo improbidade ou violação administrativa) Por isso, muitas vezes, a estratégia de não requerer liminar mostra-se vencedora, porque ao ser instado a prestar informações, a autoridade impetrada pode "conformar" o ato, evitando o reconhecimento da ilegalidade ou do abuso de poder (O MS perde o objeto).

20.4 Reclamação Constitucional

A – Definição:

A Reclamação Constitucional é ação autônoma de impugnação criada para garantia, imediata e eficaz, da preservação da competência e da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CR, art. 102, I, "l"), do Superior Tribunal de Justiça (CR, art. 105, I, "f") e, ainda, para a observância de Súmula Vinculante (CR, art. 103-A, § 3º). Pelo princípio da simetria, é possível a Reclamação perante as Cortes Estaduais no exercício da função de guardiãs das Constituições Estaduais (STF, ADI 2.212 e 2480).

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Hipóteses de Cabimento: **a)** decisão que usurpar competências constitucionais previstas nos artigos 102, I, II e III e 105, I, II e III, CR; **b)** decisão contraditória ou conflitante com as decisões proferidas pelos STF e STJ com efeito vinculante, ou que executem ou interpretem de modo diferente do que foi estabelecido pelas Cortes Superiores (STF, Recl. 1.880); **c)** Decisão que contrariar, negar vigência ou ainda, indevidamente, aplicar Súmula Vinculante. O mecanismo busca promover a estabilidade ao sistema jurídico, pela prevalência da *ratio decidendi* (razão forte) do precedente, no caso de equivalência do suporte fático. Ao mesmo tempo em que confere eficiência ao sistema, ao criar mecanismo de acesso direto, sem a necessidade de escalar todas as instâncias ordinárias, pela qual a decisão que afronta (*defiance*) o precedente, pode ser rapidamente reformada;

Lei 11.417/16, "Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. § 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. § 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso".

2) Rito e Dinâmica: célere, de caráter mandamental (Lei 8.038/90, arts. 13-18). Dinâmica: **a)** interposição: por petição (acompanhada de prova documental; não há instrução), dirigida ao Presidente do Tribunal (art. 13, parágrafo único), com distribuição ao relator; **b)** o relator poderá requisitar informações à autoridade a quem for imputada a prática do ato (art. 14, I), ordenar a suspensão do processo ou do ato impugnado (art. 14, II); **c)** qualquer interessado pode impugnar o pedido do reclamante (em 15 dias, art. 15); **d)** a parte interessada não beneficiária do ato é assistente litisconsorcial facultativa, enquanto a parte interessada beneficiária do ato é assistente litisconsorcial obrigatória; **e)** O Ministério Público, se não for o autor da Reclamação, terá vista dos autos por 5 (cinco) dias; **f)** Julgada procedente o pedido deduzido na reclamação, o Relator determina seu imediato cumprimento (art. 17 e 18);

3) Prazo: Não há um prazo definido para ajuizamento da reclamação, mas se entende que deverá ocorrer até o trânsito em julgado da decisão impugnada. Se entre o ato violador e a interposição decorrer muito tempo, a tendência é a de rejeição, por incidência da lógica do *venire contra factum*

proprium. No julgamento da Reclamação 22.557 (STF, Min. Edson Fachin), ainda que reconhecida a violação da Súmula Vinculante 11 (ausência de justificação do uso), diante da postura omissiva da defesa, consistente em não alegar a violação no primeiro momento em que teve acesso aos autos, a nulidade foi rejeitada, privilegiando-se a Boa-fé Objetiva e o *Fair Play*;

STF, Súmula 734: "Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal".

4) Recursos: Da decisão proferida na reclamação não cabem Embargos Infringentes e de Divergência, Recurso Ordinário Constitucional (ROC) e Agravo de Instrumento. Mas é possível Agravo Regimental de decisão monocrática do relator, Embargos de Declaração, e recursos ao STF/STJ, conforme o caso;

C – Controvérsia:

1) Legitimidade do MP: Ministério Público Estadual, na defesa dos seus interesses, possui legitimidade para propor Reclamação no STF (Reclamação 7.358);

D – Estratégia:

1) Forma do Pedido: A demonstração deve ser direta e objetiva, sem explicações supérfluas. O relator já sabe do conteúdo da decisão fundamento da propositura. Não precisa explicar a extensão, mas somente a adequação ao caso. Diante do acesso direto (atalho), a tendência é o não conhecimento, remetendo-se à via do *Habeas Corpus*. Há esvaziamento pela jurisprudência defensiva do STF.

20.5 Revisão Criminal (Erros Judiciários)

A – Definição:

A Revisão Criminal (CPP, art. 621 e segts.) constitui-se como abertura do sistema para apurar os erros e/ou manipulações da premissa fática da decisão condenatória (ou absolvição imprópria).

"Não se ceda à tentação de camuflar o erro sob as vestes de uma estatística favorável quando, na verdade, e relembrando Montesquieu, a 'injustiça que se faz a um é uma ameaça que se faz a todos'". **Ana Teresa Carneiro**

B – Funcionalidade (características e/ou requisitos):

1) Fundamento: A distribuição da **Confiança** e da mitigação dos **Erros Judiciários** não tolera a persistência de condenações (ou absolvição imprópria: medida de segurança) baseada em premissa fática derrotável (CR, art. 5º, LXXV). Não cabe em favor do Estado (*pro societate*). A garantia da Coisa Julgada (CR, art. 5º, XXXVI) é mitigada em face dos Direitos de Liberdade e de Inocência. Enquanto o Sistema Recursal busca prevenir, a Revisão Criminal pretende reparar os possíveis erros. A decisão judicial é suscetível a diversos erros (é falível), até porque já assumimos que o **Dispositivo** processual é um redutor de complexidade, sem que possa "reproduzir" o Caso Penal (evento histórico). A decisão condenatória deve superar o *Standard* Probatório, desprovida de garantia de que os fatos estabelecidos não possam ser derrotados por novos indicadores

"O erro existente sobrevive, por vezes, ao trânsito em julgado". **Ana Teresa Carneiro**

probatórios. A informação disponível para decisão nunca é total e completa. O futuro abre novas possibilidades de inocência;

2) Erros Invisíveis: A existência de obras que narram os Erros Judiciários pode gerar a falsa impressão de que são raros (heurística da disponibilidade). Poucas pesquisas se debruçam sobre a sequência de erros possíveis e não catalogados. Os erros invisíveis e não identificados aparentemente não existem. A pesquisa de Luiz Eduardo Cani demonstra que há um Cemitério de Erros Judiciários devidamente arquivados;

Conferir o livro "Julgamentos históricos: casos que marcaram época e algumas mazelas do processo penal brasileiro", de autoria de **Diego Bayer** e **Bel Aquino**, em que são relatados diversos erros judiciários (Fera de Macabu, Irmãos Naves, Escola Base, Gregório Fortunato, Crime da Mala, Ana Lídia Braga, Aída Curi, Charles Manson, Família Calas , Cing-Mars e Oscar Wilde).

3) Jurisprudência Defensiva: A operacionalidade da Revisão Criminal conta com regras heurísticas construídas pela jurisprudência dominante. Em primeiro lugar, a admissão e acolhimento pressupõe o reconhecimento de um **Erro Judiciário**, posição cognitiva tendencialmente rejeitada pela magistratura (excesso de confiança), até porque significa que um dos seus membros terá, por decisão transitada em julgado, o "erro" declarado . Em segundo lugar, pode gerar o dever de indenização, tema em que a magistratura opera defensivamente. O resultado é a jurisprudência defensiva, consistente na exigência robusta dos requisitos em face da aversão pressuposta à revisão;

4) Competência: A competência será do STF nos casos por ele julgado e, também, quando tiver dado provimento ao Recurso Extraordinário, caso seja o objeto da revisão. A mesma lógica no STJ. Se o objeto da revisão tiver sido conhecido e analisado pelos Tribunais Superiores, no fundo, a revisão é de seus julgados (STJ, STJ, RevCr. 0028.877). Em Tribunais com menos de 4 (quatro) membros, o julgamento será feito por sessão conjunta (CPP, art. 624, § 2º) e, nos Tribunais com mais Câmaras, é possível a formação de Grupos de Câmara para conhecimento e julgamento (CPP, art. 624, § 3º). Deve-se consultar os Regimentos Internos. Cabe às Turmas Recursais, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, o julgamento de Revisão Criminal (STJ, CC 047.718; REsp. 470.673);

5) Legitimidade: A Revisão poderá ser proposta pelo condenado (procurador). Por mais que subsista a possibilidade de o próprio condenado, por si e sem defensor, promover a revisional, nos termos do art. 623, do CPP (STJ, HC 080.038; HC 035.277; HC 17.680), diante dos requisitos e técnicos, justifica-se a nomeação de defensor técnico ou o encaminhamento à Defensoria Pública. Entende-se que o Ministério Público não possui legitimidade (STF, RHC 80.796). Em caso de morte, poderá ser exercida pelo cônjuge/companheiro, ascendente, descendente ou irmão (CPP, art. 623). Se não existirem herdeiros, será nomeado curador (CPP, art. 631). Aos herdeiros, além do direito à indenização, associa-se a possibilidade de resgatar a dignidade do morto vítima de erro/injustiça por parte do Estado. O condenado foragido pode propor revisão sem recolhimento preliminar à prisão, dada a prevalência do estado de liberdade. A interposição não suspende a execução da pena (STJ, HC 305.212; HC 318.033);

STF, Súmula 393:" Para requerer a revisão criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão".

6) Sem Prazo de Exercício: A Revisional pode ser requerida a qualquer tempo após a condenação, mesmo que extinta a pena (CPP, art. 622), em face do efeito estigmatizante, além da defesa da honra/moral do acusado por parte dos sucessores e/ou familiares. Mas não pode ser renovado pelo mesmo fundamento (CPP, art. 622, parágrafo único);

CPP, art. 622, parágrafo único: "Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas".

7) Sentença Condenatória: Para o exercício da Revisão Criminal é necessário que haja trânsito em julgado, comprovado por certidão (CPP, art. 621 e 625), não se exigindo que todos os recursos tenham sido interpostos (exaurimento da instância). Cabe revisão de decisão condenatória de primeiro grau em que sequer se interpôs recurso de apelação. O esgotamento das instâncias recursais não é requisito de admissibilidade do pedido revisional. A absolvição imprópria, com aplicação de Medida de Segurança, também pode ser objeto de revisional;

8) Ônus da Prova: A iniciativa defensiva implica na atribuição do ônus da prova do autor da revisional (condenado), ao mesmo tempo que após a admissão da revisão, a nova inferência sobre a premissa fática deve se orientar pela Presunção de Inocência. A carga probatória é do autor da revisional, mas a presunção de inocência continua militando em seu favor na hipótese de ser conhecida e julgada, já que a regra de tratamento sempre é o de presumidamente inocente e, portanto, com a reanálise da prova a condenação operada pode servir de armadilha cognitiva. Se com as novas provas o condenado será novamente julgado, retoma-se a Presunção de Inocência como "norma de julgamento". O ônus da prova é o de "produção" e não de "julgamento".

9) Provas Novas e Justificação Prévia: A decisão judicial objeto da Revisão Criminal depende da inserção de novos elementos probatórios robustos, capazes de ampliar ou restringir – pelo reconhecimento da nulidade, ilicitude ou ilegitimidade de prova – o acervo probatório analisado na decisão impugnada**.** A "**novidade**" deve ser **suficiente** para justificar a análise, razão pela qual o "novo material" deve atingir e derrotar a "motivação da decisão rescindenda" ou alterar a qualidade/efeito do peso probatório atribuído. Não serve para reapreciar as mesmas provas (STJ, RevCr 002.877; AgRgAg 1.276.605). A revisão não pode ser renovada pelo mesmo fundamento. Como não há prazo para propositura, deve ser bem estudada e aparelhada com provas pré-constituídas (todas as provas novas devem acompanhar a inicial; é vedada a juntada de novas no decorrer da revisional). Se for necessária **prova testemunhal**, deverá ser produzida **antecipadamente**, mediante contraditório, com a necessária participação do Ministério Público (STJ, HC 324.634; RHC 040.832; RHC 036.511; CPC, arts. 381-382). A prova testemunhal pode ser nova ou já ouvida anteriormente, na busca de infirmar a razão forte da decisão rescindenda, inclusive com retratação da vítima (STJ, RHC 058.442; HC 140.618). No caso de prova testemunhal nova ou reviravolta de conteúdo das declarações anteriormente produzidas nos autos, é controversa a possibilidade do uso da Justificação Judicial antes do

trânsito em julgado, ainda que em nome da ampla defesa a prática seja cada vez mais acolhida. Não adianta fazer declaração em escritura pública ou particular para juntada aos autos porque se mostra como unilateral e desprovida de contraditório na sua produção (sem tração cognitiva para fins processuais)**.** A antecipação doa **Justificação** poderá ser uma tática defensiva, porque diante da produção em contraditório, a juntada na fase recursal pode alterar os rumos do julgamento. Os motivos da não produção durante a instrução regular devem ser demostrados (e robustos), porque o comportamento oportunista é rejeitado;

10) Hipóteses de Cabimento: Cabe revisão nos termos do art. 621, do CPP:

a) Contrariedade ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos: exige-se que o julgado rescindendo tenha afrontado de maneira direta, quer por normas penais ou processuais, a premissa normativa adequada (STJ, AgRgResp.

1.573.883; AgRgREsp. 1.295.387; RevCr. 002.877; RevCr 002.573). A existência de divergência jurisprudencial razoável não é aceita como fundamento, diante da utilização, por analogia, da lógica processual civil (STJ, Resp. 759.256; STF, Súmula 343). Ganha fôlego a discussão do *overruling* no campo da Revisão Criminal, uma vez que a modificação da *ratio decidendi*, a saber, a razão forte que sustenta a intangibilidade do julgado, feneceu, temática ainda rejeitada (STJ, HC 103.210; REsp. 759.256). Já a contrariedade à evidência dos autos demanda a reanálise das provas (inferências probatórias) e depende muito do contexto e do modo em que a argumentação é articulada, prevalecendo a orientação de somente em casos de franca violação é que se pode reformar a decisão. A tendência ao julgamento adverso exige esforço argumentativo do autor;

STF, Súmula 343: "Não cabe ação rescisória, por ofensa a literal disposição da lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais."

"Percebe-se que a mudança da *ratio decidendi* de um precedente, ou seja, o *overruling*, quando for mais benéfico para o agente da conduta penalmente relevante, deve ser utilizado em seu favor. Em verdade, quando o legislador, no art. 621, I, do CPP, descreve que caberá revisão criminal quando houver mudança da lei, não está a restringir o seu alcance e sentido, ao contrário, a ampliar, dando possibilidade de revisão criminal quando da mudança da norma penal. [...] O art. 621 do CPP, inciso I, deve ser interpretado da seguinte forma: 'caberá revisão criminal quando a sentença condenatória mostra-se contrária à norma jurídica'". **Fernando Pimentel**

b) Falsidade de depoimentos, exames e/ou documentos: o fundamento implica no reconhecimento da falsidade dos depoimentos, exames e/ou documentos efetivamente utilizados na motivação da decisão impugnada. Não é causa suficiente a existência de elemento maculado não adotado na motivação da decisão. Será necessário que o meio probatório tenha sido determinante (isolada ou conjuntamente) para conclusão do julgado. A descoberta superveniente da ilicitude do meio de prova pode ser fundamento da revisional, já que a descoberta posterior gera a possibilidade de redução do conjunto probatório válido e, portanto, capaz de infirmar a decisão impugnada;

c) Descoberta posterior de novas provas em favor da inocência ou redução da pena: a prova nova é a produzida depois do encerramento da instrução. A documental deve acompanhar o pedido. A testemunhal (nova ou retificada) demanda Justificação Prévia em que se garanta o contraditório sobre a produção. A mera declaração da testemunha em cartório ou com firma reconhecida não é prova testemunhal. A prova pode ser contemporânea ao Caso Penal (não produzida a tempo e modo) ou descoberta posteriormente (desconhecimento da existência). A prova pericial deve ser produzida de modo unilateral (não é objeto de Justificação Judicial), submetendo-se ao contraditório no decorrer da revisão;

"A noção de factos engloba, então, não apenas os elementos constitutivos do crime – factos principais –, mas ainda todas as circunstâncias aptas a afirmar a verdade ou falsidade dos factos principais – factos secundários. [...] O que aqui está em causa é a factualidade do crime, ou seja, tudo o que se refere 'às circunstâncias históricas, ao episódio ou evento, circunscrito no tempo e no espaço, que foi considerado na sentença condenatória como integrante de uma determinada infração'". **Ana Teresa Carneiro**

d) Erro na Identificação do Condenado: Diante do precário sistema de Identificação Criminal, o conduzido pode atribuir nome distinto (normalmente de irmãos, parentes, amigos ou desafetos). Por não estar usando o nome próprio, na primeira

oportunidade de "fuga", desaparece. O Juízo emite mandado de prisão com o nome do "processado", prendendo terceira pessoa. Cabe revisão. Em seguida, retifica-se o nome do acusado (CPP, art. 259), prosseguindo a acusação. Não é cabível na hipótese de meros erros de grafia;

e) Decisões Contraditórias e Transitadas em Julgado: O Princípio da Confiança e da Distribuição de Riscos autoriza a revisão de decisão cuja premissa fática tenha sido infirmada por outra decisão judicial (homogênea ou heterogênea). Por exemplo, nos casos de **cisão** processual, se o acusado for condenado por um "fato" que, posteriormente, foi declarado, categoricamente, como "inexistente", pode-se ampliar o cabimento da revisão (a decisão posterior precisa se fundar nos incisos I ou III, do art. 386, do CPP; os demais não servem). Apesar do juiz poder suspender o julgamento em face de "questões prejudiciais", na hipótese de ter proferido decisão condenatória inconciliável com a posterior (p.ex. crime licitatório ou tributário em que se declara a conformidade da conduta), cabe a revisional;

Referindo-se ao art. 449º, *"c"*, do CPP português: "Quando os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação. [...] o que acontece quando a prova de um ou mais factos, atestada numa decisão, implica necessariamente a exclusão de um ou mais factos que fundamentam a condenação. E é nisto mesmo que reside a inconciliabilidade entre factos numa inconciliabilidade absoluta, numa contradição insanável entre factos que se excluem, que se eliminam mutuamente". **Ana Teresa Carneiro**

f) Decisões das Cortes de Direitos Humanos: O Brasil se submete às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Se a decisão proferida estiver em desconformidade com a orientação da Corte, há causa suficiente à revisão do julgado;

No ambiente Português: "Na verdade, encontram-se as partes contratantes da CEDH obrigadas a respeitar as sentenças definitivas do TEDH nos litígios em que forem partes". **Ana Teresa Carneiro**

11) Procedimento: A autoridade da Coisa Julgada é mantida, motivo pelo qual a Presunção de Inocência (*juris tantum*) do processo penal já foi superada. O exercício do direito de ação submete-se a maiores exigências (recebimento e processamento). Divide-se em duas fases: **a) Rescindente**; e, **b) Rescisória**. O processamento se dá primeiro pelo reconhecimento dos requisitos legais de admissão (conhecimento), seguido, caso positivo, da análise de mérito. Deve ser distribuída para relator diverso dos que tenham participado do processo rescindendo (CPP, art. 625), acompanhada de certidão de trânsito em julgado e demais peças necessárias. Em geral, juntam-se os autos originais de modo organizado e classificado (peças relevantes), com o fim de melhorar a compreensão dos argumentos (CPP, art. 625, § 1º), ainda que o relator possa determinar o apensamento dos autos originais (CPP, art. 625, § 2º). Não sendo o caso de revisão ou não atendidos os requisitos do art. 625, do CPP, o relator poderá rejeitar *in limine* a pretensão. Da decisão, cabe recurso ao Órgão Julgador, no qual o relator não participará do julgamento (CPP, art. 625, § 4º). Sendo apta a pretensão, o relator ouvirá o Ministério Público e requererá pauta para julgamento, no qual os julgadores que participaram dos julgamentos anteriores podem compor o colegiado. O julgamento será dividido em duas etapas. Na primeira atestará os requisitos de admissibilidade (decisão de conferência) e, na segunda, o julgamento do pedido (fase rescisória). É assegurada sustentação oral (STJ, HC 274.473; HC 295.313);

12) Liminar e Desistência: O recebimento e processamento da Revisão não possui efeito suspensivo, sem prejuízo de que se possa requerer ao relator, dadas a configuração das razões das cautelares (boa prova e iminência de constrangimento ilegal em face dos efeitos da condenação),

liminar para suspender os efeitos da condenação até o julgamento de mérito da revisional**.** Questão controversa é a da possibilidade de **desistência** do pedido. Em face dos interesses públicos em questão, tende-se a não reconhecer o direito de desistência. Mas como pelos mesmos fundamentos não poderá ser renovada, não se exclui a possibilidade de o autor pretender ampliar a qualidade e/ou quantidade de provas, razão pela qual se justifica a homologação do pedido de desistência;

13) Decisão e Efeitos: O Tribunal profere **julgamento em dois tempos**: **a)** reconhece o cabimento, e; **b)** renova ou anula o julgamento. No caso de anulação pode determinar seja novamente julgado pelo juiz de instância inferior. Entretanto, vigora o princípio da *reformatio in pejus* (direta e indireta – CPP, art. 626, parágrafo único). A Revisão Criminal reabre o processo e modifica o resultado. Em caso de absolvição própria, serão reestabelecidos os direitos perdidos em virtude da condenação e, se for o caso de absolvição imprópria, aplica-se medida de segurança (CPP, art. 627). Além disso, cabe indenização pelo erro judiciário (CR, art. 5º, LXXV). Nada impede que o Tribunal, ao conhecer do pedido, para além das razões deduzidas, possa verificar a ocorrência de nulidades ou outras violações, conhecendo do pedido *extra* e *ultra petita*, inclusive em face de coacusados, estendendo os efeitos da decisão por arrastamento (CPP, art. 580 – *free rider*). Deve-se ficar atento para não ocorrência de *reformatio in pejus* (direta ou indireta). Ao final da revisão criminal o acusado não pode ter uma situação jurídica pior do que se não tivesse proposto a revisão (CPP, art. 626, parágrafo único);

Pacto de San Jose da Costa Rica (Dec. 678/92) internalizou suas disposições e pelo contido no art. 8º, 4, restou proibido que alguém seja julgado, mais de uma vez, por decisão transitada em julgado, mesmo que errada ou por julgador incompetente. O mesmo raciocínio deve prevalecer para os casos de anulação do processo sem recurso Ministerial, no qual deve prevalecer a reformatio *in pejus* indireta. Trata-se de decorrência da cláusula do devido processo legal substancial.

14) Tribunal do Júri: É possível, em princípio, a revisão criminal em face de sentença condenatória proferida no Tribunal do Júri**,** tendo em vista que não se pode negar ao condenado o direito à revisão criminal (STJ, HC 19.419; REsp. 1.304.155; AgRgResp 1.154.436). Dúvida existe sobre os efeitos da decisão. A posição **dominada** entende ser possível nova decisão de mérito pelo juiz togado, sem convocação de novo Tribunal do Júri (STJ, HC 137.504 – Min. Laurita Vaz), enquanto a **dominante** sustenta que, provida a revisão, o acusado deve ser submetido a novo julgamento, dado que a competência constitucional permanece sendo a do Tribunal do Júri (STJ, Resp. 1.172.278), observada a impossibilidade de *reformatio in pejus indireta* (a nova pena não pode ser maior que anterior);

15) Causas dos Erros: *Luiz Eduardo Cani* promoveu importante pesquisa sobre os "Erros Judiciários", indicando (a partir dos relatos do *Innocence Project, Innocence Network*, *Runciman Commission* etc.): **a)** ciências forenses de baixa qualidade (*junk science*); **b)** falsas memórias; **c)** ação dos agentes estatais (sugestão, vieses, heurísticas, pressão psicológica etc.); **d)** falsificação de provas; **e)** ocultação de provas; **f)** violação dos procedimentos legais; **g)** confissões sob pressão ou ameaça (direta ou indireta); **h)** defesa inadequada; **i)** erro de testemunha ocular; **j)** erro no reconhecimento do suspeito (pessoal e por foto); **l)** uso de informantes fabricados; **m)** denúncias falsas ou forçadas no ambiente da Justiça

Negocial; e, **n)** perseverança de conteúdo falso diante dos benefícios oferecidos aos delatores;

16) Dano Indenizável: Caberá pleito de justa indenização pelos prejuízos sofridos (CPP, art. 630; CR, art. 5º, LXXV), salvo nas hipóteses de o erro decorrer de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de provas em seu poder, bem assim nos casos de ação privada. A condenação nos casos de ação pública será do respectivo ente federativo do qual fizer parte a autoridade judicial (CPP, art. 630). A cumulação do pedido de revisão com indenização não se mostra como tática dominante, porque não há instrução processual para demonstração da extensão do dado e submete a questão da indenização a julgadores penais, em geral, não acostumados ao tema (tende a ser menor). Com a decisão da revisão criminal, pode-se propor ação autônoma de indenização pelo erro/injustiça cometido. Não é raro, todavia, que o Tribunal arbitre o valor mínimo de indenização, sem prejuízo de ação própria para complementação e discussão do valor devido;

"A visão cega de túnel é conformada por três fatores: a corrupção por causa nobre, as categorias de evidências sistemicamente corrompidas e efeito bola de neve. A corrupção por causa nobre foi abordada anteriormente, mas vale ressaltar que ao se pensar que há um bom motivo para violar as leis e incriminar alguém, não necessariamente se tem um suspeito, então nem sempre os dois fatores se articulam. As categorias de evidências sistemicamente corrompidas resultam da contaminação de todas as evidências, geralmente pela atuação policial. O efeito bola de neve é o operador entre umas e outras que agrava a situação, de forma que a visão de túnel, ao impedir que se enxergue outras possibilidades, pode levar à sobreposição e contaminação de todas as evidências e, consequentemente, de toda a teoria do caso". **Luiz Eduardo Cani**

CR, art. 5º, LXXV: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

C – Controvérsia:

1) Revisão *pro Societate*: Se a causa suficiente da decisão absolutória foi ilícita (corrupção dos agentes ou falsidade probatória, p.ex.), a Coisa Julgada não atende às finalidades constitutivas, porque a garantia está vinculada à distribuição da **Confiança** e do risco, desde que de Boa-Fé (a má-fé exclui a garantia). Não há acolhimento ainda no nosso sistema processual (salvo no caso de certidão de óbito falsa, em seguida);

"Parece ser de partilha a consideração da constitucionalidade de revisão das decisões absolutórias. Isto porque não faria sentido que o injustamente absolvido – porque, a título de exemplo só alcançou a absolvição através de corrupção do juiz ou da apresentação de falsos meios de prova determinantes para a decisão merecesse a tutela do valor segurança jurídica. [...] As excepções têm, contudo, que ter uma justificação material (preservar situações de intolerável justiça), ser muito limitadas e previsíveis. Desde que o legislador, tal como aliás acontece, circunscreva esses casos, limitando-se apenas aos já expressamente previstos em lei, não haverá problemas de compatibilização constitucional". **Ana Teresa Carneiro**

2) Documento Falso e Extinção Punibilidade: O Princípio da **Confiança** e da Boa-Fé Objetiva não tolera que a garantia da Coisa Julgada possa ser obtida por meio de documento falso (p.ex. certidão de óbito falsificada);

STF, HC 104.998 (Min. Dias Tóffoli): "A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito".

3) Lei ou Interpretação Favorável (*in melius*): Se a premissa normativa alterar-se (lei nova ou intepretação mais favorável), a competência para ajustamento será do Juiz da Execução Penal (LEP, art. 66). A alteração da premissa fática depende de Revisão Criminal;

STF, Súmula 611: "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna".

D – Estratégia:

1) Planejamento: O mesmo fundamento não poderá ser utilizado duas vezes (CPP, art. 622, parágrafo único). A oportunidade pode ser única. Recomenda-se a apuração dos indicadores de quem está prevento (Câmara, Grupo ou Turma), qual o Esquema Decisório dos julgadores e as expectativas de comportamento. Estudar o campo do jogo, os personagens humanos que estão no momento na posição de decisão e, eventualmente, adiar a propositura pode ser estratégia dominante. A preparação da revisional é complexa e custosa. Demanda a produção de documentos, testemunhos e perícias, conforme o caso. O suporte fático precisa ser robusto. Como os fundamentos não podem ser renovados, será preciso estudar o contexto, a possível composição de julgamento (expectativas

decisórias), associar movimento midiático ou de redes sociais (estratégia arriscada e que deve bem avaliada, principalmente pelo rebote acusatório ou da vítima). Os cenários devem ser bem estimados, aguardando-se o momento oportuno;

2) Jurisprudência Defensiva e Argumentação: Diante da tendência dominante de impedir o exercício do direito revisional (ou pelo menos mitigar/dificultar), o modo como o Caso Penal é narrado pode fazer toda a diferença. É que se há um erro, alguém decidiu e, na hipótese, um magistrado ou Tribunal. Por isso, o Esquema Argumentativo deve se focar na derrota da premissa fática estabelecida na decisão impugnada, sem adjetivar ou desmerecer *ad hominen* a conclusão do prolator da decisão impugnada. A argumentação deve ser objetiva e clara, alinhando-se ao trajeto adotado pela decisão impugnada, reconstruindo o caminho alternativo somente no ponto em que novo elemento probatório autoriza o *plot point* (ponto de virada). Os membros da Instituição Poder Judiciário tendem a se proteger (como em qualquer corporação). O erro deve ser atribuído ao Sistema e não ao prolator (ainda que seja). O fenômeno da aversão à litigância comparece no ambiente da revisão criminal e deve ser levada a sério. Deve-se recontar o Caso Penal de modo adequado, habilidade (*skill*) que nem todos dispõem;

3) Argumentação Adequada: Esquema Argumentativo precisa ser elaborado etapa por etapa, de modo claro, objetivo, com o fim de conferir condições de entendimento da narrativa originária e da proposta. Não se pode querer "dourar" demais a pílula, nem exigir leitura de longas petições. Necessária a customização da narrativa em conformidade com o Esquema Decisório e o contexto real (e não imaginário). Inventariar os julgamentos recentes dos membros do colegiado é relevante. Um fator que deve ser considerado é a permanência do relator originário no colegiado julgador. Deve-se apurar a influência e a reputação do relator em face dos demais (própria de arranjos colegiados XXX), especialmente a adesão do grupo às decisões já tomadas, além da dificuldade humana em reconhecer que houve erro. O trajeto deve demonstrar a necessidade de conhecimento (acoplando a hipótese), com enfrentamento direto e objetivo do impacto da "prova nova" sobre as inferências adotadas na premissa da decisão impugnada (nunca adjetivar ou culpar o julgador originário). Há tempo e modo para o exercício do pedido revisional;

"Desde logo no ensino universitário onde os recursos extraordinários são, normalmente, e quando muito, matéria a leccionar nos últimos minutos da última aula da unidade curricular respectiva; depois, o alheamento face ao tema por parte das profissões forenses, máxime da advocacia; e, ainda e consequentemente, a escassez e a superficialidade do seu tratamento ao nível doutrinal". **Ana Teresa Carneiro**

Não se deve "doura demais a pílula". O excesso de adjetivos pode colocar em risco a credibilidade do argumento. Nas relações comerciais ou afetivas pode ser até usual. Nem sempre acreditamos nas declarações de vendedores (Será que a camisa ficou perfeita como diz o vendedor?). Há regras próprias em face dos jogos de linguagem em que estamos situados. Não basta a razão; será preciso saber dizê-la adequadamente.