



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Rodrigo Carlos Junges

Defesa processual penal: a arte de contar histórias e a construção do roteiro

Florianópolis
2023

Rodrigo Carlos Junges

Defesa processual penal: a arte de contar histórias e a construção do roteiro

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro ou Campus João David Ferreira Lima da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Francisco Quintanilha Veras Neto, Dr.
Coorientador: Prof. Valcir Gassen, Dr.

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Junges, Rodrigo Carlos

Defesa processual penal : a arte de contar histórias e a construção do roteiro / Rodrigo Carlos Junges ; orientador, Francisco Quintanilha Véras Neto, coorientador, Valcir Gassen, 2023.

131 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Arte de contar histórias. 3. Dissonância cognitiva. 4. Gestão estratégica do caso penal. 5. Efetividade defensiva. I. Quintanilha Véras Neto, Francisco . II. Gassen, Valcir. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

Rodrigo Carlos Junges

Defesa processual penal: a arte de contar histórias e a construção do roteiro

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de Bacharel e aprovado em sua forma final pelo Curso Direito.

Florianópolis, 27 de junho de 2023.

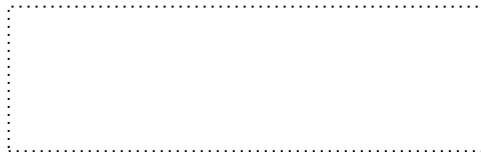


Coordenação do Curso

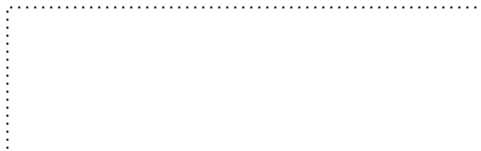
Banca examinadora



Prof. Francisco Quintanilha Veras Neto, Dr.
Orientador



Prof. Valcir Gassen, Dr.
Universidade de Brasília (UNB)
Coorientador



Prof. Rafael Luiz Marques Ary, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Comunicação e Expressão



Michelle de Medeiros Fidélis, Ma.
Universidade Federal de Santa Catarina
Programa de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 2023.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de expressar minha sincera gratidão aos meus pais e familiares por todo o apoio que me proporcionaram no decorrer desses cinco anos, em especial, a querida Maria Eduarda Holthausen Frutuoso, companheira de graduação e de vida, por todo apoio e amor incondicional que tem me proporcionado.

Agradeço, também, aos professores Francisco Bissoli Filho, João dos Passos Martins Neto, Bráulio Cavalcanti Ferreira, Dóris Ghilardi, José Sérgio da Silva Cristóvam, Liz Beatriz Sass, Belinda Pereira da Cunha, Rodolfo Joaquim Pinto da Luz, Alexandre Moraes da Rosa, Marcus Vinícius Motter Borges, Orlando Celso da Silva Neto e Pedro Menezes Niebuhr por todas as contribuições e incentivos ao estudo e a pesquisa, cada qual com sua percepção diferenciada e crítica sobre os fenômenos jurídicos.

Agradeço ao meu Professor Orientador, Francisco Quintanilha Vêras Neto por todo o suporte, a compreensão, os conhecimentos e os valores humanos transmitidos no decorrer da minha formação acadêmica.

Expresso minha gratidão, também, ao meu Professor Coorientador Valcir Gassen que, desde as primeiras aulas, transmitiu não só conhecimento, mas também nuances de caráter próprios de sua personalidade humanizadora. Agradeço-o, ainda, pela paciência e empenho na revisão deste trabalho.

Por fim, dirijo meus agradecimentos à Universidade Federal de Santa Catarina, em especial, aos servidores, técnicos e professores da Coordenação e do Departamento do Curso de Direito, personificados na pessoa de Nelson Winckler Oliveira, servidor de extrema competência, prontidão e simpatia no atendimento aos discentes.

A tarefa do poeta não é a de dizer o que de fato ocorreu, mas o que é possível e poderia ter ocorrido segundo a verossimilhança ou a necessidade (ARISTÓTELES, 2017, p. 95–97).

RESUMO

Este estudo discute o exercício da atividade defensiva no âmbito do processo penal, compreendido enquanto situação jurídica e operacionalizado por uma matriz adversarial, por intermédio da arte de construir histórias e roteiros. Em um contexto de fragilidade institucional, agravado pela introdução constante de novos institutos jurídicos em uma legislação antiquada, é fundamental que a defesa técnica assuma uma postura dinâmica eficiente. O propósito deste projeto é apresentar os pressupostos e indicadores necessários para a construção da narrativa do caso penal, orientados pela modelagem historiográfica, na condição de metodologia interpretativa para o defensor construir uma narrativa persuasiva e sólida. Através da metodologia indutiva, pautada em análises bibliográficas e hermenêuticas, destacar-se-á, no primeiro capítulo do desenvolvimento, a influência dos mecanismos de reforço cognitivo na instrução processual e o desacerto entre o sistema de justiça criminal e as instituições de segurança pública. Discutir-se-á, no segundo capítulo, a importância da atenção e prudência em relação aos indicadores da realidade, assim como aos mecanismos de controle da informação e do discurso no ambiente forense. Por fim, no terceiro e último capítulo, realizar-se-á um exame das técnicas aplicáveis a construção da narrativa penal, a qual envolve métodos de roteirização para representar a realidade do crime, com vistas a influenciar o julgador e obter uma decisão favorável. O defensor deve exercer, portanto, uma função transformadora ao representar a sequência de eventos passados e definir a história de vida futura do acusado. A gestão da narrativa ao longo do processo recebe especial ênfase, por permitir ao defensor acompanhar e direcionar as estratégias defensivas, adaptando-as, quando necessário, ao caso penal. É preciso considerar que a singularidade casuística impede a adoção de um conjunto de diretrizes predefinidas, uma vez que a construção de uma narrativa penal adequada requer planejamento estratégico, com a definição de objetivos, a seleção e classificação de informações, além do uso de técnicas de gerenciamento e análise constante de dados, para manter no controle do defensor sobre os indicadores de realidade em termos de relevância, gravidade e urgência.

Palavras-chave: dissonância cognitiva; persuasão; efetividade defensiva; arte de contar histórias; gestão estratégica do caso penal.

ABSTRACT

This study discusses the exercise of the defensive activity in the criminal process, understood as a legal situation and operationalized by an adversarial matrix, through the art of constructing stories and scripts. In a context of institutional fragility, aggravated by the constant introduction of new legal institutes in an antiquated legislation, it is fundamental that the technical defence assumes a dynamic and efficient posture. The purpose of this project is to present the premises and indicators necessary for the construction of the history of the criminal case, guided by the historiographical modelling, as an interpretative methodology for the defender to create a persuasive and solid narrative. Through an inductive methodology, based on bibliographic and hermeneutic analyses, it will be highlighted, in the first chapter of the development, the influence of technological resources in procedural instruction and the mismatch between the criminal justice system and the public security institutions. It will then discuss, in the second chapter of the development, the importance of attention and caution in relation to reality indicators, as well as mechanisms to control information and discourse in the forensic environment. Finally the third and last chapter of the development, examines the techniques applicable to the design of the criminal narrative, which involves scripting methods to represent the reality of the crime, in order to influence the judge and obtain a favourable decision. Therefore, the defender must exercise a transformative role in representing the sequence of past events to define the future history of the defendant. The management of the narrative throughout the process receives special emphasis as it allows the defender to accompany and direct the defensive strategies, adapting them, when necessary, to the criminal case. It is essential to consider that the singularity of each case prevents the adoption of a set of predefined guidelines, since the construction of an adequate criminal narrative requires strategic planning, with the definition of goals, the selection, and classification of information, as well as the use of management techniques and constant data analysis, in order to keep the defender's control over the reality indicators in terms of relevance, gravity, and urgency.

Keywords: cognitive dissonance; persuasion; defensive effectiveness; storytelling; criminal case strategic management.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	TEORIA DO CASO PENAL E DO REFORÇO COGNITIVO	13
2.1	MODELO ADVERSARIAL.....	13
2.2	TEORIA DO CASO E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	20
2.3	CONTROLE HERMENÊUTICO E EPISTÊMICO DA DECISÃO	28
2.4	FATORES DE INFLUÊNCIA: JOGADORES E RECOMPENSAS.....	31
2.5	RESPONSABILIDADE POLÍTICA DOS AGENTES ESTATAIS	33
2.6	INTERFERÊNCIA DOS MECANISMOS DE REFORÇO COGNITIVO	36
2.6.1	Ruído, vieses e heurísticas: captação de sentidos e preenchimento de lacunas ..	37
2.6.2	Dissonância cognitiva e a Inferência à Melhor Explicação (IME).....	42
3	FATORES DE CONTROLE DA INFORMAÇÃO E DO DISCURSO	47
3.1	FALÁCIAS E A LÓGICA INFORMAL	50
3.2	APELOS À EMOÇÃO.....	51
3.3	ATAQUES PESSOAIS.....	52
3.4	APELOS À AUTORIDADE.....	53
3.5	INFLUÊNCIA E MANIPULAÇÃO.....	55
4	A CONSTRUÇÃO E GESTÃO DA NARRATIVA	58
4.1	PERSUADIR RACIONAL E EMOCIONALMENTE.....	58
4.2	A LÓGICA DAS RAZÕES JURÍDICAS	62
4.3	EFICÁCIA ARGUMENTATIVA	68
4.4	A ARTE DE CONTAR HISTÓRIAS	74
4.4.1	Seleção dos objetivos e escolha dos métodos	75
4.4.2	O limite do imprevisível e o impacto do altamente improvável.....	79
4.4.3	As contribuições da filosofia da linguagem.....	81
4.4.4	A construção do roteiro e da narrativa	83
4.5	A ARTE DE FAZER PERGUNTAS	98
4.5.1	Tipologia e adequação.....	102
4.5.2	Perguntas sugestivas: fiabilidade e contraditório.....	104
4.6	A INDESPENSÁVEL GESTÃO DA NARRATIVA.....	105
4.6.1	Janela de Johari e matriz GUT	111
4.6.2	Ciclo PDCA e método DMAIC.....	116
5	CONCLUSÃO	121
	REFERÊNCIAS	123

1 INTRODUÇÃO

A justiça criminal é, indubitavelmente, um importante componente do sistema sancionatório brasileiro, construída a partir de uma compreensão político-criminológica que confere ao poder punitivo estatal a tarefa de solucionar os conflitos e problemas sociais, através da imposição de penas, tanto na esfera administrativa, quanto na esfera judicial, especialmente, pela utilização do sistema jurídico-penal.

Esse trabalho, através da metodologia indutiva, de caráter descritivo, pautada em análises e cruzamentos bibliográficos entre os campos do Direito, Cinema, Linguística e Psicologia, se propõe a apontar e explorar os pressupostos e indicadores necessários para a construção da narrativa do caso penal e, simultaneamente, oferecer a modelagem historiográfica como uma perspectiva, uma metodologia interpretativa pela qual o defensor deve observar, assimilar e empreender os seus esforços para construir uma narrativa robusta, capaz de colaborar para alcançar uma decisão jurídica favorável, apropriada à realidade única de cada cenário.

A abordagem dessa temática justifica-se porquanto, em uma realidade revolvida por recursos tecnológicos, exteriorizam-se de maneira súbita, na instrução processual, indicadores e filtros cognitivos, depuradores de uma visão ampliada sobre o fenômeno criminal. Além disso, em uma sociedade de riscos¹, permeada pelo paradigma da segurança, o sistema de justiça criminal confunde-se com as instituições incumbidas de realizar a segurança pública, com a adoção de medidas tendentes à justiça social, ainda que, para tanto, haja a supressão garantias constitucionais individuais.

No primeiro capítulo do desenvolvimento, a proposta é conceber uma análise do contexto processual penal, representado enquanto situação jurídica, no qual os oponentes, imersos em um ambiente de disputa, buscam obter uma decisão jurídica favorável. Sob a perspectiva da teoria do caso penal, vislumbra-se um cenário de indeterminação, onde prevalecem, para a aplicação das regras jurídicas, táticas e técnicas próprias de um jogo

¹ Expressão utilizada por Ulrich Beck para fazer referência as ameaças e os riscos sistematicamente criados no processo tardio de modernização, produtor de constantes desigualdades. Riscos são produto de distribuição, gerando posições de ameaça ou de classe. Vivenciar uma sociedade de riscos, significa conviver em um ambiente permeado por incertezas não quantificáveis, no qual os riscos não podem ser mensurados. A criação de riscos é reforçada por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, onde as possibilidades e os resultados são separados por um oceano de ignorância (BECK, 2011, p. 7-19). Esse mesmo autor, republicou a sua teoria sobre a sociedade de risco através do livro intitulado *“World at risk”* (O mundo em risco – tradução nossa), pelo qual compreende que nas sociedades de risco, as consequências e os sucessos da modernização tornam-se um problema com a rapidez e a radicalidade dos processos de modernização. Uma nova dimensão do risco emerge porque as condições para o seu processamento e mensuração institucional desmoronam em parte (tradução nossa) (BECK, 2009, p. 6).

processual. Nada obstante, o cenário, os jogadores e as características pessoais, permeiam a tomada de decisões, a escolha das cenas e da narrativa a ser contada.

Nessa perspectiva, o sistema jurídico-penal é, portanto, caracterizado por um equilíbrio dinâmico de possibilidades e ônus, por meio do qual cada um dos jogadores desenvolverá suas estratégias com o desiderato de atingir os resultados pretendidos e alcançar as recompensas desejadas. Nesse particular, os jogadores/atores processuais, em sentido amplo, tem suas atividades e atuações moldadas também, por fatores internos — como as expectativas pessoais, objetivos profissionais e preceitos éticos —, e externos — influências da classe profissional, da mídia, da sociedade, dos órgãos de controle, etc. Para contrapor as heurísticas e vieses ensejadores do enlace cognitivo que transita da etapa procedimental-administrativa, até a decisão penal definitiva, é preciso que o defensor assuma a condição de anteparo, capaz de oferecer uma defesa efetiva², não figurativa.

Por seu turno, no segundo capítulo, explorar-se-á alguns dos mecanismos de controle das informações e do discurso, frequentemente observados no ambiente forense, apontando as suas peculiaridades, cujo objetivo é demonstrar a importância de uma atuação sensível aos indicativos de realidade, seja para mitigar os seus impactos, seja para contrapô-los ou anulá-los.

A partir das compreensões anteriores, no terceiro e último capítulo, buscar-se-á comprovar que, para conceber uma narrativa processual penal, a construção deve ser tanto abrangente quanto pragmática. Sem descuidar da importância argumentativa e persuasiva da narrativa, a gênese da sua construção deve abranger, obrigatoriamente, todos indicativos de realidade relevantes disponíveis e, levando-os em conta, incorporar outros que sirvam aos objetivos inicialmente definidos, sem desprezar outros tantos que possam ser úteis no decorrer do jogo processual. De outra parte, o pragmatismo deve se fazer presente quanto à pertinência e relevância das informações selecionadas, conferindo-lhes utilidade perante a construção estratégica da narrativa penal.

Nesse contexto multifacetado e interdisciplinar, a gestão da narrativa se revela tão importante quanto o seu esboço inicial, afinal será por meio de mecanismos de gestão que será possível, com a sucessão de eventos e etapas, acompanhar e direcionar as estratégias defensivas para a produção de uma narrativa coerente, consistente e persuasiva. Se a característica principal do caso penal é sua singularidade, adotar dogmas e imitar estratégias

² Para ser efetiva, deve revelar capacitação técnica e empenho pessoal do defensor na obtenção de um resultado favorável. Não se pode olvidar que o defensor não tem dever de obter sempre o resultado absolutório — já que sua obrigação com o investigado/acusado é de meio e não de resultado —, mas deve empenhar todos os seus esforços técnicos e pessoais na obtenção desse resultado (MALAN, 2020b).

utilizadas em casos anteriores, diversificam e, ao mesmo tempo, aumentam significativamente a chance de uma decisão penal desfavorável.

Não há receituário, nem tampouco prescrição mágica dos remédios processuais e narrativos adequados para cada caso penal. Definidos os objetivos, o primeiro passo é selecionar e classificar as informações, quantitativa e qualitativamente consideradas, com a definição das metas e métodos a serem utilizados na composição do roteiro, com a utilização das técnicas PDCA (*plan, do, check and action*³) e DMAIC (*define, measure, analyze, improve and control*⁴).

Conferir ao defensor o dever e a incumbência de administrar o caso penal, construir a narrativa, selecionar as estratégias e métodos, mapear e gerenciar os riscos, não implica, contudo, em impedir a participação e o exercício do direito de defesa direta pelo investigado ou acusado. No curso da narrativa penal, a defesa técnica e autodefesa podem coexistir, desde que a construção e gestão seja periodicamente acompanhada pelo defensor, a quem é atribuído, constitucional⁵ e legalmente⁶, a defesa dos direitos e garantias individuais do cidadão.

³ Planejar, executar, checar e corrigir (tradução nossa).

⁴ Definir, mensurar, analisar, melhorar e controlar (tradução nossa).

⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIII — o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; e Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1988).

⁶ “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público. § 2º-A. No processo administrativo, o advogado contribui com a postulação de decisão favorável ao seu constituinte, e os seus atos constituem múnus público. [...] Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas. Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido — no âmbito do impedimento — suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia” (BRASIL, 1994).

2 TEORIA DO CASO PENAL E DO REFORÇO COGNITIVO

A partir da compreensão do direito como um fenômeno complexo, plural e multifacetado⁷, como propõe Antônio Carlos Wolkmer, viabilizado pelo processo enquanto situação jurídica⁸, como preconiza James Goldschmidt⁹, buscar-se-á enumerar, inicialmente, os pressupostos e os elementos-base aptos a: i) identificar os artifícios responsáveis por capturar as funções cognitivas dos intervenientes no jogo processual penal, a fim de impor limites à convencionalidade e à atuação intuitiva dos agentes responsáveis pela administração da justiça criminal; e ii) permitir o desenvolvimento de uma advocacia mais eficaz e proativa, gestora do caso e da narrativa a ser contada no decorrer o processo penal.

Conceber o processo penal como situação jurídica, é concepção fundamental. Isso porque, para que se possa melhor estruturar o desenvolvimento de um processo penal próprio em um Estado Democrático de Direito, alicerçado em um princípio, efetivamente, acusatório, é imprescindível que o defensor figure como coautor da decisão final. Para tanto, deve expandir seus horizontes de sentido, aproximando o Direito de outras áreas do conhecimento, especializadas na arte de contar histórias e construir roteiros, valendo-se da disponibilidade do caso penal, pela qual há preponderância das partes na gestão da prova.

2.1 MODELO ADVERSARIAL

O modelo adversarial é assim denominado, na tradição da *common law*¹⁰, por se desenvolver em um contexto de disputa. Durante o desenrolar processual, as características

⁷ Expresso por um produto da globalização e, simultaneamente, um processo dinâmico decorrente das lutas e dos movimentos sociais.

⁸ Orientado pelo estado de incerteza e insegurança quanto aos interesses postos em conflito, caracterizado por um sistema de possibilidades e ônus, elementos estruturantes da teoria dos jogos, e, por outro lado, como um fenômeno social complexo, marcado por extensos e intrínsecos elementos psicológicos.

⁹ O conceito de situação jurídica é puramente processual e se contrapõe ao conceito de relação jurídica, surgido de uma perspectiva jurídico-material do direito. A situação jurídica é, então, sempre uma expectativa de uma sentença favorável ou desfavorável, dirigida a obter a ratificação, por um Tribunal, de que a pretensão alegada está juridicamente fundada ou não — coisa julgada. Essa expectativa pode, em todo caso, ser mais ou menos segura, e depende do cumprimento, pelas partes, de suas cargas processuais, ou então da sua omissão, ocasião na qual as suas expectativas provisórias são significativamente menores. Tendo em conta todas essas modalidades imagináveis, se poderia definir a situação jurídica processual como um conjunto de expectativas, possibilidades, cargas e liberações de cargas que uma parte tem no decorrer do processo (tradução nossa). (GOLDSCHMIDT, 2015, p. 279–283).

¹⁰ O sistema *common law* (direito comum) adota um sistema de regras definidas, eminentemente, por precedentes judiciais, os quais possuem caráter persuasivo e obrigatório. Para aplicação de um precedente, por ocasião de um novo julgamento a respeito de uma mesma matéria, o elemento central da decisão pretérita invocada, e, que determina a sua incidência no presente, é a *ratio decidendi* (razão de decidir). Esse sistema se contrapõe ao sistema *Civil Law* — adotado no Brasil —, de matrizes romântico-germânicas, caracterizado pela predominância do direito positivo (legislação codificada).

agressivas dos jogadores refletem em suas estratégias, seus comportamentos e suas ações. Seu desenvolvimento, portanto, implica na adoção, pelos oponentes, de maior responsabilidade e protagonismo, uma vez que lhes incumbe, através de seus representantes, apresentar as versões independentes sobre os fatos perante o órgão julgador competente para apreciar a matéria, o qual deverá zelar e resguardar pela imparcialidade.

Estabelecer um sistema centrado no princípio acusatório, significa despersonalizar a figura da vítima e do acusado, transferindo suas funções, no caso brasileiro, ao Ministério Público e a defesa técnica. Igualmente, expurga-se o magistrado do dever de conduzir o processo, responsável pela inquirição das testemunhas e do réu (AVELAR; SILVA, 2021). Convém recordar que, denunciar alguém, imputando-lhe fato criminoso, é um ato de responsabilidade política, fator este que importa em coibir a utilização do processo penal para fins estratégicos ou intimidatórios (STRECK, 2022b).

Para materializar a justiça adversarial e o princípio acusatório, é preciso mais do que discursos. É fundamental contornar as anomalias investigativas e processuais, alterando o comportamento e o método de abordagem do caso penal pelos órgãos responsáveis pela persecução penal, que compõe a administração da justiça criminal.

É preciso lembrar que o Código de Processo Penal brasileiro, publicado em 1941 — a exemplo do Código Penal de 1940 — foi construído na vigência do período autoritário do Estado Novo (1937–1945). Contou com forte influência do Código Penal italiano, denominado *Codice Rocco*, do ano de 1930, confeccionado durante a ascensão do regime fascista de Mussolini. Apesar das diversas mudanças instituídas, o Código Processual Penal brasileiro segue orientado pela lógica da descoberta da verdade real, enquanto um dever do magistrado. Contraposto com as garantias constitucionais vigentes — pós-Constituição de 1988 — exigiria juízes extra-humanos, capazes de atuarem durante toda etapa investigatória e manter a imparcialidade; utilizarem-se de seus poderes instrutórios e observarem, simultaneamente, a presunção de inocência. É evidente, portanto, que esse modelo inquisitório — fundado na gestão da prova pelo magistrado — é incompatível com a ordem constitucional vigente, substancialmente, por prever, em sua gênese, a atuação proativa do juiz, atribuindo-lhe funções e prerrogativas impróprias para o regular desempenho das suas competências (COUTINHO; PAULA; SILVEIRA, 2019, p. 67–72).

A correção deve ser realizada desde o momento inicial da persecução penal. Sem embargo, o inquérito policial deve passar por um criterioso rigor epistêmico, a fim de mitigar a irracionalidade, evitando-se o prosseguimento de procedimentos e, igualmente, possíveis condenações injustas que possam dele advir. A instauração de um inquérito policial demanda

base empírica idônea e indícios mínimos, indicativos da plausabilidade do fato delituoso a ser apurado (MACHADO, 2021).

Deve o juiz se eximir da gestão da prova, deixando a atividade probatória aos jogadores. A propósito, não é incomum observar juízes que, no exercício da atividade judicante, desenvolvem comportamentos típicos do órgão acusatório — realizando, preferencialmente, a inquirição de testemunhas, em desrespeito ao artigo 212 do Código de Processo Penal — ou ainda, atuem na condição de defensores — mediante sugestões sobre quais as teses jurídicas mais adequadas ao caso — reprimando o sistema inquisitório, no qual o mesmo agente concentra as funções inerentes a persecução penal, realiza a gestão da prova e profere o julgamento (ANJOS, 2022).

É nesse contexto normativo que desponta a plena possibilidade de investigação preliminar defensiva, podendo o defensor, inclusive, requerer ao judiciário a autorização para produção probatória (ROSA, 2016).

A adoção do modelo adversarial, caracteriza-se, assim, pela disponibilidade do caso penal pela acusação (poder discricionário — *discretionary power*), que poderá avaliar a pertinência negocial — transação penal, acordo de não persecução penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada e acordo de leniência — submetida, posteriormente, ao controle judicial de legalidade. Assim, a modelagem adversarial permite às partes dispor de meios investigativos à margem do controle jurisdicional, exceto nos casos de medidas cautelares reais ou pessoais, em especial a de prisão (*arrest/warrant*), de busca (*search*) e de apreensão (*aprehension/arrest*).

A imparcialidade do julgador é um pressuposto. Não há juízes neutros, pois todo ser humano é integrado por fatores internos que o influenciam — experiências emocionais, traumas, vivências culturais, etc. —, mas deve se exigir a manutenção, no decorrer da condução processual e do julgamento, de sua imparcialidade, a fim de preservar a originalidade de suas cognições para conduzir o jogo processual sem beneficiar uma parte em detrimento da outra. O juiz deve assumir a sua condição de sujeito processual, afastado, ignorante em relação às provas produzidas na fase preliminar/inquisitorial, devendo tomar conhecimento do caso penal no decorrer do processo (LOPES JUNIOR; ROSA, 2016).

Essa garantia processual, pode ser analisada sob dois aspectos. O primeiro é de ordem subjetiva e consiste no esforço constante para apurar a existência — assim como sua relevância — de uma convicção pessoal do julgador acerca de um determinado caso ou fato apresentado. Já sob o segundo aspecto, de ordem objetiva, se deve averiguar se o julgador

ofereceu todas as garantias processuais ao acusado e resguardou todos os direitos que lhe são inerentes a qualidade de cidadão (COUNCIL OF EUROPE, 1982, p. 13).

Imersa no ambiente de racionalidade adversarial, a imparcialidade requer certa fração de neutralidade e, por consequência, demanda uma atuação passiva e desinteressada do julgador (VALARINI, 2018, p. 25). Ao adotar essa conduta, o juiz deve se distanciar das atividades investigatórias e instrutórias do processo, já que a atividade de busca revela o seu comprometimento subjetivo com uma das versões apresentadas sobre os fatos, retirando-lhe a característica de expectador.

Com efeito, é a inércia do julgador que assegurará a necessária originalidade cognitiva, condição de possibilidade para proferir uma decisão justa. O agir positivo conduz a um processo cognitivo, ainda que inconsciente e indesejado, de valorações e diagnósticos preliminares sobre um elemento de prova, fixando, desde já, no espectro decisório do julgador, conclusões com contornos de definitividade, impedindo-o de apreciar adequadamente outras provas e evidências em sentido contrário, não correspondentes a hipótese inicial (ZILLI, 2003, p. 47).

Contudo, conferir ao julgador a postura de expectador, não significa retirar-lhe a responsabilidade de zelar pela qualidade e fiabilidade dos elementos de prova trazidos ao processo, nem tampouco, afasta a sua função primordial na administração e solução dos conflitos.

Assim, em um modelo adversarial ideal, deve subsistir a iniciativa instrutória judicante, mas com feições residuais e excepcionais. Apesar do ordenamento jurídico brasileiro conferir ao juiz, durante a instrução processual, o poder de realizar questionamentos complementares a fim de esclarecer os fatos e as circunstâncias em que ocorreram, a utilização dessa prerrogativa não deve complementar e, nem mesmo, suprimir a atuação das partes, as quais cabe o ônus argumentativo e o papel de protagonistas¹¹.

Incumbe às partes o desenvolvimento da atividade probatória. Além de apresentar as teses, as hipóteses e desenvolver suas estratégias argumentativas, aos oponentes cabe a tarefa

¹¹ Em sentido contrário, adotando o axioma “*pas de nullité sans grief*”, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça entende que: i) a falta do membro do Ministério no momento da audiência, instrução e julgamento não viola o sistema acusatório e nem mesmo o disposto no art. 212 do Código de Processo Penal (CPP). Apesar da reforma implementada no supracitado dispositivo legal pela Lei n. 11.690/2008, o magistrado não está impedido de perguntar à vítima e às testemunhas. A alteração legislativa apenas agilizou a maneira de inquirição, prevendo legalmente o que, na prática, já era realizado, ou seja, outorgou ao Ministério Público e à Defesa a faculdade de perguntar diretamente ao depoente, mas não retirou a atribuição instrutória do juiz; e ii) não há nenhum vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do artigo 563 do CPP (BRASIL, 2023).

de requerer, selecionar e apresentar os materiais e indicadores de prova que entenderem pertinentes ao caso penal. Nesse sentido, o processo penal assume a conotação de embate de estratégias, aspecto que transmite às partes e seus defensores a sensação de controle e o senso de responsabilidade em suas atuações.

Entre as preocupações da adoção desse modelo, estão os limites éticos no exercício da advocacia, a imprescindibilidade de suas atuações e a postura não colaborativa assumida pelas partes. Se o processo é concebido com uma disputa dirigida à vitória, os oponentes, de maneira geral, não pouparam esforços para obtenção de melhores resultados. Outrossim, pelo fato de não manterem entre si uma relação, além daquela decorrente do jogo processual, dotada de objetivos contrapostos, é comum que o único dever concebido pelo defensor seja a defesa dos interesses daquele que representa.

Esses mesmos pontos de inflexão são identificados por Schünemann, ao analisar o rito do Tribunal do Júri no processo penal alemão. Pressupor que a institucionalização do modelo de tese e antítese está apto a fazer emergir a verdade como uma síntese, é ingenuidade. A primeira razão localiza-se no plano das partes: a incumbência de determinar a amplitude e o conteúdo da produção probatória, tende a ser conduzido não pela busca da verdade como correspondência, mas sim pelas finalidades estratégicas. A segunda reside no domínio hermenêutico: o sentido completo de uma pergunta depende não só da sua construção, mas também da pré-compreensão daquele que a realiza e, por esse motivo, tende a distanciar, gradativamente, o horizonte de compreensão das partes e do juiz (SCHÜNEMANN, 2013, p. 228–230).

Para coibir e controlar a função dos jogadores, assim como evitar distorções e falseamento de elementos probatórios, a responsabilidade deve ser distribuída. É nesse particular que a atuação do magistrado assume papel de preponderância. Na condição de árbitro da partida, o julgador deve estar atento a cada elemento de prova trazido ao processo e, sobre ele, realizar um controle quanto a admissibilidade, validade e fiabilidade, sob pena de admitir que o processo penal se transforme em uma arena, na qual predominam os interesses pessoais dos oponentes.

Sob outra perspectiva, o distanciamento do horizonte de compreensão do juiz em relação às partes, o qual se contrapõe com a busca da verdade e os demais objetivos do processo penal, pode ser reduzido, no contexto brasileiro, pela atribuição de maior responsabilidade ao órgão ministerial. Cabendo ao Ministério Público promover,

privativamente, a ação penal pública¹², incumbirá a instituição, também, exercer todas as funções que desta advém, conduzindo o juiz, ao longo da instrução, à tomada de decisões mais acertadas. Caso ao final remanesçam dúvidas sobre: i) a idoneidade do acervo probatório; e ii) a sua suficiência para embasar o édito condenatório, deverá o magistrado absolver o acusado, uma vez que o Estado, representado pelo órgão de acusação, não atingiu o nível probatório suficiente.

Enquanto proposta de redução do caráter inquisitorial do processo penal e, simultaneamente, de mitigação dos efeitos da adoção do modelo adversarial, a investigação preliminar deve contar com reformas significativas em sua estrutura e metodologia¹³. Primeiramente, devem ser instituídos mecanismos adequados de controle e contrabalanceamento, com a revalorização do acusado como sujeito processual, atribuindo, ainda, direitos específicos ao seu defensor, a fim de possibilitar que possam influenciar, efetivamente, sobre a produção de provas e o convencimento dos órgãos persecutórios (SCHÜNEMANN, 2013, p. 235).

O núcleo fundante do sistema adversarial-acusatório está na gestão da prova, que transborda a simples separação entre as funções de acusar e julgar. Manter o magistrado afastado do ambiente adversarial, colocando-o na posição de juiz espectador, responsável pela regularidade e incolumidade dos atos processuais, é providência sumária para assegurar um processo justo. A função do juiz não é capturar provas, nem tampouco, dirigir-se ou indicar a necessidade de sua produção, sobretudo, porque essa postura ativa do julgador denota a tomada de decisão antecipada que, para assegurar sua robustez, busca — *a posteriori* — amparo fático para justificá-la (LOPES JUNIOR, 2014).

¹² “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I — promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei [...]” (BRASIL, 1988).

¹³ Propõe que a reforma esteja assentada sobre quatro princípios fundamentais: i) a criação de um órgão de controle, financiado pelo Estado (como a Defensoria Pública brasileira), não submetido aos órgãos persecutórios ou à justiça criminal, que atue em todas as investigações preliminares com a tarefa exclusiva de proteger os interesses da defesa, com vistas a equilibrar eventuais prejuízos experimentados pelo investigado, considerando o baixo controle existente sobre as técnicas, meios de obtenção e de acesso aos elementos de prova. ii) a documentabilidade de todos os elementos colhidos, em especial, com a gravação audiovisual dos depoimentos e inquirições orais — a gravação das diligências e abordagens policiais também tem muito a contribuir —, desde o início da investigação preliminar, possibilitando o amplo acesso do advogado ao seu conteúdo, assim como o controle quanto a sua fidedignidade e influência sobre às demais diligências e à instrução processual; iii) garantir ao advogado a possibilidade de inquirição própria de testemunhas, igualmente documentada em arquivo audiovisual — como ocorre em outros sistemas jurídicos — sem, contudo, impor à testemunha o dever de comparecimento, para equacionar as ferramentas e possibilitar a paridade de armas no decurso das investigações; iv) utilizar as técnicas de observação e comunicação — empregadas pelos órgãos investigativos — também em favor do acusado, superando, em mitos casos, a necessidade de prisão preventiva do investigado (excepcional), por haver outros meios de controle e observação de suas atividades, a exemplo do que ocorre com o monitoramento eletrônico (SCHÜNEMANN, 2013, p. 235–237).

Portanto, a inobservância das regras de condutas, próprias do ambiente processual, deve ser punida, exigindo o acompanhamento do agente punidor e a efetividade das medidas implementadas. Ocorre que, no cenário brasileiro, com a predominância do instituto das nulidades relativas, o efeito processual da violação das regras do jogo está à disposição do entendimento do julgador. Não havendo punição, diante da pretensão de se obter a vitória sobre o oponente, há, cotidianamente, um fomento a manipulação processual (ROSA; LOPES JUNIOR, 2020).

Ao se omitir e se demitir da função de controlar o jogo, o juiz, como representante do Estado — responsável pela mediação e resolução dos conflitos sociais — permite a proeminência da violência privada, a preponderância de interesses das partes, e, concomitantemente, a ampliação e a deslegitimação da função judicante que ocupa, bem como do provimento judicial que proferirá (ROSA; LOPES JUNIOR, 2020).

Convergem, nesse particular, a eficácia das regras procedimentais e a modelagem adversarial. Admitir que o processo penal se desenvolva em um contexto de disputa, importa atribuir especial relevância a atividade jurisdicional — imprescindível ao desenvolvimento de um processo democrático e justo — porquanto cabe ao julgador, continuamente, coibir e mitigar os truques e estratagemas procedimentais, como, por exemplo, ocorre em relação à manipulação da jurisdição e da competência.

A observância das regras procedimentais é, também, premissa da sua manutenção. Reduzir as formalidades previstas pela legislação é permitir que, cotidianamente, os jogadores justifiquem as suas falhas com base na necessidade de primar pela realidade, e, simultaneamente, conferir ao processo maior eficiência e celeridade. É importante ressaltar, entretanto, que muito embora a flexibilização seja dotada de boas intenções, ela abre caminho para o jogo sujo, com a manipulação desmensurada das regras procedimentais, as quais ficam à disposição da conveniência e oportunidade do julgador, além de servirem ao voluntarismo e ao decisionismo judicial (ROSA; LOPES JUNIOR, 2020).

O cenário é agravado, ainda, pela mitigação e contenção das nulidades processuais. Desde o juiz atuante na comarca do interior da unidade federativa, até os tribunais superiores, há uma busca incessante e constante pela conservação e manutenção dos atos processuais já praticados¹⁴, sobretudo, aqueles dotados de natureza decisória. Esse é um erro básico sobre os

¹⁴ Emprestado da teoria geral do processo civil, equivocadamente, visa convalidar mesmo os atos processuais determinados por juiz incompetente, pois a sua mera ratificação é suficiente para torná-los hígidos e válidos. Utiliza-se, de maneira inadequada, da regra contida no artigo 563 do Código de Processo Penal, segundo a qual para o reconhecimento de nulidade, no curso do processo penal, é necessária a efetiva demonstração de prejuízo pela parte a quem aproveita. Aury Lopes Junior, a partir da doutrina de Carnelutti, aponta o problema: falta ao

pressupostos de um processo penal justo. Isso porque todos os atos procedimentais são organizados e estruturados ao provimento final, sendo que a validade de um ato pressupõe a validade de seu antecedente e condiciona a validade dos atos ulteriores (FAZZALARI *apud* ROSA; LOPES JUNIOR, 2020).

Forma é, portanto, garantia, limitadora do exercício do *ius puniendi* (poder de punir) estatal em detrimento da liberdade individual. Não raras são às vezes que a urgência, representada por medidas cautelares e provisionais, culmina em medidas antecipatórias da tutela penal, sob o fundamento que, do ponto de vista jurídico, seria possível reverter os seus efeitos. Esse mesmo imediatismo conduz a uma inversão do processo, à medida que primeiro o Estado decreta a prisão do indivíduo e depois analisa o cabimento e adequação da medida. Entre os pressupostos do processo penal está a sua demora — desde que razoável — para que todos os jogadores apresentem as suas versões, enquanto as paixões decorrentes do episódio pretensamente criminoso arrefecem, emergindo a cognição racional dos elementos de prova (LOPES JUNIOR, 2020b, posição 49).

2.2 TEORIA DO CASO E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A teoria do caso penal, juntamente com as técnicas aplicáveis à audiência criminal, constitui o núcleo de um sistema penal caracterizado pelo caráter adversarial. Surgiu pela necessidade de abandonar os procedimentos inquisitoriais adotados nos últimos séculos e se propõe, no decorrer do processo penal, a gerar uma narrativa, um relato que possa retratar com maior precisão os acontecimentos passados e relevantes para a apuração de um ilícito penal. Representa uma postura ativa dos litigantes, à medida que estes devem levar a conhecimento do tribunal — unipessoal, colegiado ou jurados —, da melhor maneira possível, todos os fatos que entender relevantes para obter um pronunciamento favorável aos seus interesses (HOLMAN, 2012, p. 17–18).

No contexto do processo penal o jogo é projetado a partir dos termos da hipótese acusatória, composta por seus atributos elementares, indicativos do lugar, do agente, da dinâmica dos acontecimentos, das consequências e da motivação do crime. Ao final, buscar-se-á uma decisão jurídico-penal, do valor de verdade ou falsidade, que forneça respostas

Processo Penal uma teoria própria, desvinculada do Processo Civil. É um grande equívoco transplantar, como no Brasil se faz, categorias do direito processual civil ao processual penal. Primeiro, porque neste não se cuida do ter (propriedade ou posse), mas sim da liberdade individual e de todos os efeitos que da sua supressão decorrem. Em segundo lugar, porquanto a relação processual não é estabelecida em situação de igualdade processual, mas uma relação de poder instituída pelo Estado para descobrir a verdade sobre os fatos criminosos e punir seus autores (LOPES JUNIOR, 2020b, posição 63–66).

adequadas a cada uma das variáveis. Assim, a gestão do caso penal dar-se-á por esse conjunto de tópicos, mediante a interação constante entre hipótese defensiva e acusatória (ROSA, 2022b).

O poder comunicativo — de estabelecer uma conexão relevante com os interlocutores — sem desprezar a disponibilidade de atenção e a prospectiva de engajamento, é fundamental. Dinamizar as técnicas de captação cognitiva, utilizando-se de orações curtas, assertivas e dotadas de conteúdo intrinsecamente associado ao caso, condicionará maior eficiência na captação dos sentidos, além de prestigiar o tempo daqueles envolvidos no ato. A utilização das técnicas do *visual law*, utilização de gráficos, gravuras, simulações e outras ferramentas de assertividade, tendem a estabelecer um vínculo de atenção potencialmente perene.

Ações repetitivas e monótonas não trarão resultados distintos. Comunicação enfadonha, chata, impertinente e irrelevante, denota ingenuidade do ator processual ao criticar os agentes procedimentais, pela desatenção. Comunicação eficaz exige disponibilidade de atenção e de engajamento do interlocutor. É humanamente trivial que não seja alocada atenção e esforços cognitivos com atividades repetitivas e desinteressantes, logo, ajustar a comunicação ao contexto da realidade posta é um ganho competitivo relevante, do contrário a tendência é de que os argumentos percam tração cognitiva, ainda que sejam importantes, serão insuficientes e ineficazes (ROSA, 2022b).

A estratégia comportamental de um jogador em um determinado jogo — compreendida em sua forma extensiva —, é uma função que estrutura cada um dos seus conjuntos de informação, a partir da qual poder-se-á realizar a distribuição das respectivas probabilidades sobre o conjunto de possíveis ações possíveis para esse mesmo conjunto de informações.

O planejamento estratégico circunda no âmago da gestão do caso. Além da adaptação ao contexto espaço-tempo e aos interlocutores, planificar e planejar as estratégias a partir de cada etapa procedimental é fundamental. Estratégias — comportamentos dos jogadores —, não podem ser inflexíveis ou excludentes entre si, ao contrário, precisam de maleabilidade para, à medida que o jogo processual ocorre, serem ajustadas e adaptadas às contingências do espaço argumentativo, tendo tudo em conta¹⁵. Classificar eventos com base nas evidências disponíveis, poderá servir de termômetro para estabelecer as estratégias viáveis e possíveis.

¹⁵ Mudanças marginais, entorno das extremidades da estratégia e do plano de ação.

Estratégias¹⁶ e táticas não se confundem. A primeira consiste na descrição completa do curso de ação diante de determinadas circunstâncias, isto é, é o caminho selecionado para atingir determinados objetivos — considerando o cenário e as previsões sobre o movimento dos demais jogadores —, de maneira que, conhecida a estratégia de um jogador, será possível realizar predileções sobre o resultado do jogo. Já a segunda implica em eleger ações concretas a partir das quais implementará a estratégia, equalizando o nível de riscos, a adequabilidade e a eficácia de cada espécie (ROSA, 2020, p. 291).

Ao juiz caberá estabelecer as condições normativas, adstritas aos fatos que reputar provados, para impor os efeitos previstos no ordenamento jurídico. Notadamente, a responsabilidade pela construção do caso é, eminentemente, das partes, construída a partir da atividade probatória de modelagem adversarial. Os ambientes de produção não se coadunam, necessariamente, com os ambientes de recepção, ficando o cenário jurídico exposto aos mais diversos fatores de influência (ROSA, 2016).

Na seara investigativa, a defesa assume, concomitantemente, a função de fiscal e de dirigente contraintuitivo. Não se pode tornar a investigação preliminar uma zona neutra às ilegalidades, um vale-tudo sem regras. Comumente, juízes, violando o princípio adversarial e da ampla defesa, valem-se do verbete *cotejando* para utilizarem informações contidas na investigação e, a partir destas, condenarem o réu, burlando a vedação do artigo 155 do Código de Processo Penal¹⁷, cujo conteúdo impede que as decisões estejam ancoradas, exclusivamente, em elementos informativos colhidos na investigação (LOPES JUNIOR; ROSA; BULHÕES, 2019).

Se informações, indícios e documentos particulares são aptos a ensejar a deflagração da ação penal, de igual forma, devem servir para ampliar as possibilidades defensivas, sob pena de macular o princípio da ampla defesa e promover o disparate de armas, propulsores do equilíbrio entre as partes e condutores da imparcialidade do julgador, que disporá de tantas outras informações nas quais poderá basear sua decisão (DIAS, 2018, p. 7).

Observa-se, contudo, resistência a participação da defesa nas investigações preliminares. Ao argumento de que em se tratando de um procedimento de natureza administrativa, ancorado no princípio da inquisitorialidade, o reconhecimento de eventuais nulidades não teria o condão de conduzir o insucesso do caso penal, porquanto o elemento

¹⁶ Fluxo racional, organizado e hierarquizado de intenções e ações, performar por atitudes ou comportamentos, atos ou omissões processuais, direcionados, consistentes e coerentes para atingir os objetivos previamente definidos, ou ainda, atender as legítimas pretensões manifestadas pelos sujeitos processuais (ABREU, 1999, p. 86).

¹⁷ “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 1941).

viciado poderia estar acompanhado de outras provas válidas (CASTRO, 2017). Seguramente, ignora-se o enlace cognitivo decorrente da produção e colação de provas ilícitas e nulas no processo penal.

Deve-se lembrar que as provas não são produzidas, tão somente, durante a instrução processual. Mesmo que desprovidas de contraditório imediato, as informações produzidas durante a fase preliminar podem assumir um importante papel para o exercício da defesa técnica, ou então serem consideradas irrepetíveis em favor da acusação. Essa percepção ampliada dos elementos colhidos na fase investigativa é fundamental. Aliás, o juiz pode absolver sumariamente o acusado com base nos elementos documentais por ele apresentados e naqueles colhidos durante a fase preliminar. Até mesmo os elementos de prova instrutórios da resposta à acusação podem ser apresentados na fase preliminar, caso a autoridade policial notifique o defensor antes de apresentar o relatório final¹⁸ (BARBOSA, 2019).

Com a edição, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), do provimento nº. 188, de 11 de dezembro de 2018, buscou-se expandir as possibilidades de investigação defensiva e estimular a participação defensiva desde a gênese do procedimento investigatório, ainda que não exista, propriamente, um campo paralegal sólido¹⁹. Isso não significa dizer que, na conjuntura brasileira, não haja inúmeras possibilidades de gestão da prova pelos advogados, mesmo porque, nada impede a contratação de detetives particulares, produção de laudos periciais sobre o acusado, obtenção de pareceres técnicos ou jurídicos, simulações, dados de georreferenciamento, etc.

Desse modo, é preciso conceber como premissa básica que a singularidade é a característica intrínseca do caso penal. Cada caso é único e irrepetível, insusceptível de reprodução e, as experiências acumuladas anteriormente — embora constituam indicadores importantes acerca dos agentes processuais —, não são condicionantes ou imutáveis, nem

¹⁸ “Art. 7º São direitos do advogado: [...] 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: [...]” (BRASIL, 1994).

¹⁹ Entretanto, outros passos importantes são necessários, entre os quais estão: i) a criação de manuais deontológicos e de boas práticas profissionais; ii) a certificação específica para formação da advocacia defensiva e; iii) a edição de um ato normativo capaz de sedimentar e disciplinar as prerrogativas da advocacia, tem como pressuposto o desenvolvimento da investigação defensiva. Não houve — e não poderia haver pela natureza do instrumento jurídico utilizado — por meio do Provimento n. 188/2018, inovação na ordem jurídica estabelecida e muito menos uma redistribuição das competências investigativas constitucionalmente estabelecidas. Foram estabelecidos conceitos, balizas e parâmetros mínimos para o desenvolvimento da atividade investigativa pela advocacia, tendo em vista não haver uma proibição quanto a sua utilização, enquanto corolário dos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (LOPES JUNIOR; ROSA; BULHÕES, 2019).

tampouco, inferências estáveis e confiáveis da realidade, por um motivo simples: o contexto não é o mesmo.

No cenário jurídico contemporâneo, o direito penal, enquanto ferramenta de regulação do comportamento humano, é instrumento protetivo de bens denominados juridicamente relevantes, cuja expansão deve estar condicionada a profusão de novos bens jurídicos que, considerados o contexto social, econômico e político, demandam tratamento pela esfera penal²⁰. As causas de expansão são distintas, como, por exemplo, a escassez de recursos (crimes ambientais) e o avanço tecnológico (*cyber crimes*). Concomitantemente, ganham espaço os bens coletivos e os interesses difusos, indicadores da estreita relação entre o ser humano e seu meio.

Em uma sociedade de riscos, inserida no dilema da segurança, situada entre múltiplos avanços tecnológicos e variações econômicas significativas, a atividade sancionadora estatal repercute e ganha ainda mais importância no cenário político-jurídico. Os riscos latentes, são originados de imbricações geradas por atitudes de concidadãos, nas mais diversas áreas, movidas por uma competitividade acirrada, que desloca indivíduos à margem do tido como um conjunto socialmente relevante, enquanto potenciais fontes de riscos pessoais e patrimoniais (SÁNCHEZ, 2013, p. 34–36).

Naturalmente, confluyente com a adaptação ao meio, crimes tipificados originalmente no Código Penal de 1940, dão lugar a condutas dissimuladas, organizadas e complexas, nas quais o dolo, compreendido como intenção livre e consciente de, ao praticar condutas, aceitar e desejar o resultado, ganha novos contornos, impulsionadas pela tecnologia. A internacionalização das relações e a possibilidade de confluência de objetivos entre organizações, eleva a criminalidade organizada ao patamar de ameaçar Estados.

A insegurança e a desconfiança estão institucionalizadas, de modo que a problemática contemporânea não reside, tão somente, nas condutas humanas geradoras de riscos, mas também naquelas que os distribuem (SÁNCHEZ, 2013, p. 37). Interações, cooperações e segmentações se retroalimentam, ocasionando aumentos exponenciais dos riscos envolvidos, assim como dos consequentes e potenciais efeitos lesivos.

Por um lado, a indenidade dos bens jurídicos individuais depende, direta ou indiretamente, do controle de riscos por terceiros, de modo que as esferas individuais já não

²⁰ A tipicidade aberta — compreendida como normas incriminadoras de comportamentos que absorvem elementos externos para atingirem a sua completude — é um processo irreversível, iniciado com a previsão dos tipos penais culposos. Os arquétipos abertos permitem uma margem interpretativa acerca do nexo de causalidade entre conduta e resultado, mediante a adoção de um conceito dinâmico do princípio da taxatividade penal (NETTO, 2006, p. 38).

são autorreferentes, implicando na ascendência de condutas comissivas por omissão (SÁNCHEZ, 2013, p. 39). Por outro, as sociedades contemporâneas evidenciam a crise do sistema do modelo de bem-estar social, perceptível pelas elevadas taxas de desemprego e de marginalização de grupos sociais, etnias e grupos migratórios, acentuando a manifestação da criminalidade, em suas diversas facetas.

A fenomenologia da introdução do direito administrativo, denominada “administrativização” do direito penal, guarda intrínsecas relações com a sociedade de riscos, mormente, porque visa equalizar e dinamizar a sua distribuição no corpo social, remanejando e suprimindo lacunas deixadas pela lei penal, adaptando-a e conformando-a as mudanças sociais à medida que novos riscos emergem ou são postos à evidência. Os limites entre o direito penal e o direito administrativo tornam-se tênues, resultado da proliferação de normais penais em branco, complementadas por regulamentos, autorizações, concessões e demais institutos tradicionalmente vinculados ao setor público, na busca de atender a dinamicidade das relações sociais rumo às consequências e a prevenção (NETTO, 2006, p. 41).

Detém também participação na perversidade do aparato repressivo estatal, que busca, através da legislação penal, uma solução aparentemente fácil aos problemas sociais, deslocando-os ao plano simbólico, quando deveriam ser tratados no plano instrumental, mediante a concretização de valores e princípios constantes na Constituição Federal (SÁNCHEZ, 2013, p. 29).

É *mister* ressaltar que, embora com as devidas críticas, a tutela de bens jurídicos pelo Direito Penal se traduz como notável instrumento de proteção aos valores e institutos jurídicos mais relevantes para a sociedade. Dito de outro modo, a problemática principal, restringe-se a expansão desmesurada e desarrazoada do poder punitivo estatal, sem a observância, ao menos parcialmente, de critérios anteriormente estabelecidos, aptos a legitimar sua incidência (SÁNCHEZ, 2013, p. 33). Dessa maneira, as reprimendas penais transformam-se em instrumentos de gestão da delinquência enquanto macro risco social (SANCHEZ, 2011, p. 25).

Essa foi a crítica realizada pela escola criminológica de Frankfurt a implementação de políticas criminais²¹. Segundo esse movimento, o direito penal estaria sendo moldado às

²¹ Compreendida como um conjunto de princípios e recomendações que orientam as ações da justiça criminal, isto é, no momento da elaboração legislativa ou ainda da aplicação e execução das disposições normativas (ROCHA, 2000, p. 34). Esse conjunto, como bem adverte Juarez Cirino dos Santos, deve incluir também políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, tais como: programas oficiais capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade (SANTOS, 2006, p. 451).

características ou necessidades do modelo de sociedade, traduzindo-se enquanto instrumento de funcionalização social, considerando sua inclinação à resolução de problemas estruturais da sociedade baseada no paradigma do risco. Assim, essa gama de riscos difusos e coletivos não poderia ser imputada objetiva e individualmente, carecendo o sistema penal, pois, de modificações nos critérios de causalidade e responsabilidade (SANCHEZ, 2011, p. 27).

A crítica da escola de Frankfurt, então, se refere à modelagem das políticas criminais adotadas, em comparação àquelas preconizadas pelo Estado liberal. Por meio de apontamentos acerca do direito penal do risco, associado a instrumentalização política do direito penal e sua simbologia, os teóricos dessa Escola apontaram a insustentabilidade dessa modelagem, à medida que os bens jurídicos e as normas não mais correspondiam ao modelo liberal-clássico de delito, baseado na proteção de bens jurídicos pessoais e patrimoniais, sobretudo, pelas suas características intervencionistas e expansionistas.

A expansão está adstrita a criação de bens jurídicos vagos, pouco concisos, ou que são dotados de moldura alargada. Por outro lado, a face intervencionista se externaliza pela criminalização não dos comportamentos socialmente considerados inadequados, mas sim para que, a partir da edição legislativa sejam, enfatizando a prevenção do dano e não a retribuição pela injustiça, circunstância que faz emergir a instrumentalização do direito penal como meio de transformação social (SANCHEZ, 2011, p. 28–31).

Nesse contexto, é fundamental a compreensão de que a produção de riqueza e o avanço acelerado da tecnologia são comburentes fundamentais para a produção social de riscos. A ligação entre distribuição de riqueza e riscos é estabelecida, essencialmente, por dois elos. O primeiro, emerge da relação inversamente proporcional entre o nível das forças de produção e a carência material. Já o segundo está relacionado ao fato de que, conforme ocorre a expansão dos processos de modernização, desencadeiam-se riscos potenciais, os quais são, em determinada medida, desconhecidos (BECK, 2011, p. 23).

Em síntese, a administrativização do direito penal está intimamente ligada ao incremento e a potencialidade de situações danosas, de modo que a bem de prevenir eventuais e futuras consequências adversas, a legislação penal tem adotado tipos penais abertos, molduras legais amplas o bastante para condensar a extensão da novidade e da incerteza que advém da dinâmica social. As normas administrativas, então, servem a interpretação e compreensão dos tipos penais, preenchendo e disciplinando, especialmente, tipos penais de perigo abstrato, ancorados em condutas que, no contexto social, têm a potencialidade de gerar danos.

Não se pode olvidar que a lei que disciplina os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº. 7.492 de 16 de junho de 1986) e aquela disciplinadora das condutas lesivas ao meio ambiente (Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998) carecem de complementação administrativa, seja em função dos termos técnicos envolvidos, seja em decorrência da constante mutação da atividade nociva ou implementação de novos mecanismos econômicos (FALAVIGNO, 2021, p. 74).

O fenômeno ganha relevância quando se observa a acessoriedade na política nacional de drogas. Isso porque as crescentes influências estrangeiras nas políticas criminais, assimiladas por Tratados Internacionais, deixam o Estado Brasileiro vinculado a listagens psicotrópicas internacionais, replicadas e estendidas pelos órgãos administrativos internos. As consequências são diversas, mas a implicação mais acentuada é representada pelo baixo nível de discricionariedade do Brasil em delimitar uma política criminal adequada, se não fosse a seletividade típica do sistema de justiça criminal, aos níveis de demandas relacionadas à matéria²². Fenômeno esse que com o baixo grau de desenvolvimento das técnicas legislativas, impulsionadas por pressões midiáticas e por eventos particularizados, resultam no descontrole legiferante sobre uma das matérias penais com maior recorrência nacional. (FALAVIGNO, 2021, p. 74–75).

Portanto, a atuação e estudo da defesa técnica, no ambiente jurídico-penal brasileiro, deve, necessariamente, perpassar pelo estudo da legislação complementar e de atos infralegais. A deslegalização, entendida como o uso excessivo de complementação administrativa, possui concentração maior ou menor, a depender da legislação ou dos bens jurídicos protegidos (FALAVIGNO, 2021, p. 72–73). Logo, a familiaridade com os diversos institutos próprios do direito administrativo é fundamental, na busca de corrigir e orientar a gênese de procedimentos ou atos que poderão redundar na instauração de um inquérito policial ou instruir a propositura de uma ação penal.

Entre os caminhos a serem adotados, o apontamento de eventuais excessos na confecção e aplicação da norma criminalizadora, pode trazer bons resultados. A identificação precisa do bem jurídico protegido, é o preceito primário a ser observado. Esse é o critério para avaliar a referência material de determinada incriminação. Nessas circunstâncias, observa-se que alguns preceitos primários do tipo penal contêm sanções relativas, unicamente, a

²² Segundo o relatório da Justiça em Números, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2021, no âmbito estadual são 398.179 processos relacionados a crimes previstos na legislação extravagante, tráfico e uso de drogas, representando 2,99% do total de demandas em tramitação no segundo grau de jurisdição (BRASIL, 2021, p. 274) Em 2022, houve uma leve redução para o percentual de 2,05% das demandas em tramitação no segundo grau de jurisdição, representando, em números absolutos, 359.125 processos (BRASIL, 2022, p. 278).

regularidade ou portabilidade de autorizações, isto é, se afastam do bem jurídico para proteger a regularidade administrativa acessória, fenomenologia observada no termo “drogas”, adotado pela Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006 (FALAVIGNO, 2021, p. 76).

Averiguar eventuais violações ao princípio da taxatividade, mediante análise das condutas e dos objetos sob os quais a norma criminalizadora foi editada, evidenciando a inadequação fático-normativa, é necessário. De mais a mais, aprofundar o exame sobre possível erro de proibição, que isenta o acusado de culpabilidade, igualmente precisa ser examinado. Outrossim, poder-se-á constatar a ocorrência de *bis in idem*, isto é, a existência de norma administrativa sancionadora sobre a matéria e, concomitantemente, de lei penal, que, por sua natureza, deve ser aplicada como *ultima ratio*, com o desiderato de preservar as garantias fundamentais dos cidadãos.

2.3 CONTROLE HERMENÊUTICO E EPISTÊMICO DA DECISÃO

O estudo da hermenêutica e da epistemologia conquistou importantes espaços de interlocução com a esfera penal, especialmente, a partir do desenvolvimento dogmática e hermenêutica constitucional, por Lênio Luiz Streck — nos livros ‘Verdade e Consenso’ (2011) e ‘Jurisdição Constitucional’ (2018) —, e da epistemologia da prova, preconizada, entre tantos outros doutrinadores, por Geraldo Prado — no livro ‘A cadeia de custódia da prova no processo penal’ (2019) — e Gustavo Henrique Badaró — no livro ‘Epistemologia Judiciária e Prova Penal’ (2019).

A partir do giro ontológico-linguístico, com a incorporação da filosofia da linguagem e superação da filosofia da consciência, surge a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), junção entre filosofia hermenêutica e a teoria integrativa dworkiniana, cuja premissa é de que há o direito fundamental, de cada indivíduo, a uma resposta correta em Direito, compreendida como adequada à Constituição, permitindo a passagem do pensamento reprodutivo para o produtivo do direito (STRECK, 2011, p. 219).

Os objetos da crítica são, fundamentalmente: o positivismo jurídico, o solipsismo, o ativismo judicial, a livre apreciação da prova e o livre convencimento motivado, o panprincipiologismo, o senso comum teórico dos juristas, a discricionariedade e a recepção equivocada de institutos jurídicos, com a ponderação alexyana e o neoconstitucionalismo. Diferentemente de uma crítica ácida e desconstitutiva do Direito, a CHD objetiva oferecer balizas a partir das quais se pode identificar a diferença entre ativismo judicial e judicialização, propõe uma construção do conceito de constrangimento epistemológico, além

das seis hipóteses onde o Poder Judiciário poderá deixar de aplicar uma lei ou um dispositivo de lei (BARBOSA; QUARELLI, 2021).

Na esfera do constrangimento epistemológico, seguindo a linha teórica de Luis Alberto Warat, Streck visa colocar em xeque decisões e posicionamentos que se mostram equivocados, porquanto baseados em premissas e enunciados vazios de significados. Limitar-se a posturas descritivas, assentindo com os entendimentos firmados pelos tribunais, como se decisões corretas fossem, tende a sacramentar e esvaziar o conteúdo normativo da legislação e, de modo geral, das próprias decisões judiciais.

Evidencia-se, pois, o papel transformador e prescritivo da dogmática jurídica em apontar e estimular a transformação de mentes, ainda, arbitrárias. O Direito, portanto, não pode se prestar a voluntarismos e a grupos de ocasião, ou então se limitar a enunciar repetitivamente vulgatas que se quer guardam coerência com o ambiente teórico. Desse modo, a advocacia criminal, acompanhada da dogmática penal, deve exercer o papel de controle e contingenciamento das decisões judiciais, apontando suas falhas e combatendo o consequencialismo decisório, impondo limites a constante e crescente expansão do poder de punir do Estado.

A carência de uma teoria da decisão e a preocupação com os atos decisórios são elementos centrais da crise do Direito. Entre o reconhecimento de que a normatividade não pode dar conta de todos os casos, ficando a cargo dos juízes, por um ato de vontade, selecionar a interpretação mais acertada (Hans Kelsen — ‘Teoria Pura do Direito’), e a existência de uma textura aberta da norma (Hebert Hart — ‘O conceito de Direito’), crescem e florescem o decisionismo kelseniano e o discricionarismo hartiano, que conferem ao intérprete a função de dizer o direito de acordo com anseios pessoais e compreensões ínfimas de justiça (BARBOSA; QUARELLI, 2021).

Descrito esse traçado, a CHD, visa estabelecer as premissas de base, mediante uma compreensão intersubjetiva racional do Direito. Isso porque inserido em um *habitus dogmaticus*, o jurista não consegue notar as contradições do direito, à medida que, tão somente, reproduz e emana compreensões próprias, numa espécie de autopersuasão.

A epistemologia possui função análoga, porquanto e tem em vista oferecer um paradigma racionalista, a partir da recepção da teoria da verdade como correspondência, e não como coerência, cujo método de investigação adequado é a indução. Torna-se imprescindível, para a estruturação de uma base teórica estável, o aproveitamento dos métodos próprios utilizados pela teoria do conhecimento, aplicados ao Direito, a fim de oferecer ao julgador

critérios e instrumentos para analisar o conteúdo material do acervo probatório e valorá-lo adequadamente, durante a atividade decisória (BADARÓ, 2019, p. 132–133).

De igual modo, a inexistência de sentido completo da norma, provoca efeitos nefastos sobre o processo decisório. Primeiramente porque a prudência no processo interpretativo-constutivo da norma jurídica não é característica comum a todos os julgadores. Em segundo lugar, o processo legislativo de produção das leis é, por natureza, moroso, construído a partir de uma extensa experiência de deliberação, ao passo que os juízos são emitidos de maneira imprevista, sendo incomum que pronunciamentos judiciais estejam comprometidos com uma resposta congruente. Por fim, o pronunciamento dos legisladores se dá sobre o futuro e o geral, enquanto o juiz pronuncia-se sobre casos atuais e concretos (ARISTÓTELES, 2015, p. 58–59).

Por certo, a legislação penal e processual penal necessita de adequações, assim como tantas outras normas, porém, desempenha um papel fundamental de contenção do poder punitivo. A hermenêutica não pode servir ao relativismo e, tampouco, deve ser utilizada para corroborar as expectativas fundamentalistas dos atores processuais, especialmente, do aplicador da lei. Comumente equipara-se o ser ao ente, suporte de um pensamento objetificador que precisa ser combatido, por corromper a atividade interpretativa, mediante a extração de mais-valia do sentido (ser) do direito, na qual predomina o método, o dispositivo, a tecnicização e a especialização, afastando o direito de seu âmbito de aplicação (STRECK, 2011, p. 215–216).

O texto — evento —, deve ser levado a sério. Textos normativos são dotados de abstração e generalidade e, nessa condição, adquirem somente sentido e completude quando confrontados com o caso. Essa tarefa é também do defensor que, durante as várias fases do processo penal, deve combater a separação entre questões de fato e de direito. Textos não produzem realidades virtuais, descoladas da realidade e autônomas, não são somente enunciados linguísticos sobre algo, e, tampouco, carregam consigo o próprio sentido. Para aplicar um texto ao caso, é preciso interpretá-lo. Nesse particular, a advocacia deve estar atenta para a frequente enunciação, pelos tribunais, de institutos jurídicos autônomos — a exemplo do brocado “*pas de nullité sans grief*” —, como se o próprio enunciado pudesse ser aplicado independentemente do contexto, da situação ou do caso²³ (STRECK, 2011, p. 220).

²³ O mesmo pode se dizer sobre a aplicação sistemática da Súmula n. 52 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, uma vez encerra a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. Esse enunciado restringe os direitos fundamentais, a duração razoável do processo e a presunção de inocência, e concede ao julgador a prerrogativa de convalidar excessos de prazo na formação da culpa em prisões processuais, impedindo o exame das peculiaridades de cada caso penal. Deve se considerar, ainda, que a referida

Elaborar constrangimentos epistemológicos, portanto, significa estabelecer uma censura ao nominalismo, apontando para a existência de decisões constitucionalmente corretas e incorretas. Desconstruir a estrutura hierarquizada e autorreferencial das decisões é fundamental. Não basta que a decisão seja emanada pelos tribunais superiores para ser considerada correta — discurso de autoridade —, deve também ser uma resposta constitucionalmente adequada, com a aptidão de dirimir o conflito no âmbito jurisdicional (STRECK, 2017, p. 41–42).

2.4 FATORES DE INFLUÊNCIA: JOGADORES E RECOMPENSAS

O ambiente situacional do processo penal, sob a ótica da teoria dos jogos²⁴, é formado, antes de tudo, por constantes interações entre os jogadores. Influenciar e ser influenciado é tônica dessa dinâmica, com a fusão de horizontes de sentido e dos inúmeros fatores (in)conscientes, imersos em um contexto oscilante, no qual a capacidade de leitura e de adaptação faz a diferença (ROSA, 2020, p. 188). A teoria dos jogos, enquanto ferramenta colocada à disposição da arte de contar histórias, auxilia o defensor a selecionar e construir a melhor narrativa possível, alicerçada no complexo conjunto de interações existentes entre os participantes do cenário de disputa processual penal.

Como todo jogo, cada um dos jogadores possui suas próprias aspirações e, por conta disso, direciona seus esforços e ações para criar estratégias capazes de satisfazer suas pretensões. As variáveis pessoais não são as únicas que influenciam. O jogador processual sofre a influência de seus pares, assim como do *habitus*²⁵ no qual está inserido, devendo

súmula, tal qual a súmula n. 21 desse mesmo Tribunal, é anterior à Emenda Constitucional n. 45, que estabeleceu como direito fundamental a duração razoável do processo. Existe, desde então, um direito fundamental do acusado a duração razoável do processo, mormente quando o processado se encontra segregado — em qualquer das modalidades de prisões processuais — durante a apuração de sua responsabilidade criminal. De igual forma, esse enunciado merece um reexame sob a perspectiva do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2011, p. 371–372 e 554).

²⁴ Teoria matemática destinada à modelagem de fenômenos observados quando dois ou mais agentes de decisão interagem entre si, isto é, estuda a tomada de decisões ótimas no contexto da contraposição de interesses. Entre seus elementos básicos estão o jogador (*player*), as suas estratégias e a construção do perfil comportamental na busca da sua utilidade ideal (ganho ou *payoff*). Essa metodologia foi impulsionada pela publicação, em 1944, do livro “*The Theory of Games and Economic Behaviour*” (A teoria dos jogos e a economia comportamental) por Oscar Morgenstern. Em seguida, foi aprimorada por John Forbes Nash em 1950, com a sua expansão para os jogos não-cooperativos e a teoria da barganha. Sua aplicabilidade ao processo penal foi proposta, entre outros, por Alexandre Morais da Rosa, em seu livro denominado o *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*, publicado pela editora *Lumen Iuris* em 2013.

²⁵ Conceito criado por Aristóteles para designar características do corpo e da alma adquiridas em um processo de aprendizagem (SETTON, 2002, p. 61). Foi ampliado por Pierre Bourdieu (1930–2002) em sua obra denominada “*Estrutura, habitus e prática*” (1982), pode ser sintetizado como um conjunto de características, costumes, ações e orientações compartilhadas por um dado grupo de pessoas, capaz de individualizar seus integrantes dos demais, com modos de agir e se relacionar, também, singulares.

corresponder às expectativas nele depositadas, as quais flutuam e submergem segundo o contexto social, político e organizacional do órgão, instituição ou classe a qual pertence²⁶.

No ambiente processual penal convencional, ao acusador compete, ordinariamente, o exame do número e da natureza dos dados que existem contra o investigado/acusado, já ao defensor caberá explorar o acervo probatório e apontar aquilo que nele está incompleto (ARISTÓTELES, 2015, p. 91).

Estruturas de poder constituem e refletem. A simbologia de cada profissão e os comportamentos dos atores processuais, estão imersos em uma pluralidade de símbolos que, em maior ou menor grau, refletem e estruturam um sistema de denominação e sujeição. Ideologias servem a propósitos, interesses e anseios de uma fração de pessoas que respondem a valores intrínsecos e extrínsecos a coletividade da qual fazem parte. Constituídas pelo poder, devem atender a seus postulados, refletindo-os a sua imagem e semelhança, porquanto fundamental para a manutenção do equilíbrio dinâmico e natural de um conjunto de indivíduos²⁷.

Em decorrência do comportamento operante/habitual o ambiente normativo e contextual pode incentivar — conferindo recompensas e prêmios —, ou coibir — pela imposição de sanções²⁸. Alterar, manter ou extinguir os mecanismos operantes, subentendidos como ações e comportamentos — dependerá, então, da: i) punição ou premiação, tendente a aumentar/diminuir a frequência de repetição; ii) existência real ou potencial de um agente sancionador; e iii) probabilidade e confiança da implementação da medida coercitiva/punitiva.

De outra parte, deve se ter em mente o conceito de *tradeoff*²⁹. No estudo da economia, esse termo é empregado para representar uma situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação do agente/jogador que visa a solução de um determinado problema ou impasse e acaba por gerar tantos outros de menor, igual ou maior complexidade, impactando em suas escolhas futuras (MANKIW, 2013, p. 4-5).

Portanto, não é apenas a vitória que interessa, mas sim o significado do resultado em um determinado contexto. Os benefícios que podem advir do jogo, apesar de múltiplos, estão conectados com as emoções e atitudes individuais e de aceitação coletiva compostos por:

²⁶ A violação de regras tácitas do grupo/classe não é considerada aceitável, ou pelo menos é considerada incorreta, até mesmo nos casos em que, por qualquer razão, a parte não tinha conhecimento prévio acerca da sua existência (WATZLAWICK, 1979, p. 83).

²⁷ Além disso, os comportamentos são marcados por relações de interdependência, nas quais o comportamento de um dos jogadores interfere, e, é condicionado pelas ações do outro – ou então daquelas que, a princípio, serão adotadas pelo adversário (WATZLAWICK, 1979, p. 85).

²⁸ Incentivos, positivos ou negativos, induzem à ação humana, impondo que o agente processual/jogador realize, regularmente, uma ponderação custo-benefício na tomada de decisão (MANKIW, 2013, p. 7).

²⁹ Troca (tradução nossa).

surpresa, confiança, gratidão, fúria, vergonha, respeito, culpa, desagrado, raiva, revanche, reciprocidade, reputação, ressentimento, etc., resultantes, inclusive, de jogos anteriores. Os jogadores podem ser amantes, adversos ou indiferentes ao risco, sendo que cada jogador quer ganhar ou perder — condenar ou absolver —, ou então ser indiferente ao resultado. (ROSA, 2020, 281–282). Se há variação na utilidade — recompensas — para cada jogador, o defensor deve concentrar seus esforços em traçar os seus perfis e determinar a relevância de cada etapa processual para cada um dos agentes processuais, com o desiderato de maximizar os seus resultados e reduzir o risco de impactos e decisões desfavoráveis aos seus interesses³⁰.

2.5 RESPONSABILIDADE POLÍTICA DOS AGENTES ESTATAIS

Investigar, indiciar, acusar e pedir a condenação de alguém são atos que exigem responsabilidade política e social. Essa exigência pode ser extraída do julgamento, pela Colenda Sexta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, do *Habeas Corpus* n.º. 705.522, na sessão de 14 de dezembro de 2021, no qual o Ministro Rogério Schetti Cruz, em seu voto, assentou que o Ministério Público precisa assumir seu papel constitucional e deixar de atuar como despachante criminal, porquanto, no caso concreto, o órgão ministerial interpôs apelação diante de uma sentença que desclassificou a conduta de um homem flagrado com 1,54g (um, vírgula cinquenta e quatro grama) de cocaína e R\$ 64,00 (sessenta e quatro reais) em suas vestes (VITAL, 2022).

O poder punitivo medieval ainda sobrevive nas ações de alguns atores do sistema de persecução criminal (STRECK, 2022a). Interceptações telefônicas requisitadas visando alavancar uma expedição probatória; prisões provisórias requeridas para forçar colaborações premiadas; e incursões investigatórias desmedidas, como buscas e apreensões, figuram na chamada principal dos noticiários e programas de radiodifusão. Esses são alguns exemplos do impacto e da abrangência que o poder punitivo exerce sobre a vida do cidadão. Não por acaso, o Ministério Público tem a incumbência por zelar pelos direitos e garantias individuais

³⁰ Identificar o perfil néscio pode facilitar a compreensão dos jogadores (STRECK, 2020). Esse perfil é caracterizado por um comportamento sistemático e acostumado com a fruição de vantagens especiais em suas relações interpessoais, por compreender a si como privilegiado, imune às reclamações de terceiros. Quando não atendidos as suas exigências, costuma nutrir ressentimentos e indignação. Para identificá-lo, o defensor deve: i) manter conversas informais com amigos ou colegas de trabalho do adversário; ii) quando for necessário conversar ou negociar, escolher um local neutro e sem a presença de plateia; iii) identificar se o comportamento abusivo e presunçoso do adversário não faz parte da estratégia para desviar o foco de debate, prejudicar o raciocínio ou induzir a erro; iv) evitar reações emotivas, abruptas ou impulsivas à conduta adversária; v) abster-se de reagir na mesma intensidade, com a violação dos deveres ético e de urbanidade; e vi) manter um tom de voz agradável e sereno, para estimular e manter um ambiente agradável e não interromper o canal comunicativo com o auditório/julgador (MALAN, 2021c).

expostos na Constituição de 1988, além de exercer o controle externo da atividade policial³¹, atuando como uma espécie de magistratura, isenta, sem o compromisso desenfreado de combater a criminalidade, ignorando as nulidades e as garantias constitucionais, devendo concentrar os seus esforços em garantir ao investigado ou acusado, primeiramente, o devido processo legal (STRECK, 2022a).

Denunciar também é uma decisão. O ato de oferecer uma denúncia, não é, exclusivamente, formal, porquanto, a partir daquele momento, indica, para o corpo social, o inimigo, aquele que, a partir das investigações preliminares, é tido como responsável pelo cometimento de um delito e que, nessa condição, merece sofrer as incursões em sua liberdade individual em favor da solução acertada do conflito (STRECK, 2022b). Estratégias e estratégias devem ser contidos, limitados, a fim de decotar os excessos acusatórios, evitar simplificações, pragmaticismos e a conveniência da persecução criminal, além de mitigar a irracionalidade e seletividade do sistema penal, sobretudo, na fase de investigações preliminares (MACHADO, 2021).

Os efeitos de procedimentos investigativos míopes, com a utilização de técnicas e táticas inconsequentes, fomentam o processo de criminalização secundária. Trata-se de um fenômeno — em níveis individual, grupal, social e cultural —, de reação, desaprovação, degradação e isolamento de parte da sociedade que ocorre após a definição da conduta desviada — criminalização primária. Identificado o criminoso pelas agências de repressão estatal, é desencadeada uma série de reações sociais, as quais são responsáveis por organizar e ativar a aplicação de sanções por indivíduos, grupos e instituições não estatais (LEMERT, 1973, p. 98).

Essa prática de *doping* processual³², é conhecida também como *overcharging persecution*³³. Consiste em exposições excessivas e injustas no processo penal, com o desrespeito aos limites acusatórios do sistema processual democrático. Isso exige do defensor uma atuação vigilante e constante, a fim de identificar os excessos e as falhas na acusação, com a imputação de crimes mais graves, ou então com a manipulação dos fatos para forçar a confissão do acusado e a delação de outros integrantes do grupo, potencialmente, criminoso.

³¹ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II — zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; [...] VII — exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”.

³² Métodos específicos que visam melhorar o desempenho do jogador, mediante a utilização de atalhos ou táticas abusivas, desproporcionais, inadequadas ou incompatíveis com o sistema jurídico-constitucional brasileiro.

³³ Persecução criminal em excesso (tradução nossa).

Todos os agentes processuais estão vinculados às normas jurídicas e às finalidades estabelecidas pelo Estado e, por essa razão, não estão autorizados a decidir ou agir à margem da estrutura normativa no exercício de suas funções. Não se admite a prevalência dos interesses individuais sobre o público, quaisquer que sejam ou motivos³⁴. Com efeito, todo exercício de função pública é acompanhado de prerrogativas e deveres, o que implica na assunção das consequências dos próprios atos. A atividade estatal deve ser regida, portanto, pelo dever de prestar contas e assumir as responsabilidades delas advindas — *accountability* —, condição de possibilidade ao exercício, racional e limitado, do poder punitivo estatal, limitador das garantias e direitos individuais do cidadão.

Esse sistema, decorrente de um processo açodado de identificação do delinquente, simboliza uma das maiores violências e das mais graves punições que pode ser imposta a um indivíduo, à medida que o segrega do corpo social, devassa sua vida pessoal e profissional, afasta amizades, contatos e família, e relega-o ao desprezo e a desaprovação perene, impedindo-o de se reintegrar à sociedade, diante das constantes suspeitas que poderá voltar a delinquir³⁵.

Diante desse cenário, a atividade do defensor não se resume a atuação técnica, pois, independentemente da formação ou não da culpa ao final do processo penal, deve zelar pela imagem e pelo prestígio social do seu cliente, mitigando os danos e contendo os efeitos decorrentes de uma acusação criminal. É por esse motivo que a instrução processual deve ser realizada com extrema cautela, principalmente, considerando que o erro judicial custa caro. Quando o acusado é absolvido, além do tempo e da fadiga gerada, remanesce um dano irreparável no indivíduo e na sociedade (CARNELUTTI, 2018, p. 86).

O dever de reparar os erros, corrigir os desacertos e prestar contas pertence, fundamentalmente, ao Estado e suas agências. Do mesmo modo que, em uma grande operação policial, as agências estatais convocam coletivas de imprensa para esclarecerem detalhes das investigações e diligências realizadas, impõe-se ao Estado o dever de retratação para corrigir informações anteriormente prestadas, esclarecer a ausência de participação dos investigados ou acusados e, até mesmo, apontar a insuficiência de provas para a condenação.

A presunção de inocência exige tanto a atuação diligente das agências estatais ao apontar suspeitos, divulgar investigados e apontar culpados, quanto a reparação e a prestação

³⁴ Admitir ações desviantes em relação à estrutura normativa típica implicaria em institucionalizar comportamentos oportunistas.

³⁵ Afinal, o castigo, infelizmente, não começa com a condenação, mas sim muito antes, com o debate, a instrução e os atos preliminares, inclusive com a primeira suspeita que recai sobre o imputado (CARNELUTTI, 2004, p. 36).

de contas social de suas ações, na busca de devolver aos atingidos, por ações desmensuras, a liberdade plena, o convívio social e contribuir para a reestabelecer as interações cindidas.

2.6 INTERFERÊNCIA DOS MECANISMOS DE REFORÇO COGNITIVO

A resolução de problemas e tomada de decisões estão, seguramente, entre as maiores preocupações da esfera processual penal. Desde a atuação dos órgãos investigativos, na fase pré-processual, até a confecção da sentença penal, são inúmeras as etapas a serem vencidas, associadas a uma grandeza proporcional de decisões e escolhas a serem feitas por todos os jogadores e intervenientes.

Os problemas, de maneira geral, são compostos pelo: estado inicial, estado meta e os obstáculos. Identificado o problema inicial, serão ponderados todos os limitadores e anteparos existentes para, a partir desses dados, decidir sobre a solução mais adequada. Habitualmente, o problema é fragmentado em diversos componentes — a exemplo do diagrama hierárquico de árvore —, com a seleção das estratégias e dos métodos para a resolução individualizada e útil a cada um deles. Para tanto, é necessário a definição das informações (ir)relevantes para a solução do problema, que guarda relação de dependência com outras atividades cognitivas, como a atenção, memória e tomada de decisões. A importância do contexto, é inegável. Isso porque, a cognição dirigida para a resolução do problema está imersa em um contexto e de uma situação específica e, por essa razão, há uma significativa variação entre as estratégias e métodos utilizados para solucionar o mesmo impasse (MATLIN, 2004, p. 234–240).

No decorrer desses sucessivos obstáculos decisórios, a variabilidade dos métodos e estratégias a serem empregadas está condicionada as características e ao perfil de cada jogador processual, sujeito à interferência de armadilhas e atalhos mentais que tendentes a otimizar o processo decisório — com a utilização de experiências anteriores, por exemplo —, com vistas à manutenção do conforto cognitivo do indivíduo, isto é, selecionar os objetivos, os caminhos a serem seguidos e as táticas a serem executadas com o menor nível de esforço mental possível.

Sem embargo, para desenhar uma boa narrativa processual penal é fundamental que o defensor conheça essas armadilhas, para contrapô-las, e utilize-as a seu favor no decorrer da narrativa, tanto para apontar os erros ocorridos durante a fase preliminar e processual, quanto para capturar a atenção e a percepção do julgador na consecução de seus objetivos no decorrer da historiografia processual, construída para a obtenção de uma decisão penal favorável.

2.6.1 Ruído, vieses e heurísticas: captação de sentidos e preenchimento de lacunas

Em imagens de uma câmera de vigilância, de baixa nitidez, é possível visualizar um veículo em que estariam quatro suspeitos de um homicídio. Uma das testemunhas afirma que, a despeito da dinâmica do crime³⁶, não foi possível identificar a inscrição da placa do veículo. Outra, diz que reconhece alguns dos acusados, porém, sem muita propriedade, devido à baixa qualidade das imagens. Uma última diz que um dos envolvidos teria uma tatuagem no braço, característica não observada no corpo acusado. Ao proferir a decisão de pronúncia, a magistrada reconhece a fragilidade probatória e baixa qualidade das imagens, mas pronuncia o réu com base no inexistente princípio do *in dubio pro societate*³⁷ (NARDELLI; GUEDES, 2020). Essa é uma das situações que melhor ilustra os danos que podem advir da utilização de atalhos cognitivos³⁸ no ambiente judicial. Apesar de ostentarem graus de fiabilidade distintos, inexistem provas incontestáveis.

Embora não se desconheça a importância da intuição e dos pressentimentos, assim como o relevante papel que desempenham no cotidiano, sobretudo, nas relações interpessoais e afetivas — considerando a intensa atividade cerebral inconsciente, estranha à lógica racional (GIGERENZER, 2009, p. 10) —, essas variáveis e condicionamentos mentais, quando transpostos para o sistema de justiça criminal, em geral, são nocivos, dada a tendência em produzirem inúmeros erros de julgamento sobre a (in)existência de responsabilidade penal ou ainda sobre a (in)adequação da sanção penal imposta³⁹.

Para compreender os erros de julgamento, desempenhados por todos os jogadores processuais, é preciso assimilar tanto as características de um viés, quanto de um ruído. Aquele se refere a reprodução de erros específicos e identificáveis no processo de tomada de decisão. Ciências forenses, em geral, pertencem ao segundo grupo, tendo em vista que a prova científica é tida como inatacável e preponderante sobre as demais. A característica ruidosa emerge quando coexistem assistentes técnicos, instaurando-se um debate sobre as

³⁶ Convém mencionar que as imagens não revelam, por inteiro, a dinâmica dos fatos, sobretudo porque em muitas oportunidades não permitem a identificação das expressões e reações faciais dos envolvidos e não estão acompanhadas de conteúdo auditivo.

³⁷ Reconhecimento jurisprudencial de que o Tribunal do Júri é o juízo competente para dirimir as dúvidas relacionadas ao fato criminoso, à autoria delitiva e às circunstâncias e motivações do crime.

³⁸ A utilização dos atalhos cognitivos está intrinsecamente conectada com a existência de dois sistemas básicos de pensamento: o sistema 1 e o sistema 2, os quais serão oportunamente abordados no tópico 4.1 do presente trabalho, destinado à abordagem dos mecanismos de persuasão racional e emocional a serem empregados na construção do roteiro e da narrativa.

³⁹ Contudo, isso não significa que o defensor deva desprezar seus pressentimentos pois, muito embora tenham aparência superficial, sua inteligência implícita reside na seleção, quase instantânea, dos métodos empíricos adequados para cada situação (GIGERENZER, 2009, p. 47–48).

metodologias de abordagem, o tratamento das informações, a premissas científicas utilizadas e as conclusões extraídas (KAHNEMANN, 2021, posição 12–13).

No cenário jurídico o impacto do ruído é significativo. Qual será a pena fixada, por três diferentes juízes, para um indivíduo condenado pelo crime de furto ou roubo? Embora se possa realizar algumas previsões a respeito, considerando a elasticidade normativa prevista no artigo 59 do Código Penal, são múltiplas as possibilidades de fixação da pena definitiva e do regime inicial de cumprimento. Ao mesmo tempo, em que a discricionariedade serve para efetivar o princípio constitucional da individualização das penas — com a personalização da reprimenda conforme as circunstâncias do crime e as condições pessoais do acusado —, serve também como abertura hermenêutica para excessos na incursão judicial sobre a pena justa.

Onde há julgamento, também haverá ruído⁴⁰. Juízes, como os demais seres humanos, são expostos a um número incontável de informações e de fatores que atuam nas dimensões psicofisiológicas e interferem na tomada de decisões. É por isso que, sentenças publicadas no início do dia, ou após uma pausa para refeição, tendem a ser mais benéficas para o acusado, se comparadas àquelas proferidas por magistrados em jejum ou com fome. Da mesma forma, o resultado de competições esportivas ou até a proximidade com datas comemorativas, incluindo-se o aniversário do acusado, impactam diretamente nas decisões judiciais (KAHNEMANN, 2021, posição 23–24).

Para a redução do nível de ruído, é que se faz importantíssimo o controle epistêmico e recursal do teor das decisões judiciais. A existência de parâmetros jurisprudenciais mais precisos, como a utilização da fração de $\frac{1}{6}$ (um sexto) para cada circunstância judicial negativa, além da progressividade quando houverem múltiplas, e da limitação ao aumento máximo na fração $\frac{1}{2}$ (um meio), colaboram para a redução do ruído, com a construção de sentenças mais equânimes, por permitirem a redução da variação disponível a identidade do juiz que a profere. Superar esse ruído sistêmico, através da redução da variabilidade indesejada dos julgamentos que deveriam ser idênticos, colabora para a promoção da justiça, para a redução de custos do sistema judiciário, além de evitar os custos sociais desse decorrentes (KAHNEMANN, 2021, posição 26–28).

Atribuir classificações, valorar um objeto ou emitir uma opinião (pessoal ou profissional) sobre algo, incorrerá em julgamentos/conclusões — excluídas dessa

⁴⁰ Uma das maneiras para mensurar o nível de ruído decisório, é a aferição do desvio-padrão existente sobre uma determinada questão jurídica, preservadas as mesmas condições e circunstâncias. Para determinar o desvio-padrão, é preciso, primeiramente, calcular a variância em relação à média. A partir dela, o desvio-padrão será determinado pela raiz quadrada da somatória da diferença entre cada um dos elementos do conjunto com a média, dividido pela quantidade de elementos do conjunto.

compreensão as questões de opinião ou gosto —, como ocorre, por exemplo, com a utilização, pelo juiz, do *standard*⁴¹ *além da dúvida razoável* para proferir uma sentença penal, ou ainda da análise da *justa causa* para o recebimento de uma denúncia ou queixa.

Em que pese o objetivo seja a precisão decisória, pela própria variabilidade entre os indivíduos, sempre haverá uma margem de erro, parte formada pelo viés, parte pelo ruído. Contudo, se a decisão/emissão de um julgamento sobre algo objetiva um determinado valor ou grandeza — resultado —, dois julgamentos significativamente distintos não poderiam coexistir. Para reduzir o nível de ruído e, conseqüentemente, de eventual erro dele decorrente, é que se faz necessária a adoção de treinamentos e desenvolvimento de habilidades específicas pelos envolvidos na tomada de decisão na esfera penal, incluindo o defensor, seja coibindo-os em sua própria atuação, seja explicitando-os na atuação dos demais jogadores processuais. O foco deve ser na higidez do processo decisório — motivação, coerência decisória e adequação — e não, apenas, em um caso isolado (KAHNEMANN, 2021, posição 57–59 e 69).

Além do componente preditivo — relacionado a atribuição de responsabilidade penal —, há, ainda, um componente avaliativo no julgamento judicial, equiparando-se as disposições da segunda parte da sentença — dosimetria da pena — às conseqüências do crime. Essas escolhas são determinadas pela contraposição dos prós e contras que compõe o índice de opções viáveis. Nesse aspecto, o juiz criminal, antes de adotar determinada providência, tende a pesquisar como questões análogas estão sendo decididas pelos demais juízes da Comarca, pelo Tribunal ao qual está vinculado e pelas cortes superiores; ou então procederá à pesquisa para reduzir a aversão da matéria, caso seja ela levada às instâncias superiores. Trata-se de uma tendência natural do magistrado em desenvolver confiança quanto às justificativas e a decisão que profere (KAHNEMANN, 2021, posição 71–72).

Assim, os julgamentos preditivo e avaliativo são controvertidos por motivos distintos. O primeiro porque, dadas as mesmas condições e circunstâncias, não é desejável haver decisões dissonantes, sob pena de violar a justa expectativa das partes. Enquanto o segundo pressupõe que as disposições de uma sentença — enquanto resposta para um fato criminoso — sejam similares, a fim de preservar a estética de imparcialidade dos julgadores e a consistência do sistema de justiça, evitando transformá-lo em um sistema aleatório de atribuição de responsabilidade penal — uma espécie de loteria das penas.

O viés egocêntrico e a heurística do excesso de confiança, aliás, são outros dois componentes ruidosos temerários. Ocorre uma fusão entre a percepção subjetiva e a validade

⁴¹ Padrão (tradução nossa).

das previsões durante a tomada de decisão. Mormente, o alto grau de certeza que detém o delegado ou o promotor sobre a ordem, a dinâmica e a autoria dos fatos criminosos, opta por ignorar a imprevisibilidade e a incerteza que circundam esses mesmos fatores, com a adoção de um comportamento intuitivo que fomenta a supressão da dúvida e da ambiguidade, com o mínimo grau de desconforto cognitivo. (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2021, p. 55–56).

A propósito, a mente humana possui uma tendência natural de preencher lacunas e espaços vazios, com lembranças e informações que não ocorreram na realidade, mas que possam manter hígida a narrativa sobre os fatos. Esse preenchimento ocorre pela criação endógena/interna — quando a interpretação é lembrada como parte da informação original, comprometendo a fidedignidade do conteúdo recuperado — ou exógena/ambiental — proveniente da sugestionabilidade de falsas informações posteriores ao ocorrido, com a consequente incorporação na memória original do evento — de falsas memórias (STEIN *et al.*, 2017, p. 22–26). Esse aspecto é imprescindível para atuação defensiva, em especial, para a construção da narrativa a ser contada, porquanto a qualidade dos processos de recuperação da memória incidirá, diretamente, sobre a dimensão oculta e revelada dos fatos.

Nesse sentido, a utilização de recursos capazes de inserir elementos de foco da atenção em uma determinada realidade descrita, são capazes de alterar o cenário perceptivo do julgador. Manipular a dimensão oculta e revelada dos elementos probatórios e informativos, permite a comutação entre cenários de realidade parcial, a qual define o nível e a ordem dos focos de atenção do tomador de decisão⁴². Bem assim, a qualidade das lembranças relativas a um determinado evento depende, parcialmente, dos critérios utilizados para avaliar a informação que chega à mente. Assim, se a descrição de uma pessoa ou evento não estiver em sincronia com a percepção da imagem que a testemunha possui dessa mesma realidade, há uma forte tendência em anular a descrição, ou então em recriá-la sob uma terceira forma⁴³ (ALBERTO, 2022).

Por sua vez, heurísticas são condicionamentos mentais, estabelecidos como regra, que atuam como atalhos no processo de tomada de decisões⁴⁴. Pela heurística da subida de morro, o agente, quando submetido ao processo de tomada de decisão, tende a optar pelo caminho mais íngreme, isto é, aquele que parece conduzir a melhor decisão a curto prazo. Assim, por

⁴² Fenômeno demonstrável pelo Triângulo de Kanizsa, construído pelo psicólogo italiano Gaetano Kanizsa, em 1955. Ver KANIZSA, Gaetano. *Margini quasi-percettivi in campi con stimolazione omogenea*, *Rivista di Psicologia*, 1955, n. 49, v.1, p. 7–30.

⁴³ Fenômeno denominado *verbal overshadowing effect* (efeito verbal ofuscante — tradução nossa). Ver DODSON, Chad S., JOHNSON, Marcia K. and SCHOOLER, Jonathan W. *The verbal overshadowing effect: Why descriptions impair face recognition*. In: *MEMORY & COGNITION*, 1997, n. 25, v.2, p. 129–139.

⁴⁴ Utiliza-se da resposta de uma pergunta mais fácil para responder a uma complexa e difícil.

exemplo, ao apontar uma solução para um caso jurídico ou selecionar os caminhos investigativos a serem percorridos, a tendência é de que haja uma análise sobre a viabilidade das opções. Similarmente, a heurística de meios e fins, pressupõe a subdivisão do problema em múltiplas partes, identificando os objetivos a serem alcançados para, a partir deles, selecionar os meios adequados a serem efetivados; esse atalho pode ser utilizado tanto pelo defensor no planejamento da narrativa a ser contada, quanto pelo promotor de justiça, ao selecionar os agentes que planeja ver responsabilizados e as estratégias que utilizará para esse fim (MATLIN, 2004, p. 240–242).

Em uma guinada contrafactual e contraintuitiva, incumbe a defesa exercer, desde o início, seu *mister*, promovendo as diligências que reputar necessárias e atuar em benefício dos interesses do acusado, para depurar as contaminações e armadilhas cognitivas, lastreadas, no mais das vezes, na heurística da disponibilidade — fenômeno decorrente das pressões midiáticas e impactos emocionais significativos (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2021, p. 44) —, preponderante no ambiente de acúmulo de funções judicantes, com a atuação simultânea de juízes em mais de uma Vara ou Comarca, e déficits numéricos nas corporações policiais.

Duas são as categorias promissoras para um desenviesamento preventivo. A primeira planeja modificar onde tem lugar o julgamento ou a tomada de decisão, mediante a inserção de mecanismos de incentivos (*nudges*⁴⁵) propensos a otimizar e reduzir os encargos administrativos no processamento de informações, como listas de checagens e outros mecanismos métricos de aferição. A outra, por mais complexo e árduo que seja, pressupõe o treinamento constante do tomador de decisão — intervenção de incremento (*boosting*⁴⁶) —, capacitando-o para reconhecer seus vieses e dominá-los, com programas constantes de aperfeiçoamento profissional baseado em estudos de casos (KAHNEMANN, 2021, posição 331–333).

Tomar boas decisões implica em se basear, tanto quanto possível, em critérios objetivos e precisos, decotando-se as esperanças, medos, preferências e valores do julgador. Entretanto, em se tratando da justiça criminal, não se pode olvidar que, em muitas oportunidades, o erro (ruídos, vieses e heurísticas) poderá corrigir uma injustiça perpetrada, sucessivamente, pelo sistema de sistema criminal e inserir novos componentes na discussão,

⁴⁵Incentivos (tradução nossa).

⁴⁶Impulsionador (tradução nossa).

possibilitando, por exemplo, a revisão de um enunciado normativo (súmula) ou de precedentes repetitivos, através da técnica de superação denominada *overruling*⁴⁷.

Outras cinco regras básicas, podem auxiliar o defensor em sua atuação cotidiana: i) sempre que possível e houver disponibilidade de tempo, os pensamentos intuitivos devem ser complementados com pelo menos um pouco de reflexão consciente; ii) quando inviabilizado a reflexão, não é indicada a assunção de grandes riscos por pequenos e eventuais ganhos, com base, apenas, na intuição/instinto; iii) quando estiver diante de uma decisão complexa que envolve muitos fatores, e especialmente quando não dispuser de critérios objetivos, para aferição, e dados confiáveis para a análise, uma pausa ou uma noite de sono são indicados; iv) tenha em mente que, ao tomar uma decisão intuitiva, ela estará condicionada aos objetivos, necessidades e pretensões momentâneas; e v) sempre que o pensamento ou ação intuitiva puder manifestar um preconceito ou discriminação, evite-os a todo custo, pois os danos são permanentes e extensos (BARGH, 2020, posição 246–247 e 259–263).

2.6.2 Dissonância cognitiva e a Inferência à Melhor Explicação (IME)

Pessoas tem maior facilidade em recordar padrões. Não raras às vezes, após considerável lapso temporal, testemunhas, policiais, vítimas, acusados, peritos, entre outros participantes do jogo processual penal, ao serem ouvidos em juízo, limitam-se a dizer “*não me recordo*”. Essa atitude, no entanto, não significa que sejam indiferentes ao depoimento, mas sim que os fragmentos e detalhes específicos do caso se perderam.

Sob outra perspectiva, o cérebro humano é dotado da capacidade de preencher lacunas e, frequentemente, o faz. Em ocasiões como a narrada no parágrafo anterior, é comum que, durante o exame direto, o acusador passe a suggestionar a testemunha, emprestando-lhe os detalhes e informações específicas sobre o caso, induzindo a emissão de respostas confirmatórias da hipótese acusatória. Mediante essas informações, subitamente, a testemunha lembra de passagens ou fragmentos adquiridos, não da observação direta, mas sim advindas de interpretações ou dados assimilados posteriormente, criando sob os fatos investigados, novas conexões causais e correlacionais.

Destarte, o desenvolvimento de uma defesa técnica ativa, é, também, condição de possibilidade para obter uma decisão justa, à medida que visa coibir a dissonância cognitiva

⁴⁷ Mudança de entendimento de determinado Tribunal acerca de tema jurídico consolidado anteriormente, com a revisão dos fundamentos que levaram a formação do precedente, em decorrência de alterações no ordenamento jurídico ou, ainda, por necessidade de revisão histórica.

que permeia o processo penal, desde sua gênese (comumente, a investigação preliminar) até a solução definitiva do caso penal.

A concepção inaugurada pela Lei nº. 13.964/2019, alicerçada na exclusão física do inquérito, com a separação entre o juiz da investigação e o juiz do processo, são providências necessárias para preservar a originalidade cognitiva do julgador; em outras palavras, reprimir o viés cognitivo confirmatório das decisões cautelares tomadas anteriormente, resguardando-se a sua ignorância (ROSA; LOPES JUNIOR, 2016), afastando-se o juiz da arena processual de interesse das partes, responsáveis pelas iniciativas e a gestão das provas, do início ao fim do caso. Afinal, não é incomum que, atribuída a existência de fatos delituosos a alguém, emitindo-se um pré-juízo, os órgãos investigativos e judiciários procuram provas confirmatórias, para fins de tornar a hipótese acusatória verdadeira (LOPES JUNIOR, 2014).

Em linhas gerais, a psicologia social, ao se debruçar sobre a teoria da dissonância cognitiva, analisa as reações do indivíduo frente a ideias antagônicas, excludentes, geradoras de uma situação desconfortável, assim como a inserção de elementos de consonância, isto é, modificações performadas em uma das hipóteses para conformá-la e torná-la compatível com as demais, reduzindo-se a dissonância, o estresse e a ansiedade individual (LOPES JUNIOR, 2020a, posição 99–100).

Esse mecanismo cognitivo atua defensivamente, reduzindo as contradições existentes entre o conhecimento e a opinião sobre determinado evento que, no contexto processual penal, emerge na investigação preliminar, considerando a característica predominantemente inquisitorial e unilateral do procedimento.

Atribuir e condensar funções no julgador, abre margem para haver conflito em seus exercícios. Em que pese os juízes se reportem à sua formação profissional, comprometida com a objetividade, é preciso reconhecer a existência de um risco significativo associado ao desempenho sucessivo das funções pré-processuais, afetas ao procedimento investigatório e aquelas processuais, iniciadas pelo recebimento da denúncia até a prolação da decisão final (SCHÜNEMANN, 2013, p. 207). Além disso, essa justificativa releva-se ingênua, porquanto pressupõe uma neutralidade do julgador e, concomitantemente, a objetividade na relação sujeito-objeto — já afastada pela superação do paradigma cartesiano (LOPES JUNIOR, 2020a, posição 99).

Schünemann (2013, p. 208–210), através de uma pesquisa empírica, elencou as duas principais repercussões do mecanismo da dissonância cognitiva: i) o efeito inércia, voltado à confirmação das impressões pretéritas, como ocorre em relação às informações contidas no inquérito para receber a denúncia ou admitir a acusação; e ii) a busca seletiva de informações,

a fim de confirmar as anteriores, emprestando ao julgador a sensação de tranquilidade e autoconfiança ao proferir a decisão.

Não se pode olvidar, portanto, a sucessão de consequências práticas e jurídicas decorrentes da captação psíquica dos atores penais, seja pela externalização comportamental que se dá passivamente — pela inércia em buscar outras explicações e possibilidades para o fenômeno —, seja, simultaneamente, pelo comportamento ativo da busca seletiva de informações para confirmar a hipótese primária (acusatória), acentuado pelo efeito tranquilizador emanado.

É indispensável que a investigação, enquanto marco inicial de muitos dos processos criminais, seja conduzida para não determinar ou condicionar a condenação de uma pessoa inocente, tampouco, permitir que, por inadequações procedimentais e defeitos na cadeia de custódia, se possa eximir indivíduos culpados de sua responsabilidade penal. Em que pese passíveis de ocorrência, erros judiciários devem ser mitigados ao máximo, almejando a acuidade e precisão decisória. Entre os erros mais frequentes, estão as omissões e distorções provocadas pela confecção de documentos periciais, acentuadas pelo uso das tecnologias, cuja repercussão probatória possui alta relevância para formação do convencimento do magistrado (CANI; ROSA, 2022, p. 73–80).

De igual forma, é preciso que o sistema jurídico-penal instituído pela Constituição, assim como seus integrantes, exerçam suas funções observando os limites por ela definidos, de maneira a possibilitar o desempenho da jurisdição segundo as diretrizes e princípios nela previstos, com a limitação do poder estatal e garantia dos direitos individuais, em um sistema constitucional republicano. Adotar essa sistemática, envolve, necessariamente, reconhecer a proeminência normativa constitucional, enquanto parâmetro de leitura da legislação penal e processual penal (ANJOS, 2020).

Por outro lado, também merece a atenção do defensor, no decorrer da construção historiográfica do caso penal, a influência da denominada Inferência à Melhor Explicação (IME) — também chamada de Inferência à Única Explicação (IUE). Desenvolvida por Gilbert Harman⁴⁸, trata-se de uma construção argumentativa concebida a partir das seguintes premissas: i) um fenômeno precisa ser explicado; ii) uma teoria (T) explica melhor o fenômeno do que outras teorias rivais; e iii) portanto, há boas razões para se aceitar (T) como

⁴⁸ Enunciado, primeiramente, em dezembro de 1963, no encontro da *Eastern Division of the American Philosophical Association* em Washington, nos Estados Unidos, o qual, posteriormente deu origem ao artigo *Inference to the Best Explanation*, publicado na revista americana *The Philosophical Review*, v.74, n.1. (Jan, 1965), p. 88–95.

a melhor explicação para um determinado conjunto de dados em um circunscrito contexto fático (SILVA; SARDI, 2021, p. 253).

Continuadamente, no processo penal brasileiro, é possível constatar a utilização do aparato persecutório penal para, apressadamente, oferecer uma resposta social à criminalidade, com a exposição do criminoso, e, simultaneamente, reafirmar a eficiência sistêmica das instituições em combater a conduta desviante, protegendo a sociedade de seus efeitos nefastos⁴⁹.

A busca dessa resposta social ao crime, associada ao número significativo de ações penais em tramitação, tende a ser realizada com a adoção de linhas investigativas intuitivas e míopes — destinadas, apenas, a corroborar uma hipótese inicialmente trazida às autoridades investigativas — recebimento de denúncias em um contexto duvidoso — sob a justificativa de não ser possível a análise antecipada do conjunto fático-probatório — decisões de pronúncia — lastreadas em meros indícios da prática de crimes dolosos contra a vida, sem a necessária análise do acoplamento dos fatos à tipificação jurídica — e, por fim, condenações criminais — amparadas na assertiva de que a defesa do acusado não se desincumbiu de oferecer outra explicação possível aos fatos levados à apreciação da justiça criminal.

Deparando-se com a assertiva de que a evidência, conquanto extensa, não implicará na validação da teoria que a sustenta, pois os fundamentos da crença na teoria permanecem, sempre, indutivos (LIPTON, 2010, p. 313). Dessa forma, a preponderância do argumento não reside em sua estrutura argumentativa, mas sim no papel desempenhado pelas considerações explicativas na formação das inferências produzidas (SILVA; SARDI, 2021, p. 254). Tendo por base esse pensamento, é inegável que para além da influência das heurísticas e dos vieses na tomada de decisões, os atores processuais penais são, constantemente, submetidos a uma perscrutação indutiva dos fatos submetidos à sua apreciação, com o desiderato de oferecer ou encontrar explicações suficientes que lhes deem suporte.

Ordinariamente, quando os indivíduos se deparam com fenômenos que necessitam de explicação, preferem iniciar com uma seleção prévia de hipóteses oriundas de conhecimentos anteriores já consolidados. Nesse primeiro filtro, a partir da experiência acumulada, realizam a verificação de quais as hipóteses que estão conforme, descartando-se as demais. Em um

⁴⁹ Basta, para tanto, compulsar os decretos de prisão preventiva destinados ao resguardo da ordem pública, ou ainda, frequentar as Sessões do Tribunal do Júri pelo Brasil para perceber a presença desses elementos no discurso do Ministério Público, os quais, frequentemente, são referidos como decorrência imediata das funções institucionais do órgão, elencadas no artigo 129 da Constituição Federal.

segundo plano, selecionam quais as hipóteses que irão concorrer para a explicação do fenômeno, isto é, a potencial⁵⁰ e mais plausível⁵¹ explicação.

Todavia, a metodologia e a preponderância da utilização da inferência à melhor explicação é que definirá a sua natureza (in)desejável. A perspectiva analítica do defensor, enquanto jogador processual, deve transformar a defesa em ataque. Utilizar-se da IME como filtro argumentativo e, concomitantemente, enquanto tática processual pode levar a excelentes resultados, observadas as particularidades do auditório para e perante o qual a narrativa processual será (re)produzida.

Nesse sentido, a inferência à melhor explicação, além de interpretar melhor uma evidência, em comparação com as demais conclusões disponíveis, e estar baseada em um conhecimento anterior tido como verdadeiro, demanda a análise dos seguintes critérios: i) consiliência⁵², critério quantitativo pelo qual a hipótese explica mais classes de fatos importantes se comparada com as rivais; ii) simplicidade, com o menor número de variáveis improvisadas (*ad hoc*) empregadas pela hipótese; e iii) analogia, estabelecendo-se uma relação entre a hipótese proposta com experiências, circunstâncias e acontecimentos anteriores já consolidados (SILVA, 2010, p. 126–129). Ao robustecer a IME, o defensor passa a ser detentor de uma importante tática ofensiva, seja para evidenciar a fragilidade da hipótese acusatória — visando gerar a dúvida, a ser dirimida em favor do acusado —, ou a sua superação — oferecendo outra hipótese mais plausível ao convencimento do julgador.

⁵⁰ Uma vez que não é possível identificar, de plano, se a hipótese selecionada é a melhor, embora seja possível inferir que, naquele contexto, ela é a melhor explicação.

⁵¹ Capaz de condensar e explicar as mais diversas variáveis e dimensões de um fenômeno, ofertando uma explicação melhor que a sua própria negação.

⁵² Conceituação proposta pelo filósofo e historiador Willam Whewell, no século XIX.

3 FATORES DE CONTROLE DA INFORMAÇÃO E DO DISCURSO

Para viabilizar a construção do caso penal, a partir do qual será construída, também, a narrativa processual, o defensor deve adotar mecanismos de controle das informações, das provas e dos discursos construídos. Em um primeiro plano, esses mecanismos destinar-se-ão a própria gestão do caso, visto que oferecem dados contínuos que possibilitam a defesa acompanhar a evolução, controlar a narrativa, mapear os riscos potenciais e realizar a contenção de danos, se necessário. Sob outra perspectiva, constituem a própria estratégia defensiva, uma vez que através do acompanhamento da atividade probatória será possível identificar, por exemplo, eventuais nulidades processuais ou causas de alteração de competência e jurisdição.

Aliás, é no decorrer da instrução processual, na qual se desenrola a atividade probante, que se irá oportunizar a defesa expor a sua versão sobre os fatos, requerer as diligências e provas que entender pertinentes, criando condições de possibilidade, para romper e transpor o caráter unilateral e incriminatório estabelecido até então. Nesse interstício processual, caberá, especialmente ao defensor, exercer seu múnus público, apontando a fragilidade da hipótese acusatória, a insuficiência dos elementos de prova para a superação do padrão mínimo esperado para viabilizar uma sentença condenatória, além de identificar e postular a declaração de eventuais nulidades capazes de fragilizar os direitos e garantias individuais. A atividade probatória é, nessa acepção, a principal fonte de defesa do acusado.

A instrução processual é, indubitavelmente, um grande desafio. Na contemporaneidade, seja pelos aspectos operacionais ou então pela pluralidade de teorias sobre o fenômeno jurídico, não existe um único modelo capaz de descrever a complexidade que envolve o exercício da função de magistrado, especialmente, quando considerada o seu papel essencial de árbitro da disputa processual. Ante essa adversidade, François Ost, propôs três arquétipos possíveis de enquadramento da atividade judicante: Júpiter, Hércules e Hermes (OLIVEIRA; ROSA, 2013).

Adotar esses três arquétipos, não serve, apenas, para avaliar o comportamento do magistrado no decorrer de suas atividades, mas também para identificar os modelos de intérpretes atuantes durante o fenômeno jurídico-processual. Concentra-se na atividade decisória do juiz o problema interpretativo do direito (OLIVEIRA; ROSA, 2013).

Nesse contexto, o juiz Júpiter, no desempenho de sua atividade jurisdicional, adota como pressuposto a teoria do ordenamento jurídico, derivada da teoria da norma jurídica e do escalonamento normativo proposto por Hans Kelsen. Utiliza ele uma racionalidade dedutiva e

linear, em que as soluções particulares são obtidas a partir de preceitos gerais, estes oriundos de princípios gerais, seguindo inferências lineares e hierarquizadas. O seu espaço semântico-decisório, portanto, está condicionado a existência de permissão pela norma jurídica superior (OST, 1993, p. 173–175).

Já o juiz Hércules⁵³, é aquele que reúne as propostas mais extremas do denominado realismo jurídico. Caracteriza-se pela incapacidade de utilizar paradigmas para articular, de maneira satisfatória, os fatos ao Direito e, de outra parte, por uma forma de obliteração da vida jurídica real, isto é, o ordenamento jurídico é dissolvido em lugares do imaginário considerado adequado. A efetividade é, simultaneamente, condição e fundamento suficiente de validade, sem que seja considerada a legalidade e a legitimidade da norma jurídica. Nesse arquétipo, o juiz é tanto responsável pela decisão do caso litigioso quanto pela criação da norma jurídica a ele aplicada retroativamente, substituindo o ordenamento jurídico por um dossiê (OST, 1993, p. 176–181).

Por seu turno, o juiz Hermes é adepto do direito pós-moderno. Equiparável aos semideuses, seria o responsável por traduzir a linguagem divina em humana, dialogando com a imensa quantidade de valores que compõe o horizonte da pós-modernidade. Adapta-se com facilidade a fragmentação do Direito; não conhece outras leis que não aquelas em circulação nos discursos; incapaz de monopolizar a interpretação das normas jurídicas, contenta-se com a multiplicidade de racionalidades globais existentes e incontroláveis (OST, 1993, p. 182–184).

Estes três arquétipos, adaptados ao contexto processual brasileiro, podem ser sintetizados pelo denominado complexo de MacGyver. O juiz brasileiro é sincrético quanto aos métodos e relativista em relação aos resultados, além de não se preocupar com a coerência. Predomina o panprincipiologismo — com a criação e utilização de princípios de ocasião para substituir as regras jurídicas existentes —, que, como um canivete suíço, é responsável por construir argumentos jurídicos para ofuscar o ativismo, o decisionismo e o voluntarismo, presentes em suas decisões⁵⁴ (OLIVEIRA; ROSA, 2013).

O fenômeno do ativismo judicial tem atingido grande parte da jurisdição estatal. A preponderância da atuação judicial fragiliza a democracia, o direito e o próprio poder do

⁵³ Esse perfil, no entanto, não se coaduna com aquele do juiz Hércules adotado por Ronald Dworkin, dotado de responsabilidade política em suas decisões (OST, 1993, p. 170).

⁵⁴ É fundamental recordar da distinção entre regras e princípios. As primeiras são normas descritivas, que estabelecem obrigações, permissões ou proibições a partir de um enunciado descritivo, devendo o aplicador argumentar de maneira a fundamentar a correspondência dos enunciados fáticos à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte. Os últimos são finalísticos, por estabelecerem um estado de coisas necessário para a sua incidência e a realização de um fim juridicamente relevante, cabendo ao aplicador fundamentar a existência de uma relação de correlação entre os efeitos do comportamento a ser adotado e o estado de coisas almejado pelo enunciado principiológico (ÁVILA, 2021, p. 96–100).

Estado, de sorte que se ao juiz falta a capacidade de monopolizar o ato de julgar, este não conseguirá, também, solucionar todos os conflitos decorrentes de uma sociedade desprovida de justiça. Não se pode, no entanto, submeter a sociedade o governo dos juízes, porquanto ao magistrado cabe o papel de expectador — indivíduo afastado das paixões e dos interesses particulares — delegando-se aos interessados a incumbência de buscarem os seus direitos e a satisfação de seus interesses (OLIVEIRA, 2022, p. 84–85).

Essa deve ser uma das principais preocupações do defensor. A identificação dessa atuação seletiva do magistrado nem sempre é tarefa fácil, sobretudo porque existem diversas técnicas e formas de dissimulação contidas nas decisões judiciais, voltadas a fazer valer o senso comum teórico dos juristas ou então os preceitos de moralidade e justiça do julgador. A omissão, em muitas oportunidades, constitui o meio mais eficaz de ação do magistrado, porquanto poderá acarretar tanto a preclusão da matéria, caso o defensor não esteja atento, quanto a aplicação do instituto da nulidade relativa, o qual reclama a prova do efetivo prejuízo.

O raciocínio probatório é uma atividade complexa, a qual envolve a realização de uma série de inferências, a partir de informações coletadas no decurso processual, permitindo atingir conclusões sobre os fatos que importam para o caso analisado. A sua complexidade, portanto, resulta do próprio esforço em se determinar os fatos conforme a sua ocorrência que, em maior ou menor grau, dependerá do emprego de algumas generalizações empiricamente observadas. Dito de outro modo, é preciso que no caso haja informações que permitam atribuir maior grau de probabilidade à hipótese acusatória do que à hipótese de inocência. O juiz brasileiro, possui, assim, liberdade para valorar as provas, mas não possui liberalidade para determinar os fatos ou impor suas íntimas convicções (MATIDA, 2020).

Diante dessa conjuntura sistêmica, a diligência prévia do defensor poderá evitar inúmeras complicações processuais futuras e, principalmente, contribuir para a correção de vícios procedimentais existentes. Acompanhar o procedimento investigatório, desde a gênese, permite maior controle e gestão do caso e da narrativa penal, pois além de coibir os eventuais excessos e imprecisões, confere maior higidez a cadeia de custódia da prova, pois, permite a defesa apontar incorreções no tratamento de dados e informações, na elaboração de relatórios investigativos e na confecção de laudos periciais.

Trata-se, fundamentalmente, de um controle da admissibilidade das provas e informações selecionadas pelos órgãos persecutórios, posicionando o defensor como um auxiliar do magistrado no processo de filtragem epistêmica do acervo informacional anexado

a fase administrativa e judicial⁵⁵. Cabe ao defensor, dessa forma, colaborar para a alteração do curso e dos paradigmas processuais penais, através do controle constante de seus rumos, aproximando o fenômeno jurídico de outras áreas do conhecimento — como a psicologia cognitiva e comportamental — aptas a outorgar maior grau de confiabilidade e correspondência à decisão penal final (MATIDA; NARDELLI; HERDY, 2020).

3.1 FALÁCIAS E A LÓGICA INFORMAL

Argumentos falaciosos, são, de maneira geral, dissimulados, por ostentarem a aparência de validade. Alguns dependem da linguagem, outros, não. Os primeiros, são aqueles decorrentes da ambiguidade das palavras e das frases, capazes de produzir uma compreensão equivocada pela utilização do jogo de palavras (HAMBLIN, 2021, p. 20–22).

Já as falácias independentes da linguagem, são mais numerosas e frequentemente empregadas no contexto processual penal. Entre os exemplos mais relevantes estão: i) a falácia das múltiplas perguntas, na qual uma pergunta é realizada de maneira agressiva, pressupondo o comprometimento das respostas anteriores, ou então das perguntas que ainda não foram feitas, com a intenção de confundir e derruir a narrativa adversária⁵⁶; ii) a falácia da conclusão não-pertinente, quando o adversário é conduzido a comprovar uma conclusão errada ou impertinente, afastando-se das questões principais sob apreciação⁵⁷; iii) as falácias com apelo emocional (força, pena, medo ou entusiasmo), com a intimidação adversária para impor conclusões sem ter oferecido argumentos adequados, assentados em provas produzidas durante a instrução processual; iv) o apelo a modéstia, quando se utiliza a opinião de um perito para furtar-se ao próprio dever argumentativo e justificador das conclusões⁵⁸; e v) apelo à indução e ao raciocínio estatístico, que fundamenta uma conclusão causal em uma diminuta existência de correlação estatística entre dois eventos (WALTON, 2012, p. 26–30).

Esse tema se revela especialmente relevante e útil para: i) maximizar a resolução de disputas de maneira não violenta; ii) identificar, no contexto argumentativo do jogo

⁵⁵ Combate à injustiça epistêmica, mecanismo de negligência ou descrédito, sistemático, da afirmação ou declaração feita por alguém. Pode ser de cunho testemunhal, quando a credibilidade do interlocutor é prejudicada por algum preconceito, consciente ou inconsciente, não lhe oferecendo uma escuta séria por parte daquele que ouve e analisa a informação; ou, de cunho hermenêutico, que ocorre na tentativa de entender uma experiência social obscurecida, por uma lacuna hermenêutica, cuja existência provém de uma impotência relativa do grupo social ao qual o sujeito pertence (FRICKER *apud* FRUTUOSO; JUNGES, 2022, p. 343).

⁵⁶ Promotor: “*você parou de bater em sua mulher?*”. Se o acusado responder afirmativamente, confessará que já houvera agredido sua esposa no passado; já se responder negativamente, dirá que continua a agredi-la.

⁵⁷ Evidenciar a hediondez do crime de estupro de vulnerável para provocar a condenação do acusado.

⁵⁸ Promotor: “*são dispensáveis maiores comentários sobre os fatos, uma vez que os investigadores e os peritos ouvidos foram categóricos sobre as circunstâncias e a autoria delitiva atribuída ao acusado*”.

processual, a existência de erros, fazendo remissão a sua presença; iii) selecionar os objetivos defensivos, sopesando os argumentos contrários e favoráveis e atuar para manter o respeito aos preceitos éticos no decorrer do jogo processual; e iv) analisar os argumentos adversários, atribuindo-lhes etiquetas e elaborando os contra-argumentos, a fim de extrair as táticas adversárias e enriquecer o próprio discurso argumentativo (SOLANAS, 2011, p. 129–130).

Por outro lado, deve-se fazer uma ressalva a compreensão do termo. Comumente, o termo falácia é associado, indevidamente, com uma crença falsa sistematicamente repetida. Esse apontamento se releva equivocado porque, em muitos casos, o vocábulo é utilizado para evidenciar erros lógicos de raciocínios, erros empíricos comuns, simples crenças falsas ou argumentos moralmente equivocados/enviesados. Outrossim, afirma-se que um argumento que contém uma falácia, necessariamente, atingirá uma falsa conclusão⁵⁹. Essa afirmação, igualmente, não se sustenta, porque o caráter falacioso e a (in)validade lógica de um argumento são elementos independentes da falsidade ou veracidade das preposições que o compõe. Dito de outro modo, a racionalidade de um argumento não é garantia da veracidade de suas conclusões (SOLANAS, 2011, p. 130–134).

3.2 APELOS À EMOÇÃO

A retórica popular resume-se a uma argumentação destinada a persuadir um público-alvo, através do estabelecimento de ligações e vínculos pessoais entre o argumentador e os receptores da mensagem, visando transparecer confiança. Em síntese, o apelo emocional visa evitar o questionamento crítico e a avaliação lógica, intrínsecos ao diálogo racional e, não raras às vezes, buscam se furtar à obrigação primária de arcar com o ônus da prova, no decorrer do discurso argumentativo. Por essa razão, os apelos à emoção são vistos com desconfiança e rotulados de falácias lógicas, em contraposição à razão imparcial (WALTON, 2021, p. 113–114).

No entanto, nem todo uso de emoção no argumento é intrinsecamente falacioso. Em se tratando de argumentações empregadas em temas polêmicos, pode haver pertinência na utilização das emoções como ferramenta para aproximar os interlocutores da temática ou conduzi-los a tomada de decisões com base em suas experiências pessoais. A zona de conflito se evidencia quando, em um mesmo contexto, existem muitos argumentos fortes (plausíveis) e objetivos sobre as circunstâncias do crime, mas eles são contrapostos com o emprego de apelos à emoção do julgador. É que, ao empregar essa técnica argumentativa, há um risco

⁵⁹ Denominada, também, de falácia *ad logicam*.

significativo de induzir os interlocutores e mascarar falhas na sustentação desse argumento (WALTON, 2021, p. 115).

3.3 ATAQUES PESSOAIS

Empregar esse gênero argumentativo, significa dirigir a argumentação ao seu adversário, na busca de comprometer sua credibilidade perante o público. Como já antecipado, nem sempre o argumento é falacioso, se houver pertinência e conexão com a temática argumentativa, embora frequentemente se releve pernicioso, à medida que dissimula e transmite percepções desabonadoras ao auditório. É dizer, o argumento pessoal será considerado falacioso sempre que não for acompanhado de uma justificativa para a sua utilização, ou então, mesmo que justificável, não trazer consigo uma carga mínima de elementos capazes de corroborar as suas conclusões.

Também chamado de *argumentum ad hominem*, é subdividido em três espécies: i) o abusivo, no qual há um ataque direto a uma pessoa, cujo objetivo é atacar seu caráter, seus motivos e sua integridade, aludindo às ações passadas do adversário, suas aflições, preferências políticas, crenças religiosas, etc.⁶⁰; ii) o circunstancial, que privilegia a crítica a circunstâncias pessoais do argumentador que, supostamente, influenciam em suas ações, mediante a alegação de incoerência entre os argumentos utilizados e as mencionadas circunstâncias.⁶¹; e iii) o poço envenenado, quando há questionamentos sobre a sinceridade ou objetividade do adversário, insinuando a existência de supostos interesses pessoais ou escusos, com o emprego de determinada técnica ou argumento⁶² (WALTON, 2021, p. 187–189).

A conveniência e oportunidade de sua utilização pelo defensor, portanto, deve ter em conta os objetivos pretendidos e, simultaneamente, a existência de outros argumentos capazes de alcançá-los. No curso do exame cruzado de uma testemunha ou da vítima, todo cuidado é pouco. É que, o julgador ou os julgadores possuem uma tendência (viés) natural em se solidarizar com situações que lhe sejam conhecidas ou socialmente significativas, de maneira que, ao se utilizar dessa técnica como um dos principais ramos argumentativos, o defensor

⁶⁰ Promotor: “O digno defensor poderia revelar os motivos pelos quais está aqui hoje? Certamente decorrem de uma relação antiga com o acusado, não é mesmo Dr.? Pode compartilhar conosco a sua participação no caso X, juntamente com o acusado?”.

⁶¹ Defensor: “O excelentíssimo promotor de justiça está defendendo, hoje, uma posição diametralmente oposta em relação àquela que esboçou em seu livro sobre esse mesmo tema”.

⁶² Promotor: “O digno patrono da defesa, aparentemente, está buscando desconstruir as provas, pois seguramente, do contrário, tem muito a perder com esse caso, não é mesmo Dr.?”.

pode deixar a impressão equivocada de que planeja impor a responsabilidade ao depoente, ou justificar o injustificável.

Por outro lado, o advogado precisa estar preparado, também, psicologicamente, para quando figurar como alvo dessas falácias, sob pena de comprometer suas estratégias, usar tempo desnecessário na tarefa de contrapô-las, afastando-se dos temas centrais em debate, além de perder a chance de construir um suporte argumentativo sólido para o suceder da narrativa processual penal. Ainda que haja implicações à defesa, elas devem ser mensuradas em termos contextuais com o auxílio da equipe defensiva para evitar a insegurança e o excesso de confiança no decorrer do ato.

Em termos gerais, a sua adequabilidade e eficácia argumentativa são relevantes quando há escassez de provas externas/objetivas para sustentar determinada linha argumentativa ou contrapor a argumentação adversária. Nessa conjuntura, a crítica pessoal ataca o suporte interno e subjetivo do argumento, ao contestar a sua fiabilidade, veracidade, coerência interna e a própria imparcialidade do argumentador⁶³ (WALTON, 2021, p. 227).

3.4 APELOS À AUTORIDADE

Oposta à tática anterior, está o uso do argumento de autoridade (*ad verecundiam*). Através dessa categoria, busca-se conferir maior relevância e pertinência à argumentação, porquanto as mesmas conclusões foram alcançadas por especialistas conhecidos na área, com trajetórias acadêmicas exemplares e continuada atuação em um dado campo do conhecimento.

À semelhança do argumento *ad hominem*, recorre-se a fontes pessoais de opinião, centradas na credibilidade de uma pessoa, enquanto fonte confiável de conhecimento. Pode se revelar pertinente quando busca nos esclarecimentos e orientações de um perito substratos para amparar uma conclusão a respeito de determina questão, quando não houver disponibilidade de conhecimento objetivo para atingir às conclusões ou quando a matéria não está pacificada (estável). A impertinência é relevada quando a argumentação é utilizada para encerrar, prematuramente, o debate sobre o tema, apelando à reverência e ao respeito, sem oportunizar uma maior reflexão sobre o enquadramento fático da conclusão (WALTON, 2012, p. 241).

No contexto processual penal brasileiro, sem adentrar propriamente aos aspectos relevantes da implementação de um sistema de precedentes, a utilização dos apelos à

⁶³ Douglas Walton (2012, p. 227–230), sugere dezessete perguntas que poderiam servir de auxílio para analisar, em cada ocasião específica, a pertinência de utilizar os ataques pessoais no decorrer do discurso argumentativo.

modéstia — com a utilização de julgados sobre a matéria, denominados de jurisprudência — é considerado elemento indispensável para a atuação defensiva. Ocorre que, a despeito de colaborar para a uniformização, o Direito experimenta, atualmente, os efeitos nefastos da vontade de poder. Tribunais, em geral, costumam editar teses jurídicas para facilitar a resolução de demandas, com a intenção de garantir previsibilidade às partes e, conseqüentemente, estabilidade e segurança jurídica na aplicação do direito ao caso penal, esses enunciados ou teses jurídicas se desvinculam dos fatos que lhe deram causa e ganham movimento próprio. Utilizar categorias decisórias é, sim, essencial para preservar, na atividade judicante, os limites decisórios, exortando-se as convicções pessoais/morais acerca da adequabilidade das políticas públicas ou assertividade de determinados anseios sociais.

Importa dizer que, o defensor, na condição de antepasto a incursão do Estado na esfera de direitos e garantias individuais do cidadão, deve dispensar um cuidado especial com essa categoria argumentativa. Parte significativa da comunidade jurídica tende a assentir com a ideia de que os problemas interpretativos da legislação seriam resolvidos pela construção de um dicionário, no qual se poderia encontrar a essência transmitida pelas palavras. Esse pensamento, todavia, é profundamente equivocado porque não existe uma filosofia da linguagem, tendo em vista que os vocábulos são ferramentas dirigidas à significação do direito. Não é viável a categorização de questões de fato e de direito, pois para aplicação do direito é necessário que se analise os fatos e as circunstâncias ambientais do caso penal (STRECK, 2011, p. 485–491).

Realizadas essas relevantes considerações, são três os mais comuns erros cometidos na aplicabilidade argumentativa do apelo à autoridade: i) recorrer a uma autoridade a respeito de uma matéria diversa ou tangencial à sua especialidade, pois o prestígio social ou acadêmico de um indivíduo em determinada área não se estende a todas as opiniões e manifestações por ele subscritas; ii) incorrer em vagueza na menção à autoridade, deixando de mencionar a sua identidade e sua especialidade, circunstância que possibilita a refutação direta e imediata pelo adversário; e iii) fazer menção à especialista não identificado como autoridade sobre a matéria, como recorrer à opinião de um conhecido jornalista sobre o acerto da decisão judicial ou a adequabilidade da pena imposta ao condenado (WALTON, 2012, p. 250–253).

Em termos de refutação, reforço argumentativo e organicidade defensiva — independentemente se as opiniões sejam ou não favoráveis ao desenvolvimento estratégico da narrativa — é imprescindível a contraposição das conclusões e opiniões exaradas, através da consulta a outros especialistas renomados naquele campo de conhecimento, os quais poderão

apontar a (in)existência de imprecisões metodológicas, processamento indevido dos dados, conclusões precipitadas ou a existência de meros juízos de probabilidade sobre os dados.

3.5 INFLUÊNCIA E MANIPULAÇÃO

Em cada um dos subjogos, as táticas levadas à efeito pelos jogadores são distintas, cujos limites localizam-se entre o *fair play*⁶⁴ e o *doping* processual. As ações podem ser materializadas como ameaça, exigência, ação neutra, oferta, trapaça ou ação cooperativa, e suas variações operam conforme a leitura do contexto e capacidade de adaptação de cada participante. No exercício de sua profissão, o defensor tende a desenvolver, ao longo do tempo, maneiras próprias de comportamento, pelas quais será reconhecido e identificado pelos demais jogadores. Portanto, as táticas devem ser cuidadosamente selecionadas, a fim de que não sejam vistas como manipulação – construção artificial de circunstâncias capazes de alterar as interações – da narrativa do caso penal. Há, no entanto, ferramentas que não constituem, necessariamente, manipulação das condições de jogo, como é o caso dos blefes, truques, trunfos ou ameaças.

O blefe é um mecanismo de barganha no qual o jogador se comporta com excesso de confiança aparente, diante das circunstâncias que se encontra, cujo êxito depende da reputação anterior do jogador, em condições análogas. Pressupõe, antes de tudo, a existência de um canal comunicativo livre. Sua utilização deve ser excepcional, combinada e avalizada pelo investigado/acusado, afinal o preço a ser pago poderá ser a sua liberdade. Em termos de oportunidade, o emprego depende, intrinsecamente, de uma leitura dos jogadores a partir das recompensas almejadas por cada um, além de exigir uma considerável capacidade persuasiva – convencimento – por parte daquele que utiliza (ROSA, 2020, p. 300-301).

Se um dos jogadores é conhecido por apostar alto apenas quando possui boas provas e argumentos a seu favor, dificilmente o adversário irá se comprometer. É desejável, portanto, que o defensor crie a incerteza no adversário quanto a correlação entre o arsenal de que dispõe e a robustez da aposta. Em síntese, há dois motivos principais para utilizar o blefe: i) o primeiro é a intenção de transmitir uma (falsa) impressão de vantagem e vigor a uma (verdadeira) fraqueza; ii) o segundo é o propósito de conferir uma (falsa) impressão de fraqueza a uma (verdadeira) força (VON NEUMANN, 2007, posição 262).

Já os truques consistem em ações dirigidas ao contorno, mais eficiente, de impasses. Essa tática pode ser empregada como uma falácia ou manipulação, para fazer valer uma

⁶⁴ Jogo limpo.

jogada inadmissível, típica do jogo desleal. Todavia, os truques estéticos e retóricos – que se utilizam das heurísticas e dos vieses – são admissíveis, desde que não venham a comprometer a estrutura acusatória e democrática do processo penal⁶⁵. Aliás, a sua utilização se revela oportuna nos casos em que o adversário detém a estratégia vencedora, não tendo o jogador qualquer hipótese de êxito, no qual o truque pode vir a ser intentado com o desiderato de obter aquilo que não seria possível, nas condições normais de jogo (DAVIS, 1997, p. 21).

A seu turno, o trunfo é a escolha do argumento-chave e preponderante, capaz de modificar a compreensão e contrapor a narrativa até então desenvolvida. Trata-se de identificar a janela de oportunidade/risco ideal, na adoção de uma determinada tática processual pelo defensor, tendo em conta: i) quais as provas apresentadas pela acusação; ii) quais as provas em posse da defesa ou passíveis de obtenção; iii) quais as provas que a acusação acredita que a defesa possui; iv) qual seria o comportamento do adversário; e v) quais as táticas e estratégias a serem adotadas por cada qual dos jogadores (ROSA, 2020, p. 303).

Por fim, a ameaça impõe ao adversário um dilema, a partir de um ultimato, cuja crença está vinculada à reputação do jogador. Consiste na asserção de que o jogador agirá desta ou daquela maneira, sob determinadas condições. Sua efetividade reside na capacidade de impingir medo no adversário, passível de concretização – crível –, sob pena de ser ignorada, ou até mesmo, descredibilizar seu enunciador. Em última análise, o propósito de uma ameaça é mudar o comportamento de alguém e obrigá-lo a fazer algo que não faria de outra forma. Entretanto, se a consequência for muito elevada para aquele que faz a ameaça – em termos de custos ou riscos –, haverá significativa relutância e, desse modo, restará comprometida a sua concretização. Assim, para identificar a plausibilidade de uma ameaça no decorrer do jogo processual ou da construção da narrativa, é preciso observar o nível de relutância do jogador em utilizá-la (DAVIS, 1997, p. 87).

A adoção (ou não) das estratégias elencadas, invariavelmente, decorre da leitura contextual, do nível de risco, do comprometimento da estratégia defensiva e do perfil/comportamento adversário. Em contextos repetitivos, por exemplo, o uso do blefe pode causar danos sérios e irreversíveis à defesa, motivo pelo qual deve ser evitado. De outra parte, a utilização desses mecanismos no contexto da justiça penal negocial, pode trazer bons

⁶⁵ Como ocorre: i) na apresentação da testemunha policial com farda; ii) com o uso de crachá pelo acusado, a fim de demonstrar o exercício de atividade laborativa; e iv) em relação ao modo de tratamento e comportamento do acusado, que pode influenciar, favoravelmente, a decisão penal sobre o caso. (ROSA, 2020, p. 301).

resultados, especialmente, nos casos de colaboração premiada e acordos de leniência, uma vez que são ambientes negociais de alternância entre as posições dominantes/dominadas⁶⁶.

⁶⁶ Vale lembrar que: se a lei está contra si, fale sobre as provas; se as provas estão contra si, fale sobre a lei e, se a lei e as provas estão ambas contra si, então bata na mesa e grite como o diabo. Tradução nossa de: *“If the law is against you, talk about the evidence; If the evidence is against you, talk about the law, and, if the law and the evidence are both against you, then pound on the table and yell like hell”* (frase atribuída a Carl Sandburg).

4 A CONSTRUÇÃO E GESTÃO DA NARRATIVA

Ordinariamente, a modelagem dos enunciados sobre os fatos é tarefa atribuída a argumentação jurídica ou, como preferem alguns, a persuasão. Muito embora sejam ferramentas necessárias para a obtenção de uma decisão jurídica favorável, são insuficientes enquanto mecanismos de construção e gestão estratégica. Em se tratando de um jogo processual penal composto por múltiplos jogadores, subjogos e intervenientes, submetidos a uma série de oscilações circunstanciais e estratégicas, é preciso conceber a atividade do defensor como uma tarefa que transcende o mero emprego da palavra, para concebê-la como a arte de contar histórias de vida, de superação, de redenção, de tristezas, de misérias, de dores insuperáveis, de acasos e ocasiões, enfim, trata-se de conceber o jogo processual penal como uma narrativa dotada de todas as características intrínsecas a vida daqueles que a compõe.

A verdade como correspondência — objeto último do processo penal — reclama a plausibilidade dos enunciados descritos/argumentativos, para que, a partir de um conjunto de enunciados, seja possível construir, em cada caso penal, uma narrativa íntegra, coesa, coerente e consistente. Os argumentos de vínculo causal devem partir, portanto, dos elementos fáticos, sobre os quais o enunciador deve empregar o seu labor, na busca de atribuir maior ou menor crença/preponderância na existência de causas que possam explicá-los, ou ainda nos efeitos que deles possam resultar (PERELMAN; OLBRECTHS-TYTECA, 1996, p. 300–301).

Nesse diapasão, as provas penais — na qualidade de substratos para o desenvolvimento da narrativa — podem ser melhor compreendidas como subsídios de enunciados argumentativos, destinados a narrar eventos passados e transmitir certeza àquele a quem cabe a função de julgar. Notadamente, essa concepção de prova não se confunde com os fatos, porquanto os enunciados a que dá origem possuem um caráter, predominantemente, argumentativo, e não descritivo sobre os eventos, cujo objetivo é conferir coerência e consistência à narrativa processual (EDINGER, 2014, p. 7).

4.1 PERSUADIR RACIONAL E EMOCIONALMENTE

A persuasão⁶⁷ é a ferramenta retórico-persuasiva típica dos advogados que, sem o compromisso intransigente com a dinâmica dos atos, se utilizam do discurso como mecanismo de obtenção de uma decisão favorável ao cliente, sobretudo, quando cientes, de

⁶⁷ Para os efeitos desse trabalho, o vocábulo persuasão é utilizado em seu sentido onomasiológico, isto é, não só como condição comunicativa, mas também como vetor de condução emocional do auditório ao convencimento, com a estimulação do sistema l.

antemão, que a dinâmica fática não é favorável à sua posição. Sua função é combativa, cujo desiderato é vencer a luta processual, e, persuadir o julgador a proferir uma decisão que lhe seja conveniente.

Para compreender os diversos mecanismos persuasivos, é fundamental uma análise preambular da arquitetura cognitiva humana. Os modos básicos do pensamento humano podem ser sintetizados em sistema 1 e sistema 2. O primeiro, opera rapidamente e o faz através da intuição, emprega poucos esforços, oculta os detalhes e incoerências. Por seu turno, o sistema 2 aloca atenção às atividades mentais complexas, incluindo a memória matemática, e está associado com a experiência subjetiva da atividade, escolha e concentração, capaz de ponderar e refletir (KAHNEMAN, 2012, posição 24).

Embora se pudesse considerar que ao sistema 2 caberia as principais e melhores decisões, o sistema 1 é o responsável por gerar as impressões, intuições, intenções e sensações a partir das quais o sistema 2 processará os dados ambientais e informacionais, transformando-os em crenças e ações voluntárias⁶⁸. Assim, o sistema 1 incorpora as habilidades humanas inatas, entre as quais estão os estímulos perceptivos — orientar a atenção, evitar perdas, reconhecer objetos, identificar sons e cheiros — associações rápidas de ideias — otimização e automatização de tarefas — e outras tantas ações humanas involuntárias relacionadas a atividades fisiológicas, por exemplo (KAHNEMAN, 2012, posição 25).

Sob a perspectiva da defesa processual penal, o sistema 1 tem especial importância. Julgamentos submetidos ao Tribunal do Júri, são conhecidos pela extensão, pelo ambiente cognitivo complexo, no qual predomina a oralidade, e também pelo princípio da plenitude de defesa, possibilitando tanto o exercício da autodefesa quanto a defesa técnica. Tendo em vista a multiplicidade de fontes, a extensão informacional e a complexidade que circundam a sessão, os jurados não dispõem de tempo cognitivo suficiente para processar os dados, considerar as premissas, checar as condicionantes e decidir a respeito.

Nos processos criminais, em geral, o cenário não é diferente. A significativa quantidade de processos tramitando simultaneamente, versando sobre cenários, réus e circunstâncias diversas, associada a recorrente movimentação de juízes entre Varas e Comarcas, obrigam os atores processuais a adotarem atalhos cognitivos durante a instrução, voltados à otimização do tempo e à preservação cognitiva dos participantes. Para tanto, é natural que o sistema 1 seja acionado, pois o processamento de informações, embora contemple um espectro menor de dados, é célere.

⁶⁸ Em função disso, o propósito da narrativa processual penal deve ser o de atingir o sistema 1.

Persuadir demanda, primeiramente, o domínio dos fatores contextuais e ambientais nos quais o defensor está inserido. Além da construção prévia dos perfis dos jogadores e interventores processuais, dirigida à obtenção de um resultado favorável, o defensor deve realizar uma leitura do ambiente que o cerca, para, a partir das condições atuais, adotar e implementar as estratégias previamente construídas e elencadas para utilização. É dizer, por mais completa e circunscrita que a estratégia seja, a sua concretização demanda a leitura prévia e o monitoramento constante dos fatores ambientais — conveniência e oportunidade —, sem os quais não atingirá o horizonte cognitivo dos participantes e, por essa razão, não produzirá os efeitos desejados.

Frequentemente os dois sistemas operam em harmonia, entrelaçando os seus modos de conhecimento para nos ofertar as orientações e informações necessárias, e o fazem por intermédio de um equilíbrio dinâmico, no qual o sistema 1 alimenta o sistema 2, sendo este o responsável pelo refinamento informacional, exercendo controle, até mesmo, sobre o fluxo de novas emoções (GOLEMAN, 2011, posição 38). A persuasão emocional é, nessa medida, condição de possibilidade para a persuasão racional. Isso porque, para que se possa decidir qualitativamente sobre os fatos, a atenção do sistema 1 deve ser conquistada, mediante estímulos específicos, e, por conseguinte, mantida pelo sistema 2, o qual demandará esforços conscientes e contínuos.

Nesse cenário, é que se externaliza a importância da rede neural semântica como fonte alimentadora do sistema 1, uma vez que, entre as funções mais notáveis do cérebro humano, está a sua capacidade de fazer associações e representações simbólicas — texturas, formas, aromas, sons, etc. —, os quais são recepcionados, processados e conectados a um significado (RIPOLL, 2013, p. 208).

Atingir o sistema 2 é, apenas, parte do caminho a ser percorrido. Caso a estratégia defensiva envolva um pensamento complexo, que se proponha a fragilizar os elementos apresentados pela acusação e, em seguida, expor outros que lhe sejam favoráveis, o esforço argumentativo/persuasivo será diretamente proporcional. Isso decorre das atividades cognitivas que exigem esforços — característica intrínseca do sistema 2 —, porquanto elas interferem umas nas outras, motivo pelo qual não é possível desenvolver e conduzir, simultaneamente, várias atividades cognitivas, fator que impõe um ônus organizacional e argumentativo elevado ao jogador (KAHNEMAN, 2012, posição 26).

Em um ambiente normal e na maior parte das tarefas diárias, o sistema 2 adota integralmente as sugestões do sistema 1, com poucas modificações, determinando ações baseadas em impressões, colhidas pelos sentidos ou geradas pelos desejos. O acionamento do

sistema 2 é realizado, tão somente, quando: i) o sistema 1 não consegue oferecer uma resposta; e ii) é detectado um evento capaz de comprometer o modelo de mundo sugerido regularmente pelo sistema 1 (KAHNEMAN, 2012, posição 27–28). Portanto, a função do defensor é a de provocar um choque cognitivo no auditório/julgador, com o desiderato de apontar as distinções existentes em um determinado caso penal, as quais exigem um raciocínio extenso e ponderado, próprio do sistema 2.

Persuadir emocionalmente, portanto, implica em provocar emoções no interlocutor. Se emoções condicionam comportamentos, predispoem ações imediatas e influem nas conclusões obtidas (GOLEMAN, 2011, posição 32), a partir dos dados da realidade processados pelo cérebro humano, o defensor, no decorrer do caso penal, tem de provocar e ofertar ao julgador os estímulos específicos e necessários para a obtenção de um resultado favorável.

Não se trata, contudo, de admitir a teatralização desmensurada do processo penal, nem mesmo, impor a criação indiscriminada de perfis e personagens, mas sim que, de posse dos dados e provas disponíveis às partes, o defensor comprometido com a defesa efetiva dos interesses de seu patrocinado, deve selecionar aqueles mais atrativos e indicados ao desenvolvimento da sua estratégia⁶⁹. Ademais, ainda que se pudesse argumentar que o uso imoderado da persuasão possa causar graves danos, convém lembrar que essa mesma crítica cabe a tantas outras faculdades e habilidades humanas, especialmente àquelas destinadas à utilidade, por estarem sujeitas aos caprichos e ao voluntarismo de seus executores.

Dessa maneira, uma visão da natureza humana dissociada do poder das emoções é, lamentavelmente, míope (GOLEMAN, 2011, posição 32). Em um ambiente imerso em emoções, em especial porque as consequências advindas do processo criminal podem cercear a liberdade, além de acarretarem uma série de efeitos sociais — como o etiquetamento⁷⁰ e a

⁶⁹Nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, todavia, os elementos ficcionais e os apelos emocionais adquirem especial relevância, uma vez que, por representar os mais distintos perfis que compõem a sociedade, constitui um auditório habituado e permeável às características dramáticas.

⁷⁰ Decorrente do fenômeno da criminalização secundária, as etiquetas são elementos de identificação social, distintivos do indivíduo, tornando-o visível no seu contexto social e invisível perante a sua própria individualidade. Mais visível porque a etiqueta, ao fazê-lo diferente, o separa do grupo; e invisível porque é assim que a sua verdadeira identidade se perde. Enquanto as etiquetas positivas são atos de louvor e inclusão, as etiquetas negativas são atos de censura e separação. O etiquetamento do desviado é normalmente acompanhado de uma cerimônia social. A exposição à praça pública, pintar a cara, emplumar ou desfigurar, serviram, no passado, para tornar mais visível a condição do desviado. Atualmente usam-se as cerimônias degradantes nas quais se incluem os julgamentos em tribunais, a revisão da saúde mental e a crítica pública. As etiquetas constituem, portanto, o principal distintivo de identificação da pessoa, facilmente absorvido pelo grupo social, como, por exemplo, as etiquetas de “ladrão”, de “viciado”, etc. O caráter paradoxal de uma etiqueta faz com que o indivíduo perca a sua identidade (restando invisível para si próprio) e adquira outra identidade (aquela imposta pela etiqueta), tornando-se, em relação a esta, mais visível ao grupo. Existe, então, uma grande diferença entre dizer uma mentira e ter uma reputação de mentiroso. A etiqueta, ou seja, o nome do papel que se exerce, faz algo

marginalização —, é natural que, para a tomada de decisões a respeito dos fatos trazidos a julgamento, não só o jurado, mas também o juiz, tome decisões emocionais e confira a elas, posteriormente, uma aparência de racionalidade.

O medo e o constrangimento são fontes primárias da persuasão emocional e se sobrepõe à razão (GOLEMAN, 2011, posição 33). Não à toa que, no cotidiano forense, durante um julgamento perante o Tribunal do Júri, em suas palavras finais, o advogado se utilize de um discurso apelativo. Com ele almeja evidenciar a importância da decisão a ser tomada, constrangendo os jurados a repensar suas convicções, colocando-se no lugar do réu, tomando-lhe as dores, a história de vida e as circunstâncias em que o delito foi perpetrado.

Sem embargo, estímulos ao sistema 1 ou ao sistema 2 devem ser cuidadosamente calibrados no decorrer dos atos processuais. Apostar em uma só ferramenta seria tolice. A dose, portanto, também importa. Naturalmente, quanto mais intenso é o sentimento, maior será a ativação da mente emocional (sistema 1) e inoperante será a racional (GOLEMAN, 2011, posição 38). Do mesmo modo, considerando a fragilidade da atenção, desenvolver uma narrativa, essencialmente, racional pode ocasionar: i) a perda de atenção dos interlocutores, pela adoção de um discurso monótono e fatigante; e ii) inúmeras dificuldades na compreensão, advindas do extenso encadeamento de ideias e influxos informacionais conflitantes.

4.2 A LÓGICA DAS RAZÕES JURÍDICAS

O discurso argumentativo, por sua própria natureza, pressupõe que o enunciador faça escolhas, consistentes não só na seleção dos elementos que irão compor o discurso ou a narrativa, mas também em relação as técnicas pelas quais serão exteriorizados. Do mesmo modo, as condições de tempo, de lugar, de conexão entre interlocutor e auditório e de interesse pessoal dos ouvintes, também são variáveis determinantes para o sucesso argumentativo, porquanto buscam ocupar todo o campo mental da consciência, isolando-o do conjunto mental do auditório. Outrossim, a seleção não ocorre, apenas, quanto aos eventos, elementos e circunstâncias sob as quais se desenvolverá a argumentação, mas ocorrerá durante todos os seus respectivos processos construtivos e interpretativos (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p. 134–136).

mais do que significar um ato determinado cometido pelo desviado, por evocar um conjunto de imagens características daquela etiqueta. (PAYNE, 1973, p. 107–108).

Inicialmente, é preciso considerar que o discurso argumentativo é formado por dois componentes: o linguístico, responsável por atribuir ao enunciado uma significação, independentemente do contexto de fala; e o retórico, encarregado de conferir sentido a assertiva utilizada, em determinada situação comunicativa. Assim, por exemplo, a enunciação *está chovendo demais*, proferida por um árbitro em uma partida de futebol, indica que a partida poderá ser paralisada, ao passo que, quando dita por uma mãe ao filho, sugere que ele não saia de casa naquele momento (FIORIN, 2022, p. 17–18).

Por contexto comunicativo, entende-se a referência central ou focal da comunicação. Fundamentalmente, existem três relevantes contextos principais: i) o agente privilegiado, que comporta o julgador, na condição de sujeito afastado do jogo processual; ii) os jogadores ou partes da disputa; e iii) o grupo social relevante, conjunto de indivíduos externos aos quais a comunicação é dirigida e produz efeitos. As funções estruturais de cada um dos fatores e contexto não são exclusivas, mas podem ser vistas, estruturalmente, como relações de dominância — dominante/dominado (SANTOS, 1988, p. 85). A tabela a seguir demonstra as funções estruturais de base dos vários fatores, em diferentes níveis comunicativos:

Tabela 1 — Contextos comunicativos

Discursos do Direito	Discurso do Aparelho Burocrático		Discurso Tópico-Retórico	Discurso do Aparelho Coercitivo
	Contexto de Comunicação	Instituição		
Agente Privilegiado	Competência/Jurisdição	Demonstração	Argumentação	Ameaça
Participantes	Processamento	Prescrição	Persuasão	Coerção
Sociedade	Programação	Racionalização	Consenso	Repressão

Fonte: Santos (1988, p. 86).

A força argumentativa, advém, portanto, do sentido de um enunciado, isto é, de seu significado em um determinado contexto. Isso decorre da própria finalidade da enunciação, qual seja, a de informar o interlocutor sobre as condições de verdade, orientando o destinatário para certa conclusão e não para outras. Dito de outra maneira, o sentido do texto é oriundo tanto da interdependência estrutural interna, quanto das relações que mantém com o exterior — caráter dialógico (FIORIN, 2022, p. 18–19).

Essa estrutura fundamental do discurso deve guiar a atuação do defensor no decorrer do caso penal, porquanto lhe permite: i) adaptar a linguagem e o discurso de acordo ao contexto de enunciação, aos interlocutores e aos objetivos pretendidos; ii) realizar uma leitura mais precisa do sentido atribuído à fala pelos demais participantes; e iii) assimilar, diante de

um discurso, o lugar de fala, a leitura contextual do enunciador (premissas de fato) e as estratégias discursivas utilizadas para atender aos estímulos ambientais (conclusões/objetivos).

Para compreender a estrutura básica aplicada à construção do discurso argumentativo, é necessário revisitar a tradição clássica. Adotando uma padronização, Aristóteles subdividia os raciocínios em necessários e preferíveis. Os primeiros são aqueles cuja conclusão é extraída, necessariamente, das premissas colocadas, as quais, uma vez confirmadas, validam também a conclusão (silogismo demonstrativo). Já os últimos, são caracterizados por uma conclusão possível, provável ou plausível, mas não necessariamente verdadeira, tendo em vista que as premissas, individualmente consideradas, não expressam verdade e, nessa condição, dependem, entre outros fatores, de valores, visões de mundo, posições religiosas e sentimentos — silogismo retórico ou dialético (FIORIN, 2022, p. 19–20).

Esse expoente da Filosofia Antiga, categorizava os gêneros discursivos em três grupos: i) o deliberativo, cujo auditório é uma assembleia, chamada a decidir questões futuras, sob a perspectiva da utilidade, conveniência, oportunidade e adequação das medidas propostas; ii) o judiciário, dirigido a um juiz ou tribunal, o qual versa sobre questões pretéritas documentadas em um processo judicial para, em seguida, mediante um juízo de valor, atribuir consequências jurídicas; e iii) o epidíctico, também chamado de demonstrativo, dirigido a uma plateia para censurar ou louvar pessoas ou fatos, dispensando o auditório de tomar uma posição ou realizar um juízo de valor sobre o relato (RODRIGUES, 2005, p. 14–16), capaz de modificar valores fundamentais de *bem e mal*, *certo* ou *errado*, *justo* ou *injusto*.

Participar do discurso judiciário implica se empenhar em uma disputa entre partes, cada qual visando obter para si uma decisão favorável, por entender que, diante daquele contexto fático, possui a razão sobre as consequências jurídicas a serem aplicadas. Porém, esse discurso não se esgota na aceção de que duas verdades não podem coexistir, estando uma das partes com a razão em detrimento da outra.

Argumentação e lógica formal não se confundem, pois esta adota a lógica matemática em que, fixadas as variáveis, atingir-se-á um determinado resultado. O catálogo argumentativo, baseado na ideia de verdade como correspondência com a realidade, é amplo e, raramente, coincide com a estrutura argumentativa enunciada por uma das partes.

Por conta disso, aquele que argumenta não deve adotar a dicotomia falso/verdadeiro ou certo/errado, já que, em se tratando de fatos pretéritos, estar-se-á, constantemente, diante de um cenário de incertezas, no qual predomina o possível, o provável e o aparentemente

verdadeiro/falso (RODRIGUES, 2005, p. 21). Sucede, por exemplo, que no discurso judicial cada qual das partes pode ter sua parcela de razão, para apresentar ao julgador a sua leitura fática amparada na probabilidade, verossimilhança⁷¹ e coesão (interna e externa).

Assim, no âmbito judicial, a persuasão está diretamente conectada com a argumentação, a medida em que se afigura como mecanismo apto a convencer o julgador e alcançar uma decisão jurídica favorável, como também com a arte de contar histórias. Argumentar não se resume a confeccionar narrativas, embora haja uma relação de interdependência, e, nem mesmo pode ser resumida a uma disputa, a fim de se saber qual estrutura deve preponderar. O conjunto de argumentos, denominado estrutura argumentativa, serve ao propósito de coletar e apontar o agrupamento de razões ou premissas que fundamentam uma conclusão.

Com efeito, ao final da relação jurídico-processual penal, poderá suceder que uma argumentação se sobreponha a outra, total ou parcialmente, embora essa não seja a sua finalidade. Argumentar também é investigar. Para se construir uma estrutura argumentativa, buscar-se-á, também, formular hipóteses e perguntas sobre os elementos fáticos e contextuais, para averiguar se estes poderão servir como premissas dirigidas a uma conclusão⁷².

Atingida a conclusão, bem fundamentada em razões, o argumento, simultaneamente, oferecerá a sua explicação e será, também, o seu anteparo. Assim, após ouvir a argumentação da acusação e da defesa, sejam elas compatíveis ou incompatíveis entre si, caberá ao julgador construir a sua estrutura argumentativa, responsável por oferecer uma resposta juridicamente efetiva ao caso penal, através da avaliação de sua coerência e fiabilidade, além da análise das razões e provas que as constituem.

Não basta, para o sucesso argumentativo, repetir as conclusões alcançadas, sem oferecer argumentos que lhe deem suporte. O ponto de partida é a asserção. Sobre ela, deverão ser apresentadas as justificativas ou as razões capazes de amparar a conclusão.

Ao apresentar as premissas, a objetividade é fundamental. Construir premissas que se desdobram e se relacionam com tantas outras, prejudica a compreensão do receptor, além de demonstrar a deficiência estrutural da argumentação. Adotar uma sequência linear, contínua e natural de argumentação oferece maior conforto cognitivo ao julgador e bem assim, a

⁷¹ Importa dizer que o termo verossimilhança não guarda, necessariamente, identidade com o conceito de verdade como correspondência, e, por essa razão, diz respeito à adequação da narrativa ao contexto e ao ambiente situacional no qual é reproduzida/apresentada.

⁷² De igual forma, a construção da narrativa processual penal também tenderá a estender os conceitos e os desígnios, à medida que o ambiente ficcional também é constituído por um jogo constante de perguntas e respostas.

utilização de conectivos aditivos ou conclusivos, no início de cada oração, irá facilitar o momento deliberativo sobre os fatos controvertidos.

Escolher, exclusivamente, as premissas favoráveis, pode derruir toda a estrutura do discurso⁷³. Ao selecionar as asserções que suportarão a conclusão, é imprescindível a avaliação prévia acerca de sua confiabilidade, além de outras premissas que possam contestá-la, sob pena transferir essa fragilidade, também, a conclusão obtida. Ao sustentar a nulidade da diligência de busca e apreensão na residência do investigado, determinada, exclusivamente, com base em uma denúncia anônima, caberá ao defensor evidenciar que outras providências, menos gravosas, poderiam ter sido adotadas pela autoridade policial para obtenção das provas da materialidade delitiva e os indícios de autoria, sem as quais não conseguirá convencer o julgador do excesso investigativo.

Concretude e precisão são elementos essenciais da estrutura argumentativa. Frases longas, com consecutivas digressões sobre conceitos jurídicos, por vezes, ambíguos ou indeterminados, transformam os debates orais em diálogos vazios, os quais irão provocar repulsa cognitiva nos ouvintes. Estruturas discursivas revelam, também, características de seu redator. Expressões vagas ou intangíveis como *sobejamente* e *extenuante*, muito embora possam servir para demonstrar a pretensa erudição discursiva, soam menos impactantes ao julgador, sobretudo, porque não carregam consigo valores ou fatos, passíveis de compreensão direta, além de externalizarem o caráter apelativo do discurso.

O defensor que se concentra, unicamente, em sua capacidade argumentativa tornará frágil a sua narrativa. Ao ler uma denúncia oferecida em desfavor de seu patrocinado e, especialmente, após ouvir a sustentação oral do órgão ministerial ou querelante, além da estrutura argumentativa já delimitada, deverá o defensor utilizar e explorar as premissas e conclusões por aquele atingidas, cujo objetivo deve ser a demonstração da sua fragilidade e do baixo grau de fiabilidade.

Estruturalmente, é possível realizar a contra-argumentação tanto no início da exposição, quanto ao final, contanto que se considere cada uma das premissas e as contraponha, com dados objetivos e informações concretas, sem apelar a hipóteses ou as emoções do julgador. Afinal, o advogado deve conseguir argumentar, persuasivamente, sobre coisas contrárias, para não ser surpreendido com argumentos para os quais não se preparou, discernindo os meios de persuasão mais adequados para cada caso.

⁷³ É intuitiva a tendência de reunir as evidências seletivamente a favor de um julgamento que, previamente, já é elencado como correto, pela adoção do atalho cognitivo do viés de confirmação ou da deseabilidade. (KAHNEMANN, 2021, posição 237).

Entender e explorar o discurso alheio deve fazer parte da estratégia. Para argumentar e contar uma boa narrativa, deve-se considerar as lacunas, a imprecisão e a vagueza do discurso da outra parte, e, em simultâneo, demonstrar a confiabilidade das premissas e argumentos por si utilizados. Fazer paralelismos, pode facilitar a compreensão. Se as mesmas premissas podem ser aplicadas para conclusão diversa, esse argumento pode ser empregado como suporte capaz apoiar outra conclusão, raciocínio este que também se aplica às premissas, se forem dotadas de confiabilidade.

Exemplos variados também poderão conferir adesividade ao argumento. Se o repertório sobre objeto argumentativo é reduzido, a exposição deve contemplar a totalidade dos exemplos. Já se a disponibilidade de estruturas for vasta, utiliza-se uma pequena fração para fins de amostragem, selecionada de acordo com critérios de proximidade, relevância e frequência de repetição (WESTON, 2009, p. 14–20).

Analogias são bem-vindas. Argumentar utilizando analogias requer cuidados básicos do orador. Com alicerce nas premissas fáticas de um caso específico, poder-se-á estendê-las a outro, cujo suporte lógico-fático seja semelhante. A precaução inicial é de que a premissa — afirmação — sobre o caso antecessor seja verdadeira e não enfrente resistência argumentativa. Superada a primeira etapa, o exemplo utilizado deve ser dotado de semelhanças pertinentes, isto é, que possam conduzir e influir com que o receptor tenha conclusões equivalentes (WESTON, 2009, p. 25–30).

Em um ensaio argumentativo, todavia, a análise dependerá não só da individualidade, mas também do encadeamento. Para uma análise aprofundada da força argumentativa, primeiramente, compete ao defensor, ao construir sua estratégia, considerar a maior extensão possível de premissas, a partir daquelas comumente utilizadas para defender e contrapor a conclusão pretendida (WESTON, 2009, p. 70–71). Uma excelente ferramenta para verificar a confiabilidade argumentativa é silogismo hipotético, uma vez que oferece a possibilidade de investigar com maior perspicácia as fragilidades construtivas do discurso⁷⁴.

Deve-se considerar que a resolução argumentativa de uma problemática não coincide com a tomada de decisões a respeito (ATIENZA, 2017, p. 115), especialmente, considerando que incumbe ao magistrado, por exemplo, fazer uma análise detida da legislação e da

⁷⁴ Supondo que o acusado/investigado seja preso em flagrante delito por levar consigo certa quantidade de substância entorpecente e, após a realização da audiência de custódia e a conversão da prisão em flagrante em preventiva, o defensor tenha em mente a impetração, imediata, de uma ordem de *habeas corpus*. Nessa situação, a defesa necessita perquirir, também, a existência de condições ideais que possam contribuir com o êxito dessa medida processual. Em um período de recesso forense, a depender dos desembargadores que estão alocados em regime de plantão, pode suceder que a estratégia adequada seja a inércia aparente, com a coleta de informações capazes de sensibilizar o futuro relator do caso, associada à mensuração da janela de oportunidade ideal, em termos situacionais e contextuais, para o manejo do mencionado remédio constitucional.

jurisprudência sobre o tema para que, a partir dos enunciados sobre os fatos, formule a solução jurídica conveniente.

Além disso, a subsunção do fato à norma pode produzir um resultado formalmente lógico, mas inadequado à realidade. A construção de uma decisão juridicamente válida não é linear, visto que não pode ignorar a dialética e os valores que informam a hermenêutica jurídica. O direito origina-se, também, da prática e não se limita ao texto legal. Surge e orienta-se por informações construídas a partir de um confronto de ideias entre o fato e a lei, na busca por respostas convincentes, adequadas e criativas (CAMARGO, 2003, p. 251). Portanto, é preciso considerar na construção argumentativa a pluralidade de fontes do direito e a complexidade do fenômeno jurídico-social a fim de levar ao conhecimento do julgador todas as variáveis relevantes e, especialmente, as particularidades de cada caso, sob pena de fomentar a produção de decisões genéricas e padronizadas pelo sistema de justiça criminal.

4.3 EFICÁCIA ARGUMENTATIVA

Aferir a qualidade dos argumentos é pressuposto da construção de uma boa argumentação. Por conseguinte, essa tarefa é indispensável para redigir o roteiro e criar a narrativa no decorrer do caso penal, permitindo ao defensor, por um lado, identificar as adversidades em sua narrativa *ex ante*, e, por outro, realizar as correções e complementos necessários no curso do processo penal, marcado pela incerteza intrínseca ao contexto da partida.

Eficácia argumentativa e persuasão estão entrelaçadas. É por este motivo que o discurso jurídico deve considerar, também, as três formas persuasivas fundamentais: a proveniente do caráter moral do orador; aquela decorrente da maneira com que se dispõe o ouvinte; e a advinda do que demonstra ou aparenta demonstrar o próprio discurso (ARISTÓTELES, 2015, p. 63).

Persuade-se pelo caráter, quando o discurso é enunciado de tal maneira que transmite a impressão de que o orador é digno de confiança, por haver uma maior tendência em acreditar em pessoas que transmitem honestidade, em detrimento daquelas que deixam margem para dúvida. É indispensável, no entanto, que a confiança seja resultado do próprio discurso e não de uma opinião prévia sobre o orador. Já a persuasão resultante da disposição dos ouvintes, é atingida quando estes são levados a sentir emoções através do discurso, tendo em vista que os juízos emitidos variam em função dos sentimentos de alegria/tristeza, amor/ódio, etc. Por fim, persuadir pelo discurso impõe ao orador a tarefa de externalizar a

verdade — ou aquilo que lhe pareça — em um determinado caso, realizando as devidas adequações e tendo em conta as variáveis e informações de que dispõe (ARISTÓTELES, 2015, p. 63).

Por seu turno, os argumentos podem ser agrupados em três categorias básicas: i) a lógica, na qual há uma conexão apropriada entre as premissas e a conclusão; ii) a material, categoria que pressupõe que premissas e conclusão são verdadeiras; e iii) a retórica⁷⁵, onde é considerada a capacidade persuasiva do argumento para os objetivos pretendidos (HAACK, 1999, p. 37). A última categoria possui especial relevância no contexto judicial, tendo em vista que, apesar de sua racionalidade intrínseca, as pessoas submetidas ao contexto de disputa, no decorrer do jogo processual, tendem ser persuadidas por argumentos inválidos ou com falsas premissas. Isso acontece por meio de estímulos ambientais emitidos pelo enunciador, capazes de atribuírem à mensagem, maior ou menor grau de sugestibilidade.

Nesse contexto tumultuoso e, por vezes, desordenado do processo penal, destaca-se a noção de força de um argumento. Para sua mensuração, pode-se utilizar, entre outros critérios: i) da intensidade de aceitação pelos ouvintes; ii) a relevância do argumento para os propósitos do enunciador e dos ouvintes; iii) a possibilidade de refutação, relacionada a aceitação, pelos ouvintes, de outras crenças ou argumentos capazes de refutá-lo; iv) as reações de um ouvinte qualificado, consideradas aquelas que o argumento teria se fosse avaliado por um ouvinte hierarquicamente superior, tal como ocorre nos julgamentos do Tribunal do Júri, com o conselho de sentença em relação ao magistrado presidente (ATIENZA, 2003, p. 79).

Diferentemente da concepção formal e material da argumentação, para a corrente pragmática a argumentação é uma atividade social, na qual o seu êxito depende de alcançar a persuasão, ou a concordância alheia, respeitando-se algumas regras. Para os pragmatistas, existem dois enfoques principais: o retórico — cujos elementos básicos são o orador, o discurso, o auditório e a persuasão — direcionado a ideia de persuadir o auditório que, para efeitos da construção argumentativa, assume papel estático⁷⁶; e o dialético, no qual os participantes — proponente e oponente — assumem uma posição dinâmica, estabelecida por interações constantes (ATIENZA, 2017, p. 32).

O último enfoque, abordado por Stephen Toulmin, propõe quatro elementos básicos: a pretensão (*claim* — C) que é, simultaneamente, o ponto de partida e o destino da

⁷⁵ Disciplina flexível, ocupada com a persuasão dos ouvintes, mediante a criação e a elaboração de discursos. Visa discernir os meios persuasivos mais pertinentes a cada situação, aptos a atingirem o convencimento dos interlocutores. É definida, por Aristóteles, como a capacidade de descobrir o que é adequado para cada caso com o fim de persuadir (ARISTÓTELES, 2015, p. 62).

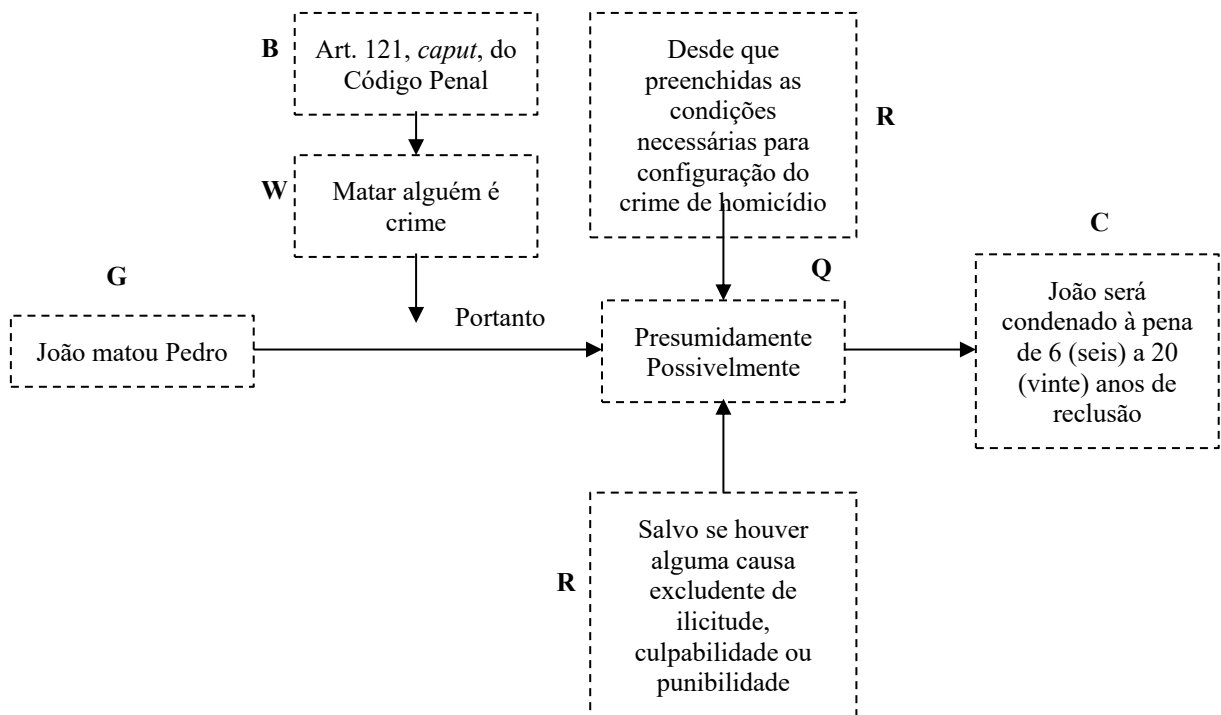
⁷⁶ Todavia, essa teoria admite também os raciocínios práticos, dentre os quais estão o contexto social e cultural no qual se desenvolve a argumentação (ATIENZA, 2003, p. 77).

argumentação; as razões (*grounds, data — G*), que deverão ser empregadas quando questionadas as pretensões, suficientes e relevantes o bastante para sustentá-las; a garantia (*warrant — W*), constituída por enunciados/regras que permitem a passagem das premissas à conclusão; e o respaldo (*backing — B*), que deverá demonstrar que a garantia é válida, relevante e detém força suficiente — em detrimento de outras regras existentes — para atingir a conclusão (ATIENZA, 2017, p. 33).

Nesse diagrama, a validade e a força argumentativa podem ser maiores ou menores, a depender dos qualificadores modais (*qualifiers — Q*) como presumível e possivelmente. Por outro lado, a conclusão somente se torna possível em determinadas circunstâncias, denominadas de condições de refutação (*rebuttals — R*) (ATIENZA, 2017, p. 33–34).

Esse esquema, proposto de Toulmin, amparado na lógica das inferências proposicionais⁷⁷, pode ser melhor compreendido com o seguinte exemplo:

Diagrama 1 — Exemplo do esquema argumentativo de Toulmin



Fonte: Adaptado de Atienza (2017, p. 34)

Com base nesse diagrama, é possível constatar que a argumentação empregada pelos advogados possui dupla natureza. Primeiramente, é dialética, pois se desenvolve em um

⁷⁷ Figura entre os tipos mais simples de lógica. Nela, os fatos do mundo são representados por sentenças sem argumentos, chamadas de proposições, as quais são qualificadas de verdadeiras ou falsas. Caso seja impossível definir a veracidade ou a falsidade de uma afirmação, conseqüentemente ela não servirá como uma preposição válida.

contexto de disputa entre partes, cujos interesses são contrapostos e as recompensas diversas. É também retórica, à medida que os discursos confeccionados são voltados à persuasão e ao convencimento daquele(s) incumbido(s) da função de julgar (ATIENZA, 2017, p. 35).

No âmbito judicial, a retórica é empregada como mecanismo para demonstrar, em relação aos fatos controvertidos, a sua falsidade ou veracidade, a sua ocorrência ou não, suas consequências e implicações, a partir das quais o juiz deverá decidir, sem, contudo, cuidar de saber o que pensam as partes envolvidas na disputa. É bom lembrar que, na apreciação dos fatos, o juiz é, muitas vezes, influenciado pela amizade, hostilidade e o interesse social, cuja consequência implica ao julgador uma maior dificuldade em discernir o juízo sobre os fatos com exatidão, à medida que terá a razão obscurecida por um sentimento de dor ou prazer (ARISTÓTELES, 2015, p. 58).

Diferentemente das falácias, portanto, os argumentos podem ser categorizados como mais ou menos robustos de acordo com seu grau de conformidade. Do ponto de vista formal, pressupõe a construção correta das premissas e de sua estrutura interna, suprimindo ambiguidades e indeterminações, enquanto, sob a perspectiva material, exigem do defensor maior solidez, extraída de fatos naturais ou institucionais (premissas) a que se referem os enunciados construídos. Por fim, sob a égide persuasiva, devem capturar psicologicamente o julgador, levando-a a aceitá-los como verdadeiros e preponderantes (ATIENZA, 2017, p. 37).

Há, entretanto, significativas adversidades e vicissitudes. A atividade argumentativa se torna tanto mais complexa quanto mais extenso e dinâmico for o contexto da enunciação. Argumentos convergem, separam-se, e podem seguir linhas distintas, a depender da estratégia utilizada pelo orador; variam também em complexidade e estão sujeitos a atingirem pontos de baixa profundidade, nos quais se dissociam da pretensão do enunciador. Podem atingir, até mesmo, a dimensão de senso comum para expressar uma ideia que goza de consenso pelos interlocutores (RODRIGUES, 2005, p. 203–204).

A alternância e a organização argumentativa produzida pelo defensor, deve, então, contemplar variações argumentativas, cujos suportes estejam localizados em diferentes dimensões do ouvinte/julgador e sejam aptas a atender, quando necessário, as diferentes personalidades que compõem o auditório.

Essas obrigações, incluem não apenas a construção de argumentos complexos, mas também — desde que não enfraqueça o discurso e seja pertinente/oportuna — a exposição argumentativa apoiada em circunstâncias rotineiras e comuns de um grupo de pessoas ou da sociedade, passíveis de aceitação geral, e convenientes para impingir ao interlocutor ideias contestáveis como se incontestáveis fossem (RODRIGUES, 2005, p. 203–204).

O canal comunicativo influencia diretamente na forma de abordagem e de transmissão dos argumentos e precisa ser considerado para a argumentação adquirir seu melhor potencial. Ainda que vigore, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da oralidade⁷⁸, no âmbito judicial, a grande parte do discurso é reduzida ao texto escrito em formato de petições.

No contexto argumentativo escrito, a premissa inicial deve ser a seguinte: nunca o redator terá garantia de que seu texto será lido e, se o for, de que o leitor tenha depositado a sua atenção durante a leitura. É que, diferentemente da argumentação oral, construída na presença do ouvinte, a escrita não permite ao enunciador aferir a conclusão da leitura, tampouco, a sua qualidade cognitiva (RODRIGUES, 2005, p. 288). Então, para além de redigir bons argumentos, com densidade e dotados de distinta capacidade persuasiva, o texto deve ser organizado e estilizado de maneira a facilitar a compreensão e manter o foco de atenção do leitor, sob pena de sequer ser lido.

Capítulos extensos, frases longas, entrecortada por vírgulas, cópias desnecessárias e exageradas de artigos de lei e citações constantes de julgados, dispersam a leitura⁷⁹. O argumento, para produzir efeitos, deve ser lido e, por meio da atenção, deve integrar as funções cognitivas de seu destinatário (RODRIGUES, 2005, p. 289–290). Para isso, a tipografia jurídica tem muito a acrescentar. Esse campo do conhecimento se dedica a oferecer parâmetros estilísticos para a escolha de fontes apropriada, a seleção inteligente dos destaques e dos recursos textuais — imagens, gravuras, esquemas, tabelas, *QR code*, sumário, resumo, etc. — propiciando maior eficácia no processo comunicacional⁸⁰.

Independentemente da complexidade ou extensão da argumentação, o texto deve ser coeso para permitir uma leitura rápida, por serem evidentes as ligações entre as palavras que compõe uma oração/frase. Frases longas, segmentadas por vírgulas, tornam a leitura menos fluente, e, concomitantemente, mais difícil e confusa. Como um tecido, construído pelo entrecruzar de linhas, o texto é um emaranhado de relações de significado, pois as palavras

⁷⁸ Conforme prevê: i) o Código de Processo Penal: artigos 403, *caput*; 411, parágrafo 4º; 474; 534, *caput*; 554, *caput*; 610, *caput*; 613, inciso III; e ii) a Lei dos Juizados Especiais Criminais em seu artigo 81, *caput*.

⁷⁹ Simplificar, sem abdicar dos fatores relevantes, pode ser útil, especialmente porque a simplicidade é um gatilho mental. Estender, demasiadamente, e inserir elementos impertinentes leva à fadiga mental, à monotonia e à perda de tração cognitiva pela dispersão (FERREIRA, 2019, posição 116).

⁸⁰ Nos casos em que coexistem vários incidentes processuais e um acervo documental significativo, quando houver a necessidade de o defensor buscar a reversão da decisão proferida pelo magistrado de primeira instância, deve ele ser capaz de sintetizar a longa trajetória processual e investigativa em uma só página, constituída, por exemplo, por um *road map* (roteiro) ou mapa mental, composto pela sequência relevante de eventos necessários a compreensão e solução da controvérsia. Essa exposição da controvérsia jurídica em um só plano, associada a elementos estéticos adequados, estimula o sistema receptivo do julgador, além de constituir uma deferência ao tempo dispensado pelo leitor da peça processual.

guardam entre si uma interdependência de sentido e, nessa condição, deve ser redigido da maneira mais clara e direta possível (RODRIGUES, 2005, p. 294).

À vista disso, independentemente da origem dos argumentos empregados, é necessário apresentar, primeiramente, um plano geral da obra para, posteriormente, introduzir os argumentos em particular e desenvolvê-los (ARISTÓTELES, 2017, p. 145).

O discurso oral, entretanto, traz outras peculiaridades. Por se desenvolver em um ambiente de interação constante, o carisma e a empatia do enunciador são fundamentais. Muito embora não se possa agradar todos o tempo todo, porém, cabe ao defensor, no decorrer de seu discurso, deve adaptar o timbre, a entonação da voz, os gestos, a aparência e seu vestuário à mensagem que está transmitindo. A sociedade e o corpo de jurados esperam, de cada ator processual, reações e comportamentos intrínsecos a sua função: do juiz, sobriedade para ouvir, equalizar os interesses e aplicar a lei; do promotor, energia e vigor na atividade persecutória e acusatória; e do advogado, serenidade na defesa do investigado ou acusado (RODRIGUES, 2005, p. 292).

Há três condições relevantes para o desenvolvimento da comunicação oral: i) o fisiológico, vinculado à sensibilidade e as variações frequência (altura), intensidade e periodicidade das ondas sonoras, havendo limites além ou aquém que tornam a percepção confusa – tom de voz baixo ou alto; timbre de voz agudo; ii) o psicolinguístico, adstrito ao estudo da própria língua, enquanto um conjunto de sinais conhecidos e reconhecidos, formado por componentes gramaticais, semânticos, simbólicos e estilísticos – adaptabilidade da língua ao contexto e ao auditório; e iii) o psicológico, conectado às variações de atenção e personalidade – capacidade do emissor em prender a atenção do auditório e adaptar seu comportamento às condições de comunicação (VANOYE, 2007, p. 209-210).

Como a argumentação se ocupa do provável e do verossímil, e todo discurso é constituído de elementos linguísticos voltados ao convencimento e à persuasão do ouvinte, a simpatia do enunciador também é um argumento a seu favor. O carisma empresta ao argumento um caráter de verdade, à medida que atende aos padrões esperados e ansiados por aqueles aos quais se dirige (RODRIGUES, 2005, p. 278–282).

Na escrita ficcional/dramática, não se exige a correspondência do roteiro com a realidade — mundo exterior —, uma vez que a criação de um mundo autônomo, é próprio da literatura. Exige-se, no entanto, a verossimilhança interna da narrativa em relação aos seus elementos estruturais (personagens, eventos, conflitos, etc.), sem a qual a percepção do auditório será a de que a narrativa não faz sentido e, portanto, não merece atenção e credibilidade. Esse mesmo cuidado deve ser observado pelo defensor. Se necessário for, o

roteiro poderá conter elementos dissociados, parcial ou totalmente, dos fatos naturalísticos próprios do caso penal, contanto que, durante a sua reprodução/representação, a narrativa conserve a sua verossimilhança interna e pertinência externa⁸¹.

4.4 A ARTE DE CONTAR HISTÓRIAS

Considerando as repercussões, os efeitos e a relevância das categorias anteriores, sobretudo, aquelas que compõe os fatores de controle do discurso e as estratégias argumentativas-persuasivas, cumpre ao defensor, então, realizar a coleta de informações, selecionar os objetivos adequados para construir a narrativa do caso penal, assim como as estratégias que adotará para atingi-los. Superado esse estágio inicial, deverá estabelecer, ainda, os mecanismos de mensuração, gestão e controle estratégico da narrativa, com o desiderato de analisar, periodicamente, a eficácia defensiva e mapear os riscos potenciais no decorrer de sua atuação⁸².

Compreender o processo penal com uma arte de contar histórias é consequência da adoção do modelo adversarial, constituído a partir da teoria do caso penal, a qual transfere às partes o ônus de apresentar a completude de seu caso perante um tribunal que o ignora. Impõe aos litigantes, em especial ao defensor, o aprendizado e o desenvolvimento das competências fundamentais da arte de construir narrativas e roteiros, com qualidade informacional e capacidade persuasiva, informadas pelo princípio da oralidade (HOLMAN, 2012, p. 18).

As formas de comunicação tradicionais estão passando por transformações em decorrência da ampla quantidade de dados a serem processados e assimilados por uma sociedade que, predominantemente, interage no ambiente virtual. Essa situação demanda formas comunicativas distintas e precisas, capazes de superar a monotonia e a restrição temporal. Os novos meios de comunicação oferecem oportunidades para novas formas de transmissão de mensagens, e, conseqüentemente, condicionam, também, a estrutura das narrativas e a sua construção.

⁸¹ De todo modo, é importante mensurar, também, a quantidade de fala. Se o defensor se expressar pouco, causará a impressão de insegurança, falta de domínio da narrativa, desconhecimento e medo. Já se alongar muito a sua fala, tornará seu discurso enfadonho, representativo de uma narrativa demasiadamente longa, e cansará seus ouvintes por não permitir pausas e transições claras no seu decorrer.

⁸² Trata-se de aplicar, a construção da narrativa penal, o conceito da “*due diligence*”, amplamente difundido no âmbito do direito empresarial, consistente na realização de diligências prévias para a adoção de estratégias empresariais, aquisições, fusões e outras operações societárias, a fim de mapear os riscos associados — sejam eles inerentes, potenciais ou eventuais —, de natureza financeira, jurídica, política, contábil, fiscal, ambiental ou tecnológica. Revela-se, assim, como ferramenta de controle e, simultaneamente, de mensuração das variáveis relevantes para atingir os objetivos definidos previamente.

Narrativas bem construídas e com qualidade informacional despertam maior interesse. Uma boa narrativa, para sê-la, deve interagir com as emoções das pessoas. No mundo dos negócios, o *storytelling* ganhou notoriedade a partir de 2005, embora já houvesse aplicação de suas técnicas ao *design thinking*. O ato de contar histórias, para além de uma tendência mercadológica e uma maneira de produzir publicidade, é a essência de uma boa comunicação entre emissor e receptor, especialmente, por promover mudanças substanciais no canal comunicativo, aproximando-os (PALACIOS, 2016, posição 37).

Utilizar a habilidade de contar histórias no âmbito processual penal se relaciona com a capacidade defensiva de entalhar fatos naturalísticos e elementos de prova em uma formatação cognitiva atraente, coerente, lógica e persuasiva, com o desiderato de ampliar a sua capacidade de influir no convencimento do julgador sobre o mérito da causa (MALAN, 2021b).

Nesse sentido, o defensor deve proporcionar ao tribunal (unipessoal, colegiado ou conselho de sentença) um ambiente de cognição amplo e qualitativo, no qual se poderá apreciar e compreender todos os fatos relevantes do caso. Conquistada a atenção e a confiança do julgador, a probabilidade de que este assuma a versão apresentada como verdadeira aumenta significativamente, uma vez que essa cognição exauriente contemplará e justificará, também, eventuais debilidades, incoerências e inconsistências da narrativa apresentada pelo adversário-acusador (HOLMAN, 2012, p. 18).

4.4.1 Seleção dos objetivos e escolha dos métodos

Apostar em coincidências, acasos e relatos desencontrados, envolve um risco consideravelmente alto àquele submetido à persecução penal e, concomitantemente, traduz um ato de responsabilidade ética do profissional atuante. Narrativas desencontradas e intersecções casuísticas são metodologias que, contextualmente, tendem a não se amoldar com acontecimentos verossímeis, ordinários ou rotineiros dos agentes processuais, despertando a desconfiança e incorrendo em escapes cognitivos.

Por essa razão é que, primeiramente, o defensor deve definir quais são os objetivos a serem alcançados, escalonando-os em ordem de importância e de esforço argumentativo/persuasivo. Metas são guias que acompanharão o agente processual e, durante os eventuais acidentes de percurso, indicarão o caminho a ser seguido: o jogador que não define seus objetivos e não escolhe suas estratégias será parte e servirá aos fins do jogo adversário. Para tanto, demandar-se-á uma análise contextual e extensiva dos fatos relatados

na denúncia ou no inquérito policial, além daqueles eventualmente relatados pelo acusado, para haver congruência entre os objetivos perquiridos e o material probatório ou indiciário produzido.

Evidente que a seleção dos objetivos — e podem existir tantos outros além da simples absolvição do acusado — pode ocorrer, também, anterior ou simultaneamente a escolha das estratégias e táticas a serem empregadas na construção do caso e da narrativa, especialmente, nas hipóteses em que as hipóteses investigativa ou acusatória envolver uma quantidade significativa de relações entre múltiplos agentes e tipificações.

Há que se considerar, para a elaboração de um planejamento apropriado, a tendência humana de autoafirmação. Comumente, durante a seleção dos objetivos, coleta de informações e seleção dos métodos a serem empregados, o defensor tem a tendência intuitiva e natural de selecionar uns e não outros, uma vez que age como um filtro depurador que permite apenas a passagem, preferencialmente, de substâncias já conhecidas, a fim de manter o conforto cognitivo e a tranquilidade sobre o conhecido. De maneira geral, na tomada de decisões, elabora-se, primeiramente, uma crença para explicar o fenômeno, aceitá-lo ou rejeitá-lo, para a partir dela, desenvolver justificativas que mantenham a crença inicial, isto é, a busca se dá, apenas, para confirmar a crença/hipótese inicial, eliminando tudo aquilo que não possa sustentá-la.

Com efeito, após a obtenção dos dados é necessário transformá-los em informações, que permitiram compará-los com outros resultados, ou então adequá-los e inseri-los a uma determinada categoria. Essa providência decorre da compreensão de que o objetivo básico da observação é a inferência dedutiva ou indutiva. No âmbito da estatística, a inferência estatística é a metodologia utilizada para coletar, reduzir, analisar e modelar os dados, a partir da qual far-se-á uma inferência para uma amostra de dados obtida. É a partir dessa modelagem de dados que se poderá fazer previsões, identificar as variáveis relevantes e tomar decisões qualificadas (MORETIN, 2010, p. 18).

Indubitavelmente a narrativa não está presa aos elementos coletados, embora deva considerá-los, guardando com eles a necessária relação e conformação. Utilizar-se do imaginário e das experiências adquiridas por aquele a quem cabe julgar, é uma importante ferramenta para promover a captação psíquica. A tarefa de conformação, na seleção dos objetivos, impõe ao jogador, constantemente, realizar o seguinte questionamento: e se alterada essa circunstância ou variável (x, y ou z), qual é o impacto produzido no desfecho? Averiguar-se-ão, assim, as demais alternativas possíveis quanto às estratégias e as conclusões advindas de sua seleção ou exclusão.

O espectro de possibilidades, no entanto, deve ser conformado e reduzido em função das variáveis relevantes, previamente selecionadas em decorrência, entre outros fatores, da localidade, da competência, do julgador, dos atores processuais, do tipo penal, e do contexto das ações. Antecipar estratégias e desfechos possíveis é fundamental, substancialmente porque, diante de determinada situação, confere segurança e precisão ao jogador, permitindo-lhe obter um resultado adequado ou favorável às pretensões iniciais.

Problemas jurídicos, muito embora estejam sujeitos à multiplicidade de condições de influência, compartilham entre si alguns traços característicos, e, são compostos por algumas fases, nas quais se destacam três tipos de fatores: i) cognoscitivos, vinculados a processos intelectuais voltados à busca de informações, a compreensão e a representação adequada do problema; ii) afetivos, relacionados a motivação e ao comprometimento; e iii) práticos, os quais implicam no uso apropriado dos meios, estratégias, procedimentos e ações necessárias para alcançar uma decisão favorável⁸³ (PUENTE *et al. apud* ATIENZA, 2017, p. 116).

As duas últimas dimensões, amplamente abordadas pela psicologia cognitiva, são, especialmente, importantes, por fornecerem atributos próprios da esfera jurídica, distinguindo-a de outros tipos — enigmas, problemas matemáticos, lógicos, entre outros (ATIENZA, 2017, p. 116–117). Além disso, o Direito, enquanto campo das ciências jurídicas, dispõe e se utiliza de inúmeros mecanismos de simplificação dos problemas que emergem do contexto social, reduzindo-os a fotografias ou filmes de curta-metragem, e, por essa razão, a qualidade e variedade da atividade probatória e informacional são as responsáveis por conduzir e formar um problema jurídico melhor estruturado.

Selecionar os dados é igualmente importante para adaptá-los ao contexto argumentativo da narrativa. Antes de examinar propriamente o uso argumentativo dos dados, é indispensável a criteriosa seleção dos elementos que gravitam ao seu entorno, os quais servirão de ponto de partida para a argumentação e para esta devem ser adaptados. Escolher, contudo, não implica na exclusão dos elementos não utilizados, pois para cada auditório existe um conjunto de fatores passíveis de influenciá-lo, especialmente, quando se tratar de um auditório não-especializado — como ocorre no Tribunal do Júri —, perante o qual elementos

⁸³ Alguns fatores influenciam diretamente para esse desfecho, entre os quais estão: (i) os fatores cognitivos, relativos à análise e raciocínio, criatividade e inovação, solução de problemas e julgamento prático; (ii) a capacidade de pesquisa e investigação jurídica, fática e destinada à inquirição/exame cruzado; (iii) a capacidade comunicativa — persuasão, escrita, oratória e escuta ativa; (iv) a existência e constância no planejamento e organização defensiva — planejamento estratégico, organização e gestão de tarefas, próprias e de terceiros; (v) a aptidão em solucionar conflitos, mediante técnicas de negociação e alteridade; (vi) a habilidade empreendedorismo — *networking* e desenvolvimento de negócios, aconselhamento e relacionamento com clientes; (vii) o desenvolvimento do trabalho colaborativo — conservação de relações interpessoais no meio jurídico; e (viii) o caráter profissional, condicionado pela determinação, diligência, integridade, autocontrole, prestação de serviços comunitários e crescimento pessoal (SCHULTZ; ZEDECK, 2009 *apud* MALAN, 2021a).

inicialmente afastados poderão se revelar oportunos no decorrer da narrativa (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p. 131).

Nota-se, portanto, que o desafio cotidiano dos jogadores envolvidos no processo penal é estabelecer as expectativas de comportamento dos demais participantes e interventores em face de sujeitos racionais que buscam a vitória. A situação é ainda mais heterogênea quando considerada a elaboração continuada de resoluções e atos normativos das mais variadas espécies e competências, cujos efeitos e desdobramentos não podem ser constantemente mensurados, apesar de influenciarem, significativamente, na esfera comportamental adversária (ROSA, 2018).

Diferentemente do que entendem alguns, esse é um dos principais motivos pelos quais o advogado é imprescindível em um Estado Democrático de Direito. O papel do advogado não é, exclusiva e necessariamente, instruir o acusado a confessar e se arrepender, mas sim zelar pelas suas garantias individuais fundamentais, pelo respeito às regras do jogo processual e pelos direitos conferidos pelo instrumento de mandato. Em decorrência dessa árdua missão, os métodos devem ser moldados, também, em função do julgamento midiático e da manipulação constante da opinião pública, manifestada por discursos de ódio e sentimentos de injustiça e impunidade (LOPES JUNIOR; ROSA; BULHÕES, 2019).

É nesse contexto que a seleção dos métodos pelo defensor adquire maior complexidade. Além de conhecer o texto normativo, é fundamental ao defensor compreender o lugar e a função dos mais diversos sistemas de *soft law* ou complementação administrativa. Em paralelo, o efeito das novas tecnologias da informação e da comunicação demandam uma ressignificação constante dos processos de tomada de decisão, por ampliar a categoria do domínio da informação relativa ao processo penal. O defensor deve estar preparado para alegar a desconformidade democrática dos institutos e, simultaneamente, para escolher seus métodos e desenvolver suas estratégias tendo em conta as novas regras (ROSA, 2018). Por essa razão, a seleção dos métodos precisa considerar os interesses e fatores ocultos e deliberar sobre a (im)pertinência da sua revelação, especialmente, a partir mensuração dos custos e ganhos para a consecução dos objetivos pretendidos.

Estudar e delimitar as variáveis do jogo processual antes e durante a partida é fundamental para que as teses defensivas ou acusatórias tenham maior probabilidade de acatamento, ou rejeição pelo órgão julgador. Tratar dados e informações disponíveis é tarefa precípua do defensor atento e diligente. Todavia, é preciso considerar que a utilização de indicadores anteriores, não significa emplacar as mesmas estratégias, sobretudo, porque conformações fáticas não se repetem em seus termos.

Portanto, o plano de ação estratégico — enquanto ferramenta metodológica indispensável para a atuação defensiva, elaborado com auxílio da técnica 5W2H⁸⁴ —, precisa considerar: i) *What/O* que deve ser feito — qual ação precisa ser realizada; ii) *Why/Porque* precisa ser realizado — finalidade; iii) *Who/Quem* deve fazer — agente incumbido de realizar a tarefa; iv) *Where/Onde* deve ser levada a efeito; v) *When/Quando* deve ser concretizada — conveniência e oportunidade; vi) *How/Como* será viabilizada a sua concretização — ferramentas e táticas compatíveis; e vii) *How much/Quanto* custará — em termos de utilização de recursos operacionais, temporais e financeiros.

4.4.2 O limite do imprevisível e o impacto do altamente improvável

O cérebro humano é, na essência, um centro de processamento de informações de alta e evariada complexidade. Não por acaso, os partícipes do contexto jurídico-penal são estimulados, constantemente, a desenvolver explicações e justificativas para um número infundável situações contextuais. Todavia, a narrativa processual é, em certa medida, opaca, porquanto permite ao narrador vislumbrar os resultados, mas não permite que o defensor tenha domínio integral do roteiro e das forças motrizes que a constroem.

Essa incompletude na percepção dos eventos é intrínseca, pois não estão disponíveis todos os mecanismos e elementos que atuam na esfera processual penal. Sucede, portanto, que a mente humana é afligida por três mecanismos perniciosos (filtros) da opacidade: i) a ilusão da compreensão, na medida que a uma falsa percepção dos jogadores de que sempre sabem o que está acontecendo; ii) a distorção retrospectiva, a qual tendem a conduzir a abordagem de qualquer fenômeno como um fato, passível de organização e controle; e iii) a supervalorização da informação imediata, fomentada pela deficiência de estudos mais profundos, que acarreta a criação de categorias platônicas e simplificações (TALED, 2015, posição 36–37).

Essa ardilosa deficiência na esfera perceptiva humana gera, continuamente, uma dedução na raridade e na concepção do evento único. O Direito, enquanto fenomenologia complexa e multifacetada, advinda de sua tarefa em prescrever normas de convívio social e incentivar a manutenção do equilíbrio nas relações interpessoais, está sujeito a inúmeras rupturas, entremeadas por poucos hiatos vibracionais tendentes a estabilidade. Por outro lado, a natureza humana por ser avessa a essa estabilidade, tende a fomentar mecanismos de enganação, adotando o viés da confirmação das variáveis que compõe sua esfera de domínio.

⁸⁴ Listagem das atividades preventivas e corretivas que precisam ser desenvolvidas.

A ignorância não é uma benção. Ignorar, certamente, traz um conforto cognitivo acentuado, pois os dados da realidade não são levados à esfera perceptiva, não são processados e não se traduzem em uma preocupação. O excesso de confiança operante no transcurso do planejamento estratégico defensivo, com o império de traçados anteriores, importa em renunciar a própria profissão. Equipara-se, outrossim, a entrega da narrativa processual penal ao acaso, acompanhada da atitude de abdicar da complexidade e dos mecanismos de gestão, para dar assento à confiança no sucesso.

Para viabilizar a construção da narrativa processual penal, é preciso reconhecer essa fenomenologia da realidade caótica e inseri-la enquanto fator de risco. Essa margem de imprecisão, é conhecida como efeito borboleta ou teoria do caos. Tradicionalmente aplicado a meteorologia, o efeito borboleta visa justificar a impossibilidade de prever, com segurança e precisão, os fenômenos naturais, considerando que o bater de asas de uma borboleta, por si, possui a potencialidade de gerar uma reação em cadeia tal que mudará as variáveis antes consideradas informações para determinar as condições temporais em uma dada localidade. Coaduna-se diretamente com a teoria do caos, cuja matriz aponta que pequenas variações iniciais, temporalmente, tornarão as previsões impossíveis.

Caos e desordem não possuem o mesmo significado. Embora haja um desalinhamento entre comportamentos anteriores dos agentes processuais — mudanças no lugar de fala, influências externas ou internas, em alguma medida — existem pontos de convergência, revelados à medida que os comportamentos são repetidos. Significa dizer que haverá um limiar possível de determinação, ou ainda passível de definição dos contornos fundamentais, com base em experiências anteriores, ao passo que tantos outros fatores de influência condicionam inúmeras outras possibilidades de desfecho.

A atividade investigativa tem seu foco nos detalhes e, através deles é estabelecida a conexão entre atos, fatos e agentes. Para irromper o foco de atenção e avaliar o cenário de maneira ampla, é imprescindível a busca de indícios, informações e vestígios em locais periféricos, à margem da percepção usual. A determinação da responsabilidade penal é executada na ordem dos acontecimentos e eventos, sendo certo que as ações omissivas ou comissivas dos agentes procedimentais responsáveis geram efeitos (des)favoráveis, interdependentes. Portanto, operacionalizar a matriz investigativa do caso, a fim de encontrar e assimilar dados informacionais importante para a construção historiográfica, exige métodos e metodologias similares àqueles utilizados pelos responsáveis pela investigação do caso — mapeamento da experiência dos envolvidos — estabelecendo inferências sobre o modo de agir e o possível perfil do autor do crime (ROSA, 2022c).

De igual forma, o defensor deve estar atento ao efeito aglomerado ou manada. Imerso em um círculo restrito de convivência, há uma tendência, imperceptível, à aglomeração, mediante o compartilhamento coletivo de uma mesma opinião, em torno dos mesmos padrões e variáveis analisadas. Ocorre a atribuição simultânea de importância ao mesmo conjunto de circunstâncias e a categorização dos eventos em categorias similares. A redução demasiada dos ruídos, apesar de reduzir a complexidade perceptiva do jogador, acarreta a assunção de riscos significativos, porquanto exclui e ofusca as fontes de incerteza, sujeitando-o a danos e impactos de fatores desconhecidos e ignorados (TALED, 2015, posição 44–46).

Por essa razão, para viabilizar a construção de uma narrativa penal exitosa, o contexto não pode ser desprezado, visto que expressa a possibilidade de compreensão, pelo jogador, dos acontecimentos a partir do ambiente, dos influxos situacionais, das condições e consequências do seu entorno. Contextualizar a narrativa penal demanda, pois, a intersecção das compreensões e percepções intersubjetivas, micro — entre os intervenientes, jogadores e julgadores—, e macro contextuais — no âmbito do segmento ou grupo social ao qual cada jogador pertence, e, perante o qual irá dialogar e deverá prestar contas (ROSA, 2020, p. 257).

4.4.3 As contribuições da filosofia da linguagem

Apesar das constantes resistências, não é possível dissimular o predomínio da filosofia da linguagem — relação sujeito/sujeito — sobre a filosofia da consciência — sujeito/objeto. Não se trata da decretação de morte da relação sujeito/objeto, nem tampouco da extinção do próprio sujeito, mas sim da admissão, definitiva, da impossibilidade de se atingir a verdade — completa e única — por meio de uma relação sujeito/objeto⁸⁵. Trata-se de reposicionar a verdade como parcialidade possível, desacreditando a corrente de pensamento cartesiano e, por outro lado, impedindo a objetificação que confere vida própria ao direito escrito e, desse modo, permite que seja compreendido à margem de seu contexto de aplicação (COUTINHO, 2018, p. 49–51). Essa transmutação traz consigo o medo e a repugnância dos juristas por irromper o conforto, a mediocridade e a indiferença na aplicação/interpretação da norma, com a conseqüente fragilização do primado da segurança jurídica.

⁸⁵ Nesse sentido, o sujeito ao depender de sua razão — método cartesiano — equipara ao seu mundo ao tamanho dela, tendo como guia as próprias imagens e, semelhante ao justiceiro, salvador do mundo, serve a interesses alheios ideologicamente ajustados e se transforma em um soldado da fé a serviço de um Deus particular (COUTINHO, 2018, p. 52).

Assumir a relação sujeito-sujeito, não significa, todavia, que se possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa (STRECK, 2011, p. 336). Viabilizou-se, no entanto, novas aberturas ao Direito, retirando as amarras da dicotomia sujeito/objeto e possibilitando ao Direito assumir a sua condição de linguagem, por meio da qual não apenas se dizem coisas, mas também se deixa de dizer, a partir das quais se pode ouvir o outro, a matriz inconsciente do sujeito, estampada na criação normativa pelo intérprete (COUTINHO, 2018, p. 54–55).

Essa compreensão primária, mas indispensável, é pressuposto para se construir uma narrativa, mormente, porque a própria construção historiográfica se utiliza da linguagem para expressar, transmitir, transferir e compartilhar as emoções, as perspectivas e as impressões entre narrador, personagem principal e auditório. Daí que, a utilização da psicologia cognitiva e comportamental, associada a dimensão linguística do discurso, apresenta-se como condição de possibilidade para a mensuração e percepção das variáveis externas, assim como do impacto dos pensamentos automatizados e intuitivos — ruídos —, permitindo que o narrador/defensor, na tarefa de construir a narrativa do caso penal, possa acessar e se conectar ao auditório.

Nesse contexto, o primeiro passo para construir a jornada do herói⁸⁶, consiste na separação ou afastamento. Cuida-se de transmutar da ênfase ao mundo externo para o mundo interno, retirando o investigado/acusado da realidade ordinária, para iniciar uma jornada pelas dificuldades e conflitos internos, buscando evidenciá-los ou erradicá-los. Para torná-lo herói, é preciso que a narrativa demonstre a superação de suas limitações interiores, com enfrentamento de provações e desafios rumo à forma humana. Assim, após revelar a complexidade interna e superar os constantes testes e desafios — descobrir o próprio caminho, passando por dificuldades não comumente observadas —, cabe-lhe retornar à realidade humana e expressar as lições de vida que aprendeu durante a sua jornada (CAMPBELL, 1989, p. 21–22).

Narrativas com finais felizes, ordinariamente, não comovem. Isso porque, representam uma frontal contradição e, simultaneamente, uma falsa representação do mundo tal como é visto e vivenciado por todos que dele fazem parte. A piedade é um sentimento capaz de tomar conta da mente, e estabelecer uma conexão única com o auditório, ao transitar entre as dores que são percebidas por todos. De igual forma, o terror tem essa mesma

⁸⁶ O arquétipo do herói representa a busca pela identidade. No processo de integração, a fim de atingir a integridade e completude humana, tornamo-nos todos heróis enfrentando guardiões, monstros e ajudantes internos. Durante a jornada, encontram-se professores, guias, demônios, deuses, colegas, serviços, bodes expiatórios, mestres, sedutores, traidores e aliados como aspectos da nossa personalidade. A tarefa psicológica que enfrentada é a de integrar essas partes separadas em uma entidade completa e equilibrada. (VOGLER, 2015, posição 66-67).

capacidade, e une tudo o que é grave e constante nos sentimentos humanos. Ao final da narrativa, se bem construída, o mundo objetivo permanecerá como já o era no início, entretanto, em razão da ênfase que se processará no interior de cada sujeito — especialmente do julgador — é percebido como se tivesse sofrido uma transformação (CAMPBELL, 1989, p. 26–28).

Evidencia-se, portanto, que a fase mais importante e sensível de toda a jornada/narrativa é o retorno — renascimento e reintegração à sociedade —, pelo qual o herói traz consigo todo aprendizado assimilado em sua jornada. São três os cuidados fundamentais que o defensor deve se ater: i) se o acusado/herói conseguiu alcançar um nível profundo de desenvolvimento, com o enfrentamento de seus conflitos internos, ao retornar experiente, há uma tendência de que os sofrimentos e as dificuldades do mundo sejam apagadas ou ignoradas; ii) já se o acusado/herói, sem se submeter aos testes de iniciação e a longa jornada de proações, alcançar a transmutação do seu eu, o auditório tende a reagir violentamente, destruindo a sua imagem interna e externa e comprometendo toda a narrativa; e iii) por fim, se o acusado/herói fizer um retorno seguro e voluntário, assumirá o risco de incompreensão e desconsideração pelo auditório, relevando a fragilidade, a inautenticidade e o oportunismo da narrativa⁸⁷ (CAMPBELL, 1989, p. 36).

4.4.4 A construção do roteiro e da narrativa

Enquanto labor cotidiano do defensor, tal qual a rotina do escritor e do poeta, está a arte de contar histórias⁸⁸, cuja confecção e o epílogo variam em função dos objetivos, da imputação, do contexto, dos personagens e do público alvo. Exercer a advocacia criminal, mesmo que em defesa da vítima de um fato potencialmente criminoso, é, em sua essência, se ocupar em construir a narrativa do caso penal, cujo desfecho deve se aproximar — o tanto quanto possível — de uma decisão jurídica favorável ao seu cliente, preservando a sua condição de liberdade.

Construir a narrativa e o roteiro historiográfico do caso penal demanda a análise e a compreensão da teoria do caso, o domínio de ferramentas e mecanismo de captação de informação (*big data* e a construção de perfis), o conhecimento dos fatores de reforço

⁸⁷ Aliás, a função precípua do herói, no contexto historiográfico, é abrir ao público uma janela para a narrativa. Cada pessoa que com ela tiver contato, nos primeiros estágios da narrativa, deve identificar-se com o herói, fundir-se a ele e enxergar o mundo através de seus olhos (VOGLER, 2015, posição 68).

⁸⁸ Uma vez atendidos os deveres éticos da profissão, observados os limites intrínsecos ao sistema de justiça criminal e resguardados os direitos e garantias fundamentais do investigado/acusado e das eventuais vítimas.

cognitivo, de controle da informação e do discurso, a compreensão das técnicas de persuasão e argumentação jurídica, além de outros fatores contextuais, entre os quais está o déficit de atenção que acomete a sociedade da informação. Em um ambiente comunicacional continuamente alimentado por milhões de informações, distribuídas pelas diversas fontes comunicativas, dissociadas, associadas, disruptivas, contraditórias, excludentes ou confusas, o bem mais escasso é tempo qualitativamente considerado.

Tempo e atenção não são sinônimos. Atenção exige tempo destinado à determinada atividade ou tarefa, individualmente considerada, permitindo que a informação seja levada ao campo de percepção, o qual será responsável por selecionar a ação pertinente. Portanto, a alocação de tempo cognitivamente ativo demanda uma comunicação assertiva, apta a transmitir a mensagem pretendida sem deixar que pequenas distrações, ruídos ou o tédio acometa seu receptor.

A informação somente atinge a consciência quando associada a atenção (PALACIOS, 2016, posição 41). Compreender e gerenciar a atenção é um dos fatores prioritários para o êxito argumentativo, tendo em vista que quando alguém nos dirige a sua atenção, além da mera alocação temporal, também está deixando de fazer uma série de outras tarefas necessárias e úteis para si ou seus próximos. A atenção não só é necessária para destravar o canal comunicativo, mas também é imprescindível para a mensagem chegar até seu destinatário com qualidade.

Perceber os sinais comunicativos ambientais tende a auxiliar o defensor na escolha das versões, variações e elementos discursivos. Apesar da comunicação exigir planejamento, isso não significa tornar a narrativa impermeável às condições ambientais e situacionais, perceptíveis pelo *feedback*⁸⁹ do auditório, isto é, sinais verbais ou não verbais, que permitem regular, controlar e conhecer o resultado da comunicação, durante sua ocorrência – se foi recebida, compreendida ou não (VANOYE, 2007, p. 210-211).

Além disso, há que se considerar as três acepções pelas quais a consciência pode ser compreendida: i) a primeira, comumente utilizada no contexto médico, se refere a estar acordado, em vigília; ii) a segunda é a disponibilidade, pelo sistema cognitivo, de algo que está sendo pensado, sinônimo de ter a informação na mente; e iii) a terceira é a introspecção ou metacognição, isto é, o automonitoramento e reflexão, a possibilidade do sistema cognitivo monitorar o seu próprio processamento e obter informações sobre si (DEHAENE; LAU; KOUIDER, 2017, p. 486-487). Do mesmo modo, são três os pares antagônicos da atenção: a

⁸⁹ Retorno ou resposta aos estímulos cognitivos.

cativa-voluntária, a aversiva-atrativa e fundo da mente-frente da mente (BECK; DAVENPORT *apud* PALACIOS, 2016, posição 43).

A espécie cativa tende a se exaurir em um excerto ou chamada que inicia uma apresentação, de caráter impositivo, capaz de transmitir uma mensagem simples, mas necessária, que se opõe a atenção voluntária, a qual depende de uma conexão entre emissor e receptor, cujo ponto focal deve estar no interesse particular deste; em última análise, trata-se de desenvolver afinidade com o interlocutor e a mensagem que se planeja transmitir (PALACIOS, 2016, posição 43).

No que lhe concerne, a aversiva se relaciona com experiências anteriores, próprias ou de terceiros, pré-compreensões, entre outros sentimentos e emoções que se pretende evitar, pelos quais é desenvolvida uma repulsa durante a experiência de vida. Já a atenção atrativa, revela o oposto e, caso atingida, tende a trazer ao receptor o sentimento de familiaridade, pertencimento e representatividade dos valores que acredita, defende ou apoia. Formam a dicotomia de prêmio-castigo e podem variar no decorrer da narrativa, alternância que reforça a falibilidade humana e a possibilidade de redenção.

No último gênero está a memória fundo-frente da mente. Também denominada memória-trabalho⁹⁰, a atenção frente da mente é responsável pela automatização de tarefas, pela tomada de decisões rápidas e marcada pelo imprevisto, com baixa capacidade de retenção de informações e comumente observada nas atividades diárias (PALACIOS, 2016, posição 44). Por seu turno, a atenção fundo da mente ou memória de longo prazo é de processamento gradual, cuja complexidade e quantidade de informações processadas são consideravelmente maiores, a qual terá maior qualidade informativa se o contexto de recuperação for semelhante ao de codificação⁹¹ (MATLIN, 2004, p. 80).

Primeiramente, o conflito deve ser definido. Embora a situação conflituosa possa circundar ou ser extraída a partir de evento potencialmente criminoso, sua gênese tende a estar localizada em situações pretéritas, sobretudo porque o crime é o desfecho e o exaurimento de uma sucessão de fatos e eventos que o antecederam. O conflito é o elemento propulsor da narrativa, que pode ser interno ou externo — pessoal ou transpessoal — e constitui a premissa pela qual a narrativa será desenvolvida. Sem conflito ou sem ação, não existe drama. A sua

⁹⁰ Esse tipo de memória não deixa traços ou armazena arquivos, apenas retém, por alguns segundos ou minutos as informações que estão sendo processadas. É, portanto, imediata (IZIQUIERDO, 2014, posição 28–29).

⁹¹ O grau de sugestionabilidade, entretanto, não pode conduzir a evocação da memória mediante dicas ou *priming*, fenômeno no qual a pessoa, a partir de alguns estímulos ambientais, é induzida a completar as informações faltantes (IZIQUIERDO, 2014, posição 38–40).

existência é intrínseca ao indivíduo, uma vez que a vida humana se desenvolve em uma seqüência constante de antagonismos e contradições. (COMPARATO, 2018, posição 94).

Uma narrativa, qualquer que seja ela, deve, primeiramente, ser resumida em uma única frase: a *longline*⁹². Por ser o resumo do roteiro, ela deve contar com três elementos principais: a descrição do protagonista em uma qualificação bem simples, seu objetivo dramático de forma reduzida e a identificação da força antagonista principal. Em seguida, deve-se elaborar a *storyline*⁹³, ou seja, o resumo – guia – representativo da estrutura dramática, complexa e extensa da narrativa, a partir do qual definir-se-á as informações e mensagens em termos de pertinência. Trata-se de selecionar o conflito-motriz da estrutura narrativa, através de três elementos principais da narrativa tradicional: a exposição (estágio inicial), o enredo (conflito) e o desenlace (resolução) (COMPARATO, 2018, posição 96–100).

O roteiro precede a narrativa. É construído como um documento narrativo, capaz de condensar e guiar a sucessão de eventos em sua completude, isto é, o roteiro deve possibilitar a construção completa de cada cena. A partir de uma ideia central — tese principal — o defensor, mediante sucessivas pesquisas, pode definir as subsidiárias e os elementos necessários para conferir concretude a ela, com a seleção do gênero adequado em função do público-alvo — auditório —, do tempo para o seu desenvolvimento e dos recursos financeiros, humanos e tecnológicos envolvidos na sua construção.

Entre os cinco elementos essenciais de uma narrativa — o enredo⁹⁴, os personagens, o cenário, a linha do tempo e a condição humana — o primeiro elemento é extremamente relevante para o caso penal, tendo em vista que a variação ordenada de eventos é diretamente proporcional a alternância de desfechos (MALAN, 2021b).

Em uma audiência criminal, seja ela de custódia ou destinada à instrução processual, prepondera a atenção associada a memória de curto prazo, cujos fatores de influência são o tempo de pronúncia e a similaridade semântica do discurso. Intervenções pontuais e manifestações diretas, possuem maior impacto sobre o momento deliberativo. De maneira similar, é essencial considerar o perfil do julgador, já que o significado das palavras utilizadas impacta diretamente na quantidade de informações a serem armazenadas. Isso é especialmente importante, tendo em vista que as pessoas tendem a ter mais dificuldade em

⁹² Resumo da narrativa em uma frase longa ou poucas frases.

⁹³ Síntese do roteiro, com no máximo 5 linhas, contendo o conflito principal da narrativa.

⁹⁴ Organização, sucessão ou encadeamento de fatos e atos que compõe uma narrativa, os quais delimitam e conduzem, no tempo e espaço, a ação dos personagens.

assimilar novas informações quando associadas com itens previamente aprendidos, cujos significados são semelhantes (MATLIN, 2004, p. 57–59).

Sem embargo, no momento decisório, os juízes sofrem a ação de condicionantes internas e também externas. Pelas primeiras, buscam conservar suas reputações, atender seus desejos e alcançar suas recompensas, e o fazem, sobretudo, no processo de interiorização das normas e modos do jogo processual. Já pelas últimas, as decisões são afetadas pelas expectativas depositadas em cada magistrado, variável em função do ambiente social, econômico e político, além de sofrerem influência da religião, dos costumes, além da classe a qual pertencem e o âmbito de jurisdição em que atuam (POSNER, 2011, p. 143–145).

Ao defensor, portanto, para além das teses preliminares e processuais, cabe a tarefa de elaborar uma narrativa capaz de contribuir para a defesa de seu patrocinado, considerando o ambiente de sua concepção e emissão. Como em qualquer outra profissão, a responsabilidade é inerente a função, assim como a autenticidade, honestidade, respeito à ética e aos valores próprios da profissão. Utilizar o *storytelling* como ferramenta para a construção do caso penal, significa selecionar, dentre todas as informações disponíveis, aquelas que possuem maior relevância, atendo-se aos fatores condicionantes do processo decisório, não significa admitir a criação de narrativas fantasiosas ou transpassar os deveres intrínsecos à profissão. Elaborar uma narrativa para conduzir o julgador ou o corpo de jurados a uma decisão favorável é admissível, desde que não os induza a erro.

Antes de adentrar aos aspectos próprios da construção de uma boa narrativa, é essencial ter em mente que: se a apresentação da narrativa deve ser formulada para conquistar a atenção do interlocutor, o encadeamento de eventos que a segue deve conseguir manter a atenção conquistada (CAMPOS, 2008, p. 223).

Em uma perspectiva ampliada, a construção da narrativa e do caso penal convergem em suas origens. Isso porque, a retórica clássica possui sete verbetes fundamentais à construção de um roteiro (*quis, quid, ubi, quando, cur, quibus auxiliis, quomodo*⁹⁵), os quais são estudados também por aqueles que se dedicam ao jornalismo e a cinematografia. O conjunto desses fatores (*loci*) são os sete lugares do pensamento com os quais deverá se ocupar o fabulador e, igualmente, o defensor no transcurso processual, para compor uma narrativa íntegra, coesa, sem lacunas informacionais (CAMPOS, 2008, p. 21–22).

Não basta, na construção do caso penal, identificar ou refutar a materialidade e autoria atribuída ao acusado e dar-se por satisfeito. É imprescindível que, independentemente de sua identificação como autor dos fatos, construa-se o perfil do investigado ou acusado,

⁹⁵ Quem, o quê, onde, quando, por quê, para quê e como (tradução nossa).

identificando-o por suas relações de proximidade, afastamento, características pessoais e sociais, para construir seu espelho informacional, a partir dos locais que frequenta e convive, assim como apontar traços básicos de sua personalidade, a transitoriedade maior ou menor em cada um dos espaços, situando-o no tempo, espaço e contexto social.

As inferências sobre os fatos (o quê), deverão abordar, detalhadamente, os incidentes ocorridos durante a narrativa que se tem em vista (re)produzir. Durante a investigação preliminar e o processo penal, discute-se e define-se a vida das pessoas envolvidas. Não significa dizer que, o acusador ou defensor, em suas manifestações escritas ou orais, deverá concentrar seus esforços cognitivos sobre a integralidade da história de vida daquele submetido ao poder de punir do Estado. Detalhar é preciso, mas avançar em fatos que, direta ou indiretamente, não possuem relação com a personalidade do acusado, com os motivos e circunstâncias do crime, poderá redundar em perda da captação cognitiva do julgador.

Aproximar o juiz ou o corpo de jurados do local onde os fatos ocorreram, é fundamental. Nesse liminar, conectam-se onde e como. Sublinha-se que não há, necessariamente, uma correlação lógica ou ainda uma relação de causa e efeito entre o local ou circunstâncias envolvidas no cenário, no qual as ações juridicamente relevantes se passaram e o encadeamento de ações que levaram a consumação do delito.

Nesse contexto, revela-se a importância do mecanismo da ancoragem. A partir da compreensão de que o investigado ou acusado se defende tanto dos fatos quanto da imputação que lhe é atribuída (CPP, art. 41), cabe às partes revelarem o contexto e a dinâmica do ocorrido, atentando-se para não revelar aquém ou além do previamente fixado, sem descuidar dos mecanismos próprios da pescaria probatória⁹⁶. Do exame contextual, em muitas oportunidades, é que se pode extrair a motivação da ação dita delituosa, indicador essencial de eventuais excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, ou mesmo causas especiais de diminuição de pena.

Primeiramente, deve-se ter como premissa que existem duas formas básicas para construir um roteiro. A primeira é criá-lo a partir de uma ideia central que se planeja transmitir e, subsequentemente, selecionar os personagens que possam se encaixar na narrativa a ser contada. De outra parte, o personagem poderá constituir o centro do roteiro e,

⁹⁶ Procura especulativa, 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. Trata-se de uma 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 (ROSA, 2021, p. 389-397).

nessa condição, moldará a sequência de fatos e atos a serem transmitidos (FIELD, 2001, p. 42).

A narrativa contada na ritualística processual penal — independentemente de sua forma básica —, deve se guiar do centro para as extremidades. Os fios condutores ou blocos narrativos devem partir do cerne da narrativa, objeto da narrativa, e precisam ser construídos através do imaginário daquele que os executa, balizados e conformados ao imaginário das pessoas as quais se destinam, onde adquiriram seu sentido completo. Existem diferenças substanciais entre um historiador e um dramaturgo. Para atuar no processo penal, faz-se imprescindível ambas as habilidades: correlacionar as inferências sobre os fatos e, em alguma medida, evidenciar outras possibilidades em relação à dinâmica, por exemplo, explorando as probabilidades, variadas formas pelas quais os fatos retratados no inquérito ou denúncia poderiam ter se dado (CAMPOS, 2008, p. 27).

Assim, por exemplo, se a tese defensiva principal reside na negativa de autoria do crime homicídio, considerando que o conjunto probatório não traz elementos aptos a apontar que o acusado estava no local dos fatos, na data e hora indicados pela denúncia, incumbirá ao defensor, por um lado, explorar esses elementos e construir uma narrativa razoável que os reúna a ponto de gerar a dúvida no conselho de sentença, e, por outro, oferecer terceira pessoa — ainda que não faça parte da relação processual estabelecida —, a quem também possa ser atribuída a ação delitiva.

Selecionada a forma fundamental do roteiro, passa-se ao estágio da construção do argumento ou sinopse. O significado desse termo difere daquele empregado pela argumentação jurídica. Em síntese, impõe ao defensor a construção do esboço central do roteiro, com o desenvolvimento da *storyline* na forma de texto, de maneira detalhada e dramática, o qual deve transmitir sentimentos, emoções e reviravoltas. Perfectibiliza-se com a apresentação dos personagens relevantes para o enredo. Finalizado o argumento, o passo seguinte é construir a sequência linear de eventos, consistente na estrutura do roteiro, contendo a síntese de cada evento e a respectiva ação/reação do personagem principal — depoimento das testemunhas, reconstrução dos fatos, interrogatório, debates orais, etc. — que auxiliará na definição da ordem e o ritmo mais adequado para as cenas (COMPARATO, 2018, posição 110–111).

Espaços e lacunas, no interior trama, de maneira geral, prejudicam a narrativa e retiram credibilidade do orador e dos personagens. As questões e conflitos levantados durante a narrativa do caso penal, além de relevantes, precisam ser solucionados, a fim de não deixar

vácuos narrativos⁹⁷ (FIELD, 2001, p. 62). Isso, contudo, não significa dizer que, o roteiro deva ser linear, porquanto espaços temporais podem ser preenchidos pelo próprio auditório ou julgador. Outrossim, o desfecho não, necessariamente, precisa ser exteriorizado, desde que os elementos fundamentais para o seu atingimento, pelo auditório, estejam presentes.

A seleção de dados e informações necessários a construção da narrativa deve ter como pressuposto aquela construída pela acusação, e poderá, conforme a disponibilidade de outros indicadores, ser ajustada. O final, é tão importante quanto o começo. No decurso da narrativa é que as estratégias, a metodologia e técnica da construção de discursos deve se fazer presente.

Nesse sentido, o roteiro, construído a partir do argumento e da escaleta⁹⁸, é a oportunidade na qual o defensor adiciona descrições e detalhes a narrativa, conectando os eventos, incluindo, entre outras, ponderações quanto a postura, vestimentas, expressões emotivas e tom — conjunto de características — comportamental. Uma vez confeccionado o roteiro, cabe submetê-lo ao escrutínio severo de outras pessoas dotadas de juízo crítico, preferencialmente, conviventes ou participantes do auditório/público para o qual a narrativa será apresentada, capazes de evidenciar as fragilidades, imprecisões e incorreções existentes.

Por certo, o encadeamento das partes constitutivas dos eventos deve ser estruturado de tal modo que, com a transposição ou a supressão de uma só parte, o todo seja modificado, pois, se tudo aquilo cuja ausência ou a presença nada produz na esfera perceptível dos interlocutores, não deve, igualmente, integrar o todo. Ao defensor, como ao poeta, não cabe a tarefa de dizer o que aconteceu — até porque essa é a função dos órgãos de investigação e persecução penal — mas sim, aquilo que possivelmente ocorreu, segundo os dados disponíveis (ARISTÓTELES, 2017, p. 95–97).

Escrever uma narrativa requer método, organização e estudo. Iniciar uma narrativa sem um desfecho definido – seja ele aberto⁹⁹ ou fechado¹⁰⁰ – é contraproducente, visto que a eficiência do roteiro será exígua e redundará em frustração ao invés de uma explosão emocional. A resolução precisa estar clara mesmo antes da confecção do roteiro da narrativa, ainda que os detalhes e especificidades não estejam, pois será ela o guia, o contexto e o ponto

⁹⁷ Para conferir adesividade e preencher os espaços vazios, o defensor não deve falsear ou formular hipóteses mirabolantes, mas sim, a partir das informações já disponíveis, necessita apresentar uma explicação coerente e amparada nos elementos colhidos, capaz de alcançar o objetivo pretendido.

⁹⁸ Denominada estrutura dramática. Trata-se da fragmentação do argumento em cenas, responsável por organizar a ordem e a sequência de apresentação/reprodução da cena (COMPARATO, 2018, posição 51).

⁹⁹ Cujos espaços da narrativa e as perguntas sem respostas aparentes são convites à participação do auditório e, simultaneamente, tendem a propiciar reconduções e rearranjos futuros da narrativa de acordo com o contexto e as necessidades.

¹⁰⁰ Quando o desfecho é conduzido e delimitado pelo narrador. Todos os elementos da trama adquirem forma e sentido definido.

de ancoragem de toda a construção. Finais e inícios se relacionam, já que o final de um capítulo também é o início do seguinte (FIELD, 2001, p. 56 e 60–61).

Oportunamente, a construção do roteiro pelo defensor deve considerar, ainda, — para além de produzir uma explicação verossímil e condizente com os elementos de prova produzidos — fatos capazes de provocar o reconhecimento, a reviravolta, ou ambos, os quais são mais efetivos quando contrariam a expectativa do público, em especial, se parecerem decorrer de um desígnio para além de um simples acaso ou consequência esperada dos eventos antecedentes. Ademais, há uma terceira possibilidade: a comoção emocional, na qual os fatos representam ações destrutivas ou dolorosas, como são os episódios violentos, as perdas inesperadas e as dores agonizantes (ARISTÓTELES, 2017, p. 103–109).

Os momentos iniciais são uma oportunidade única de causar uma boa impressão, atrair a atenção e estabelecer uma conexão com os interlocutores. Nesse estágio, o defensor, no início de sua fala — especialmente no Tribunal do Júri —, pode se utilizar de um sentimento, uma imagem, uma metáfora ou outro artifício lúdico capaz de oferecer ao julgador uma estrutura referencial, para que este possa desfrutar melhor da narrativa. Dito de outro modo, é a oportunidade de que dispõe o defensor para colocar o interlocutor em uma situação mental ideal, preparando-o para os próximos eventos (VOGLER, 2015, posição 136–137).

Além disso, é preciso averiguar, previamente, os arquétipos de cada um dos personagens que comporão a narrativa. Essa averiguação permitirá aferir se um personagem específico está desempenhando a contento o seu papel no decorrer da narrativa. A partir de uma noção biológica, arquétipos de um personagem consistem em expressões corporais que se conectam a compreensões internas de cada ser humano, possibilitando a experiência compartilhada da narrativa — adesividade e familiaridade discursiva¹⁰¹. Assim, o narrador deve selecionar personagens e relacionamentos que justificam a energia dos arquétipos para criar experiências e sentimentos reconhecíveis a todos, isto é, que permita o compartilhamento dos mesmos horizontes de sentidos. Isso implica na identificação, pelo narrador, das funções desempenhadas, temporariamente, pelos personagens destinadas a atingir certos efeitos no decorrer de uma narrativa (VOGLER, 2015, posição 60–61).

As escolhas variam entre o oculto e o revelado. É importante salientar que a ênfase da narrativa está intimamente ligada aos traços constitutivos do historiador e, conseqüentemente, irá traduzir diferentes narrativas focadas nos personagens, no cenário, ou

¹⁰¹ Entre as manifestações mais comuns e úteis dos arquétipos estão: o herói, o mentor, o guardião do limiar, o arauto, o camaleão, a sombra, o aliado e o pícaro (VOGLER, 2015, posição 63).

nas ações e conflitos existentes, considerando a disponibilidade de informações, os esforços a serem empreendidos e a conformidade com os objetivos pretendidos.

Admitida a pluralidade de fatores que influenciam e constituem o jogo processual penal, os jogadores devem escolher os seus métodos e técnicas, em especial, aquelas diretamente conectadas com a estrutura discursiva. Estruturar a narrativa, demanda uma seleção de eventos sobre a vida dos personagens que irão compô-la, constituída por uma sequência estratégica, com o desiderato de gerar emoções específicas (MCKEE, 2018, p. 45). Assim, qualquer evento, só o será, se produzir uma mudança no contexto, seja para reduzir o ritmo de uma audiência, seja para provocar uma reflexão por parte do julgador, através da familiaridade ou empatia.

Na construção do roteiro e da narrativa, o evento deve traduzir valores. Compreendidos enquanto qualidades universais da experiência humana, aptos a influenciar a narrativa positiva ou negativamente, estão os valores amor/ódio, lealdade/traição, certo/errado (MCKEE, 2018, p. 46). Isso porque, possuem a capacidade de modificar as circunstâncias em que um crime ocorreu, emprestar-lhe a motivação, ou justificar o seu cometimento. Da mesma forma, evidenciar os conflitos internos dos envolvidos, agregados a características de suas personalidades, modo de vida e convivência, poderão atrair significativamente a atenção do julgador, gerando sentimento de empatia e estabelecendo laços de familiaridade, podendo torná-lo mais receptivo a narrativa. Para construir um herói, a narrativa deve conseguir demonstrar um personagem/acusado que, apesar das inúmeras dificuldades e adversidades enfrentadas, realizou as melhores escolhas ou as únicas possíveis¹⁰².

Ao formular uma pergunta, além de aplicar a metodologia própria, o defensor, após a seleção dos objetivos, pode adotar, entre outras estratégias, a de capturar emocional e cognitivamente o julgador para um fato ou ato específico. Essa finalidade supera a simples exposição sobre os fatos, por permitir ao narrador conduzir e aproximar o julgador da narrativa, conferindo-lhe adesividade, além de evidenciar a motivação e as circunstâncias das atitudes adotadas pelo acusado, dando ênfase a um evento ou a uma sequência de eventos, na busca de um resultado relevante.

A esse sequencial de eventos, juridicamente relevantes, poder-se-ia atribuir a denominação de trama jurídica, compreendida como o fio condutor da narrativa, selecionado pelo narrador. Compete ao defensor, na condição de jogador processual, selecionar

¹⁰² Não é demais lembrar que heróis têm qualidades pelas quais são identificados e reconhecidos. Em geral, são estimulados por impulsos universais passíveis de aceção por todos, tais como: o desejo de ser amado, compreendido e bem-sucedido, de sobreviver, de ser livre, de se vingar, de consertar erros e injustiças ou de buscar a autoexpressão (VOGLER, 2015, posição 68).

ativamente os componentes da sua narrativa — série de eventos e elementos de informação — e distribuí-los em uma sequência cronológica, dirigida e parametrizada para cada um dos objetivos pretendidos e passíveis de se atingir.

Organizar os eventos a serem incluídos ou excluídos não significa traçar reviravoltas inacreditáveis, construir personagens bíblicos ou super-heróis (MCKEE, 2018, p. 55), mas sim que a seleção deve ser criteriosa o bastante para não desperdiçar elementos importantes e, simultaneamente, não dispersar o interlocutor com detalhes e circunstâncias irrelevantes. Defeitos, idiossincrasias e imperfeições humanizam e permitem que os interlocutores reconheçam um pouco de si no personagem (VOGLER, 2015, posição 72). Nesse contexto, a profluência adquire especial relevância, porquanto é responsável por estabelecer a relação causal e conferir a dinâmica progressiva aos eventos que compõe a trama.

Apesar da construção de narrativas admitir vasta variação, a escrita, em geral, se restringe a um triângulo de possibilidades. Em uma das suas extremidades está o arquitrama (design clássico), modalidade na qual a narrativa é construída em torno de um protagonista ativo. O enredo, componente do roteiro, é delineado continuamente, a partir de um antagonismo entre seus desejos e o mundo físico, instituições sociais e relacionamentos pessoais, conduzindo o interlocutor a um final fechado, com mudanças absolutas e irreversíveis, capazes de atribuir um desfecho à todas as suas emoções. Essa modelagem é oportuna para a abordagem de crimes passionais, a medida em que consegue traduzir melhor a realidade subjetiva do acusado e despertar maior aderência discursiva, sobretudo, quando associada a oralidade.

Derivado do design clássico, o minimalismo, também chamado minitrama, recorre aos mesmos elementos iniciais, mas, em seguida, os reduz, com finalidade de conferir especial ênfase a alguns trechos. A narrativa, nesse gênero, não necessita ser tão bem executada ou escrita, uma vez que busca a simplicidade e a economicidade, sem, contudo, renunciar a uma boa narrativa (MCKEE, 2018, p. 56). Trata-se de um gênero que pode ser empregado em condutas repetitivas e ordinárias do ambiente forense, como processos relacionados ao tráfico de drogas, crimes de trânsito, crimes patrimoniais — mesmo quando em concurso de agentes. Por externalizar um protagonista passivo, reativo ao mundo¹⁰³, ao contexto social e econômico, tende a se comunicar melhor com um final aberto, no qual

¹⁰³ Especialmente considerando que as motivações do crime, ordinariamente, estão relacionadas à obtenção de recursos materiais aptos a suprir deficiências patrimoniais e/ou estruturais presentes em seu ambiente de convivência.

muitas perguntas ficam sem respostas e a narrativa se revela incompleta, mas permite a complementação tardia e subjetiva do julgador.

Não menos importante e completando a tríade fundamental da estruturação de roteiros, está o antitrâma. A antiestrutura, como também é chamada, preserva o detalhamento clássico, mas promove sua inversão e contradiz a sua ordem. Nesse gênero, a realidade não necessita de consistência, a cronologia não precisa ser linear e as coincidências são as responsáveis por organizar as ações (MCKEE, 2018, p. 56). Pode ser empregada conjunta ou isoladamente como instrumento de inquirição, contraposição e aferição da credibilidade de um depoimento ou declaração. Ademais, possibilita que a defesa possa se antecipar as, potenciais, estratégias do Ministério Público, querelante ou assistente de acusação, identificando os elementos vulneráveis da sua própria narrativa.

Causalidades e coincidências devem ser cuidadosamente selecionadas e equilibradas. Ao construir a versão defensiva sobre os fatos, o advogado deve estabelecer quais fatos ou atos que, necessariamente, exigem uma explicação baseada em uma sequência de causa-efeito, diferenciando-os dos demais — os quais podem ser suplantados pela própria subjetividade do julgador —, incapazes de adicionarem informações relevantes a narrativa.

Arquitetura temporal¹⁰⁴ não pode ser confundida com cronologia linear dos eventos da narrativa¹⁰⁵. Com efeito, o advogado, em sua tarefa de reconstruir os eventos, deve fazer escolhas adequadas em relação ao compasso e ritmo da narrativa, utilizando, concomitantemente, elipses, retornos a eventos passados e saltos para futuros (MALAN, 2021b). A pretexto de criar a estrutura da narrativa, importa ao defensor adotar cuidados adicionais, já que a estrutura interna da narrativa não poderá estar amparada, fundamentalmente, em sucessivas coincidências ou em lacunas discursivas, pois os espaços vazios são frações importantes para a acusação retirar credibilidade da narrativa ou ainda preenchê-las com outras informações desabonadoras.

Portanto, o objetivo final da narrativa é, como já antecipado, a produção de emoções significativamente relevantes e capazes de produzir um desfecho favorável. Nessa dimensão, a lógica da narrativa, compreendida enquanto a sequência de eventos significativamente relevantes, precisa conduzir o julgador a essa conclusão. A trama deve ser construída a partir

¹⁰⁴ A sequência temporal da narrativa dramática poderá ser conformada de diferentes maneiras — linear ou não linear — desde que compatível com as mensagens e as emoções que se pretende transmitir e provocar no auditório.

¹⁰⁵ Denominada fábula — composição global dos acontecimentos —, a estrutura interna da narrativa deve ser verossímil e linear. Assim, por exemplo, em se tratando de um contexto no qual o acusado, supostamente, tenha ceifado a vida de sua esposa em razão de ciúmes, o defensor deverá, ao menos, apontar uma ou mais pessoas das quais o acusado sentia ciúmes, além de abordar o contexto situacional em que esse sentimento passou a existir ou era fomentado (ex.: em uma festa com amigos ou durante uma viagem ou passeio).

da conclusão pretendida, explicitando os interesses antagônicos, já que o auditório tende, frequentemente, a simpatizar com a parte mais fraca ou injustiçada (MALAN, 2021b).

Prevalece, no contexto judicial, o gênero dramático¹⁰⁶, representado, em muitas oportunidades, pelo melodrama. Caracterizado por temáticas envolvendo o triunfo da virtude moral sobre a vilania, esse gênero se utiliza da conhecida jornada de um protagonista herói que, simultaneamente, supera as adversidades internas e externas e combate seu antagonista e vilão. Em sua arquitetura historiográfica, o defensor deve construir, além de uma narrativa justa, um personagem humano e convivente o bastante, dotado de motivação psicológica coerente, integrado a uma trama estruturada, compatível com as características do personagem e do conflito (MEYER *apud* MALAN, 2021b).

Ocupar-se-á o defensor, em muitos casos, de uma situação intermediária, na qual o personagem principal, sem se distinguir tanto por suas virtudes ou pela justiça, chega a situações adversas por cometer um erro, e não em razão de sua maldade ou seus vícios. A reversão da narrativa, tido como o ponto de inflexão do investigado/acusado, deve decorrer da passagem da prosperidade à adversidade, porquanto esse modo de encadear os fatos guarda relações intrínsecas com as expectativas humanas, permitindo que a narrativa atinja seu potencial máximo, isto é, tenha a aptidão de gerar nos interlocutores o sentimento de compaixão e benevolência; do contrário, permanecerá a repugnância. Idealmente, para o sucesso da narrativa penal, o melhor enredo é aquele no qual o personagem principal, protagonista ou não, age sem ter conhecimento prévio de todos os fatos e informações, os quais tornar-se-ão conscientes, tão somente, no decurso das sucessivas ações (ARISTÓTELES, 2017, p. 111–123).

O primeiro passo, é, então, conhecer o final da narrativa (FIELD, 2001, p. 56), delimitar os objetivos pretendidos para, a partir deles, compreender a matéria envolvida no caso penal, com base nas heurísticas e vieses do auditório, do julgador e dos demais jogadores e intervenientes processuais. Sucessivamente, a partir dos fatos e elementos constantes na peça acusatória e produzidos anteriormente, classificando-os como favoráveis ou desfavoráveis ao acusado, é que se estabelecerá a ordem de relevância, com a constante aferição de riscos decorrentes. Admitir as circunstâncias desfavoráveis pode fortalecer a credibilidade da narrativa, além de estabilizar os seus potenciais efeitos nocivos. Ao longo da

¹⁰⁶ A predominância da estrutura dramática está intimamente relacionada com a formação cultural brasileira. É que, em decorrência da profusão histórica na rede nacional de televisão aberta das novelas e minisséries. Importa destacar que a relação do gênero dramático com o público não ocorre através da leitura e da audição, mas sim através da representação e ação dos personagens.

narrativa é possível, ainda, discutir um tema¹⁰⁷, capaz de provocar reações emotivas no auditório, a fim de demonstrar que a justiça do caso consiste na prolação de uma decisão benéfica ao acusado.

Sempre que um personagem é criado e anexado à narrativa penal, é habitual a atribuição de nuances de caráter. A externalização dessas características, dependem, entre outros fatores, da mensagem, do contexto, dos interlocutores e das emoções que se cogita transmitir. Equipara-se, assim, ao exercício de tentativa e erro, mantendo-se as características funcionais e descartando-se o restante (FIELD, 2001, p. 45).

À vista disso, existe um caráter ideal para cada gênero de personagem, extraído do lugar-comum socialmente construído, e, nesse plano, as ações representadas pelos personagens, ainda que incoerentes, necessitam ser incoerentes coerentemente. Outrossim, é preciso externalizar a semelhança aos interlocutores, responsável por acentuar o sentimento de empatia e humanidade, possibilitando que possam compartilhar dos sentimentos vivenciados pelo personagem, condições emotivas ideais para o desenvolvimento e sucesso da narrativa. Destarte, tanto na caracterização dos personagens quanto no encadeamento de fatos é preciso buscar o necessário e o verossímil, responsáveis por conduzirem as ações e omissões de cada personagem (ARISTÓTELES, 2017, p. 125–129).

Desenvolver progressivamente a narrativa é uma habilidade essencial. Encurtar e alongar o tempo da narrativa processual, dirigido ao desfecho pretendido, é requisito básico. Sua modelagem deve ser construída para manter a atenção do interlocutor, dispensando maior ou menor foco nos elementos que a constituem, para que o desenlace do enredo exsurja da própria sequência dos fatos e não pela intervenção de um fator externo — sem relação com a narrativa — ou então pela condução imprevista, inesperada, arbitrária e artificial (ARISTÓTELES, 2017, p. 129).

No contexto processual penal, seja para um longo lapso temporal — especialmente nos casos submetidos ao Tribunal do Júri ou nos quais as ações criminosas sejam constituídas de múltiplas etapas — seja uma narrativa que se desenvolve em um curto espaço de tempo — como ocorre em crimes patrimoniais ou ainda em situações que se destinam a representar fragmentos da vida dos personagens — a narrativa dramática é a que melhor se coaduna com o contexto e o ambiente situacional. A ênfase do narrador nos pontos de atenção da narrativa será, no entanto, a responsável por ditar a sua estrutura temporal e progressividade (CAMPOS, 2008, p. 211–212).

¹⁰⁷ Como o corporativismo policial ou ainda as injustiças epistêmicas operantes no sistema de justiça criminal, pela atribuição da maior relevância ao relato dos policiais, se comparada ao acusado/investigado e seus próximos.

Nada obstante isso, o ritmo e a gradação da narrativa devem se fazer presentes. Primeiramente, porque uma narrativa se demasiadamente rítmica provoca reverberações dissonantes e contraditórias, que prejudicam a compreensão do interlocutor, reduzindo a sua atenção. Em segundo lugar, a variação do ritmo evita que a narrativa se torne enfadonha e tediosa, incapaz de captar a cognição do ouvinte e, por conseguinte, de gerar adesividade à narrativa. Por último, a progressividade tende a evitar sobressaltos e afrontas à credibilidade do narrador, uma vez que este é responsável por atribuir diferentes intensidades às ações e ofertar um caminho gradual na evolução dos incidentes (CAMPOS, 2008, p. 218–219).

Por outro lado, se toda cena for um *clímax*¹⁰⁸, o *âmag*o da narrativa será rompido em tantas partes quanto forem as cenas. O *design* de uma narrativa não deve ser concebido como uma sucessão de emoções contrapostas por inúmeras razões, dentre as quais estão a fragmentação do enredo, o desprestígio dos personagens, o comprometimento da verossimilhança e a redução da credibilidade do narrador. Pausas, facilitam as transições e indicam o início e fim de um evento, preparando os receptores para as cenas que o sucederão. A essas oscilações entre resoluções — *clímax* — e relaxamentos — pausas — dá-se o nome de curva dramática, consistente na variação de intensidade da narrativa em relação ao tempo da narrativa, conectada, diretamente, ao desenvolvimento do personagem principal.

Enredos bem estruturados podem ter vários pontos de partida, e, de igual forma, outros tantos locais de conclusão, desde que, em qualquer caso, a escolha contribua para situar o auditório no contexto da narrativa ou então colabore para o desfecho desejado¹⁰⁹. A dimensão da assertividade da narrativa não é, exclusivamente, representada por sua organização, mas reside também em uma dimensão não casual, razão pela qual, durante a sua construção e execução, o narrador deve conferir o tempo necessário a cada um dos elementos que a compõe. Se demasiadamente efêmero, conduzirá a imperceptibilidade dos interlocutores; já se excessivamente prolongado, a observação de sua inteireza ficará prejudicada (ARISTÓTELES, 2017, p. 91).

Assim, se o interesse do julgador demandar a complicação dos incidentes, a revisitação de fatos pretéritos àqueles sob análise judiciária, a intensificação dos eventos e a

¹⁰⁸ Designados como pontos altos da narrativa, muitas vezes são compreendidos, também, como cenas obrigatórias nas quais há reviravoltas, encontros e outras variações produzidas pelo conflito de forças dramáticas, em que se faz presente, ao menos, uma prenúncia de solução.

¹⁰⁹ Não é incomum que, no gênero dramático, os escritores se utilizem da técnica “*in medias res*” (no meio dos acontecimentos – tradução nossa), pela qual a narrativa não parte do início temporal da ação, mas sim de um termo médio do seu desenvolvimento. Nesse caso, as omissões do início da narrativa são retomadas mais tarde através de analepses ou do flash-back, com a interrupção da cronologia por eventos passados, apresentados em retrospectiva, sem que, pela sequência não-linear dos eventos, a narrativa perca credibilidade ou verossimilhança.

aceleração do ritmo da narrativa, incumbe ao defensor estabelecer pausas entre as múltiplas transições para possibilitar aos ouvintes iguais períodos de relaxamento cognitivo. Dramaturgos e roteiristas adotam essa estratégia, ordinariamente, nos momentos que antecedem o *clímax*, para que quando as forças dramáticas se opuserem, a rítmica e os efeitos do evento possam ser, então, potencializados (CAMPOS, 2008, p. 224).

4.5 A ARTE DE FAZER PERGUNTAS

Definida a estratégia e confeccionado o projeto da narrativa processual penal, caberá ao defensor selecionar, então, as ferramentas convenientes para atingir os resultados pretendidos, não sem antes contar com um conhecimento aprofundado da legislação, da jurisprudência e da dogmática penal. Para a seleção e bom desenvolvimento das estratégias processuais defensivas, o conhecimento das regras do jogo é imprescindível, visto que são condições de possibilidade e, simultaneamente, pressupostos normativos para a obtenção de um resultado favorável ao constituinte.

Componente importante da inquirição, a arte de fazer perguntas é essencial para assegurar o bom desenvolvimento do roteiro, tendo em vista que ainda na investigação preliminar, a oitiva de pessoas constitui importante método investigativo à disposição da autoridade policial¹¹⁰. Sendo facultado a defesa acompanhar os atos investigativos¹¹¹, e estando ela presente nos depoimentos em sede policial ou durante a audiência de custódia, deverá se utilizar de técnicas próprias para a formulação de questionamentos aptos a garantir, nesse estágio inicial, o estado de liberdade do investigado/acusado.

Ordinariamente, nas audiências e oitivas realizadas no âmbito do processo penal, a obtenção de respostas errôneas está relacionada com a formulação, igualmente equivocada, tanto da pergunta imediatamente anterior, quanto do conjunto de questionamentos que lhe antecederam.

Nos mais diversos campos da atividade comunicacional humana, obter uma resposta determinada em conjunto de respostas possíveis não depende, tão somente, da sinceridade, do

¹¹⁰ O artigo 6º do Código de Processo Penal, prescreve que a autoridade policial deverá, logo após tomar conhecimento da prática da infração penal, entre outras providências: “[...] III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; e VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações” (BRASIL, 1941).

¹¹¹ Segundo a súmula n. 14 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, 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.

complexo de informações ou ainda dos conhecimentos da pessoa submetida ao questionamento, mas, principalmente, do modo com que se realiza o questionamento e o contexto que o cerca (CAROFIGLIO, 2010, p. 25).

Nada obstante isso, a inferência de que um depoente está falando a verdade é constituída por dois componentes: i) a inferência de que o discurso externalizado é aquele porque ela própria acredita que os acontecimentos ocorreram daquela forma e naquela ordem; e ii) infere-se que a testemunha acredita no que diz porque teria ela testemunhado a situação tal como descreveu. Logo, a conclusão sobre a veracidade de um testemunho está baseada, também, na assertiva de que essa é a conclusão mais plausível. O nível de confiança pode ser reduzido, por exemplo, se o interlocutor acreditar que existe outra explicação possível para aquele testemunho (HARMAN, 2018, p. 326).

Se o objetivo substancial do processo penal é alcançar a melhor resposta possível, a prova testemunhal carece de algumas balizas para conformá-la a esse fim, através do controle dos vetores relacionados à parcialidade, coerência e integridade. Testemunhos são enunciados relacionados a acontecimentos, externalizados pela predicação, a qual permite acessar a especificidade das enunciações. Por sua vez, a predicação pode ser segmentada em dois juízos: o analítico¹¹² — contido implicitamente no conceito do sujeito, baseado em uma convenção compartilhada por significativa quantidade de indivíduos¹¹³ — e o sintético¹¹⁴ — que designa ao sujeito um novo atributo, em decorrência da síntese de dados da experiência (EDINGER, 2014, p. 10).

Um juízo analítico é alterado e se torna sintético quando, por exemplo, são adicionados alguns predicados ou complementos aos enunciados. Assim, a alternância entre as predicações ocorre durante a enunciação e a composição do discurso — construção da narrativa — pelos jogadores processuais, razão pela qual se evidencia, uma vez mais, a importância de um contraditório efetivo — sobretudo pela utilização do exame cruzado/contrainterrogatório —, com a participação efetiva das partes na construção da decisão penal.

Destarte, entre as principais preocupações do defensor, no uso da palavra — escrita ou falada — ao longo de todo jogo processual penal deve ser a de tornar presente e oferecer à

¹¹² Immanuel Kant compreendia por analíticos (juízos *a priori*) os juízos do tipo “*todos os objetos materiais estão no espaço*” ou “*todo evento tem uma causa*”, porquanto essas proposições não poderiam ser inferidas a partir da experiência (PEIRCE, 2017, p. 153).

¹¹³ Quando o Ministério Público pergunta à testemunha de um roubo se ela avistou o assaltante, a pergunta é composta por duas condições indiscutíveis, quais sejam, ocorreu um roubo e existe um assaltante.

¹¹⁴ Já nesse caso, a pergunta anterior poderá ser repetida pelo Ministério Público acrescentando as características alto/baixo, olhos azuis/castanhos, compleição física, etc.

consciência do julgador ou corpo de jurados, apenas, por meio de suas intervenções, o que efetivamente estiver ausente e que for relevante para a construção da narrativa processual penal, sob pena de perder o controle da narrativa processual, atrair riscos e ônus demasiados, além de sucumbir à estratégia adversária (PERELMAN; OLBRECTHS-TYTECA, 1996, p. 133).

Para esse propósito, o primeiro passo é compreender como se estabelecem as relações entre o ambiente comunicativo e a realidade. O cenário jurídico processual brasileiro evidencia, cotidianamente, a importância e a relevância da prova testemunhal para a construção da narrativa processual acusatória e, simultaneamente, adota esse mesmo meio de prova como o principal para externalizar a hipótese defensiva. Contudo, a cultura da oralidade não foi completamente implementada, mesmo após a edição da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que visa instituir o sistema penal acusatório¹¹⁵.

A audiência criminal, é hoje, o núcleo do processo penal brasileiro. Nesse contexto, o incremento da cultura oral tende a propiciar uma amplitude e um aprofundamento/conhecimento na exposição dos fatos que permite a redução de tomada de decisões precipitadas/equivocadas, à medida que potencializa a formação do convencimento em contraditório (LOPES JUNIOR; MINAGÉ, 2020), pelo exercício do exame cruzado, conhecido pela doutrina americana como *cross examination*.

Por conseguinte, a arte de fazer perguntas é parte integrante da construção de uma boa narrativa processual penal e, para ser efetiva, demanda do defensor a compreensão e o desenvolvimento acentuado da habilidade do exame cruzado. A utilização dessa técnica, todavia, está condicionada ao comportamento da parte contrária. Sua implementação deve se fazer presente, somente, se ao proceder o interrogatório direto, surgirem elementos capazes de favorecer a estratégia defensiva e, preenchido esse pressuposto, houver a possibilidade de enfraquecer ou invalidar seu conteúdo. Se essas condições não estiverem presentes, a atitude prudente é abdicar de sua realização (CAROFIGLIO, 2010, p. 30).

Sendo oportuno prosseguir, é preciso identificar os indicadores contextuais nos quais o depoente está inserido, tais como: i) a sua presença no contexto das ações potencialmente delituosas, a maneira pela qual captou os elementos informacionais — audição, tato, visão, etc. — e sua respectiva extensão perceptiva — integral ou parcial; ii) o conteúdo de suas declarações anteriores em termos de complexidade e detalhamento — informações relevantes —, assim como a coerência e plausibilidade (inferência à melhor explicação) de seus relatos;

¹¹⁵ “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 1941).

iii) a existência de elementos discursivos relacionados a sua área de formação/conhecimento e suas respectivas (in)validades; e iv) a existência de influências externas e a complementação posterior de informações, pelo relato de agentes externos — policiais, investigadores, outros depoentes, mídia, promotor, etc.

Além disso, se o exame cruzado tem como principal função a extração de informações necessárias para o julgador decidir a causa favoravelmente ao cliente, cabe ao defensor avaliar, ainda: i) qual é o objetivo do exame cruzado de cada depoente; (ii) qual sua influência para a construção da estratégia defensiva; e iii) quais as ferramentas e os recursos, inclusive tecnológicos — realidade expandida, infográficos, vídeos, fotografias, documentos, planta baixa, mapas, etc. — , são necessários para satisfazer os objetivos pretendidos (MALAN, 2020a). Dito de outro modo, definir-se-ão os objetivos preteridos com a oitiva — confirmar, negar, refutar ou confundir —, para, em seguida, selecionar as estratégias apropriadas — perguntas abertas, fechadas, reflexivas¹¹⁶, sugestivas¹¹⁷ ou capciosas¹¹⁸.

Ato contínuo, o defensor deve construir uma árvore de perguntas sem, entretanto, se limitar a reproduzir um roteiro pré-definido. Os variados ramos que compõe a árvore deverão ser construídos, previamente, com base nos objetivos pretendidos com a inquirição, já tendo em conta o exame direto, a personalidade, o temor reverencial do depoente perante o magistrado e o grau de comprometimento com a hipótese acusatória. O caminho a ser seguido, dependerá, portanto, do contexto e da mensuração, pelo defensor, da estratégia mais adequada à cada contexto.

Algumas ponderações, todavia, são necessárias: i) evitar perguntas sobre as quais não possa antever a resposta, atentando-se para o viés do excesso de confiança; ii) esquivar-se de perguntas arriscadas e ambíguas capazes de enfraquecer sua narrativa ou oferecer outros elementos comprometedores da conduta de seu constituinte e, caso realize, prepare um contragolpe, pois o silêncio ou a inação reforçaram seu caráter negativo; iii) alcançado o objetivo, deve o defensor cessar os questionamentos, ainda que complementares, a fim de valorizar os avanços obtidos; iv) não apostar em perguntas infalíveis, pois o risco de danos em ricochete é exponencial; e v) em hipótese alguma antecipar o juízo de valor sobre o testemunho, essa é tarefa do julgador; nas razões finais, o defensor terá a oportunidade de refletir sobre a sua pertinência.

¹¹⁶ Impõe ao depoente a reflexão sobre determinado assunto ou informação apresentada em momento precedente, ou então o faz refletir sobre os pretensos motivos pelos quais um fato (não) aconteceu.

¹¹⁷ Orienta, de modo perspicaz e sutil, a testemunha a fornecer uma resposta alinhada com a opinião do formulador.

¹¹⁸ Aquela que supõe algo sobre a testemunha, e, em função disso, a força a dar uma resposta sobre fatos ou informações com as quais não concorda, ou desconhece.

Superada essa fase preliminar, na qual se avalia a conveniência e oportunidade, deve-se conformar a realização do contrainterrogatório — exame cruzado —, a teoria do caso penal e a narrativa. Entre os objetivos fundamentais do exame cruzado, estão: (i) a obtenção de declarações testemunhais que corroboram a teoria do caso da defesa; (ii) a identificação das fragilidades das declarações — credibilidade do testemunho —, as imprecisões dos dados relatados ou a existência de viés confirmatório da hipótese acusatória; e (iii) a inserção de novos elementos capazes de favorecer a obtenção de uma decisão juridicamente favorável ao investigado ou acusado (MALAN, 2020a).

4.5.1 Tipologia e adequação

Primeiramente, é elementar conhecer, antes de tudo, a personalidade da testemunha — linguagem utilizada; expressões corporais; forma com que responde às perguntas durante o exame direto; antecedentes; vínculos institucionais/profissionais; vida social; — e a impressão que provoca no julgador. Sucessivamente, é preciso definir o efeito probatório pretendido e passível de alcançar com o contraexame, além de considerar o efeito psicológico produzido nos julgadores, derivado da modalidade e objetivos selecionados, especialmente se o órgão for composto também por juízes leigos (CAROFIGLIO, 2010, p. 35–37).

Considerando o impacto psicológico, deve o defensor estabelecer uma comunicação respeitosa, sem realizar perguntas que vão de encontro à pessoa submetida a inquirição, sobretudo, se esta estiver comprometida com a narrativa acusatória ou se colocar na posição de exercer a defesa de sua classe. Isso não significa dizer, entretanto, que a existência de antecedentes criminais ou incidentes disciplinares não possam ser utilizados para evidenciar o seu baixo grau de fiabilidade.

Muito embora constitua exceção no cotidiano forense, a primeira situação em que se revela a utilidade do contraexame é a existência de um testemunho, deliberadamente, falso. Não se enquadram, nesse cenário, os testemunhos imprecisos ou que contenham meias-verdades, cuja crença do declarante é de que está prestando informações corretas, para os quais a abordagem necessita de ajustes e será melhor delineada na sequência.

Desse modo, ao promover o contraexame de um testemunho desfavorável, ao defensor caberá: i) limitar os efeitos negativos derivados do exame direto, com a contenção dos danos provocados, apontando a imprecisão ou a imprestabilidade das informações fornecidas para embasar um veredito; ii) atacar a fiabilidade do testemunho, buscando evidenciar que a testemunha não merece nenhuma credibilidade e, havendo indícios

suficientes, apontar potenciais informações falsas; e iii) combater o núcleo das declarações prestadas, apontando os equívocos e omissões com o objetivo fragilizar o relato, na busca de sustar ou invalidar seu conteúdo (CAROFIGLIO, 2010, p. 41–42).

Complementarmente, pode o defensor, ainda, formular perguntas em uma lógica não linear, utilizando-se de saltos temporais, intercalações temáticas ou subtemáticas, alternância entre perguntas pertinentes de caráter pessoal, profissional e específicas do caso penal, para sobrepor relatos mutuamente excludentes e contraditórios sobre os fatos submetidos a julgamento. Afinal, quando há interesses na condenação ou absolvição, a manipulação dos eventos relevantes para a hipótese que se planeja confirmar é esperada.

Já para os casos em que, em um mesmo testemunho, haja verdade como correspondência¹¹⁹ e, também, preenchimento de lacunas ou meias-verdades, a abordagem demandará maiores cautelas. É que esses casos exigem um equilíbrio dinâmico entre a eficácia da inquirição e a obrigação de atuar com respeito diante de um testemunho que, mesmo tendo externalizado informações dissociadas da realidade, não detinha a intenção de falsear.

Nesse particular, durante o exame cruzado, o ambiente deve inspirar confiança, com uma aproximação amistosa e permeado de frases tranquilizadoras, na busca do maior grau de sinceridade nas respostas. Evitar a utilização de falas agressivas, jocosas ou intimidatórias não é, apenas, útil para alcançar os resultados pré-definidos, mas também é condizente a conduta profissional esperada, aos padrões de respeito e ética. Abordagens iniciais carregadas de emoção — raiva, angústia, revolta, desespero, etc. —, tendem a causar repulsa instantânea nos julgadores, raramente superada pelo decorrer da fala, além de apontarem para uma estratégia desesperada para impedir a derrota.

Para desconstruir o relato, o contraexame deve apontar a falta de coesão discursiva do testemunho, ao qual não se pode acreditar, ou então que é imprestável para sustentar qualquer hipótese processual, porquanto fração dos elementos narrativos é inválida. Supondo que o objetivo defensivo seja comprovar que o reconhecimento fotográfico é deficitário, a sequência de perguntas deve circundar essa hipótese central, sem descurar, todavia, da possibilidade de ter havido uma transferência inconsciente de memória ao se proceder o

¹¹⁹ O conceito jurídico de verdade como correspondência foi proposto por Alfred Tarski em 1972, segundo o qual a verdade de uma oração poderia ser definida pelo seu grau de correspondência com a realidade (TARSKI, 1972, p. 12–15). É utilizado, também, entre outros doutrinadores, por Michele Taruffo e Ferrer-Beltrán, para os quais a congruência dos atos com a realidade é que determinará a verdade. Portanto, um dos fins essenciais do processo é a busca da verdade sobre os atos (fatos condicionantes) como condição necessária para a correta aplicação da lei na decisão do caso — vinculação de consequências jurídicas —, formulando uma decisão juridicamente correta (FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 45–46).

reconhecimento, na qual as lacunas foram preenchidas por memórias mais recentes ou mais facilmente recuperadas (CAROFIGLIO, 2010, p. 60–63).

4.5.2 Perguntas sugestivas: fiabilidade e contraditório

Primeiramente, é preciso salientar que o objetivo precípua da produção probatória é produzir uma narrativa preponderante, dada a impossibilidade de se alcançar a reprodução absoluta de fatos pretéritos, de modo que os limites narrativos do jogo processual residem, fundamentalmente, no controle epistêmico e nos critérios de inadmissibilidade das provas, capazes de assegurar o desenvolvimento de um processo justo, dotado do menor percentual de erros judiciais possíveis.

Em termos de sugestibilidade responsiva, pode-se dizer que sua importância adquire especial relevância, para aferir a fiabilidade, nos casos em que o testemunho é hostil, isto é, quando a testemunha que está comprometida com a parte pela qual foi arrolada e, nessa condição, suas declarações serão voltadas ao comprometimento da parte adversária. Tendo em vista esse comprometimento prévio, o contrainterrogatório adquire condicionantes especiais, seja de caráter operativo, seja do ponto de vista funcional (CAROFIGLIO, 2010, p. 147).

Testemunhas, quaisquer que sejam elas, possuem interesses mediatos ou imediatos nos fatos postos sob apreciação judicial, motivo pelo qual não podem ser consideradas isentas ou imparciais, especialmente, porque a fiabilidade ou confiança do relato é — em maior ou menor grau — um subproduto inevitável do processo cognitivo (EDINGER, 2014, p. 12). Denota-se, pois, que a plausibilidade do relato não é o único elemento de persuasão a disposição do defensor. Isso porque, a utilização de perguntas dirigidas a sugestibilidade do testemunho podem servir, tanto como tática defensiva para desnudar o comprometimento de uma determinada testemunha comprometida com a estratégia adversária, quanto como uma tática ofensiva para implementar as suas próprias, extraindo do depoimento os fatos relevantes que reforçam a construção historiográfica defensiva.

Contestar as declarações prestadas muitas vezes é insuficiente para revelar a atitude hostil da testemunha, ou mesmo esclarecer as circunstâncias que comprometeram a autenticidade das declarações prestadas. Para exhibir o comprometimento objetivo ou subjetivo do testemunho, o contraexame deve abordar, também, perguntas não diretamente relacionadas com os fatos sobre apreciação, como, por exemplo, nos casos de agentes de segurança pública, sobre métodos e a contumácia da abordagem, com vistas a obter, progressivamente, informações relevantes capazes de infirmar o discurso pré-concebido pela testemunha. Outra

técnica, é desenvolver as mudanças ocorridas nas declarações prestadas no início do procedimento investigativo e em juízo, pela sobreposição e comparação de trechos (CAROFIGLIO, 2010, p. 158–159).

Elaborar perguntas sugestivas é, por conseguinte, uma atividade de risco, cujo emprego deve ser examinado pelos critérios impacto/resultado. Realizada uma pergunta sugestiva, as reações podem ser diversas. Algumas testemunhas responderão afirmativamente por leviandade — para serem dispensadas mais depressa — outras por timidez e embaraço — porquanto pressupõe que o perquiridor já tem conhecimento sobre os fatos que está indagando, considerando a especificidade da pergunta. Há, ainda, aquelas testemunhas que assentem com a sugestão por terem esquecido — parcial ou totalmente — dos fatos ou circunstâncias para se verem livres da inquirição, ou tendo interesse em dissimular certos acontecimentos ou fatores, se utilizam das perguntas sugestivas (MITTERMAIER, 1917, p. 434).

4.6 A INDESPENSÁVEL GESTÃO DA NARRATIVA

Nos processos judiciais, a tutela de situações jurídicas gera posições de defesa, com constantes e potenciais ameaças, representadas por esporádicos, intermitentes ou constantes ataques, dotados de maior ou menor efetividade, conforme a reação do titular do direito, a eficácia do sistema jurídico e a capacidade da máquina judiciária. Consequentemente, a constituição, a manutenção, a modificação e a extinção de situações jurídicas são um constante equilíbrio de forças e uma análise da conveniência e oportunidade, a partir do contexto e dos objetivos pretendidos (ABREU, 1999, p. 71).

Adotar uma modelagem sistêmica¹²⁰ para o desenvolvimento e condução do roteiro processual penal, com a utilização de técnicas próprias da construção de narrativas, incluindo metodologias específicas de gestão e análise de projetos, oportunizará que a defesa técnica mensure continuamente os riscos, com a aferição das probabilidades e identificação dos pontos fracos e fortes, em um cenário permeado pelas incertezas, em que os detalhes, ainda que mínimos, possuem impactos significativos na condução do caso e influenciam, direta ou indiretamente, na decisão penal.

¹²⁰ Capaz de incorporar um espectro mais amplo de fatores a serem considerados, como: psicológicos dos atores e intervenientes processuais (peritos, auxiliares da justiça, serventuários, etc.), contextuais/ambientais (ambiente de convivência e tomada de decisão, local do crime e do julgamento, cultura local, a maleabilidade dos costumes, motivação social, etc.), normativos (legislação, jurisprudência, doutrina), políticos (política governamental de incentivo negativo ou positivo) e organizacionais (estrutura punitiva estatal).

Nada obstante, é indeterminável a gama de fatores e predileções atuantes na decisão judicial. Cada significante, individual ou coletivamente, pode alterar tudo, como o bater de asas de uma borboleta, todo evento tem a potencialidade de gerar resultados imprevisíveis. A inexistência de conhecimento direto sobre os fatos, transforma a narrativa penal, inequivocamente, em um ato de construção de narrativas acerca de um evento passado, mediante as informações disponíveis. Estratégias e métodos são utilizados de parte a parte (ROSA, 2014).

Consequentemente, a obtenção de uma decisão penal favorável está adstrita: i) ao suporte teórico pré-existente; ii) aos dados e as informações representativos do contexto no qual o caso penal está inserido e a narrativa se desenvolverá; iii) às habilidades de raciocínio — estratégias e táticas; iv) ao controle emocional do defensor; e v) à construção e execução adequada da narrativa. Do contrário, o defensor acaba por aderir a um cenário incontrolável e imprevisível de jogo, gerenciado pelos demais participantes e condicionado ao casuísmo. De outra parte, uma vez perdida ou desperdiçada a oportunidade de agir restará ao defensor, apenas, o espírito da escada — sentimento de arrependimento, fracasso e inquietude por não elaborar planos de ação, dimensionado o cenário e optado por escolhas informadas (ROSA, 2022a).

Desse modo, é preciso institucionalizar e ampliar as possibilidades de participação da defesa técnica — além de disseminar o exercício dessa prática —, desde a gênese do procedimento investigatório, sobretudo, pelo emprego de técnicas próprias de construção de roteiros, adstritas a mensuração e mapeamento dos riscos existentes, potenciais e ocultos, afiguram-se medidas assecuratórias, essenciais ao desenvolvimento de um processo justo, atendendo-se a boa-fé e aos princípios da ampla defesa e do contraditório efetivo.

Mapear o cenário e contexto no qual se desenvolverá o jogo processual, na busca de uma posição vantajosa, é conduta necessária, mas insuficiente para o sucesso da estratégia defensiva a longo prazo. A menos que o defensor possa contar com a inépcia ou a inércia dos demais jogadores, sobretudo, dos órgãos persecutórios, deve ele reconhecer que, concomitantemente, seus opositores (em sentido amplo) também buscam implementar seus objetivos, os quais irão gerar impactos significativos nas estratégias adotadas inicialmente (GHEMAWAT, 2007, p. 86).

Consequentemente, as interações ocorridas entre os atores e personagens, afetam diretamente a dinâmica do jogo. Por esse motivo, o desenvolvimento estratégico da narrativa penal carece de uma antecipação das interações com os participantes, em especial, com as partes que detêm interesses antagônicos, com o desiderato de identificar, precocemente, quais

as mudanças nas estratégias e nas ações, os demais intervenientes poderão realizar no decorrer do caso penal.

Ignorar os movimentos dos demais jogadores, não é a resposta. Usualmente, jogadores possuem objetivos distintos entre si e, por essa mesma razão, não se mantêm inertes. Mostra-se mais aconselhável, então, a utilização de técnicas capazes de antecipar eventuais interações que ocorrerão no decorrer do jogo, pois, ainda que dotadas de falhas, tendem a conduzir o defensor a uma resposta mais satisfatória frente as diversas situações que poderá vivenciar (GHEMAWAT, 2007, p. 87).

Entretanto, adotar a antecipação de dinâmicas competitivas não implica na reprodução, imoderada, dos mais diversos cenários possíveis e, nem mesmo, em seu íntegro mapeamento, mesmo porque esses não são os objetivos precípuos da competição. As variáveis de um processo judicial são infundáveis e podem afetar tanto as pretensões quanto a dignidade dos interessados. Dominá-las, por completo, é impossível, porquanto, além dos fatores objetivamente imprevisíveis ou de difícil projeção, a presença de componentes subjetivos nas ações e compreensões sobre a dinâmica é inafastável (ABREU, 1999, p. 80).

Para a implementação de estratégias no contexto do jogo processual penal, é fundamental utilizar ferramentas analíticas capazes de gerar um plano de ação adequado a singularidade do caso penal, composta por sínteses, diagramas, etapas, árvores de decisão e de perguntas, núcleos de debate, mapeamento dos riscos potenciais e lista de tarefas para cada evento da narrativa. As ferramentas analíticas permitem a aceção consciente do jogador sobre as ações, a partir das quais adotará planos de ação, contrapondo-se a prática de atos perversos, inúteis, impensados, negligentes, inadequados ou inócuos (ABREU, 1999, p. 81).

Essa planificação parcial¹²¹ da partida, exige quatro componentes básicos: i) a definição da imputação (acusação) e das teses defensivas, a partir dos dados coletados no pré-jogo — investigações preliminares, inquérito policial, mandados de busca e apreensão, quebras de sigilo telefônico e/ou telemático, mandados de prisão, colaborações premiadas, depoimentos de testemunhas, declarações da vítima, reconhecimento fotográfico, interrogatório dos investigados e relatório das investigações —, pelos quais serão fixados, a princípio, os limites do jogo processual; ii) a verificação dos pontos fortes e frágeis (déficits de informações), perfis dos jogadores e do julgador — expectativas de comportamento, inclinações teóricas, estratégias e decisões anteriores —, levantamento da jurisprudência sobre a matéria, fatores internos (crenças, preferências e recompensas) e externos (mídia,

¹²¹ Considerando que sempre existe uma dimensão oculta de variáveis e fatores capazes de redirecionar os rumos da narrativa e influenciar na tomada de decisão sobre o caso penal.

contatos) e antecipação dos possíveis cenários de jogo; iii) a elaboração de um modelo representativo do jogo — planilha, diagrama, árvores de possibilidades, etc. — para antecipar os subjogos, as dinâmicas dependentes, os desdobramentos e os desfechos possíveis; medição do tempo da partida e eficiência das medidas implementadas; e iv) a reavaliação constante das dinâmicas do jogo, com a medição da eficiência das táticas; revisão das estratégias e realinhamento das jogadas e movimentos, diante de alterações no contexto ou dos comportamentos dos demais jogadores e do julgador (ROSA, 2020, p. 244).

Entre poucos participantes, a efetividade dessa dinâmica é maior, pois o número de informações e cenários é, significativamente, reduzido. Essa circunstância permite a utilização de informações mais precisas sobre eventuais ações futuras dos jogadores, de maneira a prevenir os movimentos que possam afetar, negativamente, os interesses defensivos e, simultaneamente, promover aqueles que irão favorecê-los. Adotar essa dinâmica, requer a capacidade do defensor de migrar para a posição do seu opositor ou do julgador, para além de visualizar a dinâmica processual, exclusivamente, a partir da sua perspectiva. Para administrar as dinâmicas interacionais, existem duas formas básicas e complementares entre si: a teoria dos jogos e a construção do perfil dos jogadores (GHEMAWAT, 2007, p. 87).

A primeira se utiliza da análise econômica do direito, direcionando seu foco aos incentivos (positivos ou negativos) atuantes durante o jogo processual, apontando possíveis condutas e hipóteses razoáveis que os jogadores deveriam assumir em um determinado contexto de ação. Por seu turno, a análise do perfil dos jogadores adota uma perspectiva comportamental, através da qual visa identificar as predisposições e inclinações — a partir dos desejos e crenças de cada jogador, assim como de seus comportamentos anteriores em situações análogas —, que incidem sobre o plano de ação a ser executado. Empregar ambas permite, ao defensor, identificar as possibilidades de êxito, mas, principalmente, circunscrever as dinâmicas sob as quais não é viável investir tempo e energia e, por outro lado, reconhecer, diante de indicadores situacionais, a inviabilidade do jogo.

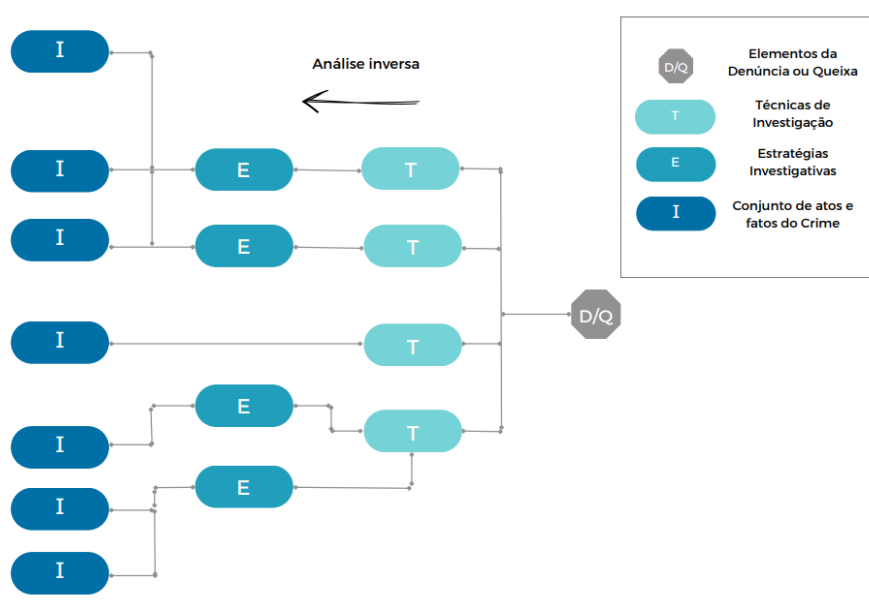
Em jogos não cooperativos ou dinâmicos, como o jogo processual penal, afastar a compreensão de que cada jogador responde da melhor maneira às ações que espera que sejam tomadas pelos demais jogadores, é de extrema relevância para a fixação das estratégias e eleição das táticas. Essa dinâmica de equilíbrio, desenvolvida para jogos simples, conhecida como equilíbrio de Nash pressupõe que: i) cada jogador tenha, a todo momento, todas as informações para decidir sobre as próximas jogadas; ii) as jogadas são implementadas alternativa ou simultaneamente pelos os jogadores; iii) não há a intervenção de elementos de

azar; e iv) toda partida é finalizada após um número finito de jogadas, com a vitória de um dos jogadores (ROSA, 2020, p. 293).

Ordinariamente, a tomada de decisões estratégicas ocorre no decorrer de um processo, e não abruptamente. Desse modo, a teoria dos jogos permite o estudo e a estruturação das interações estratégicas em um determinado interregno, cuja característica principal é o dinamismo em face dos movimentos sequenciais e incertos dos demais jogadores, proporcionando a condição de possibilidade para as decisões serem ajustadas na mesma proporção e intensidade. Essa avaliação é fundamental para determinar vantagens de uma oportunidade, ameaças e promessas reais, além de implicações do comprometimento ou irreversibilidade da estratégia (GHEMAWAT, 2007, p. 92).

Sem embargo, o conjunto de escolhas do defensor é consideravelmente mais complexo que uma decisão simples sobre adotar uma tática como resposta ao adversário. Com o desiderato de otimizar o emprego de recursos e compreender o contexto, impende ao defensor construir uma árvore decisória ou adotar outros recursos visuais capazes de fixar, em um único plano, os elementos de informação oriundos da fase preliminar do processo penal. Com os limites — fáticos e jurídicos — fixados pela peça acusatória, para bem de elaborar o plano de ação e definir a narrativa, poderá se valer da análise inversa, com a verificação do percurso de trás para frente, posicionando os fatos relevantes, favoráveis ou desfavoráveis, nas extremidades dos ramos da árvore do caso.

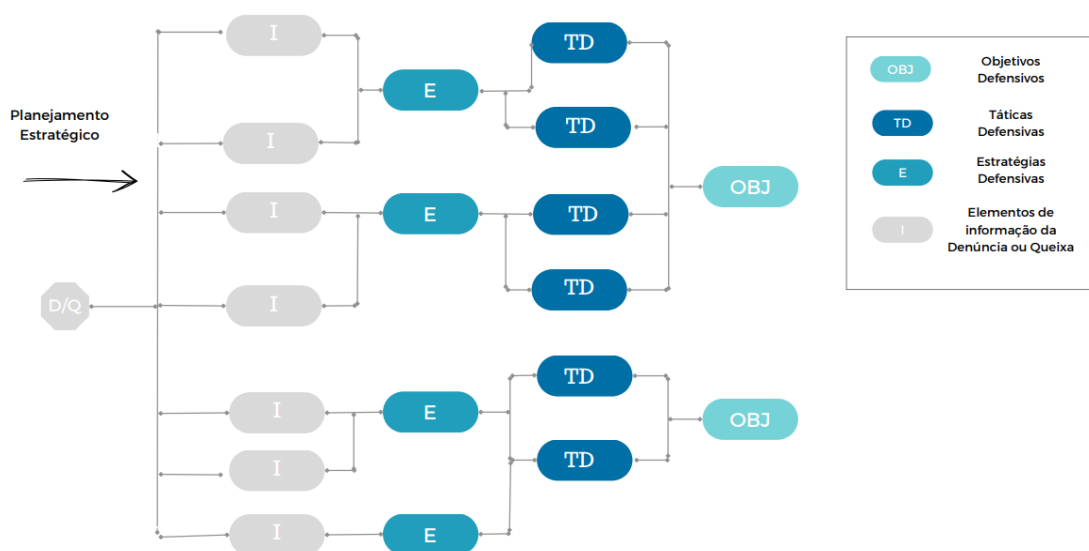
Diagrama 2 — Árvore do caso penal



Fonte: adaptado de Ghemawat (2007, p. 95).

Identificados os elementos (ir)relevantes e (des)favoráveis que compõe a hipótese acusatória, poderá o defensor, então, construir o seu diagrama do jogo processual principal, elencando as estratégias — incorporando as principais interferências de fatores internos, externos e subjogos —, definindo as táticas e estabelecendo as técnicas aptas a atingir com as pretensões favoráveis pré-estabelecidas (objetivos).

Diagrama 3 - Planejamento preambular



Fonte: adaptado de Ghemawat (2007, p. 95).

Planificar a estratégia adversária é, igualmente, importante. Para tanto, é preciso conhecer o perfil de ação do adversário, compreender quais os seus objetivos, as recompensas desejadas, os fatores que os movem, sua rotina e suas crenças, além dos incentivos que os mantém inerte ou então que os fazem alterar o curso de ação. É dessa forma que se poderá construir o perfil adversário, pensar conforme os seus objetivos e reduzir, consideravelmente, as surpresas, o desconhecido e os riscos na atuação defensiva.

Adequar o raciocínio às crenças adversárias ou então do julgador permite a criação de um espaço para visões de mundo diferenciadas, intrínsecas a ambiguidade de uma situação, assim como a percepção das crenças ampla e profundamente arraigadas que, independentemente da situação e da inclusão de novas informações, são mantidas e exteriorizadas. Ao sintetizar as diferentes opiniões e crenças, o defensor agrega a suas estratégias maior potencialidade positiva, ao prever as reações prováveis dos demais jogadores, sobretudo, porque a perpetração de certas maneiras de agir — ativa ou passivamente — é construída, progressivamente, no decorrer das atuações profissionais, as

quais tendem a inércia, com a repetição, em boa medida, de comportamentos anteriores. (GHEMAWAT, 2007, p. 97–99).

Desse modo, o acompanhamento e a análise constante da efetividade defensiva no acontecer do jogo processual deve ser abrangente, e não pontual. Evidente que eventuais omissões podem, inclusive, integrar a estratégia defensiva, por considerar que o silêncio ou a inércia, em um determinado contexto, poderá trazer maior benefício ao investigado ou acusado. Contudo, a gestão adequada do caso penal — reflexões contraintuitivas —, reclama, também, uma mensuração constante da permeabilidade da estratégia, tanto quanto a conveniência e oportunidade no emprego das táticas, com a conservação dos avanços, leitura do ambiente interno e externo, antecipação das dinâmicas do jogo e a imobilização das estratégias adversárias.

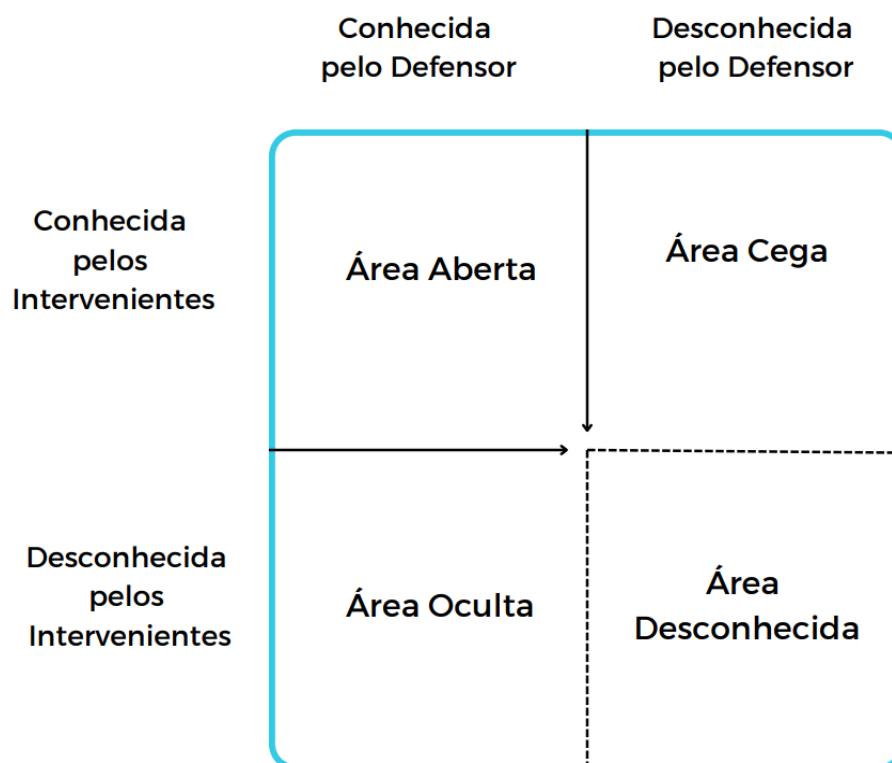
4.6.1 Janela de Johari e matriz GUT

Elaborado o plano de ação estratégico defensivo, a gestão da multiplicidade de variáveis e a identificação de riscos e oportunidades dependerá, diretamente, da capacidade do defensor em manter atualizados e operacionais os diversos e distintos mapeamentos da narrativa penal e, bem assim, as suas etapas evolutivas (diagnóstico, execução e monitoramento). Diante dessas possibilidades de abordagem, emerge a necessidade de identificar os riscos e variáveis relevantes para a gestão estratégica da narrativa, mas não sem antes compreender a dinâmica de interações e percepções pela Janela de Johari¹²².

Essa ferramenta, diferentemente daquelas que serão abordadas adiante, é especialmente útil para descrever as relações interpessoais entre o defensor e os demais intervenientes processuais, tendo por base a compreensão de que toda interação envolve elementos conhecidos e desconhecidos. Por meio do mapeamento das zonas ou informações conhecidas, formam-se quatro áreas fundamentais que condensam o ambiente interacional (aberta, cega, oculta e desconhecida).

¹²² Desenvolvida em 1961, pelos psicólogos Joseph Luft e Harry Ingham. Ver *The Johari Window: A graphic model of awareness in the interpersonal relations*. *Human Relations Training News*, v. 5, n. 1, p. 6-7, 1961.

Diagrama 4 — Janela de Johari



Fonte: adaptado de Netto *et al* (2019, p. 85).

A área aberta, refere-se aos comportamentos e motivações conhecidos tanto pelo defensor quanto pelas demais pessoas interessadas ou intervenientes no âmbito interacional, e, tanto quanto possível, deve ser expandida. Na área cega, localizam-se os comportamentos conhecidos pelos intervenientes, mas não identificados pelo defensor (manias, maneiras de agir, etc.). Por seu turno, a área oculta representa informações conhecidas pelo defensor, mas que ele não deseja compartilhar com os demais participantes do jogo processual (aflições, ressentimentos, entre outras). E, por último, a área desconhecida condensa as informações, objetivos e comportamentos sobre os quais nenhum dos jogadores ou intervenientes, nem mesmo o defensor, tem conhecimento, mas que serão exteriorizadas em algum momento, durante o contexto de disputa (NETTO *et al*, 2019, p. 84).

Sob uma perspectiva simplificada, a Janela de Johari pode ser vista como pontos: i) fortes, que condensam as características positivas, na esfera de domínio do defensor; ii) fracos, que compreendem fragilidades e dificuldades ao exercício defensivo; e iii) pontos a melhorar, que englobam características positivas e processos de assimilação em andamento, mas que, em função do nível de desenvolvimento, não são aptos contribuir significativamente para alcançar os objetivos pretendidos (COSTA, 2007, p. 112–113).

A partir dessas perspectivas, é que o defensor deve estabelecer os mecanismos adequados para a gestão estratégica da narrativa e do tempo. Uma das metodologias passíveis de utilização na esfera penal é a Matriz GUT¹²³ (gravidade-urgência-tendência), a qual, pela simplicidade e facilidade de aplicação, não demanda significativo emprego de recursos para sua construção. Essa ferramenta possibilita a classificação de riscos das atividades, elencando as tarefas em ordem de prioridade e relevância, servindo de guia operacional para atingir os objetivos pretendidos.

Diagrama 5 - Matriz Gravidade-Urgência-Tendência (GUT)

Matriz GUT

ESCALA	GRAVIDADE	URGÊNCIA	TENDÊNCIA	GxUxT: TOTAL
	Prejuízo se a ação não for executada	Prazo para realização	O que poderá acontecer	Prejuízo se a ação não for executada
5	Danos Extremamente Graves	Resolução imediata	Agravação imediata/instantânea	125
4	Danos graves	Resolução com urgência	Agravação curto prazo	64
3	Danos médios	Resolução mais rápida possível	Agravação a médio prazo	27
2	Danos mínimos	Pode aguardar	Agravação a longo prazo	8
1	Danos levíssimos ou imperceptíveis	Não urgente	Mudança imperceptível	1

Fonte: adaptado de Rosa (2021, p. 74).

Definir-se-á, em primeiro lugar, o grau de gravidade, em função da intensidade e extensão dos danos que serão causados caso as providências não sejam adotadas a tempo. Em seguida, haverá a classificação das ações em termos de urgência, atendo-se ao intervalo de tempo para a eclosão de resultados adversos ou indesejáveis. Por último, classificam-se as ações em termos de tendência negativa, isto é, variações que poderão ocorrer no ambiente, capazes de impactar, individualmente, as táticas; e coletivamente, as estratégias, causando danos à narrativa penal.

Aplicar essa escala de ranqueamento, auxilia a determinar a importância de cada atividade, em termos sistêmicos, para a elaboração da narrativa do caso penal, assim como classificá-las em ordem de importância, a fim de executar, primeiramente, as mais críticas. A

¹²³ Desenvolvida, em 1981, por Charles H. Kepner e Benjamin B. Tregoe. Para mais informações ver KEPNER, Charles H.; TREGOE, Benjamin B. O administrador racional. São Paulo: Atlas, 1981. p. 58.

eficiência de sua utilização é diretamente proporcional a periodicidade de sua atualização e a multiplicidade de ideias e opiniões, uma vez que as discordâncias e consensos tendem a gerar níveis informacionais mais densos e representativos do contexto.

Diagrama 6 - Matriz GUT aplicada

GUT - Simulação de Cenários

PROBLEMA	GRAVIDADE	URGÊNCIA	TENDÊNCIA	GxUxT: TOTAL	ORDEM DE PRIORIDADE
Analisar Laudos e Cadeia de Custódia	5	5	5	125	1
Analisar conteúdo quebra do sigilo telefônico	5	5	4	100	2
Pesquisa jurisprudencial - Quebra da Cadeia de Custódia	4	5	4	80	3
Analisar perfil dos depoentes	4	4	3	48	4
Preparar árvore de perguntas - audiência	4	3	3	36	5

Fonte: adaptado de Rosa (2021, p. 74).

Outra forma gráfica interessante e efetiva para mensuração dos níveis de risco e oportunidades — graus de incerteza quantificáveis e relevância dos resultados em termos de utilidade —, pode ser obtida pela contraposição das probabilidades e impactos de toda e qualquer estratégia, tática ou narrativa implementada. Em termos estratégicos, a construção dessa tabela viabiliza a leitura do cenário mediante a análise de impactos da implementação de uma estratégia — seja pelo defensor ou pela acusação — em uma visão estendida e dúplice: toda ação ou omissão de qualquer dos jogadores sempre se converterá, em relação aos demais e a si próprio, na assunção de riscos ou então em uma janela de oportunidades.

Dito de outro modo, se o defensor se mantiver em uma postura, eminentemente, defensiva ou reativa em relação aos demais jogadores, sua leitura ambiental será mínima e, conseqüentemente, tenderá a não aproveitar as oportunidades, condicionando o seu resultado ao insucesso adversário. Afinal, assumir riscos é, simultaneamente, inerente a qualquer atividade humana e fundamental para o seu desenvolvimento, carecendo, tão somente, de uma administração efetiva (DAMODARAN, 2009, p. 27–30).

Tabela 2 - Matriz de riscos

		RISCOS					OPORTUNIDADES				
PROBABILIDADE	Muito Alta (9,5)	9,5 RB	19 RM	47,5 RA	76 RE	95 RE	95 OE	76 OE	47,5 OA	19 OM	10 OB
	Alta (8)	8 RB	16 RB	40 RM	64 RA	80 RE	80 OE	64 OA	40 OM	16 OB	8 OB
	Média (5)	5 RB	10 RB	25 RM	40 RM	50 RA	50 OA	40 OM	25 OM	10 OB	5 OB
	Baixa (2)	2 RB	4 RB	10 RB	16 RB	20 RM	20 OM	16 OB	10 RB	4 OB	2 OB
	Muito Baixa (1)	1 RB	2 RB	5 RB	8 RB	10 RB	10 OB	8 OB	5 RB	2 OB	1 OB
		Improvável (1)	Pouco Provável (2)	Neutro (5)	Muito Provável (8)	Provável (10)	Provável (10)	Muito Provável (8)	Neutro (5)	Pouco Provável (2)	Improvável (1)
IMPACTO											

Fonte: o autor.

Tabela 3 - Classificação dos riscos

ESCALA - NÍVEIS DE RISCO/OPORTUNIDADE			
Risco Baixo (RB) ou Oportunidade Baixa (OB)	Risco Médio (RM) ou Oportunidade Média (OM)	Risco Alto (RA) ou Oportunidade Alta (OA)	Risco Extremo (RE) ou Oportunidade Extrema (OE)
0 - 19,99	20 - 49,99	50 - 74,99	75 - 94,99

Fonte: o autor.

Tabela 4 - Riscos inerentes calculados

RISCOS/OPORTUNIDADES INERENTES			
IDENTIFICAÇÃO	PROBABILIDADE	IMPACTO	NÍVEL DE RISCO/OPORTUNIDADE
Risco 1 - Descrição	Muito Alta (9,5)	Muito Provável (8)	Risco Extremo (RE)
Risco 2 - Descrição	Alta (8)	Muito Provável (8)	Risco Alto (RA)
Oportunidade 1 - Descrição	Alta (8)	Neutro (5)	Oportunidade Média (OM)
Oportunidade 2 - Descrição	Baixa (2)	Neutro (5)	Oportunidade Baixa (OB)

Fonte: o autor.

A propósito, a teoria da perspectiva, desenvolvida por Daniel Kahneman e Amos Tversky¹²⁴ pode contribuir para a compreensão dos desvios de racionalidade operantes na tomada de decisões. Essa construção teórica permite a análise do comportamento dos

¹²⁴ Ver Kahneman, D. e A. Tversky. "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk". *Econometrica*, Vol. 47, p. 263–292, 1979

jogadores em função da maneira como os problemas são apresentados. Significa dizer que a decisão será distinta se o resultado — com base no deslocamento do ponto de referência — for apresentado como: i) um ganho (utilidade) em relação a um determinado ponto de referência; ou ii) uma perda em relação a outro diferente ponto referencial. Ademais, as preferências podem ser influenciadas pelo efeito da consequência comum — efeito consolo —, no qual a possibilidade de um resultado de grande impacto tende a tornar os jogadores mais avessos ao risco. Assim, no processo de tomada de decisões, o defensor deve se atentar para o referencial de base adotado, isto é, os pressupostos por meio dos quais realizará a mensuração dos resultados em termos de perdas (riscos) e ganhos (oportunidades) (DAMODARAN, 2009, p. 42–44).

4.6.2 Ciclo PDCA e método DMAIC

Primeiramente, para a precisão contextual da aferição, deve-se observar as tendências e descontinuidades. Aquelas dizem respeito às variações observadas no ambiente, rápidas ou lentas, mas persistentes, capazes de afetar, direta ou indiretamente, as metodologias de abordagem ou as táticas selecionadas pelo defensor¹²⁵ — a exemplo da deflagração, sucessiva, de grandes operações de combate à criminalidade; vandalismo e depredações cometidos por grupos organizados; sucessão de saques a agências bancárias, etc. Já as últimas são mudanças externas bruscas, em um curto espaço de tempo — como, entre outros exemplos, alterações no método de abordagem da Polícia Militar; a prática de crimes contra personalidades importantes; ataques armados por múltiplos agentes; e mudanças legislativas repentinas (COSTA, 2007, p. 82–84).

A partir dessa compreensão inicial, externaliza-se a utilidade e a importância do ciclo PDCA (*plan, do, check and action*), enquanto metodologia analítica voltada ao controle de processos e tarefas. Isso porque, o nível informacional (fatos, dados e conhecimentos) à disposição do defensor é diretamente proporcional a quantidade de estratégias e táticas passíveis de execução, na busca da obtenção de uma decisão penal favorável, assim como ao nível organizacional necessário para a coleta, processamento e disposição informacional nas diversas etapas do ciclo.

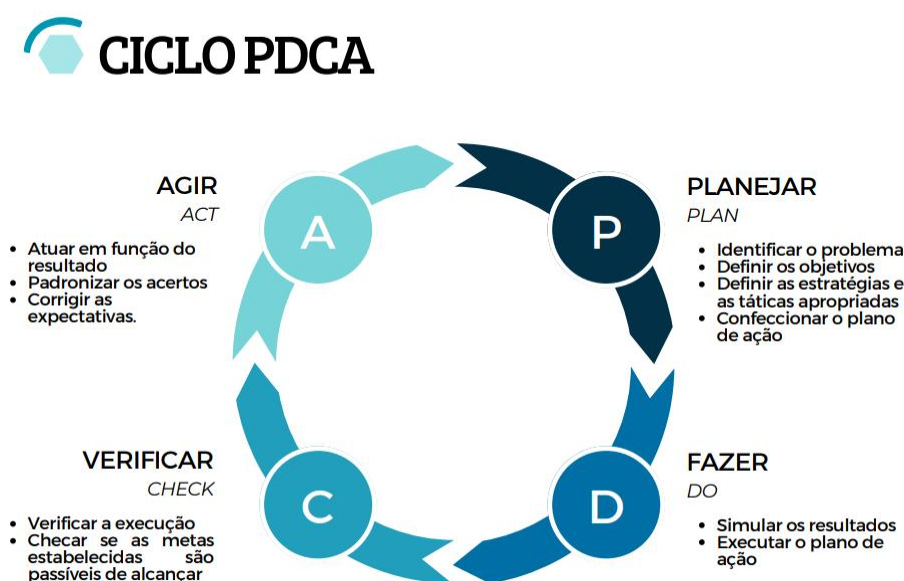
A primeira etapa (*Plan* — P) consiste na confecção, pelo defensor, do plano de ação, o qual deve condensar e contemplar as principais variáveis identificadas na fase preliminar de

¹²⁵ O efeito gatilho pode converter uma tendência lenta em descontinuidade repentina, a qual poderá gerar grandes oportunidades ou impactar significativamente para o exercício do direito de defesa — cenário amplo — ou para o desenvolvimento estratégico do caso — cenário reduzido.

análise do inquérito ou do processo penal, considerando também, as informações obtidas acerca dos perfis dos jogadores e do contexto situacional da narrativa. Na fase seguinte (*Do — D*), deve o defensor concentrar seus recursos na atuação, desenvolvimento dos componentes e do roteiro da narrativa, alicerçada nos dados disponíveis, com a planificação e verificação de cada estratégia empregada na construção historiográfica. Ato contínuo, na terceira fase (*Check — C*), far-se-á a verificação das estratégias e do roteiro traçado para o caso, na busca de confirmá-lo, ajustá-lo ou afastá-lo parcialmente. Já a fase final (*Action — A*) implica na eliminação dos ruídos — estratégias ou táticas — dissonantes em relação ao roteiro construído, com a adoção de protocolos e condutas capazes de evitá-los no decorrer das cenas/atos processuais (WERKEMA, 2013, p. 78–81).

Assim sendo, devem ser definidos os objetivos da narrativa, assim como as estratégias a serem empregadas para esses fins. Subsequentemente, as estratégias — por exemplo, demonstrar a falta de credibilidade do Policial Militar “x” — são implementadas mediante táticas ou ferramentas operacionais — contrainterrogatório focado na personalidade e em comportamentos anteriores —, com a coleta de dados a serem utilizados nas etapas posteriores. Ato seguinte, a partir dos dados coletados na execução das táticas, incumbe ao defensor compará-los com as estratégias e objetivos planejados inicialmente. Finalmente, dever-se-á incorporar as estratégias e táticas a lista de tarefas e manuais de conduta futuros, e agir sobre as causas que impediram o atingimento do resultado, com o desenho de novas soluções.

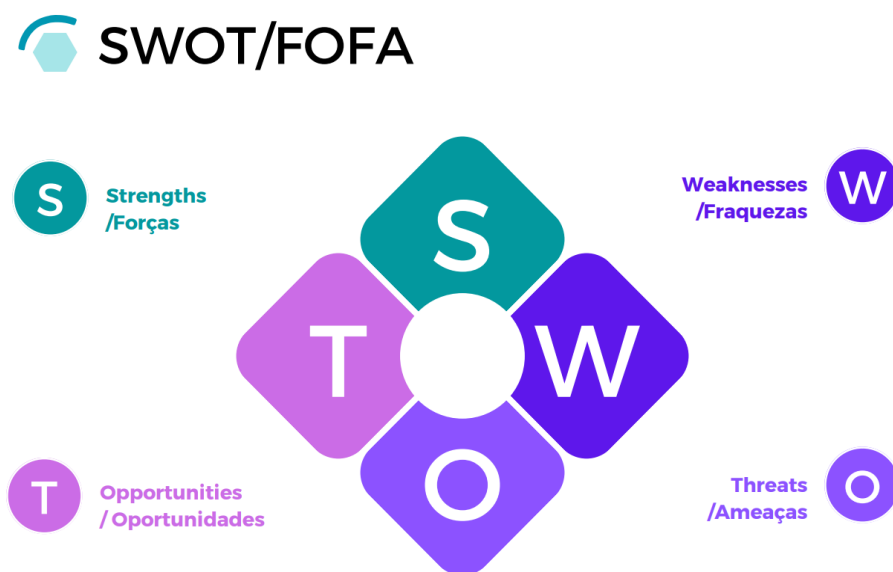
Diagrama 8 - Ciclo PDCA



Fonte: adaptado de Werkema (2013, p. 30).

Utilizada, ordinariamente, para a análise instantânea da situação operacional de uma empresa, a análise SWOT (*strengths, weaknesses, opportunities and threats*) — ou FOFA/COOA (forças/catalisadores, fraquezas/ofensores, oportunidades e ameaças) —, derivada do ciclo PDCA, possui como foco os fatores de influência externos. Assim como o ambiente negocial, o contexto da narrativa processual penal tende a ser ocupado por uma série de adversidades, que precisam ser identificadas e rapidamente mapeadas, para orientar a tomada de decisões imediatas em relação ao aproveitamento de oportunidades, ou ainda para controlar os danos advindos de potenciais ameaças e mitigar as estratégias adversárias. Os custos de oportunidade devem ser, constantemente, mensurados e equacionados, pois ao fazer uma escolha e direcionar suas ações de acordo com ela, deixará ele de realizar tantas outras (MANKIW, 2013, p. 5-6).

Diagrama 7 - Método SWOT/FOFA de avaliação operacional



Fonte: adaptado de Rosa (2021, p. 75).

Através da mensuração criteriosa e sistemática dos fatores contextuais — tendências e discontinuidades — capazes de gerar impactos e influenciar na condução estratégica da narrativa penal, torna viável a elaboração do diagrama *SWOT/FOFA*, a partir do qual poder-se-á identificar, em termos de impacto, os indicadores externos, atuais (fraquezas/ofensores e forças/catalisadores) e os futuros (ameaças e oportunidades). Fraquezas e ameaças afetam, negativa e imediatamente, o planejamento estratégico e o desenvolvimento da narrativa penal. Por sua vez, as forças e oportunidades provocam impactos positivos e instantâneos na construção historiográfica (COSTA, 2007, p. 85–87).

Não se pode deixar de incluir, além do perfil adversário, a análise integral das partes interessadas ou *stakeholders* — sustentador ou sustentáculos — enquanto toda pessoa ou grupo de pessoas que detenham interesses, que possam afetar ou serem afetados, pelo desenvolvimento da narrativa e consecução dos objetivos defensivos. Importa dizer que, para a avaliação do ambiente externo, ao defensor cabe a tarefa de conformar e mensurar os interesses e impactos de cada um dos intervenientes processuais — como peritos, oficial de justiça, juiz, jurado, policiais, delegado, etc.

Complementarmente, a utilização, pelo defensor, da estratégia gerencial Seis Sigma¹²⁶ irá lhe permitir — individual ou conjuntamente com os demais métodos acima delineados —, aumentar expressivamente o seu desempenho, conferindo-lhe segurança na tomada de decisões e previsibilidade em termos de riscos e consequências. Trata-se de um mapeamento estratégico com enfoque nos aspectos mais relevantes para a obtenção de bons resultados, com amparo nos métodos DMAIC (*Define, Measure, Analyze, Improve and Control*) e DMADV (*Define, Measure, Analyze, Design and Verify*)¹²⁷.

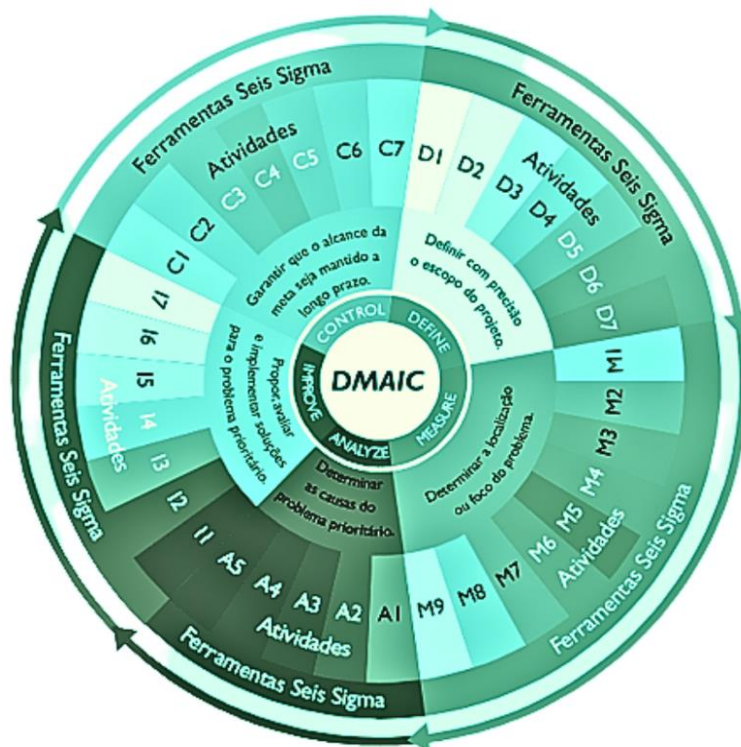
Em síntese, a metodologia Seis Sigma aplicada à construção da narrativa processual penal, implica em: i) definir, com precisão, o escopo da narrativa a ser contada, através da descrição dos contornos do caso e dos objetivos/metastas a serem alcançados, com a avaliação do histórico de casos análogos, aferição do nível de prioridade, levantamento dos recursos financeiros e humanos a serem empregados (incluindo assistentes técnicos, especialistas, etc.) e identificação das necessidades imediatas do investigado/acusado; ii) decidir sobre a necessidade de coleta de informações específicas — além daquelas que já compõe o banco de dados —, planejar a coleta de dados, analisar as tendências do caso e os possíveis impactos, estratificar os problemas principais em problemas secundários, estabelecendo os objetivos, estratégias e táticas para cada um deles; iii) condensar as principais soluções para contenção das causas preponderantes dos problemas prioritários — elencando soluções e minimizando os riscos de efeitos adversos —, identificar as causas potenciais e elencar os meios de contenção/reversão dos problemas secundários, implementar melhorias e ajustes às soluções elencadas e executar/estender o plano estratégico confeccionado aos problemas secundários; e iv) avaliar os resultados obtidos, apontar as consequências das soluções adotadas, definir

¹²⁶ Desenvolvida em 1987 pela Motorola, objetivava melhor o desempenho da empresa frente aos seus principais concorrentes, os quais fabricavam produtos de qualidade superior, vendidos por preços inferiores. No Brasil, foi empregada, inicialmente, em 1999, pelo grupo empresarial Brasmotor (Multibrás e Embraco) que obteve significativos retornos financeiros (WERKEMA, 2012, p. 12).

¹²⁷ Definir, mensurar, analisar, desenhar o escopo e verificar (tradução nossa).

mecanismos constantes de monitoramento e sumarizar os aprendizados, os erros e os acertos (WERKEMA, 2012, p. 17–19).

Diagrama 9 - Método DMAIC/Seis Sigma



Fonte: Werkema (2012, p. 18).

Independentemente da metodologia adotada, é de fundamental importância que o defensor, do início ao fim de sua atuação, se utilize de instrumentos mínimos que permitam o acompanhamento da evolução historiográfica. Poderá, assim, adequar e ajustar o roteiro conforme as necessidades e o nível de risco aceitável, além de lhe possibilitar, também, aprender com os erros e imprecisões, a partir da análise individual e conjunta das estratégias e táticas implementadas para fins da construção das futuras narrativas. Cuida-se, acima de tudo, da adoção de um sistema comportamental ético e comprometido com oferecer ao investigado/acusado, as melhores condições de possibilidade para resguardar os direitos e garantias fundamentais estabelecido pelo sistema jurídico-penal brasileiro.

5 CONCLUSÃO

A área processual penal tem experimentado múltiplas mudanças nas últimas duas décadas, condicionadas por revisões de institutos jurídico-processuais e redefinições dos objetos e das políticas criminais do Estado brasileiro, com o desiderato de aprimorar o sistema de justiça criminal. Os avanços foram acompanhados de retrocessos em termos de garantias individuais aos investigados e acusados, sob a justificativa de combater o significativo hiato de impunidade, decorrente de investigações inexistentes ou insuficientes, que redundam, frequentemente, em anemia probatória. Esse cenário fomenta a utilização do aparato normativo para constranger indivíduos, estimular a confissão e os mecanismos de negociação processual, instrumentalizando-se o processo penal, conduzido por um viés confirmatório do início ao fim.

Esse processo de esclerose institucional, acentuado pela inserção constante de novos institutos jurídicos em uma legislação penal e processual com mais de 80 (oitenta anos), imersa em um contexto tecnológico e informacional, exige da defesa técnica uma postura proativa. A arte de contar histórias não é uma simples tática processual, nem tampouco uma fantasia destinada à manipulação do resultado do jogo processual penal, como intuitivamente se pode imaginar. É, antes de tudo, uma maneira distinta de análise, de percepção, de raciocínio e, sobretudo, de atuação estratégica defensiva.

Associada a teoria dos jogos e aos mecanismos de gestão da narrativa, compõe uma perspectiva distinta, oferecendo ao defensor uma dimensão mais ampla do fenômeno criminal, a partir da compreensão dos fatores de influência e de reforço cognitivo dos jogadores, da importância da persuasão e do exame cruzado para o desenvolvimento estratégico e adequado às características singulares de cada caso penal.

Ordinária e intuitivamente o defensor produz uma narrativa, ainda que caótica. O *storytelling* e as técnicas de roteirização são instrumentos essenciais para promover maneiras distintas de contá-la e representá-la, seja pela oratória ou pela escrita. Entre os objetivos principais está o de conduzir o julgador (unipessoal ou colegiado) para a tomada de uma decisão penal favorável, considerando a realidade na qual o fato típico foi, supostamente, cometido, permitindo-lhe uma cognição exaustiva sobre os antecedentes, as motivações e as circunstâncias envolvidas na prática delituosa.

Para viabilizar a construção do roteiro e da narrativa penal, os enlaces cognitivos e as armadilhas argumentativas não podem passar despercebidos. Não se pode olvidar os efeitos da teoria do caos, mas a sua influência não pode redundar na conformação e contenção dos

esforços defensivos. A superação dos vieses, dos ruídos, das heurísticas e das falácias incidentes no decurso da narrativa, e impregnadas nos jogadores/atores processuais, não é tarefa fácil. Primeiramente, é necessário identificar esses condicionantes, para compreender seu sistema de funcionamento e operacionalização, a partir do qual se poderão definir as estratégias e táticas aptas a superá-los.

A temática proposta nesse trabalho enfatiza a função transformadora do defensor, que deve se portar como um roteirista, responsável por representar, no decorrer do processo penal, uma sequência de eventos passados, a partir dos quais construirá o roteiro mais adequado ao exercício da ampla defesa e, por via de consequência, definirá a história de vida futura do acusado. Importa, indiretamente, no compartilhamento de responsabilidades entre todos os defensores que atuarem no decorrer do caso, pois a execução de um evento passado limita e condiciona a prática de uma cena futura, sem a qual haverá significativos prejuízos em termos persuasivos e de coerência interna do roteiro.

Examinado sob essa perspectiva historiográfica, o processo penal ganha mais complexidade. Para tanto é que, como se pode observar ao longo de todo trabalho, o defensor deve investir na captação de informações qualitativamente consideradas — relevantes — e proceder, durante toda roteirização e estudo do caso, a complementação e seleção de novos fluxos informacionais, para ser possível uma construção eficiente, uma execução atrativa e a obtenção de resultados concretos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Carlos Pinto de. Estratégia processual: de uma visão bélica para uma perspectiva meramente processual. **Direito e Justiça**, [S.L.], v. 13, n.º 2, p. 65–125, 1 jul. 1999. Direito e Justiça. <http://dx.doi.org/10.34632/DIREITOEJUSTICA.1999.11073>.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Dois (dos muitos) efeitos da psicologia do testemunho na tomada de decisões. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-26/tribunal-juri-dois-efeitos-psicologia-testemunho-tomada-decisoes>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ANJOS, Eduardo Pereira dos. O juiz fragmentado e o impacto no sistema de Justiça penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/tribuna-defensoria-juiz-fragmentado-impacto-sistema-justica-penal>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ARISTÓTELES. **Poética**. Tradução de Paulo Pinheiro. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2017. 232 p.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Editora Folha de São Paulo, 2015. 240 p.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2003. 238 p.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Tradução de Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017.

AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de; SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e. O sistema adversarial inglês e o surgimento da defesa técnica. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-31/tribunal-juri-sistema-adversarial-ingles-surgimento-defesa-tecnica>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021. 240 p.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 304 p.

BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinícius. O que é isto — a crítica hermenêutica do Direito? **Consultor Jurídico**, Brasília, 11 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. A prova na investigação criminal não é mera peça de informação. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/academia-policia-prova-investigacao-criminal-nao-mera-peca-informacao>. Acesso em: 13 abr. 2023.

- BARGH, John. **O cérebro intuitivo: os processos inconscientes que nos levam a fazer o que fazemos.** Tradução de Paulo Geiger. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra sociedade.** Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. 384 p.
- BECK, Ulrich. **World at Risk.** Translated by Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2009.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2021.** Brasília, 2021. 341 p.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2022.** Brasília, 2022. 331 p.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal: Legislação Federal. **Diário Oficial da União.** Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941.
- BRASIL. Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 5 jul. 1994.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº. 772.870/PA. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 6 de março de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília.
- CAMPBELL, Joseph. **O Herói de Mil Faces.** São Paulo: Cultrix/Pensamento, 1989. Tradução de: Adail Ubirajara Sobral.
- CAMPOS, Flávio de. **Roteiro de Cinema e Televisão: a arte e a técnica de imaginar, perceber e narrar uma estória.** 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. 407 p.
- CANI, Luiz Eduardo; ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia para mitigação dos erros judiciários no processo penal.** Florianópolis: Ematis, 2022. 184 p.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo.** Leme-SP: CL Edijur, 2018.
- CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal.** Tradução de: Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. (Tomo I).
- CAROFIGLIO, Gianrico. **El arte de la duda.** Madrid: Marcial Pons, 2010. 188 p.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Inquérito policial se sujeita a nulidades que contaminam o processo penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-24/academia-policial-inquerito-policial-sujeita-nulidades-processo-penal>. Acesso em: 13 abr. 2023.
- COSTA, Eliezer Arantes da. **Gestão estratégica: da empresa que temos para a empresa que queremos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUNCIL OF EUROPE. European Court Of Human Rights. **Case Of Piersack V. Belgium nº. 8692/79**. Strasbourg. 1982. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57557>
Acesso em: 28 abr. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Psicanálise: interlocuções a partir da literatura**. 2. ed. Florianópolis: *Tirant lo blanch*, 2018. 185 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

DAMODARAN, Aswath. **Gestão Estratégica do Risco: uma referência para a tomada de riscos empresariais**. Tradução de Felix Nonnemacher. Porto Alegre: Bookman, 2009. 384 p.

DAVIS, Morton D. **Game Theory: a nontechnical introduction**. New York: Basic Books, 1997.

DEHAENE, Stanislas; LAU, Hakwan; KOUIDER, Sid. *What is consciousness, and could machines have it?* **Science**, v. 358, nº. 6362, p. 486-492, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.aan8871>.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, nº. 305, p. 7-9, abr. 2018.

EDINGER, Carlos. Perguntas sugestivas, verdade e contraditório. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 2, nº. 2, p. 3-22, 27 dez. 2014.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A Deslegalização no Direito Penal Brasileiro: discussões dogmáticas. **Revista Inclusiones: Revista de Humanidades y Ciencias Sociales**, Número Especial, v. 8, p. 70–82, mar. 2021.

FERREIRA, Gustavo. **Gatilhos mentais: o guia completo com estratégias de negócios e comunicação provadas para você aplicar**. São Paulo: Dvs Editora, 2019. *E-book*.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Juspodivm, 2021. 304 p.

FIELD, Syd. **Manual do roteiro: os fundamentos do texto cinematográfico**. Tradução de Álvaro Ramos. 14. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

FRUTUOSO, Maria Eduarda Holthausen; JUNGES, Rodrigo Carlos. A produção e a apreciação das provas, sob a ótica do artigo 155 do Código de Processo Penal: entre a verdade real e processual. **Revista Avant**, Florianópolis, v. 6, nº. 2, p. 340-361, 18 dez. 2022. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/243013/V6N2_academica_340-361.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 7 jun. 2023.

GIGERENZER, Gerd. **O poder da intuição: o inconsciente dita as melhores decisões**. Tradução de Alexandre Feitosa Rosas. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, Derecho Penal y Proceso**: el processo como situación jurídica — una crítica al pensamiento procesal. Tradução de Javobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrar Baquero e León García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência Emocional**: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. Tradução de: Marcos Santarrita. *E-book*.

HAMBLIN, Chales Leonard. **Falacias**. Traducción de Hubert Marraud. Lima (Peru): Palestra, 2016.

HARMAN, Gilbert. Inferência à Melhor Explicação. **Revista Dissertatio de Filosofia**, Pelotas (RS), v. 47, n.º. 1, p. 325–332, 20 set. 2018. Tradução de: Marcos Rodrigues da Silva, DOI: <https://doi.org/10.15210/dissertatio.v47i0.11014>.

HOLMAN, Leonardo Moreno. **Teoría del caso**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012. Colección: Litigación y enjuiciamiento penal adversarial.

IZIQUIERDO, Iván. **Memória**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. (E-Pub).

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Tradução de: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 588 p.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído**: uma falha no julgamento humano. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. *E-book*.

LEMERT, Edwin M. Desviación Primaria y Secundaria. *In*: OLMO, Rosa del (Org.). **Estigmatización y conducta desviada**. Maracaibo: Centro de Investigações criminológicas da Faculdade de Direito de Zulia, 1973. p. 97–102.

LIPTON, Peter. O melhor é o bom suficiente? Tradução de Marcos Rodrigues da Silva e Alexandre Meyer Luz. **Revista Principios**, Natal (RN), v. 17, n.º. 27, p. 313–339, jan/jun. 2010.

LOPES JUNIOR, Aury Lopes. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020b. 344 p. *E-book*.

LOPES JUNIOR, Aury Lopes. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em: 13 abr. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020a. 1937 p. *E-book*.

LOPES JUNIOR, Aury Lopes; MINAGÉ, Thiago M. A oralidade e a cultura das audiências: a Lei 13.964, de 2019. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-07/limite-penal-oralidade-cultura-audiencias-lei-13942019>. Acesso em: 13 abr. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da; BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 01 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MACHADO, Leonardo Marcondes. O inquérito policial também deve passar por rigoroso controle epistêmico. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 de ago. de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-ago-31/academia-policia-inquerito-policial-tambem-passar-rigoroso-controle-epistemico#_ftn1. Acesso em: 13 abr. 2023.

MALAN, Diogo. A advocacia criminal e as habilidades do defensor. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 jan. 2021a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-27/diogo-malan-advocacia-criminal-habilidades-defensor>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MALAN, Diogo. A advocacia criminal e o *storytelling*. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 mar. 2021b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-24/diogo-malan-advocacia-criminal-storytelling>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MALAN, Diogo. A advocacia criminal e os *assholes*. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 fev. 2021c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/diogo-malan-advocacia-criminal-assholes>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MALAN, Diogo. Advocacia criminal e a arte do exame cruzado: um manual prático. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 1 jul. 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-01/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-exame-cruzado>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MALAN, Diogo. Advocacia criminal e defesa técnica efetiva. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 07 out. 2020b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-07/diogo-malan-advocacia-criminal-defesa-tecnica-efetiva>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: *Cengage Learning*, 2013. 824 p. Tradução de: Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima e Ez2 Translate.

MARQUESONE, Rosângela. **Big Data**: técnicas e tecnologias para a extração de valor dos dados. São Paulo: Casa do Código, 2017. 245 p.

MATIDA, Janaina. É preciso se dar fim à seletividade probatória. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 de jul. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/limite-penal-preciso-dar-fim-seletividade-probatoria?pagina=2>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY, Rachel. A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. São Paulo: **Consultor Jurídico**, 13 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MATLIN, Margaret W. **Psicologia Cognitiva**. Tradução de Stella Machado. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora LTC, 2004.

MCKEE, Robert. **Story**: substância, estrutura, estilo e os princípios da escrita de roteiro. Tradução de Chico Marés. Curitiba: Arte & Letra, 2006. 432 p.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**: exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal e de suas aplicações diversas na Alemanha, França e Inglaterra. Tradução de Alberto Antônio Soares. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria do Editor, 1917.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas; GUEDES, Clarissa Diniz. Vídeo e vieses cognitivos: quando a imagem prova o que não se vê. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-21/limite-penal-video-vieses-cognitivos-quando-imagem-prova-nao-ve>. Acesso em: 22 maio 2023.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 192 p.

NETTO, Clovis Armando Alvarenga *et al.* A Janela de Johari como ferramenta de análise da privacidade de dados pessoais. **Ciência da Informação**, Brasília (DF), v. 48, n.º. 1, p. 79–93, 3 maio 2019.

OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. **Ativismo Judicial e Estado Democrático de Direito**: uma leitura a partir de Antoine Garapon. Florianópolis: Emais, 2022. 164 p.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Moraes da. Complexo de MacGyver e os modelos de juiz (episódio 1). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 02 nov. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio>. Acesso em: 13 abr. 2023.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho., [S.L], n.º. 14, p. 169–194, 1993. Traducción de: Isabel Lifante Vidal.

PALACIOS, Fernando; TERENCEZZO, Martha. **O Guia Completo do Storytelling**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. E-book.

PAYNE, Willian. ¿Etiquetas negativas? Pasadizos y prisiones. *In*: OLMO, Rosa del (Org.). **Estigmatización y conducta desviada**. Maracaibo: Centro de Investigações criminológicas da Faculdade de Direito de Zulia, 1973. p. 105–118.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. (Estudos n.º. 46, dirigida por J. Guinsburg).

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de Argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POSNER, Richard A. **Cómo Deciden los Jueces**. Traducción de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. 450 p.

RIPOLL, Diego Redolar *et al.* **Neurociencia Cognitiva**. Madrid: Panamericana, 2013. 821 p.

ROCHA, Fernando Nogueira Galvão da. **Política criminal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2000.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação Jurídica**: técnicas de persuasão e lógica informal. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 333 p.

ROSA, Alexandre Morais da. Como gerenciar estrategicamente um caso penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 1 jul. 2022a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-01/limite-penal-gerenciar-estrategicamente-penal>. Acesso em: 15 abr. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da. Ferramentas de gestão do caso penal orientadas pela hipótese acusatória. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 mar. 2022b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/limite-penal-ferramentas-gestao-penal-hipotese-acusatoria>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020. 932 p.

ROSA, Alexandre Morais da. Se você não sabe o que é *soft law* e *lawfare*, pior para você. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/limite-penal-voce-nao-sabeo-soft-law-lawfare-pior-voce>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da. Variáveis ocultas e efeito borboleta na decisão penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-22/diario-classe-variaveis-ocultas-efeito-borboleta-decisao-penal>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da. Ver e observar: quando os detalhes mudam o destino do caso penal (e da vida). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 ago. 2022c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-05/limite-penal-ver-observar-quando-detalhes-mudam-destino-penal>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da. Você conhece a Teoria do Caso no processo penal? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-22/voce-conhece-teoria-processo-penal>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JUNIOR, Aury Lopes. Afinal, se no jogo não há juiz, não há jogada fora da lei. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 05 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-05/limite-penal-jogo-nao-juiz-nao-jogada-fora-lei>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JUNIOR, Aury Lopes. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no processo penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em: 31 mai. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JUNIOR, Aury Lopes. Toda a forma de violação do *fair play* deve ser punida. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 abr. 2020. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/limite-penal-toda-forma-violacao-fair-play-punida>. Acesso em: 13 abr. 2023.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco": notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, São Paulo, nº. 7, p. 23–62, ago. 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/8/artigo1.pdf>. Acesso em: 31 maio. 2023.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Tradução de: Luiz Otavio de Oliveira Rocha.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC. Editora *Lumen Juris*, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. 332 p.

SETTON, Maria da Graça Jacintho. A teoria do *habitus* em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 60–70, ago. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-24782002000200005>.

SILVA, Marcos Rodrigues da; SARDI, Gabriel Chiarotti. Inferência da Melhor Explicação e Inferência da Única Explicação. **Kínesis — Revista de Estudos dos Pós-Graduandos em Filosofia**, Marília (SP), v. 13, nº. 35, p. 253–267, 17 nov. 2021. Faculdade de Filosofia e Ciências. <http://dx.doi.org/10.36311/1984-8900.2021.v13n35.p253-267>.

SOLANAS, Montserrat Bordes. **Las trampas de Circe**: falacias lógicas y argumentación informal. Madrid: Cátedra, 2011. 346 p.

STEIN, Lilian *et al.* **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. A conspiração dos néscios e as cinco leis fundamentais da estupidez. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-24/senso-incomum-conspiracao-nescios-cinco-leis-fundamentais-estupidez>. Acesso em: 5 jun. 2023.

STRECK, Lênio Luiz. Com ministro Schietti e promotor Zílio, digo: precisamos falar sobre o MP. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 jan. 2022a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-20/senso-incomum-min-schietti-promotor-zilio-digo-precisamos-falar-mp>. Acesso em: 01 maio 2023.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

STRECK, Lênio Luiz. Precisamos falar sobre o MP: qual é o seu papel? (parte 2). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 fev. 2022b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-10/senso-incomum-precisamos-falar-mp-qual-papel-parte>. Acesso em: 13 abr. 2023.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 639 p.

TALED, Nassim Nicholas. **A Lógica do Cisne Negro**: o impacto do altamente improvável. 9. ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2015. Tradução de: Marcelo Schild.

TARSKI, Alfred. **La Concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica**. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1972. Colección dirigida por Guillermo Rabmovich.

VALARINI, Victor. **Processo penal adversarial**: influências sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro. 2018. 190 f. Dissertação (Mestrado) — Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

VANOYE, Francis. **Usos da linguagem**: problemas e técnicas na produção oral e escrita. Tradução e adaptação de Clarice Madureira Sabóia *et al.* 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VITAL, Danilo. Ministro do STJ pede a MP-SP que deixe de atuar como 'despachante criminal'. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/duvida-traffic-leva-desclassificacao-consumo-drogas>. Acesso em: 01 maio 2023.

VOGLER, Christopher. **A jornada do escritor**: estrutura mítica para escritores. Tradução de Petê Rissatti. 3. ed. São Paulo: Editora Aleph, 2015. E-book.

VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of games and economic behavior**. 4. ed. Princeton; London: Princeton University Press, 2007.

WALTON, Douglas N. **Lógica Informal**: manual e argumentação crítica. Tradução de Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 410 p.

WATZLAWICK, Paul. **¿Es real la realidad?**: confusión, desinformación, comunicación. Barcelona: Herder, 1979.

WERKEMA, Cristina. **Lean Seis Sigma**: introdução às ferramentas do *Lean Manufacturing*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

WERKEMA, Cristina. **Métodos PDCA e DMAIC e suas ferramentas analíticas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. 201 p.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da Justiça**: como heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2. ed. Florianópolis: Ematis, 2021. 134 p.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.