

Provas Judiciais e “Estratégia do Repertório”: Chances, Ônus, Imparcialidade e o Efeito Colateral da Atividade Probatória

Judicial Proof and “Repertoire Strategy”: Chances, Burden of Proof, Impartiality and the Collateral Effect of Probing Activity

GABRIEL DIVAN¹

Universidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil.

SALAH KHALED JR.²

Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande do Sul, Brasil.

RESUMO: O presente trabalho tem, por objetivo geral, propor uma nova base teórica para o estudo da atividade probatória processual penal. Parte da hipótese de que essa base, fundada em renovadas concepções de prova e atos probantes, é, ao mesmo tempo, tese apta a trabalhar com a dinâmica estratégica do expediente das partes (incluindo a disputa narrativa como um elemento a ser considerado em teoria processual) e, colateralmente, critério objetivo útil à fiscalização da constitucionalidade jurisdicional. Expõe, em sua primeira parte, a função probatória como eixo de captura da construção decisional, via convencimento, contrastando ideários que a percebem como busca elementar de verdades materiais. Em sua segunda seção, exibe a atividade probatória enquanto tarefa das partes, explorando e refletindo sobre as noções de aproveitamento de chances e de composição de repertório utilizável pela autoridade judicial. Conclui, por fim, a partir de sua terceira seção, que a visualização da atividade probatória nesse viés alcança vários níveis de resultado. Entre eles, uma reconfiguração total da relação categórica entre ônus e chances probatórias na esfera processual, somada a um novo âmbito ou fator que possibilita a vigilância da conformação democrática da decisão em si, a partir de se constituir tal como elemento crucial de otimização e inspeção da imparcialidade da mesma (imperativo constitucional por excelência). O trabalho utiliza lógica operacional hipotético-dedutiva, e método de procedimento bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade probatória; estratégia processual; imparcialidade judicial; ônus da prova.

ABSTRACT: The present work has, as a general objective, to propose a new theoretical basis for the study of criminal procedural evidential activity. It starts with the hypothesis that this base,

1 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-3459-9520>>.

2 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0003-4918-1060>>.

founded on renewed conceptions of proof and proving acts, is, at the same time, a thesis capable of working with the strategic dynamics of the parties' duties (including the narrative dispute as an element to be considered in procedural theory) and, collaterally, an objective criterion useful for the inspection of jurisdictional constitutionality. In its first part, it exposes the task of proving as an axis for capturing decisional construction, through convincing, contrasting ideas that perceive it as an elementary search for material truths. In its second section, it shows the evidence activity as a task of the parties, exploring and reflecting on the notions of taking advantage of chances and composing a repertoire that can be used by the judicial authority. Finally, it concludes, from its third section, that the visualization of the evidential activity in this bias reaches several levels of result. Among them, a total reconfiguration of the categorical relationship between burdens and probative chances in the procedural sphere, added to a new scope or factor that makes it possible to monitor the democratic conformation of the decision itself, starting from being constituted as a crucial element of optimization and inspect impartiality (constitutional imperative *par excellence*). The work uses hypothetical-deductive operational logic and bibliographic procedure method.

KEYWORDS: Burden of proof; judicial impartiality; probatory activity; procedural strategy.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aportes iniciais: captura psíquica e função da atividade probatória processual-penal; 2 Atividade probatória como oferta de versões – A questão da *tarefa*; 3 A tese probatória do “uso do repertório”: efeito colateral, imparcialidade e captura em dois níveis; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Uma contribuição no sentido de localizar a teoria processual penal alinhada aos próprios vetores democrático-constitucionais passa, necessariamente, pela assunção daquilo que se pode discutir enquanto fatores político-processuais. É por essa razão que o presente artigo apresenta, como problemática de trabalho, a indagação sobre como uma renovada teoria da atividade probatória e sua função atinente poderiam tanto explicar como contribuir para um fomento crítico inovador e para reafirmar uma diretriz político-processual não inquisitória. A fiscalização dos preceitos relativos à diretriz constitucional, dentre o processo penal (mormente quanto à imparcialidade judicial e todos seus predicados que se confundem com o próprio *due process* em seu cerne), precisa de uma leitura tanto mais passível de concretude quanto de critérios de verificação efetiva.

Pensar a constitucionalidade processual em um nível rigoroso – ou mesmo a própria questão do respaldo democrático a uma aparelhagem procedimental – requer, justamente, a visualização teórica adequada, bem como a assunção de fatores não usualmente considerados. A própria teoria da prova penal, como costuma ser abordada, descarta importantes fatores como se não dissessem respeito ao campo da análise teórica. E lega, não

raramente, elementos de estratégia e dinâmica processual a uma leitura menor, que dilui sua função em mera atividade pragmática.

O presente trabalho procura avançar justamente em uma direção oposta, ao ofertar uma categorização teórica da prova processual penal que, sob um aspecto, tanto visa inserir as possibilidades da dinâmica do rito e da práxis em seu bojo teórico, quanto, sob outro, atingir, de modo flagrante, a necessidade vigilante de todos os aspectos do processo estarem otimizados frente à principiologia, à conformação e à substancialidade democrática que a índole constitucional impõe.

Propõe o texto, como objetivo geral, uma nova visualização da razão da atividade probatória, a partir de um eixo teórico que agregue a atuação procedimental das partes à teoria, e não a perceba apenas como movimentação astuta casuística. A hipótese central é a de que a ora apresentada “estratégia do repertório” pode colaborar para uma visão da teoria da prova e da atividade processual probatória que estabeleça bases para não só um conceito material e (mais) realista acerca de ambas, mas para um viés mais seguro de crítica frente ao que se costuma adotar enquanto padrão nesse debate.

Para delinear o que vai procurar apresentar, ao final, como uma “estratégia do repertório”, o presente trabalho divide-se em três seções ou tópicos: na primeira parte, procura discorrer sobre a função da atividade probatória a partir da não inédita – porém igualmente não ortodoxa – tese da atividade probatória enquanto destinada à (na lavra de doutrina pertinente) chamada captura psíquica do julgador(a).

Na segunda parte, o texto trabalha com uma noção crucial que opõe ou diferencia uma crítica político-processual estática de uma leitura, assim dita, dinâmica: é preciso pensar a questão da dinâmica processual (levando em conta os movimentos e possibilidades de uso procedimental-estratégico) em contraponto à conformação procedimental sobre direitos e garantias inertes, e frente à dicotomia entre ônus e chances (aproveitáveis ou não).

Isso faz ponte para o aporte proposto como núcleo do trabalho, que se exhibe na terceira parte ou seção do texto: a função quiçá maior da atividade probatória não só não pode ser uma antiquada (e politicamente problemática) descoberta de uma verdade que aguarda passivamente o desvelar a partir das premissas certas, como, sim, o auxílio e tentativa de condicionamento de uma atividade decisória – tanto quanto movimento paliativo.

Como conclusão, o texto discute, inclusive, uma espécie de efeito colateral dessa visão e dessa proposta teórica apresentadas: a possibilida-

de de se gerar mais um elemento objetivo tendente a (logicamente não de forma absoluta, o que parece impossível) permitir um maior controle da imparcialidade judicial e assim um respeito a um quesito que não apenas filtra constitucionalmente o processo, mas é elemento basilar da própria conceituação processual em si.

Ao trabalhar fundamentalmente com uma recensão de matriz teórica e com elucubrações nesse mesmo viés, o artigo opta por uma lógica operacional hipotético-dedutiva e por um método de procedimento bibliográfico. Assim, o texto utiliza-se de digressões acerca das teses basilares que dão suporte para a construção e apresentação da hipótese, com o objetivo de contribuir no campo teórico político-processual criminal de matriz crítica. A abordagem se dá nesse cunho por ser fundamentalmente uma proposta teórica e especulativa.

1 APORTES INICIAIS: CAPTURA PSÍQUICA E FUNÇÃO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA PROCESSUAL-PENAL

Segundo o magistério de Aragonese Alonso, a atividade probatória processual pode ser singelamente definida como aquela destinada a obter o convencimento psicológico jurisdicional acerca da veracidade de um conjunto fático (ARAGONESES ALONSO, 1986, p. 283). Se pode assumir essa simples premissa como verdadeira, eis que, inclusive, em um primeiro olhar, trata-se, epidermicamente, de uma conclusão calcada na lógica de existência do procedimento processual em si e seus parâmetros de racionalidade comumente aceitos.

Evidentemente, a miríade de nuances comportadas por uma afirmação assim tem, necessariamente, de perpassar certos filtros: (a) aquele de que, mesmo a explícita e imperativa necessidade motivacional exibida pelo texto constitucional (art. 93, IX, da CF/1988) não impede a decisão de ocultar uma série de influxos de várias ordens a maquiari ou obscurecer seu feixe de influências - como observara, com precisão, Gomes Filho (2001, p. 111-113), é certamente um deles; outro (b) comporta a incontornável ideia de que há uma verdadeira construção narrativa por parte da decisão judicial – enfatizados, aqui, os termos construção e narrativa – que há um só tempo exprimem tanto do que se trata uma decisão, efetivamente, quanto o fato de que menos se está monoliticamente atingindo o passado do que (em certo grau, arbitrariamente) o compondo com fragmentos aceitos como legítimos mediante certo grau procedimental de verificações.

Há, portanto, leituras da premissa que escapam de uma constatação singela e a tornam robusta: tudo depende do destaque que se confere tanto ao já mencionado binômio narrativa-construção, quanto ao destacado convencimento. É de se assumir que esse passado (eventual realidade material) que é trazido, reconstruído, para dar azo à versão fática que vai orientar a existência ou não de imputação e seus graus (conjunto de fatos sobre cuja existência a jurisdição se mostra ou não psicologicamente convencida), é uma produção análoga, mais do que uma descoberta ou encontro. E daí o encaixe da noção narrativa, oriunda de uma ideia de crença (em sentido amplo): a decisão firma uma convicção jurisdicional (mais do que desvela uma verdade material) e categoriza uma narrativa/construção fática plausível, mais do que atinge ou revela fatos. É, ao cabo, a decisão, ela própria, um expediente que devolve a tarefa e visa convencer (agora com grau de oficialidade na escolha das razões aventadas – Cf. KHALED JR., 2016, p. 501).

Nessa linha, dizer que o verdadeiro, a verdade, em si (a busca dela, mais propriamente), não compõe o eixo central da discussão processual (CUNHA MARTINS, 2010, p. 81) pode soar como uma ode a uma eventualidade *non sense*, em que se costuma sofismar que o processo perde seu propósito e sua condução para se tornar um exercício vago e caótico no sentido grosso do termo. É a crítica que ganha destaque sob a pena de Taruffo (2005, p. 86-87), quando, mesmo sem aderir ao ultrapassado sentido detetivesco e inquisitorial de centralidade de uma busca de verdade real dos fatos como o sentido processual último, situa a produção probatória como um veículo para o atingimento racional de alguma versão fática verossímil que diga para com a aplicação das normas condizentes dentro do padrão de legalidade. Há, portanto, em Taruffo uma ideia de recuperação dessa centralidade, se não por uma verdade real que pode ser monoliticamente encontrada via uma busca perene de rastros imóveis do passado, por uma reconstrução a partir da assunção de que há uma verdade a ser contada/encontrada pela fortaleza de verossimilhança das provas cabíveis e produzidas regularmente (TARUFFO, 2005, p. 84).

Para além de um difícil drible nessa racionalidade binária e na trilha da lógica formal que vê na essência de um caso criminal uma verdade a ser descoberta no passado – como espécie de brinquedo, há o entrave da noção de que esse perquirir é benéfico ou valioso no instante em que não compactua com inércias tidas por nocivas: como para Dinamarco (2009, p. 41), baluarte dessa visão na literatura pátria, que conclama a certo ponto a jurisdição e seus agentes a que “[...] não se retraiam” e que “participem da ins-

trução” apenas se satisfazendo com o resultado da experiência probatória quando seu “senso de justiça estiver tranquilizado”. E assim, de forma bastante clara, reavivam-se nuances de um tipo de curso processual onde não parece haver uma necessidade de esclarecimento dedutivo de uma decisão que se construiu a partir da manifestação das partes (e se mostra incerta até o fim dos expedientes argumentativos/probatórios – Cf. RABELO; MUNIZ NETO; ROCHA, 2019, p. 215), e sim uma alusão a um refúgio suplementar residente em uma opinião ou sentir jurisdicional que corrige as lacunas e cria pontes prescindindo de plataformas argumentativas explicitadas.

Poder-se-ia, inclusive, gastar muito espaço no presente tópico discorrendo sobre como há esse déficit relativo à compreensão desses (pelo menos) dois pontos importantes relativamente à atuação político-criminal e jurisdicional-penal pátrias: a ideia de que estratégias de não intervenção calculada (em sentido político) são também ações/ideias (e não inações), e a de que uma postura não interventiva (dispositiva) no sentido de condução processual (sumamente probatória) não significa necessariamente um *laissez-faire* leniente e nocivo (DIVAN, 2015b, p. 165).

Damaska afirma categoricamente a subversão da própria lógica processual ao se equalizar conceitos de verdade (material ou fática), justiça, presteza e eficiência para se formular um verdadeiro maquinário que despreza a função processual democrática para simplesmente plasmar o processo (quando não o judiciário e o Estado, em si), tal um puro e simples aparelho resolutivo mecânico (DAMASKA, 2000, p. 255). O fator eficiência, inclusive, é palco para diversos aportes de modulação aceleradora do trato com a(s) verdade(s), tal como nas lógicas negociais ora em voga (Cf. VASCONCELOS, 2019, p. 12-13): no pouco que se contorna a esfera de preponderância da busca inafastável pela verdade, assume-se uma espécie de curto-circuito dos parâmetros básicos em nome da rapidez de resultado exibido. Não é raro ver que essa política eficientista atinge diretamente os estamentos da teoria e aparato procedimental da prova processual penal, no instante em que suas propostas geralmente aduzem necessidades de câmbio nos próprios patamares do *standard* probatório para fins assumidos de resultado veloz, como pugnam Li e Shao (2020), por exemplo, em relação a um futuro para procedimentos especiais.

Dessa visão, preponderante, vai decantada a ideia corrente de que o passado não é só um momento mecanicamente atingível em sua verdade (material inerte, encontrável), quanto é conteúdo plenamente disponível para ser confiado à intuição (senso de justiça) de um julgamento puro, o que caracterizaria dois elos do equívoco (KHALED JR., 2016, p. 262).

Desse modo, não se trata, de fato, em abdicar de qualquer tipo de busca de algum horizonte fático razoável para justificar a atividade processual, seu cabedal procedimental e para analisar a necessidade ou não de aplicação devida das normas materiais, sumamente. Mas sim de enfatizar que (a) isso se dá via parâmetros de uma evidente índole garantista-constitucional que cerca a análise efetiva dos fatos de uma plêiade de necessidades a serem observadas no quesito validade (que remete à democracia e à própria dignidade humana em última mirada – Cf. DIVAN, 2015b, p. 120-130), e, (b) de forma endógena ao processo, converte-se em parâmetros que dizem diretamente para com um sistema de regras de discurso e produção argumentativa que (como filtro do descalabro do poder punitivo) se mostra tão ou mais interessado nos meios de construção da hipótese do que na substância da mesma – como para Ferrajoli, que fixa o critério probatório dentre seus próprios axiomas relativos à jurisdiicionalidade, nos ditames sobre o nexos causal e encadeado entre a prova do alegado e a validação processual que lhe legitima (FERRAJOLI, 1995, p. 549).

Nessa toada, a ideia de uma atividade probatória como meio de captura psíquica da autoridade jurisdicional (em sentido amplo) desloca desde o conceito a função e a potencialidade dos institutos para represar, na medida do possível, qualquer determinação que abra espaço para deliberações absolutas motivadas por critérios morais: desde a definição, a atividade probatória é tarefa de quem visa convencer e, portanto, não poderia permitir nem autoconvencimentos nem bravatas de estilo moral sobre intuição e satisfação. Mas a questão, logicamente, não é apenas sobre uma definição e a simbologia carregada na estética proposta pelos termos.

Há um encaixe técnico – se for pensada a estrutura procedural democrática como uma montagem a partir daquilo que fora assentido como válido na dinâmica processual. Os elementos propostos pelas partes e colhidos e produzidos enquanto conteúdo informativo ou probatório válido destinam-se à dita captura, no instante em que visam eles próprios a induzirem a decisão pelo encadeamento de versões, na esteira do que ensina Guasp (1996, p. 333-334). Se assumido que há um elo entre vontade, crença e oficialização narrativa de uma conjuntura fática (produção análoga) de uma decisão, e que a própria organização linear do texto produzido precisa estar munida de mínimos padrões lógicos (e cronológicos – Cf. KHALED JR., 2016, p. 506), é mais do que nunca salutar reconhecer que o campo que se disputa é pela validação (através do convencimento) de cada fragmento proposto a fim de condicionar a versão final que será montada. Não há uma própria e literal reconstrução de um passado estático ou um reviver de fa-

tos, e sim uma multiplicidade de ofertas de versões. Pondera Taruffo (2005, p. 113-114) que “[...] *en el proceso el hecho es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado*”. Taruffo (2010, p. 226) observa que os fatos no processo não são entidades empíricas objetivamente determinadas: são narrativas relativas a fatos, sendo necessário determinar qual destas narrativas melhor corresponde a uma mais qualificada possível interpretação aplicativa da norma em questão.

Aduzir que as partes ofertam sua versão dos fatos é lugar comum na tônica de que – parciais, por óbvio, que são – visam obter vantagem no deslinde processual. A questão é assentir que o que a autoridade jurisdicional faz é igualmente ofertar uma *versão*, composta, não raro, pelas mais fortes, verossímeis, plausíveis ou simbólicas versões, a partir da obrigação de aderir a uma delas sob a forma de demonstração de convencimento quanto a existência de algo (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 860). A sentença sempre resulta da exteriorização narrativa do convencimento do juiz, momento no qual ele efetivamente produz um relato sobre os fatos que cumprirá, no âmbito do processo e analogicamente, a função da verdade. Com isso, ele estará representando o passado e preenchendo uma ausência, o que inevitavelmente decorrerá de escolha suas, ainda que, pelo menos em tese, limitadas ao escopo do esteio probatório aportado no processo pelas partes. Quem narra necessariamente agrega algo seu, uma vez que produz algo ontologicamente novo e que, a seu próprio modo, também está repleto de estratégias de persuasão, sejam elas direcionadas para um auditório ideal ou eventual âmbito recursal (GOMES FILHO, 2001, p. 117; Cf. CORDERO, 2000, p. 289). A sentença não captura uma realidade objetiva e a representa de modo correspondente, como se o Magistrado tivesse o condão de anular a si mesmo (KHALED JR., 2016, p. 460). Por mais que ela pareça ser o produto de um narrador onisciente, necessariamente terá que ser pensada como uma *versão*, com todos os riscos e impasses que daí decorrem e que não são devidamente considerados pelo próprio Taruffo.

Dizer que a decisão é narrativa não é hiperbolizar a ideia esdrúxula de que se trata de invenção, pura e simples e, assim, toda a racionalidade processual estaria em xeque como em uma disputa de soma-zero. É concordar que a decisão elege seus fragmentos de versões com base nas partículas de convencimento que lhe estão disponíveis – havendo um limite tolerável (juridicamente) inclusive para a dita intromissão intuitiva que brota sem esteio probatório algum. Malogrados, claro, os dispositivos procedimentais brasileiros que, no entanto, retorcem ao avesso essa lógica abrindo brecha

para verdadeiras inclusões de auto geração judicial, como literalmente no caso do art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro (CPP) e do reconhecimento furtivo de agravantes em meio à condenação. Ou às várias possibilidades semânticas vagas que aduzem em meio à regra legal situações excepcionais nas quais a autoridade judiciária pode lidar com aquilo que Dinamarco categoriza como níveis toleráveis/intoleráveis de disposição ou inquisição (DINAMARCO, 2009, p. 39-40), e interferir, de ofício, na produção probatória – visando a seu próprio convencimento.

É certo, pois, que não há total blindagem técnico-legal contra arbítrios e incursões volitivas/subjetivas dessa ordem, bem como não há controle possível sobre a integralidade dos fatores subjetivos (psíquicos) que orientam a seleção e a colocação – lógica e cronológica – que compõe o conjunto da decisão prolatada. Se, com Ibáñez (2005, p. 50), temos que a cognição judicial dos fatos se dá mediada sempre por linguagem (amplo sentido), a necessidade de expressão nessa via é um limitador e um delineador potente. E por mais que não se possa maneá-lo inteiramente, podem-se buscar ofertas fáticas, e linguísticas, psiquicamente sedutoras.

Sobre, justamente, a possibilidade de se encarar não apenas (a) a atividade probatória almejando essa captura psíquica, mas também (b) como momento de tentativa de melhores e mais sólidas ofertas de versões – e como isso causa um interessante desdobramento na leitura da tese –, passaremos a trabalhar no tópico seguinte.

2 ATIVIDADE PROBATÓRIA COMO OFERTA DE VERSÕES – A QUESTÃO DA TAREFA

Não raramente, as considerações que envolvem marcos teóricos e/ou ideias como aquela de que a discussão probatória processual estaria ligada ao aproveitamento de chances ou oportunidades em meio à disputa processual vem mesclada erroneamente a uma constatação legal/doutrinária que não lhe é exatamente conveniente. Isso terá suma relevância para um estudo processual penal, diante da constatação *supra* de que a atividade probatória tanto se destina (precipualemente) à captura psíquica da autoridade jurisdicional, como a uma oferta de versões úteis de reconstrução fática para permitir ou engendrar essa captura em termos de uma decisão ótima ou mais favorável.

A base do raciocínio remonta a uma antiga comparação feita por Calamandrei (1950, p. 50) sobre o ritmo desse andar processual, como genuína disputa, tal a de um jogo, e faz par com a noção de Goldschmidt a respeito da formatação processual tal um conjunto de situações (GOLDS-

CHMIDT, 1936, p. 77): no momento de concretização da realidade processual, as funções e posicionamentos das partes podem destoar daquelas inicialmente propostas (para demandante/acusador, demandado/réu, por exemplo), e uma série de atribuições que estaticamente (em teoria) lhes seriam condizentes, podem, na dinâmica (situações concretas), se alterar bruscamente.

Um exemplo que remete à lógica probatória é a questão processual penal do ônus da prova. É lugar comum que – ao menos em termos de um ordenamento democrático como aquele de inspiração assim afeita, constitucionalmente, como o do caso brasileiro – temos uma regra basilar que é a de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado do respectivo juízo de culpa. Disso, para que se evite a circularidade léxica (Cf. DIVAN, 2015a) inútil (sobre a noção de alguém só poder ter atribuída a si uma culpa no instante em que isso se confirmar – o que remete mais a uma troca de *status* político do que à prova processual), uma interpretação constitucionalmente coerente precisa desdobrar isso em uma efetiva presunção de inocência. Ou seja: no sentido de substancialmente não considerar a pessoa culpada, considerando-a, de forma silogística, inocente. Toma-se, pois, a inocência como verdade inicial ou primeira, como para Vilela (2005, p. 81), e toma-se a presunção como a aceitação inicial voluntária de um fato desconhecido. Se não assim, retornamos ao adágio de não considerar alguém culpado apenas como um estágio intermediário (e uma regra de linguagem) anterior ao da culpa. A não culpa (constitucional) antes do trânsito em julgado precisa ser lida (diante de garantia fundamental que é) não como um estágio pendente, e sim como uma afirmação da inocência (por hora).

Deriva inegavelmente disso a noção de que, se a inocência é a verdade inicial que deve ocupar provisoriamente a versão do deslinde das dúvidas processuais (em todos seus meandros), parece lógico que o desafio de romper com essa inércia é – em tese – todo acusatório, uma vez que mantidas as condições de presunção, o *status* da inocência não se modifica por si só. Eis a base de raciocínio do ônus acusatório da prova.

Porém é justamente aí que a questão do jogo (dinâmico) de Calamandrei se vivifica: caso oferte algum elemento reconstrutivo, fato, versão, hipótese ou suscite algo pura e simplesmente escorada em sua desobrigação (abstrata) de fazer robusta prova, a defesa estará não apenas deixando de aproveitar uma chance como abrirá flanco ao adversário em outro aspecto. Nesse sentido, Lopes Jr. alerta (2018, p. 35-36) para a assunção de riscos, ou seja, para o prejuízo que pode advir da não produção de elementos de convicção favoráveis à tese defensiva, assim como da falha em

refutar a acusação e seu esteio probatório, o que aumenta a perspectiva de uma sentença desfavorável. A defesa não tem carga, mas sim risco – coexistindo, pois, as noções de carga para o acusador e risco para a defesa. De acordo, ainda, com Lopes Jr. (2018, p. 35), os níveis de liberação de cargas, aproveitamentos de chances (e, especialmente, de assunção de riscos), são, inclusive, simbólicos da inserção do deslinde processual em uma chamada epistemologia da incerteza, o que reforçaria a necessidade de valorizar a observância das regras mínimas que pautam o processo democrático (parte do conjunto básico de diretrizes que, ao contrário, existem para e tão somente serem o lastro de fixidez de toda essa mobilidade possível).

Exemplar, nessa toada, o emblemático caso *Davis vs United States* 160 U.S. 469³ e a opinião da corte nele proferida. Sobre ela Hendler (1996, p. 38) explica que a paradigmática e mais relevante discussão estaria na suposta exceção ao ônus acusatório da prova, quando a defesa em sua manifestação apresentar uma alegação constitutiva (no caso em tela, uma alegação de insanidade/inimputabilidade) – no mister, a Suprema Corte estadunidense haveria reconhecido uma suposta carga probatória a pender sobre o réu para que passasse a ter obrigação de comprovar sua hipótese. A leitura que muitas vezes se faz exibindo tal precedente é a mesma que se faz moeda argumentativa corrente, como se a presunção (efetiva) de inocência estivesse suspensa e fosse gerada uma carga (em teoria) para a defesa quando de uma afirmação similar (álibi, ou alegação de inimputabilidade).

Em realidade, os termos do precedente devem ser lidos ao inverso. Fora reconhecida a desnecessidade de a acusação fazer uma espécie de contraprova da alegação defensiva, não por atribuir a obrigação de provar (carga) à defesa, mas porque a situação substancialmente não se altera: a acusação mantém-se com o ônus de sustentar seu pleito (inclusive contra a informação inovadora da defesa, se relevante e capaz de embasar uma alteração na rota do julgamento). O grande abalo em relação a isso reside não no campo do trato com ônus/carga, mas no do aproveitamento de chances e no processo visto não sob o foco dos direitos e garantias (estáticos), mas sim em sua dinâmica (cargas/riscos).

Se – contrariando a absolutamente inconveniente (para o processo penal) máxima de que há espécie de obrigação probatória para quem alega qualquer coisa – não existe distribuição de carga para a defesa em um pro-

3 UNITED STATES. Supreme Court. *Davis v. United States*, 160 U.S. 469 (1895). Referências podem ser encontradas em diversos repositórios jurisprudenciais com informações sobre os julgados da Corte Suprema dos Estados Unidos da América do Norte, tais como: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/160/469/>>. Acesso em: jan. 2019.

cesso democrático (como faz questão de frisar Lopes Jr. – Cf. 2018, p. 38), o mesmo não se pode afirmar quanto à desnecessidade estratégica de aproveitamento de chances – e de compor sua argumentação com elementos que favoreçam a captura, aumentando a expectativa de uma sentença favorável.

Tudo isso demonstra que é possível, ainda dentro de uma ideia de captura psíquica da autoridade julgadora como função da atividade probatória, resgatar alguns elementos de uma concepção narrativa em torno da argumentação – dando-lhes revigorados contornos. Podemos em parte acompanhar Taruffo (2005, p. 82-83) na afirmação de que a narrativa final do processo se daria a partir de embates anteriores pelas versões porventura apresentadas. É, de fato, uma visão simplista que corre o risco de desaguar em uma visualização de processo (e atividade probatória) onde tudo se resume a uma questão de enfrentamento retórico.

Porém, pensamos que há uma maneira de orquestrar os pontos inegavelmente relevantes dessa proposta com temperos que se avizinham à tese da captura psíquica: Cordero trabalha a ideia de Taruffo como um evidente estágio inicial ou inegável no sentido de a própria argumentação, nesse viés, ser uma fonte de atrativos para a própria captura (CORDERO, 2000, p. 16). Desse modo, a questão argumentativa pode ser resgatada sem o reducionismo que pode transmutar a lógica probatória em um exercício discursivo – ou sofista – pura e simplesmente. O que se deve trazer dela é um mote efetivo de sedução, que, longe de um empobrecido sentido literal de uma visão exclusivamente argumentativa (como exemplificado), precisa catapultar a formação de hipóteses para outro patamar.

E esse patamar, cremos, tem muito a ver com a questão/proposta que inaugura o tópico: o que seria efetivamente um aproveitamento de chances e como ele circunda ou sobrevoa (ou por vezes se coliga) à questão procedural da atividade probatória?

Uma vez que as cargas dizem respeito ao ônus acusatório dentre uma índole constitucional e legal proposta e induzida pelo referencial democrático (fala-se, com propriedade, em presunção de inocência e não em presunção de culpa – Cf. PRADO, 2006, p. 16), a visão quanto ao que se pode (deve, no caso) se exigir da acusação do ponto de vista procedural abre um leque de considerações importante. Não há margem para discussão formal quanto ao fato de que a acusação não apenas deve exibir algum escorço probatório para ativar enquanto possível (inicialmente) a hipótese condenatória, como ela deve ser robusta. E aqui se pode valer tanto da categorização teórica que prevê um juízo acusatório como obrigatoriamente bem

embasado tal imperativo democrático limitador do poder punitivo (carga é um conceito que só faz sentido, democraticamente, para acusação, por excelência – Cf. GOLDSCHMIDT, 1936, p. 88 e ss.), quanto da interessante constatação legal do art. 386, VII, do CPP: em sua leitura, percebe-se que a existência reles de provas – em sentido material – se não suficiente (robusta), não consegue abalar a presunção inicial de inocência e recomenda uma absolvição. Ou seja: a própria lei desconecta a simples existência de prova de uma existência com caráter de conteúdo capaz de sugerir convencimento qualificado.

No que diz respeito ao aproveitamento ou não de chances, os referenciais precisam ser outros: aquilo que se consubstancia em um direito de não provar (a não autoincriminação, por exemplo, corporificada na ideia de não produzir prova que possa prejudicar a si mesmo e não angariar revés simplesmente por isso, tal um direito de acusados e suspeitos em geral) não necessariamente será a melhor estratégia na casuística, uma vez que potencialmente representaria um risco grande demais para a sorte do acusado.

Assim, a lógica da atividade probatória e da captura psíquica correlata deve obedecer a mais um estágio de diálogo em que não somente se deve considerar a questão da oferta propositiva de versões e o patamar da tarefa probatória (carga de quem quer alterar o *status* presumidamente inerte inicial). A captura se dá em vários níveis que vinculam não apenas os momentos processuais de fala e uso/produção probatória, mas a disputa argumentativa pelas possibilidades de controle ou plausibilidade narrativa que vai guiar a decisão. Em resumo: a tarefa da captura pode não apenas se dar análoga aos movimentos regamente previstos aos adversários, mas também em múltiplos níveis e direções.

E especialmente – na mesma toada do verso e reverso que diferencia cargas/procedimento e chances/estratégia, pode se dar de um insuspeito modo reverso, dirigido – como sói – à autoridade julgadora, mas com função de capturá-la não necessariamente para dentro de sua versão apropriada, mas de afastá-la da versão contrária – ou mesmo tornar exposta a incongruência daquela via. É o que se demonstrará no eixo central deste trabalho, no tópico *infra*.

3 A TESE PROBATÓRIA DO “USO DO REPERTÓRIO”: EFEITO COLATERAL, IMPARCIALIDADE E CAPTURA EM DOIS NÍVEIS

A tentativa de gerar graus exatos de previsibilidade de uma decisão judicial ou de modulação dela esbarra justamente no critério subjetivo de

avaliação probatória (entre outros), que é, em certa medida, impassível de aferição total. Ou seja: não há nem uma garantia de captura nem uma taxa-ção de avaliação probatória que dê fixidez ao dilema e que impeça que o processo mostre-se permeável a expectativas externas (CUNHA MARTINS, 2010, p. 51). Zanoide de Moraes (2010, p. 265) recorda que não só não há método de eliminação do subjetivismo como há ironicamente a chance de que a busca de equalização integral de uma multiplicidade subjetiva pode render a abertura para um controle ideológico despótico do Judiciário – primado pelo abuso da força e (acrescenta-se) corolário de uma visão de sistema que o positivismo extremado falsamente acreditava poder conformar.

Se, logicamente, não há como teorizar sobre esse tipo de variável de forma séria em um estudo jurídico-processual sem especular em campos do conhecimento que se assentam para além dos esforços aqui propostos, se poderia propor um mínimo de fiscalização externa relativamente à imparcialidade em estrita formalidade respeitadora da equidistância e da concessão de paridade processual (UBERTIS, 2007, p. 16-18).

Assim, ao Direito e à dogmática processual, o que lhe cabe e pode caber: diante da ausência de possibilidades de aferir a neutralidade (desde já: um conceito em si questionável) dos impulsos jurisdicionais para se guiar, de forma dispositiva e reativa, pelas provas carreadas e argumentos levantados pelas partes, ao menos se pode buscar um feixe de controle no quesito racional. Os mecanismos jurídicos e sumamente recursais, por exemplo, podem ser escopo para (novamente, sem qualquer garantia de previsibilidade) fazer confrontar uma decisão com seus próprios termos. Se não há margem para um controle das manobras da subjetividade, há ao menos palco para uma discussão quanto aos critérios avaliativos e objetivos que impõem tanto uma imparcialidade (formal) quanto uma coerência argumentativa textual.

E aí cabe uma pequena digressão sobre uma reversão do uso dos próprios conceitos da teoria da atividade probatória objetivando capturas psíquicas.

Vejamos.

De acordo com o magistério de Leone (1963, p. 21-22), a índole constitucional, ainda que de forma não literal, assume a necessidade de um processo penal se revestir de contornos acusatórios, e, com isso, e de premissas dispositivas, dadas características indutivas aceitas como conceitualmente democráticas. Segundo Prado, “[...] Constituição e Processo Penal lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção aos direitos fundamentais e a separação dos poderes” (2006, p. 41). Para ele, é

possível identificar claramente um vínculo tríptico entre direito-processo-democracia (PRADO, 2006, p. 27). Desse modo, o caráter dispositivo e propositivo pelas partes e o controle desses usos, bem como de estratégias e táticas condizentes, prestam aqui um papel interessante.

Rosa (2018, p. 99) define *estratégia* como o caminho escolhido pelo jogador para alcançar seus objetivos, levando em consideração a avaliação do cenário e as previsões que faz sobre os movimentos dos outros jogadores e do julgador. *Táticas*, por sua vez, seriam as ações/lances que cada jogador faz no decorrer da partida visando cumprir a estratégia.

A disputa no campo da atividade probatória não garante um saldo exato de vitória processual – como se houvesse alguma prova genericamente taxativa que necessariamente vence/resolve a contenda (como no período das ordálias góticas, ou como a confissão no sistema de provas legais da Inquisição, *regina probarum*), e igualmente não é uma competição de acúmulo em que a exibição de mais expedientes probatórios, numericamente falando, faz com que um adversário supere o outro. A expectativa de uma sentença favorável, ensina Lopes Jr. (2018, p. 39), diz muito mais para com o aproveitamento das chances e liberação das cargas na visão dinâmica e casuística, do que para alguma fórmula estabelecida de caráter estático. Por isso a estratégia deve sempre ser reavaliada durante a extensão do jogo, uma vez que a rigidez pode inviabilizar a necessidade de adaptação às diferentes contingências do contexto processual (ROSA, 2018, p. 100).

Assim sendo, a tática para o controle da imparcialidade e lisura no procedimento decisório (ao menos aparente) se dá através da verificação do eixo de racionalidade que é usado nessa narrativa e no tom da plausibilidade que a hipótese construída assume. Por isso, os esforços relativos às cargas e ao aproveitamento estratégico de chances podem ao mesmo tempo auxiliar essa fiscalização no instante em que operem de um modo invertido: a captura pode ser tanto positiva, no instante em que a atividade probatória visa ao convencimento, quanto pode ser uma captura destinada a criar uma impossibilidade lógica ou linguística de aceitação de outras versões.

Como fora referido, estamos diante de um oferecimento de versões fáticas e políticas de fatos pretéritos para sugerir uma reconstrução narrativa. Dentre a lógica democrática, o(a) julgador(a) (em que pesem seus pontuais – mas decisivos – poderes inquisitoriais e ativos) deve manter-se em um eixo de padrão decisório com base naquilo que é objeto de acusação, de defesa e o que, como tal, é carreado como prova nos autos. A decisão está (novamente: considerando-se um procedimento atento aos valores essen-

cialmente constitucionais) não apenas vinculada, mas atrelada à “pequena história retratada pela prova contida nos autos” (LOPES JR., 2019, p. 233).

Dessa forma, não é exagero especular que a atividade probatória é, em muito, oferta de repertório possivelmente utilizável na decisão. Uma vez que não se pode falar em necessariamente direcionar ou orquestrar uma decisão, e sim em tentar condicionar seus termos, assume-se, de uma vez, que a atividade probatória tende a ser isso: geração de repertório passível de utilização. E que a disputa probatória vai nesse mesmo tom: tentativa de um convencimento em duas etapas – não apenas quanto à hipótese trazida de fundo, mas um próprio convencimento anterior quanto à qualificação do seu repertório em relação ao da outra parte. O embate se dá não necessariamente ante a quantidade de elementos que se consegue provar, mas, anteriormente, ante a quantidade de repertório que a parte consegue categorizar para o uso na construção decisória. Essa visão, inclusive, é mais realista no instante em que sabemos que se pode falar em rumos e estratégia que tornam mais provável uma vitória, e não em caminhos fixos que a tornam garantida. É essa, aliás, a candente noção de litígio proposta por Goldschmidt (1936, p. 113), atrelada à atividade parcial, buscando se posicionar receptivamente a situações ideais e/ou se esquivando de entraves. E, sem dúvida, mais afeita a um processo de índole democrática. O que precisa se distanciar, por exemplo, de influxos político-economicistas de contrafluxo democrático, como a ideia rediviva da eficiência – sempre atrelada à redução de garantias que apela, não raro, hodiernamente, para repartições ou inversões do ônus probatório (e obrigação de fornecer repertório) dependendo do estilo de caso ou tipo penal em análise: não é incomum que o argumento da requisição de métodos extravagantes ou extraordinários para a persecução criminal de uma gama específica de crimes redunde sempre em ideários que subvertem ou deslocam esses fatores (Cf. SETIADI; HAREFA, 2019).

Com isso, é visível que se poderia inclusive inverter (ou perverter) a afirmação de Taruffo (2005, p. 23) quanto à valoração probatória enquanto tarefa jurisdicional: de um lado, tem-se a tarefa das partes em oferecer repertório qualificado passível de ser considerado como utilizável na montagem narrativa que vai se oficializar em versão definitiva (decisional) dos fatos. De outro, a tarefa do julgador(a) é tanto a avaliação e o concatenamento das provas na formação dessa versão, quanto o traçado de um percurso lógico que faça com que a aceitação de um determinado repertório, componente de uma determinada versão, mostre-se mais segura e certa do que a opo-

Em resumo, a atividade probatória pode ser vista como não apenas um manejo óbvio para tentar convencer. Pode ser vista como uma tática de criação constante de dificuldades ou encargos, mais para a própria autoridade julgadora do que até para a outra parte: a prova robusta, qualificada, antes de convencer por seu mérito e seu conteúdo, é uma oferta de versão que gera uma dúplice dificuldade – ou dupla captura: ela oferece tanto uma versão (ou fragmento) plausível e capaz de uso, quanto ela deposita igualmente uma obrigação de motivação para quem, caso o intente, queira repeli-la ou não a utilizar.

A questão da liberação de um ônus ou carga (pela acusação) que é legal e constitucionalmente imposta (em última análise) ou do aproveitamento de chances pelas partes – que pode se dar em virtude de um agir positivo ou do estratégico não agir – ganha um novo componente ou mirada: a possibilidade de serem discutidos e estudados a partir das táticas de tentativa de ganho ou perda de espaço dentre a composição do repertório utilizável na decisão. Quanto mais qualificado o repertório, maior chance de ser útil na estratégia que visa ao convencimento, bem como maior a chance de ser um entrave à composição de uma linha de raciocínio contrária. Se poderia dizer que a boa atividade probatória ou logra êxito, ou rouba terreno, e hipoteticamente até constrange a versão adversa. É a solidificação do cume do preceito adversarial que suplanta o inquisitorialismo.

Ademais, se não se pode excluir a constatação de que muitas vezes a decisão judicial se constrói, de forma nuclear, através de elementos que podem ter uma miríade de fontes e pilares inverificáveis (GERALDO; ALMEIDA, 2017, p. 31) – entre elas apreciações comuns e/ou opinativas por parte do julgador(a) –, pode-se usar isso igualmente como um ponto de exploração e checagem: a construção da motivação ou se impõe no binômio lógico-jurídico, ou dá azo a um leque variável de medidas impugnativas e recursais, em última análise.

A decisão, diante da atividade probatória qualificada, está tendente à captura por seu conteúdo no nível do convencimento e no sub nível da argumentação. Porém, está também se operando um efeito colateral tão ou mais interessante: a prova qualificada causa uma tensão no instante em que não só tem a possibilidade de, no cerne, capturar/convencer, quanto, externamente, é uma tática que gera uma espécie de obrigação de refutação de qualidade tão superior quanto o seja seu conteúdo.

Tome-se o fato de que o Código de Processo Penal não aduz ou legitima qualquer absolutismo e hierarquização prévia de provas que encarnem

o antes referido trunfo condicionante que encerra uma hipotética discussão. Qualquer elemento ou fonte de prova é inicialmente passível de ser considerado/desconsiderado, frente a outros argumentos e pontes de convencimento. Ocorre que certas provas (ex.: um laudo técnico altamente especializado) são, necessariamente, materiais de conteúdo relevante frente a uma simples especulação em contrário. A parte que produziu essa prova eleva a credibilidade de sua hipótese frente à disputa pelo convencimento no cerne da discussão. No entanto, a primeira linha de efeito colateral é ainda mais incisiva: caso queira optar pela versão antagônica, rechaçando a conclusão escorada na prova (dinamicamente forte), a decisão precisará tomar um tortuoso caminho para racionalmente justificar essa escolha que contraria, talvez, uma imposição lógica.

Esse aspecto não apenas retrabalha juridicamente a noção de probabilidade (Cf. TARUFFO, 2018), como tempera a noção com os influxos político-processuais já descritos: exibir a questão central da prova como portadora de uma versão crível para fatos probabilisticamente assentidos (Cf. BARILLI, 2018) pode se tornar um elo argumentativo insuspeito para um questionamento e uma digressão muito mais profícuas. Pode-se configurar enquanto arma poderosa tal um observatório possível para a própria imparcialidade e a paridade tão almejadas no bojo do procedimento como o resguardo constitucional máximo esperado processualmente. É um corolário – ou desaguadouro – da própria publicidade processual enquanto princípio fundamental e de uma formatação sadia de confronto (RABELO; MUNIZ NETO; ROCHA, 2019, p. 208-209) que expõe os parâmetros à moda democrática, e não os obscurece na forma inquisitorial-totalitária. Como versa de Anitua (2017, p. 92), a publicidade, nesse sentido, pode ser uma plataforma e mesmo respaldo para todas as outras demais garantias que resplandecem constitucionalmente.

E não se fala em otimização da imparcialidade apenas em relação a um evidente condicionante constitucional de um *due process* irmanado a sua *clause*. Mas como, inclusive, premissa axiológica de humanização da justiça (em sentidos amplo e estrito), tal e qual os tratadistas discutem o conceito em nível global (VENTURI, 2020, p. 13).

Levando essa análise às últimas consequências, a atividade probatória é tanto (a) atividade que em um de seus gumes (o mais evidente) visa à captura psíquica da autoridade para uma decisão favorável, via convencimento diante da versão proposta, e também (b) atividade que visa munir a autoridade de repertório qualificado para causar o maior número de empecilhos

possível para uma decisão contrária se concatenar (funcionando como tática que visa maximizar as chances de sucesso da estratégia adotada).

A visão de senso comum quanto à atividade probatória costuma identificar nela apenas o componente de busca incessante pelo convencimento retórico. Sabe-se que isso é parcela ou patamar de uma visão mais encorpada de convencimento a partir da ideia da captura psíquica. A questão é que não se pode seguir com essa constatação monocular que sugere uma batalha pelo acúmulo probatório (como se isso fosse necessariamente angariar o convencimento exclusivamente pelo volume produzido).

Por isso que se dá tanto relevo a esse efeito ora batizado de colateral: se, frisa-se, não se pode efetivamente escrutinar se a decisão judicial fora tomada em tons de imparcialidade, guiada pelas conclusões categoricamente adstritas ao debate dos autos, pode-se ao menos avaliar a lógica da montagem conceitual (a história do caso e a aplicação legal sobre os fatos) que fora nela utilizada. A colateralidade traz sua própria colateralidade: no plano procedimental, estritamente, ser ferramenta de auxílio na verificação de nulidades, contradições, de teores decisórios que extrapolam equivocadamente a moldura do caso e seus elementos válidos, além de eixo de fixação do julgado quanto aos limites do que se discute.

Dessa forma, pensa-se, se traz importante contribuição que visa aco- plar os eixos procedimental/legal da produção probatória com as considerações teóricas pertinentes, vivificando outro binômio, a saber, a da questão de obrigações (estáticas) dos atores frente a suas possibilidades (dinâmicas) estratégicas, usando a teoria da atividade probatória enquanto captura psíquica como válvula central.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre a visão da atividade probatória no contexto da dinamicidade do processo, é salutar considerar que, se falar de processo é falar não sobre uma conjuntura estática, e sim sobre uma miríade de situações cambiantes, é de fundamental importância deslocar o eixo da discussão para os momentos em que esses câmbios e deslocamentos de posição entre os contendores podem gerar efeitos práticos.

E sobre esses deslocamentos, eles sumamente ocorrem em relação à atividade probatória: se no campo teórico e legal (estático – abstrato) existe clara atribuição de papéis, direitos e obrigações, no campo casuístico (dinâmico – concreto) não há garantia de manutenção desses termos modelares propostos. Desse modo, se a desigualdade democraticamente mediada que

impõe uma inicial (mas não imutável) presunção de que a verdade do caso pende para a manutenção do *status* de inocência oferece uma obrigação de provar apenas para o lado acusador, é bem verdade que o risco que pode advir do não aproveitamento ou o mau aproveitamento de uma chance pode causar danos estratégicos irreparáveis para a defesa, mesmo não havendo para ela carga necessária ou ônus cogente. Não se confundem, assim, necessariamente estratégia e ônus: enquanto a carga é atrelada legalmente à atividade acusadora, a estratégia pode conduzir a defesa a uma obrigação probatória como critério de sobrevivência, motivo pelo qual não pode assumir esse risco, que aumentaria a perspectiva de uma sentença desfavorável.

Estabelecidos esses pontos, vale lembrar que a tese aqui alavancada é a de que a atividade probatória opera em pelo menos dois níveis, sendo que, em nível de ser expediente voltado ao convencimento (função e conceito mais evidentemente primordiais), adota-se a teoria da atividade probatória enquanto destinada à captura psíquica do(a) julgador(a), vez em que é o ideário que melhor exprime o cerne do conceito e sua razão de ser. A captura psíquica dá foco ao convencimento, e se sobrepõe a estágios incompletos ou iniciais/parciais de seu próprio desenvolvimento, como a ideia de que a atividade probatória confina-se em uma disputa meramente argumentativa e/ou retórica, que alia erroneamente definições como prova (judicializada) e argumentação (retórica satélite).

Já em nível desdobrado, a atividade probatória tem uma peculiar e essencial função de se constituir como não apenas uma ilustração da argumentação, mas sim em uma hipótese de versão ou de fragmento de versão plausível quanto aos fatos e elementos em discussão. Pensada assim, a atividade probatória é, antes de um elemento que visa fortificar um argumento e convencer, uma tentativa de se classificar enquanto repertório a ser levado em conta – o que vai ocorrer na medida da centralidade e da relevância daquilo que queira provar e da qualidade e plausibilidade de seu conteúdo.

Se a decisão precisa manter um feixe de coerência com os elementos trazidos aos autos, com as provas colacionadas e com a argumentação possível a partir destes, uma prova dotada de solidez fática, de aparente verossimilhança, ou de uma conjugação argumentativa forte não é apenas candidata a gerar convencimento, mas é geradora de um entrave para a parte adversa no instante em que ocupa terreno e mina um eventual aproveitamento de uma chance lacunar para a mesma.

Tomada a atividade probatória como oferta de repertório utilizável, quanto melhor forem as provas, mais possivelmente utilizáveis serão. Quanto mais elementos probatórios condizentes com uma dada versão forem assumidos como bons ou válidos, mais forte será a decisão narrativamente exteriorizada e a credibilidade da verdade analogicamente produzida conforme essa versão e com esse esteio probatório.

Ademais, quanto maior – e fundamentalmente melhor – for o repertório de uma das partes, torna-se substancialmente mais difícil para que a autoridade julgadora se esquive dos fragmentos da versão por ela proposta, e torna, de forma conjugada, muito mais frágil uma versão que opte por utilizar o outro repertório. Em última análise, a atividade probatória bem conduzida tende ou a prospectar uma sentença favorável ou a, estrategicamente, reduzir a qualidade de uma sentença desfavorável.

Assentir para com essa visão dita estratégica reanima a roupagem adversarial dos procedimentos e refresca noções político-processuais caras, que gravitam em torno de temas fundamentais como a presunção de inocência, a imparcialidade e a possibilidade de (algum) fator palpável de limitação do ativismo jurisdicional – entre outros que compõem o mínimo que se espera de um devido processo de ares democrático-constitucionais.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. El principio de publicidad en los juicios por delitos de lesa humanidad en la Argentina. Reflexiones sobre las funciones del juicio penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 128, a. 25, p. 91-113, fev. 2017.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986.

BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. A centralidade do juízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do caso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, 669-705, maio/ago. 2018.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, v. V, Parte I, p. 23-51, 1950.

CARNELUTTI, Francesco. *Leciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, v. IV, 1950.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, t. II, 2000.

CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do Direito: the Brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder de lo Estado*. Análisis comparado del proceso legal. Trad. Andréa Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Correlação entre alegação e ônus no processo penal brasileiro: breve estudo da sintaxe constitucional da ‘presunção de inocência’ e sua interpretação não circular. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. (Org.). *Direito Penal e Política Criminal*. 1ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015a, v. 1, p. 473-491.

_____. *Processo penal e política criminal*. Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015b.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andres Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995.

GERALDO, Pedro Heitor Barros; ALMEIDA, Fábio Ferraz de. A produção da decisão judicial: uma abordagem praxeológica dos julgamentos judiciais. *Revista de Estudos Empíricos em Direito (Brazilian Journal of Empirical Legal Studies)*, v. 4, n. 3, p. 23-37, out. 2017. Disponível em: <<https://reedrevista.org/reed/article/view/271>>. Acesso em: maio 2019.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso II*. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: EJE, 1936.

_____. Teoría general del proceso. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GUASP, Jaime. In: ARAGONESES ALONSO, Pedro (Coord.). *Estudios jurídicos*. Madrid: Civitas, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HENDLER, Edmundo. *Derecho penal y procesal penal de los E.E.U.U.* Buenos Aires: AdHoc, 1996.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los “hechos” en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005.

KHALED JR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. I – Doctrinas generales. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

LI, Yixiao; SHAO, Shao. Research on Lowering the Standard of Proof for Criminal Speedy Trial Procedure. In: *Advances in Social Science, Education and Humanities*

Research, 4th International Conference on Culture, Education and Economic Development of Modern Society (Iccese 2020). Atlantis Press, v. 416, p. 593-597. Disponível em: <<https://www.atlantis-press.com/proceedings/iccese-20/125936883>>. Acesso em: abr. 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Fundamentos do processo penal*. Introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RABELO, Ítalo Menezes; MUNIZ NETO, José; ROCHA, Maricy Ribeiro Fideles. O campo probatório e a oralidade: a promoção da concepção dialética no processo penal e a função heurística do mecanismo da oralidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 156, a. 27, p. 189-220, jun. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. *Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction*. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2018.

SETIADI, Wicipto; HAREFA, Benihermoni. The Principle of Reversal Burden of Proof in Act of Money Laundering in Indonesia. *International Journal of Innovation, Creativity and Change* (<www.ijicc.net>), v. 9, Issue 7, p. 197-209, 2019. Disponível em: <https://www.ijicc.net/images/vol9iss7/9714_Setiadi_2019_E_R.pdf>. Acesso em: dez. 2019.

TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2018.

_____. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *Simplemente la verdad*: el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010.

UBERTIS, Giulio. Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Milano: Giuffrè, anno L, p. 16-30, 2007.

UNITED STATES. Supreme Court. *Davis v. United States*, 160 U.S. 469 (1895). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/160/469/>>. Acesso em: jan. 2019.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. Compartilhamento de provas na colaboração premiada: limites à persecução penal baseada nos elementos de autoincriminação produzidos pelo delator. In: *Direito Público*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 9-24, maio/jun. 2019. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3381/pdf>>. Acesso em: set. 2019.

VENTURI, Eliseu Raphael. Hermenêutica humanista, ética da magistratura e os princípios de Bangalore: elementos de uma normatividade estruturante. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 2, Ahead of print, p. 13, ago. 2020. Disponível em: <<https://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4743/pdf>>. Acesso em: mar. 2020.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Sobre os autores:

Gabriel Divan | E-mail: divan.gabriel@gmail.com

Doutor em Ciências Criminais, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – RS, Mestrado em Direito.

Salah Khaled Jr. | E-mail: prof_salah@terra.com.br

Doutor em Ciências Criminais, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG-RS, Mestrado em Direito e Justiça Social.

Data da submissão: 29 de janeiro de 2020

Data do aceite: 11 de maio de 2020